

جامعة مولود معمري - تيزي وزو-

كلية الحقوق والعلوم السياسية

التعبير عن الإرادة عن طريق الكتابة الإلكترونية في القانون الجزائري

أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم

تخصص: القانون

إشراف: الأستاذ الدكتور

سمار نصر الدين

إعداد الطالبة الباحثة:

نشاش منية

لجنة المناقشة:

1. جبالي أوعمر، أستاذ، جامعة مولود معمري تيزي وزو..... رئيسا.
2. سمار نصر الدين، أستاذ، جامعة جيجل..... مشرفا ومقررا.
3. كتو محمد الشريف، أستاذ، جامعة مولود معمري تيزي وزو.....ممتحنا.
4. سي يوسف زاهية حورية، أستاذة، جامعة مولود معمري تيزي وزو.....ممتحنا.
5. معروز دليلة، أستاذة محاضرة أ- جامعة البويرة.....ممتحنا.
6. ظريفي صادق، أستاذ محاضر أ- جامعة البويرة.....ممتحنا.

2021/03/29

إهداء

➤ إلى اللذين جاهداً في إيماني وعلمي.....

....أبي وأمي باركما الله.

➤ إلى ملء العين، وبلسم الروح.....

..... زوجي، وولداي حفظهم الله.

➤ إلى من أعتز وأقوى بهم.....

....إخوتي وصديقاتي وفقهم

الله.

➤ إلى كل من لي في قلبه مكان.....

.....ورفع بالدعاء لي يديه إلى الرحمن.

➤ إلى كل من ساهم من قريب أو بعيد.....

..... في تجسيد هذا العمل.

الباحثة
ن. منية

شكر وتقدير

أعظم الشكر وأجمله وأكمله لله رب العالمين، على عظيم فضله
وجزيل إحسانه أن أتم علي نعمته، ووفقني لإنجاز هذا العمل.

ونزولا عند قوله ﷺ "من لا يشكر الناس لا يشكر الله" أتوجه
بجزيل الشكر والعرفان إلى أستاذي الفاضل الأستاذ الدكتور سمار
نصر الدين لتكرمه بقبول الإشراف على إعداد هذه الأطروحة، ولما
أبداه من تعاون ورعاية وتوجيه، فعسى الله أن يجزيه من فضله
وأن يبقيه ينبوعا للعلم .

كما أتوجه بجزيل الشكر و التقدير إلى الأساتذة الكرام أعضاء
لجنة المناقشة، لتفضلهم بمناقشة هذا العمل، والحكم عليه، ولما
أبدوه من سعة صدر وعلم كريم ، فجزاهم الله كل خير، أساتذة
أجلاء، العلم هويتهم والتواضع خلقهم.

كما لا يفوتني في هذا المقام، أن أتقدم بجزيل شكري إلى
الدكتور الفاضل عدنان دفاص، الذي يستحق إلا أن أتوقفه لأسوق
عن عظيم امتناني وشكري له، على كل ما قدمه لي من رعاية
ومعون وصبر، راجية من الله أن يحفظه وينور بالعلم دربه، ويسدد
إلى الخير خطاه.

قائمة المختصرات

قائمة المختصرات:

باللغة العربية:

1. م : المادة.
2. ق.م : القانون المدني
3. ط: طبعة
4. د.س.ن: دون سنة نشر
5. ج: جزء
6. ص: صفحة
7. ج.ر: جريدة رسمية
8. ص.ص: من الصفحة إلى الصفحة
9. اليونسترال: لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي

باللغة الفرنسية:

1. **D** : Dalloz
2. **Op.Cit** : Ouvrage Précédemment Cité
3. **P** : Page
4. **PUAM** : Presses Universitaires d'Aix-Marseille
5. **L.G.D.J** : Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence
6. **N** : Numéro
7. **DEA** : Diplôme des Etudes Approfondies
8. **RDAl** : Revue des droits des affaires internationales
9. **RTD.com** : Revue Trimestrielle de Droit commercial
10. **Gaz.Pal** : Gazette du Palais
11. **Vol**: Volume
12. **JORF** : Journal Officiel de la République Française
13. **UNCITRAL**: United Nations commission on International Trade law
14. **Cass.Civi** : Cassation Civil
15. **Cass.Com**: Cassation Commerciale
16. **Bull Civ**: Bulletin Civil
17. **J.C.P**: Juris-Classeur Périodiques

18. **In** : Dans
19. **NSF** : National Sciences Fondation
20. **TCP/IP** : Transmission control Protocol/ internet protocol
21. **Wipo** : World intellectual property organization
22. **REDC**: Revue Européenne de Droit de la Consommation

مقدمة

مقدمة:

عرف إنسان العصر الحديث قفزات حضارية محورها العلم والتقنية غيرت طبيعة عالمه ومجرى حياته، بيد أن التطور الحضاري الذي يشهده عالم اليوم تجاوز قدرة الخيلة البشرية على تصوّره فضلاً عن استيعاب آفاقه، بل لم يعد في وسع حتى من استحدثت النظم التي قام عليها هذا التطور تقدير منتهاه وتحديد آثاره.

وإذ قلبت التقنية الحديثة نمط الحياة بمختلف نواحيها رأساً على عقب ومست بتأثيرها المباشر كل ثوابت علومها وفنونها، حتى تلك المتصلة بالتاريخ في مفهومه لرصد الوقت، وبالجغرافيا في مفهومها لتحديد الحدود المكانية، وذلك حين اختصرت كلاهما لتمييز هذا العصر بأنه عصر اختزال الزمان والمكان.

هذا العصر تحقق بعد أن أصبح التطور الحاصل حقيقة كاملة وواضحة المعالم، تمكنت من فرض نفسها بنفسها في المجتمع، لتمس بتأثيراتها التي لا يمكن وصفها إلا بأنها "عميقة" جميع مقوماته السياسية والاقتصادية والاجتماعية وحتى القانونية، على نحو ارتقى بموضوع التطورات التقنية والتكنولوجية وتأثيرها العميق على البيئة القانونية ومجمل ما نتج عنها من إشكالات وتساؤلات، ليكون من بين أهم المواضيع التي تتصدر الاهتمام في هذا العصر.

فإن كانت هذه الثورة عصية على الملاحظة والمسيرة في مختلف ميادين الحياة فإن هذه الميزة تتجلى بصورة أوضح في مجال القانون الذي تحتاج قواعده إلى الثبات والاستقرار، وهما صنوان للبطء في الحركة، في حين أن اختراعات المعلوماتية ماضية في تسارع يفوق التصور، وحيث أن من أهم المشاكل التي واجهت المشرعين منذ العصور الأولى للبشرية، هي مسيرة المجتمع في حركته بالمعالجة التشريعية لكل نشاطاته سواء الفردية منها أو الجماعية، فإن المصداق الأكبر على هذه المشكلة في عصرنا الحالي، هو تقنيات المعلوماتية الدائمة التطور.

ذلك أن تقنيات المعلوماتية وما استحدثته من أجهزة وإن كانت ذات ميزة إيجابية في التعامل على المستوى العالمي بفضل وسائل الاتصال الفوري عن بعد كالهاتف والفاكس والتلكس وأخيراً الإنترنت، إلا أن من شأنها بخصائصها تلك أن تلقي بعبء كبير على من يتولى تهيئة الحياة القانونية لمختلف صور التعاملات التي تجرى عن طريقها، خاصة في مجال إبرام العقود.

وحيث أن العقود المبرمة إلكترونياً من تعتبر من قبيل العقود المبرمة عن بعد، فإن ما ينطبق على هذه الأخيرة هو ذات ما ينطبق على الأولى من أحكام إلا ما قد يتعارض مع طبيعتها الإلكترونية، وعليه فإن انعقاد العقود الإلكترونية يتطلب هو الآخر وجود إرادة معبر عنها أولاً، ثم تطابقها مع إرادة أخرى تقابلها، تسمى الأولى إيجاباً إلكترونياً، والثانية قبولاً إلكترونياً يشكلان بتطابقهما الركن الأول والجوهري لأي عقد ألا وهو ركن التراضي.

غير أن صفة "الإلكترونية" قد جعلت الرضى في العقود المبرمة إلكترونياً يتميز عن الرضى في العقود الأخرى، كون أن تكوينه يتم بواسطة طرق ذات طبيعة خاصة تطغى عليها صفة الرقمية، يتم تبادل الإيجاب والقبول بغية تطابقهما لا عن طريق الوسائل التقليدية البسيطة، وإنما عن طريق وسائط إلكترونية شديدة التعقيد والدقة جاءت وليدة التطور التكنولوجي.

كما أنه من الناحية العملية يغلب على العقود الإلكترونية أن تكون ذات طابع دولي تبرم عبر شبكة الإنترنت دون أن تتقيد بحدود جغرافية مادية، وأن تتم عن بعد دون تلاقي أطراف العقد، وأن معظمها يصنف ضمن عقود الإذعان المنصوص عليها في المادة 70 من التقنين المدني، وهو ما يفتح الباب على مصراعيه للعديد من التساؤلات، يمكن رد سببها إلى "التقنية" التي سمحت بظهور أشكال جديدة للاتصال بين الأفراد، تعتبر شبكة المعلومات الدولية أفضل ما وصلت إليه إلى حد الآن.

حيث خلقت هذه الأخيرة بيئة رقمية افتراضية اخترقت بها الحواجز والحدود الجغرافية التقليدية ونقلت صور المعاملات في العالم المادي إلى عالمها الإلكتروني، كما سمحت بإيجاد روابط تعاقدية عبر مختلف الخدمات التي تقدمها، على رأسها خدمة عرض السلع والمنتجات والخدمات لفائدة التجار والموردين الباعة، وخدمة اقتنائها لفائدة المشتريين والمستهلكين، دون أن يحرك أياً منهم ساكناً، عن طريق تعبيرهم عن إرادتهم ورغبتهم في البيع أو الشراء أو الاستفادة من الخدمات المعروضة.

فنجاح وسائل الاتصال الحديثة في إيصال التعبير عن الإرادة وبالتالي إبرام التصرفات القانونية وتمكنها من فرض نفسها على نطاق واسع بوصفها البديل العصري للطرق التقليدية في التعاقد، يقتضي من المشرعين القيام بوضع تنظيم قانوني لها، ذلك أن تركها دون تنظيم يفتح الباب للعديد من الإشكالات القانونية على رأسها مسألة الاعتراف بالكتابة الإلكترونية كوسيلة للتعبير عن الإرادة من جهة والاعتراف بها كدليل إثبات كامل أمام القضاء من جهة أخرى، فالعدالة تقتضي السماح للأفراد باللجوء

إلى وسائل التعاقد والإثبات الحديثة بدلاً من التمسك بوسائل تقليدية لم تعد تنسجم مع التطورات الحديثة في مجال الاتصالات وإبرام التصرفات.

هذا الأمر هو ما تحقق فعلاً حين أصدرت لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي (اليونسترال) اتفاقياتها الخاصة بتنظيم هذا النوع من المعاملات، وعلى نسقها عملت التشريعات الوطنية على إيجاد قوانين تحكمها من بينها المشرع الجزائري الذي أدخل سنة 2005 تعديلات على القانون المدني في بداية الأمر، ليتبعه بعد انتظار طويل دام 13 سنة بإصدار قانون للتجارة الإلكترونية سنة 2018.

والمعلوم أن الإرادة تلعب دوراً هاماً في إنشاء التصرفات القانونية، ورغم أن القانون لا يحدد مظهرها معينا للتعبير عنها، فأجاز أن يكون صريحاً أو ضمنياً، أو قد يستشف حتى من مجرد السكوت، إلا أن الشائع أن يتم التعبير عنها في البيئة التقليدية بواسطة عبارات تدل على مقصود صاحبها مباشرة، ذلك أنه ولما كانت العبرة في التعبير عن الإرادة تكمن في الإفهام، فلا يقدح في صحة التراضي اختلاف مظاهر التعبير عنه، وانعدم الفرق بين تحققه باللفظ أو بالكتابة أو بغيرهما، كأن يأتي الإيجاب لفظاً أو كتابةً بينما يتخذ القبول مظهراً آخر مغاير، مما يستتبع صحة التعبير عن الإرادة بالكتابة في أي من أشكالها.

غير أن استخدام وسائل الاتصال الحديثة ولا سيما شبكة الإنترنت والاستعانة بها في إبرام المعاملات القانونية قد أثار مشكلة التعبير عن الإرادة ومدى مصداقية القبول والإيجاب المتبادل من خلالها وكيفية إثباته متى افترضنا أن العقد الزمعه إبرامه هو عقد مساومة، ذلك أن من أهم خصائص البيئة الإلكترونية الغياب المادي المحسوس لمجلس العقد الذي يتم فيه تبادل الإرادتين، في مقابل ضرورة اتخاذ الإرادة لمظهر خارجي ملموس أو محسوس، فهاته الوسائل لم تثر الشكوك القانونية حو استخدامها في عملية التعبير عن الإرادة فحسب بل امتدت الشكوك لتحوم حول بيئتها اللامادية في حد ذاتها.

وفي خضم البحث في قانونية التعبير عن الإرادة بالوسائل الحديثة وحجيتها في الإثبات شاع استعمال مصطلح الكتابة الإلكترونية باعتبارها أهم الوسائل الفعالة في تسيير المعاملات التي تتم عبر الوسائط الرقمية، وعليه فإن موضوع هذه الدراسة الموسومة بعنوان "التعبير عن الإرادة عن طريق الكتابة الإلكترونية في القانون الجزائري" سينحصر في البحث في مسألة التعبير عن الإرادة من خلال الكتابة الإلكترونية وفق الأحكام القانونية لنظرية العقد في القانون الجزائري والمحددة بموجب التقنين المدني أساساً، وقانون التجارة الإلكترونية 18-05 الصادر مؤخراً، وذلك بالمقارنة مع بعض التشريعات الدولية والعربية المتعلقة بالمعاملات الإلكترونية، على غرار قوانين اليونسترال النموذجية، قانون المعاملات

الإلكترونية الأردني، قانون التوقيع الإلكتروني المصري، قانون المبادلات التجارية الإلكترونية التونسي وغيرها من بعض القوانين التي نظمت المعاملات الإلكترونية بالقدر الذي يثري الدراسة.

فنسعى من خلال طرحه والخوض فيه إلى المقاربة القانونية قدر الإمكان بين هذا الأسلوب المستحدث في إبرام التصرفات القانونية والذي يتم عبر وسائط إلكترونية وبين القواعد العامة التي تحكم إبرام التصرفات القانونية وإثباتها في القانون الجزائري.

وعن أهمية موضوع هذه الدراسة فيمكن القول أنها تكمن في ضرورة تكوين صورة واضحة عن الدور الذي تلعبه الكتابة الإلكترونية كطريقة للتعبير عن الإرادة في التصرفات القانونية المبرمة إلكترونياً خاصة بعد أن لاحظنا أن أغلب الباحثين اتجهوا إلى دراسة موضوع الكتابة الإلكترونية بالنظر إلى وظيفتها كأداة إثبات فحسب، متغافلين في المقابل عن دورها كطريقة للتعبير عن الإرادة.

فالتعامل بالكتابة الإلكترونية وكما خلق عدة إشكالات بشأن قواعد الإثبات، قد خلق أيضاً الكثير من الجدل والنقاش حول العديد من المبادئ والقواعد القانونية التقليدية التي تحكم نظم التعاقد وإبرام المعاملات، ذلك أن الوسائل المستعملة في التعبير عن الإرادة وطرق الإيجاب والقبول ووسائل حماية المستهلك في البيئة التقليدية لم تعد تفي بمقتضيات المعاملات المبرمة إلكترونياً، خاصة وأن تلك القواعد تعتمد على المستندات الورقية وهي من الأمور التي تجاوزتها المعاملات الرقمية.

كما تكمن أهميتها أيضاً في حداثة القانونية، إذ يعتبر موضوعها كنتيجة لآثار التقدم العلمي والتكنولوجي في وسائل الاتصال والمعلومات الذي حصل وما زال مستمرا إلى يومنا هذا، من جهة، ومن جهة أخرى حداثة النصوص القانونية النازمة للمعاملات الإلكترونية في القانون الجزائري التي يتقدمها القانون 05-18 المتعلق بالتجارة الإلكترونية.

بالإضافة إلى ذلك فإن موضوع هذه الدراسة ذو صلة وطيدة بحياتنا اليومية، فمن منا لا يستخدم الكمبيوتر ووسائل الاتصال الحديثة في تعاملاته، فكان من الضروري تبسيط بعض المفاهيم والمصطلحات والأفكار المتعلقة بالمعاملات المبرمة إلكترونياً، حتى ينتشر الفهم الصحيح والإدراك الجيد لخبائا مثل هذه التعاملات، فيتماشى بذلك مع انتشار استخدام وسائل الاتصال الحديثة في مختلف الأصعدة، خاصة وأن اللجوء إلى المعاملات الإلكترونية أضحي ضرورة لا خيار فيها، وعلى المدى القريب قد لا يجد هذا الشخص أو ذاك، أو هذه الشركة أو تلك من يقبل التعامل معها إلا إلكترونياً.

هاته الأهمية جعلت من التوعية بالآثار القانونية للتعامل عبر هذه الوسائل الحديثة، ومساعدة الأفراد والدول في جهودها الساعية إلى استيعاب المعاملات الإلكترونية أمراً لا بد منه، عبر دراسة ما يتعلق بانعقاد العقد الإلكتروني والتركيز على الأمور العلمية التي تشكل عقبة في طريق توسعة استخدام وسائل الاتصال الحديثة في التعاقد، وكذا طرح الحلول المناسبة لها وتقديم الأطر القانونية الملائمة لتنظيم معاملات التجارة الإلكترونية بالشكل الذي يحقق الثقة والأمان القانوني للأطراف المتعاقدة إلكترونياً.

كما أنها -أهمية الموضوع- لعبت إلى جانب حداثة موضوع الدراسة، دور الأسباب الرئيسية التي دفعت إلى الاقتناع بضرورة البحث فيه ومن تم اختياره كموضوع لهاته الأطروحة، حيث أصبحت الحاجة ملحة لظهور دراسات قانونية حول ماهية هذا الموضوع المستجد في القانون لمعرفة مدى الاستجابة لمعطيات الحداثة وتكنولوجيا المعلومات في المعاملات القانونية، وما تثيره علاقة القانون بتكنولوجيا المعلومات، وهل القانون مواكب للتكنولوجيا ومستجيب بطريقة تبعية لتطوراتها، أم أنه ينبغي تبني أسلوب مختلف للتقارب بينهما، وهو ما يستلزم إيجاد بيئة تشريعية مناسبة وقوانين متطورة لتنظيم المعاملات الإلكترونية ومعالجة ما ينجم عنه من إشكاليات ومنازعات وأساليب غير مألوفة في إبرامها.

أضف إلى ذلك أن التعاقد الإلكتروني وإن كان يخضع كالعقود التقليدية إلى الأحكام العامة للعقود إلا أن التطور في أنماط وأساليب إجراءاته، كان وما زال يشكل دافعا للباحثين في مجال القانون للعمل على دراسة هذا النمط بغرض الإحاطة بكافة جوانبه وتناول الإشكاليات القانونية التي أثارها، على نحو حتم إعداد دراسات قانونية لإعادة النظر في كثير من المفاهيم والقواعد القانونية النازمة لأحكام العقد والتي ظلت صامدة لوقت طويل.

وتكمن جملة الأهداف المأمولة من خوض غمار هذا البحث في، الوقوف على آخر ما نتج عن دخول تقنية المعلومات والاتصالات مجال المعاملات القانونية من مفاهيم ومصطلحات جديدة، ومحاولة الخروج بأفكار مبسطة تساعد جدياً في الإحاطة بموضوع الكتابة الإلكترونية و مدى صلاحيتها كوسيلة للتعبير عن الإرادة خاصة وأن استخدام الإنترنت ووسائل الاتصال الحديثة في إبرام المعاملات قد أصبح ظاهرة القرن وعمود النظام الاقتصادي في أية دولة، ومحل اهتمام مختلف الهيئات والفئات مما يستدعي الإحاطة بمختلف جوانبها.

وكذا تسليط الضوء على الجوانب الخاصة بالتراضي في العقد الإلكتروني ومعالجة الإشكاليات القانونية التي يثيرها هذه الركن في مثل هذه العقود لغايات الوصول إلى الاطار القانوني المناسب للتعامل معها، وذلك عن طريق محاولة معالجة أبرز الإشكالات القانونية المتعلقة بموضوع التعبير عن الإرادة بالكتابة الإلكترونية في القانون الجزائري، ودراسة مدى اختلاف أحكامه عما نصت عليه باقي التشريعات العربية والدولية، من خلال طرح التساؤلات والبحث عن الإجابات المنطقية والمستندة على الأساس القانوني الصحيح، خاصة في ظل قلة المراجع وحداثة النصوص القانونية الجزائرية المتعلقة بالموضوع.

إضافة إلى ذلك كان لابد من بيان مدى أهمية الدور الذي تلعبه الكتابة الإلكترونية في مجال التعبير عن الإرادة عبر وسائط إلكترونية، باعتبارها البديل العصري للكتابة التقليدية، خاصة إذا ما أخذنا بعين الاعتبار عدم تلاؤم هذه الأخيرة مع طبيعة وبيئة المعاملات الإلكترونية وضرورة إيجاد بديل لها لإتمام مثل هذه التصرفات، وذلك بعد أن أخذت حظا لا بأس به من جهد الباحثين فيما يتعلق بدورها كدليل إثبات.

وأخيرا المساهمة في وضع إطار قانوني محدد للمشكلات القانونية المرتبطة بعنصري الكتابة والتوقيع من خلال إيجاد ووضع مبررات قانونية وواقعية، علما تسهم في إقناع الفكر القانوني بضرورة توسيع الأفكار التقليدية المتعلقة بأدلة الإثبات، وتطوير المفاهيم السائدة، وتبني تفسير جديد لهذه المفاهيم، على نحو يواكب التطور الحاصل في وسائل الاتصال وإبرام المعاملات القانونية، ويتيح للأفراد الاستفادة مما ينتجه العلم والتقدم التكنولوجي في حياتهم القانونية.

أما عن الصعوبات التي اعترضت إنجاز البحث فيمكن ردها إلى ما يتسم به الموضوع من صبغة تقنية تتطلب عند معالجته ضرورة الإلمام بالجوانب الفنية والتقنية لتقنيات الاتصال الحديثة لاسيما شبكة الإنترنت، ناهيك عن صعوباتها القانونية وتأخر المشرع الجزائري في إصدار قانون التجارة الإلكترونية الذي جاء تقريبا بعد أن شارفت الدراسة على نهايتها، وهو ما استوجب تعديل الكثير من جزئياتها بما يتوافق مع القانون 05-18 على نحو استهلك جهدا ووقتا إضافيين، هذا من جهة.

من جهة أخرى أوجبت حداثة الموضوع وتشعبه وسعته، التطرق إلى فروع القانون المختلفة على رأسها القانون المدني والتجاري والمستهلك والدولي الخاص وغيرها، وكذا اللجوء إلى العديد من الأنظمة

الوطنية لكثير من الدول، وحتى إلى الاتفاقيات الدولية والقوانين النموذجية والتوجيهات الأوروبية خاصة في ظل ندرة التطبيقات القضائية المتعلقة بالموضوع، وحداثة التشريع الذي ينظمه.

وقد انطلقت الإشكالية التي تتمحور حولها الدراسة من القاعدة التي مفادها أن وجود الإرادة في نفس صاحبها واعتبارها من خلجات نفسه لا يعتد بها القانون كأصل مالم تخرج إلى العالم الظاهر المحسوس، فلا تتخذ مظهرها ولا بعدا قانونيا إلا بالإفصاح عنها بطريقة يمكن إدارتها والتفاعل معها، من جهة، وأن الكتابة الإلكترونية-باعتبارها وسيلة التعبير عن الإرادة محل الدراسة- على عكس الكتابة التقليدية مرئية الشكل لا مادية الوجود توصف بأنها "افتراضية غير ملموسة" حتى وإن كانت تأخذ في نهاية الأمر على شاشة الجهاز الإلكتروني أو بعد طبعها الصورة التقليدية للكتابة، من جهة ثانية، هذا التناقض بين القاعدة والوسيلة كان بمثابة الومضة التي أدت إلى التساؤل عن **القيمة القانونية للكتابة الإلكترونية بطبيعتها الافتراضية في عملية التعبير عن الإرادة التي لا يعتد بها القانون مالم تتخذ مظهرها خارجيا ملموسا أو محسوسا؟**.

في الأخير وبالنظر لحداثة موضوع البحث وبهدف تحقيق الغاية المرجوة من اختياره، وكما هو واضح من نطاق الدراسة فإنها لن تعتمد على منهج واحد لكي تبلغ غايتها، علاوة على أن واقع حال البحث العلمي يثبت على الدوام **عدم تقييده بمنهج** دون آخر، فكان من الضروري عدم الاقتصار على اتباع منهج بعينه، وإنما اللجوء إلى المزج بين عدة مناهج يتقدمها المنهج المقارن، بحيث كان لابد من الإشارة بالقدر اللازم- إلى الأحكام القانونية المتعلقة بالكتابة الإلكترونية والتي وردت في التشريعات المختلفة سواء على المستوى العربي أو الدولي، وذلك بهدف الوصول إلى تحديد أوجه الاختلاف والاتفاق بينها وبين القانون الجزائري، وبيان مواطن الشغور القانوني فيه.

إلى جانب المنهج المقارن اقتضت طبيعة الدراسة اتباع المنهج التحليلي من خلال تناول النصوص القانونية ذات العلاقة بالموضوع والسعي إلى تحليلها وإظهار الإشكاليات التي تثيرها والبحث عن إجابات وحلول قانونية لها.

إضافة إلى المنهجين السابقين، اعتمدت الدراسة على المنهج الاستنباطي، إذ بعد تحليل النصوص القانونية ومقارنتها سيتم -بحول الله- وضع النتائج المستفادة منها، وإبراز آراء ووجهات نظر الباحثة متى احتاج الأمر إلى تدخلها.

وفي سبيل الإجابة عن الإشكالية المتقدم طرحها تم الاعتماد عند تقسيم خطة البحث على التقسيم الثنائي، من خلال اعتماد باين رئيسيين خصص الأول منها للحديث عن المتطلبات الموضوعية للتعبير عن الإرادة بالكتابة الإلكترونية، الذي قسم بدوره إلى فصلين جاء الأول بعنوان مشروعية تبادل التعبير عن الإرادة بالكتابة الإلكترونية، والثاني بعنوان مسار تبادل التعبير عن الإرادة بالكتابة الإلكترونية، أما بابها الثاني فخصص للحديث عن المتطلبات الشكلية للتعبير عن الإرادة بالكتابة الإلكترونية، المتمثلة في صحة الإرادة المعبر عنها إلكترونيا في فصل أول، ثم إثبات الأثر الذي اتجهت الإرادة بعد التعبير عنها إلى إحداثه في فصل ثان، كل ذلك في إطار أحكام القانون الجزائري .

الباب الأول

المتطلبات الموضوعية للتعبير عن
الإرادة بالكتابة الإلكترونية

نتيجة للتطورات التكنولوجية الحديثة وما أفرزته من وسائل وتقنيات للاتصال وإجراء المعاملات بين الأفراد، ظهر ما يعرف **"بالتعاقد عن بعد"** الذي يعتمد على طرق جديدة غير مألوفة في إبرام التصرفات القانونية، سواء من حيث تكوينها أو من حيث تنفيذها أو من حيث إثباتها، هاته الوسائل وفي مقدمتها شبكة الإنترنت قد مكنت الأشخاص من تبادل ليس فقط الكتابة وإنما تبادل حتى الصور والأصوات عبرها، كما سهلت عليهم التعبير عن إراداتهم وإبرام مختلف تصرفاتهم القانونية، حتى في ظل غياب تنظيم قانوني لها، وفي ظل ما أثارته وما تثيره من إشكالات وصعوبات قانونية تمحورت حول مدى كفاية القواعد المكرسة قبل ظهورها لحكم التصرفات الإلكترونية، بالنظر إلى عمومية الأولى وخصوصية الأخيرة.

وحيث أن كل نظام قانوني يعتمد على متطلبات خاصة به تتضمن شروط موضوعية عامة تسري بشكل عام على تكوين جميع أنواع العقود بغض النظر عن طبيعتها، وهي المتطلبات المحددة بموجب المواد 59 إلى 105 من التقنين المدني⁽¹⁾، إلا أنه يمكن القول بأن استخدام وتوظيف الوسائل والطرق الحديثة في إبرام العقود وإن كان لا يخرج في جوهره عن إطار القواعد العامة المنظمة لأحكام العقد، إلا أنه في الكثير من جوانبه يحتاج إلى متطلبات أو معالجات قانونية خاصة تفتقر إليها تلك القواعد العامة بالنظر إلى خصوصيته⁽²⁾.

هاته القواعد تقضي بأن العقد لا ينعقد إلا بتوافر مجموعة من الأركان، وهو ما يوجب أن يستجمع العقد المبرم عبر وسائط إلكترونية باعتباره خاضعا لها هذه الأركان بشروطها، ويتقدم هذه الأركان على الإطلاق ركن التراضي الذي يعتبر جوهر وأساس إبرام أي عقد دون وجود خلاف حول ذلك، وهو ما يؤكد نص المادة 59 ق.م.

وتكوين ركن التراضي يتطلب بداية توافر إرادة لدى طرفين، ثم اتجاهها إلى إحداث أثر قانوني، إلا أن الإرادة باعتبارها أمرا معنويا داخليا كامنا في النفس لا يعتد بها القانون كأصل، ولا يمكن التعرف عليها إلا إذا تم التعبير عنها بمظهر مادي خارجي يدل عليها، في شكل إما إيجاب أو قبول مطابق، وذلك باستخدام مجموعة من الوسائل أو الطرق تولت المادة 60 ق.م تحديدتها، من بينها الكتابة.

وعليه ستقتصر الدراسة في هذا الباب على بيان الأحكام والمتطلبات الموضوعية الخاصة باستخدام **الكتابة الإلكترونية** في عملية تكوين ركن التراضي، وذلك بتبيان مدى مشروعية الاعتماد عليها كوسيلة للتعبير عن الإرادة، مع التركيز في نفس الوقت على جوانبها القانونية دون جوانبها التقنية هاته الأخيرة التي يبقى لها مجالها الخاص والبعيد نوعا ما عن الجانب القانوني (فصل أول)، وكذا تبين التنظيم القانوني لمسار تبادل الإيجاب والقبول بالكتابة الإلكترونية باعتبارهما عنصري تطابق الإرادتين (فصل ثاني)، بمعنى ستقتصر الدراسة على بيان متطلبات التعبير عن الإرادة ووسيلته كوحدة واحدة متكاملة.

(1) أمر رقم 75-58، مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني، ج ر عدد 78 صادر بتاريخ 30 سبتمبر 1975، معدل ومتمم.

(2) RABAGNY-LAGOA Agnès, *Doit du commerce électronique*, Edition ellipses, Paris, 2011, p81.

الفصل الأول

مشروعية تبادل التعبير عن الإرادة
بالكتابة الإلكترونية

اعتُبرت الكتابة أكثر وسائل الإثبات شيوعاً وأقواها حجية منذ القدم⁽¹⁾، وكانت تتخذ أشكالاً وصوراً متعددة كالرموز والحروف والأرقام وغيرها، ولا يخفى على أحد المكانة التي تبوأتها الكتابة بزوغ فجر الإسلام، فقد أمر الله سبحانه وتعالى في كتابه العزيز بكتابة الديون والمعاملات⁽²⁾، ثم جاءت مختلف القوانين بأدلة الإثبات وقسمتها، فجعلت الأدلة الكتابية في قمة الهرم بين الأدلة المقبولة للإثبات عموماً ذلك أنها توفر ضمانات للخصوم لا توفرها لهم غيرها من الأدلة، فهي وسيلة الإثبات الأساسية فيما يتعلق بالتصرفات القانونية، كما أنها ذات قوة إثبات مطلقة، حيث يمكن أن تثبت عن طريقها جميع التصرفات القانونية⁽³⁾.

هاته المكانة التي احتلتها الكتابة سمحت ب بروز وظيفتها كدليل إثبات، بشكل غطى تقريباً على وظائفها الأخرى، وكانت السبب وراء اتجاه أغلب الدراسات إلى تناول موضوع الكتابة بالنظر أساساً إلى وظيفتها هذه كوسيلة للإثبات على حساب التفصيل في الوظائف الأخرى التي تؤديها الكتابة والتي من بينها وظيفتها كوسيلة للتعبير عن الإرادة.

وحتى لا تثير الوسيلة المستخدمة في نقل الإرادة والتعبير عنها الشكوك حول تبادل التراضي بين الطرفين، واتجاه إرادتهما إلى إبرام العقد والالتزام بما جاء في مضمونه، وجب أن يتم التعبير عن الإرادة بصورة مشروعة وقانونية، ولما كان البحث في هاته المسألة في مجال العقد الإلكتروني قد يثير مثل هذه المخاوف، فإن أول ما يواجهنا في هذا الشأن هو ضرورة البحث في مدى اعتراف القانون بالكتابة الإلكترونية وغيرها من وسائل البيئة الإلكترونية، ليس كدليل إثبات هذه المرة ولكن كوسائل للتعبير عن الإرادة.

من هذا المنطلق، فإن الفصل في هاته المسألة يتطلب ابتداء إزالة الغموض والشك حول كنه الكتابة الإلكترونية كمفهوم حديث، من خلال محاولة ضبط مفهومها وتحديد شروطها (مبحث 1)، ثم بحث مسألة مدى جواز التعبير بواسطتها عن الإرادة من الناحية القانونية بعد أن كشف الواقع العملي وأثبت عدة مظاهر لاستعمالها على نحو يوحي بأن الواقع العملي قد سبق التنظيم القانوني في هذا الشأن (مبحث 2).

(1) لمزيد من التفصيل حول موضوع التطور التاريخي للكتابة، انظر محمد العيش الصالحين، الكتابة الرقمية طريقاً للتعبير عن الإرادة ودليلاً للإثبات، ط 1، منشأة المعارف، الاسكندرية، 2008، ص 11 وما بعدها.

(2) بقوله تعالى في الآية 282 من سورة البقرة: { يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَانَيْتُمْ بِدَيْنٍ إِلَى أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ وَلْيَكْتُب بَيْنَكُمْ كَاتِبٌ بِالْعَدْلِ وَلَا يَأْبَ كَاتِبٌ أَنْ يَكْتُبَ كَمَا عَلَّمَهُ اللَّهُ فَلْيَكْتُبْ وَلْيُمْلِلِ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ وَلْيَتَّقِ اللَّهَ رَبَّهُ وَلَا يَبْخَسْ مِنْهُ شَيْئاً فَإِنْ كَانَ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ سَفِيهاً أَوْ ضَعِيفاً أَوْ لَا يَسْتَطِيعُ أَنْ يُمِلَّ هُوَ فَلْيُمْلِلْ وَلِيُّهُ بِالْعَدْلِ وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رَجَالِكُمْ فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ مِمَّنْ تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ أَنْ تَضِلَّ إِحْدَاهُمَا فَتُذَكِّرَ إِحْدَاهُمَا الْأُخْرَى وَلَا يَأْبَ الشُّهَدَاءُ إِذَا مَا دُعُوا وَلَا تَسْأَمُوا أَنْ تَكْتُبُوهُ صَغِيراً أَوْ كَبِيراً إِلَى أَجَلِهِ ذَلِكَمْ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ وَأَقْوَمُ لِلشَّهَادَةِ وَأَدْنَى أَلَّا تَرْتَابُوا إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً حَاضِرَةً تُدِيرُونَهَا بَيْنَكُمْ فَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَلَّا تَكْتُبُوهَا وَأَشْهِدُوا إِذَا تَبَايَعْتُمْ وَلَا يُضَارَّ كَاتِبٌ وَلَا شَهِيدٌ وَإِنْ تَفَعَّلُوا فَإِنَّهُ فُسُوقٌ بِكُمْ وَاتَّقُوا اللَّهَ وَيَعْلَمُكُمُ اللَّهُ وَاللَّهُ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمٌ}. صدق الله العظيم.

(3) نبيل صقر ومكاري نزيهة، الوسيط في القواعد الإجرائية والموضوعية للإثبات في المواد المدنية، دار الهدى للطباعة، الجزائر، 2009، ص.ص: 76-77.

المبحث الأول: ضبط مفهوم الكتابة الإلكترونية باعتبارها وسيلة التعبير عن الإرادة

إن المتمعن في تاريخ الكتابة يستطيع أن يتبين بجلاء أن الارتباط بينها وبين الورق ليس ارتباطاً عضوياً، وأن الكتابة باعتبارها ضرباً من ضروب الرموز المتفق عليها في إطار اجتماعي معين قد ظهرت عدة قرون قبل ظهور الورق، واتخذت لها عدة دعائم مادية مثل الحجارة وجلود الحيوانات وخشب الأشجار وجدران الكهوف، ثم ظهر الورق الذي كان آخر هذه الدعائم، والذي أدى تطوره وتدعيمه بأساليب الطباعة إلى خلق رابطة وطيدة بين الفحوى المتمثل في الكتابة والشكل المادي الورقي الذي تفرغ عليه وصلت إلى درجة التمازج والانصهار بينهما، حيث أصبحت فيها عبارات الكتب أو الوثيقة تحمل في طياتها معناً ضمنيًا من أن الأمر يتعلق بكتب ورقي أو بوثيقة ورقية⁽¹⁾.

إلا أن التطور المستمر للتكنولوجيا الذي شهده العالم ساعد على معالجة ونقل المعلومات باستخدام تقنيات وسائل الاتصال الحديثة، وأدى إلى ظهور شكل جديد للكتابة اصطلح عليه تسمية الكتابة الإلكترونية، التي تفرغ الرموز والحروف المكونة لها على دعائم غير ملموسة تتسم بالطابع اللامادي، محققاً في النهاية انفصام الرابطة بين الكتابة والدعامة التي تدون عليها، ومعطياً مفهوماً واسعاً لها يرتكز على اعتبارها رموزاً معبرة عن الفكر، بصرف النظر عن وسيلة إنشائها أو إرسالها أو دعائمها التي تفرغ عليها ليكون بذلك قد أرجع الأمور إلى نصابها مذكراً بعنصرين أساسيين في مسألة الكتابة، وهما أن الكتابة مستقلة عن الورق من ناحية، وأنه لا بد من التمييز بين المحتوى والإناء الذي يحتويه من ناحية أخرى⁽²⁾.

وللإحاطة بمفهوم الكتابة الإلكترونية باعتبارها وسيلة التعبير عن الإرادة - في هذه الدراسة - تم تقسيم هذا المبحث إلى خمس مطالب رئيسية، تتوقف في الأول لتعريف الكتابة الإلكترونية، وفي الثاني لتحديد الشروط اللازم توافرها في هذا النوع من الكتابة، أما الثالث فتم تخصيصه للحديث عن بيئة الكتابة الإلكترونية والرابع للتمييز بين الكتابة الإلكترونية ونظيرتها التقليدية، أما الأخير فخصص لبيان مختلف مظاهر استخدام الكتابة الإلكترونية في عملية التعبير عن الإرادة، وفق ما يلي:

المطلب الأول: تعريف الكتابة الإلكترونية

يهدف تحديد معنى دقيق للكتابة، تجدر الإشارة ولو بإيجاز في مقدمة هذا المطلب إلى معناها من المنظورين اللغوي والمنطقي، فمصطلح الكتابة لغة: مشتق من الفعل الثلاثي كتب بمعنى خط، فيقال كتب الشيء بمعنى خطه، أي أن الكتابة: هي ما يخطه الإنسان، كما تعني كذلك: ضم شيء إلى شيء، وقد استعير المعنى الأخير للتعبير عن تصوير الكلام بالحروف الأبجدية، ذلك أن هذا التصوير إنما يتم بضم

(1) عز الدين منصور وخميسة كيني، الإثبات بالكتابة في الشكل الإلكتروني، مذكرة تخرج لنيل شهادة المدرسة العليا للقضاء، الجزائر 2008، ص 1.

(2) المرجع نفسه، ص 2.

حروف اللغة المستعملة بعضها إلى بعض، وإن دل ذلك على شيء فإنما هو ما مفاده أن الكتابة بمفهومها الواسع هي مجرد تصوير للكلام، وعلى ذلك فلا يشترط فيها إلا أن تكون مثل ذلك الكلام واضحة ودالة توصل المعنى إلى القارئ كما يوصله الكلام إلى السامع لا أكثر⁽¹⁾.

وفي هذا المقام تجدر الإشارة إلى ضرورة التمييز بين الكتابة كاسم وبين الكتابة كمصدر، فالوصف الأول لها ينصرف مجملًا إلى مجموعة الرموز والحروف المخطوطة والمرتبطة في شكل معين بذاتها، أما الثاني وهو اعتبارها كمصدر فينصرف إلى عملية وضع تلك الرموز والحروف⁽²⁾، ونطاق الحديث عن الكتابة في هذا المقام سيقصر على الكتابة كاسم لا كمصدر، باعتباره هو الذي يدخل في تكوين المحرر ويشكل عنصراً فيه.

أما مصطلح الكتابة من منظور المنطق فقد اعتبره علماء هذا العلم مرتبة من مراتب وجود الشيء⁽³⁾ تتمثل في ما يعبر عن لفظ الشيء الدال عليه والمحدد له، وما الكتابة إلا طريقة يتوصل من خلالها الكاتب إلى إيصال معنى الألفاظ المكتوبة والمراد التعبير عنها إلى ذهن القارئ.

ويترتب على القول بأن الكتابة ما هي إلا وسيلة لتوصيل المعنى إلى ذهن قارئها نتيجتان هامتان: تتمثل الأولى في أن شكل تدوين الكتابة وكيفية لا أهمية لها طالما كانت تلك الكتابة كافية في توصيل المقصود منها إلى ذهن القارئ، ويترتب على ذلك، أن تحديد مفهوم للكتابة يجب أن يتم في ضوء وظيفتها والغرض المراد منها، وليس على أساس نوعية الخبر المستخدم في تشكيلها أو شكل الرموز المستعملة لتدوينها ولا حتى طبيعة الوسيط الذي تحفظ عليه⁽⁴⁾، أما الثانية: فتتمثل في أن أهمية الكتابة تنحصر فيما تؤديه من وظائف لا أكثر، على اعتبار أنها مجرد رموز اصطلاح عليها بين الكاتب والقارئ⁽⁵⁾.

أما مصطلح "الإلكترونية": فهو نسبة إلى "الإلكترون" المعروف في علم الفيزياء باعتباره أحد المكونات في ذرة المادة والذي يعرف بأنه عنصر أول ثابت ذو شحنة كهربائية سالبة، وسبب صوغ صفة هذا المصطلح على الكتابة محل الدراسة هو أنها تتخذ شكل معادلات خوارزمية تنفذ من خلال عمليات إدخال البيانات والمعلومات وإخراجها من خلال مختلف الأجهزة الإلكترونية، والتي تتم من خلال تغذيتها بمعلومات أو بيانات محددة عن طريق مختلف وحدات الإدخال، ممثلة في لوحة المفاتيح سواء المادية أو

(1) نبيل محدي زوين، المحررات الإلكترونية: دراسة قانونية، دراسة منشورة على موقع منتدى شبكة قانوني الأردن، الدليل الإلكتروني للموقع www.Lawjo.net، ص 20.

(2) المرجع نفسه، ص 20.

(3) يقرر علماء المنطق أن لكل شيء أربع مراتب من الوجود: أولها الوجود الحقيقي الخارجي والظاهر، وثانيها الوجود الذهني وهو صورته المنطبقة في الذهن، وثالثها وجوده اللفظي وهو اللفظ المستخدم للتعبير عنه، ورابعها الوجود الكتابي وهو الكتابة المعبرة عن لفظه، وذكروا أن وظيفة الوجود اللفظي والوجود الكتابي هي تحقيق الوجود الذهني.

(4) CAPRIOLI Eric et SORIEUL Renaud, *Commerce international électronique, vers L'émergence des règles juridiques transnationales*, clunet, Paris, 1997, P. 323.

(5) نبيل محدي زوين، مرجع سابق، ص 21.

الافتراضية، أو من خلال استرجاع المعلومات المخزنة في وحدة المعالجة المركزية، وبعد الفراغ من معالجة تلك البيانات يتم إظهارها على أجهزة إخراج كشاشة الجهاز أو طباعتها بواسطة الطابعة وغيرها.

وبعد أن تمت الإشارة إلى مفهوم الكتابة الإلكترونية من المنظورين اللغوي والمنطقي، نتطرق تالياً من خلال الفرعين أدناه إلى مفهومها القانوني وهو ما يهمننا بالدرجة الأولى، وذلك كما يلي:

الفرع الأول: تعريف الكتابة الإلكترونية في القوانين المقارنة

سيتم من خلال هذا الفرع التطرق إلى تعريف الكتابة الإلكترونية لدى لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي (أولا)، ثم تعريفها في القانون الفرنسي باعتباره المصدر التاريخي للتشريع الجزائري واعتماده كمثال عن القوانين الداخلية الأجنبية (ثانياً)، ثم تعريفها في القانون المصري كمثال عن القوانين العربية (ثالثاً).

أولاً: تعريف الكتابة الإلكترونية في قانون اليونسטרال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية

قام الفريق العامل الرابع التابع للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي⁽¹⁾، والمكلف بالعمل التحضري بشأن التجارة الإلكترونية، بوضع قانونين الأول سمي بقانون اليونسسترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية سنة 1996⁽²⁾، والثاني سمي بقانون اليونسسترال النموذجي بشأن التوقيعات الإلكترونية سنة 2001⁽³⁾، تلتهما اتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة بالخطابات الإلكترونية في العقود الدولية لسنة 2005، وذلك بعد وضعه الدليل القانوني الخاص بقبول التحويلات الإلكترونية للأموال سنة 1978، وتوصية متعلقة بالقيمة القانونية للسجلات الحاسوبية سنة 1985⁽⁴⁾.

بالرجوع إلى قانون اليونسسترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية نجد أنه عرف الكتابة الإلكترونية من خلال تعريف رسالة البيانات، حيث نصت المادة (6) منه التي تعالج مسألة الكتابة على ما يلي: "1- عندما يشترط القانون أن تكون المعلومات مكتوبة، تستوفي رسالة البيانات ذلك الشرط إذا تيسر الاطلاع على البيانات الواردة فيها على نحو يتيح استخدامها بالرجوع إليها لاحقاً...".

أما تعريف رسالة البيانات وفق المادة 2/أ من القانون ذاته فجاء كما يلي "أنها المعلومات التي يتم انشاؤها أو إرسالها أو استلامها أو تخزينها بوسائل إلكترونية أو ضوئية أو بوسائل مشابهة بما في ذلك على سبيل المثال لا الحصر تبادل البيانات الإلكترونية أو البريد الإلكتروني أو البرق أو التلكس أو النسخ البرقي".

(1) وتسمى اليونسسترال اختصاراً لتسميتها باللغة الإنجليزية: United Nations commission of International Trade law.

(2) قرار لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي رقم 162/51، معتمد من قبل جمعيتها العامة بناء على تقرير اللجنة السادسة [A/51/628]، بتاريخ 16 ديسمبر 1996، ويشار إليه كلما ورد في هذه الدراسة بقانون اليونسسترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية.

(3) قرار لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي رقم 80/56، معتمد من قبل جمعيتها العامة بناء على تقرير اللجنة السادسة [A/56/588]، بتاريخ 12 ديسمبر 2001، ويشار إليه كلما ورد في هذه الدراسة بقانون اليونسسترال النموذجي بشأن التوقيع الإلكتروني.

(4) مشار إليها لدى عز الدين منصور وخميسة كيني، مرجع سابق، ص 4.

وبإعادة النظر في نص المادة 6 أعلاه يلاحظ أنها:

أ/ تركز على المفهوم الأساسي للبيانات المستخدمة والمقروءة، وذلك بالنص على ضرورة أن تسمح رسالة البيانات بالاطلاع على البيانات والمعلومات الواردة فيها، وهو ما ورد في آخر الفقرة الأولى "على نحو يتيح استخدامها بالرجوع إليها لاحقاً".

ب/ أنها أهملت النص على شرط ضرورة أن تفي رسائل البيانات في جميع الحالات بكل ما يمكن تصوره من وظائف الكتابة.

ج/ أما عبارة "تيسير الاطلاع" فهي مستخدمة لتؤكد على وجوب أن تكون المعلومات المقدمة في شكل بيانات إلكترونية مقروءة وقابلة للفهم.

د/ أكدت هذه المادة على عدم الاعتداد بنوع الوسيط الحامل للمعلومات والبيانات المكتوبة في الإثبات وقررت أن قدرة الوسيط على الاحتفاظ بها يتحقق معه الاعتراف به كدليل في مجال الإثبات⁽¹⁾.

وعليه فإن ما يمكن استخلاصه من هذا النص بصفة عامة هو عدم وجود أي ارتباط قانوني بين الكتابة وبين ضرورة إفراغها في وسيط معين بذاته، ذلك أن المقصود بها يجب أن يتحدد في ضوء وظيفتها والغرض منها، وليس على أساس نوعية الوسيط المفرغة عليه أو المنشأة أو المخزنة أو المرسلّة أو المستقبلّة من خلاله، ولا لشكل الحروف أو الرموز المستخدمة في تدوينها، مادامت قادرة على تأدية وظائفها كاملة.

ثانياً: تعريف الكتابة الإلكترونية في القانون الفرنسي

استجابة منه وعلى غرار الدول الأوروبية الأخرى لتوجيهات الاتحاد الأوروبي بشأن الاعتراف بالوسائط غير الورقية في إثبات مختلف المعاملات والتصرفات المبرمة عن بعد⁽²⁾، قام المشرع الفرنسي بإحداث تعديلات⁽³⁾ جذرية على الأفكار التقليدية التي كانت تقوم عليها قواعد الإثبات في القانون المدني وذلك بهدف إرساء قواعد الإثبات بالكتابة الإلكترونية، وقد مست تلك التعديلات النصوص المتعلقة بالأدلة الكتابية على نحو يدخل ضمنها المحررات الإلكترونية كأدلة إثبات، ويزيل بها كل عقبات قبول الكتابة الإلكترونية كدليل كتابي في الإثبات شأنها في ذلك شأن أنواع الكتابة الأخرى.

(1) ناهد فتحي المحوري، الأوراق التجارية الإلكترونية: دراسة تحليلية مقارنة، ط1، دار الثقافة، عمان، 2009، ص. ص: 68-69.

(2) أحمد عزمي الحروب، السندات الرسمية الإلكترونية: دراسة مقارنة، ط1، دار الثقافة، عمان، 2010، ص 55.

(3) تم التعديل بموجب القانون رقم 2000-230 المتعلق بإدخال تكنولوجيا المعلومات المتعلقة بالتوقيع الإلكتروني الصادر بتاريخ 13 مارس 2000 يعدل القانون المدني الفرنسي.

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, j.o français, n° 62 du 14 mars 2000, disponible sur : <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=LEGITEXT000005629200>

إن الملاحظ من خلال تلك التعديلات أن المشرع الفرنسي لم يضع تعريفاً مباشراً للكتابة الإلكترونية وإنما عرفها بطريقة غير مباشرة من خلال تعريفه للكتابة بصفة عامة بموجب نص المادة 1365 الجديدة من القانون المدني والتي جاء نصها كالتالي: "الكتابة هي نتيجة تسلسل حروف أو علامات أو أرقام أو أية إشارات أو رموز ذات دلالة قابلة للإدراك أيًا كانت دعائمها"⁽¹⁾.

فالمشرع الفرنسي من خلال هذا النص قد أعطى مفهوماً واسعاً للكتابة يتسع ليشمل إلى جانب الكتابة التقليدية الكتابة الإلكترونية وكل أنواع الكتابة الممكن تصورهما، سواء الموجود منها حالياً أو ما هو في طور التجريب مثل الكتابة البيولوجية أو ما قد يظهر مستقبلاً⁽²⁾، كما أنه كرس الحرية الكاملة في اختيار الدعامة التي تفرغ عليها الكتابة أو طريقة إرسالها بهدف إنشاء دليل⁽³⁾.

كما كرس هذا النص إضافة إلى نص المادة 1366 ق.م المعدل مبدأ عاماً، يعتبر من أسس التشريع الفرنسي حول قواعد الإثبات يعرف بمبدأ الحياد التقني، مفاده عدم التمييز بين أنواع الكتابة على أساس التقنية المستخدمة في إنشائها أو الدعامة المفرغة عليها أو حتى الوسيلة المستعملة في نقلها عند الاستناد إليها كدليل إثبات متى توافرت شروط ذلك، وذلك عندما أطلق المشرع مصطلح الكتابة بصفة عامة دون تحديد فيما إذا كانت يدوية أو إلكترونية، ودون الالتفات أيضاً لنوع الدعامة المفرغة والمحفوظة عليها.

وبترتب على إعمال مبدأ الحياد التقني نتيجة هامة مفادها أن حجية الدليل الكتابي في الإثبات لا يمكن إنكارها بسبب الطريقة المستخدمة في تدوين مضمونه، أو الوسيلة التي تتم بواسطتها عملية نقل ذلك المضمون طالما كانت جديرة باحتواء الكتابة أو نقلها والحفاظ عليها بما يتيح استرجاعها عند الحاجة إليها⁽⁴⁾.

بيد أنه ينبغي الإشارة في هذا الصدد إلى أن القضاء الفرنسي كان له فضل السبق في إقرار مبدأ الفصل بين الكتابة والأدوات المستخدمة في إحداثها، وعدم اشتراط إفراغها على وسيط مادي، حيث درج إلى جانب الفقه على التأكيد على ضرورة هذا الفصل، فاعترف بصحة الكتابة الصادرة على دعامة غير مادية، أو التي تمت بواسطة قلم الرصاص أو على وسيط إلكتروني⁽⁵⁾.

(1) Art 1365 code civil français : « L'écrit consiste en une suite de lettres, de caractères, de chiffres ou de tous autres signes ou symboles dotés d'une signification intelligible, quel que soit leur support ».

(2) MAS Florence, La Conclusion Des Contrats Du Commerce Électronique, , LGDJ, Paris, 2005, p 321.

(3) GRYNBAUM Luc et DI VITTORIO Stanislas, E-@assurance, édition L'Argus de l'assurance, Paris, 2007, p115.

(4) Art 1366 code civil français : « L'écrit électronique a la même force probante 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 ».

(5) عبد الحميد ثروت، التوقيع الإلكتروني: ماهيته، مخاطره، وكيفية مواجهتها، مدى حجتيته في الإثبات، ط2، مكتبة الإجلال الجديدة الاسكندرية، 2002-2003، ص 175.

ثالثاً: تعريف الكتابة الإلكترونية في القانون المصري

أصدر المشرع المصري قانون خاصاً تحت رقم 15 لسنة 2004 متعلق بتنظيم التوقيع الإلكتروني وإنشاء هيئة تنمية صناعة تكنولوجيا المعلومات⁽¹⁾، وقد انفرد هذا القانون من بين جميع القوانين العربية التي نظمت المعاملات الإلكترونية بالتعرض بشكل مباشر لتعريف الكتابة الإلكترونية، فجاء في مادته 1/أ ما يلي: "الكتابة الإلكترونية هي كل حروف أو أرقام أو رموز أو أي علامات أخرى تثبت على دعامة إلكترونية أو رقمية أو ضوئية أو أية وسيلة أخرى مشابهة وتعطي دلالة قابلة للإدراك".

انطلاقاً من هذا التعريف، يمكن القول أن الكتابة الإلكترونية تتشكل من تسلسل الحروف الأبجدية أو الأرقام والرموز والعلامات الأخرى المتمثلة في كافة الحروف غير الأبجدية كالإشارات المستخدمة في ذاكرة الحاسوب، أو الرموز الموجودة على القرص الممغنط وغيرها...⁽²⁾.

هذا وإن كان المشرع المصري قد أطلق مفهوم الكتابة الإلكترونية، وكرس مبدأ الفصل بين الكتابة والدعامة التي تثبت عليها، إلا أنه اشترط أن تعطي هذه الأحرف أو الأرقام أو الرموز دلالة قابلة للإدراك والفهم حين أوجب أن تكون الكتابة الإلكترونية ذات فحوى ومدلول مفهوم حتى يمكن الاعتداد بها قانوناً شأنها في ذلك شأن الكتابة التقليدية⁽³⁾.

الفرع الثاني: تعريف الكتابة الإلكترونية في القانون الجزائري

جاء موقف المشرع الجزائري بشأن الكتابة الإلكترونية متوافقاً مع موقف غيره من المشرعين، ومتماشياً والمستجداً التي نادت بها لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، إذ قام بتعديل أحكام الإثبات المنظمة في القانون المدني وذلك بموجب القانون رقم 10-05⁽⁴⁾، أين أضاف المادتين 323 مكرر و323 مكرر1، فنصت المادة 323 مكرر ق.م على أنه "ينتج الإثبات بالكتابة من تسلسل حروف أو أوصاف أو أرقام أو أية علامات أو رموز ذات معنى مفهوم، مهما كانت الوسيلة التي تتضمنها، وكذا طرق إرسالها".

أما المادة 323 مكرر1 ق.م فنصت على أنه: "يعتبر الإثبات بالكتابة في الشكل الإلكتروني كإثبات بالكتابة على الورق، بشرط إمكانية التأكد من هوية الشخص الذي أصدرها وأن تكون معدة ومحفوظة في ظروف تضمن سلامتها".

(1) صدر هذا القانون في الجريدة الرسمية للجمهورية المصرية، عدد رقم 17، تابع (د) بتاريخ 2004/11/22.

(2) غسان عيسى رضي، القواعد الخاصة بالتوقيع الإلكتروني، ط1، دار الثقافة، عمان، 2009، ص 166.

(3) المرجع نفسه، ص 166.

(4) قانون رقم 10-05 مؤرخ في 20 يونيو 2005، يعدل ويتم الأمر رقم 58-75 المتضمن القانون المدني، ج ر عدد 44 صادر بتاريخ 26

يونيو 2005.

باستقراء أحكام المادتين السابقتين يمكن استخلاص مجموعة من المفاهيم والمبادئ سعى المشرع إلى إرسائها من خلال النص عليها، نجملها في النقاط التالية:

أولاً/ أصبح نص المادة 323 مكرر من القانون المدني أول نص يضع من خلاله المشرع تعريفاً محدداً للكتابة التي يمكن استعمالها كوسيلة للتعبير عن الإرادة، أو لإثبات مختلف التصرفات القانونية بما فيها تلك المبرمة عبر وسائل إلكترونية، وذلك لتفادي الجدل الذي قد يثار حول الاعتراف بالكتابة الإلكترونية كدليل إثبات، خاصة في ظل ارتباط المفهوم التقليدي للكتابة بالدعامات المادية-خاصة منها الورق- التي تفرغ عليها، وهو المفهوم الذي أدى إلى عدم إمكانية الفصل بينهما على نحو يحول دون الاعتراف القانوني بالكتابة المدونة على دعامة إلكترونية افتراضية.

ثانياً/ أن المشرع ومن خلال تعريفه للدليل الكتابي قد أعطى الكتابة في حد ذاتها مفهوماً واسعاً يتسع ليشمل الكتابة التقليدية والكتابة الإلكترونية على حد سواء، إضافة إلى أي شكل آخر قد يظهر لها مستقبلاً، وذلك حين أطلق مفهومها ليشمل كل حرف أو وصف أو رقم أو علامة أو رمز، ودون تحديد فيما إذا كانت يدوية أو رقمية، ودون إلتفات أيضاً إلى نوع الدعامة المستخدمة في تثبيتها أو حفظها.

ثالثاً/ اشترط المشرع للاعتداد بالكتابة الإلكترونية عدة شروط أهمها أن تكون ذات دلالة تعبيرية واضحة ومفهومة، ذلك أنه متى تم التعبير عن الكتابة في صورة شيفرة أو كود (code)، أو معادلة أو رسم معين فإن هذه الكتابة لا يمكن أن يعترف لها بأي أثر إلا إذا كانت ممكنة الاسترجاع بطريقة مفهومة ومقروءة.

رابعاً/ أقر المشرع مبدأين غاية في الأهمية أولهما وهو مبدأ الحياد التقني الذي يقضي بالفصل بين الكتابة والدعامة المفرغة عليها وبعدم التمييز بين أنواع الكتابة بسبب التقنية التي تتضمنها أو بسبب طرق إرسالها - على حد تعبير النص القانوني- إذ ليس العبرة بالتقنية المستخدمة في إنشاء الكتابة أو الوسيط الذي تنتقل عبره أو تحفظ عليه، وإنما العبرة بمجدارة الطريقة المستخدمة في ذلك، على نحو يسمح باسترجاعها عند الحاجة إليها، فسواء أكانت مثبتة على دعامة مادية أو إلكترونية أو رقمية أو ضوئية أو أية دعامة أخرى فإن ذلك لا يؤثر في قوتها الثبوتية ولا ينال منها⁽¹⁾، وثانيهما وهو مبدأ التعادل الوظيفي بين نوعي الكتابة القاضي باعتبار الإثبات بالكتابة الإلكترونية كإثبات بالكتابة على الورق متى توافرت شروط ذلك.

من خلال هذه النقاط يتضح أن هذا المفهوم الجديد الذي أعطاه المشرع للكتابة قد " أدخل مسحة من التطور على مفهوم الكتابة مما آل إلى التخلي عن التعريف التقليدي المرتكز على المفهوم الورقي والمادي

(1) عز الدين منصور وخيسة كيني، مرجع سابق، ص 8.

فلاعتراف بالكتابة في الشكل الإلكتروني قد أدى في الحقيقة إلى تفويض ثنائية المحتوى والوعاء (contenu – support)، التي كانت تشكل إحدى أهم خصائص الكتابة التقليدية⁽¹⁾.

في ختام هذا المطلب نخلص إلى تعريف الكتابة الإلكترونية على أنها "مجموعة أحرف أو أرقام أو رموز أو إشارات، تعبر عن معنى محدد ودقيق أيًا كانت الوسيلة المستخدمة في تثبيتها، وأيًا كان شكلها ووسيلة نقلها وحفظها وكذا وسيلة إظهارها للقارئ".

وتجدر الإشارة إلى أن الكتابة الإلكترونية تكون على شكل معادلات خوارزمية تنفذ من خلال عمليات إدخال البيانات وإظهارها من خلال شاشة الكمبيوتر أو أية جهاز إلكتروني آخر، وذلك عن طريق تغذية الجهاز بهذه المعلومات باستخدام مختلف وحدات الإدخال كلوحة المفاتيح، أو النقر على الشاشة مباشرة أو استرجاع المعلومات المخزنة في وحدة المعالجة المركزية، وبعد الفراغ من عملية المعالجة يتم إظهار تلك البيانات بالاستعانة بأجهزة الإخراج المتمثلة في الشاشة أو الطابعة أو مختلف أجهزة الإخراج الأخرى.

المطلب الثاني: شروط الاعتراف بالكتابة الإلكترونية

اشتراط المشرع الجزائري من خلال نص المادتين 323 مكرر و323 مكرر 1 من القانون المدني على الكتابة الإلكترونية تحصيل ثلاثة شروط لا غنى لها عنها إذا ما أرادت التمتع بنفس القيمة القانونية للكتابة التقليدية سواء كوسيلة للتعبير عن الإرادة، أو كدليل إثبات⁽²⁾، تتناولها من خلال الفروع التالية:

الفرع الأول: شرط المقروئية

يقصد بشرط المقروئية أن تكون الكتابة ذات دلالة تعبيرية واضحة ومفهومة، ويستشف هذا الشرط من صريح نص المادة 323 مكرر من القانون المدني من خلال عبارة "ذات معنى مفهوم.."، وهو شرط منطقي ومألوف لم يكن ليثار أي إشكال بشأنه عندما كانت الدعامة مادية، ذلك أن الكتابة المستعملة فيها تتم بواسطة رسوم أو أحرف أو أرقام قابلة للقراءة مباشرة ودون حاجة إلى وسيط أو نظام أو برنامج معين لقراءتها، فيكفي النظر إليها بالعين المجردة لفك معانيها والوصول إلى دلالتها⁽³⁾.

غير أن ظهور الكتابة في أشكالها الحديثة واختلاف الدعامة المثبتة عليها، جعل من الضروري تطلب هذا الشرط بصريح النص، وذلك بهدف إخضاع التدوين على الوسائط الإلكترونية لقواعد خاصة تتماشى

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

(2) لمزيد من التفصيل حول هاته الشروط في القانون الفرنسي أنظر:

- DEVEZE Jean, « La formation du contrat électronique », in Le contrat électronique, travaux de l'association Henri Capitant des amis de la culture juridique française, LGDJ, Paris 2002, pp59-68.

(3) عز الدين منصور وخميسة كيني، مرجع سابق، ص9.

وأيها، أضف إلى ذلك أن الوصول إلى قراءة ما هو مدون في المحرر الإلكتروني من كتابة وفهم المقصود منه يتطلب إجراءات معينة ووسائل تلعب دور نقطة الوصل بين الكتابة الإلكترونية وعين القارئ كشاشات الحاسب والطابعات وغيرها، مما يستدعي أن تكون قابلة للقراءة وذات معنى مفهوم.

على أنه وبالرغم من أن الكتابة الإلكترونية المتكونة من معادلات وخوارزميات تقنية معقدة لا يمكن قراءتها والاطلاع عليها بطريقة مباشرة، إلا أنه يمكن قراءتها في جميع الأحوال باستخدام الأجهزة الإلكترونية المخصصة لذلك والتي تقوم بترجمة لغة الآلة وتحويلها إلى لغة مفهومه لدى الإنسان، وهو ما يعني استيفائها لشرط المقرئية⁽¹⁾.

وقد اشترطت بعض التشريعات التي نظمت الإثبات الإلكتروني تحقيق الكتابة في شكلها الإلكتروني لشرط إمكانية القراءة لمساواتها بالكتابة الخطية، فنصت الفقرة الأولى للمادة 6 من قانون اليونسترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية على: "عندما يشترط القانون أن تكون المعلومات مكتوبة، تستوفي رسالة البيانات ذلك الشرط إذا تيسر الاطلاع على البيانات الواردة فيها على نحو يتيح استخدامها بالرجوع إليه لاحقاً".

ونصت المادة 8 من القانون ذاته على "عندما يشترط القانون تقديم المعلومات أو الاحتفاظ بها في شكلها الأصلي، تستوفي رسالة البيانات هذا الشرط إذا:

(أ) وجد ما يعول عليه لتأكيد سلامة المعلومات منذ الوقت الذي أنشئت فيه للمرة الأولى في شكلها النهائي، بوصفها رسالة بيانات أو غير ذلك،

(ب) كانت تلك المعلومات مما يمكن عرضه على الشخص المقرر أن تقدم إليه وذلك عندما يشترط تقديم تلك المعلومات".

الفرع الثاني: شرط الانتساب

يقصد بشرط الانتساب أن تمكن الكتابة من تحديد هوية شخص مصدرها، وقد ورد هذا الشرط أيضاً في صلب نص المادة 323 مكرر 1 ق.م.م مثلاً في قول المشرع "... بشرط إمكانية التأكد من هوية الشخص الذي أصدرها..."، ذلك أن التعاقد الإلكتروني لاسيما الذي يتم عن طريق الإنترنت يثير مسألة هامة تتعلق بإمكانية تأكد المتعاقد من هوية المتعاقد معه، أي توثقه من أن الشخص الذي يخاطبه هو فعلاً ذلك الذي قدم له اسمه وعنوان بريده الإلكتروني، وغير ذلك من المعلومات.

وحقيقة الأمر أن التوقيع الإلكتروني هو من يلعب عادة دوراً هاماً في تحقيق هذا الشرط وليست الكتابة في حد ذاتها، فهذا الأخير هو من يُمكن من تحديد هوية صاحب التوقيع على المحرر وتمييزه عن غيره

(1) حسن عبد الباسط جميعي، إثبات التصرفات القانونية التي يتم إبرامها عن طريق الإنترنت، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000، ص 20.

لاتصافه بطابع منفرد، وبالنظر إلى ذلك يتوجب على صاحب التوقيع السيطرة على بيانات إنشاء توقيعه على نحو يحفظ سلامته وسريته ويحول دون تعرضه للتزوير أو التلاعب وهو ما نص عليه المشرع بموجب المادة 07 من القانون 04-15 المنظم للتوقيع والتصديق الإلكترونيين⁽¹⁾، فإن كانت الكتابة غير موقعة أمكن للقاضي تحديد هوية صاحب الكتابة عن طريق وسائل أخرى كالبريد الإلكتروني⁽²⁾، أو بروتوكول IP⁽³⁾.

غير أنه تجدر الإشارة هنا إلى ضرورة التحرز من الخلط بين شخص من تولى كتابة المحرر وبين شخص من وقعه، فالعبرة دائماً لمن وقعه لا لمن كتبه، على أساس أن من يتولى كتابته قد يكون موثقاً أو موظفاً أو أي شخص آخر⁽⁴⁾، وحيث أن نص المادة 323 مكرر 1 ق.م لم يفرق بين هاذين الشخصين، فإنه يعتبر بذلك نصاً عاماً غامضاً يحتاج إلى توضيح، وهو الأمر الذي تداركه المشرع بموجب نص المادة 07 من القانون 04-15 المذكور أعلاه، حين استخدم من خلاله مصطلح أن يمكن التوقيع من تحديد هوية الموقع.

وقد استدعى تحقيق شرط الانتساب اللجوء إلى فكرة الشخص الوسيط في العلاقة العقدية أو ما يسمى بسلطات التوثيق والتصديق الإلكتروني، وهي جهات محايدة تقدم شهادات تتضمن تأكيداً بأن الكتابة قد صدرت من الموقع المعني إضافة إلى خدمات أخرى، مستخدمة في ذلك مختلف تقنيات تحديد هوية الشخص، وتتولى هذه المهمة في الجزائر السلطات الثلاث التي أنشأها المشرع بهدف تحقيق هذا الغرض بموجب القانون 04-15 أعلاه، والمتمثلة في كل من السلطة الوطنية للتصديق الإلكتروني والسلطة الحكومية للتصديق الإلكتروني والسلطة الاقتصادية للتصديق الإلكتروني.

الفرع الثالث: شرط السلامة

يقصد بشرط السلامة أن تكون الكتابة الإلكترونية معدة ومحفوظة في ظروف تضمن سلامتها، وقد عبر المشرع عن هذا الشرط بصريح العبارة في آخر نص المادة 323 مكرر 1 بقوله "... وأن تكون معدة ومحفوظة في ظروف تضمن سلامتها"، ويقابل هذا الشرط في الكتابة التقليدية، شرطي استمرارية الكتابة وعدم قابليتها للتعديل إلا بإتلاف المحرر أو ترك أثر مادي دال عليه.

(1) قانون رقم 04-15، مؤرخ في 01 فبراير 2015، يحدد القواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين، ج ر، عدد 06، صادر بتاريخ 10 فبراير 2015.

(2) TURMEL Anne-Sophie, *La formation du contrat électronique*, thèse pour obtenir le grade de docteur, droit privé, université de Montpellier 1, 19 juin 2004, p 111.

(3) بروتوكول الإنترنت وبالإنجليزية Internet Protocol : يطلق عليه اختصاراً IP : هو بروتوكول الاتصال الأساسي في حزمة بروتوكولات الإنترنت وبشكل الأساس الذي تعتمد عليه عملية توجيه الرزم (Routing) ضمن الشبكة، ويسمح ذلك بالاتصال بين الشبكات المختلفة وهذا هو جوهر شبكة الإنترنت، وهو المسؤول عن عنوانة المضيفين، ويؤثر ذلك بشكل مباشر على عملية توجيه الرزم. تحتوي كل رزمة عنوانين هما عنوان المصدر وعنوان الوجهة. يُعرف بروتوكول الإنترنت بنية الرزمة ونظاماً خاصاً للعنوانة يُمكنه من تمييز المضيفين بشكل فريد.

بروتوكول إنترنت > wiki > <https://ar.wikipedia.org>

(4) SHANDI Youcef, *La formation du contrat à distance par voie électronique*, thèse pour le doctorat en droit, université Robert SCHUMAN, 2005, Strasbourg 3, p305.

هذا الشرط لا يتعلق بطبيعة الحال بحامل الكتابة بل يتعلق بمضمون الكتابة فقد يبقى الحامل سليماً ولكن محتواه قد يتعدل أو يتغير تماماً⁽¹⁾، وقد حدد المشرع الجزائري بموجب المادة 2 من المرسوم التنفيذي رقم 16-142 المقصود بالحفظ وعرفه على أنه: "مجموعة التدابير التقنية التي تسمح بتخزين الوثيقة الموقعة إلكترونياً في دعامات للحفظ"⁽²⁾.

كما ألزمت المادة 5 من المرسوم ذاته كل شخص طبيعي أو معنوي موقع و/أو مستلم لوثيقة إلكترونية أن يضمن حفظها بنفسه أو عن طريق طرف ثالث.

من جهة أخرى رهنّت المادتين 8 و10 من القانون النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية تحقق هذا الشرط بوجود ما يعول عليه لتأكيد سلامة المعلومات المدرجة في المحرر منذ الوقت الذي أنشئ فيه بشكله النهائي للمرة الأولى، ومعيار تقدير سلامة المعلومات هو مدى القدرة على تحديد ما إذا كانت قد بقيت تلك المعلومات والبيانات محفوظة دون أي تغيير بالشكل الذي أنشئت أو أرسلت أو استلمت به أم لا⁽³⁾.

وعلى غرار تعدد وسائل حفظ الكتابة التقليدية يمكن حفظ الكتابة الإلكترونية على عدة وسائط التي وإن تعددت إلا أنها تشترك في طبيعتها التقنية، ويمكن تعريفها بأنها وسائل قابلة لتخزين وحفظ واسترجاع المعلومات بطريقة إلكترونية، من أمثلتها ذاكرة الجهاز الإلكتروني نفسه، أو أسطواناته الصلبة أو على الموقع في شبكة الإنترنت، أو على شبكة داخلية تخص صاحب الشأن، كما يمكن أن تحفظ الكتابة في قرص مدمج أو قرص مرن، أو قرص فيديو رقمي أو في شريحة الذاكرة مباشرة، أو في غيرها من الوسائط.

لكن ومع التطور المستمر لتقنيات المعلوماتية أصبح من الصعب ضمان الوجود المستقر للوسائط الإلكترونية التي تكفل قراءة الكتابة الإلكترونية بغض النظر عن التقنية التي حُفظت من خلالها، كما أن الدعامات الإلكترونية تتميز بأنها معرضة للتلف بسرعة حتى ولو حُفظت في شروط ملائمة، حيث يمثل هذا الأمر أحد أهم أوجه الاختلاف بين الكتابة التقليدية والكتابة الإلكترونية، فالأولى يمكن إعادة إنشائها من الأصل عند تغييب الورقة المفرغة عليها، بينما التغييب في الثانية يحوي المحرر الإلكتروني كلية، وهو ما جعل الفقه يتفق على وجوب أن يتوافر في الوسيط أو الحامل الإلكتروني الذي تحفظ عليه الكتابة الإلكترونية خصائص معينة يمكن إجمالها في النقطتين التاليتين:

(1) SHANDI Youcef, op.cit, p304.

(2) مرسوم تنفيذي رقم 16-142، مؤرخ في 5 ماي 2016، يحدد كفاءات حفظ الوثيقة الموقعة إلكترونياً، ج ر عدد 28، صادر بتاريخ 08 ماي 2016.

(3) عز الدين منصور وكيني خميسة، مرجع سابق، ص 11.

أولاً- أن يتيح هذا الحامل إمكانية الاطلاع على مضمون الكتابة الإلكترونية طيلة مدة صلاحيته في إطار ما يعرف بصفة القابلية للاستمرار، ذلك أن الحامل الإلكتروني في هذا الشأن تماماً كالوثيقة المكتوبة له فترة صلاحية، إذا فقدتها أصبح من المتعذر استرجاع البيانات المدونة به والاستفادة منها سواء كدليل إثبات أو للاستدلال على مضمونها.

ثانياً- أن يكون الحامل الإلكتروني صالحاً لحفظ المعلومات المثبتة فيه، وكذا المعلومات المتعلقة بتحديد هوية الجهة التي صدرت عنها الكتابة الإلكترونية سواء أكانت شخصاً طبيعياً أو معنوياً، وكذا حفظ المعلومات المتعلقة بتاريخ ومكان إرسال الوثيقة واستقبالها، ذلك أن هذه المعلومات ترتب آثاراً قانونية غاية في الأهمية متى تعلقت بعقد من العقود الإلكترونية، فيمكن عن طريق هذه البيانات تحديد مضمون العقد، وصاحب التعبير عن الإرادة، وكذا مكان وزمان انعقاد العقد وغيرها من المعلومات.

المطلب الثالث: بيئة الكتابة الإلكترونية

أدى الدمج بين التطور الحاصل في مجال تقنيات المعلوماتية⁽¹⁾ من جهة، والتطور في مجال وسائل الاتصال إلى ظهور ما يعرف بشبكة الإنترنت التي خلقت للبشرية عالماً آخر غير الذي كانت تعيش فيه وساعدت على ازدهار العديد من الأنشطة بتقليص وقت وتكاليف ممارستها، وتسهيل العديد من المعاملات باختزال الفوارق الزمانية والمكانية التي كانت يمكن أن تعوق إتمامها⁽²⁾، كل ذلك أدى إلى خلق بيئة أقل ما يمكن أن توصف به أنها غير تقليدية، تمثل مهداً للكتابة الإلكترونية.

وعليه فالحديث عن البيئة التي أوجدت الكتابة الإلكترونية يستدعي التطرق إلى أجهزة الاتصال الحديثة (فرع أول)، ثم التطرق إلى تطور الحاسب الآلي وشبكة الإنترنت (فرع ثاني).

الفرع الأول: بعض أجهزة الاتصال عن بعد

يمكن تعريف أجهزة الاتصال الحديثة بأنها "كل جهاز يقوم بإرسال أو استقبال العلامات والإشارات والخطوط المكتوبة، وكذلك الصور والتعاملات أيًا كان نوعها، يستوي في هذا الاتصال أن يكون سلكياً أو لاسلكياً، كما يستوي أن يتم سماعياً أو بصرياً أو بأي نظام آخر"⁽³⁾، وهو ذات المعنى الذي انصرف إليه

(1) تعرف المعلوماتية بأنها "ذلك الإطار الذي يحوي تكنولوجيا المعلومات، وعلوم الكمبيوتر ونظم المعلومات وشبكات الاتصال وتطبيقاتها في مختلف مجالات العمل الإنساني المنظم"، لمزيد من التفصيل انظر: صبري الحاج المبارك، المعلومات ودورها في التنمية، مقال منشور في مجلة المعلوماتية، صادرة عن وكالة التطوير والتخطيط بوزارة التربية والتعليم السعودية، عدد 25، بدون سنة، متوفرة على الموقع: www.informatics.gov.sa، تم الاطلاع بتاريخ 18/10/2015، على الساعة 15:25.

(2) محمد العيش الصالحين، مرجع سابق، ص 28.

(3) إبراهيم الدسوقي أبو الليل، الجوانب القانونية للتعاملات الإلكترونية، مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، ع 2003، ص 15.

المشرع بموجب نص المادة 10 في فقرتها الأربعين من القانون 04-18 المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالبريد والاتصالات الإلكترونية⁽¹⁾ بصدد تعريفه لمنشآت الاتصالات الإلكترونية.

وعلى الرغم من تعدد وكثرة أجهزة الاتصال⁽²⁾ الحديثة إلا أنها تتشارك كلها في صفة السرعة في الاتصال وفوريته، من أمثلتها الهاتف بكل أنواعه (أولاً)، التلكس (ثانياً)، الفاكس (ثالثاً)، الميني تل (رابعاً)، جهاز الكمبيوتر (خامساً) وغيرها من الأجهزة الإلكترونية الأخرى.

أولاً: جهاز الهاتف

يعتبر الهاتف من أكثر وسائل الاتصال انتشاراً وشيوعاً في العصر الحالي، ويمكن تعريفه بأنه "وسيلة لنقل المكالمات الشخصية من خلال الأسلاك التي تربط بين نقطتين (المرسل والمستقبل) يمر فيها تيار كهربائي وفق ذبذبات صوت المتكلم"⁽³⁾، وما يلاحظ هنا أن جهاز الهاتف ما هو إلا تطوير وتحديث لجهاز آخر يسمى **التلغراف** الذي كان أول وسيلة اتصال سلكية عرفت البشرية، حيث تقوم فكرة الهاتف على استخدام نفس تكنولوجيا التلغراف، عن طريق سريان التيار الكهربائي في الأسلاك النحاسية، فيتحوّل الصوت الصادر عن المتكلم إلى تيار يسري فيها ليصدم بشريحة رقيقة من المعدن (Carte a puce) تهتز عندما تصطدم بها الموجات الصوتية، هذه الشريحة هي التي عوضت مطرقة التلغراف⁽⁴⁾.

لكن وعلى اعتبار أن المحادثات التي تتم بواسطة أجهزة الهاتف هي محادثات ذات طبيعة شخصية تعتمد على اللفظ أكثر من اعتمادها على الكتابة في غالبيتها، فإنه بذلك يخرج من نطاق هذه الدراسة باستثناء الهواتف النقالة التي مكن الجيل الثالث منها وما بعده من تبادل الرسائل المكتوبة (SMS) والصور والمعلومات وأداء الخدمات التي يمكن استخدام الكتابة الإلكترونية من خلالها كوسيلة للتعبير عن الإرادة⁽⁵⁾، والتي أصبحت حالياً من بين أهم الوسائل التي تبرم من خلالها العقود، خاصة منها تلك التي تنصرف إلى تلبية حاجيات المستهلكين، والتي يعتمد من خلالها الموردين الإلكترونيين في الاعلان والترويج لسلعهم وخدماتهم على مختلف منصات مواقع التواصل الاجتماعي.

(1) قانون رقم 04-18، مؤرخ في 10 ماي 2018، يحدد القواعد العامة المتعلقة بالبريد والاتصالات الإلكترونية، ج ر عدد 27، صادر بتاريخ 13 ماي 2018.

(2) عرف قانون الاتحاد الدولي للمواصلات السلكية واللاسلكية عام 1986 الاتصالات بصفة عامة بأنها "نقل أو بث أو نقاط العلامات والإشارات والعلامات والكتابات والصور والأصوات أو التعلم بأي شكل من الأشكال، سواء أكان سلباً أو مرئياً أو بواسطة أي من الأنظمة المغناطيسية الكهربائية الأخرى"، مشار إليه لدى: محمد العيش الصالحين، مرجع سابق، ص 28.

(3) محمد العيش الصالحين، مرجع سابق، ص 29.

(4) سمير محمد عبد العزيز الجمال، التعاقد عبر تقنيات الاتصال الحديثة، ط 8، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006، ص 33.

(5) محمد العيش الصالحين، مرجع سابق، ص 29، ولمزيد من التفصيل حول حجية الرسائل الإلكترونية عن طريق الهاتف في الإثبات أنظر: زيد محمود العقيلة، حجية الرسائل الإلكترونية المرسلة عن طريق الهاتف المحمول في إثبات التعاقد: دراسة في القانون الإماراتي والقوانين المقارنة بحث مقدم إلى مؤتمر المعاملات الإلكترونية (التجارة الإلكترونية - الحكومة الإلكترونية)، الإمارات العربية المتحدة، أبو ظبي، في الفترة ما بين 19-20/5/2009، منشور على الموقع www.ledroitpovrtovs.com

ثانياً: جهاز التلكس

يعتبر التلكس من بين الوسائل الحديثة نسبياً في الاتصال، حيث كان من النادر أن تخلو مؤسسة حديثة أو مكتب تجاري منه، وكلمة تلكس تتكون من مقطعين الأول (Tele) بمعنى برقية و (x) بمعنى تبادل فيكون مدلول كلمة (Telex) "التبادل البرقي"⁽¹⁾.

أما من الناحية الوظيفية فيمكن تعريف التلكس بأنه: "جهاز طباعة إلكتروني مبرق متصل ببداية يعمل على تحويل الحروف المكتوبة التي تتم عن طريق الإرسال والتسلم بالاتصال السلكي واللاسلكي إلى نبضات كهربائية"⁽²⁾.

ولما كان من الممكن الاعتماد على خدمة التلكس في الكتابة والطباعة عن بعد - وإن كانت بطيئة نسبياً- فالرسالة البرقية هي رسالة مكتوبة لا يعرف ما تتضمنه من معلومات إلا مرسلها أو الشخص المخول بإرسالها، وبالرغم من المزايا التي يتصف بها نظام الاتصال بالتللكس⁽³⁾ إلا أنه لا يوفر إمكانية إرسال التوقيعات والرسوم التوضيحية والهوامش⁽⁴⁾، فإنه يمكن اعتبار المراسلات بالتللكس إحدى وسائل التعبير عن الإرادة والإثبات بعد أن أيدت هذا الاتجاه الكثير من الاتفاقيات الدولية، كاتفاقية الأمم المتحدة الموقعة في فيينا بشأن عقود البيع الدولي للبضائع لسنة 1980 حين نصت المادة 13 منها على أن ينصرف مصطلح الكتابة ليشمل المراسلات الموجهة في شكل برقية أو تلكس⁽⁵⁾.

ثالثاً: الفاكسميلي

يمكن تعريف جهاز الفاكسميلي⁽⁶⁾ على أنه "جهاز استنساخ بالهاتف يمكن به نقل الرسائل والمستندات المخطوطة باليد والمطبوعة بكامل محتوياتها كأصلها، ولذلك فهي تشمل الرسائل الفاكسية والصور والتوقيعات وكل ما يمكن تسجيله على الورق من كتابة ورسوم توضيحية وغير ذلك من المستندات"⁽⁷⁾، هاته الرسائل والمستندات المرسله عن طريق الفاكس يتم تسلمها عن طريق شبكة الهاتف المركزية وبسرعة قياسية لا تزيد عن 30 ثانية في بعض أجهزة الفاكس الحديثة مهما كان المرسل إليه بعيداً⁽⁸⁾.

(1) نبيل صقر ومكاري نزيهة، مرجع سابق، ص 260.

(2) عباس العبودي، الحجية القانونية لوسائل التقدم العلمي في الإثبات المدني، ط1، الدار العلمية ودار الثقافة، عمان 2002، ص.ص: 61-60.

(3) انظر تفصيلها: عباس العبودي، مرجع سابق، ص 61.

(4) محمد العيش الصالحين، مرجع سابق، ص 30، نقلاً عن بشار طلال المومني، مشكلات التعاقد عبر الإنترنت، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، مدينة المنصورة، مصر، 2003، ص 11.

(5) متاحة على الموقع الإلكتروني التالي، وتم الاطلاع بتاريخ 23 مارس 2014، على الساعة 23:48.

<https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/ar/v1056999-cisg-a.pdf>

(6) تعني كلمة "فاكسميلي" صورة أو نسخة طبق الأصل، ويسمى في اصطلاح آخر (Telecopies) ويرمز له اختصاراً (Fax).

(7) محمد العيش الصالحين، مرجع سابق، ص 30.

(8) نبيل صقر ومكاري نزيهة، مرجع سابق، ص 258.

ويتميز جهاز الفاكس بأنه جهاز سهل الاستعمال إذ لا يتطلب لذلك التمتع بمهارة عالية فبإمكان أي شخص استخدامه وإرسال البيانات بواسطته، حيث يتم وضع أصل الرسالة أو المستند المتضمن للكتابة داخل الجهاز ثم إدخال رقم هاتف المرسل إليه والضغط على زر الإرسال، ليقوم الجهاز المرسل بتعديل هذه البيانات إلى رموز وإشارات يتم نقلها بواسطة الأقمار الصناعية إلى الجهاز المستقبل، الذي يعيد تحويلها إلى بيانات ومن ثم يقوم بإخراجها على شكل ورقة تكون نسخة طبق الأصل عن النسخة المرسل⁽¹⁾.

رابعاً: المينيتل

يتكون جهاز "الميني تل" من شاشة صغيرة ولوحة مفاتيح تضم جميع الحروف والأرقام المكونة للوحة مفاتيح الحاسوب، ويعتبر من وسائل الاتصال المرئية التي تنقل الكتابة على الشاشة من دون الصوت والصورة بمعنى أنها وسيلة اتصال بواسطة الكتابة، ويكفي لاستخدامه توصيله بخط الهاتف⁽²⁾، وقد شاع استخدام هذا الجهاز في فرنسا على نحو واسع اعتباراً من سنة 1985 وهو يشبه جهاز الحاسوب المنزلي ولكنه أصغر منه نسبياً.

وفي ختام هذه النقطة تجدر الإشارة إلى أن المشرع الجزائري قد نظم موضوع الاتصالات، ابتداء بموجب القانون رقم 03-2000 المؤرخ في 5 أوت 2001، حدد من خلاله القواعد العامة المتعلقة بالبريد والمواصلات السلكية واللاسلكية⁽³⁾، وهو القانون الذي ألغاه بموجب القانون 04-18 الذي يحدد القواعد العامة المتعلقة بالبريد والاتصالات الإلكترونية المذكور سابقاً، ولكنه لم يتطرق إلى مدى صلاحيتها كوسائل للتعبير عن الإرادة ولا إلى حجيتها في الإثبات كأدلة قانونية.

كما أنه توجد إلى جانب الأجهزة والوسائل المذكورة أعلاه أجهزة أخرى تستخدم من خلالها الكتابة الإلكترونية لا يتسع المقام لتفصيلها جميعها، فالتقدم العلمي في مجال الاتصالات لا يزال مستمراً في اختراع وسائل جديدة للاتصال الفوري على غرار الهاتف المرئي، والتليكس (Teletex) وجهاز (Telematics) الذي يسمى (محطة المصرف المنزلي) وغيرها...⁽⁴⁾.

الفرع الثاني: الحاسب الآلي وشبكة الإنترنت

سيتم تقسيم هذا الفرع إلى نقطتين تخصص الأولى للحديث عن الحاسب الآلي أما الثانية فتخصص للحديث عن شبكة الإنترنت.

(1) يوسف أحمد النوافلة، حجية المحررات الإلكترونية في الإثبات، دار وائل، عمان، 2007، ص 144.

(2) محمد العيش الصالحين، مرجع سابق، ص 31.

(3) قانون رقم 03-2000 مؤرخ في 5 ماي 2000، يحدد القواعد العامة المتعلقة بالبريد والمواصلات السلكية واللاسلكية، ج ر عدد 48 صادر بتاريخ 6 ماي 2000، (ملغى).

(4) DELBARRE Francis, « Offre de produit et services », *Gaz.Pal*, 25 février 1993, p 207.

أولاً: الحاسب الآلي

يمكن تعريف جهاز الحاسب الآلي⁽¹⁾ بأنه "جهاز كهربائي يستخدم في تداول البيانات بطريقة معينة وإعطاء النتائج وفقاً لتعليمات المعالجة المخزونة وإخراج النتائج دون تدخل من الإنسان، وذلك بموجب إيعازات وأوامر تقدم له مسبقاً"⁽²⁾.

أما من الناحية التشريعية فقد عرفه قانون إمارة دبي رقم 2 لسنة 2002 بشأن المعاملات والتجارة الإلكترونية⁽³⁾ في المادة الثانية منه على أنه "جهاز إلكتروني يتعامل مع المعلومات والبيانات بتحليلها وبرمجتها وإظهارها وحفظها وإرسالها واستلامها بواسطة برامج وأنظمة معلومات إلكترونية، ويمكن أن يعمل بشكل مستقل أو بالاتصال مع أجهزة أو أنظمة إلكترونية أخرى".

وقد انتشر استخدام هذا الجهاز في جميع مجالات الحياة، وكان لاستخدامه أثر واضح فيها، ومرد ذلك هو قدرته على تقبل كم هائل من البيانات وتخزينها واسترجاعها في أي وقت وكذا إجراء العمليات الحسابية بسرعة فائقة ودقة لا متناهية⁽⁴⁾.

هذا ويتكون أي نظام حاسب آلي من مكونين رئيسيين:

1/ مكونات مادية⁽⁵⁾: يمكن تقسيمها في الحاسب الآلي إلى ثلاثة أقسام رئيسية هي:

1/ وحدة التشغيل: وتتشكل من: الذاكرة الرئيسية - وحدة الحساب والمنطق - ووحدة التحكم.

2/ وحدات الإدخال والإخراج: تستخدم في إدخال وإخراج الكتابة الإلكترونية، وتمثل وحدات الإدخال في: لوحة المفاتيح، الفأرة، الماسح الضوئي، ماسح كود الأعمدة، أجهزة التعرف الضوئي على الحروف، شاشات اللمس... وغيرها، أما وحدات الإخراج فتتمثل في: شاشات العرض، الطابعة، الراسم، الميكروفلم وغيرها.

3/ أخيراً وحدات التخزين: وهي وسائط تستخدم في حفظ وتخزين الكتابة الإلكترونية نذكر منها وحدة الأقراص المرنة، وحدة الأقراص الصلبة، الأشرطة المغناطيسية، بطاقة الذاكرة، وغيرها.

(1) تعددت التسميات المعطاة للحاسب الآلي ففي الوقت الذي اعتمد فيه المجتمع اللغوي المصري تسمية الحاسب الإلكتروني أطلقت عليه المنظمة العربية للمواصفات اسم "الحاسوب" ويطلق عليه في الإنجليزية "Computer" وهو مشتق من الفعل (Computer) بمعنى يحسب أما في الفرنسية فيسمى (ordinateur) وتعني المنظم.

(2) محمد العيش الصالحين، مرجع سابق، ص 32.

(3) قانون إمارة دبي الخاص بالمعاملات والتجارة الإلكترونية رقم 02 لسنة 2002، متاح على الموقع الإلكتروني: <http://www.arabruloflaw.org/compendium/Files/UAE/60.pdf>

(4) إبراهيم أبو الليل الدسوقي، الجوانب القانونية للتعامل عبر وسائل الاتصال، بحث مقدم لمؤتمر القانون والكمبيوتر والإنترنت، المجلد الثالث ط3، جامعة الإمارات العربية المتحدة، 1-3 مايو 2000، ص 995.

(5) لمزيد من التفصيل حول هذه المكونات، أنظر: سعيد فيصل الغريب، التوقيع الإلكتروني وحجته في الإثبات، منشورات المنظمة العربية للتنمية الإدارية، مصر، 2005، ص 197 وما بعدها.

ب/ البرمجيات: والتي يمكن تعريفها على أنها "مجموعة من الأوامر والتعليمات المكتوبة بلغة ما موجهة إلى جهاز تقني معقد يسمى الحاسب بغرض الوصول إلى نتيجة محددة أو إنجاز عمليات معينة"⁽¹⁾.

وعرف قانون إمارة دبي بشأن المعاملات والتجارة الإلكترونية برنامج الحاسب الآلي في المادة 2 منه على أنه "مجموعة بيانات أو تعليمات تستعمل بطريقة مباشرة أو غير مباشرة في نظام معالجة معلومات إلكترونية لغرض إيجاد أو الوصول إلى نتائج محددة".

ج/ العنصر البشري: ويتمثل في الأفراد المتعاملين بجهاز الحاسوب⁽²⁾.

ثانياً: شبكة الإنترنت

من أبسط التعريفات التي أعطيت لشبكة الإنترنت أنها "شبكة هائلة من أجهزة الحاسب الآلي أو الكمبيوتر المتصلة فيما بينها بواسطة خطوط الاتصال عبر العالم"⁽³⁾، وقد عرفها المشرع الجزائري بموجب المادة 10 الفقرة 5 من القانون 04-18 المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالبريد والاتصالات الإلكترونية بأنها: "شبكة معلوماتية عالمية تتشكل من مجموعة شبكات وطنية وإقليمية وخاصة، موصولة فيما بينها عن طريق بروتوكول الاتصال IP وتعمل معا بهدف تقديم واجهة موحدة لمستخدميها".

كما نظم خدمات الإنترنت كنشاط اقتصادي مقنن بموجب المرسوم التنفيذي رقم 98-257⁽⁴⁾ ضبط من خلاله شروط وكيفيات إقامة خدمات الإنترنت واستغلالها المعدل بموجب المرسوم التنفيذي رقم 2000-307.

أما عن نشأة شبكة الإنترنت⁽⁵⁾ فيمكن القول أنها نشأت حسب تسلسل زمني تعود بدايته إلى أواخر العقد السادس من القرن العشرين، حيث صممت هذه الشبكة لأول مرة عام 1969 بعد أن قدمت وزارة

(1) محمد العيش الصالحين، مرجع سابق، ص 33، نقلاً عن محمد حسام محمود لطفي، الحماية القانونية لبرامج الحاسب الإلكتروني، دار الثقافة القاهرة، 1987، ص 7.

(2) أما العمليات الأساسية التي تتخذها أجهزة الكمبيوتر فهي: 1- استقبال البيانات المدخلة: ويقصد بذلك الحصول على الحقائق المجردة والرسومات، 2- معالجة البيانات لتحويلها إلى معلومات ويتم ذلك من خلال إجراء الحسابات والمقارنات ومعالجتها، 3- إظهار المعلومات المخرجة، فيتم بذلك الحصول على النتائج النهائية، أنظر في تفصيل ذلك بشار محمود دودين، الإطار القانوني للعقد المبرم عبر شبكة الإنترنت ط 1، دار الثقافة، عمان، 2010، ص 18.

(3) سعيد فيصل الغريب، التوقيع الإلكتروني وحجته في الإثبات، مرجع سابق، ص 161.

(4) مرسوم تنفيذي رقم 98-257، مؤرخ في 25 أوت 1998، ج ر عدد 63 صادرة بتاريخ 26 أوت 1998. ينظم شروط وكيفيات إقامة خدمات الإنترنت واستغلالها، ج ر عدد 63، صادر بتاريخ 26 أوت 1998، معدل بموجب المرسوم التنفيذي رقم 2000-307، مؤرخ في 14 أكتوبر 2000، ج ر عدد 60، صادر بتاريخ 15 أكتوبر 2000.

(5) وكلمة إنترنت إنجليزية الأصل تتكون من مقطعين (Inter) وهي اختصار لكلمة (International) وتعني العالمي، و (Net) وهي اختصار لكلمة (Network) وتعني شبكة إدخال المعلومات، وعليه فتكون كلمة (Internet) اختصار للمصطلح (International Network) ومعناه شبكة إدخال المعلومات العالمية.

الدفاع الأمريكية (البنتاجون) طلبا إلى خبراء الكمبيوتر من أجل إيجاد أفضل طريقة للاتصال بعدد غير محدد من أجهزة الكمبيوتر وعدم الاعتماد على كمبيوتر واحد فقط، ولما كان الهدف من وراء ذلك خدمة المصالح العسكرية والاستخباراتية بشكل خاص فقد اعتبرت شبكة الإنترنت إحدى إفرازات الحرب الباردة بين الاتحاد السوفياتي السابق والولايات المتحدة الأمريكية⁽¹⁾.

فقامت هذه الوزارة بإنشاء مشروع أطلقت عليه اختصاراً مصطلح (Arpanet⁽²⁾) ، وكان هذا المشروع قاصراً في بداية الأمر على وزارة الدفاع وتم استخدامه للأغراض الأمنية والعسكرية فقط، ثم تحقق لهذه الشبكة انطلاقة تبنتها المؤسسة القومية للعلوم⁽³⁾ وذلك بمناسبة إنشاء خمسة مراكز كبرى للحاسبات الفائقة، كان الهدف منها السماح بدخول المجتمع العلمي إلى كل البيانات والمعلومات المخزنة وأصبحت (ARPANET) تسمى (نيسف نت NSF NET)⁽⁴⁾.

لكن سنة 1983 انفصلت الشبكة العسكرية عن الشبكة الأم، واعتبر ذلك بمثابة تاريخ ميلاد شبكة الإنترنت، حيث زاد اتساعها وأصبحت تضم أكثر من ألفين و500 شبكة من مختلف أنحاء العالم⁽⁵⁾ خاصة بعد أن بدأت الجامعات في سعي منها لتطوير أساليب البحث العلمي وتبادل المعلومات بين بعضها البعض إلى الانضمام إلى هذه الشبكة منذ بداية سنة 1986.

وفي عام 1990 بدأ مقدمو خدمة البريد الرقمي، بتقديم المعلومات عن أسعار البورصات العالمية وأسواق المال وبيانات عن أعمال البنوك، فأتسع نطاق استخدام الإنترنت ليشمل مجالات أخرى غير المجال العلمي كالمجالات التجارية والاقتصادية والاجتماعية⁽⁶⁾.

إذا فشبكة الإنترنت تتكون من مجموعة الشبكات وأجهزة الحاسب الآلي التي تتواجد في مختلف دول العالم والتي تتصل ببعضها وفق بروتوكول (TCP /IP)⁽⁷⁾ وكلمة بروتوكول هي مصطلح متعارف عليه في أنظمة برامج الحاسوب، ويعني عموماً "مجموعة القواعد المكتوبة بشكل فني لتنظيم طريقة عمل شيء ما" وهو ما يعني نظام نقل الملفات عبر الإنترنت بالإضافة إلى بروتوكولات أخرى على غرار بروتوكول التصفح وبروتوكولات الحماية وبروتوكولات ثانوية أخرى⁽⁸⁾، وتقدم شبكة الإنترنت اليوم خدمات عديدة مثل خدمة

(1) بشار محمود دودين، مرجع سابق، ص 22.

(2) Advanced Research project Agency

(3) NSF واختصارها National Sciences Foundation

(4) سعيد فيصل الغريب، مرجع سابق، ص 161.

(5) محمد العيش الصالحين، مرجع سابق، ص 36.

(6) المرجع نفسه، ص 36.

(7) هو اختصار لكلمة (Transmission Control Protocol/ Internent Protocol)

(8) لمزيد من التفصيل حول بروتوكولات الإنترنت، انظر : عمر خالد زريقات، عقود التجارة الإلكترونية: عقد البيع عبر الإنترنت، دراسة تحليلية، ط1، دار الحامد، عمان، 2001، ص 41 وما بعدها.

الويب العالمية (World Wide Web) أو باختصار (w.w.w) وخدمة البريد الرقمي (E-mail) خدمة نقل الملفات، وغرف المحادثة، وخدمة اليوزنت (Use Net)، وعديد الخدمات الأخرى⁽¹⁾.

ويمكن لأي شخص يملك أو يستخدم جهاز كمبيوتر مزود بجهاز مودم Modem، -وهو جهاز يسمح بنقل البيانات إرسالاً واستقبالاً بين الكمبيوتر والأطراف الإعلامية من خلال الأسلاك التلفونية- بالإضافة إلى اشتراكه لدى أحد مقدمي خدمة الإنترنت استخدام هذه الشبكة والاستفادة من خدماتها بكل يسر وسهولة⁽²⁾.

استناداً إلى كل ما سبق يمكن القول أن التطور النوعي الذي شهدته البشرية في مجال تقنيات الاتصال وتكنولوجيا المعلومات والدمج الحاصل بينهما، كان له الدور الكبير في ظهور وانتشار التبادل الإلكتروني للبيانات على اختلاف أشكالها، وهو ما أدى بدوره إلى التأثير وبشكل جذري على الطريقة التي يتم بها التعبير عن الإرادة، فحل التبادل الإلكتروني للبيانات محل المستندات الورقية الخطية، والكتابة الإلكترونية محل التقليدية، وظهرت تبعاً لذلك مصطلحات جديدة في الساحة القانونية على غرار مصطلح المحررات الإلكترونية والكتابة الإلكترونية والتوقيع الإلكتروني وغيرها.

المطلب الرابع: التمييز بين الكتابة الإلكترونية والكتابة التقليدية

تندرج كل من المحررات الإلكترونية والمحررات التقليدية بنوعها الرسمية والعرفية ضمن فئة الأدلة الكتابية التي تعطي هرم أدلة الإثبات، والمعلوم أن الأدلة الكتابية تركز على أركان ثلاثة هي: الدعامة الكتابية، والتوقيع، وعليه فإن المقارنة بين الكتابة الإلكترونية ونظيرتها التقليدية ستكون من خلال التمييز بين هذه الأفكار في كل نوع من المحررات، وتوضيح الاختلاف القائم بينها من خلال مضمون الفروع التالية:

الفرع الأول: من حيث الدعامة

سبق الذكر عند الحديث عن تعريف الكتابة الإلكترونية أن هذه الأخيرة تقوم على مغنطة مادة المحرر الذي تصب عليه، أو بمعنى آخر أنها تقوم على إحداث تغيير فيزيائي في مادة المحرر، أو دعامته، أما الكتابة في المحررات الورقية أو التقليدية فإنها تقوم على التصاق مادة بأخرى، كالتصاق الحبر بالورق.

كما أن الدعامات الإلكترونية تتعدد وتتنوع فقد تكون أشرطة ممغنطة أو اسطوانات فيديو أو دعامات مثقبة أو ميكروفيلم أو حتى قاعدة بيانات الحاسب الآلي، وهي بالتأكد تختلف تمام الاختلاف عن الدعامات التقليدية التي يعد فيها الورق الدعامة أو الحامل الأكثر شيوعاً للكتابة، دون أن ننسى الجلد الخشب، الصخر، وغيرها وإن كانت أقل استعمالاً منه.

(1) محمد العيش الصالحين، مرجع سابق، ص 35.

(2) المرجع نفسه، ص 34.

وعلى عكس الدعامات التقليدية التي تمتاز بكشف أي تعديل أو كشط أو أي تغيير يقع على ما تتضمنه من بيانات، سواء بمجرد النظر إليها أو من خلال الاستعانة بالخبرة الفنية، وبأنها تثبت البيانات المدونة عليها لفترة زمنية قد تصل إلى عشرات السنين، وهو ما يكفل قبولها كوسيلة إثبات أمام القضاء فإن الدعامات الإلكترونية على اختلاف أشكالها تتميز بسهولة إجراء تغييرات وإدخال تعديلات على البيانات المدونة عليها، إذ بإمكان أي شخص يملك خبرة في معالجة البيانات الإلكترونية إجراء أي تعديل بالمسح أو بالإضافة في البيانات الإلكترونية دون ترك أي أثر مادي يدل على ذلك⁽¹⁾.

كما أنه إذا تم استخدام وسيط الكتروني في حفظ الكتابة، فإن خصائصه المادية تقف عقبة أمام إمكانية الاحتفاظ بالمحرر الإلكتروني على الشكل الذي أنشئ به لمدة من الزمن، وذلك بسبب حساسية الوسائل المستخدمة كدعامات إلكترونية، إذا أنها تكون معرضة للتلف السريع عند أدنى اختلاف في قوة التيار الكهربائي مثلاً، أو الاختلاف الشديد في درجة تخزين هذه الوسائط⁽²⁾، كما أن هذه الدعامات شديدة التأثير بالعوامل المحيطة بها، فارتفاع درجة الحرارة أو الرطوبة حولها قد يسبب إتلافها، ناهيك عن الأسباب الأخرى كالغبار والفيروسات ووقوعها على الأرض، وهو ما يجعلها أقل قدرة من الأوراق أو الدعامات التقليدية على الاحتفاظ بالمعلومات أو البيانات المدونة عليها لمدة معتبرة من الزمن⁽³⁾.

الفرع الثاني: من حيث الخصائص الذاتية للكتابة

يتضح من التعريف الذي سبق وأن أعطي للكتابة الإلكترونية أنها تختلف عن الكتابة التقليدية من ناحيتين أساسيتين، الأولى: أنها وفي الوقت الذي تنسم فيه الكتابة التقليدية بصفة الدوام والثبات، ويسهل كشف أي تلاعب أو تزوير فيها، لا تتمتع الكتابة الإلكترونية بهذه الخاصية إذ أنها قابلة للمحو والتعديل بكبسة زر، ودون ترك أثر مادي ملحوظ يكشف التغيير المحدث بها أو بمضمونها⁽⁴⁾.

أما الثانية: وعلى اعتبار أن الكتابة الإلكترونية تفرغ على وسيط الكتروني وتتكون من الرقمين 0 و1 وأنها تتم برمجتها وتنسيقها على الجهاز الإلكتروني، فإنه يتم التعبير عن أي شيء بواسطة هذين الرقمين فيتشكل لدينا سلسلة من هذه الأرقام تشكل كلمات وفق العدد الذي تكتب به، ولا يمكن قراءتها أو الاطلاع عليها إلا من خلال عرضها على شاشة الجهاز أو طبعها على ورق بواسطة أجهزة ملحقة بالحاسب بعد أن يقوم هذا الأخير بقراءتها وتخويرها إلى لغة مفهومة من الإنسان، وذلك على خلاف الكتابة العادية التي تتمثل في كيان مادي مرئي وملمس، سهل القراءة بالعين المجردة.

(1) غسان عيسى رضي، مرجع سابق، ص 197.

(2) بشار محمود دودين، مرجع سابق، ص 230.

(3) غسان عيسى رضي، مرجع سابق، ص 199.

(4) نبيل صقر ومكاري نزيهة، مرجع سابق، ص 274.

الفرع الثالث: من حيث التوقيع المرتبط بالكتابة

يختلف التوقيع الإلكتروني عن التوقيع التقليدي من عدة نواح أهمها:

أولاً: من حيث اختلاف نوع الوسيط المثبت عليه التوقيع

يختلف التوقيع الإلكتروني ونظيره التقليدي من حيث الوسيط أو الدعامة التي يوضعان عليها، ففي الوقت الذي يوضع التوقيع في الشكل التقليدي على وسيط مادي ملموس كالورقة، الخشب، الصخر وغيرها من الدعومات المادية، يوضع التوقيع الإلكتروني على وسيط إلكتروني ذي طبيعة جد حساسة⁽¹⁾.

ثانياً: من حيث الأشكال التي يمكن أن يتخذها التوقيع

في الوقت الذي لم تحدد فيه التشريعات التي نظمت أحكام المعاملات الإلكترونية صورة معينة للتوقيع الإلكتروني، وأعطت مفهوماً عاماً له حين اعتبرته مجموعة حروف أو علامات أو أرقام أو رموز أو إشارات واقتصرت على تحديد الضوابط العامة له، حين اشترطت ضرورة تحديد هوية صاحب التوقيع، وإظهار رغبته في الإقرار والرضا بمضمون التعبير عن الإرادة المفرغ في المحرر والمذيل بالتوقيع الإلكتروني فقط ودونما ضرورة لإفراغ هذا التوقيع في شكل معين⁽²⁾، نجد أن صورة التوقيع التقليدي تنحصر في الشكل الكتابي على الإمضاء أو بصمة الأصبع أو الختم فقط.

ثالثاً: من حيث تعدد الوظائف المنوطة بالتوقيع

يناط استناداً للقواعد العامة بالتوقيع في شكله التقليدي وظيفتين أساسيتين هما : تمييز شخصية صاحبه وتحديد هويته من جهة، والتعبير عن قبوله بمضمون التصرف القانوني من جهة ثانية، في مقابل ذلك نجد أن التوقيع الإلكتروني تناط به وظائف خمسة، اثنتان منها تتطابق مع وظائف التوقيع التقليدي المحددة بموجب القواعد العامة، يضاف إليهما ثلاثة وظائف أخرى تطلبها التعامل الإلكتروني وهي وظيفة الاستيثاق من مضمون المحرر الإلكتروني ووظيفة تأمينه من التعديل من خلال الربط بينه وبين التوقيع الإلكتروني وأخيراً وظيفة إضفاء صفة المحرر الأصلي عليه⁽³⁾.

رابعاً: من حيث تقييد التوقيع الإلكتروني بضمانات الأمان والسلامة

لابد لمستخدم التوقيع الإلكتروني أن يختار تقنية آمنة ومحددة لهويته وضامنة لسلامة المحرر الذي يقره، وعليه فيتعين تدخل طرف ثالث يضمن توثيق التوقيع وتحقيق الشروط المطلوبة قانوناً للاعتداد به وعندها لا يكون الموقع حراً في اختيار توقيع، ذلك أنه يخضع لشروط وأوضاع تحددها لوائح مقدمي خدمات التصديق، في حين أن مستخدم التوقيع التقليدي يتمتع بحرية كبيرة في اختيار شكل توقيع وصيغته إذ يمكنه اختيار شكل دائري أو هندسي أو أي شكل يريده ليضفله إمضاء له، كما له أن يستخدم ختماً

(1) عبد الحميد ثروت، مرجع سابق، ص 51.

(2) عز الدين منصور وخميسة كيني، مرجع سابق، ص 40.

(3) عبد الحميد ثروت، مرجع سابق، ص 52.

معيناً أو بصمة أصبعه، أو يجمع بين طريقتين منها، وذلك دون الحاجة إلى ترخيص من الغير أو تسجيل هذا الاختيار⁽¹⁾.

المطلب الخامس: مظاهر التعبير عن الإرادة بالكتابة الإلكترونية

بالرجوع إلى نص المادة 60 ق.م نجد أن المشرع لا يستلزم وسيلة معينة يتم التعبير عن الإرادة من خلالها، فللشخص أن يفصح عن إرادته بالطريقة التي تروق له بشرط أن يكون لها مدلول يفهمه الآخرون أو على الأقل من وجهت إليه، فكل ما يدل على وجود الإرادة يصلح قانوناً للتعبير عنها، ذلك أن القانون لا يستلزم أن يكون التعبير بوسيلة معينة، بل قد تتعدد صور التعبير عن الإرادة في التعاقد سواء بالطرق التقليدية أو الإلكترونية.

فيمكن أن يتم التعبير عن الإرادة بالكتابة الإلكترونية عن طريق البريد الإلكتروني (الفرع الأول) أو عن طريق الموقع الإلكتروني (الفرع الثاني)، أو عن طريق المحادثة أو ما يسمى بنظام التخاطب عبر الإنترنت (الفرع الثالث)، أو عن طريق الوسيط الإلكتروني (الفرع الرابع)، أو عن طريق رسالة البيانات التي تشمل كل هاته الوسائل (الفرع الخامس).

الفرع الأول: عن طريق البريد الإلكتروني E-mail

تقوم فكرة البريد الإلكتروني على تبادل الرسائل الإلكترونية والملفات عن طريق إرسالها من المرسل إلى المرسل إليه بطريقة إلكترونية سهلة وبسيطة لا تكلف المرسل شيئاً، لا من ناحية الوقت ولا من حيث التكاليف، وهو الأمر الذي ساعد كثيراً على انتشار استخدام تقنية البريد الإلكتروني في تبادل العروض والرسائل سواء على المستوى الشخصي أو لأغراض تجارية.

ويرجع الفضل في ظهور تقنية البريد الإلكتروني إلى العالم الأمريكي «Tomlinson» حيث صمم على شبكة الإنترنت برنامجاً لكتابة الرسائل، ألحقها ببرنامج آخر يسمح بنقل الملفات من جهاز كمبيوتر إلى آخر ثم قام بدمج البرنامجين مع بعضهما البعض في برنامج واحد، فتم بذلك ميلاد البريد الإلكتروني⁽²⁾.

إلا أن هذا المخترع اصطدم بمشكلة تمثلت في عدم حمل الرسالة لأي دليل على مكان مرسلها، ما جعله يفكر في ابتكار رمز لا يستخدمه الأشخاص في أسمائهم ووضعه بين اسم المرسل والموقع الذي ترسل منه الرسالة، وتم اختيار @ سنة 1971 لذلك، وأصبح أول عنوان بريد إلكتروني في التاريخ هو Tomlinson@bbn-tenexa⁽³⁾.

(1) عبد الحميد ثروت، مرجع سابق، ص 53.

(2) خالد ممدوح إبراهيم، حجية البريد الإلكتروني في الإثبات، ط 1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية 2008، ص 40.

(3) المرجع نفسه، ص: 40-41.

وقد جاء كل من قانون التجارة الإلكترونية رقم 18-05⁽¹⁾، والقانون رقم 18-04 المتعلق بالبريد والاتصالات الإلكترونية خاليا من تعريف البريد الإلكتروني تاركين المهمة في ذلك للفقه، على خلاف بعض التشريعات التي تولي الشرع بنفسه مهمة تعريف البريد الإلكتروني، أين نجد القانون الفرنسي 2004-575 المؤرخ في 21 جوان 2004 المتعلق بالثقة في الاقتصاد الرقمي⁽²⁾، والذي جاء في نص المادة 1-6 منه أنه: "يفهم من بريد إلكتروني كل رسالة، في شكل نص، أو صوت أو صور، يتم إرسالها عبر شبكة اتصالات عامة وتخزن على مستقبل أو في جهاز نهائي للمرسل إليه ليتمكن هذا الأخير من استعادتها"⁽³⁾.

من ثمة يمكن القول أن البريد الإلكتروني هو تقنية أو وسيلة تسمح بتبادل الرسائل والملفات والرسوم والصور الإلكترونية وغيرها، عن طريق إرسالها من المرسل إلى شخص آخر يسمى المرسل إليه، باستخدام أو بواسطة عنوانه الإلكتروني بدلا عن عنوانه التقليدي، ويكون نقل الرسائل هنا بواسطة الإشارات بوصفها ظاهرة فيزيائية تتحول إلى كتابة إلكترونية يمكن قراءتها بصورة واضحة.

في نقطة متصلة يمكن القول بأن التعبير في الرسالة الإلكترونية يكون صريحا، إذ تترجم في الأخير في شكل كتابة لا تختلف في جوهرها عن الكتابة العادية، إنما تختلف عنها فقط في الوسيلة المستعملة في إنشائها وإرسالها والمتمثلة في الأجهزة الإلكترونية على رأسها الكمبيوتر الذي يعتبر آلة طباعة حديثة يتم النقر فيها بالأصابع بدلا من الإمساك بالقلم⁽⁴⁾.

أما بالنسبة للشخص الذي يريد التعاقد بهذه الوسيلة فما عليه إلا أن يكون لديه برنامج للبريد الإلكتروني مدرج ضمن البرامج التي يحتويها جهاز الكمبيوتر الخاص به، وأن يتبع بعض الخطوات اللازمة لكي يصبح متمتعا بهذه الخدمة، وتتم هذه العملية بكتابة عنوان المرسل إليه في الخانة المخصصة لذلك، ثم كتابة موضوع الرسالة ثم الضغط على أمر الإرسال، وبذلك تكون الرسالة قد أدرجت تحت عنوان المرسل إليه على الشبكة، ولكي يتمكن هذا الأخير من مطالعتها فما عليه سوى استعمال برنامج بريده الإلكتروني ويصدر أمرا بتحميل الرسالة على صندوق الوارد الذي يحتوي على جميع الرسائل التي وردت إليه، ثم يقوم بقراءتها.

(1) قانون رقم 18-05 مؤرخ في 10 ماي 2018 يتعلق بالتجارة الإلكترونية، ج ر عدد 28، صادر بتاريخ 16 ماي 2018.

(2) - Loi n° 2004-575 du 21 juin 2004, pour la confiance dans l'économie numérique, J.O n° 143 du 22 juin 2004, p.11168 texte n°2. Disponible sur:

http://www.globenet.org/IMG/pdf/LCEN_21_juin_2004_annotee.pdf

(3 -) L'article 1- IV énonce : « On entend par courrier électronique tout message, sous forme de texte, de voix, de son ou d'image, envoyé par un réseau public de communication, stocké sur un serveur ou dans l'équipement terminal du destinataire, jusqu'à ce que ce dernier ne le récupère ».

(4) نور الهدى مرزوق، التراضي في العقود الإلكترونية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، الجزائر 2012، ص 65.

وعليه، فالتعبير عن الإرادة عبر البريد الإلكتروني إذا ما طبقنا عليه القواعد العامة لا يخرج عن كونه تعبير عن الإرادة بالكتابة، وهذه الكتابة هنا لا تختلف عن الكتابة التقليدية إلا من حيث الوسيلة المستخدمة في تحقيقها، حيث أن الوسائل الإلكترونية كالكمبيوتر لا تزيد عن القلم كأداة للكتابة إلا من حيث كونها أكثر تطوراً وحدثاً، بحيث يتم وضع أو النقر بالأصابع الآدمية عليها بدلاً من إمساكها بالقلم فتصبح الكتابة الناتجة عنها طريقة معتادة للتعبير عن الإرادة⁽¹⁾، فاستناداً للقواعد العامة وحسب ما قرره المادة 323 مكرر ق.م فإن الطريقة المستخدمة في الكتابة لا تهم سواء أكانت باليد أو بالطابعة أو لوحة المفاتيح أو بأية وسيلة أخرى، طالما كانت ذات معنى مفهوم.

الفرع الثاني : عن طريق الموقع الإلكتروني(الويب)

يعتبر الويب الوسيلة الأكثر استعمالاً في الاتصالات عبر شبكة الإنترنت، ويتألف من صفحات فرعية وصفحة رئيسية، متوفر على مدى 24 ساعة وطيلة أيام الأسبوع، ويتم إنشاء موقع الويب site عن طريق الاشتراك في خدمة إنشاء صفحة خاصة بالعميل Home page - البائع أو مقدم الخدمة- بحيث يضع كل ما يرغب فيه من بيانات مكتوبة أو مصورة أو أفلام داخل الموقع، من أجل تمكين الآخرين من الاطلاع عليها، ومن أجل نشر المعلومات أو ترويج البضائع والخدمات وغيرها⁽²⁾.

حيث يتاح لكل من يرغب أن يزور هذا الموقع الدخول إليه دون حاجة إلى استخدام كلمة مرور أو كلمة سر، ويكون التعاقد عبر هاته الوسيلة من خلال زيارة العميل أو الزبون للموقع الإلكتروني للبائع أو مقدم الخدمة ومن ثم استكمال إجراءات التعاقد⁽³⁾.

هذا وقد يتم التعبير عن الإرادة إلكترونياً عبر مواقع الويب عن طريق بالكتابة أو بالنقر على زر الموافقة الموجود في لوحة المفاتيح المتصلة بالكمبيوتر الشخصي لصاحب التعبير، أو بالضغط بمؤشر - الفأرة- في الخانة المخصصة لذلك في صفحة الويب مباشرة⁽⁴⁾، وتسمى هذه الطريقة ok-box وتستخدم من أجل التعاقد سواء بشأن المنتجات أو الخدمات الموجودة على صفحات الويب، حيث يختار المستهلك السلعة المنشودة ويضغط على أيقونة الموافقة، فتظهر أمامه صفحة أخرى تتضمن العقد النموذجي المتضمن لشروط وبنود التعاقد الذي لا يستطيع مناقشته أو التفاوض بشأنه، فإذا أراد المستهلك إتمام التعاقد يقوم بالضغط على أيقونة القبول، أو بكتابة عبارة تفيد الموافقة باستخدام لوحة المفاتيح.

(1) أنس محمد شرف اليوسفي، خصوصية تكوين العقد الإلكتروني وإثباته، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية الشريعة والقانون، قسم القانون المدني جامعة، صنعاء اليمن، 2009، ص 78.

(2) أسامة أبو الحسن مجاهد، خصوصية التعاقد عبر الإنترنت، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003، ص 07.

(3) إيمان مأمون أحمد سليمان، إبرام العقد الإلكتروني وإثباته: الجوانب القانونية لعقد التجارة الإلكترونية، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية 2008، ص: 91-92.

(4) خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني: دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2006، ص 170.

ويمكن أن يعبر عن الإرادة أيضا باستخدام بعض الإشارات والرموز التي أصبحت متعارفا عليها بين مستخدمي شبكة الإنترنت كإشارة الوجه المبتسم التي تدل على الموافقة، والوجه الغاضب التي تدل على الرفض وكلها كتابة إلكترونية⁽¹⁾ داخلة في الإطار العام الذي حددته المادة 60 من ق.م.

بيد أن الملاحظ أن استخدام هذا النوع من الوسائل في التعبير عن الإرادة لا يختلف كثيرا عن التعبير الصادر في الصحف أو عبر التلفاز، ذلك أنه تعبير مستمر على مدار الساعة يكون في الأغلب موجها إلى الجمهور وليس إلى فرد معين، كما أنه لا يكون محدداً بزمان معين، وإن كان محدداً بنفاذ الكمية أو مدة معقولة كما هو معروف في القواعد العامة.

الفرع الثالث: عن طريق المحادثة الكتابية

يتم التعاقد بطريق المحادثة الكتابية عن طريق مخاطب الأطراف عبر شبكة اتصال فوري سواء باستخدام نظام الرسائل القصيرة sms، أول باستخدام شبكة الإنترنت من خلال مختلف غرف الدردشة ومختلف وسائل التواصل الاجتماعي، كالفيس بوك Facebook، والماسنجر Messenger، والواتس آب WhatsApp، وغيرها من التطبيقات التي تمكن من التبادل الفوري للكتابة الإلكترونية.

وقد تم تدعيم تلك الوسائل بخدمة الكاميرات الرقمية التي تسمح بأن يشاهد كل متعاقد الطرف الآخر فيصبح التعاقد هنا عن طريق المحادثة والمشاهدة معا، وهو ما سمح بإمكانية أن يتم التعبير عن الإرادة عبرها باللفظ أو الكتابة أو بالإشارة، حيث يرى ويسمع المتعاقدان كل منهما الآخر⁽²⁾.

غير أنه يشترط لتشغيل نظام المحادثة أن يكون الطرفان متصلين بأحد أجهزة خدمة IRC⁽³⁾، حيث يقوم هذا البرنامج بتقسيم الصفحة الرئيسية إلى جزأين يقوم أحد الأطراف بكتابة تعبيره على شاشة جهازه الشخصي في الجزء الأول والاطلاع في نفس الوقت على تعبير الطرف الآخر في الجزء الثاني، فتتسم هذه الطريقة بالتعاصر الزمني لتبادل التعبير بين الطرفين.

(1) خالد ممدوح إبراهيم ، إبرام العقد الإلكتروني، مرجع سابق، ص 170.

(2) المرجع نفسه، ص 171.

(3) بروتوكول الدردشة عبر الإنترنت بالإنجليزية Internet Relay Chat : يرمز له اختصارا IRC وهو نظام تراسل فوري يقوم نظامه حول خوادم منتشرة عبر العالم وكل خادم يحتوي عدد معين من القنوات، بالإضافة إلى المحادثة الجماعية يتوفر في الآي آر سي نظام للدردشة الخاصة، ونظام لنقل الملفات يعرف باسم إكس دي سي سي، أنظر الرابط:

https://ar.wikipedia.org/wiki/%D8%A8%D8%B1%D9%88%D8%AA%D9%88%D9%83%D9%88%D9%84_%D8%A7%D9%84%D8%AF%D8%B1%D8%AF%D8%B4%D8%A9_%D8%B9%D8%A8%D8%B1_%D8%A7%D9%84%D8%A5%D9%86%D8%AA%D8%B1%D9%86%D8%AA تم الاطلاع

بتاريخ 16/04/2017 على الساعة 16:34.

الفرع الرابع: عن طريق الوسيط الإلكتروني المؤتمت

ازداد استخدام مصطلح الوسيط الإلكتروني كطريقة تلقائية للتعبير عن الإرادة في إبرام العقود والمعاملات القانونية⁽¹⁾ كأحد تطبيقات الذكاء الاصطناعي⁽²⁾، وهو ما جعل التشريعات النازمة للتجارة الإلكترونية تولي اهتماما كبيرا بهذا الوسيط، وبالمسائل القانونية التي أثارها استخدامه في عملية إبرام العقود وذلك على خلاف تشريع التجارة الإلكترونية الجزائري 05-18 الذي جاء خاليا من الإشارة إليه بالرغم من أهمية الدور الذي يلعبه هذا الوسيط.

أولا: تعريف الوسيط الإلكتروني المؤتمت

لم يعرف المشرع الجزائري بل ولم يشر تماما في قانون التجارة الإلكترونية إلى الوسيط الإلكتروني على خلاف بعض التشريعات المقارنة النازمة للتجارة الإلكترونية التي عرفت وحددت أحكامه، ونظرا لخلو قانون اليونسترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية الذي نجد أنه لم يشر صراحة إلى تعريف الوسيط الإلكتروني، على الرغم من إقراره بصلاحيته كطريقة للتعبير عن الإرادة بدلالة نص المادة 13 منه، فإنه يتحتم علينا الرجوع إلى بعض التشريعات الداخلية في محاولة لرصد تعريف له.

حيث نجد أن المادة 02 من قانون المعاملات الإلكترونية الأردني⁽³⁾ قد عرفت الوسيط الإلكتروني بأنه: " البرنامج الإلكتروني الذي يستعمل لتنفيذ إجراء أو الاستجابة لإجراء بشكل تلقائي بقصد إنشاء رسالة معلومات أو إرسالها أو تسلمها"، وعرفته المادة 02 أيضا من قانون إمارة دبي للمعاملات والتجارة الإلكترونية على أنه: "برنامج أو نظام إلكتروني لحاسب آلي يمكن أن يتصرف أو يستجيب لتصرف بشكل مستقل كليا أو جزئيا دون إشراف أي شخص طبيعي في الوقت الذي يتم فيه التصرف أو الاستجابة له"

(1) تطلق على الوسيط الإلكتروني عدة تسميات أخرى، منها تسمية الوسيط الإلكتروني المؤتمت التي يستخدمها قانون إمارة دبي للمعاملات والتجارة الإلكترونية لسنة 2002، وتسمية الوكيل الإلكتروني التي يستخدمها القانون البحريني للمعاملات الإلكترونية لسنة 2002، وقانون كندا الموحد للتجارة الإلكترونية لسنة 1999، وتسمية النظام الحاسوبي المؤتمت التي يستخدمها مشروع اتفاقية التعاقد الإلكتروني لليونسفال، بدلا من تسمية الوكيل الإلكتروني لعدم دقة هذا الأخير أنظر:

- Legal aspects of electronic commerce, électronique contracting: provisions for a draft convention note n0 A/CN.9/WG-IV/WP-95 issued by secretariat of UNCITRAL, 20 septembre 2001, p.17, disponible sur le site: <http://www.uncitral.org>. le 12/02/2019, 18 :35h

(2) هذا الأخير الذي قدمت بشأنه عدة تعريفات منها أن (الذكاء الاصطناعي هو ذلك العلم الذي يبحث في كيفية جعل الحاسب يؤدي الاعمال التي يؤديها البشر بطريقة اقل منهم)، وفي تعريف آخر للذكاء الاصطناعي يقدمه (إفرون بار وإدوارد فيجنوم) أن: (الذكاء الاصطناعي هو جزء من علوم الحاسب يهدف إلى تصميم أنظمة ذكية تعطى نفس الخصائص التي نعرفها بالذكاء في السلوك الانساني)، و الرأي الغالب في هذا الوقت هو تعريف الذكاء الاصطناعي على أنه دراسة الملكات العقلية للإنسان باستخدام النماذج الحاسوبية لأكساب الحاسب بعضا منها، أنظر في هذه التعريفات وغيرها: محمد خالد محمد رابعة، الذكاء الاصطناعي، دراسة منشورة على الموقع الإلكتروني: http://doc.abhatoo.net.ma/IMG/doc/22at_3.doc, تم الاطلاع بتاريخ 23 جوان 2018، الساعة 23.00.

(3)- قانون المعاملات الإلكترونية الأردني رقم 15 لسنة 2015، متاح على الرابط الذي تم الاطلاع عليه بتاريخ 2016/09/26 على الساعة: 15:34.

كما عرفه القانون المصري المتعلق بتنظيم التوقيع الإلكتروني وإنشاء هيئة تنمية صناعة تكنولوجيا المعلومات من خلال نص المادة 1/د بأنه: " أداة أو أدوات أو أنظمة إنشاء التوقيع الإلكتروني".

أما مصطلح "مؤتمت" فهو مصطلح دخيل على لغتنا العربية وليس بلفظ منها، وإنما أخذ من كلمة (automate) الانجليزية، والتي تنصرف إلى كل ما يمكن تشغيله آلياً أو أوتوماتيكياً، تلقائياً أو بصفة ذاتية⁽¹⁾.

بالعودة إلى تعريف الوسيط الإلكتروني المؤتمت في أغلب التشريعات التي تطرقت له، يمكن القول أن هذا الوسيط هو برنامج حاسوب أو أية وسيلة إلكترونية يتم برمجتها للقيام بتصرفات معينة، يحددها منشئ أو مالك الوسيط بحيث لا يمكن لهذا الأخير أن يتصرف إلا بناء على تعليمات محددة مسبقاً، ولا يمكن له أن يخالفها لأنه مبرمج للتعامل معها بدقة عالية حتى ولو لم يكن هناك تدخل مباشر للشخص صاحب الإرادة، بحيث تقوم هذه الوسائط وعبر تفاعلها مع وسائط مؤتمتة مشابهة أو مع الأشخاص الطبيعيين أو المعنويين بإتمام الأعمال أو الأوامر الموجهة إليها كإرسال أو استقبال التعبير عن الإرادة ومعالجتها وتقديم الخدمات بكافة أشكالها، متخذة المركز القانوني للموجب أو القابل دون تدخل أو رقابة من مالكها ودون أية مراجعة نهائية منه لبنود العقد⁽²⁾.

وتجدر الإشارة إلى أن الأهمية المتزايدة للوسيط الإلكتروني المؤتمت في إجراء المعاملات الإلكترونية إنما مردها هو جملة المميزات التي يتصف بها، منها كفايته الذاتية لإتمام المعاملات وإبرام العقود، وإمكاناته الهائلة في اجتياز المعوقات التقليدية التي تعوق إبرام المعاملات على غرار عائق اللغة، عدا عن أسلوبه التفاعلي وتحركه السريع على الشبكة، بالإضافة إلى ما هو متوقع له مستقبلاً من قدرة على تعديل التعليمات المبرمج على أساسها حسب مقتضى الأحوال بفعل التقدم التكنولوجي في مجال الاتصالات⁽³⁾.

ثانياً: دور الوسائط الإلكترونية المؤتمتة في التعبير عن الإرادة

تلعب الوسائط الإلكترونية دورين مختلفين في عملية التعبير عن الإرادة بواسطتها، أحدهما وهو الذي لم يثار بشأنه أي خلاف حول التكييف القانوني للإرادة، وهو الدور الذي تلعبه تلك الوسائط في أغلب العقود الإلكترونية والذي لا يتعدى كونها مجرد أداة أو وسيلة للتعبير، شأنها في ذلك شأن اللفظ أو الكتابة وغيرها، ومثاله عندما يعبر المتعاقدان عن إرادتهما من خلال التقنيات المختلفة المتوفرة على الشبكة كالبريد الإلكتروني ومنتديات المحادثة وتقنية الصوت والصورة.

(1) قاموس أوكسفورد الحديث : انجليزي- عربي . Oxford, University Press ,2000 ,p44

(2) محمود عبد الرحيم الشريفات، التراضي في تكوين العقد عبر الإنترنت: دراسة مقارنة، الطبعة 2، دار الثقافة، عمان 2011، ص 75.

(3) - Legal aspects of electronic..., op.cit, p.17.

إذ أنهم بذلك يستخدمون تلك التقنيات كوسائل أو أدوات للتعبير عن إرادتهم تماماً كما يستخدم المتعاقدون في العقود التقليدية مختلف الوسائل المعروفة استناداً للقواعد العامة لنظرية العقد، فهنا تنسب الإرادة إلى الشخص الطبيعي الذي صدر منه التعبير لاقتصار دور الوسائط الإلكترونية في هاته الحالة على مجرد إيصال تلك الإرادة بطريقة إلكترونية إلى الطرف الآخر فحسب⁽¹⁾.

وهذا النوع لا يخلق أي إشكال من حيث تكييف الإرادة بحيث أنها تعتبر صادرة عن المتعاقدين أنفسهم وما استخدمهم هنا للوسائل الإلكترونية إلا كما استخدمهم للكتابة أو اللفظ أو الإشارة المتداولة عرفاً في العقود المبرمة بوسائل اعتيادية تقليدية، بمعنى أن دور الآلة أو هاته الوسائط -هنا- لم يتعد مجرد كونها وسيلة للإفصاح عن الإرادة فحسب.

أما الدور الثاني فهو الذي ثار بشأنه الخلاف إذ أن هناك من العقود ما يتم فيها التعبير عن الإرادة بطريقة آلية أو تلقائية من خلال ما يعرف بالوسائط الإلكترونية المؤتمتة، هذه الأخيرة تتولى نيابة عن الشخص إرسال التعبير عن الإرادة أو تلقيه وذلك في ظل غياب تام لأي تدخل مباشر منه، ففي مثل هذه الحالات لا يمكن الاكتفاء بالقول أن الوسيط المؤتمت مجرد أداة أو وسيلة، بل أن الأمر يتعدى ذلك فالوسيط هو من قام فعلاً بالتعاقد بنفسه وفق ما بُرّج عليه، ولكن لمصلحة الشخص الطبيعي وباسمه وهو الأمر الذي أثار الخلاف حول طبيعة هذا التعبير⁽²⁾.

ثالثاً: مدى صلاحية الوسيط الإلكتروني المؤتمت للتعبير عن الإرادة

يمكن القول أن الوسائط الإلكترونية المستخدمة كوسيلة للتعبير عن الإرادة لا تخرج مبدئياً عن إطار القواعد العامة النازمة لنظرية العقد، والتي لا تشترط حسب نص المادة 60 ق.م.ش شكلية معينة في طريقة التعبير عن الإرادة، بل تجيز التعبير عنها بأي وسيلة كانت طالما أدت المطلوب منها في إيصال التعبير على وجه مفهوم إلى من وجه إليه، وعليه وبالرغم من خلو قانون التجارة الإلكترونية من الإشارة إلى المسألة إلا أننا لا نجد ما يمنع من التعبير عن الإرادة بواسطة الوسيط الإلكتروني والتعاقد من خلاله في القانون الجزائري إعمالاً للقواعد العامة.

لكن ومن أجل توفير المزيد من الأمن القانوني لمستخدمي هذه الوسائط يفضل إيراد نص قانوني يفيد بجواز التعبير عن الإرادة من خلال الوسيط الإلكتروني، و بالاعتراف بصحة المعاملات المبرمة عبره في أول تعديل سيمس قانون التجارة الإلكترونية.

(1) بشار عصمت سميح سكري، العقود الإلكترونية: دراسة في القانون الواجب التطبيق وتسوية المنازعات الناشئة عنها، رسالة دكتوراه كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة بيروت العربية، لبنان، 2008، ص 81.

(2) المرجع نفسه، ص 82.

على خلاف ذلك نجد أن أغلبية التشريعات والتوجيهات المنظمة للمعاملات الإلكترونية قد نصت صراحة على جواز التعبير عن الإرادة من خلال الوسيط الإلكتروني، كما اعترفت صراحة بصحة المعاملات الإلكترونية المؤتمتة، وذلك بهدف توفير المزيد من الثقة والأمان القانوني لدى مستخدمي هذا الوسيط في إبرام تعاملاتهم القانونية⁽¹⁾.

فقد أشارت مقدمة توجيه البرلمان الأوروبي 31 لسنة 2000 بخصوص بعض الجوانب القانونية لخدمات المجتمع المعلوماتي إلى جواز التعبير عن الإرادة من خلال الوسائط الإلكترونية، كما أكد المشرع في إمارة دبي من خلال قانون المعاملات الإلكترونية لسنة 2002 على هذا النهج بنصه في المادة 14 على أنه: "... يجوز أن يتم التعاقد بين وسائط إلكترونية مؤتمتة متضمنة نظام معلومات إلكترونية أو أكثر تكون معدة ومبرجة مسبقا للقيام بمثل هذه المهمات، ويتم التعاقد صحيحا وناظرا ومنتجا آثاره القانونية على الرغم من عدم التدخل الشخصي أو المباشر لأي شخص طبيعي في عملية إبرام العقد في هذه الأنظمة".

وهو المسلك ذاته الذي سلكه المشرع البحريني من خلال نص الفقرة الأولى من المادة 11 من قانون المعاملات الإلكترونية⁽²⁾ حين نص على أنه: "يجوز صياغة عقد عن طريق تواصل ما بين وكيل إلكتروني وشخص ما، أو من خلال تفاعل وكلاء إلكترونيين".

الفرع الخامس: التعبير عن الإرادة عن طريق رسالة البيانات

تعتبر رسالة البيانات أكثر الصور شيوعا للتعبير الإلكتروني عن الإرادة وإبرام المعاملات القانونية من خلال تبادلها عبر مختلف وسائل الاتصال الحديثة المستوعبة لها، ونتيجة لذلك نجد أن معظم التشريعات المنظمة للمعاملات الإلكترونية قد اهتمت بها وخصصت لها نصوصا قانونية حددت من خلالها مفهوم رسالة البيانات، وأقرت بصلاحياتها للتعبير عن الإرادة، كما حددت قيمتها القانونية في إثبات التصرفات المبرمة بواسطتها⁽³⁾.

أولا: تعريف رسالة البيانات

لم يعرف المشرع الجزائري أيضا بل ولم يشير تماما إلى رسالة البيانات في قانون التجارة الإلكترونية على غرار موقفه من الوسيط الإلكتروني، وذلك على خلاف بعض التشريعات المقارنة النازمة للتجارة

(1) آمانج رحيم أحمد، التراضي في العقود الإلكترونية عبر شبكة الإنترنت، ط1، دار وائل للنشر، عان، 2006، ص130.

(2) قانون مملكة البحرين للمعاملات الإلكترونية رقم 28 لسنة 2002، صادر بتاريخ 2002/09/18، ج ر عدد 2548. متاح على الموقع:

http://www.legalaffairs.gov.bh/AdvancedSearchDetails.aspx?id=4324#.Xc73StJKjIU ، يوم 2014/08/15 الساعة 17:45.

(3) من هذه التشريعات نجد قانون اليونسفرال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية، قانون المعاملات الإلكترونية الأردني، قانون إمارة دبي أما قانون التجارة الإلكترونية الجزائري فجاء خاليا من الإشارة إليها.

الإلكترونية التي تطرقت إلى رسالة البيانات وقامت بتعريفها وتحديد أطرافها والإقرار بصلاحياتها كوسيلة للتعبير عن الإرادة، وهو ما يحتم علينا -أيضا- الرجوع إلى البعض منها في محاولة لإيجاد تعريف لها.

عرفت الفقرة "أ" من المادة الثانية من قانون اليونسترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية رسالة البيانات بأنها " المعلومات التي يتم إنشاؤها أو إرسالها أو تخزينها بوسائل إلكترونية أو ضوئية أو بوسائل مشابهة، بما في ذلك على سبيل المثال لا الحصر تبادل البيانات الإلكترونية⁽¹⁾، أو البريد الإلكتروني، أو التلكس، أو النسخ البرقي".

وقد أخذت معظم التشريعات المقارنة التي نظمت أحكام خاصة بالمعاملات الإلكترونية بذات المفهوم، وأقرت بصلاحيّة رسالة البيانات كوسيلة للتعبير عن الإرادة، فقد عرفت المادة 2 من قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية لإمارة دبي بأنها " سجل أو مستند يتم إنشاؤه أو تخزينه أو استخراجه أو نسخه أو إرساله أو إبلاغه أو استلامه بوسيلة إلكترونية، على وسيط ملموس أو على أي وسيط إلكتروني آخر، ويكون قابلا للاسترجاع بشكل يمكن فهمه"، وهذا التعريف يوافق أيضا التعريف الوارد لها في كل من المادة الثانية من قانون المعاملات الإلكترونية الأردني 15 لسنة 2015، والمادة الأولى من قانون المعاملات الإلكترونية لمملكة البحرين.

غير أنه تجدر الإشارة إلى أن مفهوم البيانات يجب أن لا ينصرف ليقصر على رسائل البريد الإلكتروني لأن مفهومها أعم وأشمل يتسع ليشمل كل البيانات التي يتم تبادلها عبر مختلف وسائل الاتصال الحديثة، كما أن فعل التصدير أو التبادل يتسع ليشمل كافة أشكال المبادلات الإلكترونية⁽²⁾ سواء أكانت إبلاغ المعلومات أو إرسالها أو إنشائها، وسواء أكان البلاغ إيجابا أو قبولا أو دعوة إلى التعاقد أو مجرد إبلاغ عادي غير ذي أثر قانوني، كما لا يشترط في رسالة البيانات حسب التعريفات السابقة -التي جاءت بصياغة عامة - أن تكون مكتوبة بخط اليد أو على دعامة ورقية أو إلكترونية أو أية دعامة أخرى⁽³⁾.

كما أن إشارة التعريفات إلى مصطلح "وسائل مشابهة" أو "أي وسيط إلكتروني آخر"، كان بهدف توضيح أن الغرض من رسالة البيانات ليس تطبيقها في إطار تقنيات وسائل الاتصال المتوفرة حاليا، وإنما يستوعب تطبيقها كل ما يمكن أن يظهر مستقبلا من وسائل نتيجة التطور التكنولوجي لمنتجات المعلوماتية، وما ذكر التعريفات لمصطلح "التبادل الإلكتروني أو البريد الإلكتروني والبريد الإلكتروني أو

(1) يقصد بتبادل البيانات الإلكترونية: نقل المعلومات إلكترونيا من حاسوب إلى آخر باستخدام معيار متفق عليه لتكوين المعلومات حسب الفقرة "ب" من المادة 2 من قانون اليونسترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية.

(2) بلقاسم حامدي، إبرام العقد الإلكتروني، أطروحة دكتوراه علوم، تخصص علوم قانونية- قانون أعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2015/2014، ص ص: 56-57.

(3) آمانج رحيم أحمد، مرجع سابق، ص 96.

التلكس... "إلا على سبيل المثال لا الحصر، ما يجعله يتسع ليشمل جميع الوسائل المساوية لها في الوظيفة سواء الموجودة حالياً أو التي يمكن أن توجد مستقبلاً⁽¹⁾، تأكيداً لمبدأ التعادل الوظيفي.

ثانياً: مدى صلاحية رسالة البيانات للتعبير عن الإرادة

لم تحصر التشريعات المدنية النازمة لأحكام العقد كأصل طرق التعبير عن الإرادة وإنما تركت المجال واسعاً للأفراد لاختيار الطريقة التي يرونها مناسبة لذلك، ما جعل التعبير عن الإرادة غير مرتبط بشكلية معينة أو بطريقة معينة، وهو ما أكد عليه المشرع الجزائري من خلال نص المادة 60 ق.م التي أشارت إلى بعض طرق التعبير عن الإرادة على سبيل المثال لا الحصر، وهو الأمر الذي يمكننا من الاستناد إليه والقول بصلاحية رسالة البيانات كطريقة أو وسيلة للتعبير عن الإرادة القول كذلك بصحة العقود التي يتم إبرامها من خلال تبادل رسائل البيانات، وذلك بالرغم من عدم إشارة قانون التجارة الإلكترونية رقم 18-05 إلى ذلك ومن الإشارة تماماً إلى رسالة البيانات لا كوسيلة للتعبير عن الإرادة ولا كدليل للإثبات.

إلا أن توفير الأمن القانوني لمستخدمي رسائل البيانات في التعبير عن الإرادة وإبرام العقود الإلكترونية يستدعي - كما سبقت الإشارة - إيراد نص قانوني خاص في قانون التجارة الإلكترونية يقضي بجواز التعبير عن الإرادة من خلال رسائل البيانات وبصحة المعاملات المبرمة بواسطتها، ولو كان ذلك من باب التأكيد على القاعدة العامة المكرسة بموجب المادة 60 ق.م.

ذلك أن أهمية النص على جواز استخدام رسائل البيانات في عملية التعبير عن الإرادة تظهر في الحالات التي تكون فيها نوعية التكنولوجيا المستخدمة في إجراء الاتصالات بين الأطراف غير معروفة، إذ كلما كانت طريقة الاتصال غير معتادة وغير معروفة لأحد الطرفين أو كليهما كلما كانت المتطلبات القانونية في هذا المجال أكبر، وازدادت أهمية مثل هذه النصوص في توفير اليقين والأمن القانوني⁽²⁾.

فمثلاً: يعتبر استخدام الوسائط الإلكترونية المؤتمنة للتعبير عن الإرادة وسيلة غير مألوفة لدى الأفراد استحدثتها التطورات التكنولوجية في مجال طرق الاتصال، مما يثير شكوكاً في غالبية الأحيان حول مدى مشروعيتها في التعبير عن الإرادة، ويحتاج إلى إرساء استخدامها وتوفير الأمن القانوني للأفراد بشأنها إلى نص قانوني خاص يقر بذلك⁽³⁾.

وقد أكسب الاستخدام المتزايد لرسالة البيانات كوسيلة للتعبير عن الإرادة في العقود والمعاملات الإلكترونية أهمية بالغة جعلت أغلبية القوانين النازمة للتجارة والمعاملات الإلكترونية تولي اهتماماً بتنظيم أحكامها، إذ نصّت صراحة على جواز اعتمادها كطريقة للتعبير الإلكتروني عن الإرادة سواء أكانت إيجاباً أو

(1) آمانج رحيم أحمد، مرجع سابق، ص 96-97.

(2) المرجع نفسه، ص 104.

(3) المرجع نفسه، ص. ص: 104-105.

قبولا أم مجرد دعوة إلى التعاقد⁽¹⁾، فنصت في هذا الصدد المادة 11 / 1 من قانون اليونسترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية على أنه: "في سياق تكوين العقود، وما لم يتفق الطرفان على غير ذلك، يجوز استخدام رسائل البيانات للتعبير عن العرض وقبول العرض، وعند استخدام رسالة البيانات في تكوين العقد، لا يفقد ذلك العقد صحته أو قابليته للتنفيذ لمجرد استخدام رسالة البيانات لذلك الغرض".

إن ما يمكن استخلاصه من هذا النص ومن النصوص التي سلكت منهجه هو:

أ/ أن هذه النصوص اعتمدت ما يعرف بمبدأ: "نفاذ المفعول القانوني لرسائل البيانات"، والذي ينصرف مفهومه إلى عدم التمييز بين رسائل البيانات والمستندات الورقية عند التعامل معها من الناحية القانونية، إذ يجب أن يترتب عن العقد المبرم باستخدام رسائل بيانات نفس الآثار القانونية التي تترتب على العقود المبرمة بالطرق التقليدية، كما يجب أن لا يؤثر استخدام رسائل البيانات في عملية التعاقد على صحة العقد ولا على قابليته للتنفيذ⁽²⁾.

ب/ أن الحكم الذي جاءت به تلك النصوص لا يقتصر على الحالات التي يتم فيها التعبير عن عناصر توافق الإرادتين- الإيجاب والقبول- معا عن طريق رسائل البيانات بل يكفي لسريانه أو تطبيقه أن يتم التعبير عن أحدهما فقط عن طريقها، وبغض النظر عن الوسيلة المستخدمة في التعبير عن العنصر الثاني من عناصر توافق الإرادتين فيما إذا كانت إلكترونية - عن طريق وسيط مثلا- أو تقليدية.

ج/ كما أنه وتطبيقا لمبدأ استقلالية الأطراف في اختيار ما يروونه مناسبا من طرق تقليدية أو إلكترونية للتعبير عن إرادتهم من غير رسالة البيانات، إذ الهدف من هذه النصوص ليس فرض استخدام رسالة البيانات للتعبير عن الإرادة على كل شخص يريد التعاقد إلكترونيا، وما عبارة "ما لم يتفق الطرفان على غير ذلك" سوى تأكيد لذلك المبدأ⁽³⁾.

ثالثا: إسناد رسالة البيانات

حيث أن رسالة البيانات غالبا ما يتم تبادلها عبر وسائل إلكترونية، فإن استخدامها كطريقة للتعبير عن الإرادة قد يجدون أنفسهم في أماكن جغرافية متباعدة، لذلك كان من الضروري وضع ضوابط يمكن الاعتماد عليها لإسناد الرسائل إلى منشئها وإلزامهم بمضمونها على نحو يضمن للمرسل إليه صحة الرسالة وجديتها، ويمكنه من تحديد هوية مرسلها.

(1) سلك مسلك هذا النص كل من المادة 09 من قانون المعاملات الإلكترونية الأردني 15 لسنة 2015، والمادة 13 من قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية لإمارة دبي وأخيرا المادة العاشرة من مشروع اتفاقية اليونسترال للتعاقد الإلكتروني التي نصت على أنه "يجوز التعبير عن العرض وعن قبول العرض باستخدام رسائل البيانات، ما لم يتفق الطرفان على خلاف ذلك" في الوقت الذي جاء فيه قانون التجارة الإلكترونية الجزائري خاليا من ذلك.

(2) آمانج رحيم أحمد، مرجع سابق، ص 105.

(3) المرجع نفسه، ص 106.

في ضوء أهمية هذه العملية - اسناد رسالة البيانات - حرصت التشريعات وفي مقدمتها قانون اليونسترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية على تحقيق الثقة والأمان في المعاملات المبرمة إلكترونياً من خلال نص المادة 13 منه المتعلقة بإسناد رسالة البيانات إلى الشخص مصدرها بقوة القانون.

والمستخلص من نص هذه المادة أن القانون النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية قد وضع مبدأ عاماً أو قرينة مفادها أن رسالة البيانات -وهي المتضمنة للتعبير عن الإرادة- طالما كانت رسالة من المرسل ذاته أو من جهاز تحت سيطرته أو من نائبه فإنها تعتبر وكأنها رسالة من الشخص ذاته، لكن هذه القرينة ليست بقاطعة وإنما هي قرينة بسيطة تقبل إثبات العكس، عن طريق إثبات المرسل أن تلك الرسالة قد أرسلت عن طريق الخطأ، أو أنها أرسلت من شخص آخر غير مرخص له بإرسالها⁽¹⁾، أو بأن يرسل -المرسل- إلى المرسل إليه إشعاراً يبلغه فيه أن الرسالة غير صادرة عنه، وأن عليه أن يتصرف على أساس عدم صدورها عن المنشئ، فتعد عندها -هذه الحالات- الرسالة كأنها لم تكن، وينعدم تبعاً لذلك كل أثر قانوني مترتب على إرسالها.

يمكن من خلال نص م 13 من قانون اليونسترال النموذجي تعداد الحالات⁽²⁾ التي تسند فيها رسالة البيانات إلى المنشئ بقوة القانون، وهو الحل المنشود للإشكال المطروح، وهي:

الحالة 1: حالة تكون الرسالة صادرة عن المنشئ نفسه.

الحالة 2: حالة اعتبار الرسالة صادرة عن المنشئ وذلك في العلاقة بين المنشئ والمرسل إليه دون غيرها، أين تعتبر رسالة البيانات المتضمنة للتعبير عن الإرادة صادرة عن المنشئ إذا أرسلت من شخص له صلاحية التصرف نيابة عن المنشئ فيما يتعلق برسالة البيانات أو من نظام معلومات مبرمج على يد المنشئ أو نيابة عنه للعمل تلقائياً (الفقرة 2 من المادة 13).

الحالة 3: حسب الفقرة 03 من المادة 13، إذ يحق في مثل هذه الحالة للمرسل إليه التصرف على أساس أن الرسالة صادرة عن المنشئ، وذلك أيضاً في العلاقة بين المنشئ والمرسل إليه، إذا طبق المرسل إليه تطبيقاً سليماً من أجل التأكد من أن رسالة البيانات قد صدرت عن المنشئ، إجراء سبق وأن وافق عليه المنشئ لهذا الغرض أو كانت رسالة البيانات كما تسلمها المرسل إليه ناتجة عن تصرفات شخص يمكن بحكم علاقته

(1) انظر: منير مُجد الجنيبي، وممدوح مُجد الجنيبي، الطبعة القانونية للعقد الإلكتروني، د.ط، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، د.س.ن، ص 142، ومنير مُجد الجنيبي وممدوح مُجد الجنيبي، الشركات الإلكترونية، ط 1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2008، ص 120.

(2) انظر في تفصيل هذه الحالات:

- آمانج رحيم أحمد، مرجع سابق، ص. ص: 109 - 113.

- صالح المنزلاوي، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، دار الجامعة الجديدة للنشر الاسكندرية، 2008، ص 376 إلى 378.

- بشار عصمت سميح سكري، العقود الإلكترونية، مرجع سابق، ص. ص: 111 - 114.

بالمنشئ أو بأي وكيل للمنشئ من الوصول إلى طريقة يستخدمها المنشئ لإثبات أن رسائل البيانات صادرة عنه فعلاً.

كما قد أوردت الفقرة (4) من المادة 13 نفسها الحالات التي يستبعد فيها تطبيق الفقرة (3)، بحيث يكون فيها للمنشئ الحق في أن يتمسك بعدم صدور الرسالة الإلكترونية عنه حتى مع توافر الحالتين المنصوص عليهما في الفقرة 03 وهي:

- أ- اعتباراً من الوقت الذي تسلم فيه المرسل إليه إشعاراً من المنشئ يفيد بأن رسالة البيانات لم تصدر عن المنشئ، وتكون قد أتيحت فيه أيضاً للمرسل إليه فترة معقولة للتصرف على هذا الأساس، أو
- ب- بالنسبة لحالة تخضع للفقرة 3(ب)، في أي وقت عرف فيه المرسل إليه أو كان عليه أن يعرف، إذا بدل العناية المعقولة أو استخدم أي إجراء متفق عليه، أن رسالة البيانات لم تصدر عن المنشئ.

وقد سارت في نفس منحى قانون اليونسטרال النموذجي بشأن الأحكام المقررة بموجب المادة 13 عديد القوانين الوطنية، على غرار قانون المعاملات الإلكترونية الأردني رقم 15 لسنة 2015 بموجب المادتين 10 و11 منه، وقانون إمارة دبي الخاص بالمعاملات والتجارة الإلكترونية رقم 2 لسنة 2002 بموجب المادتين 15 و16 منه، في حين خلا قانون التجارة الإلكترونية الجزائري من أية إشارة كما سبق التنويه إليه.

من خلال ما تم التطرق إليه في هذا المطلب لاحظنا بأن هناك وسائل عدة للتعبير عن الإرادة إلكترونياً وأن ما حققته شبكة الإنترنت من إذابة الفوارق المكانية والزمانية، واختراقها الحدود وفرضها الكثير من المفاهيم الجديدة المشتركة قد وفر - بجمعه بين الكتابة والصوت والصورة - وسائل أبلغ في إيصال التعبير عن الإرادة من بعض تلك المعروفة في البيئة التقليدية، على نحو يؤكد تقدم الواقع العملي واستباقه نوعاً ما للتنظيم القانوني، خاصة بالنسبة للأنظمة التي تأخرت في تكييف وتحيين تشريعاتها على نحو يكرس أو على الأقل يستوعب هاته الوسائل، وهو ما فتح المجال للتساؤل عن مدى جواز التعبير عن الإرادة من خلال هاته الوسائل بصفة عامة، ومن خلال الكتابة الإلكترونية بصفة خاصة من الناحية القانونية، وهو ما سيتم التطرق إليه من خلال الجزئية الموالية.

المبحث الثاني: مدى جواز التعبير عن الإرادة بالكتابة الإلكترونية

يقصد بالإرادة انعقاد العزم على إجراء العملية القانونية محل التعاقد ويتم التعبير عنها باستخدام وسيلة تدل على وجودها، وإذا كان التعبير عن الإرادة في التعاقد التقليدي يتم بالوسائل المحددة بموجب نص المادة 60 من القانون المدني، كاللفظ، الكتابة والإشارة، أو باتخاذ موقف لا يدع مجالاً للشك في دلالة على حقيقة المقصود به، فإن الوضع يختلف عنه في الوقت الحالي بسبب التطور التكنولوجي والمعلوماتي الذي دفعنا إلى البحث في مدى اعتراف القانون بالتعبير عن الإرادة بغرض إحداث أثر قانوني معين في بيئة إلكترونية.

ومن هذا المنطلق فإن الأمر يتطلب ابتداء البحث في مسألة مدى جواز التعبير عن الإرادة بالكتابة الإلكترونية سواء في التشريع الجزائي أو من خلال موقف التشريعات المقارنة، خاصة في ظل خصوصية التعبير عن الإرادة إلكترونياً وكثرة الإشكالات التي خلفتها هذه الوسيلة التقنية في التعبير.

من المستقر عليه لدى أغلب التشريعات النازمة لأحكام النظرية العامة للعقد أن الشخص حر في اختيار الطريقة التي يراها مناسبة للتعبير عن إرادته طالما كانت لا تثير الشك في رضاه، وذلك تغليبا من تلك التشريعات لمبدأ سلطان الإرادة.

تأسيساً على ما تقدم فقد قسّم هذا المبحث إلى مطلبين، خصص الأول منهما لبحث المشاكل التي أثارها التعبير عن الإرادة إلكترونياً، أما الثاني فقد خصص لبحث مدى توافق التعبير عن الإرادة بالكتابة الإلكترونية مع المفهوم التقليدي للتعبير عنها، ومن ثم تحديد مدى استيعاب القواعد العامة لهاته الطريقة المستحدثة في عملية تكوين ركن التراضي.

المطلب الأول: الإشكالات التي يثيرها التعبير عن الإرادة بالكتابة الإلكترونية

أدى التزايد المستمر لاستخدام شبكة الإنترنت في إبرام المعاملات وإجازة التعبير عن الإرادة إلكترونياً إلى خلق العديد من المشكلات شملت مختلف الأصعدة وعلى رأسها الصعيد القانوني، والتي من بينها أمن المعلومات المتداولة عبر الإنترنت ومشاكل الوفاء عبر الخط خصوصاً عبر بطاقات الائتمان، وسهولة الاعتداء عليها عبر الشبكة، بالإضافة إلى المشاكل المتعلقة بالجانب الجنائي كسرقة الأسرار التجارية وتقليد العلامات والاعتداء على الخصوصية، والمشاكل المتعلقة بالملكية الفكرية، ومشاكل أخرى مست حتى الجوانب الأخلاقية والاجتماعية والاقتصادية وغيرها⁽¹⁾.

غير أن ما يهمنا في هذا المقام هو المشاكل ذات الصلة بمسألة التعبير عن الإرادة إلكترونياً، حيث نتج عن إجازة التعبير عن الإرادة إلكترونياً عدة مشاكل أهمها سيتم التطرق إليها من خلال الفروع التالية:

(1) محمود عبد الرحيم الشريقات، مرجع سابق، ص. ص: 63-64.

الفرع الأول: إشكالية تحديد هوية الشخص صاحب الإرادة وأهليته

استنادا إلى القواعد العامة التي تحكم العقد، فإن هذا الأخير لا ينعقد صحيحا إلا إذا كان صادرا عن متعاقدين تتوافر فيهما الأهلية القانونية اللازمة لذلك، كما أن آثار العقد متى انعقد صحيحا انصرفت إلى عاقديه كأصل، ما يستدعي أن تكون هوية هذين الأخيرين محددة حتى يمكن إسناد الإرادة إليهما وبالتالي تحميلهما الآثار التي اتجهت إلى إحداثها، فتنفيذ كل طرف من أطراف العقد لالتزاماته يتطلب ابتداء معرفته بالطرف الآخر⁽¹⁾.

وحيث أنه ليست هناك صعوبة تذكر في التأكد من أهلية المتعاقد إذا كان يجمع الطرفين مجلس عقد واحد (تعقد بين حاضرين)، إذ يمكن التأكد من ذلك عن طريق المظهر الخارجي للمتعاقد الآخر، بل ويمكن عند الشك أن يطلب المتعاقد إلى الطرف الثاني تقديم ما يثبت هويته عن طريق البطاقة الشخصية وغيرها من الوثائق التي تثبت أهليته الشخصية أو الوظيفية⁽²⁾.

إلا أن الصعوبات تظهر في الفرض العكسي وهو حالة التعاقد عن بعد بوجه عام، والتعاقد عن طريق التقنية الرقمية بشكل خاص، إذ يصعب فيهما التحقق من أهلية الطرفين وذلك بسبب التباعد المكاني وعدم وجود المتعاقدين في مجلس عقد واحد⁽³⁾، فكيف يمكن للشخص أن يتأكد أنه يتعاقد مع شخص كامل الأهلية في ظل التباعد المكاني بين الطرفين ولا مادية العالم الافتراضي الذي تهرم فيه المعاملات الإلكترونية.

أضف إلى ما سبق أن عديد المواقع الإلكترونية إما بسبب إمكانياتها التجارية المحدودة تقتصر في تعاملاتها على أشخاص يقطنون نطاق جغرافي معين دون المناطق الأخرى⁽⁴⁾، وإما لأسباب سياسية قد تمنع المواقع والأشخاص في دولة معينة من التعامل مع مواقع أو أشخاص دولة أخرى⁽⁵⁾.

كل تلك الأسباب وغيرها جعلت من مسألة تحديد هوية الشخص المتعاقد وأهليته للتعاقد إحدى أبرز الإشكالات التي أنتجها التعبير عن الإرادة إلكترونيا واستخدام وسائل الاتصال الحديثة في إبرام المعاملات القانونية.

ولا يعد الحديث في هذا الإشكال القانوني الحقيقي حديثا نظريا فحسب، فقد أثبت الواقع العملي أن عددا لا يستهان به من المتعاملين عبر وسائل الاتصال الحديثة هم من فئة ناقصي الأهلية، وأن العديد منهم

(1) محمود عبد الرحيم الشريفات، مرجع سابق، ص 65.

(2) أشرف وفاء محمد، عقود التجارة الإلكترونية في القانون الدولي الخاص، المجلة المصرية للقانون الدولي، صادرة عن الجمعية المصرية للقانون الدولي، المجلد 57، 2001، مصر، ص 226.

(3) محمد حسن رفاعي العطار، البيع عبر شبكة الإنترنت (دراسة مقارنة)، دار الجامعة الجديدة، ط 1، الإسكندرية، 2007، ص 100.

(4) ومثالها موقع (Apple store) وهو موقع تجاري أمريكي تنص شروطه على أنه يبيع منتجاته في الولايات المتحدة وألاسكا وهاواي فقط.

(5) ومثالها المواقع الإلكترونية الأمريكية التي تمتنع عن التعامل مع أية أشخاص أو مواقع كويتية بسبب المقاطعة الاقتصادية بين الدولتين.

يتعمدون باستخدام طرق احتيالية إخفاء نقص أهليتهم، كما ثبت أيضا أن هناك من يدعي خلافا للواقع بأنه ممثل عن شركة معينة وهو غير كذلك⁽¹⁾.

الفرع الثاني: نيابة الوسائط الإلكترونية في التعاقد

الأصل في وجود ركن التراضي اللازم لانعقاد العقد أن يكون التعبير عن الإرادة صادرا عن المتعاقدين، بحيث يعبر كل من الموجب والقابل عن إرادته بنفسه مباشرة أو من خلال رسول أو عن طريق التراسل، إلا أن هذا الأصل يجري عليه عدة استثناءات كأن يقيم أحد طرفي التعاقد وكيلا عنه يحمل إرادته أو نائبا يحل إرادته مكانه⁽²⁾.

مختلف المراكز القانونية -أصيل، نائب، وكيل- في التعاقد مع ما حملته من ظروف مثيرة للخلافات في البيئة التقليدية، أصبحت في ظل تعقيدات وغموض البيئة الإلكترونية أكثر إثارة للتساؤلات والجدل على المستويين الفقهي والقانوني اللذين لم ينتهيا بعد، بسبب الوضع الجديد أو المركز القانوني الجديد الذي ظهر نتيجة استخدام وسائل الاتصال الحديثة في التعبير عن الإرادة، ألا وهو مركز الآلة أو الوسائط الإلكترونية المؤتمتة التي أصبحت تنوب عن الشخص في ذلك.

وبالعودة إلى تعريف الوسيط الإلكتروني المؤتمت في أغلب التشريعات⁽³⁾ التي تطرقت له، نجد أن هذا الوسيط هو برنامج حاسوب أو وسيلة إلكترونية يتم برمجتها للقيام بتصرفات معينة، يحددها منشئ أو مالك الوسيط بحيث لا يمكن لهذا الأخير أن يتصرف إلا بناء على تعليمات محددة مسبقا، ولا يمكن له أن يخالفها لأنه مبرمج للتعامل معها بدقة عالية حتى ولو لم يكن هناك تدخل مباشر للشخص صاحب الإرادة.

بحيث تقوم هذه الوسائط وعبر تفاعلها مع وسائط مؤتمتة مشابهة أو مع الأشخاص الطبيعيين أو المعنويين بإتمام الأعمال أو الأوامر الموجهة إليها كإرسال أو استقبال التعبير عن الإرادة ومعالجتها وتقديم الخدمات بكافة أشكالها، ما يجعلها تتخذ المركز القانوني للموجب أو القابل دون تدخل أو رقابة من مالكيها ودون أية مراجعة نهائية منه لبنود العقد⁽⁴⁾.

(1) صالح المنزلاوي، مرجع سابق، ص 373.

(2) عبد الرحمن بن صالح الفهري، تنظيم عقود التجارة الدولية الإلكترونية "دراسة مقارنة في ضوء اتفاقات التجارة الدولية"، رسالة ماجستير كلية الحقوق، جامعة عدن، اليمن، 2006، ص 180.

(3) عرفت م 02 من قانون المعاملات الإلكترونية الأردني رقم 15 لسنة 2015 الوسيط الإلكتروني بأنه "البرنامج الإلكتروني الذي يستعمل لتنفيذ إجراء أو الاستجابة لإجراء بشكل تلقائي بقصد إنشاء رسالة معلومات أو إرسالها أو تسلمها" وعرفته المادة 02 أيضا من قانون إمارة دبي للتجارة الإلكترونية رقم 02 لسنة 2002 على أنه: "برنامج أو نظام إلكتروني 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".

(4) محمود عبد الرحيم الشريفات، مرجع سابق، ص 75.

فلجوء الأشخاص إلى وسائط مؤتمتة ومبرمجة لإتمام عمليات التعاقد دون إشراف أو تدخل من قبلهم⁽¹⁾، أدى إلى خلق عدة إشكالات وتساؤلات تمحورت حول المركز القانوني لهذه الوسائط وحول مسائل متصلة أخرى، ذلك أن العقود المبرمة بهذه الطريقة تظهر للمتعاقد الآخر وكأنها قد تمت بفعل بشري يغلب فيها الجهل وعدم العلم بأنها تمت مع وسيط إلكتروني، وحتى صاحب الموقع التجاري -مالك الوسيط المؤتمت- قد لا يعلم أنه قد تم إبرام هذا العقد أو ذاك نظرا لكثرة العقود التي تتم بهذه الوسيلة، وهو الأمر الذي أدى إلى طرح التساؤلات التالية:

هل يجوز هنا لهذه الوسائط أن تعبر عن الإرادة وتبرم العقود؟ وما هو التكييف القانوني لوضعها هل هي نائب عن مالك الموقع أو وكالة عنه تبرم العقود في حدود وكالتها، أم هي مجرد رسول تبلغ إرادة المرسل فقط؟ أكثر من ذلك، ماذا لو وقع المتعاقد معها في خطأ هل يجوز له تصحيح الخطأ أو تفاديه⁽²⁾؟ وماذا لو أصاب هذا البرنامج أو الوسيط سبب أجنبي معين جعله يتصرف على نقيض إرادة مالكه فهل نحمله حينها آثار العقود التي أبرمها أم لا⁽³⁾؟ كل هاته الإشكالات وغيرها كانت نتاج استخدام وسائل الاتصال الحديثة في التعبير عن الإرادة وإبرام مختلف المعاملات القانونية عبرها.

الفرع الثالث: إشكالية اللغة المستخدمة في التعاقد الإلكتروني

تشتط بعض التشريعات المحلية⁽⁴⁾ استعمال اللغة الوطنية في التعبير عن الإرادة خاصة مع ظهور القوانين الخاصة بحماية المستهلك، والتي سعى من خلالها المشرع في بعض الدول إلى وضع بعض القيود على اللغة المستخدمة في التعامل مع المستهلك، وذلك خلافا للأصل الذي يقضي بحرية الأطراف في اختيار وسيلة ولغة التعبير عن الإرادة.

غير أن عالمية ودولية وسائل الاتصال الحديثة والتي على رأسها شبكة الإنترنت قد تحول دون الاستجابة إلى المتطلبات المحلية لهذه الدول، الأمر الذي أدى إلى ظهور مشكلة اللغة الواجب استخدامها في التعبير عن الإرادة هل هي لغة المستهلك أم لغة المنتج أو مزود الخدمة؟.

(1) وذلك بسبب وجود الملايين من العملاء والمتعاملين المحتملين الذين يمكنهم أو سيرغبون في التعاقد مع أي موقع عبر الشبكة، ولعدم مقدرة موقع الويب على التعامل مع تلك الأعداد بواسطة كوادر بشرية، وهو ما حدا بهم إلى اللجوء إلى تلك الوسائط المؤتمتة التي تعمل بصورة روتينية ومبرمجة لإنجاز تصرفات يحددها مالك الموقع التجاري.

(2) عادة يكون البرنامج أو الوسيط المؤتمت مبرمجا على أساس عدم تمكين المتعاقد معه من تصحيح أخطائه في التعاقد أو تغيير البيانات التي قام بتعبئتها.

(3) كوجود اعتداء على الوسيط المؤتمت بالفيروسات أو التخريب بأية وسيلة.

(4) على رأسها التشريع الفرنسي، أين ألزم المشرع الفرنسي صياغة الإيجاب باللغة الفرنسية بموجب نص المادة 01 من المرسوم الصادر في 1975/12/31 المتعلق بترويج السلع والخدمات، وهو المرسوم المعدل بموجب القانون 65/94 المعروف بقانون "Toubon" توبون، الذي شدد على استخدام اللغة الفرنسية في جميع مجالات التعاقد وقد نص في مادته الثانية على وجوب ذلك بما فيها التجارة الإلكترونية، ونفس هذا الالتزام ورد في قانون الاستهلاك الفرنسي رقم 21 لسنة 1988، والذي جعل من قاعدة التعبير عن الإرادة باللغة الفرنسية من النظام العام تحت طائلة الجزاء الجنائي.

فاختلاف اللغة بين طرفي العقد قد يؤدي إلى تضمينه مصطلحات فنية وقانونية قد تحتمل أكثر من معنى عند ترجمتها من لغة إلى أخرى، وهو الأمر الذي زاد من حدة مشكلة اللغة في التعاقد الإلكتروني⁽¹⁾ وفي محاولة منهم لمعالجة هاته المشكلة نادى البعض بضرورة احترام لغة المستهلك، بينما رأى البعض الآخر أنه من الصعوبة بما كان فرض استخدام لغة المستهلك نظرا لعالمية شبكة الإنترنت ودولية العقود الإلكترونية⁽²⁾.

ونظرا لاتصال مشكل اللغة بتطور التجارة الإلكترونية، إذ قد يكون من شأن اشتراط المشرع استخدام اللغة الوطنية في التعبير عن الإرادة أن يحول دون تطور التجارة الإلكترونية، وتجنبنا لذلك تسعى في الواقع معظم المواقع التجارية ذات الطابع الدولي إلى إبراز محتواها ومضمونها بعدة لغات، كما أنها توفر ترجمة فورية تسمح بالتعاطي مع الزبائن بلغاتهم الوطنية⁽³⁾.

الفرع الرابع: إشكالية القانون الواجب التطبيق

تجدر الإشارة ابتداء إلى أن أهمية البحث في مسألة القانون الواجب التطبيق لا تثار إلا إذا حصل تنازع بين أطراف العقد على ماهية القانون الواجب التطبيق، أما إذا تم إبرام العقد عبر وسائل الاتصال الحديثة وتم تنفيذه دونما أية مشاكل، أو كانت القواعد الموضوعية في القوانين المرشحة للتطبيق على النزاع متشابهة في أحكامها فلا جدوى من بحث المسألة⁽⁴⁾.

وحيث أن غالبية المعاملات التي تتم عبر وسائل الاتصال الحديثة وعلى رأسها شبكة الإنترنت تتسم بطابعها الدولي، لكونها تتم بين أفراد يقيمون أو ينتمون إلى دول مختلفة غالبا ما يكون أحد أطرافها مقيما في دولة معينة وطرفها الثاني البائع أو مقدم الخدمة مقيما في دولة ثانية، أو حتى الشركة التي تقوم بمعالجة البيانات وإدخالها عبر الشبكة في دولة ثالثة⁽⁵⁾، وهو ما يوفر لمثل هذه العقود المعيار اللزوم لتمييز العلاقات ذات الطابع الدولي⁽⁶⁾، وهو احتواؤها على عنصر أجنبي واحد أو أكثر من عناصر العلاقة القانونية والمتمثلة إما في الطرفين أو المحل أو السبب.

(1) نور الهدى مرزوق، مرجع سابق، ص 69.

(2) المرجع نفسه، ص 70.

(3) تم إجراء إحصائيات رسمية سنة 2000 حول اللغات الأكثر استخداما في شبكة الإنترنت بعد اللغة الإنجليزية وتم التوصل إلى النتائج التالية: اللغة الصينية بنسبة 08%، ثم اليابانية بنسبة 07%، الألمانية 06%، الكورية 4%، الفرنسية 3%، الإيطالية 3%، البرتغالية 3%. أنظر في ذلك: طارق عبد العال الحماد، التجارة الإلكترونية، الدار الجامعية، الإسكندرية، 2003، ص 632.

(4) أحمد شرف الدين، الجوانب القانونية للتجارة الإلكترونية وآليات تسوية منازعاتها، بحث مقدم إلى مؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون، المجلد الرابع، ص 1620.

(5) OVERSTRATEN Van, « Droit applicable et juridiction compétent sur internet », RDAI, n°03, 1998, p 373.

(6) فاتصال هذه المعاملات من خلال جنسية أو موطن أو أعمال أطرافها بأكثر من دولة يجعلها مستوفية للمعيار القانوني لدوليتها.

وبالرجوع إلى القواعد العامة في مختلف الأنظمة القانونية نجد أنها قد أعطت الأطراف كامل الحرية في تحديد القانون الواجب التطبيق على عقودهم ذات الطابع المالي الدولي، وهو ما يعرف بقانون الإرادة وجعلت منه ضابط إسناد رئيسي⁽¹⁾، إلى جانب ضوابط احتياطية أخرى تعتمد على التركيز أو التوطن المكاني.

غير أنه يظهر من تطبيق قواعد الإسناد المحددة في تلك الأنظمة على المعاملات الإلكترونية، تعارض مع الخصوصية التي تنفرد بها تلك المعاملات ومع ما تتميز به من سمات تختلف بها عن المعاملات المبرمة في البيئة التقليدية والتي وضعت تلك القواعد أساسا لتنظيمها⁽²⁾.

وهذه الخصوصية والسمات اكتسبتها المعاملات الإلكترونية من الوسيلة المستخدمة في إبرامها ألا وهي وسائل الاتصال الحديثة والتي على رأسها شبكة الإنترنت، ذلك أن هذه الأخيرة ممتدة ومفتوحة وغير خاضعة لقانون أية دولة، فهي لا تعترف بالروابط المكانية ولا بالمرتكزات الجغرافية، كما لو كانت "منطقة بلا قانون"⁽³⁾، من حيث النظرة السطحية للمتعاملين من خلال هاته الوسائل، في حين أنها في الحقيقة تخضع للعديد من النظم القانونية تبعا لتعدد أطراف هذه المعاملات واختلاف جنسياتهم.

فالتعامل عبر وسائل الاتصال الحديثة يتم بين نظم ومواقع إلكترونية لا تستند إلى المكان كأساس جوهري لقيامها لأنها افتراضية، وهو ما يصعب من مسألة تحديد مكان إبرام العقد أو مكان تنفيذه، أو موطن وجنسية الأطراف، ويقضي بذلك على التركيز المكاني الذي تقوم عليه قواعد الإسناد، فالاعتماد على عنصر المكان في تحديد القانون الواجب التطبيق يتناقض تماما مع مميزات شبكة الإنترنت، وهو ما وضع مناهج تنازع القوانين التي تتميز بالجمود والثقل في أزمة حقيقية، عرفت "بأزمة منهج تنازع القوانين" ذلك أن أغلب ضوابط تلك المناهج تعتمد على مرتكزات إقليمية وجغرافية، ما جعلها عاجزة عن مسايرة تطورات التقنية الرقمية الافتراضية⁽⁴⁾.

هذا الأمر خلق جدالا فقهيًا وانقسامًا بين مؤيدي منهج التنازع الذين يطالبون باستمرارية العمل بتلك المناهج لحل نزاعات المعاملات الإلكترونية، وحجتهم في ذلك عدم اكتمال وتكامل القواعد المادية للتجارة

(1) المادة 18 ق م الجزائري.

(2) POILLOT PERUZZETTO Sylvaine, « La loi applicable au contrat électronique », in Le contrat électronique, travaux de l'association Henri Capitant des amis de la culture juridique française, LGDJ, Paris 2002, P35.

(3) نافذ ياسين مُجد المدهون، النظام القانوني لحماية التجارة الإلكترونية، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون، جامعة عين شمس، مصر 2007، ص 223.

(4) ناصر حمودي، "نزاعات العقود الإلكترونية، أزمة منهج تنازع القوانين وظهور القانون الموضوعي الإلكتروني كبديل"، مجلة معارف، ع56 المركز الجامعي ألكلي محمد أولحاج، البويرة، 2008، ص 155.

الإلكترونية وآخرين معارضين لتلك المناهج، ومطالبين بفسح المجال لقوانين جديدة تتلاءم مع طبيعة الإنترنت، تعرف بالقانون الموضوعي الإلكتروني⁽¹⁾ والذي حلّ كبديل عن تلك المناهج.

الفرع الخامس: إشكالية التكييف القانوني للإرادة المعبر عنها إلكترونياً

أدى قبول الكتابة الإلكترونية –والوسائط الإلكترونية بصفة عامة- في التعبير عن الإرادة والإقرار بصلاحياتها كوسيلة لذلك إلى ظهور مسألة خلافية أخرى أسالت الكثير من حبر الفقهاء، تمحورت حول التكييف القانوني للإرادة المعبر عنها إلكترونياً، وذلك في ظل حلول الآلة والوسائط الإلكترونية محل الشخص في التعبير عن رضاه.

أكثر من ذلك، وحيث أن منظومة وسائط الاتصال الحديثة قد أعطت التعبير عن الإرادة عمقا وبعدا خاصا في التعاملات الإلكترونية تغيب معها الإرادة أحيانا، وذلك عندما تكون عروض المواقع التجارية الافتراضية مبرمجة عن طريق وسيط مؤتمت بطريقة تجعل في الإمكان إبرام العقد بشكل آلي، في عملية تشف عن مقدرة أجهزة الكمبيوتر على إجراء التصرف القانوني في ظل غياب تام لإرادة الإنسان ودون تدخل منه، الأمر الذي دفع إلى البحث في حقيقة الرضا الإلكتروني، هل هو رضا واعي أم مجرد رضا تلقائي⁽²⁾؟

قبل الخوض في هذا الإشكال أو ذاك، ومن أجل منع أي إلتباس يحتمل أن يحدث، تجب الإشارة إلى التمييز بين العقود الإلكترونية التي تبرم عبر وسائط إلكترونية- وهي المعنية هنا بالإشكالين أعلاه- وبين تلك التي تنفذ أو تتم بصورة آلية، مثل: عقد إنشاء بريد إلكتروني أو فتح حساب على أحد مواقع التواصل الاجتماعي أو حتى تحميل برنامج مجاني من خلال شبكة الإنترنت.

ففي المثالين الأول والثاني، وبمجرد تعبئة المستخدم لاستمارة المعلومات الشخصية والضغط على أيقونة الموافقة يقوم الموقع بفتح الحساب المطلوب أو بإنشاء البريد الإلكتروني، أما في المثال الثالث، وعند رغبة المستخدم في الحصول على نسخة من برنامج أو تطبيق معين، ما عليه إلا أن يضغط على أيقونة موافق ليتم تحميل البرنامج أو التطبيق آليا على جهازه أو حاسوبه الشخصي⁽³⁾.

فهذه العقود تختلف عن تلك العقود الإلكترونية التي نحن بصدد دراستها، ذلك أنها لم تبرم من خلال وسائط إلكترونية، وإنما الذي جرى هو أن تنفيذها تم بصورة آلية، فالإيجاب كان موجها أصلا من مقدم

(1) يعرف القانون الموضوعي الإلكتروني بأنه "القانون الذي يضع مباشرة تنظيما موضوعيا خاصا للتطبيق على المعاملات القانونية ذات الصلة الدولية، وهو عبارة عن مجموعة القواعد التي تشكل قانونا ذاتيا مستقلا وغير مرتبط بالقوانين الوطنية"، حمودي ناصر، نزاعات العقود الإلكترونية: أزمة منهج تنازع القوانين وظهور القانون الموضوعي الإلكتروني كبديل، مرجع سابق، ص 167.

(2) عبد الرحمان بن صالح القهرة، مرجع سابق، ص: 180-181.

(3) بشار عصمت سميح سكري، مرجع سابق، ص 84.

المنتج أو الخدمة، وعندما قابله قبول من المستخدم نفسه انعقد العقد وتم تنفيذه بطريقة آلية عبر برنامج مؤتمت إلكترونيًا، ولم يتم فيها التعبير عن الإرادة إلكترونيًا بل صدرت من خلال المتعاقدين أنفسهم عبر تقنيات إلكترونية⁽¹⁾.

وهذا النوع من التعاقد لا يخلق أي إشكال من حيث تكييف الإرادة هنا بحيث أنها صادرة عن المتعاقدين أنفسهم وما استخدمهم هنا للوسائل الإلكترونية إلا كما استخدمهم للكتابة أو اللفظ أو الإشارة المتداولة عرفًا في العقود المبرمة بوسائل اعتيادية تقليدية، بمعنى أن دور الآلة أو هاته الوسائط —هنا— لم يتعد مجرد كونها وسيلة للإفصاح عن الإرادة فحسب.

كما تجدر الإشارة إلى أن الوسائط الإلكترونية تلعب دورين مختلفين في عملية التعبير عن الإرادة بواسطتها، أحدهما وهو الذي لم يثار بشأنه أي خلاف حول التكييف القانوني للإرادة فيه، وهو الدور الذي تلعبه تلك الوسائط في أغلب العقود الإلكترونية والذي لا يتعدى كونها مجرد أداة أو وسيلة للتعبير عن الإرادة شأنها في ذلك شأن اللفظ أو الكتابة وغيرها...

ومثاله عندما يعبر المتعاقدون عن إرادتهم من خلال التقنيات المختلفة المتوفرة على الشبكة كالبريد الإلكتروني ومنتديات المحادثة وتقنية الصوت والصورة فإنهم يستخدمون تلك التقنيات كوسائل أو أدوات للتعبير عن إرادتهم تمامًا كما يستخدم المتعاقد في العقود التقليدية مختلف الوسائط المعروفة، فهنا تنسب الإرادة إلى الشخص الطبيعي الذي صدر منه التعبير لاقتصار دور الوسائط الإلكترونية في هاته الحالة على مجرد إيصال تلك الإرادة بطريقة إلكترونية إلى الطرف الآخر⁽²⁾.

أما الدور الثاني فهو الذي ثار بشأنه الخلاف إذ أن هناك من العقود ما يتم فيها التعبير عن الإرادة بطريقة آلية أو تلقائية من خلال ما يعرف بالوسائط الإلكترونية المؤتمتة، هذه الأخيرة تتولى نيابة عن الشخص إرسال التعبير عن الإرادة أو تلقيه وذلك في ظل غياب تام لأي تدخل مباشر منه، ففي مثل هذه الحالات لا يمكن الاكتفاء بالقول أن الوسيط المؤتمت مجرد أداة أو وسيلة، بل إن الأمر يتعدى ذلك فالوسيط هو من قام فعلاً بالتعاقد بنفسه وفق ما برمج عليه ولكن لمصلحة الشخص الطبيعي وباسمه وهو الأمر الذي أثار الخلاف حول طبيعة هذا التعبير⁽³⁾.

بالعودة إلى الإشكال الرئيسي المراد توضيحه من خلال هاته النقطة والمتعلق بالتكييف القانوني للإرادة المعبر عنها إلكترونيًا، والذي كان مرده حلول الآلة أو الوسائط الإلكترونية محل الشخص في التعبير عن الإرادة، وهو ما خلق لبسًا أو إشكالا متعلقًا بإسناد الإرادة هل تستند إلى صاحبها-الشخص- أم إلى

(1) بشار عصمت سميج سكري، مرجع سابق، ص 84.

(2) المرجع نفسه، ص 81.

(3) المرجع نفسه، ص 82.

الوسيط الإلكتروني، وإن تم إسنادها إلى هذا الأخير فاستنادا إلى أي أساس وما هو المركز القانوني الذي يمكن إعطاؤه إياه؟

لتوضيح طبيعة العلاقة بين الإنسان والآلة إلكترونيا نعرض إلى مختلف الآراء والاتجاهات الفقهية التي وردت بشأن مسألة التكيف القانوني للإرادة الإلكترونية وإسنادها، حيث انقسم الفقهاء بشأن التكيف القانوني للإرادة المعبر عنها إلكترونيا إلى ثلاث اتجاهات نلخصها من خلال ما يلي:

أولا/ الاتجاه الأول

يميل أنصار هذا الاتجاه إلى اعتبار الوسائط الإلكترونية ممثلة في جهاز الحاسوب وما يتبعه من أجهزة وبرامج إلكترونية من قبيل الأشخاص القانونية، بحيث ذهبوا إلى منح الشخصية القانونية وما يتبعها من أهلية وصلاحيات لإبرام العقود إلى الجهاز الإلكتروني الذي يتم بواسطته إبرام العقد⁽¹⁾.

وحجتهم في ذلك أن: منظومة وسائل الاتصال الحديثة قد أعطت التعبير عن الإرادة عمقا خاصا في التعاقدات الإلكترونية تغيب معها الإرادة أحيانا وذلك عندما تكون عروض المواقع الافتراضية مبرمجة ومن خلال وسيط مؤتمت يجعل في الإمكان إبرام العقد مع أطراف أخرى وفق بعض الضوابط في ظل الغياب التام لصاحبها، في عملية تكشف أو تثبت مقدرة تلك الوسائط على إجراء التصرفات القانونية حتى مع غياب إرادة الإنسان.

من الأمثلة العملية على هذا الوضع ما هو معمول به في بعض الشركات أين يتم التراسل إلكترونيا بين أجهزتها الإلكترونية وفق لبرنامج معد لها، بحيث تقوم تلك الأجهزة بمجرد المخزون من سلعة معينة فإذا نقص عن حد معين ترسل تلك الأجهزة أوامر أو طلبات جديدة للشراء أوتوماتيكيا للموردين الذين يستخدمون نفس البرنامج، هذا الأخير يقوم بمعالجة طلبات الشراء وتنفيذها وإرسال فواتير البيع دون تدخل العنصر البشري، كما نجد مثال تطبيقي آخر في عالم بورصة الأسهم المالية، أين يتم أحيانا تصميم برنامج يسمح بإصدار قبول طلب البيع إذا ما وصلت قيمة الأسهم إلى مبلغ محدد، فتتم عملية البيع أوتوماتيكيا عند تلك اللحظة ودون الرجوع إلى الشخص الطبيعي صاحب الأسهم المالية⁽²⁾.

ففي مثل هاته الحالات، أين يتم إتمام هذه التصرفات أو العمليات من الجهة المقابلة عن طريق برمجة أجهزة الكمبيوتر لدى الطرف الآخر، ليكتمل بذلك تصور تفاوض الأجهزة وإبرام العقود وكذا تبادل مصالح

(1) راجع في ذلك: إبراهيم الدسوقي أبو الليل، الجوانب القانونية للتعاملات الإلكترونية، مرجع سابق، ص 77 وما بعدها.

CAPRIOLI Eric, « L'argent électronique et le contrat », les deuxièmes journées internationales du droit du commerce électronique, actes du colloque de Nice des 6 et 7 novembre 2003, actualité de droit de l'entreprise, n° 22, 2003, p228-229.

(2) سمير برهان، إبرام العقد في التجارة الإلكترونية، مجلة التحكيم العربي، الأمانة العامة للاتحاد العربي للتحكيم الدولي، عدد 5 سبتمبر 2002، ص 33.

الطرفين بصفة إلكترونية، فإن ما يجري على هذا النحو يمكن اعتباره تعاملًا إلكترونيًا بحتًا لا دخل للإنسان فيه، وذلك بالرغم من أن الإنسان هو الذي قام بالبرمجة محددًا شروطه ومواصفاته، وأن الجهاز هو من يخضع لإرادة الإنسان، إلا أنه بإرادته يغيب لحظة إبرام العقد⁽¹⁾.

إضافة إلى ذلك دفع أصحاب هذا الاتجاه لدعم ميوهم نحو إعطاء شخصية قانونية للوسائط الإلكترونية المؤتمنة بأن الشخصية القانونية لا ترتبط بشخص الإنسان فقط، إذ سبق الاعتراف بها أيضًا للشخص المعنوي في صور عديدة، ومن ثم فلا غرابة في أن تضاف على أجهزة الكمبيوتر شخصيتها القانونية⁽²⁾، وبخاصة أن الدول حديثًا بدأت تفكر في استحداث إطار يضبط وينظم حدود تدخل الأجهزة وصفاتها وأهليتها في التعاقد على نحو يكرس لما سيعرف بـ "الذات الإلكترونية"⁽³⁾.

لكن، وعلى الرغم من أن هذا التصور يمارس فعليًا، إلا أن مسألة منح الشخصية القانونية للجهاز الحاسوب لا تحظى بتوافق فقهاء القانون، ولا بتأييد المشرعين، بحيث لم يرد أي نص يمنح الشخصية القانونية لهكذا أجهزة، ذلك أن هذا الأمر يصعب قبوله من الناحية القانونية، لأن الشخصية القانونية تثبت أصلاً للأشخاص الطبيعيين ولا تثبت لغيرهم، إلا بنص قانوني صريح⁽⁴⁾، ولا يوجد -إلى حد الآن- نص قانوني صريح ولا ضمني يشير إلى إدراج الحاسوب ضمن الأشخاص المعنوية، إذ لا يمكن فرض هذه الشخصية باتفاق الأشخاص أو بحكم القضاء ولا بإجماع الفقه.

إضافة إلى ذلك فإن الذمة المالية ترتبط ارتباطًا وثيقًا بالشخصية القانونية وكل من لا يتصور أن تكون له ذمة مالية لا تثبت له الأهلية أو الشخصية القانونية، وحيث أن الوسائط الإلكترونية لا تتمتع بذمة مالية فلن تثبت لها شخصية قانونية وبالتالي تنعدم أهليتها⁽⁵⁾.

ثانياً/ الاتجاه الثاني

يميل أنصار هذا الاتجاه إلى اعتبار الحاسوب والوسائط الإلكترونية نائبًا عن المتعاقد يتعامل باسمه وحسابه، فيكون بذلك الجهاز مجرد نائب يتولى التعبير عن الإرادة نيابة عن الأصيل وهو صاحب الإرادة الذي تنصرف إليه آثار العقد، وحجتهم في ذلك أن افتراض نيابة الآلة ولو حكمًا عن الإنسان يجعلنا أمام إرادة واحدة تنصرف إليها آثار التعاقد الإلكتروني دون أي إشكال، الأمر الذي يعني أن الآلة أو الوسيط الإلكتروني سيؤدي النيابة بشكل مطابق لما هو مطلوب منه أدائه وعلى نحو يفوق بكثير نيابة إرادتين عن

(1) عبد الرحمان بن صالح القهرة، مرجع سابق، ص 181.

(2) المرجع نفسه، ص 181.

(3) من ذلك ما جرى مؤخرًا عن التنظيم التجاري الأمريكي من تقيح تناول النوات الإلكترونية والنظام القانوني لجهاز الكمبيوتر، لمزيد حول هذا الموضوع أنظر الموقع الإلكتروني: [http:// www.law.Upenn.Edu/Library/ulc/ucc2/2b298.htm](http://www.law.Upenn.Edu/Library/ulc/ucc2/2b298.htm)

(4) م 49 ق م ج.

(5) بشار عصمت سميج سكري، مرجع سابق، ص 79.

بعضها —وهما إرادة النائب والمنيب في النيابة الحقيقية— لأن نيابة الإنسان عن الإنسان لا تلغي حقيقة تمتع النائب بإرادة مستقلة عن إرادة الأصل، قد تجعله يتجاوز حدود نيابته وهو ما لا يمكن تصوره عند الجهاز أو الوسيط الإلكتروني⁽¹⁾.

بيد أنه يمكن نقد هذا الاتجاه على أساس أن النيابة عقد يشترط لإبرامه توافر إرادتين إرادة النائب وإرادة الأصل، أي أنها تفترض تعبير النائب عن إرادته لإقامة النيابة، في حين أن الوسيط الإلكتروني مجرد آلة لا تملك الإرادة فكيف يمكن لجهاز عديم الإرادة أن يبرم عقد وكالة بينه وبين المتعاقد مصدر النيابة المزعوم⁽²⁾؟

فهذا الاتجاه —حسب رأيي— زاد المسألة تعقيدا بدلا عن إيجاد حل لها ففي الوقت الذي كنا بصدد البحث عن تبرير مركز الآلة في مواجهة الغير وهو المتعاقد معه، أصبحنا —إذا ما سلمنا بصحة فكرة النيابة— بحاجة إلى إيجاد تبرير لمركزين مختلفين للآلة في نفس العلاقة، الأول هو مركزها الأصلي الذي نحن بصدد تكييفه —مركزها اتجاه الطرف المتعاقد معه— من جهة، ومركزها اتجاه الأصل من جهة ثانية، فهذين المركزين يحتاجان إلى إرادتين أو تعبيرين مختلفين —إرادة لإبرام العقد مع الغير باعتبارها نائبة، وأخرى لإبرام عقد الوكالة أصالة عن نفسها— فإذا كان الفقه والتشريع لا يسلمان بمنح الآلة إرادة واحدة فما بالك بإرادتين؟

أضف إلى ذلك أن الأحكام العامة للنيابة تقضي بالاعتداد بإرادة النائب لا الأصل عند بحث مسألة سلامة الرضى من العيوب كشرط لصحة العقد المبرم، بالرغم من انصراف آثاره إلى الأصل، والتسليم بصحة اعتبار الآلة نائبة عن الشخص صاحب الإرادة يعني البحث في سلامة رضا الجهاز من العيوب والتي ترتبط بأمور نفسية، وهذا الأمر يستحيل التحقق منه باعتبار الآلة مجرد جها.

وعليه يمكن إلحاق هذا الاتجاه بسابقه فكلاهما تتوقف صحته على تمتع الوسيط الإلكتروني بالإرادة هذه الأخيرة تتوقف على الشخصية القانونية التي لم تتحقق له بعد.

ثالثا/ الاتجاه الثالث: يتجه أنصار هذا الرأي إلى القول بأن الوسيط الإلكتروني الذي يتم بواسطته التعاقد لا يتعدى كونه مجرد أداة أو وسيلة يستخدمها الشخص للتعبير عن إرادته مثله في ذلك كمثل باقي الوسائل التي يستخدمها لذلك كالهاتف أو الفاكس.

(1) عبد الرحمن بن صالح الفهرة، مرجع سابق، ص 183.

(2) بشار عصمت سميح سكري، مرجع سابق، ص 80.

فوفقاً لهذا الرأي فإن الوسيط الإلكتروني لا يعبر عن إرادة ذاتية خاصة به، وإنما يقوم فقط بنقل إرادة كل متعاقد إلى الطرف الآخر، فهو بذلك لا يبرم عقداً لحساب شخص ما، وإنما الشخص هو من يبرم العقد باستخدام الحاسب الذي يقتصر دوره على نقل الإرادة من متعاقد إلى آخر⁽¹⁾.

لكن هذا الرأي لم يسلم بدوره من النقد على أساس أن التعاقد عبر الوسائط الإلكترونية يحمل المتعاقد تبعاً هذا التعامل من غلطات في الحساب وأخطاء برمجية وتشغيل البرامج الإلكترونية التي تتولى عملية التعاقد، فضلاً عن الأخطاء المادية الأخرى الناتجة عن هذا التعامل، فما يصدر عن الجهاز من أخطاء ينسب أو يعتبر كأنه صادر من المتعامل نفسه مباشرة⁽²⁾.

أضف إلى ذلك أن دور الحاسب الآلي لا يقتصر على نقل إرادة المتعاقدين فحسب وإنما يترتب على توسطه انعدام التفاوض بينهما، بل أنه يؤدي في بعض الحالات إلى انعدام إرادة المتعاقد أصلاً وغيابها لحظة إبرام العقد، وفي ذلك يختلف دور الوسيط الإلكتروني المؤتمت عن باقي الأجهزة الأخرى الوسيطة كالهاتف والفاكس⁽³⁾.

نتيجة لذلك وبعد عرض مختلف الاتجاهات والآراء حول التكييف القانوني للإرادة المعبر عنها إلكترونياً، فإنني أميل إلى الاتجاه الأخير الذي يرى بأن الوسائط الإلكترونية المؤتمتة لا يتعدى دورها في التعبير عن الإرادة دور مختلف الوسائل الأخرى المعروفة في البيئة التقليدية، إذ تبقى مجرد وسيلة أو أداة يستخدمها من له السلطة على البرنامج أو الوسيط الإلكتروني المؤتمت في إيصال تعبيره إلى الطرف الآخر بطريقة إلكترونية، وعليه إذا ما قام هذا الشخص بإبرام عقد عن طريق وسيط إلكتروني مؤتمت، فإن الإرادة تنسب إليه لا إلى الوسيلة التي استخدمها في ذلك.

بيد أن موافقة هذا الرأي مرهونة ببقاء الوضع الحالي على حاله، والذي لم نجد فيه أي اعتراف قانوني أو إقرار بإضفاء الشخصية القانونية على الوسيط الإلكتروني رغم الدور غير العادي الذي يلعبه هذا الأخير في عملية التعبير عن الإرادة بواسطته، ذلك أن منح أي مركز قانوني للآلة واعتبارها ذات أهلية قانونية تخولها التعبير عن الإرادة أصالة عن نفسها أو نيابة عن الشخص المبرمج لها، يعتمد بالدرجة الأولى على الاعتراف لها بالشخصية القانونية، ولا يكفي في ذلك مجرد الاعتراف الفقهي أو القضائي بها، وإنما لا بد من اعتراف قانوني يضيف عليها الشخصية القانونية وجميع الآثار المترتبة قانوناً عنها وعلى رأسها الأهلية.

وهذا الرأي يتماشى مع ما أخذ به قانون اليونسترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية، بموجب نص المادة 13 المشار إليه سابقاً.

(1) أنظر في ذلك: إبراهيم الدسوقي أبو الليل، الجوانب القانونية للتعاملات الإلكترونية، مرجع سابق، ص 32، وبشار عصمت سميح سكري مرجع سابق، ص 80.

(2) صالح المنزلاوي، مرجع سابق، ص 375.

(3) بشار عصمت سميح سكري، مرجع سابق، ص 80.

المطلب الثاني : توافق التعبير عن الإرادة بالكتابة الإلكترونية مع المفهوم التقليدي

سيتم تقسيم هذا المطلب إلى فرعين، يتم التطرق في الأول منها إلى القاعدة العامة المكرسة في معظم التشريعات النازمة للنظرية العامة للعقد والتي تقضي بحرية الشخص في اختيار الوسيلة التي يراها مناسبة للتعبير عن إرادته، وتحديد مدى استيعاب تلك القاعدة للتعبير عن الإرادة بواسطة الكتابة الإلكترونية (فرع أول)، ثم إلى الاستثناءات المقررة على هذه القاعدة في الفرع الثاني (فرع ثاني).

الفرع الأول: قاعدة جواز التعبير عن الإرادة بكافة الوسائل

أقرت معظم التشريعات -ومنها التشريع الجزائري- قاعدة عامة تقضي بجواز التعبير عن الإرادة بأية وسيلة لا تثير الشك أو اللبس في رضا المتعاقدين وذلك تغليبا لمبدأ سلطان الإرادة، وقد دفع انتشار ثورة المعلومات وتعميم استخدام شبكات الاتصال في إبرام الصفقات والعقود بمشرعي الدول والمنظمات الإقليمية والدولية إلى إقرار هذا الوضع، ومن ثمة إجازة التعبير عن الإرادة عبر وسائل إلكترونية (أولا)، إلا أن معظمها استثنت تطبيق هذه الأحكام على مجموعة من التصرفات فمنها من حصرت هذه الاستثناءات وضيق من نطاقها، ومنها من توسعت فيها (ثانيا).

أولا: مضمون قاعدة جواز التعبير عن الإرادة بكافة الوسائل

الأصل في التعبير عن الإرادة أنه لا يخضع لشكل معين وذلك إعمالا لمبدأ سلطان الإرادة فللمتعاقدين أن يفصحا عن إرادتهما بالطريقة التي تروق لهما⁽¹⁾ بشرط أن يكون لها مدلول يفهمه الطرف الآخر، وأن كل ما يدل على وجود الإرادة يصلح قانونا للتعبير عنها .

فكما يصح التعبير عن الإرادة باللفظ والكتابة والإشارة المتداولة عرفا، فإنه يصح باتخاذ موقف معين يمكن أن يعبر عن إرادة المتعاقد إذا كان هذا الموقف كافيا للدلالة عليها دلالة أكيدة، وهذا ما نصت عليه صراحة المادة 60 ق.م حيث جاء فيها " التعبير عن الإرادة يكون باللفظ، وبالكتابة، أو بالإشارة المتداولة عرفا كما يكون باتخاذ موقف لا يدع شك في دلالته على مقصود صاحبه.

ويجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمنيا إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحا".

من المتفق عليه أن تعداد المشرع لوسائل التعبير عن الإرادة بموجب الفقرة الأولى من هذا النص إنما جاء على سبيل المثال لا الحصر، الهدف منه هو إفساح المجال أمام أي وسيلة قد يتم اكتشافها مستقبلا وتكون قادرة على التعبير عن الإرادة بصورة لا تثير الشك بشأن رضا المتعاقد بالتصرف باعتبارها من الوسائل المقبولة قانونا للتعبير عن الإرادة .

(1) محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري: النظرية العامة للالتزامات، العقد والإرادة المنفردة، ط2، دار الهدى للنشر، عين مليلة 2004، ص73.

كما أن استقراء الفقرة الثانية من المادة 60 ق.م يفهم منه أن أساليب التعبير عن الإرادة التعبير عن الإرادة يكون صراحة أو ضمناً إلا أنه استثناء يمكن أن يتفق الطرفان أو يشترط القانون أن يكون التعبير صريحاً في بعض المواضع، فلا يعتد بالتعبير الضمني أو الإشارة أو اتخاذ موقف لا يدع مجالاً للشك في دلالة على حقيقة مقصود صاحبه وذلك بهدف رعاية مصلحة أحدهما، أو مصلحة الغير.

وعليه فالتعبير عن الإرادة حسب القواعد العامة قد يكون صريحاً (أ) كما قد يكون ضمناً (ب)، وفي حالات معينة قد يعتد بالسكوت كطريق للتعبير عنها (ج)، كما يستلزم الأمر التطرق إلى مدى كفاية النقر على أيقونة القبول للتعبير عن الإرادة (د)، وفيما يلي سيتم تفصيل هذه الطرق في القواعد العامة ومحاولة إسقاطها على عملية التعبير عن الإرادة إلكترونياً.

أ/ التعبير الصريح

التعبير الصريح عن الإرادة هو ذلك التعبير الذي يقصد به صاحبه إحاطة الغير علماً به ودل دلالة مباشرة على ما يريده، وقد يكون التعبير وفقاً للنص المذكور أعلاه بالألفاظ أو الكتابة وهما من الطرق العادية للتعبير عن الإرادة في التعاقد، وقد يكون بالإشارة المتداولة عرفاً أو باتخاذ موقف لا تدع ظروف الحال شكاً في دلالة على حقيقة المقصود منه.

1/ التعبير عن الإرادة باللفظ

يكون التعبير عن الإرادة باللفظ عن طريق مخاطبة بالكلام، ويقصد باللفظ كل مخاطبة بالكلام أو القول وأي لفظ من الألفاظ الدالة على القصد وذلك في حالة التعاقد بين حاضرين حقيقة أو حكماً، أو عن طريق إيفاد رسول في حال التعاقد بين غائبين أو عن طريق التراسل⁽¹⁾.

والتعبير باللفظ هو الأسلوب السائد تاريخياً في العصور الماضية ومازال يحتفظ بدور كبير للتعبير عن الإرادة إلا أن الكتابة - وخاصة في العقود ذات القيمة الكبيرة - حلت محله إلى حد بعيد.

2 / التعبير عن الإرادة بالكتابة

الكتابة هي إحدى طرق التعبير عن الإرادة لا عن طريق القول اللفظي بل عن طريق جمع الحروف في شكل مرئي ومقروء، وذلك بإفراغ التعاقد لإرادته في ورقة رسمية كانت أم عرفية، ويكون التعبير كتابة في أي شكل من أشكالها سواء بالطرق التقليدية على الورق أو أي وسيط يصلح لحملها، في شكل سند أو كتابة أو نشرة موقع عليها أو غير موقع، مكتوبة باليد، أو بالآلة الكتابة "طابعة"، أو بالتلكس أو الكمبيوتر، عرفية، أو رسمية، أصل أو صورة، فلا يهم ما تتخذه من شكل طالما كانت كافية للدلالة على مقصود صاحبها منها.

(1) كمثل عن الرسالة أن يرسل شخص رسولا إلى رجل ويقول للرسول: اذهب إليه وقل له إن فلان أرسلني إليك، وقال لي: قل له: إني قد بعثت عبدي هذا من فلان بكذا، فذهب الرسول، وبلغ الرسالة، فقال المشتري في مجلسه ذلك: قبلت: انعقد العقد.

3/التعبير عن الإرادة بالإشارة

قد يكون التعبير عن الإرادة بالإشارة المعهودة عرفا ولو من غير الأخرس، كأن يطلب موجب من الطرف الآخر بيعه عينا تقدر بالعدد فيقول له القابل كم ترغب؟ فيشير إليه بثلاثة أصابع فيدل هذا على أنه يرغب بثلاثة وحدات، ففي مثل هذه الحالة ينعقد البيع ولو كان الشخص الذي أشار بيده ليس أخرسا. ولا يوجد ثمة ما يمنع قانونا من أن يحصل التعبير عن الإرادة بالإشارة فينعقد العقد بالإشارة الشائعة الاستعمال ما دامت لا تثير شكاً في حقيقة مدلولها كحركة الكتفين دلالة على الرفض، أو هز الرأس عموديا للدلالة على القبول، وهزه أفقيا للدلالة على عدم القبول⁽¹⁾، أو إشارة الوجه الضاحك للدلالة على القبول والعابس للدلالة على الرفض، هاته الأخيرة تجد لها تطبيقات كثيرة في التعامل الإلكتروني.

4/ اتخاذ موقف لا يدع مجالا للشك في دلالة

يمكن أن يمتد التعبير عبر الوسائط الإلكترونية ليشمل المبادلة الفعلية الدالة على التراضي كموقف لا يدع مجالا للشك حول مقصود صاحبه منه، وذلك كأن يعرض الموجب بيع كتاب فيقوم الموجب له بإعطائه رقم بطاقة الائتمان العائدة له فيقوم بخصم قيمة الكتاب من رصيده فورا، وهنا نرى أن القابل لم يكتب أو يتلفظ أو يشير بالقبول وإنما قام بفعل دال على الرضا، ومن المعروف أنه من الممكن عبر الإنترنت أن يتم الدفع فورا حيث يتم نقل الأموال إلكترونيا وذلك بنقلها في أي وقت عبر خصمها من حسابات الموجب أو القابل بين المصارف بطريقة آلية، بشرط وجود بطاقة للعميل ورقم خاص للسرية⁽²⁾.

ب/ التعبير الضمني

نصت المادة 60 الفقرة 02 على أنه: "ويجوز أن يكون التعبير ضمنيا إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحا"، ويكون التعبير ضمنيا إذا كان التصرف الذي قام به الشخص لا يدل بذاته على إرادته ولكنه مع ذلك لا يمكن تفسيره إلا بوجود هذه الإرادة، حيث يمكن الاستدلال على التعبير من موقف معين مثل تصرف شخص في شيء عرض عليه ليشتره، فالتصرف في الشيء يدل على قبول المتصرف ضمنيا شراءه بالثمن المعروض عليه، والمثال نفسه ينطبق على الوكيل الذي لم يقبل الوكالة صراحة ولكن بادر إلى تنفيذها فيعد ذلك قبولا ضمنيا منها لها.

ولا يترتب على اختلاف التعبير الضمني عن التعبير الصريح أي أثر قانوني حيث يأخذ التعبير الضمني ذات القوة القانونية للتعبير الصريح، لكنه يصعب إثباته أحيانا، فالفرق بين الاثنين ليس في القوة

(1) محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري: النظرية العامة للالتزامات، العقد والإرادة المنفردة، مرجع سابق، ص 81.

(2) أحمد خالد العجلوني، التعاقد عن طريق الإنترنت: دراسة مقارنة، الدار العلمية الدولية ودار الثقافة، عمان، 2002، ص. ص 47-48.

القانونية وإنما في سهولة وصعوبة الإثبات، غير أنه إذا تنازع تعبيران صريح وضمني فإن العبرة بالأول لا الثاني، إذ لا عبرة بالدلالة في مقابلة التصريح⁽¹⁾.

إن كان هذا ما يمكن قوله بشأن القواعد العامة التي تشملها النظرية العامة للعقد والتي أجازت التعبير عن الإرادة صراحة أو ضمناً، فإن الأمر على مستوى المعاملات الإلكترونية لا يكاد يختلف عنه، إذ أن طرق التعبير الحديثة كالمحادثة أو الصوت (غرف المحادثة، الهاتف، شبكة الإنترنت ومجموعات الأخبار) أو عن طريق الصورة، قادرة على الدمج بين تقنيات النص والصوت والصورة، بصورة أفضل من أية وسيلة اتصال أخرى.

وفي ظل غياب تنظيم تشريعي صريح للتعبير عن الإرادة بالطرق الحديثة - من بينها الكتابة الإلكترونية - فلا مفر من تطبيق أحكام القواعد العامة على التعبير عن الإرادة بالوسائل الإلكترونية فالصوت المتبادل هو لفظ صريح يصلح للتعبير عن الإرادة، كما أن الكتابة الإلكترونية تعتبر كالكتابة العادية من حيث قدرتها على التعبير عن الإرادة وبغض النظر عن قوتها الثبوتية، وذلك للأسباب التالية :

1/ أنه في الحالات التي يجوز فيها التعبير عن الإرادة ضمناً، أو باتخاذ موقف لا يدع مجالاً للشك حول دلالته أو حتى بالإشارة المتداولة عرفاً، من باب أولى يجوز فيها التعبير عن الإرادة بالكتابة الإلكترونية فهي أبغ من التعبير الضمني ومن التعبير بالإشارة ومن مجرد اتخاذ موقف لا يدع مجالاً للشك في دلالته على مقصود صاحبه.

فمنظومة وسائط الاتصال حملت في طياتها كل أنظمة التواصل ووسائل الاتصال الإلكترونية والتقليدية، بل أنهت دور بعضها ورفعت من الكفاءة الفنية ومن تم القانونية لبعضها الآخر عند استخدامها كأدوات لإبرام المعاملات، وذلك بفضل قدراتها العالية في استيعاب جميع مظاهر التعبير عن الإرادة ودمجها في اتصال إلكتروني واحد - مسموع، مرئي، مقروء، وحتى اتخاذ موقف - فضلاً عن قابليتها في الاستخدام للتعبير الضمني والسكوت الملابس، وهو ما ينهي حسب رأيي أي جدل حول مدى جواز التعبير عن الإرادة بواسطتها.

2/ أما في الحالات التي يشترط فيها التعبير عن الإرادة بالكتابة، فنص المادة 60 ق.م.ل.م يحدد نوع الكتابة المطلوب التعبير عن الإرادة بها، وإنما اكتفى بذكر مصطلح "كتابة" فحسب، وإذا ما رجعنا إلى نص المادة 323 مكرر ق م⁽²⁾ التي عرف من خلالها المشرع مصطلح كتابة وإن كان ذلك في باب تحديده لقيمتها

(1) أحمد خالد العجلوني، مرجع سابق، ص 40.

(2) والتي جاء نصها كالتالي: "ينبغي 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".

وحجتها في الإثبات نجد أن المشرع اعتمد مبدأ الحياد التقني في تعريفه للكتابة ولم يميز بين أنواعها من حيث الحجية بسبب الوسيط الحامل لها، أو بسبب طريقة إرسالها.

فإن كان المشرع قد ساوى بين أنواع الكتابة من حيث الحجية سواء أكانت رسمية أو عرفية أو إلكترونية وجعلها في ذلك على قدم المساواة، فمن باب أولى أيضا أن التعبير عن الإرادة يتم بمختلف أنواع الكتابة سواء الرسمية أو العرفية أو الإلكترونية على اعتبار أن الثابت بأن الإثبات بالكتابة يتطلب شروطا أشد مما يتطلب التعبير عن الإرادة بها، وهو ما يمكننا من الجزم بجواز التعبير عن الإرادة بالكتابة الإلكترونية شأنها في ذلك شأن الكتابة التقليدية، وذلك بغض النظر عن قيمتها في الإثبات فيما بعد.

3/ أن المشرع الجزائري - على غرار جل المشرعين - وعند تعريفه للعقد بموجب المادة 54 ق م لم يعط أهمية كبيرة لمسألة وسيلة التعبير عن الإرادة ولكيفية إيصال الإيجاب أو القبول بقدر اهتمامه بمسألة ارتباط الإيجاب أو القبول وتطابق الإرادتين، وهو ما يفهم معه أن أية وسيلة تؤدي إلى ارتباط الإيجاب بالقبول وتطابق الإرادتين يمكن أن تكون صالحة للتعبير عن الإرادة ويجوز استخدامها قانونا مهما كانت طبيعتها.

ج/ مدى صلاحية السكوت للتعبير عن الإرادة الإلكترونية

لما كانت القواعد العامة تقضي أيضا بأن مجرد سكوت من وجه إليه الإيجاب لا يعتبر قبولا كأصل وهو ما يمكن تطبيقه بشأن التعبير عن الإرادة إلكترونيا، فإذا تسلم الشخص رسالة إلكترونية عبر الإنترنت أو البريد الإلكتروني تتضمن إيجابا ولم يرد عليها أو يعرها أي اهتمام، فإنه لا يعتبر قابلا لها حتى لو تضمنت نصا يقضي بأن عدم الرد يعتبر قبولا.

أما عن الاستثناءات المقررة في القواعد العامة على هذا الأصل والتي قررتها بعض التشريعات من بينها التشريع الجزائري في المادة 68 من القانون المدني فهي:

- 1/ إذا كانت طبيعة المعاملة أو العرف التجاري أو غير ذلك من الظروف التي تدل على أن الموجب لم يكن لينتظر تصريحاً بالقبول، فإن العقد يعتبر قد تم إذا لم يرفض الإيجاب في وقت مناسب.
- 2/ إذا كان الإيجاب لمنفعة من وجه إليه.
- 3/ إذا كان هناك تعامل سابق بين المتعاقدين.

يرى بعض الفقه⁽¹⁾، أنه يصعب إعمال تلك الاستثناءات في مجال المعاملات الإلكترونية، فلا يمكن القول بأن العرف يلعب دورا فعليا في التعاقد عبر الإنترنت، وذلك نظرا لحدثة هذا الشكل من أشكال التعاقد، كما أنه ينذر وجود أعمال التبرع في إطار المعاملات الإلكترونية، وفيما يتعلق بظروف التعامل السابق فإذا كان يحدث كثيرا عبر المتجر الإلكتروني إلا أنه لا يكفي عملا لاعتبار السكوت قبولا.

(1) عصام عبد الفتاح مطر، التجارة الإلكترونية في التشريعات العربية الأجنبية، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2009، ص 169 .

وخلافا لما هو عليه الوضع في جل التشريعات التي نظمت المعاملات الإلكترونية سواء منها الدولية أو الوطنية، التي جاءت خالية من أي نص يفيد الحسم في مسألة مدى صلاحية السكوت للتعبير عن الإرادة تاركة الأمر في ذلك للقواعد العامة، نص المشرع الجزائري من خلال المادة 12 من قانون التجارة الإلكترونية على أنه «يجب أن يكون الاختيار الذي يقوم به المستهلك معبرا عنه بصراحة».

وهو ما يستفاد منه أن المشرع الجزائري، وفي سبيل حماية المستهلك الإلكتروني، قد خرج عن الأصل المكرس بموجب المادة 60 من ق.م، والقاضي بأن التعبير عن الإرادة يكون صريحا أو ضمنيا، إلا إذا اشترط القانون أو اتفق الطرفان على أن يكون صريحا، وذلك حين اشترط أن يكون الاختيار الصادر عن المستهلك الإلكتروني - وهو الذي يتخذ عادة مركز الموجه إليه الإيجاب - معبرا عنه بصراحة، مستبعدا بذلك التعبير الضمني عن القبول، ومن باب أولى السكوت كطريقة للتعبير عن الإرادة، ومتبعا لموقف الاتجاه الفقهي الثاني القائل بعدم صلاحية السكوت للتعبير عن القبول الإلكتروني.

فخلافا للقواعد العامة أين يعتد المشرع بالإرادة الباطنة كأصل والظاهرة في حالات استثنائية، فإن الأمر أصبح معكوسا إذا ما تعلق الأمر بالتعبير عن الإرادة إلكترونيا، أين أصبحت الأفضلية للتعبير الصريح على حساب الضمني⁽¹⁾.

د/ مدى كفاية الضغط على أيقونة القبول كوسيلة للتعبير عن الإرادة

مما تجدر الإشارة إليه أخيرا بشأن مدى جواز التعبير عن الإرادة بالكتابة الإلكترونية هو أن الصورة الوحيدة التي قد تثير إشكالا هي تلك المتمثلة في مدى كفاية الضغط على مفتاح القبول على لوحة مفاتيح الحاسوب، أو الضغط بواسطة المؤشر المتحرك في شاشة الحاسوب على الخانة المخصصة للقبول والاعتداد به كوسيلة للتعبير عن الإرادة ؟

ذهب رأي من الفقه إلى أنه من حيث المبدأ لا يبدو أن هناك ما يمنع من قبول هذه الوسيلة (طريقة الضغط أو ملاسة أيقونة القبول) للتعبير عن القبول طالما أنه لا يشترط إفراغ القبول في شكل معين فبالنسبة لمحتوى هذا القبول يجب أن يأتي متطابقا مع الإيجاب حول العناصر الرئيسية المحملة فيه، ويتحقق ذلك من خلال النقر أو اللمس لأيقونة القبول وعلى اعتبار أن من يلامس الأيقونة المخصصة لذلك يكون قد سائر مجموعة العمليات وأطلع على كافة البيانات التي انتهت بظهور هذه الأيقونة، والتي هي ليست ظاهرة بالشكل الذي قد يخيل معه أنها مصيدة لمن يخطئ.

كما أنه في الغالب الأعم وحينما نكون بصدد تعاقد مباشر عبر الشبكة يُطلب إلى العميل إبراز هويته وإدخال بياناته وتنتهي بعبارة مفادها: "بأني متفهم لشروط هذا التعاقد وأقبل بها"، ثم يظهر له ما يشير

(1) CACHARD Olivier, « Le contrat électronique dans la loi pour la confiance dans l'économie numérique », revue Lamy droit civil, 2004, p7. www.lamyline.fr, consulté le 21/03/2016, 14.30h.

إلى الطلب منه بالتأكد على ذلك أو بأن يقوم بالنقر أكثر من مرة، أو أن يحرر موافقته بوثيقة خاصة تسمى "وثيقة الأمر بالشراء"⁽¹⁾.

غير أن البعض الآخر من الفقه ذهب إلى أن مجرد ملازمة أيقونة القبول أو الضغط عليها لا يعد قبولاً، لأن ذلك قد يقع على سبيل الخطأ ومن ثم لا يعطي دلالة قاطعة على قبول المشتري، ولابد من قيام المشتري بتأكيد قبوله حتى يعد صحيحاً، خاصة وأن التوجيه الأوروبي الخاص بحماية المستهلك قد طالب بتأكيد القبول والذي يتحقق إما بضغط المشتري مرتين على أيقونة القبول، أو بتحرير طلب شراء على الشاشة وإرساله للبائع، أو بإدخال المشتري للرقم الخاص ببطاقة وفائه الائتمانية، أو القيام بأي سلوك إيجابي يؤكد نيته في التعاقد على وجه جازم⁽²⁾.

وهو ذات ما أقره المشرع الجزائري من خلال نص الفقرة 03 من المادة 12، والمادة 19 من القانون 05-18 المتعلق بالتجارة الإلكترونية حين أخذ بموقف الاتجاه الثاني وأقر بعدم كفاية الضغط على أيقونة القبول مرة واحدة للقول بانعقاد العقد، بل لابد من تأكيد ذلك القبول مشدداً على أن التأكيد هو الذي يؤدي إلى انعقاد العقد غير أنه لم يحدد الآليات التي يتم من خلالها هذا التأكيد، تاركاً ذلك لسلطة المورد الإلكتروني التنظيمية.

يستخلص من كل ما سبق أنه، وإن لم يرد صراحة في القواعد العامة في القانون المدني ما يميز التعبير عن الإرادة بالكتابة الإلكترونية، إلا أنه أيضاً لم يرد فيها ما يمنع ذلك، وهو ما يمكن من القول بجواز التعبير عن الإرادة إلكترونياً، خاصة وأن صياغة النصوص القانونية المقررة للقواعد العامة قد تمت بطريقة تمكنها من استيعاب الوسائل الحديثة في التعبير عن الإرادة وإعطائها المشروعية لو أخذت بمعناها الواسع من جهة، ومن جهة أخرى فإن ما حققته هذه الوسائل من كفاءة عالية في الجمع بين كل أنواع مظاهر التعبير عن الإرادة وصلاحياتها حتى في التعبير الضمني، يمكن من القول بأن أنظمة الاتصال الحديثة بوسعها أن تنهي أي جدل في مدى إمكانية تحقق التعبير عن الإرادة بكل مظهر لها عند التعاقد من خلال شبكة الإنترنت ووسائل الاتصال الإلكتروني المرتبطة بها.

إلا أن ذلك لا يكفي —مجرد الإقرار الضمني بجواز التعبير عن الإرادة إلكترونياً— لضمان الحماية القانونية والثقة اللازمة للراغبين في استخدام الوسائل الحديثة في إبرام مختلف تعاملاتهم، وهو الأمر الذي قد ينعكس سلباً على تطور التجارة الإلكترونية ويحول دون الاستفادة من المزايا التي وفرتها وتوفرها تلك الوسائل، وعليه فلا بد من إقرار مشروعية التعامل بهاته الوسائل بنصوص صريحة وواضحة وكافية.

وإن كان هذا ما عليه الوضع في القانون الجزائري، فإن العديد من مشرعي الدول والمنظمات وسعياً منها لمسايرة ركب التطور الحاصل ذهبوا إلى إجازة التعبير عن الإرادة عبر الوسائل التكنولوجية الحديثة

(1) عمر خالد زريقات، عقود التجارة الإلكترونية: عقد البيع عبر الإنترنت، ط1، دار الحامد، عمان، 2007، ص 146.

(2) عصام عبد الفتاح مطر، مرجع سابق، ص 169.

بنصوص صريحة، فقد أقر القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية تبادل التعبير عن الإرادة من خلال التبادل الإلكتروني لرسائل البيانات⁽¹⁾ حيث نصت المادة 11 في فقرتها الأولى على أنه: "في سياق إنشاء العقود وما لم يتفق الطرفان على غير ذلك، يجوز استخدام رسائل البيانات للتعبير عن العرض وقبول العرض وعند استخدام رسالة البيانات في إنشاء العقد، لا يفقد ذلك العقد صحته أو قابليته للتنفيذ لمجرد استخدام رسالة بيانات لذلك الغرض".

كما أجازت اتفاقية الأمم المتحدة -بدورها- بشأن عقد البيع الدولي للبضائع الموقعة في فيينا 1980 التعبير عن الإرادة عن طريق وسائل الاتصال الحديثة عندما نصت المادة 20 منها على جواز أن يكون الإيجاب والقبول بواسطة الهاتف أو التلكس، أو بغير ذلك من وسائل الاتصال الفوري، وجاءت العبارة الأخيرة في المادة 11 من الاتفاقية لتشمل كل ما قد تأتى به التكنولوجيا الحديثة من وسائل للتعبير عن الإرادة والتعاقد بصفة عامة⁽²⁾.

أما على صعيد الاتحاد الأوروبي فقد ورد في التعليمة الخاصة بالتجارة الإلكترونية رقم 2000/31 في م 1/9 ما يلزم الدول الأعضاء في الاتحاد الأوروبي بأن تدخل في تشريعاتها ما يسمح بإبرام العقود عبر الوسائط الإلكترونية، وأن إبرامها بهذه الوسائل لا يمس صحتها وقابليتها للتنفيذ⁽³⁾.

أخيراً، وعلى الصعيد العربي، فلم تغفل التشريعات العربية التي نظمت المعاملات الإلكترونية بيان جواز التعبير عن الإرادة بالكتابة الإلكترونية بنصوص صريحة فنصت المادة 09 من قانون المعاملات الإلكترونية الأردني 15 لسنة 2015 على أنه "تعتبر رسالة المعلومات وسيلة من وسائل التعبير عن الإرادة المقبولة قانوناً لإبداء الإيجاب أو القبول بقصد إنشاء التزام تعاقدي".

كما يستنتج أيضاً من الباب الأول من قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية التونسي⁽⁴⁾ جواز التعبير عن الإرادة إلكترونياً، وكذا ما جاء في المادة 1/13 من قانون إمارة دبي في شأن المعاملات والتجارة

(1) تعرف رسالة البيانات حسب نص المادة 2/أ من قانون اليونسفرال النموذجي بشأن لتجارة الإلكترونية بأنها: "المعلومات التي يتم إنشاؤها أو إرسالها أو استلامها أو تخزينها بوسائل إلكترونية أو ضوئية أو وسائل مشابهة، بما في ذلك على سبيل المثال لا الحصر تبادل البيانات الإلكترونية أو البريد الإلكتروني أو البرق، أو التلكس، أو النسخ البرقي".

(2) محمد شكري سرور، اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع، دراسة في قانون التجارة الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة 1988، ص 87.

(3) THIEFFRY Patrick, *Commerce électronique, droit international et européen*, Litec, Paris, 2002, p 185.

(4) قانون عدد 83 لسنة 2000 مؤرخ في 9 أوت 2000 يتعلق بالمبادلات والتجارة الإلكترونية، الرائد الرسمي التونسي رقم 64، مؤرخ في 2000/08/11، متوفر على الرابط الإلكتروني:

http://www.legislation.tn/detailtexte/Loi-num-2000-83-du-09-08-2000-jort-2000-064__2000064000831

الإلكترونية لسنة 2002 ما يلي: " لأغراض التعاقد يجوز التعبير عن الإيجاب والقبول جزئيا أو كليا بواسطة المراسلة الإلكترونية".

الفرع الثاني : الاستثناءات الواردة على جواز التعبير عن الإرادة بالكتابة الإلكترونية

هناك العديد من العقود التي لم تسمح التشريعات بإبرامها بالطريقة الإلكترونية، وذلك بعد أن أقرت القاعدة العامة التي تقضي بحرية الأطراف في اختيار الوسيلة التي يرونها مناسبة للتعبير عن إراداتهم ولتفصيل أكثر حول هذا المعنى سيتم التطرق في هذا النقطة من خلال تقسيمها إلى ثلاثة أقسام، إلى دراسة هذه الاستثناءات في قانون اليونسيتال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية أولا، ثم لدراستها في بعض التشريعات العربية المقارنة، ثم أخيرا إلى ما قرره المشرع الجزائري في هذا الصدد، وذلك للتعرف أكثر على ما شرعته هذه القوانين وما استثنته في مجال التعبير عن الإرادة إلكترونيا.

أولا- في قانون اليونسيتال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية

تعتبر مسألة البحث في الاستثناءات الواردة في قانون اليونسيتال النموذجي مسألة أولية ومهمة باعتباره يهدف إلى مساعدة الدول على تطوير تشريعاتها لتستجيب لحاجيات التجارة الإلكترونية، كما يسعى إلى توحيد الأحكام وتقارب الحلول للمشاكل المتعلقة بهذا النوع من التجارة، فهو يعتبر مهد التشريعات الحديثة في مجال التعاقد الإلكتروني، حيث نجد بأنه قد ضبط المفاهيم الأولية للتجارة الإلكترونية وما يتعلق بها، تاركا المجال للدول لوضع تشريعات خاصة بالمعاملات الإلكترونية بما يناسبها في أنظمتها الداخلية.

فبشأن التعبير عن الإرادة بالكتابة الإلكترونية نجد نص المادة 6 من القانون نفسه تنص على أنه:

" (1) عندما يشترط القانون أن تكون المعلومات مكتوبة، تستوفي رسالة البيانات ذلك الشرط إذا تيسر الإطلاع على البيانات الواردة فيها على نحو يتيح استخدامها بالرجوع إليه لاحقا.

(2) تسري أحكام الفقرة (1) سواء إتخذ الشرط المنصوص عليه فيها شكل التزام أو اكتفي في القانون بمجرد النص على العواقب التي تترتب إذا لم تكن المعلومات مكتوبة.

(3) لا تسري أحكام هذه المادة على ما يلي⁽¹⁾ : {...} "

يلاحظ من خلال هذا النص أن المبدأ المجسد في الفقرة الثالثة (3) هو أن الدولة المشرعة يمكن أن تستثني من تطبيق هذه المواد بعض الحالات التي قد تراها مناسبة، فقد ترغب الدولة المشرعة في أن

(1) أبقى قانون اليونسيتال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية المجال مفتوحا أمام المشرع الوطني لأجل وضع الاستثناءات التي يراها مناسبة.

تستبعد على وجه التحديد أنواعا معينة من الحالات، تبعا على وجه الخصوص للغرض من الاشتراط الشكلي المعني، وأحد أنواع هذه الحالات يمكن أن يكون حالة كتابة إلتزامات تهدف إلى تقديم تنبيه أو تحذير من مخاطر قانونية محددة، مثل الإلتزام بوضع تحذيرات على أنواع معينة من المنتجات.

وقد أدرجت الفقرة (3) بهدف زيادة مقبولية القانون النموذجي، فهي تعترف بأن مسألة تحديد مجالات مستبعدة ينبغي أن تترك للدول المشرعة وحدها، وهو نهج سيرا على نحو أحسن الاختلافات في الظروف الوطنية.

غير أنه تجدر الإشارة إلى أن أهداف القانون النموذجي لن تتحقق لو استخدمت الفقرة (3) لإرساء استثناءات عامة، إذ من شأن استبعاد حالات عديدة من نطاق المواد 6 إلى 8 أن ينشئ عقبات لا ضرورة لها أمام استحداث تقنيات إبلاغ عصرية، ذلك أن ما يتضمنه القانون النموذجي ما هي إلا مبادئ ونهج أساسية جدا يُتوقع أن تخطى بتطبيق عام.

وخلاصة ما سبق أن قانون اليونسטרال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية لم يحدد استثناءات معينة على قاعدة جواز التعبير عن الإرادة بكافة الوسائل، وإنما أعطى للدول الراغبة في تبنيه الحرية في سنّ أو وضع استثناءات تقرر من خلالها إخراج بعض المعاملات أو العقود من دائرة الحرية في اختيار وسيلة التعبير عن الإرادة، عن طريق إلزام الأطراف باتباع وسيلة معينة للتعبير عن إرادتهم أو إفراغها في قوالب معينة.

هذا الأمر هو ما يدفع إلى التساؤل عما إذا كانت هناك قوانين داخلية قد مارست هذا الحق أم لا؟ هذا ما سيتم التطرق إليه من خلال النقاط التالية:

ثانيا: الاستثناءات المقررة في التشريعات الداخلية المقارنة

بعد أن فتح قانون اليونسسترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية المجال واسعا أمام الدول الراغبة في تبنيه من أجل التوسيع في نطاق تطبيقه على نحو يشمل كل المعاملات تجارية كانت أو غير تجارية⁽¹⁾، أو

(1) لم يمنع قانون اليونسسترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية الدول من توسيع نطاقه ليشمل الأنشطة غير التجارية باستخدام الوسائل الإلكترونية، أنظر الحاشية رقم 04 الواردة على المادة 01 "ينبغي تفسير مصطلح "أنشطة تجارية" تفسيراً واسعاً على أنه يشمل المسائل الناشئة عن جميع العلاقات ذات الطابع التجاري، سواء أكانت تعاقدية أو لم تكن وتشمل العلاقات ذات الطابع التجاري المعاملات التالية على سبيل المثال لا الحصر: المعاملة التجارية لتوريد السلع والخدمات، اتفاق التوزيع، التمثيل التجاري أو الوكالة التجارية، الوكالة بالعمولة الكراء، أعمال التشييد، الخدمات الإستشارية، الأعمال الهندسية، منح التراخيص، الإستثمار، التمويل، الأعمال المصرفية التأمين، اتفاق أو إمتياز الاستغلال، المشاريع المشتركة وغيرها من أشكال التعاون الصناعي أو التجاري، نقل البضائع أو الركاب جواً أو بحراً أو بالسكك الحديدية أو بالطرق البرية.

تبنيه كما هو بحيث يطبق على الأنشطة التجارية فقط⁽¹⁾ دون بقية المعاملات، انتهج بعض المشرعين الخيار الأول ووضعوا قوانين تقيدوا فيها بمضمون قانون اليونسטרال للتجارة الإلكترونية بمفهومه الضيق، ولم يضعوا أية استثناءات على حرية الأشخاص في اختيار الوسيلة التي يرونها مناسبة للتعبير عن إرادتهم عند إبرام معاملاتهم التجارية، في حين قيد البعض الآخر هاته الحرية بتقريرهم لاستثناءات متعلقة إما بمجال العقد المراد إبرامه أو بشكله.

أما على الصعيد العربي فرغم أن بعض الدول العربية لم تضع قانونا لتنظيم المعاملات الإلكترونية، إلا أن مجموعة منها حذت حذو قانون اليونسسترال النموذجي للتجارة الإلكترونية في تناول مسألة التعبير عن الإرادة باستخدام الوسائل الإلكترونية، وتعتبر تونس أول دولة عربية أصدرت قانونا خاصا بالتجارة الإلكترونية عام 2000، تضمن القواعد العامة المنظمة للمبادلات والتجارة الإلكترونية، ثم هذا المشرع الأردني حذوه وسن قانون المعاملات الإلكترونية المؤقت عام 2001 ليصدره في شكله النهائي سنة 2015 تحت رقم 15، تلاهم بعد ذلك المشرع الإماراتي عام 2002 بإصداره قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية أما المشرع الجزائري فلم يصدر قانون للتجارة الإلكترونية إلا سنة 2018.

أ/ الاستثناءات في قانون المعاملات الإلكترونية الأردني

ارتأى المشرع الأردني استثناء معاملات وعقود معينة من نطاق سريان هذا القانون تبعا لاعتبارات عديدة في مقدمتها الأهمية الخاصة التي تتصف بها المعاملة محل الاستثناء، وقد بينت المادة الثالثة من قانون المعاملات الإلكترونية، المعاملات المستثناة من نطاقه حيث قضت بأنه :

" لا تسري أحكام هذا القانون على مايلي مالم ينص أي قانون آخر على خلاف ذلك :

1- إنشاء الوصية و تعديلها .

2- إنشاء الوقف و تعديل شروطه .

3- معاملات التصرف في الأموال غير المنقولة و الأموال المنقولة التي تتطلب التشريعات تسجيلها بما في ذلك الوكالات المتعلقة بها وسندات ملكيتها وإنشاء الحقوق العينية عليها باستثناء عقود الإيجار الخاصة بهذه الأموال .

4- الوكالات والمعاملات المتعلقة بالأحوال الشخصية .

5- الإشعارات المتعلقة بإلغاء أو فسخ عقود خدمات المياه والكهرباء والتأمين الصحي والتأمين على الحياة.

6- لوائح الدعاوى والمرافعات وإشعارات التبليغ القضائية وقرارات المحاكم.

(1) قصر قانون اليونسسترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية نطاق تطبيقه على الأنشطة التجارية التي تمارس عبر وسائل إلكترونية حسب نص م 01 منه والموسومة بعنوان نطاق التطبيق.

7- الأوراق المالية إلا ما تنص عليه تعليمات خاصة تصدر عن الجهة القضائية المختصة استناداً لقانون الأوراق المالية أو أي تشريع آخر ."

من خلال هذا النص يتضح أن قانون المعاملات الإلكترونية لا يسري على نوعين من المعاملات استبعد فيها المشرع الأردني الطرق الإلكترونية، وأبقى على الطرق التقليدية بأحكامها العامة المتعلقة بالتعبير عن الإرادة، وفيما يلي توضيح لهذه المعاملات⁽¹⁾.

1/ المعاملات ذات الشكلية الخاصة

جاءت المادة السادسة صريحة بأن قانون المعاملات الإلكترونية لا يسري على العقود والمستندات والوثائق التي تنظم وفقاً لقوانين خاصة، والتي تنص على إجراء تلك المعاملات بشكل معين مثل إفراغها في شكل كتابي معين وغيرها من الشكليات، أو أنها تتم بإجراءات معينة منها: إنشاء الوصية وتعديلها، إنشاء الوقف وتعديل شروطه، معاملات التصرف بالأموال غير المنقولة بما في ذلك الوكالات المتعلقة بها وسندات ملكيتها وإنشاء الحقوق العينية عليها، الوكالات والمعاملات المتعلقة بالأحوال الشخصية الإشعارات المتعلقة بإلغاء أو فسخ عقود خدمات المياه والكهرباء والتأمين الصحي والتأمين على الحياة، لوائح الدعاوى والمرافعات وإشعارات التبليغ القضائية وقرارات المحاكم.

2/ معاملات الأوراق المالية

بقيت هي أيضاً على المبدأ الأساسي من حيث عدم جواز إصدار الأوراق المالية بالوسائل الإلكترونية⁽²⁾، وبالتالي فإن حرية الأطراف في التعبير عن إرادتهم بالوسائل الحديثة في هاته المجالات قد قيدها المشرع الأردني مفضلاً الطرق التقليدية بشأنها.

ب/ الاستثناءات في قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية لإمارة دبي

جاء في المادة 5 من القانون رقم (2) لسنة 2002 بشأن المعاملات والتجارة الإلكترونية لإمارة دبي ما يلي :

" (1) يسري هذا القانون على السجلات والتوقيعات الإلكترونية ذات العلاقة بالمعاملات والتجارة الإلكترونية ويستثنى من أحكام هذا القانون ما يلي:

(أ) المعاملات والأمور المتعلقة بالأحوال الشخصية كالزواج والطلاق والوصايا.

(ب) سندات ملكية الأموال غير المنقولة.

(1) علاء محمد نصيرات، حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات: دراسة مقارنة، ط1، دار الثقافة، عمان، 2005، ص 165.

(2) علاء محمد نصيرات، مرجع سابق، ص. ص: 166 - 169.

(ج) السندات القابلة للتداول.

(د) المعاملات التي تتعلق ببيع وشراء الأموال غير المنقولة والتصرف فيها وتأجيرها لمدة تزيد على عشر سنوات وتسجيل أية حقوق أخرى متعلقة بها.

(هـ) أي مستند يتطلب القانون تصديقه أمام الكاتب العدل.

(2) للرئيس بقرار يصدره أن يضيف أية معاملات أو أمور أخرى لما هو وارد في الفقرة (1) من هذه المادة أو أن يحذف منها أو يعدل فيها"

يلاحظ من خلال هذا النص أن مشرع إمارة دبي قد استثنى بعض المعاملات من الكتابة والتوقيع الإلكترونيين التي يجب مراعاتها في إبرام بعض التصرفات القانونية، تحت طائلة بطلان التصرف بطلانا مطلقا، على اعتبار أن الشكلية ركن للانعقاد لا شرطا للإثبات وبعبارة أخرى لتعلقه بالنظام العام.

الملاحظ أن تلك الاستثناءات في مجملها لا تخرج عن بعض الأسس المتعلقة بالنظام العام تشترك فيها مع غالبية الدول العربية و هي كما يلي:

- مواد الأحوال الشخصية من زواج وطلاق وإرث وحتى الوصايا.

- الوثائق التي تتطلب مصادقة من كاتب العدل كالصيغ التنفيذية.

- السندات القابلة للتداول.

- المعاملات التي تتعلق ببيع وشراء الأموال غير المنقولة والتصرف فيها وتأجيرها لمدة تزيد على عشر سنوات وتسجيل أية حقوق أخرى متعلقة بها.

- سندات ملكية الأموال غير المنقولة: المقصود بها الملكية العقارية بما في ذلك العقارات بالتخصيص وهي لا تخرج عن العقود التي تتضمن نقل ملكية عقار أو حقوق عقارية أو محلات تجارية أو صناعية أو كل عنصر من عناصرها، أو عقود إيجار زراعية فلاحية أو تجارية أو عقود تسيير المحلات التجارية أو الشركات ذات الطابع الصناعي في شكل رسمي، و يدخل في ذلك العقود المؤسدة أو المعدلة للشركة بعقد رسمي وحتى التنازل عن أسهم من شركة أو حصص أخرى .

ثم يأتي المشرع من جهة أخرى ليترك مجالا مفتوحا يمكن من استخدام التوقيع والتوثيق الإلكترونيين ليحلا محل التوقيع اليدوي في المجالات الذي يشترط فيها التوقيع على السند من أجل ترتيب آثار قانونية من خلال المادة 10 من القانون ذاته⁽¹⁾.

(1) تنص المادة 10 من قانون إمارة دبي رقم 02 لسنة 2002 على أن "إذا اشترط القانون وجود توقيع على مستند أو نص على ترتيب نتائج معينة في غياب ذلك، فإن التوقيع الإلكتروني 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 الإلكتروني، إلا إذا نص القانون بغير ذلك".

ثالثا: الاستثناءات المقررة في القانون الجزائري

يقضي الأصل العام بشأن محل التعاقد عليه أو المتعامل فيه استنادا إلى أحكام النظرية العامة للعقد بصلاحيته كل شيء غير خارج عن دائرة التعامل بطبيعته، أو بحكم القانون لأن يكون محلا للحقوق المالية وهو ما تؤكد عليه المادة 682 ق م بنصها على: «كل شيء غير خارج عن التعامل بطبيعته أو بحكم القانون يصلح أن يكون محلا للحقوق المالية، والأشياء التي تخرج عن التعامل بطبيعتها هي التي لا يستطيع أحد أن يستأثر بجزائها، وأما الخارجة بحكم القانون فهي التي لا يجوز القانون أن تكون محلا للحقوق المالية».

وعليه فالأصل هو حرية تداول السلع والخدمات إلا ما حظره القانون بنص خاص بسبب طبيعته إذ لا تصلح أن تكون الأشياء الخارجة عن دائرة التعامل إما بطبيعتها أو بحكم القانون محلا لأي عقد سواء تم التعاقد عليها بطريقة إلكترونية أو تقليدية، وكل تعاقد ينصب عليها يقع باطلا بطلانا مطلقا لمخالفته النظام العام أو الآداب العامة أو بسبب استحالة محله استحالة مطلقة، وهذا الأمر لا إشكال فيه.

بيد أن الإشكال في مجال التعاقد الإلكتروني إنما يتعلق بوجود بعض السلع أو الخدمات التي ربط المشرع تداولها بقيود وحصر بيعها في أماكن محددة بغية مراقبتها وضبطها، نظرا لما تشكله تلك السلع من مخاطر إما على الصحة العامة أو على الأمن العام، بحيث لا تكون هناك حرية كبيرة في التعامل عليها إلا من خلال الأماكن المحددة حصرا في البيئة التقليدية الملموسة، وهو الأمر الذي يؤدي إلى عدم إمكانية بيعها خارج تلك الأماكن ولا بأي وسيلة غير تلك التي حددها المشرع، ما يجعل بيعها عبر الوسائل الإلكترونية أمرا محظورا، وهو ما أكد عليه المشرع من خلال نص المادتين 03 و 05 من قانون التجارة الإلكترونية حيث نص في المادة 03 على أنه «تمارس التجارة الإلكترونية في إطار التشريع والتنظيم المعمول بهما، غير أنه تمنع كل معاملة عن طريق الاتصالات الإلكترونية⁽¹⁾ تتعلق بما يأتي:

- لعب القمار والرهان واليانصيب،
- المشروبات الكحولية والتبغ،
- المنتجات الصيدلانية،
- المنتجات التي تمس بحقوق الملكية الفكرية أو الصناعية أو التجارية،
- كل سلعة أو خدمة محظورة بموجب التشريع المعمول به،
- كل سلعة أو خدمة تستوجب إعداد عقد رسمي...».

في حين تنص المادة 05 على أنه «تمنع كل معاملة عن طريق الاتصالات الإلكترونية في العتاد والتجهيزات والمنتجات الحساسة المحددة عن طريق التنظيم المعمول به، وكذا كل المنتجات و/ أو الخدمات الأخرى التي من شأنها المساس بمصالح الدفاع الوطني والنظام العام والأمن العمومي».

(1) يعرفها القانون 04-18 الذي يحدد القواعد العامة المتعلقة بالبريد والاتصالات الإلكترونية في المادة 10 بأنها «كل إرسال أو تراسل أو استقبال علامات أو إشارات أو كتابات أو صور أو أصوات أو بيانات أو معلومات مهما كانت طبيعتها عبر الأسلاك أو الألياف البصرية أو بطريقة كهرومغناطيسية».

باستقراء نص هاتين المادتين يمكن تسجيل الملاحظات التالية:

أ/ أن إيراد وذكر المشرع لهذه السلع والخدمات المحظور التعامل عليها إلكترونيا قد جاء على سبيل المثال لا الحصر، بحيث أن القائمة تتسع لتشمل إلى جانب المنتجات والنشاطات المذكورة، كل سلعة أو خدمة أخرى محظورة بموجب التشريع أو التنظيم المعمول به، وكذا كل المنتجات والخدمات التي من شأنها المساس بالنظام العام أو الآداب العامة وكذا بمصالح الدفاع الوطني والأمن العمومي على حد تعبير المشرع.

ب/ يعتبر حظر المشرع ومنعه لتداول هذه السلع والخدمات عبر الاتصالات الإلكترونية بمثابة قيود على التعامل الإلكتروني من حيث المحل، فموجب هذين النصين أصبحت تلك المنتجات خارجة عن دائرة التعامل الإلكتروني بحكم القانون تماشيا مع ما تقضي به المادة 682 ق م⁽¹⁾، على خلاف الأصل العام الذي يقضي بحرية تداول السلع والخدمات من جهة، وعلى خلاف ما هو عليه الوضع في البيئة التقليدية أين يسمح بالتعاقد على هذه المنتجات وإن كان ذلك وفق شروط أو قيود أو إجراءات محددة من جهة أخرى.

ج/ أن أسباب منع المشرع وحظره تداول هذه السلع والخدمات تتعدد وتختلف من سلعة إلى أخرى، إلا أنها لا تخرج عن دائرة النظام العام والآداب العامة وفيما يلي توضيح لذلك:

ج1/ حظر لعب القمار والرهان واليانصيب

يعزى سبب منع المشرع لعب القمار والرهان واليانصيب عبر الاتصالات الإلكترونية إلى مخالفتها النظام العام والآداب العامة، نتيجة ما تشيعه هكذا نشاطات من مفسد في المجتمع ومن تأثير ضار على العلاقات الاجتماعية لما تنطوي عليه من غرر وإضاعة للمال من غير منفعة أكيدة، بالإضافة إلى أن هذا النوع من النشاط محتكر من طرف الدولة بواسطة مؤسسة الرهان الرياضي الجزائري.

والملاحظ أن حظر لعب القمار والرهان واليانصيب لا يقتصر فقط على البيئة الإلكترونية، ذلك أن حظره فيها إنما جاء تكملة لحظره في البيئة التقليدية أيضا، حيث تنص المادة 612 ق م على أنه:

"يحظر القمار والرهان.

غير أن الأحكام الواردة في الفقرة السابقة لا تطبق على الرهان الخاص بالمسابقة والرهان الرياضي الجزائري".

فهذا النشاط كان محظورا في البيئة التقليدية إلا على المؤسسة المحتكرة له وتم تمديد حظره للبيئة الإلكترونية لاتحاد العلة بين البيئتين.

(1) تنص المادة 682 ق.م على أن: «كل شيء غير خارج عن التعامل بطبيعته أو بحكم القانون يصلح أن يكون محلا للحقوق المالية، والأشياء التي تخرج عن التعامل بطبيعتها هي التي لا يستطيع أحد أن يستأثر بجزائها، وأما الخارجة بحكم القانون فهي التي لا يجوز القانون أن تكون محلا للحقوق المالية».

ج2/ حظر تداول المشروبات الكحولية والتبغ والمنتجات الصيدلانية

يرجع سبب منع تداول المشروبات الكحولية والتبغ والمنتجات الصيدلانية عبر الاتصالات الإلكترونية إلى الخطر الذي تشكله هكذا منتجات على الصحة العامة، إذ أن عرض هذه المنتجات على شبكة الإنترنت المفتوحة على كل شرائح المجتمع، وفي بيئة غير مادية من شأنه أن يصعب عملية مراقبتها والتأكد من صحتها ومطابقتها للمعايير المعمول بها⁽¹⁾.

غير أن الملاحظ بالنسبة لمنع تداول المشروبات الكحولية والتبغ والمنتجات الصيدلانية أنه يقتصر على البيئة الإلكترونية فقط دون البيئة التقليدية أين يسمح في هاته الأخيرة بتداول هاته المنتجات، وإن كان ذلك وفق شروط وضوابط معينة وفي أماكن محددة خاضعة للرقابة الدورية والمستمرة، وهو الأمر الذي يتعذر تحقيقه في البيئة الإلكترونية الافتراضية التي لا تعترف بالحدود المكانية، نفصل فيها من خلال مايلي:

ج2-1/ بالنسبة للمواد التبغية

عرفت المادة 54 من قانون الصحة الجديد⁽²⁾ المواد التبغية على أنها «تعتبر مواد تبغية المواد المخصصة للتدخين أو النشق أو الوضع على اللثة أو المضغ أو المص، بما في ذلك السجارة الإلكترونية مادامت تحتوي على التبغ ولو جزئيا».

وقد منعت المادة 51 من القانون ذاته كل شكل للترويج أو الإشهار لفائدة المواد التبغية تحت طائلة المتابعة الجزائية بنصها على «يمنع كل شكل من أشكال الترويج والرعاية والإشهار لفائدة مواد التبغ» وهو المنع الذي يشمل الإشهار والترويج الإلكتروني باعتباره داخلا تحت عبارة «كل شكل».

ج2-2/ بالنسبة للمواد أو المشروبات الكحولية

منعت المادة 60 من القانون ذاته بدورها الترويج والإشهار بكل أشكاله التقليدية والإلكترونية للمشروبات الكحولية بنصها على «يمنع الترويج والرعاية والإشهار للمشروبات الكحولية ولكل مادة أخرى معينة ومصنفة مضرّة بالصحة» وذلك أيضا تحت طائلة المتابعة الجزائية.

كما نصت المادة 402 من القانون ذاته على أنه «يعاقب كل من يخالف المنع المنصوص عليه في أحكام المادتين 51 و60 من هذا القانون المتعلقين على التوالي، بالترويج والرعاية والإشهار للتبغ والمشروبات الكحولية بغرامة من 500.000 دج إلى 1.000.000 دج، وفي حالة العود، تضاعف العقوبة».

ج2-3/ بالنسبة للمنتجات الصيدلانية: تولت المادة 207 من القانون 18-11، المتعلق بالصحة، تعريف المنتجات الصيدلانية بنصها على «تتضمن المواد الصيدلانية في مفهومها هذا القانون ما يأتي:

(1) في فرنسا أصبح بمقدور الصيدليات بيع الأدوية على شبكة الإنترنت ابتداء من 02 جانفي 2013 ولكن وفق قائمة معينة من هذه الصيدليات دون غيرها، ووفق ضوابط وشروط قانونية. www.ordre.pharmacien.fr/le-patient/vente-de-medicament.

Consulté le : 09/08/2018 à 18 :00. sur-internet-en-france.

(2) قانون رقم 18-11 مؤرخ في 2 يوليو 2018، يتعلق بالصحة، ج ر ع 46، صادرة بتاريخ 29 يوليو 2018.

-الأدوية

-المواد الكيميائية الخاصة بالصيديات

-المواد الجالينوسية

-المواد الأولية ذات الاستعمال الصيدلاني

-الأغذية الحميوية الموجهة لأغراض طبية خاصة

-كل المواد الأخرى الضرورية للطب البشري».

وقد منعت المادة 237 من القانون 18-11 المتعلق بالصحة في فقرتها السابعة الإشهار عن المواد أو المنتجات الصيدلانية للجمهور، بنصها على: « .. يمنع الإشهار للمواد الصيدلانية والترويج لها اتجاه الجمهور بكل الوسائل الإعلامية».

إلا أن المشرع أعطى مهمة الإعلام العلمي وليس التجاري وكذا الإشهار للمواد الصيدلانية، بشكل حصري لمنتجات المواد الصيدلانية والشركات المتخصصة في الترقية الطبية الخاضعين للقانون الجزائري، مع ضرورة الحصول على ترخيص مسبق من مصالح الوزارة المكلفة بالصحة استنادا إلى أحكام م 238 من القانون 18-11 المتعلق بالصحة.

كما حددت المادة 427 من القانون ذاته العقوبات المترتبة على مخالفة أحكام المادتين 237 و 238 بنصها على «يعاقب كل من يخالف أحكام المادتين 237، 238 كم هذا القانون المتعلقة، على التوالي بالإشهار وبالإعلام العلمي حول المواد الصيدلانية بغرامة من 200.000 دج إلى 500.000 دج، وفي حالة العود تضاعف العقوبة».

أما في حالة ارتكاب المخالفات السابقة الذكر من طرف شخص معنوي فقد تولت المادة 441 تحديد العقوبات المسطرة عليه⁽¹⁾.

يستخلص من مجمل النصوص السابقة أنه إذا ما تم الاعلان والترويج لمنتج صيدلاني خارج الأماكن المخصصة له، وهي الصيدليات المرخص لها ببيع المنتجات الصيدلانية، أو لم يتم احترام القواعد المحددة لذلك فإن عقد البيع يقع باطلا بطلانا مطلقا، فضلا عن تعرض المخالف للمتابعة الجزائية.

(1) بنصها على أنه «يعاقب الشخص المعنوي الذي يرتكب إحدى المخالفات المنصوص عليها في الباب الثامن، أعلاه، بما يأتي:

1- غرامة لا يمكن أن تقل عن خمسة 5 أضعاف الغرامة القصوى المنصوص عليها للشخص لطبيعي،

2- عقوبة واحدة أو أكثر من العقوبات التكميلية الآتية :

- حجز الوسائل والعتاد المستعمل في ارتكاب المخالفة

- المنع من ممارسة نشاط الصحة لمدة لا تتجاوز خمس سنوات،

- غلق المؤسسة أو إحدى ملحقاتها لمدة لا تتجاوز خمس سنوات،

- حل الشخص المعنوي».

وقد قضت محكمة استئناف باريس في حكم لها ببطان عقد بيع لعدسات طبية لاصقة على موقع إحدى الشركات على شبكة الإنترنت، واعتبرته مخالفا لقانون حماية الصحة العامة، ومرتبا لمسؤولية جزائية لعدم إشراف صيادلة متخصصين على موقع تلك الشركة⁽¹⁾.

ج3/ المنتجات التي تمس بحقوق الملكية الفكرية أو الصناعية أو التجارية

بموجب البند 4 من المادة 3 من قانون التجارة الإلكترونية 05-18 حظر المشرع التعامل عن طريق الاتصالات الإلكترونية في المنتجات التي يمكن أن تمس بحقوق الملكية الفكرية، والمتمثلة في مجموعة الحقوق التي تحمي الفكر والإبداع الإنساني بمختلف أصنافه تحت طائلة ترتيب مسؤولية مدنية وجزائية في جانب المخالف، وعليه فإن كل تعامل عبر الاتصالات الإلكترونية من قبل الغير من شأنه المساس بحقوق الملكية الفكرية بمختلف أنواعها يعد محظورا سواء تعلق الأمر:

1/ **بحقوق الملكية الأدبية والفنية:** التي تشمل مبتكرات المؤلف في مجال الآداب والعلوم والفنون، التي منحت المادة 27 من الأمر 05-03⁽²⁾ الحق لصاحبها دون سواء استغلال مصنفه بأي شكل من أشكال الاستغلال، كما أخضعت المادة 99 من القانون ذاته إبلاغ المصنفات المحمية إلى الجمهور بأية وسيلة، منها الاتصالات الإلكترونية إلى ضرورة الحصول على ترخيص مسبق من المؤلف أو ممن يمثله اصطلاح عليه تسمية "رخصة الإبلاغ إلى الجمهور".

2/ **بحقوق الملكية الصناعية،** كالحق في براءات الاختراع والرسم والنماذج الصناعية، استنادا لأحكام الأمر 07-03 المتعلق ببراءات الاختراع⁽³⁾، والأمر 08-03 المتعلق بحماية التصميم الشكلي للدوائر المتكاملة⁽⁴⁾.

3/ **بحقوق الملكية التجارية،** كالعلامات التجارية والأسماء التجارية وغيرها وفق الشروط والأحكام التي حددها الأمر 06-03 المتعلق بالعلامات⁽⁵⁾.

والحكمة من منع المشرع للتعامل في هاته المنتجات عبر الاتصالات الإلكترونية، يرجع إلى ضرورة الحصول على ترخيص مسبق من صاحبها وفق شروط محددة للتعامل فيها، سواء أكان ذلك بالطرق التقليدية أو الإلكترونية.

(1) C.A, Paris, 05 éme ch, section-A, 2 mars 2005, disponible sur le site : www.legi France.gouv.fr

(2) راجع أيضا م 144 وما بعدها من الأمر 05-03، مؤرخ في 19 يوليو 2003، يتعلق بحقوق المؤلف والحقوق المجاورة، ج ر ع عدد 44 صادرة بتاريخ: 23 يوليو 2003.

(3) المواد 11 و56 و61 من أمر 07-03 مؤرخ في 19 يوليو 2003، يتعلق ببراءات الاختراع، ج ر ع 44، صادرة بتاريخ 23 يوليو 2003.

(4) المواد 5، 35 وما بعدها من أمر 08-03، مؤرخ في 19 يوليو 2003، يتعلق بحماية التصميم الشكلي للدوائر المتكاملة، ج ر ع 44 صادرة بتاريخ 23 يوليو 2003.

(5) راجع م 09 و26 وما بعدها من الأمر 06-03 المؤرخ في 19 يوليو 2003، يتعلق بالعلامات، ج ر ع 44 صادرة بتاريخ 23 يوليو 2003.

ج4/ كل سلعة أو خدمة محظورة بموجب التشريع المعمول به

يستفاد من عبارة "كل سلعة أو خدمة محظورة بموجب التشريع المعمول به" الواردة في المادة 3 من القانون 05-18 أن المشرع وبعد أن عدد مجموعة من المعاملات المحظورة عبر الاتصالات الإلكترونية عاد ليفتح المجال واسعا على نحو يشمل كل سلعة أو خدمة غير مذكورة سابقا ومحظورة بموجب تشريع أو تنظيم معمول به في البيئة التقليدية، ويجعلها خارجة عن دائرة التعامل الإلكتروني بحكم القانون.

فإضافة إلى منع لعب القمار والرهان وبيع أو الإشهار عن المشروبات الكحولية والتبغ والمنتجات الصيدلانية، والتعامل في المنتجات التي تمس بحقوق الملكية الفكرية أو الصناعية أو التجارية، يمنع أيضا التعامل بأي وجه في كل سلعة أو خدمة بموجب التشريع المعمول به عن طريق الاتصالات الإلكترونية.

من بين هاته السلع أو الخدمات نذكر مثلا: حظر التعامل في المخدرات والمؤثرات العقلية -المحظور التعامل فيها حتى في البيئة التقليدية- بموجب القانون رقم 04-18 المتعلق بالوقاية من المخدرات والمؤثرات العقلية وقمع الاستعمال والاتجار غير المشروعين بها ⁽¹⁾ تحت طائلة المتابعة الجزائية.

وكذا كل الخدمات أو النشاطات التي تحتاج إلى ترخيص مسبق، أو تأهيل نوعي معين أو إجراءات دقيقة ومحددة لتحقيقها في البيئة الرقمية، كالنشاطات المتصلة بالمواد أو المنتجات الكيميائية الخطرة وأوعية الغاز المضغوطة، وهي النشاطات المنظمة بموجب المرسوم التنفيذي 03-451 ⁽²⁾، المعدل والمتمم بموجب المرسوم التنفيذي 10-19، ومن بين هاته المواد أو المنتجات نذكر أوعية الغاز المضغوطة، الأسمدة ومنتجات الصحة النباتية ذات الاستعمال الفلاحي، والمواد شبه الطبية والمواد السامة، أو التي تشكل خطرا من نوع خاص.

ج5/ كل سلعة أو خدمة تستوجب إعداد عقد رسمي

استبعد المشرع الجزائري بموجب البند الأخير من المادة 3 من قانون التجارة الإلكترونية، كل معاملة محلها سلعة أو خدمة تستوجب إعداد عقد رسمي من دائرة التعامل الإلكتروني، منتهجا في ذلك مسلك معظم التشريعات المقارنة التي اتجهت إلى استبعاد تطبيق القواعد الخاصة بالمعاملات الإلكترونية على بعض التصرفات القانونية الهامة، وفضلت أن تبرم تلك التصرفات في الشكل التقليدي دون الإلكتروني مراعاة لعدة اعتبارات من أهمها : أهمية وخطورة هاته التصرفات واتصالها بالنظام العام من جهة، وعدم إتصال

(1) قانون رقم 04-18 مؤرخ في 25 ديسمبر 2004، يتعلق بالوقاية من المخدرات والمؤثرات العقلية وقمع الاستعمال والاتجار غير

المشروعين بها، ج ر عدد 83، صادر بتاريخ 26 ديسمبر 2004

(2) مرسوم تنفيذي رقم 03-451 يحدد قواعد الأمن المطبقة على النشاطات المتصلة بالمواد والمنتجات الكيميائية الخطرة وأوعية الغاز المضغوطة، ج ر عدد 75 صادر بتاريخ 7 ديسمبر 2003، معدل ومتم بموجب المرسوم التنفيذي رقم 10-19 مؤرخ في 12 يناير 2010 ج ر عدد 04 صادر بتاريخ 17 يناير 2010.

بعضها بالمعاملات التجارية وإنما هي تصرفات شخصية أو مدنية بحتة كالزواج والهبة والوصية من جهة أخرى⁽¹⁾.

فبناء على ذلك تعتبر كل معاملة تستوجب إعداد عقد رسمي خارجة عن دائرة التعامل الإلكتروني بحكم القانون وكل مخالفة لمقتضى هذا الحكم تعرض المعاملة أو التصرف للبطلان المطلق، ومثالها ما أشارت إليه المادة 324 مكرر 1 ق.م من أنه: "زيادة على العقود التي يأمر القانون بإخضاعها إلى شكل رسمي يجب تحت طائلة البطلان، تحرير العقود التي تتضمن نقل ملكية عقار أو حقوق عقارية أو محلات تجارية أو صناعية أو كل عنصر من عناصرها، أو التنازل عن أسهم من شركة أو حصص فيها، أو عقود إيجار زراعية أو تجارية أو عقود تسيير محلات تجارية أو مؤسسات صناعية في شكل رسمي، ويجب دفع الثمن لدى الضابط العمومي الذي حرر العقد. كما يجب تحت طائلة البطلان، إثبات العقود المؤسسية أو المعدلة للشركة بعقد رسمي وتودع الأموال الناتجة عن هذه العمليات لدى الضابط العمومي المحرر للعقد".

ومنها أيضا عقد الرهن الرسمي (م 883 ق.م)، وعقد الهبة العقارية (م 206 ق.أ)⁽²⁾، وعقد النشر وعقود بيع التصاميم، وعقد الوقف، وعقد الزواج (م 7 مكرر فقرة 02 ق.أ) وغيرها....

ج6/حظر التعامل في التجهيزات والمنتجات الحساسة

حظر المشرع بموجب المادة 05 من قانون التجارة الإلكترونية التعامل عن طريق الاتصالات الإلكترونية في العتاد والتجهيزات والمنتجات الحساسة المحددة عن طريق التنظيم المعمول به، وذلك بعد حظره للتعامل إلكترونيا في قائمة من السلع والخدمات بموجب المادة 03 من القانون ذاته.

وقد عرفت المادة 2 من المرسوم التنفيذي رقم 410-09 الذي يحدد قواعد الأمن المطبقة على النشاطات المنصبة على التجهيزات الحساسة⁽³⁾ هذه الأخيرة بأنها «يقصد بالتجهيزات الحساسة "في مفهوم هذا المرسوم كل عتاد يمكن أن يمس استعماله غير المشروع بالأمن الوطني وبالنظام العام».

كما أضافت الفقرة الثانية من المادة ذاتها «تحدد قائمة التجهيزات الحساسة في الملحق الأول بهذا المرسوم، ويمكن تحيينها بقرار مشترك بين الوزراء المكلفين بالدفاع الوطني والداخلية والنقل وتكنولوجيا الإعلام والاتصال».

بالرجوع إلى هذا الملحق نجد أنه قسم التجهيزات الحساسة إلى:

(1) سليم سداوي، عقود التجارة الإلكترونية: دراسة مقارنة، ط1، دار الخلدونية، الجزائر، 2008، ص 63.

(2) قانون رقم 84-11، مؤرخ في 9 يونيو 1984، المتضمن قانون الأسرة، معدل ومتمم، ج ر عدد 24، صادر بتاريخ 12 يونيو 1984.

(3) مرسوم تنفيذي رقم 410-09 مؤرخ في 10 ديسمبر 2009، يحدد قواعد الأمن المطبقة على النشاطات المنصبة على التجهيزات الحساسة، ج ر ع 73، صادرة بتاريخ 13 ديسمبر 2009، معدل ومتمم بموجب المرسوم التنفيذي 16-61 مؤرخ في 11 فبراير 2016، ج ر ع 09، صادرة بتاريخ 17 فبراير 2016.

1/ **تجهيزات حساسة خاصة بالمواصلات السلكية واللاسلكية**، ومثالها تجهيزات المواصلات السلكية واللاسلكية التي تقتضي تعيين أو تخصيص مجموعة من الذبذبات، كتجهيزات الاتصال بالراديو، تجهيزات الاتصال الممكن استعمالها لإرسال الصورة أو الصوت أو الفيديو ومختلف المعطيات عبر الأقمار الصناعية منها أيضا البطاقات المسبقة والمؤجلة الدفع (شرائح الهاتف النقال) وغيرها.

2/ **تجهيزات حساسة خاصة بالطيران والطرق**: منها الطائرات بمختلف أنواعها، المركبات الخفيفة لكل الأرضيات، أنظمة الإشارة الضوئية الخاصة المركبة أو الموجهة للتركيب والمضيئة باللون الأزرق، الأحمر، أو البرتقالي، والأنظمة الصوتية كصفارات الإنذار وغيرها ...

3/ **تجهيزات حساسة أخرى**: كتجهيزات المراقبة عن طريق الفيديو، تجهيزات الأمن المخصصة للمراقبة التقنية كتلك الموجهة لمراقبة وتفتيش الطرود والأمتعة ومراقبة الأشخاص وتجهيزات التدخل وحفظ النظام كالأغلال مثلا، وعتاد الحماية من الطلقات، المركبات والآلات غير المدرعة والمضادة للشغب وغيرها.

وقد نصت المادة 04 من المرسوم ذاته على أنه «**بغض النظر عن التنظيم المعمول به تخضع ممارسة نشاطات الاتجار وتقديم الخدمات المتعلقة بالتجهيزات الحساسة للحصول على اعتماد مسبق تسلمه مصالح الوزارة المكلفة بالداخلية.**

يغطي نشاط الاتجار بالتجهيزات الحساسة واستيرادها وتصديرها وصنعها وبيعها. ويغطي نشاط تقديم الخدمات، تركيب التجهيزات الحساسة وصيانتها وتصليحها»

بالاستناد إلى ما سبق يمكن القول أن كل معاملة محلها تجهيزات حساسة سواء تعلقت باقتناء أو بيع أو تصدير أو تركيب أو صيانة أو تصليح، تعتبر ممنوعة أو محظورة بموجب القانون عن طريق الاتصالات الإلكترونية، وإن كانت مسموحة وفق الشروط والإجراءات المحددة في البيئة التقليدية.

ج7/ **حظر التعامل في كل المنتجات و/ أو الخدمات الأخرى التي من شأنها المساس بمصالح الدفاع الوطني والنظام العام والأمن العمومي**

وسع المشرع بموجب م 05 من القانون 05-18 قائمة المنتجات و/ أو الخدمات المحظور التعامل فيها عبر الاتصالات الإلكترونية لتشمل كل المنتجات والخدمات التي من شأنها المساس بمصالح الدفاع الوطني والأمن العمومي، والنظام العام بصفة عامة دون حصر أو تحديد ومثالها:

1/ **التعامل في التجهيزات والمنتجات الحساسة السابق الإشارة إليها.**

2/ التعامل في العتاد الحربي والأسلحة والذخيرة الخاضعة لأحكام الأمر رقم 06-97⁽¹⁾ ومرسومه التنفيذي رقم 96-98⁽²⁾ المعدل والمتمم، وهي النشاطات التي تبقى خاضعة لرخص وإجراءات وشروط محدد لإقامتها في البيئة التقليدية، إلا أنها محظورة تماما بالبيئة الإلكترونية لاستحالة إعمال الشروط المتعلقة بها في هذه البيئة.

وقبل اختتام هاته النقطة تجدر الإشارة إلى أن الحظر المكرس بموجب المادتين 03 و 05 من قانون التجارة الإلكترونية لا يشمل فقط إبرام تلك المعاملات المحظورة عبر الاتصالات الإلكترونية، وإنما يمتد ليشمل كل إشهار أو ترويج للسلع أو الخدمات محل تلك المعاملات، وعلى ذلك نصت المادة 34 من قانون التجارة الإلكترونية «يمنع نشر أي إشهار أو ترويج عن طريق الاتصالات الإلكترونية لكل منتج أو خدمة ممنوعة من التسويق عن طريق الاتصالات الإلكترونية بموجب التشريع والتنظيم المعمول بهما».

كما يترتب عن مخالفة أحكام المادتين 3 و 5 عقوبات جزائية يتحملها المخالف، وذلك حسب ما نصت عليه م 37 من قانون التجارة الإلكترونية «دون المساس بتطبيق العقوبات الأشد المنصوص عليها في التشريع المعمول به، يعاقب بغرامة من 200.000 دج إلى 1.000.000 دج كل من يعرض للبيع، أو يبيع عن طريق الاتصال الإلكتروني، المنتجات أو الخدمات المذكورة في المادة 3 من هذا القانون.

يمكن القاضي أن يأمر بغلق الموقع الإلكتروني لمدة تتراوح من شهر (1) إلى ستة 6 أشهر» .

وكذا ما نصت عليه المادة 38 من القانون ذاته: «دون المساس بتطبيق العقوبات الأشد المنصوص عليها في التشريع المعمول به، يعاقب بغرامة من 500.000 دج إلى 2.000.000 دج كل من يخالف أحكام المادة 5 من هذا القانون.

يمكن القاضي أن يأمر بغلق الموقع الإلكتروني والشطب من السجل التجاري».

(1) أمر رقم 06-97 مؤرخ في 21 يناير 1997، يتعلق بالعتاد الحربي والأسلحة والذخيرة، ج ر عدد 6، صادرة بتاريخ 22 يناير 1997.
(2) مرسوم تنفيذي رقم 96-98 مؤرخ في 18 مارس 1998، يحدد كفايات تطبيق الأمر 06-97 المتعلق بالعتاد الحربي والأسلحة والذخيرة، ج ر عدد 17، صادرة بتاريخ 25 مارس 1998، معدل ومتمم بموجب المرسوم التنفيذي 304-04 مؤرخ في 13 سبتمبر 2004، ج ر عدد 60، صادرة بتاريخ 19 سبتمبر 2004.

الفصل الثاني

مسار تبادل التعبير عن الإرادة
بالكتابة الإلكترونية

لما كانت العقود الإلكترونية المبرمة عبر وسائل الاتصال الحديثة لا تختلف في جوهرها عن العقود التقليدية المبرمة في بيئة مادية، فهي بذلك لا تخرج عن إطار القواعد العامة المنظمة لأحكام العقد عموماً وإن كانت هذه العقود في بعض جوانبها تحتاج إلى معالجات قانونية تفتقر إليها تلك القواعد العامة، ومن القواعد العامة النازمة لأحكام العقد والمطبقة بالضرورة على العقود المبرمة إلكترونياً نجد القواعد المنظمة لأركانها، يتقدمها ركن التراضي، وذلك على الرغم من وجود اختلافات فقهية وتشريعية حول ماهية هذه الأركان ودورها في تكوين العقد⁽¹⁾.

فمن حيث المبدأ لا يختلف التراضي الإلكتروني عن التراضي التقليدي من حيث كيفية وشروط تكوينه، إذ أنه وحتى يتكون التراضي الإلكتروني لابد من تبادل شخصين التعبير عن إرادتين متطابقتين قانوناً، وهو ما نصت عليه المادة 59 ق.م "يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتين دون الإخلال بالنصوص القانونية".

والمقصود بتبادل التعبير الإرادي المتطابق أن يصدر من شخص إيجاب بإبرام عقد معين، فيصدر من الشخص الآخر تعبير متطابق مع هذا الإيجاب في كافة جزئياته، يسمى القبول⁽²⁾، وحيث أن تبادل هذين الأخيرين -الإيجاب والقبول- يتم في العقود الإلكترونية عبر وسائل إلكترونية حديثة، سمي الإيجاب المعبر عنه بواسطتها إيجاباً إلكترونياً، إذا ما قابله قبول عبر نفس الوسائط، نكون أمام قبول إلكتروني ليتشكل لدينا بذلك التراضي الإلكتروني.

بغية تسليط الضوء على هذا الركن في العقود المبرمة عبر الوسائط الإلكترونية والتي على رأسها الكتابة الإلكترونية، نخصص هذا الفصل المتكون من مبحث أول موسوم بعنوان التعبير الإلكتروني عن الإرادة من طرف الموجب (الإيجاب الإلكتروني)، ومبحث ثاني موسوم بعنوان التعبير الإلكتروني عن الإرادة بما يتطابق مع الإيجاب الإلكتروني (القبول الإلكتروني)، كل ذلك في ظل أحكام قواعد القانون الجزائي، وعند غيابها سنلجأ بالضرورة إلى القوانين المقارنة في هذا المجال.

(1) هناك اختلاف في المواقف التشريعية والفقهية حول الأركان العامة التي يقوم عليها العقد، حيث نجد في القوانين اللاتينية والقوانين المتأثرة بها أن العقد يقوم على أركان ثلاثة هي: الرضى، المحل والسبب، والشكلية في بعض الحالات، أما في القانون الإنجليزي والقوانين المتأثرة به فإن العقد فيها ينشأ بتوافر العناصر المكونة له وهي بالنسبة للعقد البسيط الإيجاب والقبول، واتجاه النية لخلق علاقة قانونية والشكلية بالنسبة للعقد التي يتطلب القانون إفراغها في شكل معين: أنظر في ذلك آمانج رحيم أحمد، مرجع سابق، ص 89 هامش رقم 5.

(2) نزيه محمد الصادق المهدي، انعقاد العقد الإلكتروني، بحث مقدم في مؤتمر المعاملات الإلكترونية (التجارة الإلكترونية-الحكومة الإلكترونية)، كلية الحقوق، جامعة الإمارات، مركز الإمارات للدراسات والبحوث الاستراتيجية بأبو ظبي، ماي 2009، ص 219.

المبحث الأول: التعبير الإلكتروني عن الإرادة من طرف الموجب (الإيجاب الإلكتروني)

يعتبر الإيجاب الخطوة الأولى في تكوين ركن التراضي في كافة العقود، ومنها العقد المبرم إلكترونياً⁽¹⁾ فالإيجاب هو الإرادة الأولى التي تظهر في العقد بغض النظر عن الوسيلة المستخدمة في إبرامه، ومن حيث المبدأ لا يختلف الإيجاب الإلكتروني عن الإيجاب التقليدي مادام الموجب قد قصد بإيجابه ترتيب أثر قانوني معين.

أما كلمة "الإلكتروني"⁽²⁾ إذا ما أضيفت إليه لتكون صفة له فإنها لا تنال من أصله المتمثل في المعنى المراد منه وفقاً لأحكام النظرية العامة للعقد، فالمسألة هنا لا تتعدى مجرد وصف أضفي عليه بسبب طبيعة الوسيلة المستخدمة في التعبير عنه أو إيصاله إلى من وجه إليه⁽³⁾.

وحيث أن غالبية العقود المبرمة إلكترونياً تتم بين أشخاص يصدق عليهم وصف المستهلكين⁽⁴⁾ من جهة والمحترفين من جهة أخرى، في عالم افتراضي لا مادي، عادة ما يظهر نوع من عدم التوازن بين الطرفين أين أصبح التاجر أو الحرفي يستغل مركزه في العالم الافتراضي وكذا خبرته لإبرام عقود تتضمن شروطاً أقل مما توصف به أنها تعسفية⁽⁵⁾، في مواجهة مستهلك عديم أو قليل خبرة، قد يندفع لإبرام تصرف قانوني معين نتيجة قلة خبرته وإذعاناً لأساليب الدعاية المغالى فيها، والمستخدم من طرف المحترف عند الترويج لسلعته.

هذا الوضع استدعى توفير حماية قانونية للمستهلك في مواجهة المهني، تركزت من خلال فرض بعض الإجراءات التي يتعين على المهني احترامها واتباعها إذا ما كان تعامله مع من يحمل وصف المستهلك وعليه، سيتم تقسيم هذا المبحث إلى 3 مطالب، يسلط من خلالها الضوء على أهم المسائل التي تبرز فيها خصوصية الإيجاب في العقد الإلكتروني لإثبات أو نفي الفرضية التي مفادها أن القواعد العامة كافية وحدها لحكم العقد الإلكتروني بوصفه عقداً كغيره من العقود، حيث نعز إلى مفهوم الإيجاب الإلكتروني (مطلب أول)، ثم أحكامه (مطلب ثاني)، وأخيراً الإجراءات الواجب مراعاتها لحماية المستهلك الإلكتروني عند تقديم الإيجاب (مطلب ثالث).

(1) ZOLA Michel, « La notion de consentement à l'épreuve de l'électronique (2e partie) Gaz.Pal, 16 octobre 2001, p.1552.

(2) عرف قانون إمارة دبي مصطلح إلكتروني على أنه " ما يتصل بالتكنولوجيا الحديثة وذو قدرات كهربائية أو رقمية أو مغناطيسية أو لاسلكية أو بصرية أو كهرومغناطيسية أو مؤتمتة أو ما شابه ذلك".

(3) مندي عبد الله محمود حجازي، التعبير عن الإرادة عن طريق الإنترنت واثبات التعاقد الإلكتروني وفقاً لقواعد الفقه الإسلامي والقانون المدني: دراسة مقارنة، ط1، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2010، ص 256.

(4) يعرف المستهلك الإلكتروني حسب نص المادة 6 من قانون التجارة الإلكترونية 05-18 بأنه "كل شخص طبيعي أو معنوي يقتني بصفة مجانية أو بعوض سلعاً أو خدمة عن طريق الاتصالات الإلكترونية من المورد الإلكتروني بغرض الاستخدام النهائي"

(5) محمد حسن رفاعي العطار، مرجع سابق، ص 85.

المطلب الأول: مفهوم الإيجاب الإلكتروني

ليس القصد من البحث في مفهوم الإيجاب الإلكتروني إعادة بحثه من الناحية التقليدية وإعادة تفصيل الأحكام العامة بشأنه، ولكن الغاية من ورائه تتمثل في إبراز خصوصيته باعتباره قائماً في بيئة إلكترونية جعلته يتميز سواء في طريقة طرحه أو شروطه أو خصائصه، إضافة إلى بيان مدى تأثير طابعه الإلكتروني في خضوعه للقواعد العامة للقانون المدني، وتحديد مفهوم الإيجاب الإلكتروني يقتضي التعريف به بداية (فرع أول) لمعرفة مدى اختلافه عن الإيجاب التقليدي من عدمه، ثم بيان طرق طرحه (فرع ثاني) وذلك من خلال ما يلي.

الفرع الأول: التعريف بالإيجاب الإلكتروني

يتم التعريف بالإيجاب الإلكتروني من خلال تحديد تعريف له (أولاً)، ثم بيان خصائصه (ثانياً)، وأخيراً تمييزه عما قد يشبهه به من أنظمة (ثالثاً).

أولاً: تعريف الإيجاب الإلكتروني

في ظل غياب تعريف قانوني للإيجاب في جل الأنظمة القانونية منها القانون الجزائي وعدم اشتراطها لشكلية معينة في التعبير عنه مبدئياً، فقد تولى كل من الفقه والقضاء مهمة إعطاء تعريف للإيجاب في ذاته بصفة عامة وبغض النظر عن الوسيلة المستخدمة في التعبير عنه، فقدموا تعريفات عديدة ولكنها متشابهة.

فعرّفه بعض الفقه على أنه: "عرض جازم وكامل للتعاقد ووفقاً لشروط معينة يوجهه شخص إلى شخص معين، أو إلى أشخاص غير معينين بذواتهم، أو إلى الكافة ولا يكون إلا صريحاً، وقد يكون باللفظ أو الكتابة أو باتخاذ أي موقف آخر لا تدع ظروف الحال شكاً في دلالة على الإيجاب"⁽¹⁾.

وعرفه آخر بأنه "عرض كامل ورازم للتعاقد وفقاً لشروط محددة يوجهه شخص إلى شخص معين أو إلى أشخاص معينين بذواتهم أو للكافة"⁽²⁾.

في نفس السياق عرفه بعض الفقه الفرنسي بأنه: "تعبير عن الإرادة من جانب واحد يدل على اتجاه رغبة مصدره إلى التعاقد، ويتضمن بالضرورة العناصر الضرورية للعقد المراد إبرامه"⁽³⁾.

(1) أنظر في ذلك: أنور سلطان، الالتزام في القانون المدني الأردني: دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، ط1، دار الثقافة، عمان، 2002 ص54، ومحمد وحيد الدين سوار، شرح القانون المدني: النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، ج1، ط9، جامعة دمشق، 2000 ص7.

(2) عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد: مصادر الالتزام، ج1، دار النهضة العربية، القاهرة، 1981 ص152.

(3) GHESTIN Jacques, *Traité de droit civil, la formation du contrat*, 3ème édition, Paris 1993, p.258.

كما عرف بأنه: "كل عرض جازم لإبرام عقد وفق شروط محددة"⁽¹⁾.

أما على مستوى القضاء فقد عرفته محكمة النقض المصرية بأنه " العرض الذي يعبر به الشخص على وجه جازم عن إرادته في إبرام عقد معين، بحيث إذا ما اقترن به قبول مطابق له انعقد العقد"⁽²⁾، كما عرفته محكمة النقض الفرنسية بأنه "عرض يعبر به الشخص عن إرادته في إبرام عقد معين، بحيث يكون ملتزما به في حالة قبوله من المتعاقد الآخر"⁽³⁾.

أما من الناحية القانونية وعلى غرار الإيجاب التقليدي الذي لم يحظ بتعريف قانوني لدى معظم التشريعات، لم تورد معظم القوانين المنظمة للتجارة الإلكترونية تعريفا للإيجاب الإلكتروني على الرغم من تأكيدها على جواز التعبير عن الإرادة (الإيجاب) بوسائل إلكترونية⁽⁴⁾، ماعدا بعضها كقانون اليونسسترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية وبعض التوجيهات الأوروبية، إلا أنه في المقابل لم يدخر الفقه جهدا في إيجاد تعريف للإيجاب الإلكتروني، وعليه سنعرض من خلال النقطتين التاليتين إلى التعريف الفقهي ثم القانوني للإيجاب الإلكتروني

أ/ التعريف الفقهي للإيجاب الإلكتروني: غلبت خصوصية الإيجاب الإلكتروني من حيث أنه يتم بوسيلة إلكترونية على جانب من التعريفات التي وردت لتحديد مفهوم الإيجاب الإلكتروني⁽⁵⁾، حيث عرف هذا الأخير وفقا لهذا التوجه بأنه: " تعبير عن إرادة الراغب في التعاقد عن بعد، حيث يتم من خلال شبكات دولية للاتصالات بوسيلة مسموعة ومرئية ويتضمن كافة العناصر اللازمة لإبرام العقد، بحيث يستطيع من يوجه إليه التعبير أن يقبل التعاقد مباشرة"⁽⁶⁾.

وقد انتقد هذا التعريف لكونه قصر مفهوم الإيجاب الإلكتروني على ذلك الذي يتم عبر شبكة الإنترنت فقط، وهذا يتنافى مع مفهوم الإيجاب الإلكتروني الذي لم تشترط التشريعات شكلية معينة للتعبير

(1) ZOLA Michel, « La notion de consentement à l'épreuve de l'électronique (2e partie) », *Gaz.Pal*, 16 octobre 2001, p 1552.

(2) نقض مدني مصري ، 19 يونيو 1969، مجموعة أحكام النقض، رقم 159، ص 1017 مشار إليه لدى: سامح عبد الواحد التهامي التعاقد عبر الإنترنت: دراسة مقارنة، دار الكتب القانونية، الاسكندرية، 2008، ص 137، هامش رقم 1.

(3) « Une proposition de contracter ne constitue une offre que si elle indique la volonté de son auteur d'être lié en cas d'acceptation » *cass.com*, 6 mars 1990.bull.Iv.n°74, p51, disponible sur le site:

www.legiFrance.gouv.fr

(4) آمانج رحيم أحمد، مرجع سابق، ص 143.

(5) علاء محمد الفواعير، العقود الإلكترونية: التراضي - التعبير عن الإرادة، دراسة مقارنة، ط1، دار الثقافة، عمان، 2014، ص 125.

(6) محمد حسين منصور، المسؤولية الإلكترونية، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2003، ص 67، وقريبا منه في الفقه الفرنسي نجد:

MAS Florence, op.cit, pp. 69-70.

عنه أو وسيلة محددة لإرساله أو استقباله، فمن الخطأ أن نربط الإيجاب الإلكتروني بوسيلة اتصال معينة لاسيما وأن وسائل الاتصال الحديثة تعتمد تقنيات إلكترونية تفوق في تطورها الدراسات القانونية.

كما أن المشرع عند وضعه لأي قانون يسعى إلى تحقيق صلاحية هذا القانون لأطول فترة ممكنة قبل أن يضطره إلى التعديل وذلك حرصا على استقرار المعاملات القانونية⁽¹⁾.

في حين عرفه آخرون⁽²⁾ بأنه "تعبير جازم عن الإرادة يتم عن بعد عبر تقنيات الاتصال - سواء كانت مسموعة أم مرئية، أم كليهما- ويتضمن الشروط والعناصر الأساسية للعقد المراد إبرامه كافة، بحيث ينعقد به العقد إذا ما تلاقي معه القبول".

ب/ التعريف القانوني للإيجاب الإلكتروني

سبقت الإشارة إلى أن معظم التشريعات النازمة للمعاملات الإلكترونية لم تتضمن تعريفا للإيجاب الإلكتروني، وإنما اكتفت بتقرير مبدأ عام يفيد بجواز استخدام مختلف الوسائل الإلكترونية في التعبير عن الإرادة، ماعدا القلة القليلة منها وهي:

1/ التوجيه الأوروبي رقم 07 لسنة 1997 المتعلق بحماية المستهلك الذي عرف من خلال نص المادة 02 الإيجاب الإلكتروني بأنه: "كل اتصال عن بعد يتضمن كافة العناصر اللازمة لتمكين المرسل إليه الإيجاب من أين يقبل التعاقد مباشرة، ويستبعد من هذا النطاق مجرد الإعلان"⁽³⁾.

2/ كما نصت المادة 1/11 من قانون اليونسטרال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية على أنه "في سياق تكوين العقود، وما لم يتفق الطرفان على غير ذلك يجوز استخدام رسائل البيانات للتعبير عن العرض وقبول العرض، وعند استخدام رسالة البيانات في تكوين العقد، لا يفقد العقد صحته أو قابليته لمجرد استخدام رسالة بيانات لذلك الغرض".

3/ كما تضمن البند 2/3 من مشروع العقد النموذجي بشأن المعاملات الإلكترونية الملحق بقانون اليونسسترال النموذجي ما يلي: "تمثل الرسالة إيجابا إذا تضمنت إيجابا لإبرام عقد مرسل إلى شخص واحد أو أشخاص محددين ما دامو معرفين على نحو كاف، وكانت تشير إلى نية مرسل الإيجاب أن يلتزم في حالة القبول، ولا يعتبر إيجابا الرسالة المتاحة إلكترونيا بوجه عام ما لم يشر إلى غير ذلك".

(1) نور الهدى مرزوق، مرجع سابق، ص 69.

(2) سمير حامد الجمال، التعاقد عبر تقنيات الاتصال الحديثة، مرجع سابق، ص 105، وعلاء محمد الفواعير، مرجع سابق، ص 126.

(3) جاءت صياغة النص باللغة الفرنسية كالآتي:

" Toute communication à distance comportant tous les éléments nécessaires pour que son destinataire puisse souscrire directement un engagement contractuel la simple publicité étant exclue ".

كما عرفته غرفة الصناعة والتجارة بباريس على أنه "كل اتصال عن بعد يحتوي على كل العناصر اللازمة التي تمكن المرسل إليه من الموافقة مباشرة على الدخول في العقد"⁽¹⁾

يتضح من خلال هذه التعريفات حرص التشريعات على قبول رسائل البيانات المتبادلة إلكترونياً لأن تكون عبارة عن إيجاب موجه لشخص أو عدة أشخاص محددين⁽²⁾، وحرصها أيضاً على ضرورة وضوح الرؤية في السوق الإلكترونية من حيث تضمين الموجب عناصر الإيجاب اللازمة حتى يتمكن من وجه إليه الإيجاب التعبير عن قبوله وهو على بيئة تامة وبصيرة بصحة الإيجاب الموجه إليه⁽³⁾.

خلاصة القول: أنه ليس للإيجاب الإلكتروني تعريف خاص به يختلف في مضمونه عن تعريف الإيجاب التقليدي إلا في الوسيلة المستخدمة في التعبير عنه، أين يتم عادة بوسائل ذات طبيعة إلكترونية بدلاً من الوسائل التقليدية، وأن إضافة صفة الإلكتروني إليه لا تنال من المعنى المقصود به موضوعياً طبقاً للقواعد العامة للعقد، بل هو -وصف إلكتروني- مجرد وصف يلحق بالإيجاب بسبب الوسيلة المستخدمة في التعبير عنه⁽⁴⁾.

حسب رأيي فإنه وطالما كان الإيجاب الإلكتروني لا يختلف عن نظيره التقليدي إلا من حيث أنه تعبير عن الإرادة في عقد يتم إبرامه عن بعد، وأنه يتم باستخدام وسائل إلكترونية، فإن أي تعريف يقدم للإيجاب الإلكتروني ينبغي أن يشير إلى هاتاه الخصوصية التي يتسم بها مثل هذا النوع من الإيجاب بالإضافة إلى ضرورة إستجماعه لجميع الشروط المتطلبة في الإيجاب التقليدي وفقاً للقواعد العامة الناظمة لأحكام العقد، التي تبقى صالحة للتطبيق على الإيجاب الإلكتروني إلا ما تعارض منها مع خصوصيته بسبب الوسيلة المستخدمة في إرساله أو استقباله.

وعليه نقترح التعريف التالي للإيجاب الإلكتروني "تعبير عن الإرادة من جانب واحد يدل على اتجاه رغبة صاحبه الباتة والجازمة إلى التعاقد، يتم توجيهه أو استقباله عبر وسائل إلكترونية، ويتضمن بالضرورة العناصر الجوهرية للعقد المراد إبرامه والتي تمكن المرسل إليه الإيجاب من أن يقبل التعاقد مباشرة".

(1) «Toute communication à distance comportant tous les éléments nécessaires pour que son destinataire puisse souscrire directement un engagement contractuel». Chambre de commerce et d'industrie de paris. Pour un contrat-type de commerce électronique. Rapport présenté par j.p SAILLARD et adopté le 27 Mars 1997. P10. Disponible sur le site: www.ccip.fr

(2) ناصر حمودي، العقد الدولي الإلكتروني المبرم عبر الإنترنت: مع التركيز على عقد البيع الدولي للبضائع، ط1، دار الثقافة، عمان، 2012، ص 178.

(3) محمد إبراهيم أبو الهيجاء، عقود التجارة الإلكترونية، ط3، دار الثقافة، عمان، 2017، ص 87.

(4) أنظر في ذلك: ناصر حمودي، العقد الدولي الإلكتروني المبرم عبر الإنترنت: مع التركيز على عقد البيع الدولي للبضائع، مرجع سابق، ص 178، نزيه محمد الصادق المهدي، انعقاد العقد الإلكتروني، مرجع سابق، ص 220. رأي محمد علوان، مرجع سابق، ص 248، آمانج رحيم أحمد، مرجع سابق، ص 144.

ثانيا: خصائص / خصوصية الإيجاب الإلكتروني

من خلال وسائل الاتصال الحديثة عرف مفهوم الإيجاب العديد من التحولات باستثناء الخصائص اللصيقة به، إذ يشهد الإيجاب الإلكتروني نوعا من المطاطية أو القابلية للتشكيل والتحويل⁽¹⁾، وحيث أنه يدخل في تكوين العقود الإلكترونية، فقد اصطبغ بخصائصها وتميز عن الإيجاب التقليدي من خلال أنه إيجاب يتم عبر وسيط إلكتروني، وأنه يتم عن بعد، وأنه أيضا إيجاب عالمي وفي أغلب الأحيان يكون موجها من مهني إلى مستهلك وهو ما تطلب توافره على مجموعة من العناصر.

أ/ الإيجاب الإلكتروني يتم عبر وسيط إلكتروني

من أهم أوجه الخصوصية في الإيجاب الإلكتروني أن التعبير عنه يتم عبر وسيط إلكتروني⁽²⁾ وذلك من خلال استخدام شبكة الإنترنت، وليس المقصود هنا شبكة الإنترنت بذاتها بل المقصود هو ما تقدمه هذه الشبكة من خدمات، كخدمة البريد الإلكتروني وخدمة غرف المحادثة، وخدمة الويب والتنزيل عن بعد فجميع هذه الخدمات تسمح للموجب بعرض إيجابه بصورة أكثر وضوحا⁽³⁾.

ونظرا لوجود الوسيط الإلكتروني الذي يقوم بعرض الإيجاب ونشره نيابة عن الموجب، فإن هذا الإيجاب لا يكون فعالا بمجرد صدوره من الموجب وإنما من الوقت الذي يتم فيه عرض الإيجاب على الموقع من خلال الإنترنت أو وسيلة الاتصال المستعملة في التعبير عنه⁽⁴⁾.

ب/ الإيجاب الإلكتروني يتم عن بعد

يستمد الإيجاب الإلكتروني هذه الخاصية من السمة الأساسية للعقد الإلكتروني الذي صُنف أنه من قبيل العقود المبرمة عن بعد، في ظل عدم الحضور المادي للأطراف لحظة تبادل التراضي فيما بينهم، وتثير هذه الخاصية العديد من الإشكالات القانونية، كإشكالية التحقق من هوية الموجب وأهليته وتحديد زمان ومكان إبرام العقد، وكذا خضوع هذا الإيجاب للقواعد الخاصة بحماية المستهلك والتي تفرض على المهني العديد من الالتزامات والواجبات نظرا لغياب المادي للسلع والخدمات أمام المستهلك، وصعوبة تحديد

(1) **AYEWOUADAN Akodah**, *Les droits du contrat à travers l'internet*, Edition LACIER, Bruxelles, 2012, p. 60.

(2) والوسيط الإلكتروني لازم في الإيجاب الإلكتروني، وهذا الوسيط قد يكون مقدم خدمة الإنترنت كما يمكن أن يكون الموجب نفسه، كما أن هناك أشخاص قد يشاركون في تقديم خدمة الإنترنت وتوفير الاتصال بالشبكة منهم عامل الاتصالات، مورد المعلومة، مورد المنافذ أنظر: خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني: دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص 252.

(3) مجاهد أسامة أبو الحسن، التعاقد عبر الإنترنت، دار الكتب القانونية، القاهرة، 2002، ص 69.

(4) أنس محمد شرف اليوسفي، مرجع سابق، ص 90.

مواصفات المنتج المعروض بدقة، ما يستدعي توفير حماية قانونية خاصة للمستهلك في مواجهة هذا النوع من الإيجاب⁽¹⁾.

ج/ الإيجاب الإلكتروني في الغالب إيجاب عالمي / دولي

أدى عدم اعتراف شبكة الإنترنت ووسائل الاتصال الحديثة بالحدود الإقليمية إلى تحويلها إلى سوق دولية واسعة النطاق، ولما كان الإيجاب يطرح من خلالها كان من الطبيعي أن يتأثر بهذه الصفة ويتحول إلى إيجاب عالمي في غالبية الأحيان⁽²⁾.

د/ استمرارية الإيجاب الإلكتروني

يتميز الإيجاب الإلكتروني بميزة أساسية تتمثل في الاستمرارية، بحيث يستطيع الموجه إليه الإيجاب في كل وقت العودة مرة أخرى للاطلاع على الكتالوج أو الإعلان الموجود على الموقع الإلكتروني أو الصندوق الإلكتروني⁽³⁾، في أي وقت يشاء مادام الموجب لم يسحبه، في حين يقتصر الإيجاب التقليدي على مدة زمنية محددة سواء بالنسبة للإيجاب الملزم أو بالنسبة للإيجاب الصادر في مجلس العقد.

هـ/ زوال الحدود بين الإيجاب الموجه لشخص معين والإيجاب الموجه للجمهور عبر الإنترنت

يتميز الإيجاب الإلكتروني عن التقليدي بكونه لا يتأتى ضمن صورة واحدة وذلك انسجاماً مع تعدد أشكال تبادل البيانات عبر الشبكة ووسائل الاتصال الحديثة، فهناك الإيجاب العام والإيجاب الخاص⁽⁴⁾.

إذ يعتبر إيجاباً عاماً ذلك الإيجاب الموجه للجمهور، بحيث لا يتعلق بشخص بعينه أو بمؤهلات أو صفات شخصية، كالإيجاب الذي يتم عبر دفتر الصور النموذجية (le catalogue) الذي يمكن الاطلاع عليه في موقع إلكتروني، كما يمكن أن تعرض السلع أو الخدمات في شكل صور أو فيديوهات بالصوت أو بالكتابة على الشبكة، حيث تكون العناصر الجوهرية لإبرام العقد متوفرة دون وجود بيان يضيق من مجال الإيجاب⁽⁵⁾، فعندها نكون أمام إيجاب موجه للجمهور ويكون المتعاقد الآخر المحتمل غير محدد بعينه، فيكون لكل مستعملي الشبكة الحق في الرد على الإيجاب وبالتالي في إبرام العقد.

(1) أنس محمد شرف اليوسفي، مرجع سابق، ص 92.

(2) نظراً لأن التاجر قد يقيد إيجابه بمنطقة جغرافية معينة لا يكون إيجاباً صالحاً خارجها، كما قد يقيد بقرص تسليم المبيع على منطقة جغرافية محددة سلفاً، لا يلتزم الموجب بتسليم المبيع خارجها.

(3) VERBIEST Thibault, *Commerce électronique: le nouveau cadre juridique, publicité-contrat-contentieuse*, Editions Larcier, Bruxelles, 2004, p91.

(4) عمر خالد زريقات، مرجع سابق، ص 119.

(5) AYEWODAN Akadah, *Les droits du contrat à travers l'internet*, op.cit, p. 62.

أما الإيجاب الخاص فهو الإيجاب الموجه لشخص معين، فيتم في الغالب من خلال عروض التعاقد عبر البريد الإلكتروني أو برامج المحادثة (chatting)، أو يتم عن طريق عروض مشخصة على موقع إلكتروني، كما قد يتم توجيهه إلى مجموعة من الأشخاص بشكل جماعي برضاهم أو حتى بدونهم عن طريق ما يعرف بـ (spamming) الذي يتم بشكل إسمي، لذلك يعتبر إيجابا موجها لشخص معين⁽¹⁾.

ثالثا: تمييز الإيجاب الإلكتروني عما يشابهه من أنظمة

أسالت مسألة التمييز بين الإيجاب وما قد يشته به من أنظمة قانونية الكثير من حبر الفقهاء، بحيث كانت هذه المسألة مطروحة على مستوى الإيجاب التقليدي بشدة، ومع ظهور الإيجاب الإلكتروني زادت حدة الاختلاف في آراء الفقهاء بشأنها، أين لوحظ أنها وصلت إلى حد الخلط في المصطلحات ما بين الدعوة إلى التفاوض أو التعاقد وإعلان وإشهار وعرض تجاري إلكتروني.

ومرد ذلك أن طرح الإيجاب في صورة عروض عبر وسائط إلكترونية يثير العديد من الشكوك حول مدى مراعاتها لشروط الإيجاب المحددة قانونا، فعند الإبحار عبر تقنيات الاتصال الحديثة تواجهك عادة العديد من العروض التي لا تعلم منها ما إذا كانت إيجابا يسعى إلى العثور على قبول مطابق له، أم أنها من باب الإعلان أو الدعاية عن منتج أو خدمة معروضين، أم أنها مجرد دعوة للتعاقد تستهدف تحصيل إيجاب من الطرف المقابل⁽²⁾، وعليه سنحاول عرض مختلف الآراء في التمييز بين الإيجاب الإلكتروني والدعوة إلى التعاقد (أ) ثم بينه وبين الإعلان أو الإشهار الإلكتروني (ب).

أ/ الإيجاب الإلكتروني والدعوة إلى التعاقد

يقصد بالدعوة إلى التعاقد⁽³⁾ العرض الذي يتقدم به شخص للتعاقد دون أن يحدد عناصره وشروطه أما الإيجاب فهو تعبير عن إرادة باتة وجازمة متضمنة لجميع عناصر العقد الجوهرية، بحيث إذا ما صادفه قبول انعقد العقد مباشرة كأصل⁽⁴⁾.

يترتب عن التفرقة بين الإيجاب ومجرد الدعوة إلى التعاقد نتائج قانونية عديدة أهمها أن الدعوة إلى التعاقد لا يترتب عليها أثر قانوني، فلا ينعقد العقد بقبول هذه الدعوة، ذلك أنها لا تعتبر تعبيراً نهائياً عن

(1) AYEWODAN Akadah, *Les droits du contrat à travers l'internet*, op.cit, p. 63.

(2) محمود عبد الرحيم الشريقات، التراضي في تكوين العقد عبر الإنترنت، مرجع سابق، ص 137.

(3) هناك من يفرق بين الدعوة إلى التفاوض والدعوة إلى التعاقد، ويعتبرها مصطلحين مختلفين باختلاف مفهومهما وهدفهما، إذ تتجه الإرادة في الدعوة إلى التعاقد إلى عدم التفاوض على العقد نهائياً بل تستهدف التعاقد مباشرة دون أي تفاوض، بينما تتجه في الدعوة إلى التفاوض إلى الدخول في مفاوضات تمهيدية لمناقشة شروط العقد - أنظر: خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني: دراسة مقارنة، مرجع سابق ص 258.

(4) عبد المنعم فرج الصده، نظرية العقد في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، ط2، دار النهضة العربية، القاهرة، 1990، ص 101 وجلال علي العدوي، أصول الالتزامات: مصادر الالتزام، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1997، ص: 84-85.

إرادة صاحبها في التعاقد، فإذا استجاب شخص لهذه الدعوة لا تعتبر استجابته تلك قبولا منه ينقذ به العقد⁽¹⁾، أما الإيجاب الإلكتروني متى كان مستجمعا لشروطه وصادفه قبول فإن العقد ينقذ مباشرة كأصل هذا من جهة.

من جهة أخرى، وحيث أن الدعوة إلى التعاقد تعتبر عملا ماديا لا يترتب عليه أي أثر قانوني - بحسب الأصل - فهي غير ملزمة وبالتالي جاز العدول عنها من جانب أي طرف ودون أن تقع عليه أية مسؤولية جراء ذلك العدول، ما لم يقتزن هذا الأخير بضرر يصيب أحد الطرفين، فيعوض هذا الضرر استنادا إلى أحكام المسؤولية التقصيرية إذا ما توافرت شروطها هي الأخرى⁽²⁾.

وكثيرا ما يدق أمر التمييز بين الدعوة إلى التعاقد وبين الإيجاب، فالتمييز بينهما ليس بالأمر الهين دائما خاصة في العقود المبرمة إلكترونيا نظرا للطبيعة الخاصة لهذا النوع الجديد من العقود، فيطرح التساؤل حول المعايير المعتمدة للفرقة بينهما في ظل البيئة الرقمية.

اختلف الفقه حول اعتماد معيار محدد للفرقة بين الإيجاب الإلكتروني والدعوة إلى التعاقد إلكترونيا وظهر رأيان، الرأي الأول⁽³⁾: يذهب إلى القول بأن المعيار الذي يميز الإيجاب - التقليدي أو الإلكتروني- عن الدعوة إلى التعاقد، هو وجود النية الجازمة في التعاقد، بحيث لا بد لاعتبار عرض ما إيجابا أن يخرج هذا العرض من دائرة الدعوة للتعاقد ليدخل في إطار الإيجاب، وهو ما لن يتأتى له إلا إذا كان صادرا عن نية جازمة ورغبة أكيدة في التعاقد، وهذه النية تستشف من احتواء العرض للعناصر الأساسية والمسائل الجوهرية اللازمة لإبرام العقد، فيكون بذلك كل عرض يهدف إلى التعاقد كأصل ما لم يثبت أنه إيجاب.

أما الكشف عن هذه النية فهو أمر يتصل بالواقع ويختلف من حالة إلى أخرى بحسب اختلاف الظروف والملابسات، ولما كانت كذلك فإن قاضي الموضوع هو من يختص بتقديرها في ضوء ما يتبين له من ظروف الدعوى ووقائعها، دون رقابة عليه في ذلك من محكمة القانون⁽⁴⁾.

وقد أقر كل من الفقه والقضاء الفرنسيين هذا المعيار في الفرقة بين الإيجاب والدعوة إلى التعاقد واعتبرا أن مسألة تكييف العروض الأولية من اختصاص محكمة الموضوع، ولا تخضع لرقابة محكمة النقض إلا أن ذلك لا ينفي الاسترشاد بالمعيار الثاني الذي سيتم التطرق إليه تاليا، إذ كلما كان العرض المقدم

(1) BENABENT Alain, *Droit civil, les obligations*, 3ème édition, Montchrestien, 1991, p. 32.

(2) محمد أنس شرف اليوسفي، مرجع سابق، ص 95.

(3) جلال علي العدوي، مرجع سابق، ص 84، خالد مدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، مرجع سابق، ص 256، حسام الدين كامل الأهواني، النظرية العامة للإلتزام: مصادر الإلتزام، ج1، بدون ناشر، 1985، ص 83.

(4) محمود السيد عبد المعطي خيال، الإنترنت وبعض الجوانب القانونية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1998، ص 112.

إلكترونيا واضحا وكاملا اقترب أكثر من اعتباره إيجابا، في حين كلما وسع العارض من حرته في الالتزام من عدمه اعتبر العرض مجرد دعوة إلى التعاقد⁽¹⁾.

ب/ الإيجاب الإلكتروني والإعلان الإلكتروني

يعرف الإعلان بأنه مجموعة الرسائل التي يبثها الشخص في إطار نشاطاته التجارية أو الصناعية أو المهنية بهدف الترويج وتسويق السلع والخدمات⁽²⁾، كما يعرفه البعض بأنه: "كل شكل من أشكال الاتصال في إطار نشاط تجاري أو صناعي أو فني بهدف الدعاية لتوريد أشياء أو خدمات"⁽³⁾.

غير أن تعدد صور الإعلانات المطروحة عبر شبكات الإنترنت طرح مسألة التكييف القانوني لعرض المنتجات مع بيان أسعارها عبرها، هل يعتبر مجرد إعلان أم دعوة إلى التعاقد أم ترقى لتكون إيجابا كاملا خاصة وأن القاعدة العامة تقضي بأن كل إيجاب عبارة عن إعلان يهدف إلى استقطاب من وجه إليهم⁽⁴⁾.

ألقى الخلاف بين التشريعات⁽⁵⁾ حول مسألة عرض المنتجات مع توضيح أسعارها في المتاجر التقليدية ظلالة على موقف الفقه من مسألة عرض المنتجات عبر شبكة الإنترنت مع بيان أسعارها، بحيث انقسموا على أنفسهم إلى ثلاث آراء، يرى الأول منهم أن الإعلان لا يعتبر إيجابا، والثاني قال بصعوبة التفرقة بينهما ذلك أنه ومع تطور التجارة الإلكترونية يمكن القول بأن الفاصل بين الإيجاب والإعلان أو الإشهار في طريقه إلى الزوال⁽⁶⁾، أما الثالث فاعتبر الإعلان إيجابا متى توافر على العناصر الأساسية لإبرام العقد والتي على رأسها الثمن، وفيما يلي تفصيل لتلك الآراء:

1/ الرأي الأول: ذهب أنصار هذا الرأي⁽⁷⁾ إلى أن الإعلان الموجه إلى الجمهور لا يعتبر إيجابا وإنما هو مجرد دعوة إلى التعاقد إذا لم يتضمن العناصر الجوهرية للعقد المراد إبرامه، شأنه في ذلك شأن عرض المنتجات

(1) خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، مرجع سابق، ص 259.

(2) أحمد السعيد الزقرد، الحماية القانونية من الخداع الإعلاني في القانون الكويتي والمقارن، بحث منشور في مجلة الحقوق، الكويت، السنة 19، العدد 3، سبتمبر 1995، ص ص: 143-160.

(3) محمود السيد عبد المعطي خيال، مرجع سابق، ص 120.

(4) VERBIEST Thibault, *La protection juridique du cyber-consommateur*, LITEC, Paris, 2002, p. 59.

(5) القانون والقضاء الإنجليزي يرون بأن العرض أو الإعلان للجمهور عبر الإنترنت يعد من قبل الدخول في المفاوضات ولا يرقى قانونا لمرتبة الإيجاب، في حين يعتبره البعض الآخر من القوانين على غرار القانون الفرنسي والإيطالي والبلجيكي مجرد رغبة في التعاقد، أما القانون الألماني فقد أعطى للقاضي السلطة التقديرية في فحص كل حالة على حده - أنظر في ذلك، ناصر حمودي، العقد الدولي الإلكتروني المبرم عبر الإنترنت، مرجع سابق، ص 184.

(6) MOREAU Nathalie, *La formation du contrat électronique dispositif de protection du cyberconsommateur et modes alternatifs de règlement des conflits*, Mémoire DEA, Droit des contrats, Faculté des Sciences Juridiques, Politiques et Sociales, Université de Lille 2, 2003, p. 38.

(7) أنظر: خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، مرجع سابق، ص 263، عباس العبودي، التعاقد عن طريق وسائل الاتصال الفوري، وحجيتها في الإثبات المدني: دراسة مقارنة، مكتبة الثقافة، عمان، 2017، ص 98، ورامي محمد علوان، مرجع سابق، ص 245.

على واجهات المحلات دون تبيان ثمنها، فإذا حُدد هذا الأخير إلى جانب تحديد العناصر الجوهرية الأخرى ارتقى هذا العرض إلى مصاف الإيجاب، وعليه فالفاصل لدى أصحاب هذا الاتجاه الفقهي بين النظامين هو مدى تحديد الموجب للثمن، فإن كان محددًا عُده عرضه إيجابًا وإن لم يحدد عُده مجرد دعوة إلى التفاوض.

2/ الرأي الثاني: ذهب أصحاب هذا الرأي إلى أن الإعلان لا يعتبر إيجابًا وإنما هو مجرد دعوة للتعاقد وذلك بسبب عدم تعيين الشخص الموجه إليه الإيجاب، فضلًا عما يحمله هذا النوع من الإعلان من ضغط معنوي على إرادة المستهلك وتحريضه بطريقة غير مباشرة على الاندفاع إلى اقتناء سلع أو طلب خدمات غير ضرورية له⁽¹⁾.

وقد سائر هذا الاتجاه اتفاقية فيينا بشأن البيع الدولي للبضائع لعام 1980 حيث اشترطت في الفقرة الثانية من المادة 14 منها في الإيجاب أن يكون موجهاً إلى شخص أو مجموعة أشخاص محددين، واعتبرت أن العرض أو الإعلان الذي يخلو من مثل هذا التحديد مجرد دعوة إلى التعاقد، ما لم يتضح اتجاه إرادة الشخص صاحب الإعلان إلى خلاف ذلك، أي اتجاهها إلى ما يفيد بالتزام صاحب الإعلان بإبرام العقد إذا ما صادفه قبول مطابق له.

3/ الرأي الثالث: موازنة مع الرأيين السابقين ظهر رأي أكثر موضوعية⁽²⁾، يرفض أن يلقي وصفاً مجملًا يصدق على كافة العروض الموجهة إلى الجمهور عبر شبكة الإنترنت بأنها تشكل إيجابًا في كل الحالات، أو أنها تشكل دعوة إلى التعاقد في كافة الأحوال أيضاً⁽³⁾، بحيث يرى بأن التفرقة بين كل من الإعلان والإيجاب قد تصح وتكون ممكنة بالنسبة للعقود التقليدية، إلا أنها تصعب في التعاقد الإلكتروني، خاصة إذا ما تضمن الإعلان كافة العناصر الجوهرية لإبرام العقد.

فحسب رأيهم فإن الحد الفاصل بين النظامين يكمن في طريقة صياغة الإعلان في حد ذاته، ومدى اعتبار الألفاظ المستخدمة فيه إيجابًا أو دعوة للتعاقد، أما مسألة تقدير ذلك فيجب أن تمنح لقاضي الموضوع الذي يلزم بدراسة مدى توافر أركان العقد ونية الموجب من خلال إعلانه، باعتبارها من المسائل الموضوعية التي يختص بها قاضي الموضوع.

وبدوري أؤيد الاتجاه الثالث ذلك أن العرض الموجه إلى الجمهور عبر شبكة الإنترنت متى كان واضحاً كاملاً ومحددًا تحديدًا نافيًا للجهالة أو التضليل، ومتضمنًا جميع العناصر الجوهرية لإتمام العقد عبر الإنترنت

(1) سمير حامد عبد العزيز الجمال، التعاقد عبر تقنيات الاتصال الحديثة، مرجع سابق، ص 105، ومحمود السيد عبد المعطي خيال، مرجع سابق، ص 120.

(2) محمد حسن رفاعي العطار، البيع عبر شبكة الإنترنت: دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص 74، أحمد السعيد الزقرد، نظرية عامة لصياغة العقود، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، العدد 2، السنة 25، الكويت، سبتمبر 2001، ص 220 وكذلك:

- POULET Olivier, *Savoir négocier ses contrats*, Delmas, Paris, 2007, p. 65.

(3) محمود عبد الرحيم الشريقات، مرجع سابق، ص 141.

كأن يتضمن تحديد الثمن وكيفية تسديده والمواصفات الدقيقة للسلعة أو الخدمة المعروضة وميعاد وكيفية التسليم، فلا يوجد ما يمنع من إضفاء صفة الإيجاب عليه وعدم الاقتصار على اعتباره مجرد دعوة إلى التعاقد لا لأي شيء إلا أنه مطروح عبر وسائط إلكترونية، لأن في ذلك مخالفة لمفهوم الإيجاب الذي يفترض أنه متى استجمع أي عرض شروط محددة ارتقى إلى مصاف الإيجاب بغض النظر عن الوسيلة المستخدمة في توجيهه، سواء أكانت تقليدية أو إلكترونية، على أن يتولى القاضي بما له من سلطة تقديرية تحديد مدى استجماع العرض لشروط الإيجاب من عدمها، وحسب كل حالة على حده.

إضافة إلى ذلك فإن الواقع العلمي يظهر أنه في كل مرة تكون فيها سلعة معروضة أو خدمة مقدمة عبر الويب ويقوم الشخص المتصفح للموقع بالضغط على صورتها أو اسمها، يظهر له مباشرة عقد نموذجي يعرض عليه بقية المعلومات المتعلقة بطلبه أو شروط التعاقد، كما يتطلب منه تعبئة بعض البيانات الشخصية في خانات مخصصة لذلك وموحدة لجميع متصفحي الموقع، الأمر الذي سيجعل من هذا العقد النموذجي إيجاباً باتاً وجازماً، لا ينقصه سوى قبول الطرف الآخر حتى ينعقد العقد⁽¹⁾.

الفرع الثاني: طرق طرح الإيجاب الإلكتروني

أظهر استخدام شبكة الإنترنت ووسائل الاتصال الحديثة في التعبير عن الإرادة وبالخصوص الإيجاب، العديد من الطرق الإلكترونية التي يمكن من خلالها طرح الإيجاب سواء أكان موجهاً للجمهور أو لشخص محدد، أهمها سيتم التطرق إليها من خلال النقاط التالية:

أولاً/ الإيجاب عبر البريد الإلكتروني E-mail

تقوم فكرة البريد الإلكتروني على تبادل الرسائل الإلكترونية ومختلف الملفات والرسوم والبرامج وغيرها عن طريق إرسالها من المرسل إلى شخص آخر أو عدة أشخاص آخرين، باستعمال عناوين البريد الإلكتروني للمرسل إليهم بدلاً عن عناوينهم المادية⁽²⁾، ونميز بشأنه بين حالتين:

أ/ الإيجاب عبر البريد الإلكتروني في حالة وجود فترة زمنية فاصلة بينه وبين القبول:

يكون الإيجاب الصادر عبر البريد الإلكتروني موجهاً غالباً من شخص إلى آخر أو إلى عدة أشخاص آخرين على وجه التحديد والتعيين، بحيث تفصل فترة زمنية معينة بين صدور التعبير وبين اتصاله بعلم من وجه إليه⁽³⁾، والإيجاب الصادر على هاتاه الحال ينطبق مع حالة الإيجاب الصادر عبر الفاكس أو البريد

(1) محمود عبد الرحيم الشريقات، مرجع سابق ص ص: 141-142.

(2) وليد خليل مُجد الحواجرة، العقد الإلكتروني في الفقه والقانون دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الدراسات العليا، الجامعة الأردنية الأردن، 2010، ص 60.

(3) وذلك عن طريق ما يعرف في لغة الكمبيوتر بـ "spamming" راجع في ذلك :

PIETTE -COUDOL Thierry et BERTRAND André, *Internet et la loi*, édition Dalloz, Paris 1997, pp.184-185.

العادي، أين يكون الموجب بحاجة لفترة زمنية فاصلة لإستلام الإجابة، وبذلك يكون هكذا إيجاب قائماً غير ملزم إلا إذا تضمن إلزاماً للموجب بالبقاء عليه لفترة محددة يمكن استخلاصها من الإيجاب نفسه أو من طبيعة التعامل أو من ظروف الحال، وهذا ما نصت عليه المادة 63 من ق.م.⁽¹⁾

وفي هاته الحالة تسري عليه قواعد الإيجاب التقليدي من حيث قيامه وإمكانية الرجوع عنه وكذا سقوطه، إذ يمكن أن يسقط في حالة رفضه عبر البريد الإلكتروني أو تعديله، أو انقضاء المدة في حالة ما إذا كان ملزماً، كما يمكن الرجوع عنه بنفس الوسيلة أو غيرها كأن تكون عبر اتصال هاتفي مثلاً⁽²⁾.

ب / الإيجاب عبر البريد الإلكتروني في حالة الإتصال بالكتابة مباشرة

في هذه الحالة يقترب الإيجاب كثيراً من الإيجاب الصادر عبر التلكس الذي يوفر الإتصال المباشر بين طرفي العقد، حيث يمكن أن يرد القبول فور صدور الإيجاب واتصاله بعلم من وجه إليه، وهنا نكون أقرب إلى مجلس العقد، بحيث لا يخرج تبادل التعبير بهاته الطريقة عن القاعدة الواردة في نص المادة 64 من ق.م التي تقضي بأنه : " إذا صدر الإيجاب في مجلس العقد لشخص حاضر دون تحديد أجل القبول فإن الموجب يتحمل من إيجابه إذا لم يصدر القبول فوراً....".

إعمالاً لذلك فإن الموجب يتحمل من إيجابه في هذه الحالة إذا لم يقترن بقبول فوري كأصل، كما يتحمل منه بأي فعل أو قول يدل على الرفض الذي يسقط بموجبه الإيجاب، كأن يقوم الموجب له بإغلاق جهاز الكمبيوتر أو بإعطاء إشارة إلى أنه انتقل إلى موقع غير موقع الموجب، فيكون بذلك قد قام بفعل يدل على رفض يسقط الإيجاب⁽³⁾.

ثانياً/ الإيجاب عبر المواقع الإلكترونية Web

لا يختلف الإيجاب الصادر عبر شبكة المواقع الإلكترونية كثيراً عن الإيجاب الصادر عبر الصحف والمجلات والقنوات التلفزيونية المخصصة لعرض السلع وتوصيلها إلى المنازل⁽⁴⁾، إلا أنه يتميز بكونه إيجاب مستمر على مدار الساعة، والأغلب أن يكون موجهاً إلى الجمهور عامة، بالإعلان والإشهار لبيع السلع وتقديم الخدمات المتوفرة.

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

(2) NAIMI CHARBONNIER Marine, *La formation et l'exécution du contrat électronique*, thèse de Doctorat, université panthéon-Assas, Paris II, 2003, pp. 29-30

(3) أحمد خالد العجلوني، مرجع سابق، ص 72.

(4) المرجع نفسه، ص 73.

وعادة ما يكون هذا الإيجاب مقترنا بمدة زمنية، أو معلقا على شرط عدم نفاذ السلعة، وهذا الشرط راجع لطبيعة هذا الإيجاب في حد ذاته (كونه موجه إلى الجمهور وخاصة منهم المتواجدين على شبكة الإنترنت)، لذلك فإن احتمال نفاذ هذه السلعة أمر وارد بالنظر إلى كثرة عدد الأفراد الموجه إليهم هذا الإيجاب، بما قد يتسبب بمرور طلبات على السلعة أو الخدمة المعروضة تفوق قدرة المنتج أو البائع على توريدها مما كان مقدار المخزون لديه⁽¹⁾، مما قد يتطلب منه العمل أكثر ولمدة زمنية قد تطول من أجل الوفاء بإيجابه.

ثالثا/ الإيجاب عبر المحادثة أو المشاهدة المباشرة

يستطيع المتعامل على شبكة الإنترنت أن يرى المتصل معه وأن يتحدث معه بفضل ما توفره هذه الشبكة من إمكانية الاتصال الفوري والمرئي، وذلك عن طريق كاميرا توصل بجهاز الكمبيوتر لدى الطرفين فيتحول الكمبيوتر إلى هاتف تقليدي أو هاتف مرئي.

ويتحقق في هذه الحالة حضور افتراضي لطرفي العقد في مجلس عقد واحد ولو كان ذا طبيعة افتراضية أو حكومية، يقترب فيها من مجلس العقد الحقيقي، فيكون الإيجاب صادرا مباشرة بالكلام أو بالكتابة أو بالمشاهدة اللحظية، وهو ما يجعل التعبير عن الإيجاب من خلالها خاضعا لحكم التعاقد بين حاضرين حكما والمنصوص عليها في المادة 64 ق.م.

إن تطبيق حكم المادة 64 ق.م على الإيجاب الصادر وفقا لهاته الآلية يجعل منه إيجابا غير ملزم ما لم يقترن بقبول فوري كأصل، وللموجب حينئذ الحق في العدول عن إيجابه كأصل، فإذا عدل الموجب عن إيجابه أو رفضه الموجب له سقط الإيجاب ولا يتم العقد، فإن صدر قبول بعد ذلك فلا يعتد به وإنما يعتبر إيجابا جديدا استنادا إلى أحكام المادة 66 ق.م.

المطلب الثاني: أحكام الإيجاب الإلكتروني

نتطرق من خلال هذا المطلب إلى الشروط التي يجب أن يستجمعها العرض حتى يكون إيجابا إلكترونيا (فرع أول)، ثم إلى القيمة القانونية للإيجاب الإلكتروني (فرع ثاني).

الفرع الأول: شروط الإيجاب الإلكتروني: باستقراء النصوص المنظمة للإيجاب الإلكتروني⁽²⁾، يتضح أنه وحتى يعتبر العرض الإلكتروني إيجابا صالحا من الناحية القانونية وبأخذ وصف الإيجاب الإلكتروني، وجب أن يستجمع بعض الشروط بعضها يتعلق بشكله وبعضها الآخر بمضمونه، إلى جانب ضرورة توافره على شروط الإيجاب التقليدي العامة.

(1) محمد أمين الرومي، التعاقد الإلكتروني عبر الإنترنت، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، 2004، ص 92.

(2) منها المادة العاشرة من التوجيه الأوربي بشأن البيع عن بعد، المادة 10 من التوجيه الأوربي بشأن التجارة الإلكترونية، ومنها أيضا المادة 25 من القانون التونسي بشأن المبادلات والتجارة الإلكترونية.

وعليه سيتم التطرق من خلال هذا الفرع إلى شروط الإيجاب الإلكتروني والتي يمكن تقسيمها إلى شروط عامة قابلة للتطبيق على كل أنواع الإيجاب وأخرى خاصة، هذه الأخيرة تنقسم إلى شروط متعلقة بالشكل وأخرى متعلقة بالمضمون.

أولا/ الشروط العامة للإيجاب الإلكتروني

بالرجوع إلى القواعد العامة يشترط أن يكون في الإيجاب بغض النظر عن طبيعته شرطين، الأول: أن يكون محددا ودقيقا، والثاني: أن يكون باتا نهائيا أو جازما وهو ما ينطبق على الإيجاب الإلكتروني.

1/ أن يكون الإيجاب الإلكتروني كاملا، محددا، دقيقا

معنى ذلك أن كل عرض لا يعتبر إيجابا إلا إذا تضمن كافة العناصر الجوهرية⁽¹⁾ والضرورية لإبرام العقد، وينبغي على ذلك أن أي تخلف لأحد العناصر كفيلا يجعل التعبير عن الإرادة مجرد عرض لا يرتقي ليكون إيجابا بالمعنى القانوني المؤدي لإبرام العقد.

وعليه وجب أن يكون هذا التعبير -حتى يعتبر إيجابا- مشتملا على البيانات الضرورية والمعلومات المتعلقة بمحل العقد بطريقة واضحة لا يكتنفها أي غموض أو لبس، وعلى نحو يسمح لمن وجه إليه الإيجاب بأن يحيط علما بكافة تفاصيل العقد عن بعد بوضوح تام، بحيث أن أي قبول منه يؤدي إلى إبرام العقد⁽²⁾ وهو ما نصت عليه المادة 1/14 من اتفاقية فيينا للبيع الدولي للبضائع السابقة الذكر.

بيد أنه لا يشترط في المقابل أن يتضمن العرض كافة المسائل التفصيلية والثانوية المتعلقة بالعقد فالمسائل الثانوية لا تؤثر على وصف الإيجاب حتى وإن أغفلها الطرفان، كبيان مكان تسليم المبيع في عقد البيع وزمانه، بحيث يرجع بشأنها إلى القواعد المكملة في نظرية العقد⁽³⁾، طبعاً ما لم يعتبرها الطرفان من المسائل الجوهرية⁽⁴⁾، بحيث وعلى خلاف ما عليه الوضع في العقود التقليدية، وباعتبار أن العقود الإلكترونية غالباً ما تتصف بالعالمية، أصبح مكان تسليم المبيع وكيفية سداد الثمن من أهم المسائل التي يتفق عليها الطرفان، ما جعلها ترتقي إلى مصاف المسائل الجوهرية بحسب العرف.

(1) يقصد بالعناصر الجوهرية في العقد، أركان العقد وشروطه التي يرى المتعاقدان وجوب الاتفاق عليها والتي لا يمكن للعقد أن يقوم من دونها: أنظر خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، مرجع سابق، ص 278.

(2) نزيه محمد الصادق المهدي، انعقاد العقد الإلكتروني، مرجع سابق، ص 223.

(3) محمد أنس شرف اليوسفي، مرجع سابق، ص 101.

(4) هناك معياران للتمييز بين المسائل الجوهرية والثانوية في العقد، معيار موضوعي وآخر شخصي، ويعتبر من المسائل الجوهرية استناداً إلى المعيار الموضوعي الأركان اللازمة لانعقاد العقد من رضا، محل، سبب، بالإضافة إلى الأركان لكل عقد من العقود المسماة التي تحدد ماهية العقد وتميزه عن غيره، أما المعيار الشخصي فهو الإرادة المشتركة للمتعاقدتين التي لها كامل الحرية في تكييف مسألة ما بأنها جوهرية أو غير جوهرية طالما أنها راعت الأركان اللازمة لقيام العقد.

فبتطبيق هذه القواعد على الإيجاب الإلكتروني، فإنه يجب لاعتبار التعبير الموجه إلكترونياً بمثابة إيجاب أن يكون واضحاً وكاملاً ودقيقاً ومحدداً، متضمناً الأركان الأساسية للعقد المراد إبرامه وكل المسائل التي تكون جوهرية بالنظر إلى طبيعة وظروف التعاقد، وكذا كل مسألة ولو كانت ثانوية إذا ثبت أن أحد المتعاقدين ما كان ليبرم العقد لو لم يتم الاتفاق عليها⁽¹⁾.

ب/ أن يكون الإيجاب الإلكتروني جازماً - باتاً

لا يكفي حتى نكون بصدد إيجاب أن يتضمن التعبير عن الإرادة تحديد المسائل الجوهرية في العقد بل يجب إضافة إلى ذلك أن يكون معبراً عن إرادة مصممة بصفة نهائية على إنتاج الأثر القانوني المقصود منه، وهو إبرام العقد، وذلك بغض النظر عن صورة التعبير الإرادي الصادر من الموجب أو وسيلته⁽²⁾ أو بمعنى آخر وجود نية جدية لدى الموجب في التعاقد تجعل منه ملتزماً بالعرض المقدم من قبله إذا ما صادفه قبول مطابق⁽³⁾، وذلك بأن تكون عبارات الإيجاب دالة على العزم والتصميم النهائي على إتمام التعاقد⁽⁴⁾.

واستخلاص ما إذا كان العرض باتاً ورازماً من مسائل الواقع التي يستقل قاضي الموضوع بتقديرها ولا رقابة عليه في ذلك من محكمة النقض، طالما كان ذلك التقدير مستمداً من عناصر تؤدي إليه من وقائع الدعوى، وله أن يعتمد في ذلك على عبارات العرض وأسلوب صياغته والملاسات المختلفة التي تحيط بعملية التعاقد، إذ كلما كان العرض مفصلاً وواضحاً مستوفياً لأركانه كان أقرب للإيجاب منه إلى مجرد دعوة إلى التعاقد أو مجرد عرض⁽⁵⁾.

غير أن الواقع العملي أظهر أن التاجر أو مقدم الخدمة عبر الوسائط الإلكترونية كثيراً ما يقوم بعرض منتجاته أو خدماته مع إضافة تحفظات معينة بشأن الإيجاب المقدم من قبله، وذلك حتى يتهرب من الالتزام بإبرام العقد في بعض الأحيان، كأن يضيف في آخر الصفحة أو الإعلان عبارة: "حتى نفاذ الكمية" أو "الاحتفاظ بحق تعديل الأسعار تبعاً لتغيراته في السوق أو البورصة" أو دون التزام "أو بعد التأكد"، أو عبارة "الكمية المعروضة محددة"⁽⁶⁾، وهو ما يثير التساؤل حول مدى جدية الإيجاب؟

(1) مُجّد أنس شرف اليوسفي، مرجع سابق، ص 102.

(2) نزيه مُجّد الصادق المهدي، انعقاد العقد الإلكتروني، مرجع سابق، ص 223.

(3) مُجّد أنس شرف اليوسفي، مرجع سابق، ص 102.

(4) NAIMI - CHARBONNIER Marine, op.cit, p. 52.

(5) بلال عبد المطلب بدوي، مبدأ حسن النية في مرحلة المفاوضات قبل التعاقدية في عقود التجارة الدولية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين الشمس، مصر، 2001، ص 110 وما بعدها.

(6) OLIVIER Poulet, *Savoir négocier ses contrats*, Delmas, Paris, 2007, p. 65.

فجدية الإيجاب تتنافى مع تعليقه على أي شرط أو إضافته إلى أجل وإلا اعتبر مجرد دعوة إلى التعاقد فإذا أجزمنا بأن الإيجاب المقترن بشرط أو المضاف إلى أجل يمنع من انعقاد العقد ما لم يتحقق الشرط أو يحل الأجل، فما هو حكم العروض التي تكون مقرونة بهكذا عبارات أو تحفظات؟

اختلف الفقهاء حول حكم العرض المقترن بتحفظ وانقسموا إلى فريقين بحيث ذهب الفريق الأول إلى القول بأنه: إذا تضمن الإيجاب أي تحفظ صريح أو ضمني فإنه يفقد صفته باعتباره إيجابا ويصبح مجرد دعوة للتعاقد، معتبرين أن الصيغة الجازمة للإيجاب تستدعي بالضرورة عدم وجود أي تحفظ صريح أو ضمني فيه⁽¹⁾، ويؤكد أنصار هذا الرأي على وجه الخصوص على هذا الأمر في العقد الإلكتروني بالنظر للظروف المحيطة به كنوع من أنواع التعاقد عن بعد، والتي تستدعي الجزم والتعيين والوضوح والابتعاد عن أي شرط أو تحفظ يثير الشك في جدية الإيجاب⁽²⁾.

بينما يذهب أنصار الرأي الثاني إلى التفرقة بين نوعين من التحفظات، النوع الأول: تحفظات عامة لا يحدد من خلالها صاحب العرض ماهية التحفظ بالتحديد ودوافعه، على نحو يسمح له مثلا بالتعاقد مع شخص معين دون آخر من دون التزامه بتحديد أسباب ذلك، واعتبروا أن مثل هذه التحفظات كفيلة بإفقاد الإيجاب وصفه ذاك وإنزاله إلى مرتبة الدعوة إلى التعاقد، أما النوع الثاني: وهي التحفظات المحددة التي تجعل الإيجاب معلقا على شرط، بحيث ينتج أثره في الحال بمجرد تحقق الشرط مثل الإيجاب المقترن بتحفظ بقاء الكمية، فإن مثل هذا التحفظ لا ينال من الإيجاب بوصفه ذاك، لأن القبول في مثل هذه الحالة يؤدي إلى إبرام العقد حتى نفاذ الكمية⁽³⁾.

وقد انتقد هذا الرأي على أساس أنه إذا كان جائزا فيما يخص التحفظ عن نفاذ الكمية أو الأسعار فإنه غير مقبول في حالة وجود عبارات تحفظ تمنع إبرام العقد بمجرد إلتقائه بقبول مطابق، بل تجعله متوقفا على تحقق مضمون التحفظ كتأكيد صاحب العرض مثلا، ومثل هكذا تحفظ يتعارض مع الشروط الواجب توافرها في الإيجاب⁽⁴⁾.

ثانيا/ الشروط الخاصة بالإيجاب الإلكتروني

تنقسم هذه الشروط إلى شروط متعلقة بالشكل (أ)، وأخرى متعلقة بالمضمون (ب).

(1) نور الهدى مزروق، مرجع سابق، ص 111.

(2) نزيه محمد الصادق المهدي، انعقاد العقد الإلكتروني، مرجع سابق، ص 224.

(3) المرجع نفسه، ص 225.

(4) D'AUZON Olivier, *Le droit du commerce électronique*, Edition du puits fleuri, Paris, 2005, p. 51.

1/ الشروط الخاصة بالشكل

يقتضي طرح الإيجاب الإلكتروني عبر وسائل الاتصال الحديثة تحقق بعض الشروط الشكلية تتعلق أساسا بالوسيلة المستعملة (1)، والأسلوب (2) واللغة اللذين يتم تقديم الإيجاب بهما (3).

1/ بالنسبة للوسيلة المستخدمة في طرح الإيجاب الإلكتروني

لم تشترط القواعد العامة كأصل طرح الإيجاب عبر وسيلة معينة بذاتها، فالموجب له كامل الحرية في اختيار الوسيلة التي يقدم من خلالها عرضه، وله في ذلك أن يستخدم كافة الطرق والوسائل المتاحة أو السائدة في التعامل بما فيها وسائل الاتصال الفوري⁽¹⁾، أين يتم التعبير عن الإيجاب الإلكتروني من خلالها عبر وسائل تسمح بالاستعانة بالصور الثابتة أو المتحركة أو الصوتية أو أية وسيلة أخرى كفيلة بتوضيح مواصفات السلعة أو الخدمة المعروضة⁽²⁾.

وما يميز الوسيلة المستخدمة في طرح الإيجاب الإلكتروني هو قدرتها وما حققتها من كفاءة عالية في الجمع بين كل أنواع مظاهر التعبير عن الإرادة وجمعها بين الصوت والصورة بحيث يكون التعبير - مسموعا مقروءا - مرئيا، وهو ما جعلها تتفوق على وسائل التعبير عن الإرادة التقليدية، غير أن اشتراط أن يكون الإيجاب دقيقا ومحددا وواضحا، يستدعي أن يقوم مقدم الخدمة أو المنتج باستخدام هذه الوسائل على نحو يسمح بقراءة وفهم مضمون الإيجاب بكل سهولة بعيدا عن كل غموض.

2/ بالنسبة للأسلوب المستعمل في طرح الإيجاب الإلكتروني

يشترط في الإيجاب الإلكتروني حتى يكون مستجيبا لشروط الجزم والوضوح أن يكون مقدما بأسلوب إلكتروني مفهوم وواضح بعيدا عن أي غموض أو لبس⁽³⁾، خاصة إذا كان موجها لفئة المستهلكين كما يجب أن يتم بأسلوب مكتوب وعلى نحو يسمح بحفظ الشروط التعاقدية المتضمنة فيه داخل أدوات الحفظ المختلفة بهدف استرجاعها مرة أخرى عند الحاجة إليها⁽⁴⁾، وهذا ما نصت عليه الفقرة 01 من المادة 11 من قانون التجارة الإلكترونية 05-18 "يجب أن يقدم المورد الإلكتروني العرض التجاري الإلكتروني بطريقة مرئية مقروءة ومفهومة، ويجب أن يتضمن على الأقل ولكن ليس على سبيل الحصر المعلومات التالية..."

ففيما يخص الأسلوب المستخدم في الإيجاب الموجه عبر شبكة الإنترنت، يرى البعض أنه ومن أجل تفادي الوقوع في فخ عقود الازدعان، يستحسن على القانوني الذي يحرر الإيجاب أن يأخذ بعين الاعتبار بعض العناصر، كاستعمال نصوص قصيرة عند تحريره، استعمال مخطط يوضح ما يتعلق بالإيجاب، استعمال

(1) عباس العبودي، التعاقد عن طريق وسائل الاتصال الفوري وحيثها في الإثبات المدني، دار الثقافة، عمان، 2017، ص 103.

(2) إبراهيم الدسوقي أبو الليل، الجوانب القانونية للتعاملات الإلكترونية، مرجع سابق، ص 89.

(3) سمير حامد عبد العزيز الجمال، التعاقد عبر تقنيات الاتصال الحديثة، مرجع سابق، ص 107.

(4) BEAUCHARD Jean, *L'offre dans le commerce électronique*, Université de Poitiers, 2005, pp 32.

الجميل البسيطة، استعمال الخط العريض والحروف الكبيرة للتمييز بين العناصر المهمة في الإيجاب وغير المهمة فيه⁽¹⁾، وكل ما يجعل من أسلوب الإيجاب الإلكتروني سهلا وبسيطا.

3/ بالنسبة للغة المستخدمة في طرح الإيجاب الإلكتروني

تشتط بعض التشريعات المحلية⁽²⁾ استعمال اللغة الوطنية في التعبير عن الإرادة خاصة مع ظهور القوانين الخاصة بحماية المستهلك، والتي سعى من خلالها المشرع في بعض الدول إلى وضع بعض القيود على اللغة المستخدمة في التعامل مع المستهلك، وذلك خلافا للأصل الذي يقضي بحرية الأطراف في اختيار وسيلة ولغة التعبير عن الإرادة.

غير أن الوضوح مسألة نسبية تختلف من شخص لآخر فما يكون واضحا لشخص قد لا يكون كذلك لدى شخص آخر، وهذا ما يثير المنازعات ويفتح الباب حول عدم الثقة في الإيجاب الإلكتروني بل والإعراض عن إبرام العقد بهذه الوسيلة.

ولا يظهر من نصوص التقنين المدني الجزائري النازمة لنظرية العقد، ولا من تقنين التجارة الإلكترونية ما يوجب استعمال اللغة الوطنية في العروض، إلا أن المادة 18 من القانون 03-09 المتعلق بحماية المستهلك و قمع الغش⁽³⁾، وكذا المادة 07 من المرسوم التنفيذي 13-378 المتعلق بشروط وكيفيات إعلام المستهلك⁽⁴⁾، قد اشترطتا أن تكون المعلومات المقدمة للمستهلك حول المبيع والثن والشروط العامة للعقد مكتوبة باللغة العربية أساسا، وعلى سبيل الإضافة يمكن استعمال لغة أو عدة لغات أخرى

(1) V : -NAIMI CHARBONNIER Marine, op.cit, p. 52.

- GHESTIN Jacques, *traité de droit civil*, la formation du contrat, 3ème édition, LGDJ, Paris, 1993, p 222.

(2) على رأسها التشريع الفرنسي، أين ألزم المشرع الفرنسي صياغة الإيجاب باللغة الفرنسية بموجب نص المادة 01 من المرسوم الصادر في 1975/12/31 المتعلق بترويج السلع والخدمات، المعدل بموجب القانون 94-665 المعروف بقانون "Toubon" توبون، الذي شدد على استخدام اللغة الفرنسية في جميع مجالات التعاقد وقد نص في مادته الثانية على وجوب ذلك بما فيها التجارة الإلكترونية.

V: - JABER Abbas Youssef, *Les contrats conclus par voie électronique : étude comparée*, thèse pour obtenir le grade de Docteur en droit privé, université de Montpellier 1, 30 juin 2012, P106.

-Loi n° 94-665 du 4 août 1994 relative à l'emploi de la langue française, disponible sur :

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=LEGITEXT000005616341>

(3) قانون رقم 03-09، مؤرخ في 25 فبراير 2009، يتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، ج ر عدد 15 صادر في 8 مارس 2009، معدل ومتم بموجب القانون رقم 09-18، مؤرخ في 10 يونيو 2018، ج ر عدد 35، صادر بتاريخ 13 يونيو 2018.

(4) مرسوم تنفيذي رقم 13-378، مؤرخ في 09 نوفمبر 2013، يتضمن الشروط والكيفيات المتعلقة بإعلام المستهلك، ج ر عدد 58 صادر بتاريخ 18 نوفمبر 2013.

سهولة الاستيعاب لدى المستهلك، وأن تسجل في مكان ظاهر وبطريقة مرئية ومقروءة بوضوح ومتعذر محوها.

ب/ الشروط الخاصة بالمضمون

لما كان الإيجاب الإلكتروني عادة أو في الغالب موجهاً لأشخاص معينين هم المستهلكين وجب التحرز والتشدد في شروط الإيجاب الإلكتروني حماية للطرف الآخر من أي بيانات غير صحيحة، ضماناً لسلامة رضاه من أي عيب ومن أي تغيير قد يقع ضحية له نتيجة الوسائل المستخدمة من طرف الموجب في عرض أو إيصال إيجابه، لذلك وحماية لرضا هذا المستهلك بصفة خاصة وأي متعاقد عبر الوسائط الإلكترونية بصفة عامة حرصت التشريعات على ضرورة توافر الإيجاب الإلكتروني على مجموعة من البيانات والمعلومات الكفيلة بضمان الوصول إلى رضا حقيقي وكامل للمستهلك.

يمكن تصنيف المعلومات التي يجب على الموجب إعلام الموجه إليه الإيجاب بها إلى عدة مجموعات، تتعلق الأولى بالبيانات أو المعلومات المتعلقة بتحديد هوية صاحب الإيجاب، والثانية بالبيانات المتعلقة بشروط العقد وأخرى بالسلعة أو الخدمة المعروضة للبيع وأخيراً بيانات متعلقة بالثمن.

وقد تولت المادتين 11 و13 من قانون التجارة الإلكترونية الجزائري بيان المعلومات والبيانات التي يجب أن يتضمنها العرض التجاري على حد تعبير نص المادتين، حين عدت البعض منها على سبيل المثال لا الحصر⁽¹⁾، يمكن تقسمها حسب مايلي:

(1) وجاء نص المادة 11 كالتالي: "يجب أن يقدم المورد الإلكتروني العرض التجاري بطريقة مرئية مقروءة ومفهومة، ويجب أن يتضمن على الأقل، ولكن ليس على سبيل الحصر المعلومات التالية:- رقم التعريف الجبائي، العناوين المادية والإلكترونية، ورقم هاتف المورد الإلكتروني.- رقم السجل التجاري أو رقم البطاقة المهنية للحرفي، طبيعة وخصائص وأسعار السلع أو الخدمات المقترحة باحتساب كل الرسوم.- حالة توفر السلعة أو الخدمة.-كيفية ومصاريف وآجال التسليم. - الشروط العامة، لاسيما البنود المتعلقة بحماية البيانات الشخصية.- شروط الضمان التجاري وخدمة ما بعد البيع.- طريقة حساب السعر، عندما لا يمكن تحديده مسبقاً. -كيفية وإجراءات الدفع. - شروط فسخ العقد عند الاقتضاء.- وصف كامل لمختلف مراحل تنفيذ المعاملة الإلكترونية.- مدة صلاحية العرض عند الاقتضاء.- شروط وآجال العدول عند الاقتضاء.- طريقة تأييد الطلبية.- موعد التسليم، سعر المنتج موضوع الطلبية المسبقة وكيفية إلغاء الطلبية المسبقة عند الاقتضاء.- طريقة إرجاع المنتج، الاستبدال أو التعويض.- تكلفة استخدام وسائل الاتصالات الإلكترونية عندما تحتسب على أساس آخر غير التعريفات المعمول بها".

في حين جاء نص المادة 13 من القانون نفسه كالتالي: "يجب أن يتضمن العقد الإلكتروني لاسيما المعلومات التالية:

- الخصائص التفصيلية للسلع والخدمات.- شروط وكيفية التسليم.- شروط الضمان والخدمات ما بعد البيع.- شروط فسخ العقد الإلكتروني.- شروط وكيفية الدفع.- شروط وكيفية إعادة المنتج.- كيفية معالجة الشكاوى.- شروط وكيفية الطلبية المسبقة عند الاقتضاء.- الشروط والكيفية الخاصة المتعلقة بالبيع بالتجريب عند الاقتضاء.- الجهة القضائية المختصة في حالة نزاع طبقاً لأحكام م 02 المنصوص عليها أعلاه - مدة العقد حسب الحالة".

1/ البيانات المتعلقة بتحديد هوية المورد الإلكتروني

ألزمت المادة 11 من قانون التجارة الإلكترونية بموجب البندين 1 و 2 المورد الإلكتروني بذكر بعض البيانات الكفيلة بالتعريف به وتحديد هويته، وتشمل هذه البيانات كلا من: رقم تعريفه الجبائي، عناوينه المادية والإلكترونية، ورقم هاتفه، كما يشترط عليه ذكر رقم سجله التجاري إذا كان تاجرا أو رقم بطاقته المهنية إذا كان حرفيا، بالإضافة إلى كل معلومة أو بيان يساهم في تحديد هويته ونفي الجهالة عن شخصه.

وبقع الالتزام بتحديد الهوية على عاتق المورد الإلكتروني سواء أكان شخصا طبيعيا أو معنويا، فإذا كان طبيعيا إلزم بتحديد هويته تحديدا دقيقا وواضحا بتحديد اسمه ولقبه وعنوانه، ورقم هاتفه، حتى يمكن الاتصال به في أي وقت حتى لو كان خارج الخط، أما إذا كان شخصا معنويا كأن يكون شركة فيتعين عليه تحديد اسمها وعنوان مقرها والمعلومات المتعلقة بنشاطها التجاري⁽¹⁾.

ذلك أن تحديد هوية المورد الإلكتروني وشخصيته تعتبر من أهم المعلومات التي يجب تبصير الزبون وعلى وجه الخصوص المستهلك بها، على اعتبار أن استخدام الإنترنت في التعاقد يحول دون إمكانية التعرف على هوية المتعاقد الآخر، ما يعود بضرر كبير على المستهلك الذي قد يرفض التعاقد على سلعة أو خدمة معينة لمجرد علمه بحقيقة هوية البائع أو مقدم الخدمة، كما أن هذا البيان من البيانات التي يهتم المستهلك بمعرفتها وذلك حتى يتسنى له الرجوع على المورد الإلكتروني في حالة إخلاله بالتزاماته⁽²⁾.

2/ البيانات المتعلقة بتحديد الشروط العامة للعقد

حددت البيانات المتعلقة بالشروط العامة للعقد بموجب البنود 5، 6، 7، 10، 11، إلى 16 من المادة 11 من قانون التجارة الإلكترونية وتمثل في:

- الشروط العامة للبيع، لاسيما البنود المتعلقة بحماية البيانات الشخصية حسب البند 6 من المادة 11 السالفة الذكر.
- شروط الضمان التجاري وخدمة ما بعد البيع حسب البند 7 من المادة 11 من القانون السالف الذكر بحيث يتعين على المورد الإلكتروني أن يعلم المستهلك على وجه الخصوص بكل الخدمات المقدمة ما بعد البيع، وبأن يحدد له كل الشروط الخاصة بضمان الخدمات التي تلي عملية تسليم البضاعة أو تقديم الخدمة.
- شروط فسخ العقد عند الاقتضاء وذلك حسب البند 10 من المادة 11 السالفة الذكر، بحيث يتعين على المورد الإلكتروني توضيح الشروط اللازم توافرها حتى يمكن للمستهلك طلب فسخ العقد إن كان

(1) مينة وحوو، عقد البيع الإلكتروني في القانون الجزائري، ط1، دار بلقيس، الجزائر، 2016، ص 81.

(2) أنس محمد شرف اليوسفي، مرجع سابق، ص: 106-107.

الفسخ أمرا ممكنا، وكذا توضيح طريقة إرجاع المنتج، أو استبداله أو كيفية التعويض عنه حسب البند الأخير من المادة 11.

- وصف كامل لمختلف مراحل تنفيذ المعاملة الإلكترونية: بحيث يتوجب أيضا على المورد الإلكتروني أن يقدم وصفا كاملا لعملية تنفيذ المعاملة الإلكترونية من خلال تحديد مختلف مراحلها، وهذا ما نص عليه البند 11 من المادة 11 السابقة الذكر، ويتجلى ذلك عن طريق تحديد كفاءات ومصاريف وآجال تسليم البضاعة أو تقديم الخدمة حسب البندين 05 و 15 من المادة ذاتها، وكذا تحديد مكان التسليم وبيان كيفية الثمن وغيرها من الأمور الداخلة في عملية التنفيذ.

- تحديد مدة الإيجاب أو مدة صلاحية العرض عند الاقتضاء حسب تعبير البند 12 من المادة 11 من قانون التجارة الإلكترونية، كأن يكون العقد الإلكتروني المراد إبرامه من العقود المستمرة والمتضمنة تزويد المستهلك سلعة أو تقديم خدمة محددة، أو عند رغبة المورد الإلكتروني في جعل عرضه أو إيجابه ساريا لمدة معينة فقط، أو أن يكون إيجابه معلقا على عدم نفاذ الكمية، ففي مثل هذه الحالات وجب على المورد الإلكتروني تحديد مدة الإيجاب بدقة.

والملاحظ هنا أنه وخلافا للقواعد العامة فإن القواعد الحديثة والخاصة بالمعاملات الإلكترونية اشترطت في الإيجاب الإلكتروني أن يكون محدد المدة بأن يتضمن تحديدا دقيقا لمدة صلاحيته، وأن يقوم الموجب بإعلام الموجب له بهذه المدة⁽¹⁾.

- شروط وآجال العدول عند الاقتضاء، إذ يتعين على المورد الإلكتروني حسب البند 13 من المادة 11 السالفة الذكر أن يعلم المستهلك بحقه في الرجوع عن العقد وأن يحدد له شروط ومدة ممارسة هذا الحق متى كان ذلك ممكنا.

- طريقة تأكيد الطلبية أو إلغائها: فبعد أن عرف المشرع الطلبية المسبقة بموجب المادة 5 بصدد التعريفات على أنها "تعهد بالبيع يمكن أن يقترحه المورد الإلكتروني على المستهلك الإلكتروني في حالة عدم توفر المنتج في المخزون" عاد وحدد المراحل التي تمر بها آلية طلبية مسبقة للمنتج أو الخدمة بموجب المادة 12 من قانون التجارة الإلكترونية، وهو ما يوجب على المورد الإلكتروني أن يحدد للزبون كيفية تأكيد الطلبية الإلكترونية للسلعة أو الخدمة، كما عليه أن يحدد ويوضح له طريقة إلغائها.

3/ البيانات المتعلقة بالخصائص الأساسية للسلع أو الخدمات المقترحة

يقصد بالخصائص الأساسية للسلعة أو الخدمة جميع المسائل التفصيلية المرتبطة بها والكفيلة بتكوين صورة واضحة عنها، والتي ينبغي أن تصل لعلم من وجه إليه الإيجاب قبل أن يعلن عن رده، من هاته

(1) VERBIEST Thibault, *Commerce électronique*, op.cit, p. 91.

البيانات حسب البندين 3 و4 من المادة 11 من القانون 18-05 نذكر طبيعة السلعة وخصائصها المحددة لها، وحالة توفر السلعة أو الخدمة وقت العرض من عدمها.

يستنتج من ذلك أنه يقع على منتج السلعة أو مقدم الخدمة إلزام بوصف المنتج أو الخدمة وصفا دقيقا يتحقق من خلاله علم من وجه إليه الإيجاب بمحل العقد المراد إبرامه علما كافيا نافيا للجهالة⁽¹⁾، والواقع أن الوسيلة الإلكترونية المستخدمة في طرح الإيجاب قد تحول دون بيان المواصفات الأساسية للسلعة أو الخدمة محل العقد المراد إبرامه، وهذا ما يلاحظ في العروض المتاحة عبر شبكة الإنترنت خاصة التي تنسم بالإيجاز وعدم الوضوح وربما التقليد في كثير من الأحيان، أو حتى المبالغة في صفات غير موجودة حقيقة في المنتج⁽²⁾.

4/ البيانات المتعلقة بالثمن

استنادا إلى البند 03 من المادة 11 من قانون التجارة الإلكترونية يتعين على المورد الإلكتروني تحديد الأسعار أو الخدمات المقترحة مع احتساب كل الرسوم، أما إذا كان السعر غير محدد مسبقا فيتعين على المورد توضيح طريقة حساب السعر حسب ما جاء في البند 08 من المادة ذاتها.

وتحديد الثمن يقتضي بالضرورة تحديده في حالة التخفيضات، وكلفة استخدام تقنيات الاتصال إن كانت داخلة فيه، وكذا كلفة التسليم، وأية مصاريف يحتمل احتسابها في الثمن الإجمالي⁽³⁾.

كما يتعين على المورد الإلكتروني استنادا إلى البند 09 من المادة 11 من قانون التجارة الإلكترونية تحديد كفاءات وإجراءات الدفع، بحيث يتم إعلام الموجه إليه العرض التجاري بالطريقة التي يتم من خلالها دفع الثمن، بإمكانية استخدام بطاقة الدفع الإلكترونية أو عن طريق إجراء التحويل الإلكتروني، أو عن طريق الشيك الإلكتروني، أو حتى عن طريق التسليم اليدوي عند استلام السلعة ماديا.

الفرع الثاني: القيمة القانونية للإيجاب الإلكتروني

يترتب بمجرد توجيه الإيجاب بإحدى الطرق الإلكترونية -المذكورة سابقا- حق لمن وجه إليه في قبوله من وقت اتصاله بعلمه، غير أن التساؤل المطروح في هذه النقطة يتمحور حول مدى إمكانية رجوع

(1) وفي هذا الصدد ألزمت المادة 111-1 L من تقنين الاستهلاك الفرنسي كل بائع للسلع أو مقدم للخدمات أن يمكن المستهلك من التعرف على الخصائص الأساسية للسلعة أو الخدمة المعروضة قبل إبرام العقد، كما نصت على ضرورة بيان الخصائص الأساسية للسلعة أو الخدمة المادة 14 فقرة 01 من اتفاقية فيينا للبيع الدولي للبضائع.

(2) عجالي بخالد، النظام القانوني للعقد الإلكتروني في التشريع الجزائري: دراسة مقارنة: رسالة دكتوراه في العلوم، تخصص قانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، 2014، ص. ص: 175-176.

(3) يمينه حوحو، مرجع سابق، ص 82.

الموجب عن إيجابه الإلكتروني ومدى إمكانية سقوطه، وهل تجد قواعد ق.م الخاصة بالقوة الملزمة للإيجاب مجالا للتطبيق على المسألة بالرغم من الصعوبات التي تشكلها البيئة الإلكترونية؟.

ونبحث مسألة القيمة القانونية للإيجاب الإلكتروني في الفقرتين التاليتين أين سيتم التطرق إلى مسألة القوة الملزمة للإيجاب الإلكتروني (أولا)، ثم سقوطه (ثانيا) على ضوء القواعد التقليدية وإسقاطها على الإيجاب الإلكتروني.

أولا/ القوة الملزمة للإيجاب الإلكتروني

الأصل أنه ليس للإيجاب في حد ذاته قوة ملزمة لذا يستطيع الموجب العدول عنه طالما لم يقترن بقبول إذا توافرت للموجب أسباب دفعته إلى التراجع عنه⁽¹⁾، إلا أنه وبالرجوع إلى القواعد العامة يكون الموجب ملزما بالبقاء على إيجابه إذا حدد وقتا للقبول، فلا يستطيع الرجوع فيه قبل انقضاء هذا الأجل وفقا لأحكام المادة 63 ق.م.

يسقط حكم هذا النص على العقود المبرمة عبر وسائط إلكترونية يلاحظ أنه في حالة ما إذا قدم أحد المورد الإلكترونيين عرضا مستوفيا للشروط المطلوبة قانونا لاعتباره إيجابا وألزم نفسه بميعاد محدد امتنع عليه الرجوع عن هذا الإيجاب قبل أن ينتهي ذلك الأجل.

أما عن أساس القوة الملزمة لبقاء الموجب على إيجابه فقد ذهب غالبية الفقه إلى أنها تستند إلى إرادة الموجب المنفردة نتيجة مبدأ سلطان الإرادة وقدرتها على إلزام صاحبها باعتبارها مصدرا من مصادر الالتزام، وعليه تستطيع إرادة الموجب أن تتجه إلى إلزامه بالبقاء على إيجابه مدة محددة، وهذا هو اتجاه المشرع الجزائري المستشف من المادة 63 ق.م.

وتجدر الإشارة إلا أنه وخروجا عن القواعد العامة، فإن القواعد الحديثة اشترطت في الإيجاب الإلكتروني أن يتضمن تحديدا دقيقا لوقت صلاحية الإيجاب، وذلك بأن يحدد فيه بدقة مدة سريانه وأن يقوم الموجب بإعلام الموجب له بهذا الأجل⁽²⁾، وذلك حماية للمستهلك الإلكتروني وحفاظا على استقرار المعاملات الإلكترونية.

في نقطة أخرى وتماشيا مع القواعد العامة يمكن أن يكون الإيجاب الإلكتروني ملزما إذا ما اقترن بأجل، كما قد لا يكون كذلك⁽³⁾: فإذا كان مقترنا بأجل امتنع عن الموجب حينها الرجوع عنه تحت طائلة

(1) لما عبد الله صادق سلهب، مجلس العقد الإلكتروني، مذكرة ماجستير، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، 2008، ص78.

(2) أسامة أحمد بدر، حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني: دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002، ص 173، و:

-VERBIEST Thibault, *Commerce électronique*, op.cit, p. 91.

(3) ناصر حمودي، العقد الدولي الإلكتروني المبرم عبر الإنترنت....، مرجع سابق، ص 194.

قيام المسؤولية في جانبه والتزامه بتعويض الموجب له، وبانتهاء الأجل المحدد جاز للموجب التحلل من إيجابه إما بسحبه من الموقع متى كان موجها إلى الجمهور على الإنترنت، أو بتوجيهه إيجاب جديد، أما في حالة ما إذا كان الإيجاب المقترن بأجل موجها عبر البريد الإلكتروني إلى شخص محدد أو أشخاص محددين فإنه يمتنع على الموجب أيضا الرجوع عنه قبل انقضاء الأجل المحدد، فإن انقضى دون رد سقط هذا الإيجاب، دونما حاجة لإعلام الموجب له بانقضاء المدة⁽¹⁾.

غير أن هناك استثناءات أشارت إليها اتفاقية فيينا بشأن عقود البيع الدولي للبضائع، اعتبرت فيها الإيجاب ملزما لا رجوع عنه على الرغم من أن الموجب لم يعبر عن ذلك صراحة ولا ضمنا من خلال نص الفقرة الثانية من المادة 16، وذلك بعد أن أقرت في فقرتها الأولى بجواز الرجوع عن الإيجاب، فجاء نصها كالتالي "يجوز الرجوع عن الإيجاب لحين انعقاد العقد إذا وصل الرجوع عن الإيجاب إلى المخاطب قبل أن يكون هذا الأخير قد أرسل قبوله.

ومع ذلك لا يجوز الرجوع عن الإيجاب:

- أ- إذا تبين منه أنه لا رجوع عنه، سواء بذكر فترة محددة للقبول أو بطريقة أخرى.
- ب- إذا كان من المعقول للمخاطب أن يعتبر أن الإيجاب لا رجوع عنه وتصرف على هذا الأساس".

أما إذا كان الإيجاب الإلكتروني غير مقتن بأجل⁽²⁾، فإنه يختلف بحسب ما إذا كان موجها لشخص محدد أين يلتزم حينها الموجب بالبقاء ولو لفترة بسيطة يستخلصها قضاة الموضوع من ظروف الحال، وهي الفترة اللازمة للتفكير والتروي واتخاذ القرار من قبل الشخص الموجه إليه الإيجاب، وبين ما إذا كان موجها للجمهور، أين يمكن في هذه الحالة للموجب الرجوع عنه بكل سهولة⁽³⁾.

ثانيا/ حالات سقوط الإيجاب الإلكتروني

تختلف حالات سقوط الإيجاب حسب القواعد العامة بحسب ما إذا كان إيجابا ملزما (أ)، أو كان غير ملزم (ب)، وهي ذات القواعد التي يجب تطبيقها على الإيجاب الإلكتروني نظرا لغياب تنظيم خاص بهاته المسألة في قانون التجارة الإلكترونية من جهة، ولاعتبارها الشريعة العامة بشأن العقود من جهة أخرى وعليه فإن تحديد حالات سقوط الإيجاب الإلكتروني إنما يعتمد على التمييز بين حالتين:

(1) ناصر حمودي، العقد الدولي الإلكتروني المبرم عبر الإنترنت....، مرجع سابق، ص 194، نقلا عن:

-NAIMI CHARBONNIER Marine, op.cit, p. 48.

(2) نظرا للطابع المتغير والسريع لاستعمالات الإنترنت في مجال التعاقد الإلكتروني، وضع مشروع بعض الدول على غرار المشرع الفرنسي نصوصا خاصة تلزم الموجب بالبقاء على إيجابه طيلة المدة التي يبقى فيها الإيجاب قابلا للتفحص إلكترونيا، منها نص المادة 1369-3 من

التقنين المدني الفرنسي أنظر: MOREAU Nathalie, op. cit, p.49

(3) ناصر حمودي، العقد الدولي الإلكتروني المبرم عبر الإنترنت....، مرجع سابق، ص 195.

أ/ سقوط الإيجاب الإلكتروني الملزم: يسقط الإيجاب الإلكتروني الملزم لسببين:

1/ انقضاء الميعاد المحدد من قبل الموجب دون اقتترانه بقبول

فإذا انقضى الميعاد المحدد للإيجاب ولم يصادفه قبول يرتبط به سقط الإيجاب في هذه الحالة، وهذا ما نصت عليه المادة 63 ق.م.

2/ رفض الموجب له الإيجاب الإلكتروني

في هذه الحالة يسقط الإيجاب الملزم حتى قبل انقضاء المدة المحددة للإيجاب إذ لا يجوز لمن رفضه أن يعود فيقبله بحجة أن الميعاد لم ينقض لأن رفضه يترتب عليه سقوط الإيجاب.

ويتخذ سقوط الإيجاب الإلكتروني صوراً متعددة، فقد يكون بالرفض الصريح من خلال إرسال رسالة عبر البريد الإلكتروني تفيد معنى الرفض للإيجاب المطروح، وقد يسقط الإيجاب بطريق ضمني إذا كان هذا الرد يزيد أو يعدل أو يقيد من الإيجاب المرسل عبر البريد الإلكتروني⁽¹⁾، والذي تضمن كافة المسائل الجوهرية والتفصيلية فيقوم في الرد بالتعديل فيعتبر هنا رفضاً يسقط الإيجاب الأول، إذ يمكن اعتبار هذا الرد إيجاباً جديداً لا قبولاً حسب ما قضت به المادة 66 ق.م.

ب/ سقوط الإيجاب الإلكتروني غير الملزم

تنص المادة 1/64 ق.م على أنه "إذا صدر الإيجاب في مجلس العقد لشخص حاضر دون تحديد أجل للقبول، فإن الموجب يتحمل من إيجابه إذا لم يصدر القبول فوراً، وكذلك إذا صدر الإيجاب من شخص إلى آخر بطريق الهاتف أو بأي طريق مماثل"، ويستخلص من هذه الفقرة أمرين:

الأول: أن الموجب يتحمل من إيجابه الموجه في مجلس العقد لشخص حاضر دون تحديد أجل للقبول، إذا لم يقترن بقبول فوري، وهذا هو الأصل وهو أول أسباب سقوط الإيجاب الصادر في مجلس العقد.

الثاني: أن المشرع اعتبر صدور الإيجاب من شخص إلى آخر بطريق الهاتف أو بأي طريق مماثل له في الوظيفة، إيجاباً صادراً في مجلس عقد وإن كان حكماً تطبق عليه نفس أحكام مجلس العقد الحقيقي، وهو ما يستفاد منه أن توجيه الإيجاب عبر أية وسيلة إلكترونية قادرة على تحقيق اتصال مباشر ولحظي بين طرفيه، وإن كانا مختلفين في المكان، يجعل منه إيجاباً صادراً في مجلس عقد حكماً يسقط مباشرة إذا لم يقترن بقبول فوري كأصل، فيكون بذلك أحد أسباب سقوط الإيجاب الإلكتروني غير الملزم.

أما السبب الثاني: فهو سبب يقتضيه المنطق ويصدق سواء على الإيجاب الملزم أو غير الملزم، ويتمثل في الرفض، فإذا رفض الموجه إليه الإيجاب في مجلس العقد سقط ذلك الإيجاب حتى لو لم ينفذ المجلس.

(1) عائشة قصار الليل، الخطوات القانونية لإنشاء عقد عبر الإنترنت، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية الدراسات العليا، الجامعة الأردنية الأردن، 2008، ص 51.

غير أن نص الفقرة الثانية من المادة 64 ق.م تقضي بأنه "غير أن العقد يتم ولو لم يصدر قبول فورا إذا لم يوجد ما يدل على أن الموجب قد عدل عن إيجابه في الفترة ما بين الإيجاب والقبول، وكان القبول صدر قبل أن ينفض مجلس العقد".

وهو ما يستفاد منه تكريس المشرع لاستثناء على الأصل الذي يقضي بسقوط الإيجاب الصادر في مجلس العقد إذا لم يقترن بقبول فوري، حيث أنه إذا توافر شرطين هما: إذا لم يوجد ما يدل على أن الموجب قد عدل عن إيجابه في الفترة ما بين الإيجاب والقبول، وأن يصدر القبول قبل أن ينفض مجلس العقد، فإن الإيجاب الإلكتروني -باعتباره خاضعا لنفس أحكام الإيجاب التقليدي- الموجه في مجلس عقد حكيم يبقى قائما ولا يسقط ولو لم يقترن بقبول فوري، وبمفهوم المخالفة فإن السبب الثالث لسقوط الإيجاب الإلكتروني غير الملزم هو عدول الموجب عن إيجابه قبل انفضاض مجلس العقد.

المطلب الثالث: الإجراءات الواجب مراعاتها لحماية المستهلك الإلكتروني عند طرح الإيجاب

اقتضت الطبيعة الخاصة للعقد الإلكتروني توفير حماية قانونية لرضا المستهلك، وهو ما سعت جل التشريعات الحديثة⁽¹⁾ إلى تحقيقه، حين قررت مجموعة من الإجراءات يتعين على المهني أو المورد الإلكتروني إتباعها أو مراعاتها إذا ما تعامل مع مستهلك إلكتروني⁽²⁾، وذلك حماية لهذا الأخير من الضغوط التي قد يمارسها عليه مقدمو السلع أو الخدمات بما يسلكونه من طرق للإغراء والإيهام عند التقديم لسلعهم أو منتجاتهم عبر الوسائط الإلكترونية، على نحو يدفع بالمستهلك إلى اقتناء أشياء أو طلب خدمات هو في غير حاجة إليها⁽³⁾.

وتوفير تلك الحماية للمستهلك الإلكتروني يتطلب توفير عدة أمور أولها ضرورة أن تتوفر لدى المستهلك المعلومات اللازمة عن العقد المراد إبرامه وعن الطرف الآخر الذي ينوي إبرام العقد معه وذلك قبل إبرامه في إطار ما يعرف بالحق في الإعلام⁽⁴⁾، الذي يعتبر التزاما في ذمة المهني يلقي على عاتقه مهمة تقديم بعض المعلومات إلى المستهلك قبل إتمام العقد على نحو يسمح له بالتعاقد عن وعي ودراية بمحل

(1) من تلك التشريعات: قانون الاستهلاك الفرنسي بموجب المادة 221 وما بعدها والمادة 1/111، وكذا التوجيه الأوروبي بشأن التجارة الإلكترونية 31 لسنة 2000، والتوجيه الأوروبي الخاص بحماية المستهلك في التعاقد عن بعد رقم 7/97، وقانون المبادلات والتجارة الإلكترونية التونسي والمادة 11 من قانون التجارة الإلكترونية الجزائري... وغيرها.

(2) عرف قانون التجارة الإلكترونية 18-05 المستهلك الإلكتروني من خلال نص المادة 6 بأنه "المستهلك الإلكتروني: كل شخص طبيعي أو معنوي يقتني بعض أو بصفة مجانية سلعة أو خدمة عن طريق الاتصالات الإلكترونية من المورد الإلكتروني بغرض الاستخدام النهائي".

(3) إيمان مأمون أحمد سليمان، مرجع سابق، ص 118.

(4) وهو الحق الذي سيتم التطرق إليه تفصيلا في موضع لاحق من هاته الدراسة لذا نكتفي بالإحالة إليه، أنظر الصفحات من 211 إلى 224.

التعاقد، على نحو يؤدي إلى تحقيق التوازن العقدي بين الطرفين⁽¹⁾، وأن يقدم هذه المعلومات بلغة المستهلك كما نصت على ذلك بعض القوانين الوطنية (فرع أول)، وأخيرا إلزامه بالتأكد كتابيا على المعلومات التي ذكرها للمستهلك (فرع ثاني).

الفرع الأول: استعمال لغة المستهلك

تشتت بعض التشريعات المحلية⁽²⁾ استعمال اللغة الوطنية في التعبير عن الإرادة خاصة مع ظهور القوانين الخاصة بحماية المستهلك، والتي سعى من خلالها المشرع في بعض الدول إلى وضع بعض القيود على اللغة المستخدمة في التعامل مع المستهلك، وذلك خلافا للأصل الذي يقضي بحرية الأطراف في اختيار وسيلة ولغة التعبير عن الإرادة، ومن المعلوم أن الوضوح مسألة نسبية تختلف من شخص لآخر فما يكون واضحا لشخص قد لا يكون كذلك لدى شخص آخر، وهذا ما يثير المنازعات ويفتح الباب حول عدم الثقة في الإيجاب الإلكتروني بل والإعراض عن إبرام العقد بهذه الوسيلة.

وتجدر الإشارة إلى أنه وحسب نص المادة 11 من قانون التجارة الإلكترونية 18-05 يشترط أولا أن تقدم جميع البيانات المكونة للعرض التجاري بطريقة مرئية، مقروءة ومفهومة وذلك بهدف تمكين المستهلك من معرفة كل المعلومات الضرورية المتعلقة بعملية التعاقد.

أما عن اللغة التي يجب استخدامها في العرض فلم يشر إلى بيانها المشرع بموجب قانون التجارة الإلكترونية، إلا أنه بالرجوع إلى قانون حماية المستهلك وقمع الغش 09-03 المعدل والمتمم أوجبت المادة 18 منه أن تكون المعلومات مقدمة بطريقة مرئية ومقروءة ومتعذر محوها، باللغة العربية بطريقة أساسية أو اللغات الأجنبية بدرجة ثانوية وإضافية إذا كانت سهلة القراءة، وهو ما أكدت عليه المادة 07 من المرسوم التنفيذي 13-378 المحدد للشروط والكيفيات المتعلقة بإعلام المستهلك والتي جاء نصها كالتالي "يجب أن تحدد البيانات الإلزامية لإعلام المستهلك باللغة العربية أساسا وعلى سبيل الإضافة يمكن استعمال لغة أو عدة لغات أخرى سهلة الاستيعاب لدى المستهلك، وتسجل في مكان ظاهر وبطريقة مرئية ومقروءة بوضوح ومتعذر محوها".

(1) MASCALA Corinne, SAINT-ALARY-HOUIN Corinne, *Droit civil, les contrats civils et commerciaux*, LGDJ, Paris, 2008, 5ème édition, (S.A.E), p.50.

(2) على رأسها التشريع الفرنسي، أين ألزم المشرع الفرنسي صياغة الإيجاب باللغة الفرنسية بموجب نص المادة 01 من المرسوم الصادر في 1975/12/31 المتعلق بترويج السلع والخدمات، وهو المرسوم المعدل بموجب القانون 94/665 المعروف بقانون "Toubon" توبون، الذي شدد على استخدام اللغة الفرنسية في جميع مجالات التعاقد وقد نص في مادته الثانية على وجوب ذلك بما فيها التجارة الإلكترونية.

الفرع الثاني: التأكيد الكتابي للمعلومات

لا تتجسد الحماية القانونية للمستهلك بمناسبة العقود الإلكترونية، إلا من خلال ضمان حصوله على تأكيد للمعلومات التي سبق وأن أعطيت له قبل إبرام العقد، ويتم هذا التأكيد إما بشكل مكتوب أو في دعامة دائمة تكون في متناول هذا المستهلك في الوقت المناسب أو على الأقل بتاريخ التسليم⁽¹⁾، وهو ما أكد عليه المشرع الجزائري من خلال نص المادة 10 من تقنين التجارة الإلكترونية.

والغاية من هذا الالتزام الذي يقع على عاتق البائع هو ضمان حصول المستهلك على أثر دائم للمعلومات ذات الأهمية من أجل التنفيذ السليم للعقد، لذلك لا يكفي وجود هذه المعلومات أو اطلاع المستهلك عليها، لأنها عادة ما تكون افتراضية، ولذلك يأتي هذا الالتزام الدقيق من أجل سد هذا الفراغ⁽²⁾. بالنظر إلى هذه الأهمية المتنامية لهذا الواجب فإنه يتعين أولا التصدي لمضمون تأكيده ثم كيفيته والاستثناءات الواردة عليه وأخيرا الجزاء الموقع نتيجة الإخلال به.

أولا/ مضمون التأكيد الكتابي للمعلومات

قبل إبرام العقد يكون المستهلك قد اطلع على المعلومات المنشورة على مستوى الموقع الإلكتروني المعني بالخدمة أو السلعة باعتباره صاحب الإيجاب، هذه المعلومات يتعين تأكيدها فيما بعد، في صورة المعلومات المتعلقة بالهوية (الاسم، اللقب، الطبيعة القانونية بالنسبة للأشخاص المعنوية، العنوان، الهاتف) المعلومات المرتبطة بتكاليف التوريد والأسعار، الخصائص المميزة للخدمة أو السلعة، طرق الدفع، وغني عن الذكر أنه إذا حصل المستهلك على تأكيد لهذه المعلومات قبل إبرام العقد، فلا حاجة لأن يطالب به مرة أخرى بعد إبرامه⁽³⁾.

وما تجدر الإشارة إليه أن واجب تأكيد المعلومات يقع على عاتق المورد ولا يكفي إطلاقا أن يعلنها على الموقع ليقوم المستهلك بتنزيلها (Télécharger) فقط، فهذا الأخير لا يتعين عليه أن يقوم بسلوك إيجابي وإنما يتعين عليه استقبال التأكيد فقط⁽⁴⁾.

(1) EL AYOUBI Omar, *Le contrat du commerce électronique sur l'internet. Formation et exécution*, thèse en vue de l'obtention du doctorat de droit privé, université de Toulouse, 10 mai 2011, p 48.

(2) DEMOULIN Marie, «La notion du support durable», in les contrats à distance: une contrefaçon de l'écrit ?», REDC, 2000, n°4, p 361.

(3) EL AYOUBI Omar, op.cit, p 49.

(4) Art L221-14 du code de consommation français : « Pour les contrats conclus par voie électronique, le professionnel rappelle au consommateur, avant qu'il ne passe sa commande, de manière lisible et compréhensible, les informations relatives aux caractéristiques essentielles des biens ou des services qui font l'objet de la commande, à leur prix, à la durée du contrat et, s'il y a lieu, à la durée minimale des obligations de ce dernier au titre du contrat, telles que prévues à l'article L. 221-5... ».

ثانيا/ كيفية إعمال التأكد الكتابي للمعلومات

بالرجوع إلى المشرع الجزائري نجده أكد من خلال نص المادة 11 من قانون التجارة الإلكترونية والمادة 18 من قانون حماية المستهلك وقمع الغش، على أن المعلومات تقدم بشكل يكون واضحا وغير قابل للمحو وهو تعبير يحتمل في طياته وصفا للوسيلة أو الكيفية التي تحفظ بها هذه المعلومات دون ذكرها باسمها، إلا أنه من الناحية الواقعية، لا يتصور أن يتحقق هذا الوصف إلا بالنسبة للكتابة أو دعامة حفظ دائمة، وهذا ما أكدته المشرع الفرنسي في نص المادة 4-222 L من تقنين المستهلك⁽¹⁾.

فإذا كانت الكتابة لا تنطوي على أية صعوبة لفهمها⁽²⁾ فإن فكرة الدعامة الدائمة لم تحظ بنفس العناية من الناحية القانونية، وينسحب هذا الأمر على المشرع الفرنسي كذلك⁽³⁾، لكن بالرجوع إلى توجيه الاتحاد الأوروبي رقم 2002/65 المتعلق بالخدمات المالية عن بعد⁽⁴⁾، نجد أنه نص من خلال المادة 2 على أن "الدعامة الدائمة هي كل وسيلة تسمح للمستهلك بتخزين المعلومات التي أرسلت إليه شخصيا، بطريقة تسمح له بالاحتفاظ بها مستقبلا لمدة تتكيف مع الغرض المقصود من هذه المعلومات وتسمح له كذلك بنسخ نفس المعلومات" وحتى تكون الدعامة دائمة فإنه يجب أن تضمن هذه الدعامة ثبات ووضوح وعدم قابلية تحريف هذه المعلومات⁽⁵⁾، وذكرت المادة 20 من التوجيه نفسه بعض الصور عن الدعامات الدائمة مثل: القرص المرن، القرص الصلب، CD-ROM، DVD، (Digital Versatile Dix).

هذا وقد عرف المشرع الجزائري دعامة الحفظ من خلال المرسوم التنفيذي رقم 16-142 الذي يحدد كفاءات حفظ الوثيقة الموقعة إلكترونيا⁽⁶⁾، حيث جاء في نص المادة 3/2 منه أنه يقصد بما يأتي: "دعامة

(1) Article L.222-4 du code de consommation français « Pour l'application du présent chapitre, est considéré comme support durable, tout instrument permettant au consommateur de stocker des informations qui lui sont adressées personnellement afin de pouvoir s'y reporter ultérieurement pendant un laps de temps adapté aux fins auxquelles les informations sont destinées et qui permet la reproduction à l'identique des informations stockées ».

(2) جاء في نص المادة 323 مكرر من القانون المدني أنه "ينتج الإثبات بالكتابة من تسلسل حروف أو أوصاف أو أرقام أو أية علامة أو رموز ذات معنى مفهوم، مهما كانت الوسيلة التي تتضمنها وكذا طرق إرسالها".

(3) EL AYOUBI Omar, op.cit, p 50.

(4) DIRECTIVE 2002/65/CE du parlement européen et du conseil du 23 septembre 2002 concernant la commercialisation à distance de services financiers auprès des consommateurs, et modifiant les directives 90/619/CEE du Conseil, 97/7/CE et 98/27/CE (JO L 271 du 9.10.2002, p. 16, disponible sur : <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:02002L0065-20071225&from=PL>

(5) DE CATHIE-ROSALIE Joly, « Le paiement en ligne, sécurisation juridique et technique », Lavoisier, 2005, pp.214-215.

(6) مرسوم تنفيذي رقم 16-142، مؤرخ في 5 ماي 2016، يحدد كفاءات حفظ الوثيقة الموقعة إلكترونيا، ج ر عدد 28 صادر في 8 ماي 2016.

الحفظ: أي وسيلة مادية أيا كان شكلها أو خصائصها المادية تسمح باستلام وحفظ واسترجاع الوثيقة الموقعة إلكترونياً".

كما جاء في نص المادة 6 من المرسوم التنفيذي نفسه أنه "يتم حفظ الوثيقة الموقعة إلكترونياً على دعامة حفظ تسمح في أي وقت بالنفاذ إلى كل محتواها واسترجاعها بواسطة الوسائل التقنية الملائمة" ونصت المادة 9 كذلك على أنه "دون المساس بالتشريع والتنظيم المعمول بهما يتم حفظ الوثيقة الموقعة إلكترونياً خلال مدة منفعتها".

من خلال هذه الأحكام نجد أن المشرع قد أخذ بموقف التوجيه الأوروبي رقم 2002/65 في تعريفه للدعامة الدائمة، من خلال تأكيده على شرط ضمان الاستلام والحفظ والاسترجاع لمدة معينة بغض النظر عن وسيلة الحفظ، لأن الوسيلة في تطور مستمر ولا يعقل تحديد كنهها مادامت تحقق الفعالية المرجوة.

لكن الاختلاف المتعلق بمن يقع عليه واجب الحفظ، هل هو المورد أم المستلم، فقد فصل فيه المشرع الجزائري بنص المادة 05 من المرسوم التنفيذي نفسه والتي جاء فيها "يجب على كل شخص طبيعي أو معنوي موقع و/أو مستلم لوثيقة موقعة إلكترونياً أن يضمن حفظها بنفسه أو عبر طرف ثالث" فالمشرع جعل الأمر مشتركاً بين الطرفين، كما أنه ألزم كل واحد منهما بذلك في حالة غياب تدبير مشترك كما يمكنهما أو يمكن لأي أحد منهما تفويض المهمة لطرف ثالث، وحسنا فعل المشرع لأن هذه العملية تقنية بحتة قد لا يحيط بها المستهلك أو لا يملك الدراية الكافية والخبرة للحفاظ على هذه المعلومات وفق الشروط المطلوبة.

ثالثاً/ جزاء عدم احترام واجب التأكد الكتابي للمعلومات

يترتب على عدم احترام واجب تأكيد المعلومات كتابياً أن المستهلك يستفيد من تمديد لمدة صلاحية المعلومات، ولا يمكن للمورد أو البائع التحلل منها إلا بعد انقضاء هذا الميعاد الجديد⁽¹⁾، وكل اخلال بواجب تأكيد العقد يترتب عليه بالنسبة للمشرع الفرنسي، توقيع غرامة إدارية لا تتعدى 3000 أورو بالنسبة للشخص الطبيعي و15000 أورو بالنسبة للشخص المعنوي⁽²⁾.

(1) EL AYOUBI Omar, op.cit, p 51.

(2) Art L242-11 du code de consommation français: «Tout manquement aux obligations prévues à l'article L. 221-16 en matière de démarchage téléphonique et de prospection commerciale est passible d'une amende administrative dont le montant ne peut excéder 3 000 euros pour une personne physique et 15 000 euros pour une personne morale. Cette amende est prononcée dans les conditions prévues au chapitre II du titre II du livre V ».

المبحث الثاني: التعبير عن الإرادة بما يتطابق مع الإيجاب الإلكتروني

بعدما مكنت مختلف وسائل الاتصال الحديثة من التعبير عن الإرادة إلكترونياً في إطار ما أسماه البعض⁽¹⁾ "التعبير عن الإرادة عن طريق الآلة"، وبعدما تطرقنا في الشق الأول من هذا الفصل إلى الإرادة الأولى في العقد وهي "الإيجاب الإلكتروني" سنبحث من خلال شقه الثاني الإرادة الثانية اللازمة لانعقاد العقد ألا وهي القبول الإلكتروني، ذلك أن الإيجاب وحده لا يكفي لإتمام التعاقد الإلكتروني بل يتوجب أن يصدر قبول مطابق من الطرف الآخر الذي وجه إليه الإيجاب الإلكتروني، وذلك على غرار ما هو عليه الوضع في العقود التقليدية، ما يؤدي إلى التساؤل عن مفهوم القبول الإلكتروني (مطلب 01).

ولما كان القبول وحده لا يكفي أيضاً، فإنه يجب أن يصدر والإيجاب الإلكتروني لا يزال قائماً نظراً لمحدودية أجل سريانه، فإذا صدر الإيجاب على الخط مباشرة عبر شبكة الإنترنت استلزم لانعقاد العقد أن يصدر القبول فوراً قبل رفض أو انتهاء المحادثة⁽²⁾، وهو ما يستدعي معاصرة الإيجاب للقبول من الناحية الزمنية في العقود الإلكترونية، وحيث أن هذه الأخيرة تصنف ضمن العقود المبرمة عن بعد، فإن البعد المكاني بين الموجب والقابل يبقى واقعا مؤثراً لا يمكن إغفاله، وهو ما يستوجب تطبيق أحكام خاصة به فيما يتعلق بتحديد زمان ومكان انعقاد العقد (مطلب 02).

المطلب الأول: مفهوم القبول الإلكتروني

للقوف على حقيقة مفهوم القبول الإلكتروني كان لابد من التعريف به (فرع 01) وذلك لمعرفة ما إذا كان المفهوم التقليدي للقبول تغير بفعل استخدام الوسائط الإلكترونية في التعبير أم لا؟ كما يمكن التساؤل عن أشكال القبول الإلكتروني وهل أن استخدام تلك الوسائط قد أثر فيها أم لا؟ (فرع 02).

الفرع الأول: التعريف بالقبول الإلكتروني

يقضي التعريف بالقبول الإلكتروني التطرق إلى تعريفه (أولاً) ثم إلى تحديد شروطه (ثانياً).

أولاً/ تعريف القبول الإلكتروني

تجدر الإشارة بداية إلى أن المشرع الجزائري لم يورد تعريفاً للقبول الإلكتروني ولا للقبول بصفة عامة على غرار موقفه من الإيجاب، شأنه في ذلك شأن الكثير من التشريعات المقارنة التي رأت عدم الحاجة إلى تعريفات تصب في صلب النصوص القانونية تاركة ذلك للفقهاء⁽³⁾، هذا الأخير الذي لم يدخر جهداً، حيث قدم الفقهاء عدة تعريفات للقبول وإن كانت مختلفة في اللفظ إلا أنها متفقة في المعنى.

(1) "Consentement échangé avec la machine" expression employée pour la 1er fois par HUET Jérôme, « consentement échangé avec la machine », R/JC, 1995, pp 124-130.

(2) قارة مولود، شكل التعبير عن الإرادة في عقود التجارة الإلكترونية، دراسة مقدمة كدخلة في الملتقى الدولي حول التوجه التعاقدية للتصرفات القانونية، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 23-24 أبريل، 2006، ص 19.

(3) وذلك على خلاف موقف المشرع الأردني الذي عرف القبول من خلال المادة 1/91 من التقنين المدني بأنه "كل لفظ مستعمل عرفاً لإنشاء العقد، وهو اللفظ الثاني الذي يصدر بعد الإيجاب"، كما عرفته المادة 1/18 من اتفاقية فيينا لسنة 1980 بشأن البيع الدولي للبضائع بأنه "يعتبر قبولاً أي بيان أو أي تصرف آخر صادر عن المخاطب، يفيد الموافقة على الإيجاب".

فإذا كان القبول بصفة عامة "هو الإرادة الثانية في العقد حيث يرتضي الشخص الإيجاب الذي وجه إليه بكل عناصره حتى يتم التوافق بين قبوله وبين الإيجاب الصادر من الموجب"⁽¹⁾، فإنه ولكي يتم وضع تعريف للقبول الإلكتروني ينبغي مراعاة الخصوصية التي يتمتع بها من حيث أنه يتم عبر وسائط إلكترونية حيث تعتبر هذه الوسيلة المستخدمة في التعبير عن القبول مرتبط الفرص في تمييز القبول الإلكتروني عن القبول التقليدي مع بقاءها مشتركين في جل الأحكام الأخرى.

فمفهوم القبول الإلكتروني لا يختلف عن المفهوم التقليدي له، إلا من حيث أنه يتم عبر وسائل إلكترونية، ولذلك وجب إخضاعه من حيث الأصل إلى القواعد العامة التي تنظم القبول التقليدي⁽²⁾، ذلك أن مفهوم القبول لم يتغير وإنما الذي تغير هو الوسيلة المستخدمة في التعبير عنه⁽³⁾، واستنادا إلى ذلك عرف البعض القبول الإلكتروني بأنه: "كل اتصال يتضمن تعبير من وجه إليه الإيجاب عبر شبكة الإنترنت يعبر به الشخص عن موافقته للإيجاب موافقة تامة ومطابقة لكل الشروط بحيث ينعقد العقد بمجرد حصول هذا التعبير"⁽⁴⁾.

والملاحظ على هذا التعريف، أنه قد حصر القبول الإلكتروني في شكل القبول الذي يتم عبر شبكة الإنترنت فقط، دون بقية وسائل الاتصال الحديثة الأخرى التي يمكن أن يُعبر من خلالها عن القبول إضافة إلى أنه أعطى للقبول الإلكتروني صفة "اتصال" بينما هو في حقيقته تعبير عن الإرادة يتم عن طريق الاتصال وطرق أخرى.

كما عرف بأنه: "التعبير عن إرادة من وجه إليه الإيجاب عبر الوسائل الإلكترونية التي أفرزتها شبكة الإنترنت"⁽⁵⁾، هذا التعريف كذلك بالإضافة إلى أنه وقع في نفس نقائص التعريف السابق، فإنه لم يعط اهتماما لطبيعة هذا التعبير عن الإرادة.

انطلاقا من نقائص هذين التعريفين يمكن اقتراح التعريف التالي للقبول الإلكتروني: "القبول الإلكتروني: هو التعبير البات عن إرادة الطرف الذي وجه إليه الإيجاب عبر وسائط إلكترونية يعبر فيه عن إرضائه بما عرضه عليه الموجب والشروط التي حددها".

وقبل اختتام هذه النقطة، تجدر الإشارة إلى أن عدم اختلاف تعريف القبول الإلكتروني عن القبول التقليدي هو ما دفع بالقوانين الحديثة إلى عدم إيراد أو وضع أي تعريف خاص بالقبول في المعاملات الإلكترونية وعلى رأسها قانون اليونسترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية، الذي اكتفى بالنص على جواز التعبير عن الإيجاب والقبول عبر الوسائط الإلكترونية، تاركا مسألة تعريفهما للقوانين الوطنية التي لم

(1) رمضان أبو السعود، النظرية العامة للالتزامات: مصادر الالتزام، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2002، ص 77.

(2) شحاتة غريب محمد شلقامي، التعاقد الإلكتروني في التشريعات العربية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2008، ص 96.

(3) V :- NAIMI-CHARBONNIER marine, op.cit, p 89.

- MAS Florence, op.cit, p 137.

(4) بشار محمود دودين، مرجع سابق، ص 136.

(5) ناصر حمودي، العقد الدولي الإلكتروني المبرم عبر الإنترنت مع التركيز على عقد البيع الدولي للبضائع، مرجع سابق، ص 199.

تحد عن نهجه، فلم تحدد تعريفا للإيجاب ولا للقبول الإلكترونيين، غير أن المادة 1/14 من القانون ذاته أضافت شيئا لتعريف القبول الإلكتروني مفاده أن إرادة القبول تنسب إلى المتعاقد إذا كان هو الذي أرسلها عبر تقنيات الاتصال الحديثة سواء بنفسه أو بواسطة نائب عنه⁽¹⁾.

ثانيا/ شروط القبول الإلكتروني

لما كان القبول هو الإرادة الثانية في العقد إلكترونيا كان أو تقليديا، وجب أن تتوافر فيه شروط الإرادة الصحيحة الباتة والجازمة التي تتجه إلى إحداث أثر قانوني معين، والتعبير عنها بأية صورة من صور التعبير عن الإرادة، والقبول الإلكتروني شأنه شأن الإيجاب الإلكتروني يعتبر موجها عبر وسائط إلكترونية ومتمتعاً بذات الخصائص التي تتميز بها هذه الأخيرة، غير أنه ولكي ينتج القبول الإلكتروني أثره في انعقاد العقد وجب أن يستجمع بعض الشروط⁽²⁾، هي نفسها شروط القبول في القواعد العامة المتمثلة في:

أ/ أن يقترن القبول الإلكتروني بإيجاب قائم

ومعنى ذلك أنه كي يحقق القبول المطابق للإيجاب أثره يجب أن يصدر في الوقت الذي يكون فيه الإيجاب مازال قائما وساريا لم يسقط، وتوضيح ذلك يتطلب التمييز بين حالتين:

1/ فإذا كان الإيجاب صادرا في مجلس العقد، فإن الأصل حسب نص المادة 1/64 ق.م أن يصدر القبول فور صدور الإيجاب والعلم به، إلا أن هذا الحكم كما هو واضح فيه الكثير من الإجحاف على اعتبار أن من وجه إليه الإيجاب في هكذا مجلس قد يحتاج إلى بعض الوقت من أجل تحليل وتدبر أمره قبل أن يعلن رده، إلا أن الفقرة الثانية من المادة نفسها قد خففت من هذا الإجحاف حين نصت على أنه "غير أن العقد يتم، ولو لم يصدر القبول فورا، إذا لم يوجد ما يدل على أن الموجب قد عدل عن إيجابه في الفترة ما بين الإيجاب والقبول وكان القبول صدر قبل أن ينفض مجلس العقد"

وعلى اعتبار أن وسائل الاتصال الفوري توفر التفاعل المباشر بين الطرفين فإن الإيجاب الإلكتروني الصادر من خلالها متى كان الطرفان معا على الخط بما يحقق التعاصر الزماني بينهما -كما هو الحال في غرف الدردشة- يعتبر صادرا في مجلس عقد حكيم استنادا إلى نص الفقرة الأولى من المادة 64 ق.م، ما يستوجب أن يقترن بقبول إلكتروني فوري كأصل وإلا سقط الإيجاب.

إلا أنه واستثناء على هذا الأصل يجوز للطرف الذي وجه إليه الإيجاب أن يتدبر الأمر ويقلب العرض المقدم إليه، حتى إذا ما استقر على رأي عبر عن قبوله الذي يرتب آثاره كاملة إذا ما توافر فيه شرطي الفقرة الثانية من المادة 64 ق م وهما: أن يصدر القبول الإلكتروني قبل أن ينفض مجلس العقد، وأن لا يوجد ما يدل على أن الموجب قد عدل عن إيجابه في الفترة ما بين الإيجاب والقبول.

2/ أما في حالة التعاقد بين غائبين: فيجب أن يتم القبول في الميعاد المحدد صراحة أو ضمنا، وحيث أن القبول تعبير عن الإرادة لا يكتمل كيانه القانوني إلا باتصاله بعلم من وجه إليه استنادا إلى أحكام م 61 ق م

(1) سمير حامد عبد العزيز الجمال، التعاقد عبر تقنيات الاتصال الحديثة، مرجع سابق، ص 121.

(2) ناصر حمودي، العقد الدولي الإلكتروني المبرم عبر الإنترنت مع التركيز على عقد البيع الدولي للبضائع، مرجع سابق، ص 197.

فإنه إذا لم يتصل القبول الإلكتروني بعلم الموجب إلا بعد انتهاء ميعاد إلزامه بالإيجاب فإن هذا القبول يكون متأخراً ما يحوله إلى إيجاب جديد حسب نص المادة 66 ق م.

ويتحقق هذا الأخير عبر وسائل الاتصال الحديثة المكونة لبيئة الكتابة الإلكترونية في حالة ما إذا أدرج الموجب صاحب الموقع التجاري الإلكتروني بنداً على صفحة الويب يحدد فيه مدة لصلاحية إيجابه، كأن يحدد مدة شهر من تاريخ الإعلان عن العرض لإبداء القبول، فإذا صدر القبول خلال هذه المدة أنتج أثره وانعقد العقد، أما إذا جاء القبول بعد انقضاءها سقط الإيجاب ولا ينعقد بالتالي العقد، إنما يكون هذا القبول المتأخر إيجاباً جديداً يحق لصاحب الموقع قبوله أو رفضه⁽¹⁾.

أما في حالة عرض الموجب لإيجابه عبر البريد الإلكتروني فإنه يخضع لذات الأحكام السابقة، بحيث يميز بشأنه بين ما إذا كان الطرفان على الخط معاً فيخضع حينها القبول الإلكتروني لأحكام المادة 64 ق م وما إذا كان أحدهما أو كلاهما غير متصل على الخط فيخضعان لأحكام نص المادة 63 ق م متى عين المرسل أجلاً لإبداء القبول، أما إذا أرسل إيجابه دون تحديد مدة للقبول فيتعين على من وجه إليه هذا الإيجاب أن يصدر القبول في مجلس العلم بالرسالة الإلكترونية، وليس حتماً أن يصدر القبول فوراً بل يجوز أن يتراخى إلى بعض الوقت ما لم يصرح الموجب بعوده عن الإيجاب قبل أن يصدر القبول.

ب/ أن يكون مطابقاً للإيجاب في جميع المسائل التي تناولها

لا يختلف شرط مطابقة القبول للإيجاب في التعاقد الإلكتروني عنه في التعاقد التقليدي وهو متطلب في التعاقد عبر الوسائط الإلكترونية بمختلف صوره، إذ لا شك في ضرورة تحقق هذا الشرط وإن كان الأمر ليس بنفس سهولة ما عليه الوضع في البيئة التقليدية.

المراد بشرط التطابق استناداً إلى القواعد العامة أن يصدر القبول مطابقاً للإيجاب مطابقة تامة، بأن يرد القبول على كل ما أوجبه الموجب بكل عناصره وشروطه، إذ لا يعتبر القبول مطابقاً للإيجاب إذا انصب على جزء مما يتضمنه فقط، أو إذا انطوى على تعديل في مضمون الإيجاب تحت طائلة اعتباره قبولاً غير مطابق، كما لو تضمن القبول ما يزيد في الإيجاب أو يقيد منه أو يعدل فيه، أو إذا كان هذا الرد معلقاً على شرط أو مقيداً بتحفظ، فمثل هذا الرد لا يعتبر قبولاً وإنما يعتبر بمثابة إيجاب جديد⁽²⁾.

ولا يقصد هنا بمطابقة القبول للإيجاب مطابقة الألفاظ والصيغ، إنما المقصود بها المطابقة في الموضوع بحيث يجب أن يصدر القبول بالموافقة على جميع المسائل التي تضمنها الإيجاب، ودون تفرقة بين ما يعد من

(1) بشار طلال أحمد المومني، مرجع سابق، ص 68.

(2) محمد حسين منصور، النظرية العامة للالتزام: مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص 134.

قبيل المسائل الجوهرية وما يعد من قبيل المسائل التفصيلية أو الثانوية⁽¹⁾.

والتطابق بين القبول والإيجاب يمكن أن يكون تطابقا تاما على كافة المسائل التي تناولها الإيجاب سواء كانت عناصر أساسية أم ثانوية⁽²⁾، كما يمكن أن يكون تطابقا جزئيا، ويكون ذلك إذا اتفق الطرفان المتعاقدان على جميع المسائل الجوهرية في العقد، واحتفظا بمسائل تفصيلية يتفقان عليها في وقت لاحق، ولم يشترطا عدم إتمام العقد عند عدم الاتفاق عليها، وهذا ما جاء في نص المادة 65 ق.م.

فالحكم المستفاد من هذا النص أنه لكي يبرم العقد يجب أن يكون القبول مطابقا تماما للإيجاب، وهو ما يعني أن الاتفاق على بعض مسائل العقد دون البعض الآخر لا يكفي من حيث الأصل لانعقاد العقد بل يجب أن يتم الاتفاق على جميع المسائل والشروط، غير أنه واستثناء من ذلك، قررت المادة 65 ق.م أن مجرد الاتفاق على الشروط الجوهرية للعقد كاف لانعقاده حتى لو وجدت مسائل تفصيلية تركت دونما اتفاق عليها، ما لم يتفق الطرفان على خلاف ذلك وهو ما يعرف بالمطابقة الجزئية.

غير أن إعمال حكم المادة 65 ق م يتطلب توافر 3 شروط، الأول: أن يتم الاتفاق على جميع المسائل الجوهرية في العقد، الثاني: أن يحتفظ الطرفان بمسائل تفصيلية يؤجلان الاتفاق عليها إلى وقت لاحق وأخيرا: أن لا يكون انعقاد العقد معلقا على ما أُجِّلَ من هذه المسائل، وتطبيق هذا الشرط في التعبير عن القبول عبر الوسائط الإلكترونية يثير بعض المسائل والإشكالات القانونية منها:

1/ أن تطبيقه وتحريره ليس بسهولة ما هو عليه الوضع في القواعد العامة، حيث أن الواقع العملي يظهر أن بعض العقود المبرمة إلكترونيا عن طريق صفحات الويب عادة ما يتم فيها استخدام تقنية النصوص المخفية⁽³⁾ (texte hyber) التي تؤدي إلى تقسيم المحرر الإلكتروني المتضمن الإيجاب إلى عدة أقسام، وذلك كأن يقوم الموجب بوضع الشروط العامة للعقد في الصفحة الظاهرة على الموقع ثم يضع على ذات الصفحة إشارة -باستخدام هذه التقنية- إلى الشروط التفصيلية تنقل المتصفح إلى صفحة ثانية بها كل الشروط التفصيلية، كما يمكن أيضا للموجب استخدام هذه التقنية في الإيجاب المرسل عبر البريد الإلكتروني، بحيث

(1) وضع الفقه معيارين للتمييز بين المسائل الجوهرية والتفصيلية هما: المعيار الموضوعي والشخصي، ويقصد بالمعيار الموضوعي ضرورة توافر الاتفاق على الأركان اللازمة قانونا لانعقاد العقد وهي التراضي والحل والسبب، بالإضافة إلى الأركان الخاصة بكل عقد من العقود المسماة المميزة له عن باقي العقود، أما المعيار الشخصي فهو الإرادة المشتركة للمتعاقدتين التي يتم الكشف عنها بجميع الطرق ومنها المعاملات السابقة والظروف المحيطة بإبرام العقد، أنظر: خالد ممدوح إبراهيم، التحكيم الإلكتروني في عقود التجارة الدولية ط1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2009، ص 136 وما بعدها، نور الهدى مرزوق، مرجع سابق، ص 146 وما بعدها.

(2) لورنس مُجَّد عبيدات، إثبات المحرر الإلكتروني، ط1، دار الثقافة، عمان، 2009، ص 47.

(3) هذه التقنية هي تطبيق لتقنية الارتباط التشعبي (hyber link)، وهي عبارة عن نقطة موجودة داخل صفحة الويب إذا ما تم النقر فوقها ينتقل مستخدم الإنترنت إلى صفحة أخرى بحيث نحدد المحرر الإلكتروني الذي يتضمن الإيجاب متضمنا سطر على شكل عنوان يكون لونه مختلفا عن لون باقي المحرر، وبالضغط على هذا السطر ينتقل زائر الصفحة إلى محرر آخر يتضمن نصوصا ذات صلة بموضوع المحرر الآخر، ويتم اللجوء إلى هذه التقنية بهدف التقليل من حجم المحرر الإلكتروني، أنظر في ذلك: سامح عبد الواحد التهامي، مرجع سابق، ص

يمكن للمرسل أن يرسل رسالة إلكترونية متضمنة للشروط العامة للعقد ثم يضع إشارة إلى بقية الشروط تنقل المرسل إليه إلى صفحة أخرى⁽¹⁾.

والمشكلة التي يثيرها استخدام هذه التقنية أن المتصفح أو المرسل إليه قد لا ينتبه إلى وجود تلك الإشارة ويقوم بالضغط على أيقونة القبول دون قراءة الشروط التفصيلية المتضمنة في النص المخفي، أو يقوم بإرسال رسالة إلكترونية حاملة لقبوله دون الاطلاع على الشروط المتضمنة في النص المخفي، ما قد يجعل قبوله غير مطابق نتيجة عدم اطلاعه على الصفحات التي تؤدي إليها تلك الإشارة وبالتالي عدم علمه بكافة شروط الإيجاب.

وقد اختلف الفقه في إعطاء حل لهذا الإشكال، ففي الوقت الذي ذهب فيه جانب منه⁽²⁾ إلى جواز استخدام تقنية النصوص المخفية عند طرح الإيجاب بشرط وضع إشارة واضحة لهذا النص المخفي في النص الأصلي، معتبرين أن القبول يكون صحيحا ومطابقا طالما كان في إمكان الموجب له ملاحظة وجود نص مخفي والوصول إليه.

ذهب جانب آخر⁽³⁾ إلى أنه لا يجوز استخدام تقنية النصوص المخفية في الإيجاب وأنه يجب أن يكون الإيجاب في صفحة واحدة فقط، وذلك حتى يتسنى للموجب له الاطلاع على كل الشروط دون أن يضطر إلى الانتقال إلى صفحة أخرى، وهو ما يمكن من القول بمطابقة القبول للإيجاب، وهو ذات ما أخذ به مجلس الدولة الفرنسي في تقريره الخاص بالإنترنت، حيث ذكر فيه بأنه "حتى يكون الرضا صحيحا وكاملا فإنه يجب ألا تكون شروط العقد واردة في نصوص مخفية"⁽⁴⁾.

وأميل إلى الرأي الذي يرى بأن الإيجاب المتضمن لنصوص مخفية قد لا يتحقق معه قبول مطابق ذلك أنه لا يمكن ضمان اطلاع كل موجب له على هذه النصوص المخفية، فقد لا ينتبه إليها البعض مما يحول دون علمهم الكامل بكافة شروط العقد، خاصة إذا كان المتصفح مستهلكا قد لا يتقن استخدام الإنترنت ولا يعرف بمثل هذه التقنيات.

2/ كما يثار التساؤل حول البيانات والمعلومات التي نصت عليها مختلف التشريعات واشترطت تضمن الإيجاب الإلكتروني لها حماية لرضا المستهلك، وما مدى اعتبارها من المسائل الجوهرية التي تمكن من القول بوجود مطابقة بين الإيجاب الإلكتروني والقبول في حال الاتفاق عليها فقط، وما حكم إغفال أحد هذه

(1) سامح عبد الواحد التهامي، مرجع سابق، ص: 184-185.

(2) المرجع نفسه، ص 186.

(3)V: -RONDEAU Dominique, « L'impact de l'erreur dans les contrats de vente passés sur internet », *Gaz.Pal*, 20 au 24 Avril 2003, p.25.

- GAUTRAIS Vincent, « La couleur du consentement électronique », *Cahiers de la propriété intellectuelle*, Vol. 16, n°1, 2003, p.14 et suit, disponible sur :

<https://www.gautrais.com/publications/la-couleur-du-consentement-electronique/>

(4)Internet et les réseaux numériques, étude adoptée par l'assemblée générale du conseil d'état français, le 02 juillet 1998, la documentation Française, p.65.

البيانات وحصول التطابق على بقية البيانات الأخرى المذكورة، هل يعتد بالقبول هنا ويعتبر مطابقاً، أم يجب أن ترد المطابقة على كافة البيانات التي اشترطها المشرع.

والإجابة عن ذلك تقتضي الإشارة إلى أن الهدف من إلزام الموجب في عقود الاستهلاك الإلكترونية بإعلام المستهلك بتلك البيانات هو حماية رضا هذا الأخير وتنويره بما دق من تفاصيل التعاقد، وعليه فاشتراط المشرع لها لا يجعلها في مصاف المسائل الجوهرية طالما كانت تلك المسائل في الأصل ثانوية أضف إلى ذلك أن المشرع لم يحدد تلك البيانات على سبيل الحصر وإنما ذكرها على سبيل المثال فقط وعليه فتم الاتفاق على المسائل الجوهرية بين الموجب والمستهلك وإغفال ما عداها من المسائل الثانوية كاف من حيث الأصل لانعقاد العقد⁽¹⁾.

3/ قد تثار مشكلة تطابق الإيجاب والقبول أيضاً في حالة الإيجاب المرفق بملحقات (Attachments) وهي عبارة عن صيغة معدة سلفاً بشروط وبنود العقد، حيث يمكن تصور هذه الحالة في التعاقد الذي يتم عبر البريد الإلكتروني أو عن طريق الويب، ومثال الحالة الأولى أن يقوم التاجر المورد الإلكتروني مثلاً بإرسال رسالة عبر البريد الإلكتروني تتضمن إيجاباً ويشير فيها إلى أنها ملحقة بمرفقات، ثم يقوم الموجب له بقبول هذا العرض فيعيد إرسال رسالة بالموافقة على الإيجاب وفق شروطه هو الملحقة بدورها برسالته دون أن يطلع الطرفان على المرفقات وما تتضمنه من شروط وبنود ومصطلحات قد تختلف عن بعضها البعض⁽²⁾.

وتتجلى هذه المشكلة بوضوح في الحالة الثانية وهي حالة التعاقد بواسطة العقود النموذجية المعدة سلفاً⁽³⁾، والموضوعة على مواقع الويب وبصفة خاصة في التعامل بين منشأة تجارية وأخرى، فيجد أن كل منشأة تقبل العرض وفق الشروط المبينة في ملحق العرض، كأن تشترط صاحبة العرض أو الإيجاب الإحالة بشأن بنود العقد إلى أحد العقود النمطية الدولية، ومثالها في حالة تصدير معدات وماكينات تشترط المنشأة صاحبة العرض الإحالة بشأن بنود العقد إلى العقد النموذجي لتصدير أدوات المصانع والآلات الصادر عن اللجنة الاقتصادية الأوروبية لسنة 1957، فتقوم المنشأة الثانية بقبول العرض وتشير إلى اعتماد بنود العقد النموذجي الصادر عن مجلس المساعدات الاقتصادية المتبادلة لدول أوروبا الشرقية (الكوميكون) لسنة 1968.

أو كأن يشير الطرف الأول إلى الإحالة في تفسير العقد إلى القواعد الدولية لتفسير المصطلحات التجارية الصادرة عن غرفة التجارة الدولية بباريس 1953 (INCOTERMS) بينما يشترط الطرف الآخر الإحالة إلى مبادئ العقود الدولية الصادرة عن معهد توحيد القانون الخاص بروما سنة 1994 (Unidroit)⁽⁴⁾، ففي مثل هكذا حالات والتي يكون سببها في الغالب عدم اهتمام الأطراف بملحقات

(1) أنس محمد شرف اليوسفي، مرجع سابق، ص 136.

(2) خالد ممدوح إبراهيم، التحكيم الإلكتروني في عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص 139.

(3) هذه العقود النموذجية معدة سلفاً من الموجب، يتعذر إدخال أي تعديل على العرض المقدم من خلالها.

(4) خالد ممدوح إبراهيم، التحكيم الإلكتروني في عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص: 139-140.

العروض أو الرسائل الإلكترونية، ومن ثم عدم اطلاعهم عليها وعلى ما تتضمنه من شروط وبنود التعاقد يثار التساؤل عن مدى اعتبار العقد مبرما بين الطرفين من عدمه؟.

لحل هذه المشكلة⁽¹⁾، أصبح الموجب عادة ما يقوم بالتأكد على القابل -وهو المستهلك في الغالب- بأن يقوم بقبول شروط التعاقد وفق الصيغة المعدة سلفا من قبله والملحقة بالعرض أو بالرسالة الإلكترونية المتضمنة للإيجاب أو رفضها بحالتها كما هي دون أي تعديل⁽²⁾.

وحل الإشكالات الثلاثة السابق ذكرها يكمن في تطبيق القواعد العامة التي تبقى -حسب رأيي- صالحة لحكم هذه الحالات، حيث أن العبرة في تحديد إبرام العقد الإلكتروني بحصول التطابق بين الإيجاب والقبول من عدمه هو بالنظر إلى ما يحتويه ملحق الرسالة أو النص المخفي من شروط وبنود، فإذا كانت هذه الشروط ثانوية كشرط مكان أو زمان أو كيفية التسليم أبرم العقد، مالم يتضح أن الطرفين قد اشترطا الاتفاق على المسائل الثانوية لانعقاده، فلا ينعقد حينها إلا بعد حصول الاتفاق بينهما إعمالا للمادة 65 ق م.

وهو الأمر الذي يستفاد منه أنه متى كانت المسائل الجوهرية مذكورة في العرض أو الرسالة الأصلية وتم الاتفاق عليها بين الطرفين، وكانت المسائل التفصيلية موجودة في ملحق الرسالة أو في نص مخفي لم يتعرض لها الطرفان سواء عن عمد أو إهمال منها، فإن العقد يعتبر مبرما إعمالا للقواعد العامة ما لم يتفقا على خلاف ذلك، أما إذا كانت الشروط المدرجة في الملحق أو النص المخفي شروطا جوهرية ولم يتطرق لها الطرفان فإن العقد لا يبرم، ويعتبر أي قبول صار بشأنها بمثابة إيجاب جديد يلزم لانعقاد العقد اقترانه بقبول استنادا إلى أحكام المادة 66 ق م.

ج/ أن يكون قبولا باتا

لما كان القبول الإلكتروني تصرف قانوني يتجه إلى إحداث أثر قانوني وجب أن يكون باتا جازما ومتجها إلى تكوين العقد والالتزام به، بمعنى وجب أن يكون القبول الإلكتروني على غرار القبول في البيئة التقليدية متضمنا لنية قاطعة ممن صدر عنه ومنصبا على عناصر الإيجاب بقصد إنشاء العقد⁽³⁾، وعليه فإذا صدر قبول وعلق على التفكير والتروي أو كان مشروطا فإنه لا يصلح بهذه الأوصاف لأن يكون قبولا منتجا ينعقد به العقد⁽⁴⁾.

(1) وقد تنبه واضعو قانون اليونسسترال النموذجي للتجارة الإلكترونية إلى هذه المشكلة وقاموا بإضافة مادة تحت رقم 5 مكرر اعتمدت وأضيفت في يونيو 1998 إلى نصوص القانون والتي جاء نصها كالتالي "لا ينكر الأثر القانوني للمعلومات أو صحتها أو قابليتها للتنفيذ لمجرد أنها لا ترد في رسالة البيانات التي تنفي بأنها تنشئ ذلك الأثر القانوني، وتم الاكتفاء بالإشارة إليها في رسالة البيانات"، فمن خلال هذه المادة تم الاعتراف قانونا بالمعلومات التي ترد في ملحق رسالة البيانات الإلكترونية التي تتم الإشارة إليها في الرسالة الأصلية.

(2) خالد مدوح إبراهيم، التحكيم الإلكتروني في عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص 140.

(3) خالد مصطفى فهمي، النظام القانوني للتوقيع الإلكتروني في ضوء الاتفاقيات الدولية والتشريعات العربية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية 2007، ص 242.

(4) عباس العبودي، التعاقد عن طريق وسائل الاتصال الفوري، مرجع سابق، ص 129.

والأصل استنادا إلى القواعد العامة أن اقتران الإيجاب بقبول مطابق له كاف بحد ذاته لإبرام عقد ملزم لكلا الطرفين تطبيقا لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز لأحد الطرفين منفردا تعديل العقد أو العدول عنه إلا بالاتفاق مع الطرف الآخر، ولا يجوز للقابل العدول عن قبوله الجازم البات بعد اتصاله بعلم الموجب وترتيب أثره القانوني الذي اتجه إلى إحداثه.

إلا أنه في إطار العقود الإلكترونية أعطت بعض التشريعات الحديثة الخاصة بحماية المستهلك لهذا الأخير الحق في العدول عن القبول الإلكتروني وبالتالي عن العقد الإلكتروني بصفة منفردة ومستقلة عن موافقة الطرف الآخر، وهو الأمر الذي قد يشكل تناقضا، إذ كيف يفسر إعطاء المستهلك الإلكتروني حقا في الرجوع أو العدول عن قبوله البات والجازم خلافا للأصل المكرس بموجب القواعد العامة⁽¹⁾.

حقيقة الأمر أن الحق في العدول لا يتعارض ولا يتناقض مع القبول الإلكتروني البات، ذلك أن العقود الإلكترونية التي تتضمن هذا الحق هي عقود صحيحة إلا أنها غير لازمة⁽²⁾، تتحول إلى عقود لازمة بمجرد انتهاء مدة العدول أو بعدم استخدام المستهلك لحقه فيه، وعليه أمكن القول أن ارتباط الحق في العدول بالقبول في العقود الإلكترونية لا ينال من اعتبار القبول فيها باتا وجازما ينعقد به العقد، على اعتبار أن هذا الحق وإن وجد فهو حق لا يمارسه المستهلك إلا بعد إتمام إبرام العقد أي بعد اقتران القبول بالإيجاب، وهو الأمر الذي لا يتأتى إلا إذا كان هذا القبول باتا وجازما.

الفرع الثاني: صور التعبير عن القبول الإلكتروني

تختلف أشكال أو صور التعبير عن القبول الصادر عبر الوسائط الإلكترونية عن تلك المعروفة في القواعد العامة⁽³⁾، من حيث أن هذا القبول يتخذ الشكل أو الصورة التي تفرضها عليه التقنية المستخدمة في التعبير عنه، وهو الأمر الذي يستلزم بحث هذه الصور وبيان ما تتميز به من خصوصية، وما تثيره من

(1) نور الهدى مرزوق، مرجع سابق، ص: 149-150.

(2) العقد غير اللازم هو عقد صحيح نافذ ومرتب لآثاره إلا أن لكل من عاقيه أو أحدهما أن يتحلل منه دونما حاجة إلى موافقة الطرف الآخر، أنظر في ذلك: عدنان السرحان ونوري حمد خاطر، شرح القانون المدني الأردني: مصادر الحقوق الشخصية، ط1، دار الثقافة عمان، 2008، ص255.

(3) لا يختلف القبول الإلكتروني عن نظيره التقليدي سوى أنه يتم عبر تقنيات الاتصال الحديثة عن بعد، وهو ما يبقيه خاضعا من حيث الأصل للقواعد العامة التي تنظم القبول التقليدي، بيد أنه يختص ببعض الخصائص التي تميزه والتي أكتسبها من الوسيلة التي يتم التعبير عنه من خلالها وهي: أ- أن القبول الإلكتروني كقاعدة لا ينعقد به العقد إلا إذا كان مصحوبا بإجراء آخر يؤكد كالنقر المزدوج، أو ملأ استمارة البيانات الخاصة بالمتعاقد، أو الإجابة على بعض الأسئلة التي توجه إلى القابل، كتحديد أية بيانات يمكنها تأكيد القبول، من أجل منح فرصة للقابل من أجل التريث والتدبر والتأكد من رغبته في القبول، - ب- أنه عادة ما يتفق الطرفان أو ينص المشرع على أن وصول القبول إلى الموجب الإلكتروني لا يكفي بذاته لافتراض علم الموجب به وبالتالي انعقاد العقد، وإنما يجب كذلك أن يصدر من الموجب إقرار استلام القبول، يتم إرساله عن طريق رسالة إلكترونية مستقلة، خلال أجل محدد، فإذا لم يرسل هذا الإقرار جاز للقابل تجاهل العقد والرجوع بالتعويض على الموجب، أنظر في ذلك: بلقاسم حامدي، مرجع سابق، ص80، وناصر حمودي، العقد الدولي الإلكتروني المبرم عبر الإنترنت، مرجع سابق، ص201 و:

GUILLEMARD Sylvette, *Le droit international privé face au contrat de vente cyber partial*, thèse de doctorat, faculté de droit, université, Paris II, 2003, p 310.

إشكالات قانونية، خصوصا ما تعلق بالقبول عن طريق ضغط أو لمس الأيقونة والتي يمكن اعتبارها أكثر صور القبول الإلكتروني إثارة للجدل والأكثر شيوعا في التعبير عن القبول الإلكتروني⁽¹⁾.

وعلى غرار ما هو عليه الوضع في القواعد العامة أين يمكن أن يكون القبول التقليدي عن طريق سلوك إيجابي سواء أكان هذا السلوك صريحا أو ضمنيا، أو عن طريق سلوك سلبي في إطار السكوت الملاصق، سنحاول من خلال نقاط هذا الفرع إسقاط هذه القواعد على القبول الإلكتروني لمعرفة ما هو صالح منها للتطبيق عليه من هو غير كذلك، وذلك على النحو التالي:

أولا/ صور القبول الإيجابي

لا اختلاف بين الفقهاء حول صور التعبير عن القبول الإلكتروني التي يتخذ فيها القابل مسلحا إيجابيا صريحا سواء عن طريق البريد الإلكتروني أو المحادثة أو التفاعل المباشر أو النقر على أيقونة القبول، وذلك على خلاف التعبير الضمني الذي ذهب الرأي الراجح بشأنه إلى عدم إمكانية تصويره في العقود الإلكترونية معتبرين أن القبول الإلكتروني لا يمكن أن يكون إلا صريحا، وعليه سنتطرق أولا إلى القبول الإيجابي الصريح (أ) ثم إلى القبول الإيجابي الضمني (ب) لنرى مدى إمكانية من عدما وذلك من خلال النقطتين أدناه:

أ/ صور التعبير الصريح عن القبول الإلكتروني

يتم التعبير الصريح عن القبول الإلكتروني بعدة طرق منها الكتابة بما يفيد الموافقة، أو باستخدام تقنية البريد الإلكتروني، أو عن طريق اللفظ من خلال غرف المحادثة الفورية، وأخيرا باستخدام تقنية الويب وتجدر الإشارة إلى أنه ليس هناك ما يمنع من أن يتم القبول بطريق إلكتروني غير الطريق الذي صدر الإيجاب بواسطته، كأن يصدر الإيجاب بواسطة البريد الإلكتروني فيكون القبول بواسطة الفاكس أو العكس، كما يمكن أن يتم القبول بغير وسيلة إلكترونية أصلا كأن يتم بواسطة المراسلة التقليدية رغم أن الإيجاب كان بوسيلة إلكترونية، فنكون أمام حالة ما يسمى بالعقد المبرم جزئيا بوسيلة إلكترونية.

1/ القبول عبر تقنية البريد الإلكتروني

بالرغم من وجود جانب من الفقه يرى عدم مشروعية التعاقد عن طريق الطباعة أو الكتابة على الهواء بغض النظر عن الوسيلة المستخدمة⁽²⁾، إلا أن الواقع العملي أثبت أن تقنية البريد الإلكتروني تعتبر من أكثر الطرق شيوعا واستخداما في التعبير عن الإرادة إلكترونيا -إيجابا كانت أو قبولا- والتعاقد من خلالها يشبه التعاقد بالمراسلة المعروف في البيئة التقليدية⁽³⁾.

فبعد تلقي الموجب له الإيجاب سواء عبر البريد الإلكتروني أو عبر تقنية أخرى يقوم بالتعبير عن قبوله من خلال تقنية البريد الإلكتروني -إذا كانت هي وسيلة الرد- من خلال كتابة رسالة إلكترونية على حاسبه تتضمن قبوله بالإيجاب وموافقته على ما ورد فيه ثم إرسالها إلى عنوان البريد الإلكتروني للموجب.

(1) أنس محمد شرف اليوسفي، مرجع سابق، ص 137.

(2) آمال حابت، استغلال خدمات الإنترنت، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري تيزي وزو، الجزائر، 2004، ص 79.

(3) سامح عبد الواحد التهامي، مرجع سابق، ص 176.

ويتبين من ذلك أن التعبير عن القبول عبر رسائل البيانات باستخدام تقنية البريد الإلكتروني يتم بالكتابة الإلكترونية ويتخذ شكل رسالة إلكترونية وهو ما يترتب عنه أمرين: الأول وحسب ما نصت عليه المادة 1/11 من قانون اليونسترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية التي أجازت استخدام رسائل البيانات للتعبير عن العروض وقبولها، فإن استخدام هذه الرسائل في تكوين العقد لا ينال من صحته أو قابليته للتنفيذ لمجرد استخدام رسالة بيانات لذلك الغرض، والثاني أن هذا التعبير هو تعبير صريح يتضمن رضاء صريحا من القابل بإبرام العقد، ذلك أن دلالة الكتابة الإلكترونية المستخدمة في الرسالة تكون واضحة. وتجدر الإشارة إلى أن هذا النوع من القبول عادة ما يستخدم في العقود التفاوضية، أين يكون لكلا طرفي العقد هامش للتفاوض من أجل تعديل بعض شروط العقد قبل إبرامه⁽¹⁾.

2/ القبول عبر تقنية المحادثة الفورية/ التفاعل المباشر

لما كانت القاعدة أن القبول بوصفه تعبيرا عن الإرادة يخضع لحرية صاحبه في اختيار طريقة التعبير عنه فإنه لا مانع من أن يتم بأية وسيلة كانت مادامت كافية للإفصاح عنه، ولما كانت تقنية المحادثة الفورية كوسيلة مستعملة في التعبير عن الإرادة إلكترونيا تتيح مكنة التفاعل المباشر أو المحادثة المباشرة⁽²⁾ من خلال رؤية كل متعاقد للآخر باستخدام كاميرا رقمية، فإن مجلس العقد يكون حكما، ولذلك يقترب هذا النوع من القبول من ذلك الذي يتم في التعاقد من خلال الهاتف⁽³⁾ ويزيد عنه في أنه يوفر الصوت والصورة، على نحو يظهر بوضوح شكل التعبير عن الإرادة⁽⁴⁾.

والتعبير عن القبول عبر هذه التقنية يدخل في إطار التعبير عن الإرادة باللفظ أو بالكتابة وفقا للقواعد العامة ذلك أنه يتم إما عن طريق تبادل الكلام شفاهة أو عن طريق استخدام الكتابة، فلا تختلف هذه الأخيرة -الكتابة أو الألفاظ- عما هو متعارف عليه في القواعد العامة، من حيث دلالتها على الرضا رغم حداثة، كل ما في الأمر أن الكتابة هنا هي كتابة إلكترونية يعتد بها في التعبير عن القبول طالما كانت واضحة ودالة على قبول التعاقد ومفهومة للطرف الآخر، كما أن التعبير عن القبول باللفظ عبر هذه التقنية هو تعبير شفوي صريح ينعقد به العقد طالما كان مفهوما للطرفين ودالا على رضاها بالتعاقد⁽⁵⁾.

3/ القبول عبر شبكة الإنترنت/ عبر تقنية الويب/ عبر الموقع : تختلف التسميات الواردة في العنوان تصب في مجرى واحد، حيث تعرف خدمة الويب، أو ما يعرف بشبكة المعلومات العالمية بأنها الخدمة التي يمكن

(1) JABER Abbas Youssef, JABER Abbas Youssef, *Les contrats conclus par voie électronique : étude comparée*, thèse pour obtenir le grade de Docteur en droit privé, université de Montpellier1, 30 juin 2012, p 124.

(2) خالد ممدوح إبراهيم، التحكيم الإلكتروني في عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص 119.

(3) سامح عبد الواحد التهامي، مرجع سابق، ص 170.

(4) أسامة أحمد بدر، مرجع سابق، ص 335.

(5) أنس محمد شرف اليوسفي، مرجع سابق، ص 140.

من خلالها زيارة مختلف المواقع الإلكترونية وتصفح ما فيها من صفحات، من أجل الوصول إلى معلومات أو القيام بإبرام تصرفات معينة.

والقبول عبر الموقع الإلكتروني لا يخرج عن الطرق المعروفة في القواعد العامة، فقد يتم عن طريق الكتابة وذلك كما في حالة اشتراط بعض المواقع الإلكترونية على من يتعامل معها بأن يحرر طلبا بالشراء على صفحة الموقع، فإذا ما قام الزائر بتحرير هذا الطلب اعتبر تصرفه هذا بمثابة قبول، أو اشتراط الموجب في إيجابه الصادر على صفحة الويب في شكل إعلان، ضرورة أن يكون القبول الموافق له مفرغا في شكل رسالة إلكترونية يتوجب على القابل إرسالها إلى البريد الإلكتروني لصاحب الإيجاب والمحدد سلفا في الإعلان⁽¹⁾.

كما قد يتم التعبير عن القبول بواسطة هذه التقنية عن طريق الإشارة، وذلك باستخدام بعض الرموز والإشارات التي أصبح متعارفا عليها من قبل مستخدمي شبكة الإنترنت، مثل إشارة الوجه المبتسم التي تدل على الموافقة، وإشارة الوجه الغاضب التي تدل على الرفض، أو باستخدام إشارة (✓) للدلالة على الموافقة وإشارة (X) للدلالة على الرفض، وغيرها من الإشارات.

غير أن القبول عبر تقنية الويب غالبا ما يتم عن طريق ما يسمى بـ"النقر أو الضغط على زر القبول أو الفأرة"، حيث تستخدم هذه الطريقة بشأن التعاقد على المنتجات أو الخدمات المعروضة على صفحة الويب، أين يختار الزبون أو المتصفح السلعة أو الخدمة المنشودة ثم يقوم بالضغط على أيقونة الموافقة فتظهر له صفحة أخرى تتضمن العقد النموذجي المحدد لشروط وبنود التعاقد، فإذا رغب في إتمام عملية التعاقد ما عليه إلا أن يضغط على أيقونة القبول على الشاشة، أو يقوم بكتابة عبارة تفيد الموافقة باستخدام لوحة المفاتيح⁽²⁾.

كما يمكن أن يقوم الشخص بالتعبير عن إرادته بالقبول من خلال تقنية النقر على زر القبول بعد أن يقوم بملاً استمارة تتخذ شكل نموذج طلب معروض على الموقع، عن طريق تدوين المعلومات الشخصية له ومن ثم الضغط على خانة القبول الموجودة ضمن الطلب⁽³⁾.

والواقع أن هاته الطريقة في التعبير عن القبول قد أثارت العديد من الإشكالات لدى الفقه نتيجة ما قد تتضمنه من أخطاء، فقد يتم لمس هذه الأيقونة أو الضغط عليها على سبيل الخطأ أثناء استخدام جهاز الكمبيوتر ونحوه من الأجهزة الإلكترونية، وهو الأمر الذي يحمل في طياته العديد من المخاطر على هذا النوع من التعاقد، ويثير التساؤل حول القيمة القانونية للقبول من خلال الضغط أو اللمس على زر القبول، وبصفة خاصة مسألة مدى اعتبار ملازمة من وجه إليه الإيجاب لأيقونة "القبول" أو الضغط عليها مرة واحدة كافية للتعبير عن إرادته تعبيراً صحيحاً ومعتداً به قانوناً؟

(1) راجع في ذلك: أسامة أبو الحسن مجاهد، التعاقد عبر الإنترنت، مرجع سابق، ص 85، رامي محمد علوان، مرجع سابق، ص 262.

(2) خالد مدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، مرجع سابق، ص 131.

(3) سمير عبد العزيز حامد الجمال، مرجع سابق، ص 126.

اختلفت الآراء الفقهية وتعددت بصدد الإجابة عن هذا السؤال، وظهر في سبيل ذلك اتجاهين: **الاتجاه الأول:** يرى أصحابه⁽¹⁾ أنه لا يوجد ما يحول دون اعتبار الضغط مرة واحدة على الأيقونة قبولاً من الناحية القانونية، إذ يعد ذلك كافياً للتعبير عن القبول، ويسمح بانعقاد العقد متى وصل إلى علم من وجه إليه، أما الضغط للمرة الثانية أو اتباع أي إجراء آخر بهدف التأكيد على القبول إنما هو مرحلة لاحقة على وجود القبول فعلاً وقانوناً، والذي يكون قد تكون بفعل الضغط على الأيقونة في المرة الأولى⁽²⁾.

ويستند هذا الرأي إلى القياس على القواعد العامة، هذه الأخيرة التي اعتمدت الإشارة المتداولة عرفاً كوسيلة من وسائل التعبير عن الإرادة -كحركة الرأس من أعلى إلى أسفل، أو من اليمين إلى الشمال- ينعقد بها العقد كغيرها من الوسائل الأخرى، كذلك هو الأمر بالنسبة لفعل ملاسة الأيقونة، إذ تعتبر بالقياس إشارة دالة على القبول، خاصة أنه يتم التنبيه على القابل من أن الضغط على تلك الأيقونة سيعتمد كقبول ينعقد به العقد، وأن القول باحتمال وقوع الخطأ، فكما هو وارد في كل وسائل التعبير عن الإرادة، فإنه وارد أيضاً في ملاسة أيقونة القبول⁽³⁾.

لكن هذا الرأي ورغم وجاهة أسانيده وحججه، إلا أنه لا يستقيم وخصوصية العقود الإلكترونية باعتبارها- الحجب- مستمدة في مجملها من القواعد العامة، فالتعبير عن الإرادة إلكترونياً باعتباره يتم عن بعد يلغي عنصر الموازنة بين الطرفين، الأمر الذي يستلزم إحاطته بأحكام واستثناءات تتفق مع طبيعته وتعتيقاته⁽⁴⁾، إضافة إلى أن مجرد الضغط على أيقونة القبول لمرة واحدة يثير الشك، ويغلب احتمالات الخطأ والوقوع فيه، خاصة وأن الطرفين لا يجمعهما مجلس عقد واحد⁽⁵⁾.

الاتجاه الثاني: يرى هذا الاتجاه⁽⁶⁾ أن مجرد الضغط لمرة واحدة على الأيقونة لا يكفي لاعتباره تعبيراً عن القبول ينعقد به العقد، فبمجرد ملاسة أيقونة القبول أو الضغط عليها لمرة واحدة لا يعطي الدلالة القاطعة على توافر التعبير عن القبول، وإنما يجب لذلك الضغط مرتين على الأيقونة (double clic) تأكيداً لتصميم من وجه إليه الإيجاب على قبوله، ويطلق الفقه على هذه اللسة "اللمسة الأخيرة للقبول"، وبذلك يمكن القول بأن التعبير عن القبول قد تم عبر مرحلتين، وهو نمط جديد في التعبير عن القبول، ظهر مع ظهور العقود الإلكترونية، وتكمن إيجابياته في تمكين المتعاقد من التفكير جيداً قبل تأكيد قبوله⁽⁷⁾.

(1) THOMYRE Lionel, *L'échange des consentements dans le commerce électronique maîtrise de droit des technologies de l'information*, université de Montréal, 1999, p 15, en ligne :

<http://www.lex-electronica.org/articles/v5-1/thourmfr.htm>.

(2) محمد سعد خليفة، مشكلات البيع عبر الإنترنت، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004، ص 61.

(3) المرجع نفسه، ص 61.

(4) شحاتة غريب شلقامي، مرجع سابق، ص 107.

(5) أنس محمد شرف اليوسفي، مرجع سابق، ص 143.

(6) شحاتة غريب شلقامي، مرجع سابق، ص 107، خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، مرجع سابق، ص: 268-239، و

BENSONSSAN Alian, *Le commerce électronique, aspects juridique*, Edition herms, Paris, 1998, p34

(7) بشار محمود دودين، مرجع سابق، ص: 138-139.

واعتماد هذا الرأي -الذي نتفق معه- يتفق مع طبيعة وخصوصية التعبير عن الإرادة إلكترونيا باعتباره يتم عن بعد، ويسمح بالتأكد من سلامة الرضا ومن صدوره عن إرادة مقتنعة بإبرام العقد، كما أن اشتراط تأكيد القبول فيه حماية للزبون خاصة إذا كان مستهلكا- من الخطأ الذي قد يقع فيه سهوا عن طريق اللمس التلقائي لأيقونة القبول، ودون اتجاه الإرادة إلى ذلك، بالإضافة إلى أن اشتراط تأكيد القبول يقطع التحجج أمام المتعاقد الذي قد يدعي حصول الخطأ في النقرة أو اللمسة الأولى⁽¹⁾ للتهرب من تبعات قيام العقد.

وهو ذات المسلك الذي انتهجه المشرع الجزائري بموجب البند الثالث من الفقرة الأولى من م 12 من قانون التجارة الإلكترونية «**تأكيد الطلبية الذي يؤدي إلى تكوين العقد**»، بموجب هذا النص قرر المشرع إلزامية مرور طلبية أي منتج أو خدمة بثلاث مراحل:

المرحلة الأولى: وتتمثل في وضع الشروط التعاقدية في متناول المستهلك الإلكتروني بحيث يتم تمكينه من التعاقد بعلم ودراية تامة.

المرحلة الثانية: وتتمثل التحقق من تفاصيل الطلبية من طرف المستهلك الإلكتروني لاسيما فيما يخص ماهية المنتجات أو الخدمات المطلوبة، والسعر الإجمالي والوحدوي، والكميات المطلوبة بغرض تمكينه من تعديل الطلبية والغائها أو تصحيح الأخطاء المحتملة.

وأخيرا المرحلة الثالثة: وهي تأكيد الطلبية الذي يؤدي إلى تكوين العقد، وبذلك يكون المشرع قد ربط تكوين العقد أي تطابق الإيجاب مع القبول بلحظة التأكيد على الطلبية من طرف المستهلك وكل موافقة قبلها لا يعتد بها كقبول قانونا، كل ذلك حماية للمستهلك حتى من نفسه ومن تسرعه.

فإذا كانت سرعة التطور التكنولوجي قد ساهمت في تقليص الوقت اللازم لإبرام التصرفات وتواليها بالنسبة للشخص من جهة، فإنها من جهة أخرى قد أفرزت تعقيدات أكبر تتعلق بالالتزامات المتسعة وهو ما دفع بالمشرع للتدخل من أجل وضع شكلية خاصة ترمي إلى ضرورة أخذ فترة للتفكير، بحيث لم نعد أمام الحديث عن لحظة واحدة لإبرام التصرف فحسب، بل أصبحنا نتحدث عن لحظة القبول ولحظة الإرسال ولحظة التأكيد كمواقيت مختلفة يرمي من ورائها المشرع إلى ضمان الأمن القانوني في المعاملات الإلكترونية⁽²⁾.

أما تأكيد الطلبية أو القبول فكما يتم بالنقر المزدوج على الأيقونة يمكن أن يتم أيضا عن طريق العديد من التقنيات التي تسمح بتأكيد رغبة المتعاقد في القبول، ومن ذلك نذكر وجود بطاقة الطلبات أو ما يسمى بوثيقة الأمر بالشراء التي يتعين على الموجه إليه الإيجاب تحريرها على الشاشة، وهو بذلك يؤكد سلوكه

(1) أنس محمد شرف اليوسفي، مرجع سابق، ص 144.

(2) GAUTRAIS Vincent, « Le consentement électronique », la deuxième journée internationale du droit du commerce électronique, actes du colloque de Nice des 6 et 7 novembre 2003, *actualité de droit de l'entreprise*, n° 22, 2003, p166.

الإيجابي في هذا الشأن، أو تأكيد الأمر بالشراء عن طريق إرساله من طرف الموجه إليه الإيجاب إلى موقع الموجب⁽¹⁾، كما يسمح إدخال رقم بطاقة الائتمان بهدف دفع مقابل السلعة أو الخدمة أو إدخال التوقيع الإلكتروني بتأكيد القبول وجعله أكثر فاعلية.

ويمكن الانتقاد الموجه لهذا الرأي -بالرغم من رجاحته- فيما أثاره الفقه من تساؤل حول القيمة القانونية لهذا التأكيد على القبول، فإما أن يكون القبول قد تم قبل التأكيد، فلا تكون له قيمة قانونية، وإما أن القبول لا يتم إلا بصدور التأكيد، فيكون هذا التأكيد هو القبول بعينه، بحيث لا تبدو الحاجة لمعاملته كشيء آخر بجوار القبول، ويرى الأستاذ أسامة أبو الحسن مجاهد أن الإجابة على هذا التساؤل تستخلص من خلال تفاصيل البرنامج المعلوماتي الذي يتم التعاقد من خلاله، والذي لن يخرج عن فرضيات ثلاث⁽²⁾:

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

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

الثالثة: وهي حالة وسط، بأن يتضمن البرنامج ضرورة التأكيد ولكن لا يمنع من انعقاد العقد بدونه، وهنا يمكن القول أن اللمسة هي قرينة على الانعقاد، ولكنها قابلة لإثبات العكس، بمعنى أنه يمكن للموجب له أن يثبت أن هذه اللمسة صدرت منه خطأ فيعتبر عدم صدور التأكيد منه دليلا على أنه لم يقصد قبول التعاقد. إلى جانب ما سبق، يمكن أن يُطرح تساؤل آخر بشأن القبول عن طريق حركة النقر بغض النظر عن كونه مزدوجا أو أحاديا، هل فعلا مثل هذه الحركة تعد تعبيرا فعليا عن الإرادة؟ أو بصيغة أخرى هل نشهد تعبيرا أتوماتيكيا أو تفسيرا حركيا للتعبير عن الإرادة؟⁽³⁾

أجاب البعض عن هذا التساؤل بقوله أن القبول الإلكتروني يجب أن يكون صريحا، إذ لا يتصور أن يكون ضمنيا، كون الوسائط الإلكترونية التي يتم من خلالها التعبير عن الإرادة لا تمكن من استخلاص النية الضمنية⁽⁴⁾ بأي حال من الأحوال، إلى درجة أن البعض عبر عن المسألة بقوله "ننقر لا يعني أننا نلعب"⁽⁵⁾ أما البعض الآخر فيرى بأنه يمكن قياس التعبير عن الإرادة عن طريق النقر على التعبير عن الإرادة بالإشارة

(1) اشترطت عدة قوانين إرسال وثيقة الأمر بالشراء من قبل المتعاقد لتأكيد القبول ومنها التوجيه الأوروبي رقم 2000-31 المتعلق بالتجارة الإلكترونية في مادته 11-01 التي اشترطت إرسال إشعار بالوصول يحتوي على جميع المعلومات الواردة في العقد عبر الجهات الموثقة باستعمال الطريق الإلكتروني.

(2) أسامة أبو الحسن مجاهد، التعاقد عبر الإنترنت، مرجع سابق، ص 86.

(3) ناصر حمودي، العقد الدولي الإلكتروني المبرم عبر الإنترنت....، مرجع سابق، ص: 201-202.

(4) المرجع نفسه، ص 202.

(5) Mas florence, op.cit, p 161.

المتفق عليها بموجب القواعد العامة مثله مثل التصاغ بالأيدي، وإن كان ذلك بطرق غير حركية عن طريق وسيلة الاتصال⁽¹⁾.

ب/ صور التعبير الضمني عن القبول الإلكتروني: وتتمثل هذه الصور في:

1/ التعبير عن القبول في المعاملات الإلكترونية المؤتمتة: يمكن تعريف المعاملات الإلكترونية المؤتمتة بأنها تلك المعاملات التي لا تقبل التدخل البشري فيها إنما تتم عن طريق برامج إلكترونية معدة مسبقا للقيام بمهمة معينة بعد تزويدها بمعلومات محددة، ومثال ذلك قيام أحد الأشخاص بمخاطبة آخر عن طريق شبكة web من أجل شراء عدد معين من السيارات من أحد المعارض وكان هذا المعرض يتعامل عن طريق حاسوب آلي، بحيث يرد على الزبائن بمجرد تلقي الطلب الخاص بنوع السيارة فيذكر السعر واللون وكيفية الاستلام، وفي حالة تحديد الزبون لطلبه، يقوم البرنامج بمخاطبته بقبول الشراء وإبرام عقد البيع.

ومثاله أيضا رغبة أحد الأشخاص في حجز تذكرة سفر لدى إحدى شركات الطيران، فما عليه إلا أن يدخل إلى موقع الشركة على شبكة الإنترنت ويطلع مواعيد الرحلات والأماكن الشاغرة، فيطلب حجز مقعد في رحلة يحددها هو، فيطلب منه سداد القيمة، وبمجرد تمام تحويل القيمة عن طريق عملية الدفع الإلكتروني تظهر له عبارة OK وبمجرد الضغط عليها يستطيع الحصول على صورة من تذكرة السفر عن طريق الحاسوب الشخصي الخاص به⁽²⁾.

يتضح من خلال هذين المثالين أن التعبير عن القبول تم عن طريق الحاسوب الآلي المزود بمعلومات محددة، وبرامج خاصة قادرة على إنجاز المعاملة بمجرد أن يُطلب منها ذلك دون تدخل بشري ويترتب على هذا القبول كافة الآثار القانونية المترتبة عن القبول الصادر عن الأفراد بالطريقة التقليدية، إذ يكون التعاقد صحيحا وناظرا ومنتجا لأثاره القانونية على الرغم من عدم التدخل الشخصي أو المباشر للشخص الطبيعي في عملية إبرام العقد، ومرد ذلك أن الشخص الطبيعي أو المعنوي الملزم هو الذي يمتلك النظام الإلكتروني الذي تم من خلاله التعبير عن إرادته من جهة، وأنه هو الذي قام ببرمجة هذا النظام بشكل جعله يرسل الرسائل المعبرة عن القبول بحسب إرادته⁽³⁾.

(1) V: - GHESTIN jaques, *Les obligations, le contrat : la formation*, op.cit, p300.

- NAIMI CHARBONIER marine, op.cit, p 72.

(2) عبد الفتاح بيومي حجازي، النظام القانوني لحماية التجارة الإلكترونية، الكتاب الأول، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2002، ص232

(3) يأخذ التعاقد عن طريق الوسائط الإلكترونية المؤتمتة شكلين:

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

2- تعاقد ما بين وسيط إلكتروني مؤتمت، ووسيط إلكتروني مؤتمت آخر وواضح أن كليهما منسوب إلى شخص طبيعي أو اعتباري يمتلك ذلك النظام. أنظر في ذلك عبد الفتاح بيومي حجازي، المرجع السابق، ص 233.

إلا أن الفقه يرى بأن سريان هذا التصرف في حق الموجب يفترض إثبات علمه بأن القبول قد صدر عن طريق النظام الإلكتروني المؤتمت أو يفترض أنه كان يجب عليه أن يعلم بأن العقد أو المعاملة سوف تبرم بهذه الوسيلة⁽¹⁾.

2/ مدى اعتبار التحميل عن بعد تعبيرا عن القبول Téléchargement

يثار التساؤل حول مدى اعتبار التحميل عن بعد⁽²⁾ لأحد برامج الكمبيوتر صورة من صور القبول يترتب عنه انعقاد العقد، ويقصد بهذا المصطلح نقل أحد البرامج أو بعض المعلومات إلى الكمبيوتر الخاص بالزبون عن طريق شبكة الإنترنت، بحيث يحصل الزبون على هذا البرنامج أو هذه المعلومات دون حاجة إلى استعمال الوسيلة العادية لوضع البرنامج على جهاز الكمبيوتر عن طريق القرص المرن disquette أو القرص المضغوط Compact disque.

والواضح أن هذه الصورة تمثل الصورة المثلى لإبرام العقد (عقد بيع البرامج والمعلومات) وتنفيذه على الشبكة دون اللجوء إلى العالم الحقيقي خارجها، كون تلك العقود لا تتناول أشياء مادية تحتاج إلى تسليمها ماديا⁽³⁾، ومثاله العملي عرض إحدى الشركات على مستعمل الإنترنت أن يتعاقد على الخط (أي على الشبكة نفسها) على أحد برامجها، وتنبيهه في نفس الوقت أنه إذا قام بتنزيل البرنامج أو إذا ضغط على أيقونة Acceptor فإنه يعد قابلا لشروط استعمال البرنامج وبالتالي إبرام العقد، فهل ضغط مستعمل الإنترنت على أيقونة القبول يعني أنه عبر على نحو صحيح عن قبوله شروط استعمال هذه الخدمة والتعديلات اللاحقة لها والتي سوف تكون نافذة في حقه، أم لا؟.

في مثل هذه الحالات يكون الضغط على أيقونة القبول أو تنزيل البرنامج أو المعلومات وسيلة قانونية صالحة للتعبير عن القبول، ذلك أن القبول عبر هذه التقنية يتم باتخاذ موقف لاتدع ظروف الحال شكاً في دلالة على حقيقة المقصود منه⁽⁴⁾.

ثانيا/ القبول السلبي (السكوت كوسيلة للتعبير عن القبول في العقود الإلكترونية)

تقضي القاعدة العامة أن السكوت باعتباره وضعاً سلبياً لا يصلح للتعبير عن الإيجاب مطلقاً سواء أكان ذلك في العقود التقليدية أو الإلكترونية، ذلك أن التعبير عن الإيجاب يتطلب مسلكاً إيجابياً، كما لا

(1) أنظر المادة 13 فقرة 02 من قانون اليونسفال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية : في العلاقة بين المنشئ والمرسل إليه، تعتبر رسالة البيانات أنها صادرة عن المنشئ إذا أرسلت من نظام معلومات مبرمج على يد المنشئ أو نيابة عنه للعمل تلقائياً".

(2) ويسمى هذا النوع من التعاقد باتفاقيات الرخص التي ترافق البرامج، وهي على شكلين، الأول، رخص تظهر على الشاشة أثناء عملية تنزيل البرنامج على الجهاز، وعادة لا يقرأها المستخدم، بل يكفي بمجرد الضغط (أنا أقبل j'accepte)، وهي العقد الإلكتروني الذي يجد وجوده في واجهة أي برنامج ويسبق عملية التنزيل (installation)، أما الصورة الثانية هي التي يطلق عليها اسم رخصة فض العبوة التي تكون مع حزمة البرامج المعروضة للبيع في محلات بيع البرمجيات، وتظهر عادة تحت الغلاف البلاستيكي على الحزمة وغالباً ما تبدأ بعبارة (بمجرد فض العبوة، فإنك توافق على الشروط الواردة في الرخصة).

(3) أسامة أبو الحسن مجاهد، التعاقد عبر الإنترنت، مرجع سابق، ص: 88- 89.

(4) أنس محمد شرف اليوسفي، مرجع سابق، ص 139.

يصلح أيضا كأصل للتعبير عن القبول طالما كان مجردا لا يستنبط منه أية دلالة على القبول، إلا أن الشق الثاني من هاته القاعدة العامة يتعلق به استثناء، وهو صلاحية السكوت للتعبير عن القبول في بعض الحالات التي يقتزن فيها بظروف معينة ترقى به من مجرد مسلك سلبي إلى سكوت ملابس، مثل تلك الحالات التي نصت عليها المادة 68 من ق م.

فإن كان هذا هو وضع السكوت في القواعد العامة المتعلقة خصوصا بالبيئة التقليدية، فإنه في مجال العقود الإلكترونية ومدى صلاحية السكوت للتعبير عن القبول فيها، قد اختلفت الآراء الفقهية بشأنه بين: قائل بجواز ذلك⁽¹⁾، وبين من يرفض تماما السكوت كتعبير عن القبول الإلكتروني⁽²⁾ ورأي ثالث وسط قبل فيها بالسكوت في بعض الحالات ورفض البعض الآخر منها⁽³⁾، أين جعلوا من عدم صلاحية السكوت للتعبير إلكترونيا عن القبول هو الأصل، إلا أن هذا الأصل ترد عليه حالات استثنائية يجوز اعتبار السكوت فيها قبولا إلكترونيا، مع ضرورة مواجهتها بمنتهى الحذر في العقود الإلكترونية، نظرا لكون حالات السكوت الملابس إنما قررت للعمل بها في مجال البيئة التقليدية وليس الإلكترونية، فبالنسبة لـ:

أ/ طبيعة المعاملة أو العرف التجاري: في وقتنا هذا، لا يمكن للعرف أن يلعب دورا فعليا في التعاقد عبر الإنترنت، وذلك نظرا لحداثة هذا الشكل من أشكال التعاقد.

ب/ مصلحة من وجه إليه الإيجاب: وهو فرض غير مألوف في العقود الإلكترونية كون أغلب العقود التي تبرم بهذا الشكل هي عقود تجارية يستهدف أصحابها تحقيق الربح⁽⁴⁾.

ج/ التعامل السابق: أما التعامل السابق بين المتعاقدين فهي الحالة التي تصادفنا كثيرا في التعاقد عبر الإنترنت، ومثالها اعتياد الزبون على شراء بعض السلع من أحد المتاجر الافتراضية، سواء بالبريد الإلكتروني أو عن طريق صفحات الويب، فهنا يمكن القول بأن هذه الحالة تعد من الحالات النموذجية

(1) وهو الرأي الذي يرى أصحابه بصلاحية السكوت الملابس لأن يكون قبولا إلكترونيا، تطبيقا للقواعد العامة، إذا كان هناك تعامل سابق بين المتعاقدين عبر تقنيات الاتصال الحديثة يمكن أن يستخلص منه القبول، وسكت من وجه إليه الإيجاب فإن سكوته يحمل على أنه قبول، شأنه في ذلك شأن القواعد العامة، مستنديين في رأيهم إلى أن استعمال الوسيلة الإلكترونية لا ينبغي أن يمثل مبررا للخروج عن تطبيق القواعد العامة، وأن القول بغير ذلك يؤدي إلى تعطيل عجلة تطور هذا النوع من التعاقد والقائم بشكل كبير على السرعة في الإنجاز، وهو ما يستدعي عدم انتظار صدور القبول في كل مرة.

(2) يرى أنصار هذا الرأي: بأن السكوت الملابس لا يصلح بأي حال من الأحوال للتعبير عن القبول في التعاقد الإلكتروني، وذلك لعدم تلاؤم حالاته مع البيئة الرقمية، فمن حق مستلم رسالة إلكترونية تتضمن إيجابا، عدم الرد عليها ولا يعتبر سكوته عن الرد قبولا، حتى ولو ورد فيها أنه إذا لم يرد عليها خلال مدة معينة عد ذلك قبولا منه، إضافة إلى ذلك فلا يعقل منطقيا تصور انعقاد عقد نتيجة سكوت عدد لا محدود من الأشخاص الذين اطلعوا على إيجاب معروض على الشبكة، ويميل هذا الاتجاه إلى حماية الأطراف المتعاقدة، على خلاف الرأي السابق الذي كان همه تشجيع التعاقد الإلكتروني، ويترتب عن الأخذ به إزالة أهم الاستثناءات التي كرسها القواعد العامة بخصوص السكوت كطريقة للتعبير عن القبول، وهو الرأي الذي أخذ به التوجيه الأوروبي المتعلق بالتجارة الإلكترونية لسنة 2000 من خلال مادته التاسعة، والتي لم يعتبر من خلالها السكوت كقبول. أنظر في ذلك بشار طلال المومني، مرجع سابق، ص 70، إيمان أحمد سليمان، مرجع سابق، ص 158.

(3) ناصر حمودي، العقد الإلكتروني المبرم عبر الإنترنت...، مرجع سابق، ص 203.

(4) أسامة أبو الحسن مجاهد، التعاقد عبر الإنترنت، مرجع سابق، ص 87.

للتعاقد السابق وبالتالي يعد هنا السكوت في الرد قبولاً⁽¹⁾، إلا أن إعمال هذا الاستثناء في مجال البيئة الإلكترونية يستدعي أن يكون هذا التعامل السابق مقترن بظرف آخر يرجح دلالة السكوت على قبول العميل، كما لو وجد هناك اتفاق سابق صريح أو ضمني بين العميل والمتجر الافتراضي، فلا يجوز بأي حال من الأحوال استنتاج القبول من مجرد سكوت العميل حتى ولو وجد تعامل سابق بينهما⁽²⁾.

وبدوري أؤيد مذهب الرأي الثالث، وذلك لصعوبة إسقاط جميع الاستثناءات المكرسة بموجب القواعد العامة -والتي وضعت أصلاً للتطبيق في البيئة التقليدية- على العقد الإلكتروني، فالخطر في الاعتداد بالسكوت الملابس للتعبير عن القبول إلكترونياً، وكما يؤدي إلى حماية الأطراف المتعاقدة خاصة إذا كان أحدهما مستهلكاً، يؤدي أيضاً إلى عدم تعطيل عجلة تطور هذا النوع من التعاقد، والاستجابة إلى ما يقتضيه من سرعة في الإنجاز، وعدم انتظار قبول في كل مرة، خاصة في حالة وجود تعامل سابق بين الطرفين.

لكن وبالرغم مما يحققه الأخذ برأي الاتجاه الثالث الوسط من مزايا، وخلافاً لما هو عليه الوضع في جل التشريعات التي نظمت المعاملات الإلكترونية سواء منها الدولية أو الوطنية التي جاءت خالية من أي نص يفيد الحسم في مسألة مدى صلاحية السكوت للتعبير عن الإرادة، تاركة الأمر في ذلك للقواعد العامة نص المشرع الجزائري من خلال الفقرة 2 من المادة 12 من قانون التجارة الإلكترونية على أنه «يجب أن يكون الاختيار الذي يقوم به المستهلك معبراً عنه بصراحة».

وهو ما يستفاد منه أن المشرع الجزائري، وفي سبيل حماية المستهلك الإلكتروني، قد خرج عن الأصل المكرس بموجب المادة 60 من ق.م، والقاضي بأن التعبير عن الإرادة يكون صريحاً أو ضمناً، إلا إذا اشترط القانون أو اتفق الطرفان على أن يكون صريحاً، وذلك حين اشترط أن يكون الاختيار الصادر عن المستهلك الإلكتروني - وهو الذي يتخذ عادة مركز الموجه إليه الإيجاب - معبراً عنه بصراحة، مستبعداً بذلك التعبير الضمني عن القبول، ومن باب أولى السكوت كطريقة للتعبير عن الإرادة، ومتبعاً لموقف الاتجاه الفقهي الثاني القائل بعدم صلاحية السكوت للتعبير عن القبول الإلكتروني.

فخلافاً للقواعد العامة أين يعتد المشرع بالإرادة الباطنة كأصل والظاهرة في حالات استثنائية، فإن الأمر أصبح معكوساً إذا ما تعلق الأمر بالتعبير عن الإرادة إلكترونياً، أين أصبحت الأفضلية للتعبير الصريح على حساب الضمني⁽³⁾.

(1) أسامة أبو الحسن مجاهد، التعاقد عبر الإنترنت، مرجع سابق، ص 87.

(2) علاء محمد الفواعير، مرجع سابق، ص 142، سمير حامد عبد العزيز الجمال، مرجع سابق، ص 125.

(3) CACHARD Olivier, op cit, p7.

ثالثاً / صور خاصة للقبول الإلكتروني

تتمثل الصور الخاصة للقبول الإلكتروني بإسقاط القواعد العامة عليه في كل من القبول عن طريق المزاد الإلكتروني من جهة (أ) والقبول في عقود الإذعان من جهة أخرى (ب).

أ/ القبول عن طريق المزاد الإلكتروني

ظهر المزاد الإلكتروني كمقابل لنظام المزاد المعروف في البيئة التقليدية، بعد أن أصبح يتم إجراؤه باستخدام تقنيات الاتصال الحديثة، ويتم توظيفه في عملية إبرام العقود عن بعد، فظهرت تبعاً لذلك عقود المزايدات الإلكترونية في نهاية القرن العشرين كنتيجة للتقدم العلمي والتكنولوجي⁽¹⁾.

ويعرف عقد المزاد الإلكتروني بأنه «عقد يتم فيه التعاقد بوسائل إلكترونية عبر شبكة الإنترنت من خلال مواقع مخصصة⁽²⁾، يتم فيها اشتراك المزايدين وتقديم العروض إلكترونياً، ولفترة محددة، ويتم البيع على أساس الزيادة في الأسعار، ويرسو المزاد على أعلى سعر عند غلق المزايدة وذلك كله يتم برعاية الموقع الإلكتروني بوصفه (دلال) لقاء عمولة»⁽³⁾.

الملاحظ أن المزاد الإلكتروني يقوم على نفس المبادئ التي يقوم عليها المزاد التقليدي ولا يختلف عنه إلا في كونه يتم من خلال وسائط إلكترونية وعن بعد، تشمل أطرافه كلا من البائع، والمشتري وهو الراسي عليه المزاد الإلكتروني، المزايدين الآخرين، والصفحة الإلكترونية وهي صفحة الموقع الخاص الذي يرمى المزاد⁽⁴⁾.

(1) نشأ المزاد الإلكتروني عبر الإنترنت سنة 1995 مع بداية موقع (E-bay) الشهير عندما باع رجل يدعى (Pierre Omiday) من خلال موقع المزاد الإلكتروني (E-bay) طابعة ليزر كانت مكسورة، حيث تمت المزايدة عليها وتم بيعها بأعلى سعر وصل 14.83 دولار، ومنذ ذلك الوقت بدأ نمو المزايدات الإلكترونية عبر الإنترنت بمعدلات ضخمة وهائلة منذ اليوم الأول، مما جعل Omiday يفكر بتحويل هوايته في إنشاء مزايدات عبر الإنترنت إلى عمل دائم بشكل جزئي، سرعان ما تحول إلى عمل بدوام كلي.

(2) يعتبر موقع E-bay أول موقع متخصص في المزاد الإلكتروني، بدأ نشاطه سنة 1995، وفي أواخر التسعينات بدأت شركات أخرى في منافسته، كموقع amazon و e pier و yahoo، و ibazar.fr في فرنسا، راجع في ذلك:

FAGES Bertrand, « Les contrats spéciaux conclus électroniquement », in Le contrat électronique, travaux de l'association Henri Capitant des amis de la culture juridique française, LGDJ, Paris 2002, p80.

(3) عقيل فاضل حمد الدهان، النظام القانوني لعقود مزايدات مستهلك لمستهلك (C2C) الإلكترونية، مجلة كلية الحقوق، جامعة النهرين

العراق، 2016، ص 11، متاح على الموقع: <http://www.uomisan.edu.iq/law/jmr/cv.php?cv=49>

(4) لمزيد من التفصيل حول أطراف عقد المزاد الإلكتروني، راجع: زانا إسمايل عزيز، أميد صباح عثمان، القانون الواجب التطبيق على عقد البيع بالمزاد العلني الإلكتروني الدولي (دراسة تحليلية مقارنة)، مقال منشور في مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية، مجلد 7، عدد 26، سنة 2018، ص 1-32، متاحة على الموقع الذي تم الاطلاع عليه بتاريخ 2019/06/5 على الساعة 16:56:

<https://www.iasj.net/iasj?func=fulltext&aId=153304>

وعلى مستوى تشريعات التجارة الإلكترونية يلاحظ أنها جاءت خالية من تنظيم خاص للمزادات الإلكترونية، بل أنها جاءت خالية حتى من الإشارة إليها، سواء منها تشريعات التجارة الإلكترونية العربية أو تلك الصادرة عن لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي ولا حتى عن الاتحاد الأوروبي⁽¹⁾.

أمام هذا الفراغ التشريعي قامت أغلب مواقع المزادات الإلكترونية بالتصدي لهذا النقص بسن قواعد خاصة بها لتنظيم تلك المزادات ألزمت عملاءها باستخدامها، إلا أن هذه القواعد لا تمثل البديل الأمثل عن وجود تنظيم قانوني لها، حيث لا يمكن أن يترك المتعاملون تحت سلطة هذه المواقع التي عادة ما تقلل من مسؤوليتها أمام زبائنها من مشتريين أو بائعين⁽²⁾.

بدوره المشرع الجزائري لم يشر ولم ينظم هذا النوع من العقود بموجب قانون التجارة الإلكترونية وجاء خاليا من أية إشارة إليه، وهو ما يفرض علينا التقيد بأحكام القواعد العامة بشأنه والمكرسة بموجب المادة 69 ق.م⁽³⁾، في سبيل تحديد كيفية حصول القبول في هذه الطريقة الخاصة لإبرام العقود، وهي القواعد التي تقضي بأن: افتتاح المزاد و لو كان بسعر محدد لا يعتبر إيجاباً، إنما هو مجرد دعوة إلى التعاقد، فإذا تقدم شخص للمشاركة في المزاد بتقديم عطاء، كان عطاؤه هذا هو الإيجاب، الذي لا بد أن يقابله قبول من صاحب المزاد كي ينعقد العقد، وفي ذلك تكمن خصوصية القبول في هذا النوع من العقود.

كما يلتزم المتزايد بالبقاء على عطاءه أو إيجابه إلى أن يتقدم مزايده آخر بعطاء أكبر، إذ يسقط في هذه الحالة العطاء السابق حتى ولو كان العطاء الأخير باطلاً إعمالاً لنص م 69 ق م، ذلك أن بطلان العطاء أو قابليته للبطلان لا توقف أثره المسقط على العطاء الذي قبله⁽⁴⁾، أما إذا كان العطاء الذي تقدم به المتزايد هو أكبر عطاء، فإنه يستقر ويعتبر الوحيد الذي يشكل إيجاباً قائماً ينتظر قبولاً من صاحب المزاد بإرساله على أعلى عطاء، وليس بإقفال المزاد، إذ يجوز لصاحب المزاد أن يرفض العطاء الأخير وفي هذه الحالة يقفل المزاد دون إرساله على أحد ولا ينعقد العقد بذلك⁽⁵⁾.

وهي الأحكام التي -أرى- بأنه لا يوجد مانع من تطبيقها على المزاد الإلكتروني الذي يبقى محتفظاً بجوهر المزاد التقليدي وإجراءاته ولا يختلف عنه إلا في وسيلة إقامته، إلا أنها غير كافية لتنظيم جميع تفصيلاته والإحاطة بخصوصياته، خاصة إذا ما أراد المشرع حماية المستهلك الإلكتروني، في إطار التوجه العام الذي انتهجه بموجب قانون التجارة الإلكترونية، وذلك لعدة أسباب أهمها أن المزايدة تحمل في طياتها

(1) باستثناء قانون الدلائل النيوزلندي 148 لسنة 2013 الذي عرف المزاد العلني الإلكتروني من خلال مادته 4 بأنه «العملية التي تتم على أي نوع من الممتلكات بما في ذلك السلع، والخدمات وحقوق الامتياز على العقارات التي تعرض للبيع عن طريق المزاد نيابة عن البائع.....» مشار إليه لدى زانا إسمايل عزيز، المرجع السابق، ص 6.

(2) المرجع نفسه، ص 6.

(3) تنص المادة 69 من ق م على أنه «لا يتم العقد في المزايدات إلا بفسو المزاد، ويسقط المزاد بمزاد أعلى منه ولو كان باطلاً».

(4) محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني (النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، العقد والإرادة المنفردة)، ط4، دار الهدى، عين مليلة، 2007، ص ص: 121-122.

(5) المرجع نفسه، ص 122.

معنى المضاربة، وأن البائع بموجب هذا النوع من العقود لا يضمن جودة المبيع، إضافة إلى صعوبة التعرف على صفة المشتري فيما إذا كان تاجرا أم مستهلكا، في ظل التباعد المكاني واللامادية اللذان يميزان البيئة الإلكترونية.

ب/القبول الإلكتروني في عقود الإذعان

بعيدا عن الجدل الفقهي الذي أثير بشأن صفة الإذعان في العقود الإلكترونية وانقسام الفقهاء بشأنها بين من يعتبرها غالبية على العقود الإلكترونية، وبين من ينفي وجودها، معتبرا تلك العقود عقود مساومة⁽¹⁾ يمكن تعريف عقد الإذعان بصفة عامة وفقا لمفهومه الحديث⁽²⁾ بأنه «العقد الذي يتحدد مضمونه العقدي كليا أو جزئيا بصورة مجردة وعامة قبل الفترة التعاقدية»⁽³⁾، وهو المفهوم الذي يتناسب مع ما نص عليه المشرع الجزائري بموجب م 70 ق م.

فالملاحظ أن المفهوم الحديث للإذعان قد تطور ليستوعب ضرورة حماية المستهلك في مواجهة مجتمعات الإنتاج الكبيرة، إذ يتوافر ضعف الطرف المذعن من مجرد أن إعداد العقد قد تم مسبقا بواسطة الطرف الآخر، الذي يقوم بتحديد الحقوق والالتزامات المترتبة عن العقد، أو أن يتضمن العقد الذي يبرم على هذا النحو شروطا مجحفة، ولا يشترط تعلق العقد بالسلع أو الخدمات الضرورية، ولا أن تكون هذه السلع والخدمات محل احتكار فعلي أو قانوني، بل يكفي أن يكون العقد قد تم إعداده مسبقا من قبل أحد المتعاقدين بحيث لا يقبل أي مناقشة للشروط الواردة به⁽⁴⁾.

ويتم القبول في عقود الإذعان بناء على إيجاب صادر من مقدم السلعة أو الخدمة وفق شروطه، يعقبه قبول من الطرف المذعن يتحقق برضوخه وإذاعته لتلك الشروط دون مناقشة، تطبيقا لأحكام المادة 70 ق.م، هذا الخضوع أو الرضوخ وكما يتصور في البيئة التقليدية يمكن تصوره في البيئة الرقمية أيضا، حيث يمثل هذا الخضوع في القبول وعدم قدرة من وجه إليه الإيجاب على مناقشة شروط العقد مكن الخصوصية فيه لتعارضه مع الأصل الذي يقضي بحرية أطراف العقد في المناقشة والمساومة.

فإذا كان الأصل في القواعد العامة هو تساوي مراكز الأطراف في وضع ومناقشة شروط وبنود العقد فإن الأمر يختلف في ظل البيئة الرقمية، حيث أن من أكثر العقود شيوعا فيها، ما يعرف بالعقود النموذجية أو عقود الإطار التي يحدد من خلالها الموجب جميع الشروط المتعلقة بالعقد ثم يضعها على صفحته

(1) أنظر في تفصيل هذه الآراء: ناصر حمودي، العقد الدولي الإلكتروني المبرم عبر الإنترنت، مرجع سابق، ص 118 وما بعدها، أنس محمد شرف اليوسفي، مرجع سابق، ص 32 وما بعدها، بلقاسم حامدي، مرجع سابق، ص 32 وما بعدها، علاء محمد الفواعير مرجع سابق، ص 59 وما بعدها.

(2) أما عقد الإذعان بمفهومه التقليدي فهو "العقد الذي يسلم فيه القابل بشروط مقررة يضعها الموجب ولا يسمح بمناقشته فيها وذلك فيما يتعلق بسلع أو مرافق ضرورية تكون محل احتكار قانوني أو فعلي، أو تكون المنافسة محدودة النطاق بشأنها"، ووفق المفهوم التقليدي، تتميز عقود الإذعان بالتالي: *تعلق العقد بسلع أو مرافق تعتبر من الضروريات بالنسبة للمستهلكين، *احتكار الموجب لهذه السلع احتكارا قانونيا أو فعليا، * صدور الإيجاب إلى الجمهور وبشروط موحدة ومقررة سلفا ولمدة غير محدودة.

(3) حسام الدين كامل الأهواني، مرجع سابق، ص 124.

(4) بلقاسم حامدي، مرجع سابق، ص 33.

الإلكترونية، وما على الراغب في التعاقد سوى ملأ خانات تلك العقود ببعض البيانات والتأكيد عليها حتى ينعقد العقد، دون أن يكون له الحق في تعديلها أو مناقشتها على نحو يطابق مضمون نص م 70 ق م. وعلى غرار عدم تطرقه أو تنظيمه لأحكام المزداد الإلكتروني، لم يتطرق المشرع الجزائي أيضاً لأحكام القبول الإلكتروني عن طريق عقود الإذعان في قانون التجارة الإلكترونية، مكتفياً بذلك بما ورد في القواعد العامة إذا ما استثنينا الفقرة الأخيرة للمادة 12 منه والتي جاء نصها كالتالي «يجب أن لا تتضمن الخانات المعدة للملء من قبل المستهلك الإلكتروني أية معطيات تهدف إلى توجيه اختياره»، وهو ما يستفاد منه أن المشرع قد أقر ضمناً بوجود عقود إذعان إلكترونية على اعتبار أن "الخانات المعدة للملء" إنما هي من خصائص العقود النموذجية الشائع استخدامها إلكترونياً والمتفق على أنها عقود إذعان بامتياز، وذلك لتطابق مواصفاتها مع المفهوم الحديث له.

فمتى قام المورد الإلكتروني بإعداد عقود نموذجية حدد من خلالها شروط العملية التعاقدية مسبقاً فإنه يمنع عليه بموجب هذه الفقرة تضمين الخانات المعدة للملء من طرف المستهلك الإلكتروني بأية بيانات أو معطيات قد تؤثر على حرية اختياره، عن طريق توجيهه إلى سلعة أو خدمة معينة دون أخرى، وذلك تحت طائلة المسؤولية الجزائية المقررة بموجب المادة 39 من القانون ذاته⁽¹⁾.

أخيراً، تجدر الإشارة إلى أن الطرف المذعن في عقود الإذعان الإلكترونية يحظى بذات الحماية المقررة له بموجب القواعد العامة والمتمثلة في السلطة الاستثنائية للقاضي في تعديل الشروط التعسفية أو الإعفاء منها كلية استناداً إلى أحكام م 110 ق.م من جهة، إلى جانب سلطته في تفسير الشك دائماً لمصلحة الطرف المذعن دائماً كان أو مديناً استناداً إلى أحكام م 2/112 ق.م، وإذا كان هذا الطرف المذعن ممن يصدق عليهم وصف المستهلك الإلكتروني فإنه يتمتع أيضاً بالحماية المقررة للمستهلك في القواعد العامة والمكرسة بموجب التشريع والتنظيم المعمول بهما.

المطلب الثاني: أحكام القبول الإلكتروني

لا يكفي لانعقاد العقد الإلكتروني تعبير كل طرف عن إرادته التعاقدية، بل لا بد من تلاقي الإرادتين وتحقيق الارتباط بينهما، هذا التلاقي أو الارتباط يتم في إطار ما يعرف بمجلس العقد الإلكتروني (الفرع 1) فمتى ما تحقق الاتصال بين الإرادتين المعبر عنهما بالكتابة الإلكترونية في مجلس عقد وفقاً للضوابط المقررة في هذا الشأن، فإن العقد ينعقد ويتحقق له بنيانه القانوني، وهو ما يقتضي بحث ظريفي تلاقي الإيجاب والقبول الإلكترونيين من خلال تحديد النطاق الزماني والمكاني لمجلس العقد الإلكتروني (الفرع 2).

(1) والتي جاء نصها كالتالي « يعاقب بغرامة من 50.000 دج إلى 500.000 دج، كل مورد إلكتروني يخالف أحد الالتزامات المنصوص عليها في المادتين 11 و 12 من هذا القانون. كما يجوز للجهة القضائية التي رفعت أمامها الدعوى أن تأمر بتعليق قواده إلى جميع منصات الدفع الإلكتروني، لمدة لا تتجاوز ستة أشهر».

الفرع الأول: مجلس العقد الإلكتروني

يعد مجلس العقد الحلقة الأخيرة في سلسلة المرحلة السابقة على قيام العقد فعلا، ففترة المجلس هي الفترة التي ينعقد خلالها العقد وبدونها لا يتم، وإن كان من الممكن الاستغناء عن مرحلة المفاوضات فإنه لا يمكن ولا يجوز الاستغناء عن مرحلة مجلس العقد⁽¹⁾ سواء تعلق الأمر بعقد تقليدي أو إلكتروني. لبيان مفهوم مجلس العقد الإلكتروني وجب إعطاء تعريف له (أولا) وتحديد عناصره (ثانيا) وأنواعه (ثالثا) وأخيرا تحديد طبيعته القانونية على اعتبار أنه يجمع بين طرفين متباعين مكانيا (رابعا).

أولا: تعريف مجلس العقد الإلكتروني

تجدر الإشارة قبل وضع أي تعريف إلى أن أصل فكرة مجلس العقد يرجع إلى فقهاء الشريعة الإسلامية السಮ್ಮاء الذين صاغوا لها نظرية بلغت من الإتقان درجة كبيرة، ثم تبنتها التشريعات العربية وإن كانت لم تعالجها بالتفصيل اللازم خاصة فيما يتعلق بالتعاقد الإلكتروني، هذا في الوقت الذي لم تتطرق التشريعات الغربية إلى هذه الفكرة ولم تعالج من طرف فقهاء⁽²⁾، كما تجدر الإشارة إلى أن هذه النظرية تجد تطبيقها في العقود الملزمة لجانبين أو الملزمة لجانب واحد فقط، ولا تنطبق بشأن التصرفات التي تتم بإرادة منفردة⁽³⁾.

1/ التعريف الفقهي

تعددت المحاولات التي تناولت تعريف مجلس العقد بصفة عامة⁽⁴⁾ سواء لدى فقهاء الشريعة الإسلامية⁽⁵⁾ أو لدى فقهاء القانون الذين حاولوا تبسيط معناه الاصطلاحي، إلا أنه سيتم الاكتفاء من

(1) جابر عبد الهادي سالم الشافعي، مجلس العقد في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، رسالة دكتوراه، حقوق، جامعة الإسكندرية، مصر 2001، ص 65.

(2) محمد السعيد رشدي، الإنترنت والجوانب القانونية لنظم المعلومات، مؤسسة دار الكتب، الكويت، 1997، ص 28.

(3) جابر عبد الهادي سالم الشافعي، مرجع سابق، ص 11.

(4) كلمة مجلس مشتقة من الفعل جلس، ومنها اشتقت كلمة الجلسة والجلسة: مرة الجلوس وهي حصة من الوقت يجلس فيها جماعة من الناس للنظر في شأن من الشؤون، قد تكون مغلقة إذا اقتضت على أعضائها ومفتوحة إذا شهدها معهم غيرهم، ويطلق لفظ المجلس (بكسر اللام) على كل موضع يعقد فيه الإنسان، أنظر: المعجم الوسيط، معجم اللغة العربية، ج 1، ط 1، مطبعة دار المعارف، 1972، باب الجيم ص 130.

(5) عرف فريق من فقهاء الشريعة الإسلامية مجلس العقد بأنه «المكان الذي يتم فيه التعاقد والذي يرتبط فيه الإيجاب بالقبول» معتبرين إياه وحدة مكانية، ويشترطون أن يصدر الإيجاب والقبول في مكان واحد وإلا فإن العقد لا ينعقد وهذا التعريف لا ينطبق على مجلس العقد الإلكتروني لأن من مميزات هذا الأخير أنه يتم بين طرفين متباعين مكانيا، في حين ذهب فريق آخر إلى أن مجلس العقد هو وحدة زمنية معرفين إياه بأنه «عبارة عن الفترة الزمنية التي يكون فيها المتعاقدان منشغلان بالتعاقد دون إعراض من أحدهما»، وقد انتقد هذين الاتجاهين على اعتبار أنهما يعرفان مجلس العقد تعريفا قاصرا، ففي الوقت الذي اقتصر فيه الاتجاه الأول على عنصر المكان، اعتمد الاتجاه الثاني على عنصر الزمان بالرغم من أنه لا بد في مجلس العقد من توافر عنصر الزمان والمكان معا، وذهب فريق ثالث إلى القول بأن: مجلس العقد هو هيئة معينة يكون المتعاقدان عليها وقت التعاقد، فإذا بقيا عليها انعقد العقد، أما إن اختلفت فإن العقد لا ينعقد، وعرفوه استنادا إلى ذلك بأنه «الحالة التي يكون عليها المتعاقدان وقت التعاقد فإذا اختلفت هذه الهيئة اختلف المجلس».

خلال هذه النقطة بالإشارة إلى التعريفات التي حاولت إعطاء مفهوم لمجلس العقد الإلكتروني من خلال إسقاط مفردات مفهومه العام، نذكر من بينها:

أنه قد ذهب بعض الفقه الحديث إلى تعريف مجلس العقد الإلكتروني على أنه «هو ذلك المجلس الذي يجمع بين متعاقدين لا يجمعهما مكان واحد، من خلال شبكة الانترنت والذي يبدأ من خلال الاطلاع على الإيجاب المرسل من خلال هذه الشبكة»⁽¹⁾.

يمتاز هذا التعريف بأنه أبرز الخصوصية التي يتسم بها مجلس العقد الإلكتروني والمتمثلة في التباعد المكاني والغياب المادي لأطراف العقد وتواجههما في بيئة افتراضية فرضتها طبيعة الوسيلة المستخدمة في التعبير عن الإرادة، والتي حصرها التعريف في شبكة الانترنت سواء بالاستعانة بالبريد الإلكتروني، أو تقنية الويب أو الدردشة الفورية باستخدام وسائل التواصل الاجتماعي وغيرها، إلا أنه يعاب عليه أمرين:

الأول: أنه حصر وسيلة التعاقد في شبكة الانترنت فقط، بالرغم من أنها وإن كانت الأكثر شيوعاً إلا أنها ليست الوحيدة التي تحقق التعاصر الزماني بين الطرفين رغم التباعد المكاني بينهما، فكان الأحرى توسيع التعريف ليشمل كل وسائل الاتصال الموجودة حالياً والتي يمكن أن توجد مستقبلاً، **والثاني:** أنه حدّد لحظة بداية مجلس العقد الإلكتروني دون تحديد لحظة انتهائه.

وعرفه آخر بأنه «زمان ومكان التعاقد المبرم عبر شبكة الانترنت في ظل الغياب المادي للأطراف المتعاقدة، والذي يبدأ بالانشغال البات بالصيغة، وينفض بانتهاء الانشغال بالتعاقد».

إن الملاحظ على هذا التعريف أنه أبقى على التعريف المرحج من طرف الفقهاء المسلمين واقتصر على إضافة ما يشير إلى خصوصية التعاقد الإلكتروني، وهو ما يجعله -حسب رأيي- موقفاً إلى حد ما لأنه تضمن الإشارة إلى خصوصية التعاقد الإلكتروني، وأكد على عنصر مجلس العقد كما حدد لحظة بداية المجلس ونهايته، كما أنه يتسع ليشمل نوعي مجلس العقد سواء الحقيقي أو الحكي.

ب/ التعريف القانوني

تبنت معظم التقنيات المدنية العربية⁽²⁾ مفهوماً اصطلاحياً لمجلس العقد يمكن إيجازه في التعريف التالي «اجتماع المتعاقدين في نفس المكان وفي نفس الزمان بحيث يسمع أحدهما كلام الآخر مباشرة، حالة كونها منصرفين إلى التعاقد لا يشغلها عنه شاغل، وينفض مجلس العقد بالمفارقة الجسدية للمكان من أحد المتعاقدين أو كليهما، ولكنه يعتبر منفضاً كذلك -ولو لم يبرح المتعاقدان المكان- إذا شغلها أو شغل أحدهما عن التعاقد شاغل...»⁽³⁾.

(1) أسامة عبد العليم الشيخ، مجلس العقد وأثره في عقود التجارة الإلكترونية، (دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي)، ط 1 دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2008، ص 62.

(2) منها م 94 من القانون المدني المصري، م 97 القانون المدني الأردني، م 47 من القانون المدني الكويتي.

(3) سمير حامد عبد العزيز الجمال، مرجع سابق، ص 128.

أما في القانون الجزائري فقد ورد مصطلح مجلس العقد في التقنين المدني⁽¹⁾ من خلال نص المادة 64 والتي جاء فيها «إذا صدر الإيجاب في مجلس العقد لشخص حاضر....»، فالملاحظ أن المشرع الجزائري لم يعرف مجلس العقد وإنما حدد أحكام الإيجاب الصادر فيه، وهو ذات الموقف المتبع لدى أغلبية التشريعات العربية، وأنه يمكن بالاستناد على المعيار الذي وضعه هذا المفهوم والمتمثل في مدى وجود فترة زمنية ما بين صدور القبول والعلم به، تحديد ما إذا كان العقد مبرما بين حاضرين حقيقة أو حكما أو بين غائبين.

ثانيا/ أركان مجلس العقد الإلكتروني

يقوم مجلس العقد الإلكتروني على ركنين أساسيين هما الركن المعنوي وهو الزمان، الذي يتمثل في الفترة الزمانية بين الإيجاب والقبول، والركن المادي وهو المكان، فقد يجمع المتعاقدين مكان واحد فيكونان على اتصال مباشر، فيعرف هذا المجلس بمجلس العقد الحقيقي، وقد يغيب أحد المتعاقدين عن مكان تواجد الآخر مع تواجدهما في نفس الزمان، فيسمى بمجلس عقد حكيم أو افتراضي⁽²⁾.

أ/ ركن المكان: يتمثل في المكان الذي يجتمع فيه المتعاقدين، ويقصد به ذلك «الحيز الثابت أو المتحرك الذي يجمع المتعاقدين فعليا أو افتراضيا أثناء انشغالهما بالتعاقد»⁽³⁾، وهذا الحيز يجب أن يأخذ بمفهومه الواسع فيشمل التعاقد الإلكتروني إلى جانب التعاقد التقليدي، لا بمفهومه الضيق الذي يقتصر على المكان المادي الذي قد يجمع الطرفين في البيئة التقليدية والذي لا يمكن تصوره في البيئة الإلكترونية.

وحيث أن التعبير عن الإرادة في العقود المبرمة إلكترونيا يتم في بيئة إلكترونية، فإنه يطرح التساؤل عن مدى توافر العنصر المادي في مجلس العقد الإلكتروني؟، ذلك أنه إذا كان توافر عنصر الزمن من عدمه هو المعيار في التفرقة بين التعاقد بين حاضرين والتعاقد بين غائبين، فإن وجود عنصر المكان بمفهومه الضيق هو المعيار في التفرقة بين مجلس العقد الحقيقي والحكيم.

يمكن القول أنه بالرغم من أن التعبير عن الإرادة إلكترونيا يتم بين طرفين متباعدين من حيث المكان بمفهومه الضيق وهو ما قد يؤدي إلى تصنيف التعاقد الإلكتروني في خانة التعاقد بين غائبين، إلا أن الوسائل الإلكترونية المستخدمة في عملية التعبير عن الإرادة قد ساعدت في التغلب على مشكلة التباعد المكاني بين الطرفين ومكنت من الجمع بينهما في مكان افتراضي أو حكيم، يمكن من خلاله لكل طرف أن يرى ويسمع ويتحدث ويكتب بوضوح ويسر مع الطرف الآخر وكأنه موجود معه فعليا، بحيث ينعدم الفاصل الزمني بين تعبير الموجب عن إرادته وبين تعبير القابل عن قبوله واتصاله بعلم الطرف الآخر وهو ما جعل الفقه⁽⁴⁾ يصنف هذا النوع من التعاقد على أنه تعاقد بين حاضرين افتراضيا من حيث المكان.

(1) كما ورد مصطلح "مجلس" في م 05 من القانون التجاري في صورة "مجلس العائلة" بخصوص الترشيد التجاري للقاصر، وهي أيضا فكرة كانت موجودة أثناء الاحتلال الفرنسي بالرغم من أنها مستمدة من الشريعة الإسلامية، أن القاصر الذي فقد والديه يتولى أقاربه رعايته ويشكلون مجلس للنظر في أموره المالية والإدارية.

(2) سمير حامد عبد العزيز الجمال، مرجع سابق، ص 130.

(3) المرجع نفسه، ص 145.

(4) أسامة عبد العليم الشيخ، مرجع سابق، ص 52.

وهو ما كرسه المشرع الجزائري بموجب المادة 64 ق.م عندما ساوى في الحكم بين مصير الإيجاب الصادر في مجلس العقد الحقيقي وبين ذلك الصادر عبر الهاتف أو ما يمثله، غير أنه يجب التحرز وعدم الأخذ بهذا التفسير على إطلاقه، ذلك أنه يؤدي إلى بناء نتائج مخالفة لما يريده الفقه ذاته، فلا شك أن التسليم بمجلس العقد الحكمي الذي ينعقد في مكان افتراضي لا يمكن في مطلق الأحوال من تحديد مكان إبرام العقد، والذي يترتب على تحديده نتائج قانونية عدة، فلو أغفل الطرفان الاتفاق على مكان إبرام العقد فلا شك أنه سيتم إعمال الأحكام القانونية الخاصة بالتعاقد بين غائبين لتحديد مكان الإبرام⁽¹⁾.

ب/ ركن الزمان

يقصد بالعنصر المعنوي لمجلس العقد الإلكتروني «الفترة الزمنية التي يظل المتعاقدان منشغلان خلالها بأمور العقد المراد إبرامه»⁽²⁾، وقد تقصر هذه الفترة أو تطول بسبب الطريقة المستعملة في إبرام العقد. عنصر الزمان يعتبر جوهر مجلس العقد وهو سبب وجود نظريته، كما أنه هو الذي يعمل على تحقيق حكمته، ويتعين وجوده سواء أكان مجلس العقد حقيقيا أو حكما، أو كان مكان التعاقد إلكترونيا أو تقليديا، ذلك أن اتحاد مجلس العقد هو بصفة أساسية اتحاد الزمان الذي ينشغل خلاله الطرفان بأمور التعاقد وهو ما تحققه وسائل الاتصال الإلكتروني المباشر أو الفوري⁽³⁾.

وتحقق العنصر المعنوي لمجلس العقد الإلكتروني لا يتم إلا من خلال تحديد الفترة الزمنية له، هاته الأخيرة تختلف باختلاف الوسيلة المستخدمة في عملية التعاقد ولتحديدها وجب التمييز بين مرحلتين:

1/ تحديد الفترة الزمنية لمجلس العقد الإلكتروني باستخدام وسائل لا تعتمد على شبكة الإنترنت

يشمل ذلك كل الوسائل التي تحقق اتصالا فوريا بين طرفي العقد دون استخدام شبكة الإنترنت على غرار جهاز الهاتف، حيث تحدد فترة مجلس العقد في العقد المبرم عبر شبكة الهاتف بزمان المكالمات الهاتفية، أين يبقى الإيجاب قائما طوال مدة المكالمات طالما بقي المتعاقدان منشغلين بالتعاقد، وتنتهي بانتهاء المكالمات أو بتغيير موضوع الحديث، إلا إذا اتفق الطرفان صراحة أو ضمنا على محلة للتعبير عن القبول. غير أنه تجدر الإشارة إلى أن التعاقد عبر الفاكس والتلكس وما يشابهها يتميز بعدم اجتماع المتعاقدين في مجلس واحد، الأمر الذي يتطلب أن تمر فترة زمنية معينة بين التعبير عن الإرادة وبين وصوله إلى الطرف الآخر، من كلا الجهتين، وعلى ذلك فلا مجلس عقد بينهما في هاته الحالة، وهو ما يستدعي تصنيفها في خانة التعاقد بين غائبين.

(1) بلقاسم حامدي، مرجع سابق، ص 91.

(2) المرجع نفسه، ص 91، نقلا عن أشرف عبد الزراق ويح، التعاقد بوسائل الاتصال الحديثة (دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقوانين العربية، مجلة روح القوانين، ج 1، ع 33، سنة 2004، ص 72.

(3) مراد محمد يوسف مطلق، التعاقد بوسائل الاتصال الإلكتروني: دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، حقوق، جامعة عين شمس، 2007 ص

2/ تحديد الفترة الزمنية لمجلس العقد الإلكتروني المنعقد باستخدام شبكة الإنترنت

تختلف الفترة الزمنية لمجلس العقد الإلكتروني في هذه الحالة باختلاف الوسيلة أو التقنية المستخدمة في التعبير عن الإرادة، فإذا كان التعاقد قد تم باستخدام البريد الإلكتروني أو بواسطة الكتابة المتبادلة بين الطرفين عبر غرف الدردشة مثلاً، فإن الفترة الزمنية لمجلس العقد تبدأ منذ لحظة صدور الإيجاب وتستمر إلى غاية خروج الطرفين أو أحدهما من الموقع⁽¹⁾، أو الخوض في حديث بعيد عن العقد ومتى كان كلا الطرفين على الخط، أما إن كان أحدهما على الخط والآخر غير متاح، أو كان كلاهما غير متاح على نحو تتر فيه مدة زمنية بين التعبير عن الإيجاب وبين اتصاله بعلم من وجه إليه فنكون بصدد تعاقد بين غائبين لا يجمع بينهما مجلس عقد.

أما في حالة التعاقد عن طريق تقنية الويب، سواء أتم التعاقد من خلال الضغط على زر القبول أو عن طريق التحميل عن بعد، فإن فترة مجلس العقد تمتد من وقت دخول مستخدم الموقع إلى هذا الأخير وتستمر طيلة فترة المفاوضات إلى غاية الخروج منه أو العدول عنه إلى موضوع آخر، رغم بقاء الطرفين على الخط⁽²⁾.

وفي حالة التعبير عن الإرادة عن طريق المحادثة والمشاهدة الفورية فإن فترة مجلس العقد تبتدئ من حين صدور الإيجاب وتستمر إلى غاية الانتهاء من المحادثة أو الخوض في حديث آخر⁽³⁾.

ثالثاً: أنواع مجلس العقد

سيتم التطرق من خلال هذه النقطة وبصورة موجزة إلى أنواع مجلس العقد⁽⁴⁾ في ضوء القواعد العامة وذلك تمهيداً لتحديد الطبيعة القانونية لمجلس العقد الإلكتروني، فبالرجوع إلى نص المادة 64 ق.م.نجدتها تحدد نوعين لمجلس العقد، هذا الأخير الذي لا يتحقق إلا في إطار التعاقد بين حاضرين، هما:

(1) بلقاسم حامدي، مرجع سابق، ص 92.

(2) نور الهدى مرزوق مرجع سابق، ص 158.

(3) آمانج رحيم أحمد، مرجع سابق، ص 175.

(4) أما عن شروط مجلس العقد الإلكتروني، فلا تختلف عن شروط مجلس العقد بصفة عامة وفق ما حدده الفقهاء وهي:

أ: أن يكون الإيجاب والقبول الإلكترونيين بصيغة الماضي: مثل أن يقول البائع: "بعت، ويقول المشتري: اشتريت"

ب: موافقة القبول الإلكتروني الصادر في مجلس العقد للإيجاب الإلكتروني: فلا بد من مطابقة القبول الصادر في مجلس العقد للإيجاب الصادر في ذات المجلس حتى ينعقد العقد، وهو حكم ينطبق على مجلس العقد في البيئة التقليدية كما في البيئة الإلكترونية.

ج: صدور القبول الإلكتروني عند اتصال الإيجاب بعلم من وجه إليه: يجب أن يتم التعبير عن الإيجاب والقبول في مجلس واحد، وهو ما يحتم على الطرف الموجه إليه الإيجاب أن يعبر عن إرادته بالقبول في مجلس علمه بالإيجاب، وإلا سقط الإيجاب كأصل استناداً إلى أحكام المادة 64 القانون المدني.

أ/ مجلس العقد الحقيقي

يمكن تعريف مجلس العقد الحقيقي بأنه «المكان الذي يجمع المتعاقدين بحيث يظلان على اتصال مباشر ويسمع أحدهما الآخر مباشرة حال كونهما منصرفين إلى التعاقد لا يشغلها عنه شغل»⁽¹⁾. والأصل أن يكون مجلس العقد حقيقيا بين حاضرين، بحيث تكون الأطراف المتعاقدة على اتصال مباشر وجهًا لوجه، وتتحقق لهذا المجلس وحدة المكان والزمان حقيقة، وهو ما يمكن من وصول تعبير كل طرف عن إرادته إلى الآخر فور صدوره، فيتصل الإيجاب بعلم من وجه إليه فور صدوره، وكذلك الحال بالنسبة للقبول، على نحو ينتج التعبير أثره في الحال⁽²⁾، لكن وحتى نكون بصدد مجلس عقد حقيقي لا بد من توافر بعض الشروط نجملها في النقاط التالية:

- 1/ يشترط حضور كل من المتعاقدين حضورا حقيقيا ووجهًا لوجه في مكان واحد وزمان واحد، على نحو يسمح لهما بتبادل الإيجاب والقبول ويتيح لكل منهما رؤية الطرف الآخر وسماعه بوضوح.
- 2/ أن يكون صدور الإيجاب والعلم به في وقت واحد هو نفسه وقت مجلس العقد، إلا أن ذلك لا يعني وجوب فورية الرد عليه، فلا يوجد ما يمنع من انقضاء فترة زمنية معقولة بين العلم والإيجاب والرد عليه ومثال ذلك أن يكون الإيجاب قد صدر بلغة غير لغة الموجب له فيحتاج إلى بعض الوقت من أجل ترجمتها إلى لغته، ثم يصدر قراره عن بيّنة بشأن التعاقد بالقبول أو بالرفض⁽³⁾.

ب/ مجلس العقد الحكمي

الأصل أن يكون مجلس العقد مجلسا حقيقيا، لأن الأصل في التعاقد هو أن يكون بين حاضرين، فإذا حدث ما يخالف هذا الأصل وكان التعاقد بين حاضرين زمانا وغائبين مكانا سمي مجلس العقد حينئذ بمجلس عقد حكمي، هذا الأخير يمكن تعريفه على أنه الزمن الذي يجتمع فيه طرفي التعاقد بحيث يكون كل منهما منشغلا بالتعاقد، أما إذا انصرف أي منهما إلى حديث آخر فإن مجلس العقد يكون قد انقض و يسقط الإيجاب الصادر من أحدهما إلى الآخر تبعا لذلك⁽⁴⁾، وحتى نكون بصدد مجلس عقد حكمي يجب توافر الشروط التالية:

- 1/ وجود إيجاب وقبول، ويتحقق وجودهما من خلال توافر شروط كل منهما وفقا للقانون، وينوب وصول الإيجاب إلى الموجب إليه عن حضور الموجب بنفسه، وكذلك الحال بالنسبة للقبول⁽⁵⁾.
- 2/ توافر وسيلة نقل فورية للإيجاب والقبول، على نحو يحقق التعاصر الزماني للطرفين أثناء التعبير عن إرادتهما، ودون حاجة لتواجههما في مكان واحد، ويتحقق ذلك بمختلف وسائل الاتصال الفوري الحديثة أهمها شبكة الإنترنت، فوسيلة نقل الإيجاب وإيصاله لعلم من وجه إليه أو القبول هي التي تساعد على

(1) جابر عبد الهادي سالم الشافعي، مرجع سابق، 239، محمد السعيد رشدي، مرجع سابق، ص 28.

(2) أنس محمد شرف اليوسفي، مرجع سابق، ص 172.

(3) جابر عبد الهادي سالم الشافعي، مرجع سابق، ص 239.

(4) منير محمد الجنيبي وممدوح محمد الجنيبي، الطبعة القانونية للعقد الإلكتروني، مرجع سابق، ص 155.

(5) بلقاسم حامدي، مرجع سابق، ص 95.

التغلب على التباعد المكاني بين طرفي العقد وتحقيق التعاصر الزماني بين لحظة صدور التعبير وبين وصوله إلى علم من وجه إليه⁽¹⁾.

3/ أن يظل المتعاقدان منشغلين بمسائل التعاقد، فيجب من جانب الموجب أن يظل على إيجابه وأن لا يصدر منه ما يفيد عدوله عنه، كما يجب من جانب من وجه إليه الإيجاب أن لا ينصرف إلى حديث جانبي خارج عن مسائل التعاقد وإلا انفض مجلس العقد وسقط الإيجاب تبعا لذلك⁽²⁾.

رابعا/ الطبيعة القانونية لمجلس العقد الإلكتروني

تكمن أهمية تحديد طبيعة مجلس العقد الإلكتروني، فيما إذا كان تعاقدًا بين حاضرين أو تعاقدًا بين غائبين في تحديد الأحكام التي تنطبق عليه، وقد تعددت الاتجاهات الفقهية بصدد بيان هذه الطبيعة، وهو ما يحتم التطرق لها أولاً ثم بيان موقف المشرع الجزائري منها.

أ / التأصيل الفقهي لطبيعة مجلس العقد الإلكتروني

يرجع سبب اختلاف الفقهاء حول الطبيعة القانونية لمجلس العقد إلى اختلاف وتنوع أساليب التعاقد عبر الوسائط الإلكترونية، غير أن هذا الخلاف ثار بشأن العقود المبرمة عبر شبكة الإنترنت التي توفر التعاصر الزماني بين أطراف العقد، رغم التباعد المكاني بينهما، فهل تعتبر في هاته الحالة كالتعاقد عبر الهاتف فتكون تعاقدًا بين حاضرين أم لا تعتبر كذلك، أما بالنسبة للتعاقد عبر بقية الوسائل التي لا توفر التعاصر الزماني بين الطرفين، والتي يكونان باستخدامها غائبين من حيث الزمان والكان معاً، فلا خلاف بين الفقهاء بشأن اعتبارها تعاقدًا بين غائبين وفي خضوعها لأحكامه.

وقد انقسم الفقهاء بشأن تحديد الطبيعة القانونية لمجلس العقد الإلكتروني وتعددت اتجاهاتهم واختلفت باختلاف المعيار الذي اعتمدوا عليه في عملية التكييف، وهو الأمر الذي سنحاول توضيحه من خلال ما يلي:

1 / الاتجاه الأول: التعاقد الإلكتروني تعاقد بين غائبين زمانا ومكانا

يذهب أصحاب هذا الاتجاه⁽³⁾ إلى أن العقد الإلكتروني هو تعاقد بين غائبين زمانا ومكانا، شأنه في ذلك شأن التعاقد بطريق المراسلة أو التعاقد بطريق الفاكس ونحوه، ولا يختلف عنها إلا من حيث الوسيلة المستعملة التي أصبحت ذات طبيعة إلكترونية⁽⁴⁾، وحتهم في ذلك أن ثمة فاصلا زمنيا بين صدور التعبير وبين اتصاله بعلم من وجه إليه، إضافة إلى اختلاف مكان المتعاقدين، مما يجعل مجلس العقد في هذه الحالة

(1) جابر عبد الهادي سالم الشافعي، مرجع سابق، ص 73.

(2) بلقاسم حامدي، مرجع سابق، ص 95.

(3) وقد أخذ بهذا الرأي مجلس مجمع الفقه الإسلامي في دورة مؤتمره السادسة المنعقدة بجدة في شهر مارس من سنة 1990، الذي قرر أنه: "إذا تم التعاقد بين غائبين لا يجمعهما مكان واحد، ولا يرى أحدهما الآخر معاينة ولا يسمع كلامه، وكانت وسيلة الاتصال بينهما الكتابة أو الرسالة أو السفارة (الرسول)، وينطبق ذلك على البرق والتلكس والفاكس وشاشات الحاسوب، ففي هذه الحالة ينعقد العقد عند وصول الإيجاب إلى الوجه إليه وقبوله".

(4) جابر عبد الهادي الشافعي، مرجع سابق، ص 298، أسامة عبد العليم الشيخ، مرجع سابق، ص 29.

حكماً تطبق عليه أحكام مجلس العقد الحكمي، في حين أرجع البعض الآخر اعتبار التعاقد الإلكتروني تعاقدًا بين غائبين إلى استفادة المستهلك من حق الرجوع الذي منحه إياه المشرع في حالة التعاقد عن بعد⁽¹⁾، وأن هذا التكييف يضمن وحدة مجلس العقد الزمانية والمكانية.

انتقد هذا الرأي على أساس أن أصحابه يتجاهلون حقيقة واقعية مفادها أن التعاقد الإلكتروني يمكن أن يتم مباشرة بين المتعاقدين بشكل لحظي لا يفصل بين الإيجاب والقبول فيه إلا جزء من الثانية على نحو يتلشى معه عنصر الزمن، وبذلك يتحقق ركن الزمن المشترط في مجلس العقد الحكمي، مما يصعب معه اعتبار مثل هذا التعاقد تعاقدًا بين غائبين⁽²⁾.

2 / الاتجاه الثاني: أن العقد الإلكتروني تعاقد بين حاضرين

يرى أصحاب هذا الاتجاه أن التعاقد الإلكتروني تعاقد بين حاضرين زمانًا ومكانًا، لكون أطراف التعاقد على اتصال مباشر عبر شبكة الإنترنت، إما عن طريق الكتابة، أو عن طريق الحوار، كما قد يكون بالصوت والصورة والكتابة معًا، فليس هناك فاصل بين التعبير عن الإرادة وبين وصوله إلى من وجه إليه وفي كل هذه الحالات يتحقق الحضور في مجلس العقد الإلكتروني، وإن كان افتراضياً أو معنوياً، وهو ما يجعلنا أمام تعاقد بين حاضرين⁽³⁾، ويبرر هذا الرأي وجهة نظره بإتحاد الوحدة الزمانية لمجلس العقد، وبذلك فمجلس العقد بينهما هو زمن الاتصال عبر الإنترنت، يبدأ ببدء الاتصال وينتهي بانتهائه⁽⁴⁾.

لكن، وكسابقه تعرض هذا الاتجاه إلى الانتقاد على أساس أنه يفترض أن لمجلس العقد ركناً واحداً هو الزمان في حين أن مجلس العقد يقوم على ركنين هما: المكان والزمان، ولكل واحد منهما شروطه وأحكامه، فإن اقتصر مجلس العقد على أحدهما دون الآخر ترتب عليه خلل في ضبط الكثير من الأمور. أضف إلى ذلك أن هذا الاتجاه وصف التعاقد الإلكتروني بأنه تعاقد بين حاضرين وهو وصف عام يشمل التعاقد عبر البريد الإلكتروني كما يشمل الحادثة الفورية مشافهة أو كتابة، في حين لو أمعنا النظر نجد أن وصفه لا يصلح للتطبيق إذا كان التعاقد عبر البريد الإلكتروني وكان المتعاقدين غير متاحين في نفس اللحظة، وهو ما يؤدي إلى وجود فارق زمني بين صدور القبول وعلم الموجب به، ومن ثم لا يمكن القول أن التعاقد قد تم بين حاضرين⁽⁵⁾.

3 / الاتجاه الثالث: أنه مجلس عقد مختلط بين حاضرين زمانًا وغائبين مكانًا

يرى أصحاب هذا الرأي أن التعاقد عبر الإنترنت تعاقد بين حاضرين من حيث الزمان لانعدام الفاصل الزمني بين التعبير عن القبول وعلم الموجب به، باعتبار أن الأمر يتم بوسائل سمعية بصرية تسمح

(1) خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، مرجع سابق، ص 288.

(2) المرجع نفسه، ص 288.

(3) محمد السعيد رشدي، مرجع سابق، ص 29.

(4) وقد أخذ بهذا الرأي المشرع المصري في المادة 94 من القانون المدني حين اعتبر أن التعاقد عن طريق شبكة الإنترنت تعاقد بين حاضرين.

(5) أنس محمد شرف اليوسفي، مرجع سابق، ص 178.

بالتفاعل بين الطرفين من جهة، وتعاقداً بين غائبين من حيث المكان لاختلاف أماكن تواجد الطرفين من جهة أخرى، إلا أنه يضمهما مجلس عقد واحد حكيم أو افتراضي، قياساً على التعاقد عن طريق الهاتف⁽¹⁾.

لم يسلم هذا الرأي بدوره من النقد فهناك من رفض فكرة اعتبار التعاقد عن بعد تعاقداً بين حاضرين من حيث الزمان وبين غائبين من حيث المكان، لعدم جواز تجزئة مجلس العقد وما ينجر عنه من اختلاف في الأحكام المطبقة، لأن هذا الأخير يتطلب وحدة مكانية واستمرارية زمنية متصلة، فالأخذ بهذا الرأي يؤدي إلى تجزئة هاتين الوحدتين، فضلاً عن كونه يخلط بين مجلس العقد الحقيقي ومجلس العقد الحكمي فلا وجود لمجلس عقد مختلط، مما يؤدي إلى صعوبة تطبيق أحكام المجلس الحقيقي على زمان المجلس وأحكام المجلس الحكمي على مكان المجلس⁽²⁾.

4/ الاتجاه الرابع: أنه تعاقد بين غائبين ذو طبيعة خاصة

ذهب أصحاب هذا الاتجاه إلى أن التعاقد الإلكتروني هو تعاقد بين غائبين ذو طبيعة خاصة، بحيث لا يمكن وصف هذا التعاقد بأنه تعاقد بين حاضرين، والسبب في ذلك أن طرفي التعاقد لا يتبادلان التعبير عن الإرادة من خلال الوسائل المادية المعروفة كالرسائل التي تستغرق مدة زمنية بين إرسال التعبير وبين وصوله، إنما يتم من خلال تبادل الرسائل الإلكترونية عبر شبكة الإنترنت، التي توفر لهم الاتصال المباشر وإن كانا في مكانين متباعدين، وهذا الاتصال يحقق لهم إلتقاء افتراضياً متزامناً، هذا من جهة، ومن جهة أخرى لا يمكن وصفه بأنه تعاقد بين غائبين، لأن هذا الأخير يقوم على التباعد المكاني والزمني معاً، ذلك أن هذا الأخير غير موجود بمناسبة التعاقد الإلكتروني⁽³⁾.

وما عيب على هذا الرأي أنه لم يضيف جديداً إلى المسألة محل الجدل لأنه لم يكتفِ العقد الإلكتروني لا كتعاقد بين حاضرين ولا كتعاقد بين غائبين، كما أنه لم يبين تلك الطبيعة الخاصة لمجلس العقد الإلكتروني وهو ما فسّر على أنه تهرب من تحديد التكييف القانوني المطلوب⁽⁴⁾.

5/ الاتجاه الخامس: أنه تعاقد وسط بين التعاقد بين حاضرين والتعاقد بين غائبين

يرى أصحاب هذا الاتجاه⁽⁵⁾ أن فكرة الفروق الزمنية التي تفرضها عملية التعاقد بين غائبين تتلاشى مع العقد الإلكتروني المبرم عبر شبكة الإنترنت، كون أن مجرد إرسال الرسالة المتضمنة التعبير عن الإرادة من جهاز المرسل ووصولها مباشرة وفي حينها إلى جهاز المرسل إليه، لا يعني بالضرورة اتصال علمه بها، فقد

(1) مشار إليه لدى: أسامة أبو الحسن مجاهد، التعاقد عبر الإنترنت، مرجع سابق، ص 38، وأنس شرف اليوسفي، مرجع سابق، ص 179.

(2) جابر عبد الهادي سالم الشافعي، مرجع سابق، ص 296-297.

(3) مشار إليه لدى فاروق الأباصيري، عقد الاشتراك في قواعد المعلومات عبر شبكة الإنترنت، ط 1، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية 2002، ص 61.

(4) أنس محمد شرف اليوسفي، مرجع سابق، ص 180، وخالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، مرجع سابق، ص 291.

(5) أحمد شرف الدين، مرجع سابق، ص. ص: 92-93.

يتراخى إطلاعه عليها على نحو يخلق فارقاً زمنياً بين وصولها وبين الاطلاع عليها وإن اختلفت أسباب ذلك وعلى هذا الأساس لا يمكن اعتبار التعاقد الإلكتروني تعاقداً بين حاضرين ولا تعاقداً بين غائبين في جميع الأحوال، إذ أن تحديد وقت إبرام العقد الإلكتروني إنما يعتمد على المعيار المختار في تحديد لحظة إلقاء القبول بالإيجاب، فيما إذا كان هو معيار العلم، أم الوصول.

ب/ موقف المشرع الجزائري

لم يشر المشرع الجزائري في قانون التجارة الإلكترونية 18-05 إلى طبيعة مجلس العقد الإلكتروني، بل جاء خالياً تماماً من الإشارة إلى مصطلح مجلس العقد، وكان قد عرف العقد الإلكتروني على أنه «العقد المبرم عن بعد دون الحضور الفعلي المتزامن لأطرافه، باللجوء حصرياً لتقنية الاتصال الإلكتروني» بموجب المادة 6 من القانون المذكور أعلاه، وهو ما يحتم علينا الرجوع إلى أحكام القانون المدني باعتباره الشريعة العامة ومحاولة استخلاص الطبيعة القانونية لمجلس العقد الإلكتروني باستعمال القياس، وفي هذا الصدد تنص المادة 64 ق م على أن: "إذا صدر الإيجاب في مجلس العقد لشخص حاضر دون تحديد أجل القبول فإن الموجب يتحمل من إيجابه إذا لم يصدر القبول فوراً، وكذلك إذا صدر الإيجاب من شخص إلى آخر بطريق الهاتف أو بأي طريق مماثل..."

وحسب رأيي فإن تحديد الطبيعة القانونية لمجلس العقد الإلكتروني يتطلب التمييز بين حالتين:

الحالة الأولى: حالة التعاقد الذي يتم عبر الوسائل الإلكترونية التي لا توفر التعاصر الزماني بين الطرفين كجهاز الفاكس أو التلكس وما يشابهها، أو باستخدام البريد الإلكتروني إذا كان الطرفين غير متاحين في نفس اللحظة، بالإضافة إلى مختلف وسائل التواصل الاجتماعي إذا كان الطرفان أيضاً غير متاحين في نفس اللحظة، فكلها تعتمد على شبكة الإنترنت وسواء تم التعبير من خلالها مشافهة عن طريق تسجيل صوتي أو عن طريق الكتابة، بحيث يكون هناك فاصل زمني بين صدور القبول ووصوله إلى علم الموجب، إضافة إلى تواجد الطرفين في مكانين مختلفين، على نحو يتحقق معه الاختلاف في الزمان والمكان، وهو ما يؤدي إلى اعتبار هذا النوع من التعاقد، دون أي خلاف بشأنه تعاقداً بين غائبين يخضع لأحكام المادة 67 ق م.

الحالة الثانية: وهي حالة استخدام الطرفين لوسائل إلكترونية توفر الاتصال الفوري واللحظي بينهما سواء أتم ذلك كتابة أو مشافهة، على نحو يعدم بالتأكيد الفاصل الزمني بين التعبير عن القبول وعلم الموجب به، ففي هاته الحالة حسم المشرع الجزائري الموقف من خلال نص المادة 64 ق م، واعتبر التعاقد في هكذا حالة تعاقداً بين حاضرين في مجلس عقد حكيم، وهو النص الذي ذكر من خلاله المشرع مثلاً عن هاته الوسائل بتحديدده للهاتف، ثم فسح المجال واسعا ليشمل وسائل أخرى مشابهة للهاتف من خلال عبارة "أو بأي طريق مماثل".

حيث يفهم من ذلك أن المشرع أخذ بموقف الاتجاه الثاني الذي يرى بأن العقد الإلكتروني هو تعاقداً بين حاضرين، واستناداً إلى ذلك فإن فترة مجلس العقد في هاته الحالة إنما تتحدد بزمان المحادثة، فتبدأ بصدور الإيجاب وتبقى مستمرة طالما بقي الاتصال موصولاً بين الطرفين، وكنا منشغلين بموضوع التعاقد

وتنتهي إما بانتهاء الاتصال دون صدور قبول أو وجود ما يدل على عدول الموجب عن إيجابه، أو بالخوض في حديث آخر بعيد عن موضوع العقد.

وعليه فإن استخدام الطرفين للبريد الإلكتروني يعتبر تعاقدًا بين حاضرين خاضعا لأحكام م 64 ق.م متى كان الطرفين متصلين أو متاحين معا في نفس الوقت، وكذلك الحكم بالنسبة لمختلف وسائل التواصل الاجتماعي أو مواقع الإنترنت متى تحقق من خلالها التعاصر الزماني بين الطرفين، فهنا يكون العقد مبرما بين حاضرين من حيث الزمان ومن حيث المكان، وإن كان هذا المكان افتراضي أو حكيم.

الفرع الثاني: زمان ومكان تلاقي الإرادتين المعبر عنها بالكتابة الإلكترونية

يتم تحديد زمان ومكان انعقاد العقد من خلال تحديد زمان ومكان القبول ولا شك في أن التعاقد عن بعد من خلال وسائل الاتصال الحديثة وفي مقدمتها شبكة الإنترنت، يبقى رغم ما يحمله من خصوصيات خاضعا للقواعد العامة الناطمة للعقد، وبخاصة في مرحلة الإبرام أو التكوين التي تقضي بأن العقد ينعقد في اللحظة التي تتقابل فيها إرادتي الطرفين، غير أن هذا المبدأ قد يواجه بعض الصعوبات عند تطبيقه في مجال التعاقد الإلكتروني الذي يتميز بأنه تعاقد عن بعد⁽¹⁾.

وسيمتخص هذا الفرع لبحث هذه المسألة، من خلال تقسيمه إلى نقطتين تخصص الأولى منها لبحث زمان انعقاد العقد الإلكتروني، والثانية لمكان انعقاده، وذلك في ضوء الأحكام الواردة بهذا الصدد في القانون الجزائي مع الإشارة إلى القواعد العامة حسب المقتضى ودون الخوض في تفاصيلها:

أولا/ زمان تلاقي الإرادتين المعبر عنها بالكتابة الإلكترونية

تقضي القواعد العامة بأن العقد ينعقد في اللحظة التي يلتقي فيها الإيجاب بالقبول، وهي اللحظة التي يسهل تحديدها عندما يتم العقد بين شخصين حاضرين في مكان واحد، حيث ينشأ العقد ويتم في الوقت الذي يقترن فيه القبول بالإيجاب، فتعتبر لحظة انعقاد العقد هي زمن مجلس العقد الذي يسمع فيه كلا المتعاقدين تعبير الطرف الآخر ويعلم به بمجرد صدوره⁽²⁾.

من ثمة فلا إشكال فيما يتعلق بتحديد لحظة انعقاد العقد الإلكتروني المبرم من خلال الوسائل التي توفر اتصالا فوريا ومباشرا بين الطرفين، إذ يعتبر العقد مبرما في مجلس العقد الذي يجمع بين الطرفين ويكون في اللحظة التي يتصل فيها القبول بعلم الموجب والتي تكون هي نفسها لحظة تعبير القابل عن قبوله

(1) مندي عبد الله محمود حجازي، مرجع سابق، ص 381، وإذا كان البحث في مسألة تحديد ظرفي تلاقي الإرادتين بين طرفين متباعدين قد حظيت بعناية فقهية وقانونية مستفيضة، فإن تطور وسائل الاتصال عن بعد على رأسها شبكة الإنترنت قد أضفى على المسألة أبعادا جديدة، بحيث أصبحت من أهم وأدق المسائل القانونية التي يثيرها التعاقد عبر هذه الوسائل، نظرا لما يترتب عنها من نتائج قانونية هامة فهي مسألة لم تحسم إلى حد الآن وتعد من الإشكالات التي استحال وضع مبدأ مطلق بشأنها.

(2) حسام الدين كامل الأهواني، مرجع سابق، ص 74.

ذلك أن التسارع المتزايد لتطور تكنولوجيات الاتصال قد ساهم في التقليل وإلى غاية العدم في الوقت اللازم لإبرام العقد عن بعد⁽¹⁾.

غير أن الصعوبة⁽²⁾ إنما تثار بشأن العقود التي تتم بين غائبين لا يجتمعان في مكان واحد، بحيث يحتاج القبول إلى بعض الوقت ريثما يصل إلى علم الموجب، وهو ما ينطبق على العقود الإلكترونية، ويجعلنا نتساءل هل ينعقد العقد في هكذا حالات وقت صدور القبول أم وقت إرساله إلى الموجب أو وقت وصوله إليه أم وقت علمه به؟.

سيتم التطرق من خلال هاته الجزئية إلى التذكير بأهم النظريات الفقهية التي صيغت بشأن تحديد وقت إبرام العقد في القواعد العامة ومحاولة بحثها من خلال تطبيقها على العقود الإلكترونية (أ) ثم تحديد النظام القانوني المطبق على العقود المبرمة إلكترونيا والخاص بعلاج قصور تطبيق القواعد العامة على التعاقد الإلكتروني (ب)، ثم بيان الآثار المترتبة عن تحديد لحظة إبرام العقد الإلكتروني (ج).

1/ حكم القواعد العامة في تحديد لحظة انعقاد العقد وقصورها بالنسبة للتعاقد الإلكتروني

انقسم الفقه إلى أربعة مذاهب بخصوص تحديد لحظة انعقاد العقد المبرم بين غائبين، وعليه سنعرض هذه النظريات الفقهية العامة باختصار⁽³⁾، ثم موقف المشرع الجزائري منها، مع بيان مدى قصور أحكامها في مجال التعاقد الإلكتروني.

1/ النظريات الفقهية في تحديد لحظة انعقاد العقد: وهي أربع نظريات تنطلق إليها من خلال مايلي:

1-1/ نظرية إعلان القبول وتطبيقها على العقد الإلكتروني

يرى أصحاب هذه النظرية أن لحظة انعقاد العقد هي اللحظة التي يعلن فيها القابل عن قبوله، إعمالا لما هو متفق عليه فقها وتشريعا من أن العقد ينعقد بمجرد اقتران إرادتين متطابقتين، ودونما حاجة إلى أي إجراء آخر كإرسال القبول للموجب أو علمه به⁽⁴⁾، وتطبيق هذه النظرية على العقد المبرم إلكترونيا فإن لحظة انعقاده هي اللحظة التي يحرر فيها القابل رسالة إلكترونية تتضمن القبول دون حاجة إلى تصديرها أو إعلانها للموجب⁽⁵⁾، كما أنه يمكن -حسب بعض الفقه⁽⁶⁾- إعلان القبول بموجب هذه النظرية عن طريق قيام القابل بالنقر على الزر أو الأيقونة المخصصة لذلك على شاشة الكمبيوتر دون حاجة إلى تصديره.

(1) BUSSEUIL Guillaume, *Le contrat électronique*, Edition economica, Paris, 2010, p110

(2) تكمن صعوبة تحديد وقت إبرام العقد الإلكتروني نتيجة لصعوبة تحديد زمان وصول القبول إلى الموجب، ذلك أنه عندما يتم نقل التعبير عن الإرادة إلكترونيا، فإن هذه الإرادة تنقل عن طريق ترددات كهربائية يتم تشفيرها إلى ومضات إلكترونية تصل إلى جهاز الكمبيوتر الخاص بالمرسل إليه، فيصعب تحديد توقيت وصول الومضات الإلكترونية إلى الطرف الآخر، فادي عماد الدين توكل، عقد التجارة الإلكترونية، ط1 منشورات الحلبي الحقوقية، 2010، ص 116.

(3) انظر تفصيلا في هذه النظريات: حسام الدين كامل الأهواني، النظرية العامة للالتزام، مرجع سابق، ص 151 وما بعدها، عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مرجع سابق، ص 242 وما بعدها، محمد السعيد رشدي، مرجع سابق، ص 25 وما بعدها.

(4) نزيه محمد الصادق المهدي، انعقاد العقد الإلكتروني، مرجع سابق، ص 237.

(5) خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، مرجع سابق، ص 296.

(6) آمانج رحيم أحمد، مرجع سابق، ص.ص: 178-179.

الملاحظ أن ما يميز هذه النظرية أنها تتلاءم مع المعاملات التجارية والعقود الإلكترونية الحديثة وما تستلزمه من سرعة في الإجراءات، إلا أن ما يعاب عليها أنها تجعل السلطة الأولى في انعقاد العقد وقفا على إرادة القابل، مما يتيح له العدول عنه أو إنكار صدوره منه، طالما لم يصل إلى علم الموجب ولم يستلم أي شيء يستطيع استخدامه كدليل إثبات، ذلك أن القبول لا يكون له وجود إلا على جهاز الكمبيوتر الخاص بالقابل⁽¹⁾.

كما أنه في ظل هذه النظرية وفيما يتعلق بالقبول عن طريق النقر على أيقونة القبول بموقع الويب، حتى ولو قام القابل بالنقر عليها فإنه يستطيع أن يسارع باستعمال أيقونة الإلغاء أو التوقف الموجودة بالبرنامج إلى توقيف عملية الإرسال على نحو يبقى القبول بجوزته فيظل هو المهيمن على الأمر دون أي إثبات⁽²⁾، خاصة وأن الأمر يجري في بيئة افتراضية لا تركز على أية ماديّات، وهو ما يجعلها -هذه النظرية- غير صالحة لتحديد زمان انعقاد العقد الإلكتروني على غرار عدم صلاحيتها لتحديد زمان انعقاد العقد التقليدي، خاصة وأنها تخالف المبدأ القانوني الأساسي في التعاقد والذي يقضي بأن التعبير عن الإرادة لا ينتج أثره إلا بعد اتصاله بعلم من وجه إليه حسب نص م 62 ق.م.

1-2/ نظرية تصدير أو إرسال القبول وتطبيقها على العقد الإلكتروني

مفاد هذه النظرية أن زمان انعقاد العقد لا يتحدد بلحظة إعلان القبول وإنما يشترط حصول واقعة مادية تتمثل في تصديره بحيث لا يمكن أن يسترده من أصدره، كأن يلقيه في صندوق البريد أو يسلمه إلى من يقوم بنقله، على نحو يخرجها فعلا ونهائيا من حوزته، وهو ما يجعل لحظة انعقاد العقد هي لحظة إرسال أو تصدير القبول⁽³⁾.

تطبيقا لهذه النظرية يعتبر العقد الإلكتروني مبرما من لحظة خروج الرسالة المتضمنة للقبول من سيطرة صاحبها ودخولها الوسيط الإلكتروني ودون انتظار وصولها إلى الموجب، بمعنى أن العقد الإلكتروني يعتبر منعقدا في لحظة إرسال رسالة البيانات المتضمنة القبول إلى نظام معلومات خارج عن سيطرة القابل على نحو يمنعه من استردادها، كالنقر على أيقونة أو زر القبول في التعاقد عبر الويب أو زر الإرسال في حال التعاقد بواسطة البريد الإلكتروني⁽⁴⁾.

كسابقتها انتقدت هذه النظرية من حيث أنها تقرر انعقاد العقد حتى ولو لم يتصل القبول بعلم من وجه إليه، وفي ذلك إخلال بالمبدأ الأساسي للتعاقد الذي يقتضي بأن التعبير عن الإرادة لا ينتج أثره إلا بعد

(1) مُجّد سعد خليفة، مرجع سابق، ص 64.

(2) مُجّد إبراهيم أبو الهيجاء، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، القاهرة، 2004، ص 56 وما بعدها.

(3) Le TOURNEAU Philippe, *Contrat informatiques et électroniques*, sixième édition, Dalloz, Paris, 2010, p352.

(4) ناصر حمودي، العقد الدولي الإلكتروني المبرم عبر الإنترنت مع التركيز على عقد البيع الدولي للبضائع، مرجع سابق، ص 245.

اتصاله بعلم من وجه إليه، أضف إلى ذلك أن التصدير ما هو إلا واقعة مادية ليست لها أية قيمة قانونية ولا تكفي لتوافق الإرادتين الذي يعد أساس انعقاد العقد⁽¹⁾.

كما يؤخذ عليها في مجال التعاقد الإلكتروني أنه من الممكن حدوث خلل أو عطل في الأجهزة الإلكترونية أثناء إرسال الرسالة، مما يحول دون إتمام إرسالها ووصولها إلى الموجب وفي هذه الحالة فإن الموجب لا يكون على علم بالقبول الذي تم إرساله، ثم يجد نفسه مسؤولاً عن عدم الوفاء بالتزام ناتج عن عقد لا علم له به، بالرغم من أن الأمر خارج عن إرادته كونه لم يتسلم القبول لحدوث خلل في نظام معالجة البيانات أو إرسال الرسائل الإلكترونية⁽²⁾.

كل هاته الانتقادات جعلت البعض يرى بأنها نظرية لا تلائم العقود الإلكترونية باعتبارها تتطلب أو تفترض وجود فاصل زمني بين إصدار القبول وتسلمه من قبل الموجب، في حين أن التراضي الإلكتروني يتميز بالسرعة وتندعم فيه الفوارق الزمنية في بعض حالاته، بحيث يكفي أن يضغط الشخص على زر القبول ليصل قبوله في حينه إلى الموجب، وهو ما يجعل هذه النظرية غير ملائمة لتحديد لحظة انعقاد العقد في العقود الإلكترونية⁽³⁾.

3-1/ نظرية استلام القبول وتطبيقها على العقود الإلكترونية

تقضي هذه النظرية بأن العقد ينعقد لحظة وصول القبول إلى الموجب سواء علم به أو لم يعلم، فلا يكفي لانعقاد العقد مجرد الإعلان عن القبول أو تصديره، بل يجب وصول القبول إلى الموجب وبذلك يصبح القبول في يد الموجب ولا يمكن للقابل استرداده في هذه الحالة⁽⁴⁾، وقد لاقت هذه النظرية قبولا وتفضيلا من طرف أكثر القوانين حداثة سواء الدولية أو الوطنية⁽⁵⁾، لأنها تستجيب لمتطلبات إيجاد حلول متناغمة ومتطابقة مع المصالح المراد بلوغها عمليا، فهي تستجيب لسرعة الاتصالات ولا سيما في المجال التجاري⁽⁶⁾. وبتطبيق هذه النظرية على العقد الإلكتروني فإنه ينعقد في الوقت الذي تصل فيه الرسالة الإلكترونية إلى صندوق البريد الإلكتروني للموجب، وذلك في حالة ما إذا تم التعاقد عبر البريد الإلكتروني، وفي

(1) محمد السعيد رشدي، مرجع سابق، ص 35.

(2) فواز محمد المطالقة، الوجيز في عقود التجارة الإلكترونية: دراسة مقارنة، ط1، دار الثقافة، عمان، 2008، ص 71.

(3) ZOLA mechal, « La nation de consentement à l'épreuve de l'électronique », *Gaz. Pal*, dimanche 14 au mardi 16 oct, 2001, pp 1552-1556.

(4) خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، مرجع سابق، ص 297، سمير حامد عبد العزيز الجمال، مرجع سابق، ص 138، وآمانج رحيم أحمد، مرجع سابق، ص 181.

(5) Le TOURNEAU Philippe, « La notion de contrat électronique », les deuxièmes journées internationales du droit du commerce électronique, actes du colloque de Nice des 6 et 7 novembre 2003, actualité de droit de l'entreprise, n° 22, 2003, pp13-14

(6) GAUTRAIS Vincent, *Le contrat électronique international*, Edition BRUYLANT, BRUXELLE, 2002, p135.

اللحظة التي يتم فيها الضغط على زر القبول التي تعتبر دليلاً على استلام هذا القبول من طرف الموزع المتضمن الموقع في حالة التعاقد عن طريق الويب⁽¹⁾.

تعرضت هذه النظرية بدورها إلى ذات الانتقادات التي تعرضت لها النظريتين السابقتين، كون أن التسليم هو الآخر مجرد واقعة مادية لا يرتب عليها القانون أي أثر، كما أنها لا تمثل معياراً حاسماً على علم الموجب بمضمون القبول، ولا تحول دون الغش والتحايل من جانبه لتفادي ضبط دليل إثبات على علمه بالقبول الإلكتروني، بالرغم من وصوله إلى موقعه⁽²⁾.

لكن يرى البعض أن هذه النظرية ورغم الانتقادات التي وجهت إليها إلا أنها تصلح للتطبيق على العقود الإلكترونية في حالة التعامل مع النظم المبرمجة العاملة بالطرق الأتوماتيكية فقط -الوسائط الإلكترونية المؤتمتة- والتي تكون مبرمجة للتعامل مع الرسائل المستقبلية ومعالجتها وتجهيز الطلبات ووصول الرسائل إلى البريد الإلكتروني، ففي هاته الحالات لا يشترط إطلاع العنصر البشري عليها، نظراً لتولي البرنامج بنفسه أمر معالجتها⁽³⁾، كما أنها تساهم في اقتسام المسؤولية بين الموجب والقابل⁽⁴⁾.

4-1/ نظرية العلم بالقبول وتطبيقها على العقود الإلكترونية

لا ينعقد العقد وفقاً لهذه النظرية إلا في الوقت الذي يعلم فيه الموجب بالقبول فعلاً، ذلك أن الإرادة التي يراد بها أن تنشئ أثراً قانونياً لا ترتب ذلك الأثر إلا إذا اتصلت بعلم من وجهت إليه، ولما كان هذا العلم الفعلي أو الحقيقي مسألة نفسية لدى الموجب يصعب إثباتها، فقد ذهب الفقه والقانون إلى وضع قرينة بسيطة قابلة لإثبات العكس مفادها أن مجرد وصول التعبير عن الإرادة إلى الموجب يعتبر قرينة على علمه به⁽⁵⁾، وتطبيق هذه النظرية على العقد الإلكتروني المبرم عبر البريد الإلكتروني، فإنه ينعقد في اللحظة التي يقرأ فيها الموجب الرسالة الإلكترونية المتضمنة القبول من خلال اطلاعه على بريده الإلكتروني⁽⁶⁾.

أما في التعاقد من خلال تقنية الويب فإن وقت انعقاد العقد هو الوقت الذي يعلم فيه الموجب أو من ينوب عنه بالقبول، ذلك أن القبول عبر هذه التقنية يتمثل في الضغط على الأيقونة، وبعد الضغط عليها

(1) NAIMI- CHARBONIER Marine, op.cit, p : 90.

(2) عباس العبودي، التعاقد عن طريق وسائل الاتصال الفوري، مرجع سابق، ص 16، و KOTEICHE Lama, *La loi applicable aux contrats du commerce électronique*, mémoire pour l'obtention d'un diplôme d'études approfondies en droit interne et internationale des affaires, uni libanaise, Beyrouth, Liban, 2005, p, p : 37-38.

(3) ناصر حمودي، العقد الدولي الإلكتروني المبرم عبر الإنترنت مع التركيز على عقد البيع الدولي للبضائع، مرجع سابق، ص 247.

(4) GAUTRAIS Vincent, op.cit, p136.

(5) خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، مرجع سابق، ص 298، و

-RAYNOUARD Arnaud, *La formation du contrat électronique*, in le contrat électronique, travaux de l'association HENRI Capitant de amis de la culture juridique française, LGDJ, Paris 2002, p24.

(6) رامي محمد علوان، مرجع سابق، ص 258.

يصل هذا الأخير إلى النظام المعلوماتي للموجب صاحب الموقع، الذي يقوم بضم هذا الطلب إلى كل الطلبات الأخرى دون علم صاحب الموقع فعليا بها فور صدورهما، وإنما يعلم بالقبول بعد مدة زمنية معينة تكون عادة عند تجميع الطلبات والبدء في تنفيذها، وحيث أن العبرة هي بعلم الموجب نفسه، لا بعلم البرنامج الذي لا يتمتع بشخصية معنوية، فإن العقد ينعقد متى اتصل القبول بعلم صاحب البرنامج⁽¹⁾. ولعل هذه النظرية هي الأرجح من بين النظريات التي وضعت من أجل تحديد لحظة انعقاد العقد الإلكتروني، لقدرتها على تجنب الانتقادات الموجهة إلى النظريات الأخرى، وفي نفس الوقت لأنها تسهل عملية إثبات علم الموجب بالقبول⁽²⁾.

2 / موقف المشرع الجزائري من هذه النظريات

أخذ المشرع الجزائري بنظرية العلم بالقبول كقاعدة عامة وهذا ما نصت عليه المادة 67 ق.م: "يعتبر التعاقد ما بين الغائبين تم في المكان و في الزمان اللذين يعلم فيها الموجب بالقبول ما لم يوجد اتفاق أو نص قانوني يقضي بغير ذلك"، وكان المشرع قد حدد صراحة مبدأ وجوب العلم بالتعبير عن الإرادة لإنتاجه أثره سواء أكان تعبيرا عن الإيجاب أو القبول بموجب نص المادة 61 ق.م.

فقد طبق المشرع هذا المبدأ عند تحديده لزمان ومكان انعقاد العقد فيما بين غائبين، وهو ما يتضح من نص م 67 أعلاه الذي يدل دلالة قاطعة على أن المشرع الجزائري قد أخذ بمذهب نظرية العلم بالقبول حين ترك كأصل تحديد وقت انعقاد العقد ومكانه لاتفاق الطرفين، فإن تخلف مثل هذا الاتفاق ولم يقض القانون بحكم آخر في عقد خاص، كان الوقت الذي يتم فيه العقد هو وقت علم الموجب بقبول إيجابه من طرف الموجب له، غير أن المشرع لم يستلزم ثبوت العلم فعلا في جانب الموجب، وإنما جعل من وصول القبول إليه قرينة قانونية على العلم به، إلا أنها قرينة بسيطة قابلة لإثبات العكس، كأن يثبت الموجب أنه لم يعلم بالقبول رغم وصوله إليه لأي سبب كان.

لكن الملاحظ أن هذه النظرية التي أخذ بها المشرع الجزائري كقاعدة عامة في التقنين المدني والتي اعتبرت راجحة لدى الفقه (وأخذ بها القضاء) لا تصلح كعيار لتحديد لحظة اقتران الإيجاب بالقبول في العقود المبرمة إلكترونيا وذلك بسبب تعذر امتلاك القابل لدليل على علم الموجب بالقبول، وهو ذات الانتقاد الذي وجه لنظريتي الإعلان والتصدير، وإن كانتا من جانب الموجب⁽³⁾.

كما أنها لا تضع معيارا حاسما يحول دون تحايل الموجب وادعائه بعد العلم بالقبول الإلكتروني، مما يجعلها نظرية صعبة التحقيق في مجال البيئة الإلكترونية التي لا تعتمد على أية مرتكزات مادية أو ملموسة خاصة وأن القرينة البسيطة التي وضعها المشرع الجزائري -ومن قبله الفقهاء أصحاب هذه النظرية- كدليل على علم الموجب بالقبول بمجرد وصوله، لا يمكن تطبيقها على التعاقد الإلكتروني، لوجود مانع قانوني، وهو

(1) سامح عبد الواحد التهامي، مرجع سابق، ص ص: 208-209.

(2) نزيه محمد الصادق المهدي، انعقاد العقد الإلكتروني، مرجع سابق، ص ص: 240-241.

(3) المرجع نفسه، ص 241، وسيمر حامد عبر العزيز الجمال، مرجع سابق، ص 141.

نص م 12 من قانون التجارة الإلكترونية 05-18 في بندها الثالث من فقرتها الأولى والتي تقضي بأن «.... تأييد الطلبية الذي يؤدي إلى تكوين العقد....».

وهو ما يعني بأن المشرع الجزائري قد تبنى بموجب م 12 القانون 05-18 نظرية جديدة مختلفة عن نظرية العلم بالقبول المكرسة بموجب م 67 ق.م، تطبيقاً لقاعدة الخاص يقيد العام، وفي ذلك دلالة واضحة على قصور القواعد العامة التي تحكم العقود المبرمة في بيئة تقليدية -حتى بالنسبة للنظرية الراجعة- عن التطبيق على التعاقد الإلكتروني، وسبب ذلك هو تميز العقود الإلكترونية بطبيعة ومميزات خاصة لا تتماشى مع البيئة التقليدية، وهو ما يستدعي وضع تنظيم قانوني خاص يراعي هذه الطبيعة ويتماشى مع تلك الخصائص والمميزات، وتفصيل ذلك من خلال النقطة الموالية.

ب/ النظام المطبق على العقد المبرم إلكترونياً في القانون الجزائري

وضع المشرع الجزائري -إضافة إلى بعض التشريعات المقارنة- نصوصاً خاصة في القوانين النازمة للمعاملات الإلكترونية حددت من خلالها زمان انعقاد العقد الإلكتروني ولو بطريقة غير مباشرة، وسنكتفي في هذه النقطة ببيان موقف المشرع الجزائري والمستقى من القانون 05-18 المتعلق بالتجارة الإلكترونية وذلك بعد أن بينا موقفه في القواعد العامة في النقطة السابقة.

بالرجوع إلى القانون 05-18 نجد أن المشرع قرر بموجب المادة 12 منه إلزامية مرور طلبية أي منتج أو خدمة محل التعاقد الإلكتروني بثلاث مراحل إلزامية هي:

المرحلة الأولى: وتتمثل في قيام المورد الإلكتروني بوضع الشروط التعاقدية في متناول المستهلك الإلكتروني بحيث يتم تمكينه من التعاقد بعلم ودراية تامة.

المرحلة الثانية: قيام المستهلك الإلكتروني الراغب في التعاقد بالتحقق من تفاصيل الطلبية، لاسيما فيما يخص ماهية المنتجات أو الخدمات المطلوبة، والسعر الإجمالي والوحدوي لها، والكميات المطلوبة بغرض تمكينه من تعديل الطلبية وإلغاءها أو تصحيح الأخطاء المحتملة.

وأخيراً المرحلة الثالثة: وهي تأييد الطلبية من طرف المستهلك الإلكتروني، حيث ذكر المشرع هنا أن عملية تأييد الطلبية هي التي تؤدي إلى تكوين العقد، بمعنى أن لحظة تكوين العقد الإلكتروني في القانون الجزائري هي لحظة **تأييد الطلبية**، أو بمعنى آخر **تأييد القبول**، وبهذا يكون المشرع -حسب رأي- قد أخذ بنظرية جديدة هي نظرية تأييد القبول، مخالفاً بذلك ما كرسه بموجب القواعد العامة في ق.م، وما اتجه إليه قانون اليونسترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية⁽¹⁾، وذلك حين ربط تكوين العقد أي تطابق الإيجاب مع القبول بلحظة التأييد على الطلبية من طرف المستهلك، ما يعني أن كل موافقة قبلها لا يعتد بها كقبول

(1) حيث كرس قانون اليونسترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية مبدأ حرية إرادة الأطراف، فترك لهم حرية الاتفاق على الزمان والمكان ابتداء ليكون في هذه الحالة ملزماً لها، وفي حال غياب هذا الاتفاق تطبق المادة 15 من القانون النموذجي التي تبنى من خلالها نظرية وصول القبول إلى النظام المعلوماتي للموجب.

قانوناً⁽¹⁾، وأن التعبير عن القبول هنا قد تم عبر مرحلتين، وهو نمط جديد في التعبير عن القبول، ظهر مع ظهور العقود الإلكترونية.

وتمكن إيجابيات هذا الموقف من طرف المشرع الجزائي في تمكين المتعاقد من التفكير جيداً قبل تأييد قبوله، كما يسمح له بمراجعة طلبه والتمن وكل التفاصيل الأخرى وتصحيح الأخطاء المحتملة، كما أن اعتماد هذا الرأي يتفق مع طبيعة وخصوصية التعبير عن الإرادة إلكترونياً باعتباره يتم عن بعد، ويسمح بالتأكد من سلامة الرضا ومن صدوره عن إرادة مقتنعة بإبرام العقد، كما أن اشتراط تأييد القبول فيه حماية للزبون خاصة إذا كان مستهلكاً من الخطأ الذي قد يقع فيه سهواً عن طريق اللبس التلقائي لأيقونة القبول ودون اتجاه الإرادة إلى ذلك، بالإضافة إلى أن اشتراط تأييد القبول يقطع التحجج أمام المتعاقد الذي قد يدعي حصول الخطأ في النقطة أو اللمسة الأولى⁽²⁾ للتهرب من تبعات قيام العقد.

لكن المشرع الجزائي وبعد ربطه لحظة تكوين العقد بما أسماه "تأييد الطلبية" لم يبين كيفية إجراء هذا التأييد، وأوكل أمر تحديد ذلك للمورد الإلكتروني الذي يلتزم بموجب المادة 11 من القانون 05-18 أن يحدد من خلال عرضه طريقة تأييد الطلبية، هذا التأييد وكما يتم بالنقر المزدوج على الأيقونة، يمكن أن يتم أيضاً عن طريق العديد من التقنيات نذكر منها وثيقة الأمر بالشراء التي يتعين على الموجه إليه الإيجاب تحريرها على الشاشة أو تأييد الأمر بالشراء عن طريق إرساله إلى موقع الموجب⁽³⁾، كما يسمح إدخال رقم بطاقة الائتمان بهدف دفع مقابل السلعة أو الخدمة أو إدخال التوقيع الإلكتروني بتأييد القبول وجعله أكثر فاعلية.

غير أن ما يلاحظ على هذا الإجراء -تأييد الطلبية- وحسب صياغة نص المادة 12 أنه ينطبق على العقود الإلكترونية التي يكون أحد طرفيها حاملاً لصفة مستهلك، وهو ما يدفع للتساؤل عن مدى إمكانية تطبيق هذا الإجراء و إلزاميته بالنسبة للعقود الإلكترونية الأخرى التي لا يكون المستهلك طرفاً فيها؟

(1) كما أكد التوجيه الأوروبي 07 لسنة 1997 في المادة 9 منه، على ضرورة تأييد القبول عن طريق الضغط مرتين حتى يتم حماية المستهلك، وكذا المشرع المصري الذي تبنى بموجب مشروعه المتعلق بقانون التجارة الإلكترونية نفس الموقف بنصه "يعتبر العقد قد تم بمجرد تأييد وصول القبول"، وفي نفس المعنى نص المادة 2-1127 من التقنين المدني الفرنسي المضافة بموجب التعديل:

Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, JORF n°0035 du 11 février 2016, disponible sur :

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do?cidTexte=LEGITEXT000006070721&idArticle=LEGIARTI000032007506&dateTexte=&categorieLien=cid>, consulté le 21/11/2019.

(2) أنس محمد شرف اليوسفي، مرجع سابق، ص 144.

(3) اشترطت عدة قوانين إرسال وثيقة الأمر بالشراء من قبل المتعاقد لتأييده عن القبول منها التوجيه الأوروبي رقم 2000-31 المتعلق بالتجارة الإلكترونية في مادته 11-01 التي اشترطت إرسال إشعار بالوصول يحتوي على جميع المعلومات الواردة في العقد عبر الجهات الموثقة باستعمال الطريق الإلكتروني، ومن ذلك أيضاً ما ورد بالبند 7 من العقد النموذجي الفرنسي للتجارة الإلكترونية بشأن القبول من ضرورة وجوب تأييد الأمر بالشراء كما ورد بالتعليق على ذات البند، "أن القبول وتأييد الأمر بالشراء يجب أن يتحققا بمجموعة من الأوامر على صفحات الشاشة المتعاقبة بحيث تتضمن هذه الأوامر صراحة ارتباط المستهلك على وجه جازم".

كما أن الأخذ به -بالرغم من محاسنه بالنسبة للمستهلك- يثير التساؤل حول القيمة القانونية لهذا التأكيد على القبول، -والذي اعتبره البعض بمثابة شكلية جديدة مخالفة لمبدأ الرضائية- فيما أن يكون القبول قد تم قبل التأكيد، فلا تكون له قيمة قانونية، وإما أن القبول لا يتم إلا بصور التأكيد، فيكون هذا التأكيد هو القبول بعينه، بحيث لا تبدو الحاجة لمعاملته كإجراء آخر بجوار القبول؟.

يمكن القول أن نظرية تأكيد القبول من وجه إليه الإيجاب وإرساله رسالة بتأكيد القبول إلى الموجب والتزام هذا الأخير "بالإقرار باستلام القبول" تقترب كثيرا من نظرية العلم بالقبول المكرسة في القواعد العامة والراجحة لدى الفقهاء، فتأكيد القبول ليس شكلية جديدة وإنما هو تأكيد لوصول كل تعبير إلى علم من وجه إليه، فإذا كانت النظرية السابقة (نظرية العلم) تعلق العلم بالقبول على مجرد قرينة بسيطة، فإن نظرية "تأكيد القبول" لا تفعل ذلك، وإنما وضعت شرطًا مؤكدًا يؤكد العلم الحقيقي بالقبول من طرف الموجب، عن طريق إقراره باستلام القبول وهو ما يجعل العقد الإلكتروني قائمًا على أسس مؤكدة وليس مجرد قرائن افتراضية⁽¹⁾ بسيطة بالعلم وقابلة لإثبات العكس على نحو ما تقضي به القواعد العامة.

فقد أصبح تحديد لحظة انعقاد العقد الإلكتروني استنادًا إلى نظرية "تأكيد القبول" قائمًا على معيار "تأكيد الطلبية" من قبل الموجب له، وإرساله إلى الموجب الذي يلزم دون تأخير بإصدار ما يسمى "إقرار باستلام تأكيد القبول" ويرسله للقابل، على نحو يؤكد علمه الحقيقي والفعل بالقبول، فالإقرار بالاستلام على النحو السابق تفصيله يحقق الجزم والتعيين والحسم القانوني في انعقاد العقد الإلكتروني، ويكرس لقاعدة قانونية موضوعية لتحديد زمان ومكان انعقاد العقد⁽²⁾.

ج/ الآثار المترتبة عن تحديد لحظة انعقاد العقد الإلكتروني

يرجع سبب اللغط الكبير من طرف الفقهاء والتشريعات بشأن تحديد زمان انعقاد العقد إلى أهمية النتائج القانونية التي تترتب عن تحديد هذه اللحظة، وهي النتائج والآثار التي يمكن إجمالها من خلالها النقاط التالية⁽³⁾:

- 1/ فمن حيث الآثار المترتبة عن انعقاد العقد الإلكتروني، ينبج العقد أثره من لحظة انعقاده كأصل، كانتقال ملكية الشيء المبيع إلى المشتري.
- 2/ معرفة القانون الواجب التطبيق على العقد الإلكتروني من حيث الزمان وذلك في حالة تنازع قانون جديد وآخر قديم.

(1) نزيه محمد الصادق المهدي، انعقاد العقد الإلكتروني، مرجع سابق، ص 253.

(2) المرجع نفسه، ص: 254-255.

(3) راجع في ذلك: أنس محمد شرف اليوسفي، مرجع سابق، ص: 239-240، و عيسى بن مصطفى، مجلس العقد الإلكتروني عبر الإنترنت، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، جامعة الجلفة، مجلد 9، عدد 1، ص 22، متاح على الرابط:

<https://www.asjp.cerist.dz/en/article/44240>

3/ اختلاف آثار استحالة التنفيذ على العقد فيما إذا تحققت هذه الاستحالة قبل انعقاد العقد أم بعده بحيث يترتب على تحققها في الحالة الأولى بطلان العقد بطلانا مطلقا لانعدام المحل، بينما تنقضي الالتزامات المترتبة عن العقد كأصل ودون تعويض في الحالة الثانية.

4/ أنه في الدعوى البوليصة لا يستطيع الدائن الطعن في العقد الإلكتروني الصادر من مدينه إلا إذا كان دينه سابقا على هذا العقد.

5/ تحديد الوقت الذي يمكن فيه الموجب أو لمن وجه إليه الإيجاب العدول عن إرادته ورغبته في التعاقد فتحدد زمان انعقاد العقد يترتب عليه، معرفة إلى كم من الوقت يمكن للموجب أن يرجع عن إيجابه وللقابل أن يعدل عن قبوله.

ثانيا/ مكان تلاقي الإرادتين المعبر عنها بالكتابة الإلكترونية

لا خلاف بين الفقهاء سواء بين من كيف العقد الإلكتروني على أنه تعاقد بين حاضرين أو أنه تعاقد بين غائبين من حيث الزمان، في أن التعاقد الإلكتروني هو تعاقد بين غائبين من حيث المكان، وبالرغم من أن مسألة تحديد وقت إبرام العقد تعد أكثر أهمية من مسألة تحديد مكانه، على اعتبار أن الأولى تثار بشأن العقود الداخلية أو الدولية على حد سواء، بينما لا تثار الثانية إلا بشأن العقود الدولية، غير أن إبرام العقد الإلكتروني في بيئة إلكترونية افتراضية لا تعترف بالحدود المكانية، قد أعطى بعدا خاصا لمسألة تحديد مكان إبرام العقد باعتبار أن هذا النوع من العقود يقوم على عدم تواجد المتعاقدين في مكان واحد، وهو ما يعني بالضرورة تواجدهما في مكانين مختلفين، في الوقت الذي لا يمكن فيه للعقد تحمل أكثر من مكان وهو ما يشكل حسب ما أسماه البعض بـ "تنازع الأمكنة"⁽¹⁾.

إن كانت شبكة الإنترنت في حد ذاتها فضاء للإلتقاء وتبادل الإرادات، إلا أن تواجد الأفراد بها هو تواجد افتراضي لم تألفه القواعد التقليدية، مما أدى إلى خلق بعض الإشكالات على نحو يجتم على المتعاملين في هذا المجال البقاء مرتبطين بالعالم الأرضي والبحث عن روابط صلة بينه وبين العالم الافتراضي، خاصة في ظل تعود الأطراف على العناوين المادية الأرضية التي حلت محلها عناوين افتراضية تعرف بـ (IP)⁽²⁾ وهو ما أعطى لمسألة تحديد مكان إبرام العقد الإلكتروني أهمية خاصة.

وفي ظل غياب تنظيم للمسألة في قانون التجارة الإلكتروني 18-05 تحتم علينا البحث في إمكانية تحديد مكان إبرام العقد الإلكتروني من خلال القواعد العامة التي تحكم التعاقد بين غائبين، وبحث مدى ملاءمتها لذلك (أ) ثم بحث موقف بعض تشريعات المعاملات الإلكترونية من مسألة تحديد مكان إبرام العقد الإلكتروني ومحاولة استخلاص بعض الحلول للمسألة (ب).

(1) GUILLEMARD Sylvette, op.cit, p : 325.

(2) ناصر حمودي، النظام القانوني لعقد البيع الدولي الإلكتروني مع التركيز على عقد البيع الدولي للبضائع، مرجع سابق، ص 257.

أ/ مدى ملائمة القواعد العامة لتحديد مكان إبرام العقد الإلكتروني

في إطار تحديد مكان انعقاد العقد في البيئة التقليدية سادت نظرية تعرف بنظرية الوحدة أو التلازم بين مكان وزمان الانعقاد، مفادها أن اللحظة التي يعتبر فيها العقد قد انعقد هي ذاتها التي تحدد مكان هذا الانعقاد⁽¹⁾، وتطبيقا لذلك فإن مكان انعقاد العقد بالنسبة للنظرية إعلان القبول هو مكان الإعلان وبالنسبة لنظرية تصدير القبول هو مكان التصدير أو الإرسال وهنا يتحكم فيه القابل، أما بالنسبة لنظرية تسليم القبول فإن مكان الإبرام هو مكان التسليم، وبالنسبة لنظرية العلم فالمكان هو مكان العلم بالقبول، وهنا يتحكم فيه الموجب.

هذه النظرية في الحقيقة هي السائدة لدى التشريعات⁽²⁾ التي تناولت صراحة زمان ومكان انعقاد العقد المبرم بين غائبين ومنها ق.م. الجزائري، الذي يبين من خلال نص مادته 67⁽³⁾ أن المشرع قد أخذ كأصل بنظرية العلم بالقبول، ما يعني أن مكان انعقاد العقد هو مكان علم الموجب بالقبول.

لكن وعلى الرغم من سهولة إعمالها إلا أنها لم تسلم من الانتقاد نتيجة الصعوبة الكبيرة التي تتجلى عند محاولة تطبيقها في البيئة الإلكترونية والتي تتميز بعدة خصوصيات، أهمها أن المتعاقد من خلالها يمكن أن يلج إلى المواقع الإلكترونية من أي مكان يتواجد عليه عبر العالم، وهو ما يؤدي إلى خلق نوع من التداخل بين تشريعات الدول إذا ما تم تطبيق نظرية الوحدة⁽⁴⁾، كما يؤدي إلى احتمال خضوع الأطراف إلى أحكام قانون دولة أخرى غير تلك التي ينتمون إليها والتي أبرم العقد داخل حدودها⁽⁵⁾.

فإن كان تطبيق قانون أجنبي عن طرفي العقد والعلاقة التعاقدية أمرا منطقيا بالنسبة للعقود ذات الطابع الدولي، إلا أنه يبقى غير منطقي تماما تطبيقه في حالة إبرام عقد داخل الحدود الإقليمية لدولة واحدة⁽⁶⁾

ولعل في ذلك ما يجزم بعدم صلاحية ولا ملائمة نظرية التلازم أو الوحدة بين الزمان والمكان لتحديد مكان إبرام العقد الإلكتروني، وهو ما يحتم على المشرع التدخل من أجل حل المسألة وسد هذا الفراغ القانوني نظرا لخطورة وأهمية ما يترتب عن تحديد المكان من نتائج وآثار قانونية.

(1) بشار عصمت سميح سكري، مرجع سابق، ص 161.

(2) أخذ بها المشرع المصري بموجب نص م 1/97 القانون المدني، والمشرع الإماراتي بموجب م 142 من قانون المعاملات المدنية والمشرع البحريني بموجب م 45 القانون المدني.

3 نصت المادة 67 منه على أنه: "يعتبر التعاقد ما بين الغائبين قد تم في المكان وفي الزمان اللذين يعلم فيهما الموجب بالقبول، ما لم يوجد اتفاق أو نص قانوني يقضي بغير ذلك.

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

(4) صالح المنزلاوي، مرجع سابق، ص 418.

(5) شحاتة غربي شلقامي، مرجع سابق، ص 141.

(6) ومثال ذلك لو أن جزائريين مقيمين بالجزائر أبرما عقدا معينا عن طريق الإنترنت، وصادف أن الموجب لم يعلم بالقبول إلا في تركيا مثلا فإن العقد يعتبر مبرما في تركيا، وهو ما يؤدي حسب نظرية التلازم إلى اختصاص القانون التركي بحكم هذا العقد، وهذا مناف للمنطق.

ب/ بعض الحلول المقترحة لحل المسألة

نتيجة الانتقادات الموجهة لنظرية الوحدة، اتجه البعض إلى القول بأن مكان إبرام العقد الإلكتروني هو شبكة الإنترنت ذاتها باعتبارها عالما افتراضيا قائما بذاته⁽¹⁾، إلا أن هذا الموقف منتقد أيضا، على اعتبار أن الأطراف المتعاقدة وإن أبرموا تعاملاتهم وعبروا عن إرادتهم في البيئة الافتراضية، إلا أنهم مرتبطون بعالم الأرض ولا يمكن فصلهم عنه، وهو ما يحتم الرجوع إلى عناوينهم المادية من أجل تحديد مكان إبرام وتنفيذ العقد، وذلك في سبيل تبيان معيار الارتباط الموضوعي للعقد وتبيان القانون الواجب التطبيق عليه⁽²⁾.

ونتيجة قصور القواعد العامة التي تحكم التعاقد بين غائبين عن تحديد مكان إبرام العقد الإلكتروني من جهة، وعدم إمكانية التسليم بأنه -المكان- هو شبكة الإنترنت ذاتها من جهة أخرى، رأى بعض المشرعين إعمال مبدأ حرية الأطراف في تحديد مكان إبرام العقد كأصل، أو تبني نظرية حديثة عرفت بنظرية الازدواجية.

1/ مبدأ حرية الأطراف:

أعطت غالبية التشريعات⁽³⁾ للأطراف المتعاقدة كامل الحرية في الاتفاق على تحديد زمان ومكان انعقاد العقد، سواء في البيئة التقليدية أو الإلكترونية، وإن كان هذا المبدأ قد لعب دورا هاما في ظل العقود التقليدية، فإن دوره قد تعاظم كثيرا في ظل العقود الإلكترونية، ذلك أنه أسهم بشكل كبير في سد الفراغ التشريعي المتعلق بمسألة تحديد مكان إبرام العقد حتى في الدول التي أفردت للمسألة نصوصا خاصة ناهيك عن الدول التي لم تنظم المسألة وبقيت متمسكة بالقواعد العامة التقليدية رغم ثبوت قصورها⁽⁴⁾، وهو المبدأ ذاته الذي كرسه المشرع الجزائري بموجب المادة 67 ق م «...ما لم يوجد اتفاق أو نص قانوني يقضي بغير ذلك...».

وإن كان مبدأ حرية الأطراف في تحديد مكان إبرام العقد يبدو أنه الحل الأمثل لمواجهة تأثير البيئة الافتراضية على القواعد العامة بشأن تحديد مكان الانعقاد، إلا أنه يبقى غير كاف نتيجة احتمال عدم ممارسة الأطراف لحقهم في اختيار المكان وإغفال تحديده، فما الحل حينها؟ نتيجة لذلك ظهرت نظرية حديثة تنادي بفصل زمن انعقاد العقد عن مكانه اصطلاحا عليها "نظرية الازدواجية".

(1) ناصر حمودي، النظام القانوني لعقد البيع الدولي مع التركيز على عقد البيع الدولي للبضائع، مرجع سابق، ص 257، ومحمد إبراهيم أبو الهيجاء، مرجع سابق، ص 62.

(2) GAITRAIS Vincent, *La formation des contrats en ligne dans le guide juridique du commerce électronique*, disponible sur le site : http://www.jurisint.org/pub/05/fr/guide_chap_4.pdf.

(3) منها: قانون المعاملات الإلكترونية الأردني بموجب م 14، وقانون إمارة دبي 02 لسنة 2002 بموجب المادة 17، وقانون مملكة البحرين للمعاملات الإلكترونية في مادته 14، وخالفهم في ذلك المشرع التونسي الذي قضى بموجب الفصل 18 من قانون التجارة الإلكترونية بأن مكان انعقاد العقد الإلكتروني هو مكان عنوان البائع.

(4) ناصر حمودي، النظام القانوني لعقد البيع الدولي مع التركيز على عقد البيع الدولي للبضائع، مرجع سابق، ص 259.

2/ نظرية الازدواجية:

يمكن بمقتضى هذه النظرية الفصل بين تركيز العقد أو توطينه مكانيا وبين تركيزه من الناحية الزمانية فلا حاجة للتوحيد والربط بينهما، وقد أدرك واضعو القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية ضرورة التدخل من أجل حسم مكان إبرام العقد الإلكتروني، وتبنوا نظرية الازدواجية من خلال نص م 4/15⁽¹⁾ الذي وعلى الرغم من أنه متعلق بمسألة تحديد زمان إرسال رسالة البيانات ومكان استلامها، إلا أنه يمكن توظيفها لغرض تحديد مكان انعقاد العقد الإلكتروني، مادامت رسالة البيانات من بين الوسائل المقبولة للتعبير عن الإرادة إلكترونياً⁽²⁾.

ففي ضوء هذا النص يستنتج أن العقد الإلكتروني المبرم عن طريق رسالة البيانات يعد منعقدا في المكان الذي يستلم فيه الموجب الرسالة، ومكان التسليم هنا هو مقر عمل المرسل إليه (الموجب)⁽³⁾، أما زمان انعقاده فهو زمان لحظة دخول الرسالة إلى النظام المعلوماتي للمنشئ، وليس بالضرورة أن يكون مقر عمل الموجب هو نفسه مكان تواجد نظامه المعلوماتي المستخدم لاستقبال وإرسال رسائل البيانات، وهو ما يدل على تبني نظرية الازدواجية وعدم اشتراط الارتباط بين طرفي التلاقي الإرادتين⁽⁴⁾.

وقد أخذت بهذه النظرية العديد من قوانين المعاملات الإلكترونية، منها القانون الأردني رقم 15 لسنة 2015 والقانون الإماراتي رقم 02 لسنة 2002 في مادته 17، والقانون البحريني في مادته 14⁽⁵⁾، في حين خلى قانون التجارة الإلكترونية الجزائري 05-18 من الإشارة إلى مكان انعقاد العقد، مكتفيا في ذلك بتحديد القانون الواجب التطبيق على العقود الإلكترونية بالقواعد العامة، إذ أنه في حال عدم اتفاق الأطراف على القانون المختص، فإن القانون الجزائري هو المختص حسب نص م 2 من القانون 05-18، وهو الأمر الذي يحيل إلى إبقاء الاعتماد على القواعد العامة لتحديد مكان انعقاد العقد الإلكتروني رغم قصورها.

(1) والتي تنص على أن: «مكان إرسال الرسالة الإلكترونية يتحدد بالمكان الذي يقع فيه عمل المنشئ (منشئ الرسالة البيانات)، وأن مكان استلامها هو المكان الذي يقع فيه مقر المرسل إليه، ما لم يتفق المنشئ والمرسل إليه على غير ذلك»، وهذا في الوقت الذي نصت من خلال المادة ذاتها الفقرة 1 بشأن زمان انعقاد العقد على أنه «ما لم يتفق المنشئ والمرسل إليه على خلاف ذلك، يقع إرسال رسالة البيانات عندما تدخل الرسالة نظام معلومات لا يخضع لسيطرة المنشئ أو الشخص الذي أرسل رسالة البيانات نيابة عن المنشئ».

(2) آمانج رحيم أحمد، مرجع سابق، ص 206.

(3) فإن تعددت مقرات عمل المرسل إليه، فإنه يعتد بمقر العمل الأوثق علاقة بالمعاملة، أي الأكثر صلة بموضوع العقد (الارتباط الموضوعي)، أو المقر العمل الرئيسي إن لم توجد تلك المعاملة، وإن لم يوجد مقر عمل معين كانت العبرة بمحل الإقامة المعتاد، استنادا إلى الفقرة ب من المادة ذاتها.

(4) آمانج رحيم أحمد، مرجع سابق، ص 207.

(5) ناصر حمودي، النظام القانوني مع التركيز على عقد البيع الدولي للبضائع، مرجع سابق، ص 258.

ومن أجل ذلك نرى أنه من الضروري إيجاد حلول قانونية دولية موحدة بشأن تحديد ظرفي تلاقي الإرادتين، وذلك بسبب عالمية الوسائط الإلكترونية وتجاوزها الحدود الجغرافية للدول، وبسبب النتائج القانونية الهامة المترتبة عن تحديد هاذين الطرفين.

ج/ الآثار المترتبة عن تحديد مكان انعقاد العقد الإلكتروني: تتمثل أهمية تحديد مكان انعقاد العقد الإلكتروني في:

1/ تحديد ومعرفة القانون الواجب التطبيق على العقد، واعتماد مكان إبرامه في تحديد الاختصاص القضائي والقانوني بشأن حكم هذا العقد ومنازعاته⁽¹⁾، وهو ما جعل أغلب التشريعات تحدد بنصوص آمرة مكان إبرام العقد الإلكتروني ليصب في مصلحة المستهلك.

2/ من حيث الاستعانة بالعرف في حل النزاع الذي يمكن أن يثار بشأن العقد، فإن القاضي يطبق عرف المكان الذي يوجد فيه الموجب وقت علمه بالقبول ما لم يوجد نص أو اتفاق مخالف.

(1) MAINGUY Daniel , *L'échange électronique des consentements, actes de colloque : Les premières journées internationales du Droit du Commerce Electronique*, Nice, 23,24 et 25 octobre 2000, Edition Litec, Paris, 2000, p221.

الباب الثاني

المتطلبات الشكلية للتعبير عن
الإرادة بالكتابة الإلكترونية

بمناسبة إبرام العقود نجد أن ما يترتب عنها من آثار قانونية ما هو إلا مجرد نتيجة لما اتجهت إرادتي الطرفين إلى الاتفاق عليه، وحيث أن الإرادة هي عملية داخلية لا يعتد بها القانون لوحدها كأصل، فإن العوامل الخارجية المستخدمة في التعبير عنها لا تؤدي سوى إلى كشفها وإظهارها إلى الوجود في شكل معين، هذا الأخير الذي يعرف بأنه عنصر خارجي ومحسوس موجه للإحاطة بظروف غير مادية، وشامل لكل العوامل الخارجة عن وسيلة التعبير وعن الإرادة في حد ذاتها باعتبارها عاملا معنويا نفسيا داخليا من هاته العوامل نذكر أهلية الشخص صاحب التعبير عن الإرادة ومدى سلامة إرادته من العيوب، وكذا وسيلة أو كيفية إثبات الأثر القانوني الذي اتجهت الإرادة إلى إحداثه.

وحيث أن الإنسان قد بقي لفترة معتبرة من الزمن عند إبرام العقود من خلال النمط التقليدي أسيرا لمكانه محدودا بأدواته في ظل البيئة المادية، وكان مقيدا بأساسيات العلاقات التقليدية التي تقوم على أساس الإيجاب والقبول والتسليم المادي والدفع المباشر ضمن نشاط إيجابي خارجي ملموس، إلا أن التطور الصناعي ثم المالي قد أفرزا طفرة تكنولوجية ظهرت انعكاساتها جليا في المجال التعاقدية بظهور ما سمي بالاقتصاد الرقمي، الذي كان له دور كبير في كشف ما حصل من تطور تعاقدية، وذلك عندما أصبحت عملية التعاقد تعتمد على آليات تعاقدية معقدة تعكس تشعب العلاقات الاقتصادية⁽¹⁾.

هذا الأمر يعتبر في الحقيقة أحد أهم نتائج مبدأ الرضاية الذي حل محل الشكلية في العقود بعد أن وجد مجاله الخصب في نطاق المعاملات التجارية، إلا أن القول بهذا المبدأ في المعاملات كأصل، لا يمكن أن يخلو من المخاطر إذا ما تعلق الأمر بالمعاملات الإلكترونية، لاسيما بالنسبة لمسألة التحقق من أهلية الأطراف وسلامة رضاهم من العيوب، وكذا مسألة إثبات ما اتجهت إرادة الأطراف إلى التراضي عليه.

هاته المخاطر كانت السبب الذي استرعى اهتمام المشرعين من أجل وضع حلول مناسبة لخصوصية هذا النوع من المعاملات، فتم تكريس بعض الوسائل للتحقق من الأهلية وإسناد الإرادة، واشترط ما يسمى بالتوقيع الإلكتروني والدعامات المادية الحاملة لمعلومات إلكترونية، وهي متطلبات خارجية أو شكلية⁽²⁾ مستوحاة من البيئة الإلكترونية ذاتها، ينحصر دورها في الإعلام حول هوية وأهلية الشخص صاحب الإرادة من جهة (فصل أول)، وفي توفير وسيلة إثبات الأثر الذي اتجهت الإرادة إلى إحداثه، من جهة ثانية (فصل ثاني).

(1) لتفصيل أكثر حول "التطور التعاقدية" أنظر:

COLLARD Christophe, « Retour sur la notion de contrat...électronique », les deuxièmes journées internationales du droit du commerce électronique, actes du colloque de Nice des 6 et 7 novembre 2003, actualité de droit de l'entreprise, n° 22, 2003, pp273-275.

(2) إذ ليس المقصود هنا بالشكلية، معناها المتعارف عليه والمنصرف إلى ضرورة إفراغ التصرف في شكل معين، وإنما المقصود منه هو العوامل الخارجة عن الإرادة ووسيلة التعبير عنها، والمتمثلة في أهلية ورضا صاحب التعبير من جهة، ووسيلة إثبات التعبير من جهة أخرى.

الفصل الأول

صحة التراضي المعبر عنه بالكتابة
الإلكترونية

تقضي القواعد العامة في إبرام العقود بأن وجود التراضي لوحده غير كاف ولا يعطي للعقد قوته الملزمة ما لم يقترن بالصحة، فحتى يكون العقد صحيحاً وجب أن يكون التراضي صحيحاً أيضاً، وصحة هذا الأخير تعتمد على أهلية وسلامة إرادة طرفي العقد من العيوب، وحيث أن استعمال التقنيات الحديثة ومختلف وسائل الاتصال في عملية إبرام التصرفات القانونية لم ينل ولم يغير من تعريف تلك التصرفات ولا من أركان انعقادها ولا حتى من شروط صحتها، والتي هي بالأحرى شروط صحة التراضي، فإن البحث في هذه الشروط يقتضي بالضرورة الرجوع إلى القواعد العامة الواردة بصدها في التشريعات المدنية.

وبما أننا بصدد البحث في التراضي الإلكتروني، سنحاول التركيز على ما يختص به هذا النوع من التراضي من أحكام خاصة قد تختلف عن الأحكام العامة الواردة بصدد صحة التراضي في التشريعات المدنية مع التأكيد على أن الاختلاف في الوسيلة المستخدمة للتعبير عن الإرادة الإلكترونية لا يعني استبعاد القواعد العامة التي تحكم العقد بشكل عام.

غير أنه تجب التفرقة بين عيب يصيب الإرادة فيؤثر على سلامتها، وبين انعدام الإرادة أصلاً، فما يصدر عن المجنون أو المعتوه أو الصبي غير المميز من إرادة لا يعتد به ولا ينتج أي أثر قانوني، ويستتبع بطلان التصرف بطلاناً مطلقاً، أما الإرادة المعيبة فهي بحسب الأصل صادرة عن شخص توافرت لديه أهلية الأداء، إلا أنه أثناء إثبات التصرف لحق بإرادته عيب يضاعف من أثرها، فيجعل التصرف قابلاً للإبطال.

وحتى يعتبر التراضي –وبالتبعية العقد– صحيحاً، لا بد أن تكون الإرادة قد صدرت من شخص كامل الأهلية، سواء أكان هذا الشخص هو المتعاقد نفسه أو من ينوب عنه، وأن لا تكون تلك الإرادة مشوبة بعيب من العيوب الأربعة التي نص عليها المشرع الجزائي وهي: الغلط، التدليس، الإكراه والاستغلال وعليه سيتم البحث أولاً في الأهلية الإلكترونية (مبحث 01)، ثم في تحري سلامة الإرادة الإلكترونية (مبحث 2).

المبحث الأول: الأهلية الإلكترونية

لا يتطلب إبرام التصرفات الإلكترونية أهلية خاصة تختلف عما هي عليه في القواعد العامة، وتعرف الأهلية لغة على أنها الصلاحية، فيقال فلان أهل لهذا الأمر، أي أنه صالح له وجدير به، وهو أهل لكذا أي مستوجب له⁽¹⁾، أما اصطلاحاً فهي: صلاحية الإنسان لأن تثبت له الحقوق، وأن يتحمل التزامات وتصح منه التصرفات⁽²⁾.

وسيتم التطرق من خلال هذا المبحث إلى الأهلية الواجب توافرها للاعتداد بالتعبير عن الإرادة بالكتابة الإلكترونية قانوناً في (المطلب الأول)، ثم إلى خصوصية الأهلية الإلكترونية في (المطلب الثاني).

المطلب الأول: أحكام الأهلية اللازمة في عملية التعبير عن الإرادة عن طريق الكتابة الإلكترونية

سبق الذكر في مطلع هذا المبحث أن التصرفات الإلكترونية لا تتطلب أهلية خاصة بها تختلف عن الأهلية في القواعد العامة، ويقصد بالأهلية هنا أمرين: الأول وهو المتعلق بالصفة الشخصية أو الوظيفية للشخص المتعاقد التي تعاقد على أساسها، أما الثاني فهو ثبوت كمال أهليته على النحو الذي يشترطه القانون⁽³⁾.

وعليه، وفي سبيل تحديد الأهلية الواجب توافرها في صاحب التعبير عن الإرادة للاعتداد بتعبيره قانوناً والمترجم في شكل كتابة إلكترونية وجب الرجوع إلى القواعد العامة بشأن الأهلية، لنذكر استناداً إليها بالقاعدة العامة في أهلية الشخص للتعاقد وذلك بغض النظر عن الوسيلة التي يستخدمها في التعبير عن إرادته (فرع 01) ثم إلى تحديد حكم التصرفات التي قد يقدم ناقص أهلية أو من في حكمه على إبرامها إلكترونياً (فرع 02) وأخيراً تحديد أثر الموت أو فقد الأهلية على التعبير الصادر عن طريق الكتابة الإلكترونية (فرع 03).

الفرع الأول: القاعدة العامة في أهلية التعاقد

وضع المشرع الجزائري - على غرار معظم التشريعات النازمة للأهلية - من خلال نص المادة 78 من ق م⁽⁴⁾ مبدأ عاماً وجوهرياً مفاده أن الأصل في الشخص أن يكون أهلاً للتعاقد ما لم تسلب أهليته أو يحد منها بحكم القانون.

(1) ابن منظور، لسان العرب، مادة (أهل).

(2) محمود عبد المجيد المغربي، أحكام العقد في الشريعة الإسلامية، المكتبة الحديثة، طرابلس، 1988، ص 82.

(3) محمود بشار دودين، مرجع سابق، ص 153.

(4) والتي جاء فيها "كل شخص أهل للتعاقد ما لم يطرأ على أهليته عارض يجعله ناقص الأهلية أو فاقدتها بحكم القانون".

يترتب على إعمال هذا الأصل قيام قرينة بسيطة مفادها توافر الأهلية في شخص المتعاقد بغض النظر عن طريقة تعبيره عن الإرادة، هاته القرينة من شأنها إلقاء عبء الإثبات على عاتق من يدعي في شخص انعدام أهليته أو نقصها⁽¹⁾، وبالرجوع إلى القواعد العامة النازمة للأهلية نجد أن هذه الأخيرة قد قسمت إلى قسمين أهلية وجوب وأهلية أداء:

أولا/ أهلية الوجوب

يعطي الفقهاء لأهلية الوجوب تعريفات عديدة وإن كانت تختلف في ألفاظها وعباراتها إلا أنها تتشابه في مضمونها، من بينها أن أهلية الوجوب هي صلاحية الشخص لاكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات، أو هي صلاحية الشخص للتمتع بالحقوق والالتزام بالواجبات، كذلك أنها صلاحية الشخص لأن يكون طرفا إما إيجابيا أو سلبيا في الحق⁽²⁾، وما يهمننا في هذا المقام أن المفهوم المستخلص لأهلية الوجوب من التعريفات التي أعطيت لها لا يتغير بتغير طريقة إنشاء تلك الحقوق والالتزامات سواء أكانت تقليدية أو إلكترونية.

والأصل في هذه الأهلية أنها كاملة وأنها تثبت للشخص بمجرد وجوده طبيعيا كان أو معنويا وذلك لارتباطها وجودا وعدما بالشخصية القانونية، إلا أنها يمكن أن تكون ناقصة إما لسبب أصلي كما هو الحال بالنسبة إلى الجنين -حسب رأي أغلبية الفقهاء-، أو لسبب طارئ كما هو الحال بالنسبة لقاتل مورثه، أو تكون منعدمة تماما كما كان عليه الحال في التشريعات القديمة -خاصة في فرنسا- في إطار ما يعرف بالموت المدني وهو النظام الذي ألغي فيما بعد ولم يعد له وجود⁽³⁾.

ثانيا/ أهلية الأداء

إن ما يهمننا في مجال التعبير عن الإرادة بالكتابة الإلكترونية هو أهلية الأداء باعتبارها شرط لصحة العقد، فصحة هذا الأخير رهن بتمام أو نقصان أهلية أداء صاحب التعبير عن الإرادة. على غرار أهلية الوجوب حظيت أهلية الأداء هي الأخرى بعدة تعريفات فقهية نذكر منها أنها: "قدرة الشخص على ترجمة إرادته لإنشاء آثار قانونية، فيباشر بنفسه عملا قانونيا بحق أو التزام"⁽⁴⁾، كما عرفت على أنها الصلاحية لمباشرة التصرفات القانونية على نحو يعتد به القانون⁽⁵⁾.

(1) مندي عبد الله محمد حجازي، مرجع سابق، ص 169.

(2) في هذا المعنى: عجة الجيلالي، مدخل للعلوم القانونية، ج 2، يبرقي للنشر، الجزائر، 2009، ص 14- محمد سعيد جعفرور، مدخل للعلوم القانونية: دروس في نظرية الحق، ج 2، ط 1، دار هومة، الجزائر، 2011، ص 467 وعدنان إبراهيم السرحان ونوري حمد خاطر، شرح القانون المدني: مصادر الحقوق الشخصية، مرجع سابق، ص 109 وما بعدها.

(3) عدنان إبراهيم السرحان، ونوري حمد خاطر، مرجع سابق، ص 110.

(4) محمد سعيد جعفرور، مدخل للعلوم القانونية: دروس في نظرية الحق، مرجع سابق، ص 509.

(5) في هذا المعنى: عجة الجيلالي، مرجع سابق، ص 141، عدنان إبراهيم السرحان ونوري حمد خاطر، مرجع سابق، ص 111، وآمانج رحيم أحمد، مرجع سابق، ص 218.

وعليه فمؤدى أهلية الأداء أن الشخص متى تقررت صلاحيته لاكتساب حق أو التحمل بالتزام -في إطار أهلية الوجوب- فإن الممارسة الفعلية لذلك الحق أو التحمل بالالتزام إنما تترجم استناداً إلى أهلية الأداء⁽¹⁾.

فإذا كان مناط أهلية الوجوب هو الشخصية القانونية، فإن مناط أهلية الأداء هو الإدراك والتمييز فهي تدور معه وجوداً وعدمًا، وتتدرج وفق مراحل ثلاث، نوردتها فيما يلي مرفقة ببيان مصير أو حكم التصرفات التي يبرمها الشخص في البيئة التقليدية وإسقاطها على البيئة الإلكترونية في كل مرحلة وفقاً لأحكام القانون المدني :

أ/ الإنعدام: إذا تحقق انعدام الأهلية كان الشخص عديم التمييز، ويكون كذلك في فرضين: الأول بسبب صغر السن، أي لم يبلغ سن 13 سنة كاملة حسب نص المادة 42 ق م، ويسمى حينها "الصبي غير المميز" أو "عديم الأهلية"، أو "عديم التمييز"، أو "القاصر غير المميز"، والثاني بسبب عارض من عوارض الأهلية التي تصيب العقل، والمتمثل في الجنون أو العته، حسب نص المادة 113 من قانون الأسرة.

أما عن حكم تصرفات الشخص التي قد يبرمها في هكذا أوضاع سواء بطريقة تقليدية أو إلكترونية فهو البطالان المطلق، ذلك أن عديم الأهلية للأسباب المذكورة أعلاه، تكون إرادته المعبر عنها عديمة الأثر ولا يعتد بها قانوناً حتى ولو تمخضت عن منفعة محضة له، حسب ما قرره المادة 82 من قانون الأسرة التي أحالت عليها المادة 79 من التقنين المدني.

ب/ النقصان: يكون الشخص حينها ناقص التمييز، ويكون كذلك أيضاً في فرضين: الأول وهو حالة الصبي المميز الذي بلغ سن 13 سنة ولم يبلغ 19 سنة كاملة، والثاني حالة الشخص الذي اعتراه أحد عوارض الأهلية التي تصيب التدبير والمتمثلة في السفه⁽²⁾ والغفلة⁽³⁾ حسب نص المادتين 43 ق م و85 من قانون الأسرة.

أما عن حكم التصرفات التي يبرمها ناقص الأهلية، فيمكن القول استناداً إلى نصي المادتين 83 من قانون الأسرة و79 ق م التي أحاط عليها، أن لإرادته أثر ولكن القانون لا يعتد به إلا في حالات معينة يحتاج تفصيلها في المعاملات الإلكترونية إلى بعض الشرح نوردته فيما يلي قبل التطرق إلى مرحلة كمال الأهلية:

(1) محمد سعيد جعفر، مرجع سابق، ص 508.

(2) يمكن تعريف السفه بأنه: عدم الإحسان في تدبير المال وإنفاقه على غير مقتضى العقل والحكمة والشرع، أنظر في ذلك، محمد صبري السعدي، مدخل إلى العلوم القانونية (دروس في نظرية الحق)، مرجع سابق، ص 561.

(3) يمكن تعريف الغفلة بأنها: "ضعف بعض الملكات الضابطة في النفس ترد على حسن الإدارة والتقدير، ويترتب على قيامها بالشخص أن يغيب في معاملاته مع الغير" نقض مدني مصري في 20 جوان 1975، مجموعة أحكام النقض، السنة 8، ص 609، رقم 69، مشار إليه لدى محمد صبري السعدي، مدخل إلى العلوم القانونية (دروس في نظرية الحق)، مرجع سابق، ص 566.

أثارت حالات التعبير عن الإرادة إلكترونياً من قبل ناقصي الأهلية وحتى من قبل عديميها بشكل خاص العديد من المخاطر والمسائل التي تحتاج إلى شيء من التفصيل، نحدد من خلاله أثر نقص الأهلية على التعبير عن الإرادة عن طريق الكتابة الإلكترونية (ب-1)، ثم تحديد مسؤولية ناقص الأهلية أو من في حكمه أمام التاجر على شبكة الانترنت (ب-2).

ب-1/ بالنسبة لتأثير نقص الأهلية على التصرفات المبرمة إلكترونياً

للقوف على حكم التصرفات المبرمة إلكترونياً من قبل ناقص الأهلية وجب الرجوع إلى القواعد العامة المكرسة في كل من القانون المدني وقانون الأسرة بشأن الأهلية حيث تقضي المادة 79 من القانون المدني بأنه "تسري على القصر وعلى المحجور عليهم وعلى غيرهم من عديمي الأهلية أو ناقصيها قواعد الأهلية المنصوص عليها في قانون الأسرة".

وتقضي المادة 83 من قانون الأسرة بأنه "من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد طبقاً للمادة 43 من القانون المدني، تكون تصرفاته نافذة إذا كانت نافعة له، وباطلة إذا كانت ضارة به، وتتوقف على إجازة الولي أو الوصي فيما إذا كانت مترددة بين النفع والضرر، وفي حالة النزاع يرفع الأمر إلى القضاء".

من خلال هذين النصين يتضح أن المشرع الجزائري قرّر حماية خاصة للمتعاقد ناقص الأهلية أو من في حكمه، بأن قسّم تصرفاته القانونية لثلاثة أقسام مختلفة، تختلف في حكمها بحسب ما يلحق الصبي المميز بسببها من نفع أو ضرر، فإذا كانت تصرفاته ضارة به ضرراً محضاً وقعت باطلة بطلاناً مطلقاً، أما إذا كانت نافعة نفعاً محضاً له: فإنها تعتبر صحيحة منتجة لجميع آثارها القانونية، وإذا كانت دائرة بين النفع والضرر أخذت حكم القابلية للإبطال لمصلحة القاصر.

بإسقاط أحكام هاته النصوص على العقود الإلكترونية، يمكن القول بأن التعبير عن الإرادة الصادر إلكترونياً عن ناقص الأهلية إذا ما ترتب عنه إنشاء تصرف قانوني، وكان هذا التصرف نافعاً نفعاً محضاً له فإنه يقع صحيحاً منتجاً لجميع آثاره، كأن يكون موهوباً له بدون عوض في عقد هبة تم إبرامه عبر الانترنت أما إذا كان ضاراً به ضرراً محضاً، فإنه يقع باطلاً بطلاناً مطلقاً، كأن يكون واهباً بدون عوض في عقد هبة عبر الانترنت، أما بالنسبة لتصرفاته الإلكترونية الدائرة بين النفع والضرر، فإنها تكون قابلة للإبطال لمصلحة ناقص الأهلية ذاك أو من في حكمه كأن يكون مشترياً أو بائعاً في عقد بيع إلكتروني.

ب-2/ مسؤولية ناقص الأهلية أو من في حكمه أمام التاجر الإلكتروني

إذا كان المشرع قد أقرّ حماية خاصة للقاصر ومن في حكمه بأن جعل من العقد المبرم من طرفه قابلاً للإبطال لمصلحته، فإنه ليس بالضرورة أن يكون دائماً ناقص الأهلية أو من في حكمه هو من يقع ضحية استغلال أو خداع من قبل منتج السلعة أو مقدم الخدمة، حتى يحاط وحده بالرعاية والحماية القانونية، بل على العكس من ذلك، ففي العقود الإلكترونية أين يتعدّد على الطرفين التحقق من هوية ومدى كمال أهلية

بعضهما البعض، يمكن أن نتصور أن يكون المنتج أو مقدم الخدمة هو من يقع ضحية غش وخداع من قبل ناقص الأهلية.

كأن يتراسل قاصر مميز من خلال شبكة الانترنت مع مقدم خدمة أو منتج سلعة مدعيا باستخدام طرق احتيالية أنه كامل الأهلية، ما يدفع بالطرف الآخر إلى قبول التعاقد معه على هذا الأساس، ثم يتفاجأ بدعوى إبطال العقد على أساس أن الطرف الآخر قاصر أو مميز⁽¹⁾.

بل أكثر من ذلك فقد يتجاوز الأمر إلى حدّ حرمان هذا المنتج أو مقدم الخدمة من الاسترداد الكلي أو الجزئي، إذا ما أطل العقد الذي يربطه بناقص الأهلية بسبب نقص الأهلية، إذا لم يعد عليه تنفيذ العقد بأية منفعة طبقاً لأحكام نص المادة 103 ق م في فقرتها الثانية التي تقضي بأن: "... غير أنه لا يلزم ناقص الأهلية، إذا أطل العقد لنقص أهليته إلا برّد ما عاد عليه من منفعة بسبب تنفيذ العقد".

فهنا تبرز الإشكالية الحقيقية التي تحتاج إلى حلّ عادل ومنصف، هل سيتم مراعاة مصلحة القاصر إعمالاً للقواعد العامة، أم ستغلب مصلحة مقدم الخدمة أو منتج السلعة إعمالاً لمبدأ حسن النية ومبدأ الظاهر⁽²⁾، لا سيّما وأن التاجر سواء أكان منتج سلعة أو مقدم خدمة في عقد البيع الإلكتروني ليس في مقدوره التيقّن من عمر المتعاقد معه في كل مرة يبرم فيها عقداً إلكترونياً معيناً، وإذا ما طالبناه بذلك قانوناً نكون قد حملناه بما لا يطيق⁽³⁾ ووضعنا أمامه عائقاً يحول دون ممارسته لأعماله التجارية التي يفترض أنها تقوم على السرعة والاثمان.

في محاولاتها صوب إعطاء حل لهذا التنازع وتحقيق التوازن بين مصلحة القاصر ومصلحة التاجر الحسن النية اختلفت مواقف التشريعات المقارنة وانقسمت إلى رأيين⁽⁴⁾:

الرأي الأول: وهو ما اتجه إليه المشرّع الفرنسي من خلال المادة 1148 من القانون المدني⁽⁵⁾، حيث ميّز بين حالتين، معتمداً على قيمة محل العقد المبرم كعيار فاصل بينهما وهاتين الحالتين هما: **العقود البسيطة** التي يبرمها القاصر عبر شبكة الانترنت والتي تسمى بعقود الضروريات، أو أعمال الحياة اليومية أو الاعتيادية التي

(1) LAVOREL Laure, « Le consentement en matière de commerce électronique », *Expertises*, n° 243, décembre 2000, p379.

(2) الظاهر: هو مصطلح قانوني يعني إتمام تصرف في ظروف من شأنها أن يعتقد أحد أطرافه على عكس الحقيقة، اعتقاداً مبرّراً بقانونية مركز المتصرف ويزتنب على ذلك نفاذ التصرف كما لو كان صادراً عن صاحب مركز قانوني صحيح، منندي عبد الله محمود حجازي، مرجع سابق، ص 170 هامش رقم 04.

(3) بشار عصمت سميح سكري، مرجع سابق، ص 108، وآمانج رحيم أحمد، مرجع سابق، ص 223.

(4) سمير برهان، إبرام العقد في التجارة الإلكترونية، مرجع سابق، ص 40.

(5) Art 1148 : « Toute personne incapable de contracter peut néanmoins accomplir seule les actes courants autorisés par la loi ou l'usage, pourvu qu'ils soient conclus à des conditions normales. »

يسمح بها القانون أو العرف⁽¹⁾ مثل شراء الكتب أو الأسطوانات، وجل السلع الاستهلاكية، حيث قرر هنا المشرع تغليب مصلحة التاجر على مصلحة القاصر حين اعتبر أن هذه العقود صحيحة ولا يمكن الحكم بإبطالها.

والعقود الأخرى: التي تخرج عن نطاق عقود الضروريات، والتي تكون عقود ذات قيمة كبيرة مثل عقد بيع أو شراء السيارات أو العقارات أو غيرها، فإنها لا بد أن تخضع للأصل العام القاضي بإبطال العقد لمصلحة القاصر حتى ولو لحق بالتاجر أو المتعاقد مع القاصر ضرر جزاء هذا الإبطال، انصياعاً لأحكام النظام العام⁽²⁾.

الرأي الثاني: ذهب إلى أنه نظراً للطابع الخاص للعقود الإلكترونية فإن ناقص الأهلية أو من في حكمه متى اتخذ مظهر الشخص البالغ الراشد وكان المتعاقد الآخر عبر الإنترنت غير عالم بهذه الحالة ولم يكن باستطاعته أن يعلم ببذل عناية معقولة، فإنه ينبغي حماية هذا المتعاقد وتغليب مصلحته على مصلحة القاصر⁽³⁾، وذلك لعدة اعتبارات في مقدمتها أنه لا يعقل أن يكافأ القاصر على استغلاله وخداعه للطرف الآخر الحسن النية من جهة، ومن جهة أخرى إعمالاً لمبدأ الظاهر ومبدأ حسن النية، ومن جهة ثالثة حماية للثقة والأمان لدى المتعاقدين عبر الشبكة وحفاظاً على استقرار المعاملات الإلكترونية.

فعلى سبيل المثال إذا أخذ قاصر البطاقة المصرفية الخاصة بأحد والديه واستعملها في التعاقد، جاز للطرف الآخر التمسك بأن القاصر قد توافرت فيه مظهر صاحب البطاقة المصرفية ومن ثم مظهر الشخص الراشد ما دفعه إلى إبرام التصرف معه على هذا الأساس، لدفع طلب هذا القاصر أو وليه بإبطال العقد المبرم إلكترونياً⁽⁴⁾.

بل أكثر من ذلك، وحيث أن القاصر في هذه الحالات يكون قد استخدم طرقاً احتيالية بهدف الظهور بمظهر البالغ الراشد، الأمر الذي يثير في جانبه مسؤولية تقصيرية إذا ما اقترن استخدام تلك الطرق بحدوث ضرر أصاب الطرف الآخر وهو المقتضى ذاته الذي أخذ به المشرع المصري من خلال نص

(1) فادي مُجَدَّ عماد الدين توكل، مرجع سابق، ص 96، نقلاً عن طوني ميشال عيسى، التنظيم القانوني لشبكة الإنترنت، رسالة دكتوراه بيروت، لبنان، 2000، ص 281، الذي أشار في تعليقه على نص المادة 481 من القانون المدني الفرنسي من هذه الناحية إلى "أن معظم السلع والخدمات التي يمكن شراؤها عبر الإنترنت تكون من الأموال الاستهلاكية العادية المتدنية الكلفة نسبياً"، ويضيف بأن تقدير المحاكم الفرنسية للأعمال الاعتيادية أو اليومية يرتكز بشكل بارز على أهمية المال المباح ويدل على ذلك بقرار لمحكمة رينيه الفرنسية صادر في 19 نوفمبر 1980.

(2) المرجع نفسه، ص 40.

(3) لزهري بن سعيد، النظام القانوني لعقود التجارة الإلكترونية، دار هومة، الجزائر، 2012، ص 98، وبشار عصمت سميح سكري، مرجع سابق، ص 108.

(4) بشار عصمت سميح سكري، مرجع سابق، ص 108.

المادة 119 من القانون المدني⁽¹⁾ والتي جاء فيها "يجوز لناقص الأهلية أن يطلب إبطال العقد، وهذا مع عدم الإخلال بإلزامه بالتعويض إذا لجأ إلى طرق احتيالية ليخفي نقص أهليته".

وفي هذا الشأن قضت محكمة النقض المصرية "مفاد نص المادة 119 من القانون المدني أنه إذا لجأ شخص ناقص الأهلية إلى طرق احتيالية لإخفاء نقص أهليته، فإنه وإن كان يجوز له طلب إبطال العقد لنقص الأهلية، إلا أنه يكون مسؤولاً عن التعويض للغش الذي صدر منه عملاً بقواعد المسؤولية التقصيرية، ولا يكفي في هذا الخصوص أن يقتصر ناقص الأهلية على القول بأنه كاملها، بل يجب أن يستعين بطرق احتيالية لتأكيد كمال أهليته"⁽²⁾.

بموجب ذلك النص يبدو أن المشرع المصري قد وُفق إلى حد بعيد في الموازنة بين مصلحة القاصر ومصلحة الطرف المتعاقد معه، بحيث حافظ من جهة على حق القاصر في طلب إبطال العقد، وبالتالي حافظ على الحماية المقررة له، ومن جهة أخرى لم يفرط أيضاً في مصلحة الطرف الآخر الذي قد يصيبه ضرر نتيجة استخدام القاصر لطرق احتيالية لإخفاء نقص أهليته، حين رتب مسؤولية تقصيرية في جانب هذا القاصر تلزمه بالتعويض.

أما في القانون الجزائري فلا نجد فيه مقابل لهذا النص من القانون المدني المصري ولا لنص المادة 1148 من القانون المدني الفرنسي، ولا حتى نص صريح خاص يمكن أن نهتدي من خلاله إلى حل معين لمثل هذا الإشكال إلا نص المادة 103 من القانون المدني الذي زاد الطين بلة حين نص المشرع من خلاله على أن ناقص الأهلية في حالة إبطال العقد لنقص أهليته فإنه غير ملزم إلا برّد ما عاد عليه من منفعة جراء تنفيذ العقد، فهذا الحكم لا يحقق في الإشكال الذي نحن بصدد إيجاد حل له أية عدالة أو موازنة بين مصلحة الطرفين -القاصر والتاجر الحسن النية الذي اطمأن إلى الوضع الظاهر-.

فالملاحظ أن المشرع الجزائري هنا غلب مصلحة القاصر على مصلحة التاجر حسن النية إذ لم يكنف فقط بإبطال العقد المبرم بينهما بل تعداه إلى حرمان هذا التاجر من الاسترداد الكلي أو الجزئي حين ألزم القاصر برّد ما عاد عليه من منفعة فقط، ولا يبقى من سبيل أمام التاجر الحسن النية سوى اتباع القواعد العامة بشأن المسؤولية التقصيرية، بالرغم من صعوبة هذا الطريق مقارنة مع الحلول الأخرى التي تعتمد على نظرية الوضع الظاهر.

(1) القانون المدني المصري رقم 131 لسنة 1948 المعدل و المتمم، مؤرخ في 1948/7/16، الوقائع المصرية عدد رقم 108 مكرر(أ)، صادر بتاريخ 1948/07/29 متاح على الموقع: <http://www.incometax.gov.eg/New%20LAWs/law-131-1948.pdf>

(2) نقض مدني مصري في 3 مارس 1970، مجموعة أحكام النقض -المكتب الفني-، السنة 21 رقم 64 ص 396، نقلا عن عبد الفتاح بيومي حجازي، النظام القانوني لحماية التجارة الإلكترونية، مرجع سابق، ص 170.

وعليه فاستنادا إلى نص المادتين 79 ق م و 83 ق أ واللتين قرّر من خلالها المشرّع حق ناقص الأهلية أو وليّه في طلب إبطال التصرف القانوني إذا كان دائرا بين النفع والضرر، فإن مصلحة القاصر هي التي تغلب على مصلحة الطرف الآخر، بحيث يبقى من حقه في كل الأحوال طلب إبطال العقد، لكن إذا ترتّب عن هذا الإبطال حصول ضرر للطرف الآخر الذي لم يتعاقد مع هذا القاصر إلا نتيجة انخداعه بالطرق الاحتيالية التي اتّبعتها القاصر ليوهمه بأنه كامل الأهلية، وأنه لم يكن بإمكانه التيقن من حقيقة أهليته بذل عناية معقولة، كان لهذا الأخير طلب التعويض⁽¹⁾، استنادا للأحكام العامة للمسؤولية التقصيرية تطبيقا للمادتين 124 و 125 من القانون المدني.

بيد أنه يستحق في هذه الحالة لهذا التاجر حسن النية المتضرر أن يلجأ إلى طلب التعويض من ولي القاصر عوضا عن القاصر نفسه، وذلك لكونه أكثر ملاءمة معتمدا في ذلك على أحكام المادة 134 ق م التي تقرّر مسؤولية متولي الرقابة عنهم تحت رقابته، وهو الأمر الذي يحقّز الأولياء ومتولّي الرقابة على مراقبة استعمال من هم تحت رقابتهم لخدمات الانترنت، والمحافظة على الأرقام السرية لبطاقاتهم الإلكترونية ويؤدي إلى تحميلهم تبعة إهمالهم وتقصيرهم في مراقبة القاصر⁽²⁾.

وتجدر الإشارة إلى أن منتجي السلع ومقدمي الخدمات عبر الشبكة ومن أجل تفادي إشكالية التعاقد مع ناقصي الأهلية أو فاقديها، حرصوا على إيجاد وسائل تساعد على ذلك ولو بطريقة غير مباشرة من أهمها: الوسيلة الأكثر شيوعا وهي استخدام **العقود النموذجية** التي توضع على شبكة الانترنت، والتي يمكن أن تحول طريقة صياغتها دون تعاقد ناقصي الأهلية وكل الفئات غير المرغوب فيها عبر الشبكة، حيث يتم النص صراحة في هذه النماذج على أنه "لا يقبل التعاقد مع ناقص الأهلية أو مع الفئة غير المرغوب في التعاقد معها"، وذلك مع ضرورة أن يلفت مزوّد الخدمة أو منتج السلعة انتباه الزبون أو المستخدم إلى ضرورة قراءة النماذج قبل إبداء رغبته في التعاقد، تحت طائلة تحميله المسؤولية⁽³⁾.

إلى جانب تلك العقود النموذجية هناك وسيلة أخرى تتمثل في **نموذج بيانات المستخدم** حيث يتم وضع تحذيرات على الشبكة تبين شروط دخول الزبون إلى الموقع وتعاقد، ويكون ذلك من خلال تعبئة نموذج البطاقة الشخصية الذي يفصح فيه الشخص المستخدم الراغب في التعاقد عن اسمه وبلوغه السن القانونية للتمتع بالأهلية، وجنسيته ومحل إقامته، ووظيفته وكل البيانات المحددة لهويته⁽⁴⁾ تحت طائلة المسؤولية عن عدم صحة البيانات المدرجة.

(1) لا يمكنه طلب إبطال العقد لتدليس لأن هدفه ومصلحته في الإبقاء على العقد قائما وتنفيذه وليس إبطاله، فإذا طلبه يكون قد أجاب القاصر إلى مطلبه بدون أي عناء منه.

(2) آمانح رحيّم أحمد، مرجع سابق، ص. ص: 223-224.

(3) رامي مُحمّد علوان، التعبير عن الإرادة عن طريق الإنترنت وإثبات التعاقد الإلكتروني، مجلة الحقوق، ع4، السنة 26، الكويت، 2002 ص 110، نقلا عن عيسى لافي حسن الصادي، عقد نقل التكنولوجيا عبر الإنترنت، ط1، دار الثقافة، عمان، 2005، ص 69.

(4) رامي مُحمّد علوان، مرجع سابق، ص 242.

وقد تطلّب التوجيه الأوروبي رقم 79-07 المتعلق بالبيع عن بعد ضرورة تحديد كافة عناصر بيان الهوية القانونية، وذلك إلى جانب التوجيه الأوروبي 2000-31 بشأن التجارة الإلكترونية الذي اشترط على البائع تحديد هويته بدقة، كما حرص قانون اليونسترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية على تحقيق الاستقرار والأمان في إبرام المعاملات إلكترونياً، من خلال نص المادة 13 منه والتي قضت بأن رسالة البيانات تعتبر صادرة من المنشئ إذا كان هو الذي أرسلها بنفسه أو إذا كانت صادرة عن شخص له صلاحية التصرف نيابة عن المنشئ أو عن جهاز مؤتمت خاضع لإرادته.

وتجدر الإشارة إلى أن إشكالية التعاقد مع ناقصي الأهلية، أو من في حكمهم، وكما تطرح من زاوية الزبون أو المشتري بحيث يكون هو ناقص الأهلية، قد تطرح أيضاً من الزاوية المقابلة وهي زاوية منتج السلعة أو مقدم الخدمة، حيث يمكن تصورهما في حالة قيام شخص ناقص الأهلية بإنشاء متجر إلكتروني أو ادّعاء شخص بأنه ممثل لمتجر معين وذلك خلافاً للحقيقة، ولتحديد حكم هكذا حالات يمكن القول بأن نفس الأحكام المذكورة سابقاً يمكن أن تطبق عليها⁽¹⁾.

ج/ كمال الأهلية: تكتمل الأهلية باكتمال التمييز لدى الشخص، ويكون كامل الأهلية حسب نص المادة 40 ق.م و 86 من قانون الأسرة، كل من بلغ سن 19 سنة كاملة متمتعاً بكامل قواه العقلية ولم يجبر عليه فيكون بتلك الشروط أهلاً لمباشرة حقوقه المدنية وإبرام مختلف التصرفات القانونية، من بينها العقود الإلكترونية، التي تترتب آثارها كاملة في جانبه متى توافرت باقي شروطها، ويكون في حكمه القاصر المؤذون أو المرشد بالنسبة للتصرفات المالية الداخلة في نطاق الإذن حسب نص المادة 84 من قانون الأسرة و المادة 05 من القانون التجاري⁽²⁾، سواء أكان التصرف مبرماً في بيئة تقليدية أو إلكترونية.

فاستناداً إلى ما سبق تفصيله بإيجاز من أحكام متعلقة بالأهلية لا بأس بأن نذكر بأن نقص الأهلية وكما يرجع لأحد السببين: **طبيعي أصلي** مرتبط بعامل السن ويدور وجوداً وعدماً مع التمييز، أو يرجع **لسبب طارئ** مرتبط بأمور يمكن أن تصيب الشخص فتؤدي إلى اختلال قواه العقلية، في إطار ما يعرف بعوارض الأهلية التي تصيب العقل فتعدهم التمييز وهي الجنون والعته، أو التي تصيب التدبير فتعدهم التمييز وهي الغفلة والسفه، يمكن أن يرجع إلى أمور أخرى يمكن أن تصيب الشخص دون أن تخل بقواه العقلية أو بتدبيره ومع ذلك يصعب عليه القيام بالتصرفات القانونية دون مساعدة من غيره، وهي ما تعرف بموانع الأهلية سواء منها، القانونية والمتمثلة في الحكم بعقوبة الجناية أو بشهر الإفلاس، أو المادية والمتمثلة في الغياب، أو الطبيعية والمتمثلة في العاهة المزدوجة.

(1) بشار عصمت سميح سكري، مرجع سابق، ص 110.

(2) أمر رقم 75-59 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون التجاري، ج ر عدد 78 صادر بتاريخ 30 سبتمبر 1975، معدل ومتمم.

كخلاصة لما سبق يمكن القول أن الأهلية المشترطة للتعبير عن الإرادة إلكترونياً، لا تختلف عن الأهلية المطلوبة للتعبير عن الإرادة بمناسبة إبرام التصرفات بالطرق التقليدية من حيث أحكامها، وشروطها وما على الشخص سوى الرجوع إلى القواعد العامة بشأنها.

الفرع الثاني: أثر فقد الأهلية على التعبير عن الإرادة بالكتابة الإلكترونية

يتنازع مسألة تحديد هذا الأثر مذهبين فقهيين: الأول مستمد من النظرية التقليدية الفرنسية التي يسودها مبدأ يقضي بأن موت أي من الطرفين أو فقد أهليته -بسبب جنون أو عته مثلاً- قبل انعقاد العقد يحول دون انعقاده، فإرادة الشخص لا يكون لها وجود بعد موته، ولا يعتد بها القانون بعد فقد أهليته، وذلك بعكس المذهب الثاني الذي يمثله الفقه الألماني الذي يجعل للتعبير عن الإرادة وجوداً ذاتياً مستقلاً عن شخص صاحبه بمجرد التعبير عنه، ما يحول دون تأثره بموت أو فقد أهلية من صدر منه أو من وجه إليه، ما لم يتبين من التصرف أو من طبيعة التعامل أن شخص موجه التعبير أو من وجه إليه محل اعتبار في العقد، فلا ينعقد العقد في هاتين الحالتين⁽¹⁾.

أما عن المشرع الجزائري فيتضح من نص المادة 62 ق.م أنه أخذ بالمذهب الجرماني بالقدر الذي يقتضيه استقرار المعاملات، والذي يتفق مع التطور الحاصل في القوانين اللاتينية ذاتها⁽²⁾، حيث جاء نصها كالتالي: "إذا مات من صدر منه التعبير عن الإرادة أو فقد أهليته قبل أن ينتج التعبير أثره فإن ذلك لا يمنع من ترتب هذا الأثر عند اتصال التعبير بعلم من وجه إليه، ما لم يتبين العكس من التعبير أو من طبيعة التعامل"

فإذا كان هذا هو الوضع بالنسبة للتعبير عن الإرادة بالطرق التقليدية، فهل يختلف عنه بالنسبة للتعبير عن الإرادة بالكتابة الإلكترونية، إذ نتساءل عن حالة ما إذا أرسل الموجب إيجابه أو القابل قبوله عبر وسائل الاتصال الحديثة ثم مات أو فقد أهليته قبل أن ينتج التعبير عن الإرادة أثره، فهل يؤثر ذلك في هذا القبول أو ذاك الإيجاب فيسقط أم يبقى قائماً بذاته ومنتجاً لأثره؟

وحسب رأبي فإن الأمر يحتاج إلى التمييز بين حالتين:

أولاً/ الحالة 01: إذا صدر التعبير عن الإرادة وكان كلا الطرفين -موجه التعبير ومتلقي التعبير- على الخط

ففي هاته الحالة وطالما كان الطرفان معا في اتصال فوري فإن التعبير الصادر من موجهه سواء أكان إيجاباً أو قبولاً، لا يحتاج إلى وقت حتى يصل إلى علم من وجه إليه وبالتالي ترتيبه لأثره القانوني، فلا تفرقة عملية هنا بين وجود التعبير وبين إنتاج أثره، إذ يكون اتصاله بعلم من وجه إليه فوراً بما لا يسمح بحدوث

(1) بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني الجزائري، ج1، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، 2015، ص152.

(2) المرجع نفسه، ص 152.

الوفاة أو فقد الأهلية خلال أجزاء من الثانية، ذلك أن الطرفين في هاته الحالة يجمعهما مجلس عقد واحد ولو كان حكماً، وتعاقدتهما هنا هو تعاقد بين حاضرين حكماً تطبق بشأنه أحكام المادة 64 ق.م.⁽¹⁾، وهو ما يحول دون تطبيق أحكام المادة 62 من القانون ذاته.

حتى وإن تم التسليم جدلاً بإمكانية حدوث الوفاة أو فقد الأهلية في تلك اللحظات الوجيزة جداً والتي تفصل بين صدور التعبير عن الإرادة ووصوله إلى علم من وجه إليه، فإن التعبير عن الإرادة في هاته الحالة يسقط بموت أحد الطرفين أو فقد أهليته، لأن مجلس العقد ينفذ قانوناً بالموت، على اعتبار أن الموت أقوى من الافتراق البدني، كما أن فقد الأهلية أقوى من رفض التعاقد، خاصة وأن المشرع قضى كأصل بتحلل الموجب من إيجابه إذا لم يقتزن بقبول فوري.

فإذا صدر الإيجاب ولم يقتزن بقبول فوري بسبب الموت أو فقد الأهلية، فإن الإيجاب هنا يسقط لا محالة لتعذر توافر الشرطين اللذين إذا ما توافرا معا بقي الإيجاب الصادر في مجلس العقد قائماً ولو لم يقتزن بقبول فوري، وهما إذا لم يوجد ما يدل على أن الموجب قد عدل عن إيجابه في الفترة ما بين الإيجاب والقبول، وكان القبول قد صدر قبل أن ينفذ مجلس العقد.

ثانياً/ الحالة 2: إذا صدر التعبير عن الإرادة ولم يكن أحد الطرفين أو كلاهما على الخط

أما بالنسبة لمثل هذه الحالة وطالما كان أحد الطرفين ليس متاحاً على الخط أو كلاهما، وعلى نحو لا يسمح بتحقيق اتصال فوري ولحظي بينهما، فإن التعبير بعد صدوره من موجه سواء أكان إيجاباً أو قبولاً سيحتاج إلى بعض الوقت حتى يتصل بعلم من وجد إليه، هذا الوقت هو الذي سيحتاجه من وجه إليه التعبير حتى يطلع على بريده الإلكتروني أو رسائله في الماسنجر أو بقية وسائل التواصل الأخرى.

فوصول التعبير إلى علم من وجه إليه في مثل هاته الحالات لا يكون فوراً، ما يجعلنا أمام حالة تعاقد بين غائبين، قد يتوفي خلالها أحد الطرفين أو يفقد أهليته، ما يسمح بتطبيق المادة 62 من القانون المدني والتي إذا ما رجعنا إلى أحكامها نجد أنها تكرر حكماً يقضي بأن موت أو فقدان أهلية من صدر منه التعبير عن الإرادة قبل أن ينتج أثره لا يمنع من ترتب هذا الأثر عند اتصال التعبير بعلم من وجه إليه كأصل.

ذلك أنه بمجرد صدور التعبير عن صاحبه يصبح له كيان مستقل عنه، يقيه قائماً حتى ولو توفي صاحبه أو فقد أهليته إلا إذا تبين من التعبير ذاته أو من طبيعة التعامل عكس ذلك.

(1) تنص المادة 64 من القانون المدني على "إذا صدر الإيجاب في مجلس العقد لشخص حاضر دون تحديد أجل القبول فإن الموجب يتحلل من إيجابه إذا لم يصدر القبول فوراً، وكذلك إذا صدر الإيجاب من شخص إلى آخر بطريق الهاتف أو بأي طريق مماثل. غير أن العقد يتم، ولو لم يصدر القبول فوراً، إذا لم يوجد ما يدل على أن الموجب قد عدل عن إيجابه في الفترة ما بين الإيجاب والقبول وكان القبول صدر قبل أن ينفذ مجلس العقد"

فاستنادا إلى أحكام المادة 62 من القانون المدني نجد أن المشرع يفرق بشأن هاته الحالة بين أصل واستثناء :

الأصل: وهو أن الموت أو فقد الأهلية لا يؤثر على التعبير عن الإرادة.

الاستثناء: أن الموت أو فقد الأهلية تؤثر على التعبير عن الإرادة فتسقطه في حالتين هما:

التعبير ذاته: كأن يذكر الموجب مثلا في إيجابه الإلكتروني أنه يرغب في إبرام العقد المزمع إبرامه بشرط بقاءه -سواء هو أو من وجه إليه التعبير- على قيد الحياة أو عدم فقد أهليته.

طبيعة التعامل: والمقصود بها تلك الحالات التي تكون فيها شخصية المتعاقد محل اعتبار في العقد مثل: لو عرض الموجب على رسام مبلغ معين نظير أن يرسم له لوحة معينة، ثم توفي الفنان قبل وصول الإيجاب إليه، فهذا الأخير يسقط، ولا ينعقد العقد بين الموجب وورثة الرسام لأن شخصية هذا الأخير محل اعتبار في العقد⁽¹⁾.

المطلب الثاني: خصوصية الأهلية الإلكترونية

خلصنا في المطلب السابق من هذه الدراسة إلى أن الأهلية المطلوبة لإبرام التصرفات إلكترونيا أو التعبير عن الإرادة وتبادلها عبر الوسائط الإلكترونية لا تختلف من حيث شروطها وأحكامها عن تلك المطلوبة في التعبير عن الإرادة بالوسائل التقليدية، أو بمعنى آخر فإن التعبير عن الإرادة في البيئة الإلكترونية لا يحتاج إلى إرادة خاصة لذلك، بل تطبق بشأنه القواعد العامة المطبقة بشأن التعبير عن الإرادة في البيئة التقليدية.

وإن كانت تلك القواعد تشترط لصحة العقد توافر الأهلية القانونية اللازمة لإبرامه لدى طرفيه، وهو الأمر الممكن واليسير التأكد منه في العقود المبرمة في بيئة تقليدية، وذلك من خلال سهولة الاطلاع على ما يثبت هوية المتعاقد الشخصية أو الوظيفية التي تعاقد على أساسها، إلا أن مثل هكذا أمر ليس بالهين فيما يتعلق بالعقود المبرمة في بيئة رقمية، في ظل لا مادية هذه البيئة ودوليتها ذا الطابع الخاص، بمجلس عقدها الافتراضي⁽²⁾، الذي ترتب عنه الانفصال المكاني بين أطراف العقد الإلكتروني، وتعدر معرفة المعلومات الأساسية عن بعضهم البعض، نتيجة الطابع الخاص للوسائل المستخدمة في إبرام مثل تلك العقود، والتي يمكن من خلالها تبادل التعبير عن الإرادة بين أشخاص من دول وجنسيات وأعمار مختلفة.

(1) محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، (النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، العقد و الإرادة المنفردة)، مرجع سابق، ص 99.

(2) ناصر حمودي، العقد الدولي الإلكتروني المبرم عبر الإنترنت: مع التركيز على عقد البيع الدولي للبضائع، مرجع سابق، ص 212.

هذا الاختلاف قد ينجر عنه أيضا اختلاف في الأنظمة القانونية الخاصة بتحديد سن الرشد، فكيف يمكن للشخص الذي يتعاقد عبر مواقع شبكة الانترنت مثلا والذي يقوم بالدخول مباشرة إلى الموقع (le site) أن يتمكن هو أو الطرف الآخر من التيقن ما إذا كان يتعامل مع بالغ راشد أم مع قاصر، مع أصيل أم مع وكيل، مع معسر أو موسر، مع شخص حقيقي فعلي أم مع مجرد موقع وهمي....⁽¹⁾، خاصة وأن مسألة التأكد من وجود الإرادة وسلامتها تعد ضمانة أساسية لتحقيق الثقة في المعاملات الإلكترونية عبر شبكة شكلت سوقا عالمية تتطلب المزيد من الأمن في التبادل الإلكتروني للبيانات والمعلومات.⁽²⁾

وعليه سيتم التطرق من خلال هذا المطلب أولا إلى عرض مشكلة أو صعوبة التثبت من هوية الشخص صاحب التعبير عن الإرادة ثم صعوبة التأكد من اكتمال أهليته على النحو الذي يتطلبه القانون في (فرع أول)، ثم إلى تقديم بعض الحلول المقترحة لمواجهة هذه الصعوبات في (الفرع الثاني).

الفرع الأول: صعوبة تحقيق عملية إسناد الإرادة المعبر عنها إلكترونيا إلى شخص صاحبها

يتطلب تحقيق عملية إسناد الإرادة المعبر عنها بالكتابة الإلكترونية إلى شخص صاحبها تسلسل مجموعة من المراحل تتمثل في التأكد من وجود تعبير عن الإرادة أولا ثم إسناده إلى صاحبه ثانيا، ثم التأكد من سلامة أهليته في مرحلة ثالثة، وإذا كان الأصل يقضي بأن العقد يتم بعمل إرادي يصدر عن المتعاقدين أنفسهم فتنسب حينها الإرادة المعبر عنها إليهم ما يجعلهم ملتزمين بآثارها، فإن ذلك الأصل أصبح في ظل توظيف الوسائل التي أفرزتها التكنولوجيا الحديثة في إبرام التصرفات القانونية غير مطلق، وصعب التأكد من إعماله كأصل.

فقد يتم إبرام العقد أو التعبير عن الإرادة عن طريق وسائط وأجهزة مبرمجة تعمل آليا وتلقائيا دون تدخل إنساني مباشر في إرسال التعبير عن الإرادة أو تلقيه، ويتحقق ذلك عندما يتم برمجتها على إرسال وتسليم الرسائل المتضمنة للتعبير عن الإرادة لصالح شخص ما تلقائيا، وهو ما يخلق صعوبات بالغة في كيفية التحقق من وجود إرادة باثة وجازمة وجدية للتعاقد، وإن تأكد وجودها كمرحلة أولى فإلى من تنسب في مثل هذه الحالات هل تنسب إلى المتعاقد نفسه أم إلى جهاز الوسيط الإلكتروني⁽³⁾؟ وهي الصعوبة التي لم تكن لتثار في ظل البيئة التقليدية.

أما فيما يخص مشكلة التحقق من مدى اكتمال أهلية صاحب التعبير الإلكتروني عن الإرادة، على النحو الذي يتطلبه القانون للاعتداد بالأثر الذي اتجهت إلى إحداثه كمرحلة أخيرة لتحقيق عملية إسناد

(1) عجالي بخالد، النظام القانوني للعقد الإلكتروني في التشريع الجزائري: دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص: 208-209.

(2) PIETTE - COUDOL Thierry et BERTRAND André, *Internet et la loi*, édition Dalloz, Paris 1997, p139.

(3) صالح المنزلاوي، مرجع سابق، ص373.

الإرادة فيمكن القول أن التعبير عن الإرادة إلكترونياً لا يحتاج إلى أهلية خاصة به، بل شأنه في ذلك شأن التعبير عن الإرادة بالوسائل التقليدية، بحيث لا يكون تعبيراً صحيحاً ومنتجاً لأثره، إلا إذا صدر عن شخص تتوفر فيه الأهلية القانونية اللازمة للتعاقد تطبيقاً للقواعد العامة في الأهلية على النحو الذي سبق بيانه.

والأصل العام يقضي حسب نص م 78 ق م بأن كل شخص أهل للتعاقد ما لم يطرأ على أهليته عارض يجعله ناقص الأهلية أو فاقدها بحكم القانون، فمفهوم المخالفة لهذا النص، لا يكون أهلاً للتعاقد أصلاً كل من كان فاقداً للتمييز لصغر في السن أو كان معتوهاً أو مجنوناً، ويكون ناقص الأهلية كل من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد أو كان سفيهاً أو ذا غفلة، وذلك حسب التفصيل الذي سبق التطرق إليه في المطلب الأول من هذا المبحث.

ففي البيئة التقليدية ليست هناك صعوبة تذكر في التأكد من أهلية المتعاقد إذا كان يجمع الطرفين مجلس عقد واحد، إذ يكمن التأكد من ذلك عن طريق المظهر الخارجي لكلا المتعاقدين، بل ويمكن عند الشك أن يطلب المتعاقد إلى الطرف الآخر تقديم ما يثبت هويته عن طريق مختلف الوثائق التي تثبت أهليته الشخصية أو الوظيفية⁽¹⁾، إلا أن الصعوبات تتجلى واضحة في الفرض العكسي وهو حالة التعاقد عن بعد بوجه عام والتعاقد عن طريق وسائل الاتصال الإلكترونية الحديثة بشكل خاص.

إذ يصعب فيها التحقق من أهلية الطرفين وذلك بسبب ما يميز التعاقد الإلكتروني من تباعد مكاني ولا مادية العالم الافتراضي وعدم اجتماع المتعاقدين في مجلس عقد واحد⁽²⁾، فهنا تتجلى الصعوبة إذ كيف يمكن للشخص في تلك الظروف أن يتأكد أنه يتعاقد مع شخص كامل الأهلية أم مع ناقصها أم حتى مع فاقدها.

وقد أثبت الواقع العملي أن عدداً لا يستهان به من المتعاملين عبر وسائل الاتصال الحديثة هم من فئة ناقصي الأهلية، وأن العديد منهم يعتمدون باستخدام أساليب احتيالية إخفاء نقص أهليتهم، كما ثبت أيضاً أن هناك من يدعي خلافاً للواقع بأنه ممثل عن شركة معينة وهو غير كذلك، فلم يبق الحديث في هذا الإشكال القانوني الحقيقي حديثاً نظرياً فحسب⁽³⁾.

الفرع الثاني: وسائل احتواء صعوبة تحقيق عملية إسناد الإرادة الإلكترونية

تكتسي مسألة التحقق من أهلية المتعاقدين في العقود المبرمة إلكترونياً درجة بالغة من الأهمية، خاصة إذا تعلق الأمر بالعقود التي تخضع لاتفاق نموذجي سابق أو العقود ذات المبالغ الكبيرة التي تتطلب فترة

(1) أشرف وفاء، محمد، عقود التجارة الإلكترونية في القانون الدولي الخاص، المجلة المصرية للقانون الدولي، الجمعية المصرية للقانون الدولي، المجلد 57، 2001، ص 226.

(2) محمد حسن رفاعي العطار، البيع عبر شبكة الإنترنت: دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص 100.

(3) صالح المنزلاوي، مرجع سابق، ص 373.

تفاوض وتفكير⁽¹⁾، وخاصة أيضا أن المسألة تعد ضمانة لخلق الثقة في المعاملات الإلكترونية، أين نجد كل طرف يطلب أحسن الضمانات للتعاقد بواسطة التقنية الرقمية، ويبحث عن سبل تفادي المخاوف التي تثيرها البيئة الإلكترونية التي تتميز بالتباعد المكاني بين أطراف العقد، واللامادية لوجودها في عالم افتراضي غير ملموس⁽²⁾.

تلك الأهمية دفعت بفقهاء القانون المهتمين بمجال التعاقد الإلكتروني للعمل جنباً إلى جنب مع علماء التقنية المتخصصين إلى البحث عن أنجع الوسائل التي يمكن أن تسهم ولو قليلاً في إيجاد حلول لتبديد تلك المخاوف وتشجيع التعاقد عبر الوسائط الإلكترونية.

وقد تم التوصل بعد المجهودات المبذولة إلى إيجاد مجرد وسائل احتياطية وتحذيرية يمكن استخدامها للتحقق من أهلية المتعاقدين⁽³⁾ وبالتالي إسناد الإرادة إليهما دون التوصل للأسف إلى وسائل ناجعة ومضمونة و يقينية حتى وقتنا الحالي، ويمكن تقسيم تلك الوسائل الاحتياطية أو التحذيرية إلى ثلاثة أقسام: قانونية، بيوتقنية، فقهية، نتطرق إليها ببعض التفصيل الموجز من خلال النقاط التالية:

أولاً/ الوسائل القانونية

يمكن أن نستخلص الوسائل القانونية للتغلب على صعوبة التأكد من الأهلية وإسناد الإرادة إلى المتعاقد إلكترونياً، من خلال التطرق أولاً إلى فكرة العقد الابتدائي ثم إلى مجموعة من النصوص القانونية التي أقرتها بعض التشريعات المقارنة، ثم أخيراً إلى موقف المشرع الجزائري من المسألة.

أ/ فكرة العقد الابتدائي: يتلخص هذا الحل القانوني المتمثل في فكرة العقد الابتدائي الذي يجد سنده القانوني في مبدأ سلطان الإرادة، في لجوء الأطراف المتعاقدة إلى إبرام عقد ابتدائي أو أولي، وترك مسألة إبرام العقد النهائي إلى حين أن يتم التأكد من هوية المرسل إليه والمرسل، وكذا إرسال كافة المستندات المتعلقة بهذا العقد، وذلك لغايات التوثيق والإثبات⁽⁴⁾.

فجنباً للمفاجآت والإشكالات المتعلقة بإسناد الإرادة ومدى توافر الأهلية القانونية لدى المتعاقد الطرف الآخر يمكن هذا الحل -فكرة العقد الابتدائي-⁽⁵⁾ الأطراف المتعاقدة بواسطة التقنية الرقمية، من

(1) MAS Florence, op.cit, p181.

(2) ناصر حمودي، العقد الدولي الإلكتروني المبرم عبر الإنترنت مع التركيز على عقد البيع الدولي للبضائع، مرجع سابق، ص. ص: 212-213.

(3) علاء محمد الفواعير، مرجع سابق، ص 173.

(4) أحمد خالد العجلوني، التعاقد عن طريق الإنترنت، مرجع سابق، ص 108.

(5) وذلك بالرغم من الانتقادات التي وجهت إلى هذه الطريقة، بحيث لا تتناسب مع مقومات التجارة الإلكترونية التي تتسم بالسرعة والائتمان، وهذا النوع من الحلول من شأنه عرقلة المعاملات التجارية الإلكترونية، هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإن الاتفاق المبدئي لا يعدو وأن يكون سوى إبداء لرغبة في التعاقد، لا يترتب عليها أي التزام في ذمة الطرفين من الناحية القانونية.

الاتفاق على اعتبار العقد المبرم بينهما مجرد عقد ابتدائي أو أولي لا يتعدى الموافقة الأولية للأطراف على مضمون وموضوع العقد، ويرجئ إتمام العقد النهائي إلى حين التأكد فيما بعد من هوية وأهلية كل منهما للآخر عبر وسائل وطرق يتم الاتفاق عليها، مثل المقابلة الشخصية، أو من خلال الأوراق الشبوتية الرسمية أو حتى من خلال الشخص الوسيط في العلاقة⁽¹⁾.

ب/ في القوانين النموذجية والداخلية المقارنة: ونخص بالذكر مجموعة من القوانين من خلال النقاط التالية:

1/ في قانون اليونسטרال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية

حرص قانون اليونسטרال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية من خلال نص المادة 13 منه المتعلقة بإسناد رسالة البيانات إلى الشخص مصدرها بقوة القانون، على تحقيق الثقة والأمان في المعاملات المبرمة إلكترونياً.

إذ يلاحظ انطلاقاً من نص هاته المادة أن القانون النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية قد وضع مبدأ عاماً أو قرينة قانونية مفادها أن رسالة البيانات -وهي المتضمنة للتعبير عن الإرادة- طالما كانت رسالة من المرسل ذاته أو من جهاز تحت سيطرته أو من نائبه فإنها تعتبر وكأنها رسالة من الشخص ذاته وذلك بقوة القانون، لكن هذه القرينة ليست بقاطعة وإنما هي بسيطة تقبل إثبات العكس من طرف المرسل عن طريق إثبات أن تلك الرسالة قد أرسلت عن طريق الخطأ، أو أنها أرسلت من شخص آخر غير مرخص له بإرسالها⁽²⁾، أو بأن يرسل -المرسل- إلى المرسل إليه إشعاراً يبلغه فيه أن الرسالة غير صادرة عنه، وأن عليه أن يتصرف على أساس عدم صدورها عن المنشئ، فتعد عندها -هذه الحالات- الرسالة كأنها لم تكن وينعدم تبعاً لذلك كل أثر قانوني مترتب على إرسالها.

فمن خلال نص م 13 من قانون اليونسسترال النموذجي يمكن تعداد الحالات⁽³⁾ التي تسند فيها رسالة البيانات إلى المنشئ بقوة القانون، وهو الحل المنشود للإشكال المطروح، وهي:

الحالة 1: حالة تكون الرسالة صادرة عن المنشئ نفسه.

الحالة 2: حالة اعتبار الرسالة صادرة عن المنشئ وذلك في العلاقة بين المنشئ والمرسل إليه دون غيرها، أين تعتبر رسالة البيانات المتضمنة للتعبير عن الإرادة صادرة عن المنشئ إذا أرسلت من شخص له صلاحية

(1) بشار عصمت سميح سكري، العقود الإلكترونية، مرجع سابق، ص 114.

(2) انظر: منير محمد الجنيبي، وممدوح محمد الجنيبي، الطبيعة القانونية للعقد الإلكتروني، مرجع سابق، ص 142 ومنير محمد الجنيبي وممدوح محمد الجنيبي، الشركات الإلكترونية، مرجع سابق، ص 120.

(3) انظر في تفصيل هذه الحالات: آمانج رحيم أحمد، مرجع سابق، ص 109 إلى 113 و صالح المتزلاوي، مرجع سابق، ص 376 إلى 378، وبشار عصمت سميح سكري، مرجع سابق، ص 111 إلى 114.

التصرف نيابة عن المنشئ فيما يتعلق برسالة البيانات، أو من نظام معلومات مبرمج على يد المنشئ أو نيابة عنه للعمل تلقائياً (الفقرة 2 من المادة 13).

الحالة 3: حسب الفقرة 03 من المادة 13، إذ يحق في مثل هذه الحالة للمرسل إليه التصرف على أساس أن الرسالة صادرة عن المنشئ، وذلك أيضاً في العلاقة بين المنشئ والمرسل إليه، إذا طبق المرسل إليه تطبيقاً سليماً من أجل التأكد من أن رسالة البيانات قد صدرت عن المنشئ، إجراء سبق وأن وافق عليه المنشئ لهذا الغرض، أو كانت رسالة البيانات كما تسلمها المرسل إليه ناتجة عن تصرفات شخص يمكن بحكم علاقته بالمنشئ أو بأي وكيل للمنشئ من الوصول إلى طريقة يستخدمها المنشئ لإثبات أن رسائل البيانات صادرة عنه فعلاً.

كما أوردت الفقرة (4) من المادة 13 نفسها الحالات التي يستبعد فيها تطبيق الفقرة (3)، بحيث يكون فيها للمنشئ الحق في أن يتمسك بعدم صدور الرسالة الإلكترونية عنه حتى مع توافر الحالتين المنصوص عليهما في الفقرة 03 وهي:

- اعتباراً من الوقت الذي تسلم فيه المرسل إليه إشعاراً من المنشئ يفيد بأن رسالة البيانات لم تصدر عن المنشئ وتكون قد أتيحت فيه أيضاً للمرسل إليه فترة معقولة للتصرف على هذا الأساس، أو
- بالنسبة لحالة تخضع للفقرة (3) (ب)، في أي وقت عرف فيه المرسل إليه أو كان عليه أن يعرف، إذا بدل العناية المعقولة أو استخدم أي إجراء متفق عليه، أن رسالة البيانات لم تصدر عن المنشئ.

2/ في بعض القوانين الداخلية المقارنة

سارت العديد من تشريعات الدول المقارنة على النهج الذي أقره قانون اليونسטרال النموذجي للتجارة الإلكترونية فيما كرسه من قواعد على غرار المشرع التونسي الذي ألزم البائع في المعاملات التجارية الإلكترونية بموجب الفصل 25 من القانون رقم 83 لسنة 2000 المتعلق بالمبادلات التجارية الإلكترونية بأن يوفر للمستهلك بطريقة واضحة ومفهومة قبل إبرام العقد بعض المعلومات، في مقدمتها هوية وعنوان وهاتف البائع أو مؤدي الخدمات.

وهو المنحى ذاته الذي انتهجه المشرع الأردني من خلال قانون المعاملات الإلكترونية رقم 15 لسنة 2015 بموجب المادتين 11 و12 منه، وكذا المشرع الإماراتي من خلال قانون إمارة دبي الخاص بالمعاملات والتجارة الإلكترونية رقم 2 لسنة 2002 بموجب المادتين 15 و16 منه.

3/ في توجيهات الاتحاد الأوروبي: لم يتخلف التوجيه الأوروبي رقم 11/2000 بشأن التجارة الإلكترونية⁽¹⁾ عن تطلب ذكر جميع البيانات التي من شأنها تحديد الهوية بدقة ووضوح من طرف البائع أو مقدم الخدمة⁽²⁾، كما أكد التوجيه الأوروبي رقم 97-07 المتعلق بحماية المستهلكين في عقود البيع عن بعد⁽³⁾، على ضرورة تحديد كافة عناصر بيان الهوية القانونية خاصة بموجب الفقرة الأولى من المادة 04، التي فرضت على المهنيين إذا كانت تعاملاتهم مع المستهلكين عبر تقنيات الاتصال الحديثة، تزويدهم بكافة البيانات الضرورية التي تمكن من التعريف بهم وتحديد هويتهم⁽⁴⁾.

من خلال ما سبق يتضح جليا بأن القوانين المقارنة والخاصة بالتجارة الإلكترونية قد تضمنت بما كرسه من حلول قانونية ما يؤكد على صحة رسالة البيانات المتضمنة للتعبير عن الإرادة، إيجابا كانت أو قبولا أو مجرد دعوة إلى التعاقد ومن إسنادها إلى شخص مصدرها، ما يجعلها ملزمة له بما ورد فيها ومرتبة لجميع آثارها القانونية في حقه، وهو ما يمكن أن يحول دون إسناد الإرادة بطريق الغش أو الاحتيال أو الخطأ إلى شخص لم تصدر عنه⁽⁵⁾.

ج/ موقف المشرع الجزائري: لم يتطرق المشرع الجزائري إلى تنظيم مباشر وواضح لهذه المسألة إذا ما استثنينا له النصوص القانونية التالية:

1/ في القانون المدني: حيث يلاحظ من نص المادة 323 مكرر⁽⁶⁾، أن المشرع اشترط على الكتابة الإلكترونية إذا ما أرادت أن تقارع نظيرتها التقليدية في الإثبات-وليس في التعبير عن الإرادة- أن تمكن من التأكد من هوية الشخص الذي أصدرها وأن تكون معدة ومحفوظة في ظروف تضمن سلامتها، وذلك دون بيان من المشرع للكيفية أو الإجراءات التي يجب إتباعها أو الشروط الواجب توافرها للتأكد من هوية الشخص صاحب الكتابة وأهليته وبالتالي إسناد الإرادة إليه، وذلك على عكس بيانه لإجراءات حفظ الوثيقة الموقعة إلكترونيا، التي أصدر بشأنها المرسوم التنفيذي رقم 16-142 الذي يحدد كيفية حفظ الوثيقة

(1) 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.

(2) **GUIGOU Catherine**, *Les contrats avec les consommateurs: un outil de développement du commerce électronique*, PUAM, 2002, p.145.

(3) Directive 97/7/CE du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 1997 concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance, *Journal officiel n° L 144 du 04/06/1997 p.19 -27*.

(4) **ITEANU Olivier**, *Internet et le droit, Aspects juridiques du commerce électronique*, Edition Eyrolles, Paris, 1996, pp.50-54.

(5) عوض مظلوم عبد الكريم، إبرام العقد الإلكتروني في قانون اليونسترال النموذجي والقانون السوداني: دراسة مقارنة، رسالة ماجستير في الشريعة والقانون، جامعة أم درمان الإسلامية، السودان، 2008، ص 72.

(6) والتي تنص على أنه: « يعتبر الإثبات بالكتابة في الشكل الإلكتروني كالاثبات على الورق، بشرط إمكانية التأكد من هوية الشخص الذي أصدرها وأن تكون معدة ومحفوظة في ظروف تضمن سلامتها ».

الموقعة إلكترونياً⁽¹⁾، والصادر تطبيقاً لنص م 323 مكرر 1 من ق م والمادة 04 من القانون 04-15 المحدد للقواعد العامة المطبقة على التوقيع والتصديق الإلكترونيين⁽²⁾.

2/ نصوص القانون رقم 04-15 المتعلق بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين، فالتوقيع الإلكتروني يعتبر وسيلة تقنية للتعريف بصاحب التعبير عن الإرادة وإسنادها إليه، والتي ستكون لنا عودة إليه في إطار التطرق إلى الوسائل التقنية المحددة لهوية صاحب الإرادة.

3/ ما تجلّى واضحاً من نية لدى المشرع الجزائري في مواكبة التشريعات الدولية المتعلقة بالمعاملات الإلكترونية التي اتضحت أولى معالمها الملموسة من خلال عرض أسباب المشروع التمهيدي للقانون 10-05 (أخذ هذا الرقم بعد إقراره من البرلمان) المعدل والمتمم للأمر 58-75 المتضمن القانون المدني، وذلك في مشروع تعديل الجزء الخاص بعقد البيع الذي لم يعرض للمناقشة وذلك عندما أراد القائمون على المشروع تنظيم التعاقد عن بعد، حين نصت المادة 412 مكرر 03 على مايلي: «مع عدم الإخلال بالنصوص المتعلقة بقانون حماية المستهلك يجب أن يتضمن عرض عقد البيع البيانات التالية:

هوية بائع المال، رقم هاتفه وعنوانه»

وجاء في آخر فقرة من هذا النص الذي لم يرى النور بعد «يلتزم البائع المهني في حال البيع بواسطة الهاتف أو بواسطة أية تقنية مماثلة أن يدلي صراحة في بداية المحادثة عن هويته والطابع التجاري للاتصال»⁽³⁾.

4/ نص المادة 11 من قانون التجارة الإلكترونية التي ألزمت المورد الإلكتروني على حد تعبير المشرع بذكر بعض البيانات اللازمة للتعريف به وتحديد هويته.

وما يمكن قوله بشأن هذه النصوص المتفرقة أنها غير كافية لتوفير الثقة والأمان في التعبير عن الإرادة إلكترونياً بصفة عامة وباستخدام الكتابة الإلكترونية بصفة خاصة، لأنها لا تتيح بشكل قاطع للأطراف المتعاقدة التأكد من هوية وأهلية الطرف المزمع التعاقد معه، ومدى جديته في إبرام العقد، لذلك نرى بأنه من الضروري إيراد نصوص قانونية واضحة ودقيقة بشأن تحديد هوية وأهلية صاحب التعبير عن الإرادة وذلك إما ضمن أحكام التقنين المدني باعتباره يتضمن النظرية العامة للعقد، أو ضمن أول تعديل سيمس

(1) مرسوم تنفيذي رقم 16-142 مؤرخ في 5 ماي 2016، يحدد كفاءات حفظ الوثيقة الموقعة إلكترونياً، ج ر ع 28 صادر بتاريخ 08 ماي 2016.

(2) قانون رقم 04-15، مؤرخ في 01 فبراير 2015، يحدد القواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين، ج ر ع 06، صادر بتاريخ 10 فبراير 2015.

(3) وردت هذه المادة في نص مشروع قانون تعديل التقنين المدني والذي لم يعرض للمناقشة في الجزء المتعلق منه بالبيع عن بعد، والذي أعدته اللجنة المكلفة بمراجعة القانون المدني بوزارة العدل، وثيقة غير منشورة، انظر في ذلك: عجالي بخالد، النظام القانوني للعقد الإلكتروني في التشريع الجزائري حراسة مقارنة، مرجع سابق، ص 8 وص 211.

قانون التجارة الإلكترونية، وإلى ذلك الحين يستطيع المشرع الاقتداء بما توصلت إليه التشريعات المقارنة صاحبة السبق في هذا المجال من أحكام والتي جاءت متوافقة في مجملها فيما بينها.

ثانيا/ الوسائل البيوتقنية

يتطلب إسناد الإرادة الإلكترونية إلى صاحبها الفعلي إيجاد حلول فنية تعمل جنبا إلى جنب مع الحلول التشريعية والفقهية، باعتبار أن التعبير عن الإرادة إلكترونيا يتم بوسائل تقنية وفنية بالدرجة الأولى وتمثل هذه الحلول في مجموعة من الوسائل التي تعتمد على الخصائص البيولوجية للأشخاص (أ)، ووسائل أخرى تقنية (ب).

أ/ الوسائل البيولوجية

تعد هذه الوسائل من صور التوقيع الإلكتروني، وهو التوقيع بالخصائص البيولوجية، فالعلوم التي ينطلق منها هذا التوقيع تهتم بالخصائص المظهرية التي ينفرد بها كل شخص عن غيره والقادرة على تعريفه بمفرده.

ومن بين تلك الوسائل نجد البصمات، الشرايين الدموية لشبكية العين وشكل اليد الهندسي والحمض النووي (ADN) وغيرها، وسيتم التعرض من خلال النقاط التالية إلى بعض هذه الوسائل.

1/ تحديد هوية صاحب الإرادة من خلال البصمات

وتشمل هاته البصمات: بصمات اليد والأصابع، والصوت، نحاول إيجازها من خلال الفقرات التالية:

فبالنسبة لبصمات اليد أو الأصابع فإنها تستخدم في تحديد هوية الشخص عن طريق وضع الشخص لأصبعه أو يده على ماسح ضوئي صغير يقرأ البصمة باستخدام الموجات فوق الصوتية، أو أية وسيلة أخرى لقراءة الشكل الهندسي لبصمة اليد أو الأصبع، هذين الأخيرين يتكونان من تنوعات وتجاويف احتكاكية تميز أصابع الشخص أو يده بخطوط متشابكة تختلف من شخص إلى آخر⁽¹⁾، هذا الماسح يكون متصلا أثناء عملية المسح بكمبيوتر يأخذ المعلومات منه، ومن ثمة يقوم بتخزينها على شكل توقيع بغية الرجوع إليها للمطابقة عند الحاجة، وتعتبر هذه الطريقة أوسع الطرق انتشارا في مجال التقنيات البيولوجية الحيوية⁽²⁾.

أما عن طريقة بصمة الصوت فتتمثل في تحديد هوية الشخص صاحب التعبير عن الإرادة عن طريق تحليل الصفات المميزة لصوته والتي قد ترجع إلى السلوك أو الوظائف الخاصة به⁽³⁾، ويتم التعرف على

(1) سحر البكباشي، التوقيع الإلكتروني: دراسة تحليلية لأحكام القانون رقم 15 لسنة 2004 مدعمة بالتشريعات المقارنة، ط1، منشأة المعارف، الاسكندرية، 2009، ص44.

(2) المرجع نفسه، ص45.

(3) المرجع نفسه، ص45.

الصوت إما من خلال وسائل بصرية (الرسم الطيفي للكلام)⁽¹⁾، أو من خلال وسائل سمعية⁽²⁾، بحيث يتم تزويد بعض أنظمة الكمبيوتر بأجهزة تعمل على التعرف على صوت المستخدم المسجل مسبقاً عليها فيسمح له -جهاز الحاسوب- عند مطابقة صوته للصوت المخزن بالدخول إلى قاعدة بيانات الكمبيوتر وإجراء الأوامر الإلكترونية إليه⁽³⁾، كالتعبير عن الإرادة من خلاله أو يمنعه من الدخول إذا كان هناك اختلاف بين الصوتين.

2/ تحديد هوية صاحب الإرادة من خلال أنماط أورده الدموية

يمكن تحديد هوية الشخص من خلال شكل أوردة اليد، وذلك بوضعها على قارئة للمنحنيات تعتمد على المسح الضوئي بالأشعة تحت الحمراء، ثم تقوم بتحويل تلك المنحنيات إلى أرقام يتم تخزينها على جهاز الحاسوب الآلي للشخص، ويتم مقارنتها مع كل محاولة للدخول إلى الجهاز.

أو من خلال شكل الأوردة الدموية لشبكية العين، حيث أدخلت حذقة العين كوسيلة من وسائل الحماية لأجهزة الكمبيوتر، وذلك من خلال ما يسمى بجهاز تأمين قاعدة البيانات الخاصة بالتعرف على العين وهو جهاز رقابة على مستوى عالي، مصمم خصيصاً ليوفر الحماية على نحو قاطع ضد الاستخدام غير المشروع أو غير المصرح به للبيانات⁽⁴⁾.

فلكل فرد أيضاً شكل خاص به ومتفرد لشبكية العين تتحدد من خلال سمة بيولوجية تتمثل في شكل الأوردة الدموية لشبكية العين، وهذا الشكل لا يمكن تغييره وهو الذي يمكن من خلاله التعرف على هوية الشخص بعد أخذ البصمة في غضون 3 ثواني فقط، حيث يتم تشفير شكل القرنية وتحويلها إلى رموز وبيانات ينفرد بها كل شخص، ثم يتم ربطها بكلمة سر ومن ثم تخزينها على جهاز الكمبيوتر، فيتحدد بذلك شكل توقيع العين الذي يكون متكوناً من مجموعة الإشارات الحية للتعرف على هوية الشخص المخزن على الكمبيوتر والمرتبطة بكلمة السر التي سبق إدخالها⁽⁵⁾.

وفي كل مرة يرغب فيها مستخدم جهاز الحاسوب المخزنة عليه البصمة التعبير عن الإرادة باستخدام جهازه المحمي بها، وجب عليه أولاً إدخال كلمة السر، ومن ثم القيام بفحص حذقة العين، وهنا يقوم الجهاز بمضاهاة فحص العين في وقت وجيز فقط مع شكل توقيع العين، فإذا كانت البصمة أو البيانات متطابقة سمح

(1) وهي عبارة عن صورة مطبوعة للأشكال الصوتية للكلام، تظهر في نطاق تردد وزمن معينين.

(2) وذلك عن طريق الاستماع والمضاهاة لأصوات المتحدثين لتقرير التماثل أو الاختلاف بين عينة صوت مشکوك فيها وأخرى معروفة ومسجلة مسبقاً.

(3) بشار عصمت سميح سكري، مرجع سابق، ص 124.

(4) المرجع نفسه، ص 123.

(5) رافي ماني، بصمة العين، بحث مقدم إلى مؤتمر البحث الجنائي المعاصر، مركز البحوث والدراسات شرطة دبي 1992، تمت ترجمته من طرف محمد أحمد عبد الرحمن، بصمات بلا أصابع، ط1، مركز البحوث والدراسات، دبي، 1995، ص 27 وما بعدها.

له بالدخول وإن كانت غير كذلك منعه من الدخول، وتكرر العملية عند كل محاولة دخول إلى المنظومة المحمية بموجب بصمة العين⁽¹⁾.

بذلك يكون تحليل الأوعية الدموية طريقة من الطرق التي يمكن أن تساعد في تحديد هوية الشخص صاحب التعبير الإلكتروني عن الإرادة.

3/ تحديد هوية صاحب الإرادة من خلال خصائص الوجه

يتم من خلال هذه الطريقة التقاط صور لوجه الشخص المعني، ثم تحديد السمات الخاصة به كعمق محجر العينين وحجم الشفتين، وطول وعرض الوجه، طول الأنف والقسمات الأخرى للوجه، كل ذلك عن طريق برنامج خاص بهذا الغرض، ثم تتم عملية إدخال هذه المعلومات رقمياً في هيئة توقيع إلكتروني إلى قاعدة بيانات حاسوب الشخص المراد حمايته بواسطة هذه التقنية، ليتم مطابقتها - المعلومات - عند كل محاولة دخول⁽²⁾.

لكن وبالرغم من تميز التوقيع بالقياسات الحيوية أو الخصائص البيولوجية ودقته في تحديد هوية الشخص، إلا أنه ليس بمنأى عن التزوير إذ أصبح ممكناً تسجيل الصوت ثم إعادة بثه، كما يمكن طلاء الشفاه أو الأصبع بمادة معينة تجعلها مطابقة للبصمة الأصلية، وكذلك بالنسبة لبصمة العين فيمكن تزويرها بتقليدها عن طريق بعض أنواع العدسات اللاصقة، أما بصمة الوجه فيمكن نسخ الذبذبات الحاملة للصورة وإعادة استعمالها⁽³⁾، كما أن هذه الوسائل من جهة أخرى - تحتاج إلى تكاليف باهضة وجهد كبير حتى يمكن التعامل بها على أساس من الموثوقية⁽⁴⁾.

ب/ الوسائل المقترحة من طرف المختصين في تقنية المعلومات

تشمل هذه الوسائل كلا من التوقيع الإلكتروني، جهات التصديق الإلكتروني، البطاقات الذكية (الهوية الإلكترونية)، تقنية الجدار الناري وغيرها، نتطرق إليها بنوع من الإيجاز في النقاط التالية:

1/ التوقيع الإلكتروني: نحيل بشأنه إلى المبحث الأول من الفصل الثاني من الباب الثاني من هاته الدراسة.

2/ جهات التصديق الإلكتروني⁽⁵⁾: نظراً لأهمية الدور الذي تلعبه هذه الجهات في خلق نوع من الثقة ومد جسور التواصل بين الأطراف المتعاقدة إلكترونياً، فقد أولتها معظم التشريعات المتعلقة بالمعاملات

(1) ناصر حمودي، العقد الدولي الإلكتروني المبرم عبر الإنترنت مع التركيز على عقد البيع الدولي للبضائع، مرجع سابق، ص 339.

(2) سحر البكباشي، مرجع سابق، ص 44.

(3) إيمان مأمون أحمد سليمان، مرجع سابق، ص 257.

(4) عمر خالد زريقات، مرجع سابق، ص 256.

(5) وتطلق عليها عدة تسميات أخرى: فتسمى أيضاً الطرف الثالث المحايد أو سلطات الإشهار، جهات التوثيق الإلكتروني، مؤدي خدمات خدمات التصديق الإلكتروني..... وغيرها.

الإلكترونية أهمية خاصة، تجلت من خلال تنظيمهم لها، ذلك التنظيم الذي لم يغفل حتى مسألة تعريفها⁽¹⁾ وبدوره المشرع الجزائري قد عرف جهات التوثيق من خلال نص المادة 11/02 و12 من القانون 04-15 المتعلق بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين، التي تنص على أنه: " 11- الطرف الثالث الموثوق: شخص معنوي يقوم بمنح شهادات تصديق إلكتروني موصوفة، وقد يقدم خدمات أخرى متعلقة بالتصديق الإلكتروني لفائدة المتدخلين في الفرع الحكومي.

12- مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني: شخص طبيعي أو معنوي يقوم بمنح شهادات تصديق إلكتروني موصوفة، وقد يقدم خدمات أخرى متعلقة بالتصديق الإلكتروني"

يتضح من خلال نص هذه المادة أن المشرع يميز بين نوعين من جهات التصديق الإلكتروني معتمدا من المستفيد من الشهادة كميّار للتمييز بينهما وهما:

1-2/ الطرف الثالث الموثوق

الذي عرفه على أنه: شخص معنوي يقوم بمنح شهادات تصديق إلكتروني موصوفة، وقد يقدم خدمات أخرى متعلقة بالتصديق الإلكتروني لفائدة المتدخلين في الفرع الحكومي.

2-2/ مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني

عرفه المشرع على أنه شخص معنوي أو طبيعي يقوم بمنح شهادات تصديق إلكتروني موصوفة، وقد يقدم خدمات أخرى في مجال التصديق الإلكتروني.

وعليه إذا كان المستفيد من شهادة التصديق الإلكتروني "متدخل في الفرع الحكومي"⁽²⁾ اختص حينها الطرف الثالث الموثوق والذي يكون دائما حسب التعريف شخصا معنويا بمنح شهادة التصديق الإلكتروني الموصوفة له أو بتقديم الخدمات الأخرى في مجال التصديق الإلكتروني.

أما إذا كان المستفيد أو طالب شهادة التصديق الإلكتروني الموصوفة هو أي شخص آخر غير متدخل في الفرع الحكومي فيختص حينها بمنحها مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني الذي قد يكون

(1) عرفها قانون اليونسسترال النموذجي بشأن التوقيعات الإلكترونية لسنة 2001 من خلال م2/هـ، وعرفها التوجيه الأوروبي رقم 93 لسنة 1999 حول التوقيعات الإلكترونية في الفقرة 11 من المادة 02 (صادر هذا التوجيه بتاريخ 2000/01/19، ج.ر.ع 13 صادرة عن البرلمان الأوروبي)، وعرفها قانون إمارة دبي الخاص بالمعاملات والتجارة الإلكتروني رقم 02 لسنة 2002 بموجب المادة 02 سنة: وعرفها أخيرا القانون التونسي 83 لسنة 2000 الخاص بالمبادلات التجارية الإلكترونية بموجب الفصل 42 منه.

(2) يعرف المتدخل في الفرع الحكومي حسب الفقرة 11 من م 02 من ق 04-15 بأنه " المتدخلون في الفرع الحكومي: المؤسسات والإدارات العمومية والهيئات العمومية المحددة في التشريع المعمول به، والمؤسسات الوطنية المستقلة وسلطات الضبط، والمتدخلون في المبادلات ما بين البنوك، وكذا كل شخص أو كيان ينتمي إلى الفرع الحكومي بحكم طبيعته أو مهامه"

-حسب التعريف- شخصا طبيعيا أو معنويا، وذلك على خلاف الطرف الثالث الموثوق الذي يكون حسب تعريف المشرع شخصا معنويا دائما.

وقد أوكل المشرع لثلاث هيئات قام بإنشائها خصيصا مهمة مراقبة نشاط التصديق الإلكتروني في الجزائر وهي السلطة الوطنية للتصديق الإلكتروني⁽¹⁾، السلطة الحكومية للتصديق الإلكتروني⁽²⁾، السلطة الاقتصادية للتصديق الإلكتروني⁽³⁾.

هذه السلطات الثلاث يفترض أنها ستلعب دور همزة وصل بين مرسل التعبير عن الإرادة والمرسل إليه، فكل طرف من أطراف التعاقد الإلكتروني يحتاج إلى شخص محل ثقة يؤكد له هوية وأهلية الطرف الآخر المتعاقد معه، وصحة توقيعه، ويضمن له سلامة جدية المعاملة وبعدها عن الغش والاحتيال.

تقوم جهات التصديق الإلكتروني بمهمتها في تحديد هوية وأهلية أطراف التعاقد الإلكتروني عن طريق ما تصدره من شهادات تصديق إلكترونية، هذه الأخيرة عرفها المشرع الجزائري بموجب المادتين 02 و 15 من القانون 04-15، ممزا بشأنها أيضا بين نوعين اثنين هما، شهادة التصديق الإلكتروني العادية أو البسيطة عرفها من خلال المادة 7/2، وشهادة التصديق الإلكتروني الموصوفة، عرفها من خلال المادة 15 من القانون ذاته⁽⁴⁾.

ويقع على عاتق مصدر شهادات التصديق الإلكتروني المختلفة مسؤولية (عقدية أو تقصيرية) عن صحة البيانات والمعلومات المتضمنة في الشهادة الصادرة عنه حسب ما نصت عليه م 53 من القانون 04-15 السابق الذكر.

(1) تنشأ السلطة الوطنية لدى الوزير الأول وهي سلطة إدارية مستقلة نظمها المشرع من خلال المواد 16 إلى 25 ق 04-15.

(2) تنشأ السلطة الحكومية للتصديق الإلكتروني لدى الوزير المكلف بالبريد وتكنولوجيا الإعلام والاتصال، منظمة من خلال المواد 26، 27، 28 من ق 04-15.

(3) تعيين السلطة الاقتصادية للتصديق الإلكتروني لدى سلطة ضبط البريد والمواصلات السلكية واللاسلكية.

(4) تنص المادة 7/2 من القانون 04-15 على أن " شهادة التصديق الإلكتروني : وثيقة في شكل إلكتروني تثبت الصلة بين بيانات التحقق من التوقيع الإلكتروني و الموقع"، وتنص المادة 15 منه على أن " شهادة التصديق الإلكتروني الموصوفة: هي شهادة تصديق إلكتروني تتوفر فيها المتطلبات الآتية - 1 : أن تمنح من قبل طرف ثالث موثوق أو من قبل مؤدي خدمات تصديق إلكتروني، طبقا لسياسة التصديق الإلكتروني الموافق عليها - 2 أن تمنح للموقع دون سواء - 3 يجب أن تتضمن على الخصوص : أ - إشارة تدلّ على أنه تم منح هذه الشهادة على أساس أنها شهادة تصديق إلكتروني موصوفة، ب - تحديد هوية الطرف الثالث الموثوق أو مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني المرخص له المصدر لشهادة التصديق الإلكتروني وكذا البلد الذي يقيم فيه، ج - اسم الموقع أو الاسم المستعار الذي يسمح بتحديد هويته، د - إمكانية إدراج صفة خاصة للموقع عند الاقتضاء وذلك حسب الغرض من استعمال شهادة التصديق الإلكتروني، هـ - بيانات تتعلق بالتحقق من التوقيع الإلكتروني، وتكون موافقة لبيانات إنشاء التوقيع الإلكتروني، والإشارة إلى بداية و نهاية مدة صلاحية شهادة التصديق الإلكتروني، ز- رمز تعريف شهادة التصديق الإلكتروني، ح - التوقيع الإلكتروني الموصوف لمؤدي خدمات التصديق الإلكتروني أو للطرف الثالث الموثوق الذي منح شهادة التصديق الإلكتروني ط - حدود استعمال شهادة التصديق الإلكتروني عند الاقتضاء، ي - حدود قيمة المعاملات التي قد تستعمل من أجلها شهادة التصديق الإلكتروني، عند الاقتضاء، ك - الإشارة إلى الوثيقة التي تثبت تمثيل شخص طبيعي أو معنوي آخر، عند الاقتضاء".

3/ تقنية البطاقات الذكية : تعرف البطاقات الذكية بأنها رقائق إلكترونية يتم تصنيعها من لدائن معالجة بكثافة السيليكون ومن وحدات وشرائح فائقة القدرة، يمكن من خلالها تخزين البيانات الخاصة بصاحبها، مثل الاسم واللقب، السن والحالة العائلية ومحل الإقامة والرقم السري الخاص بالبطاقة وغيرها من المعلومات والبيانات⁽¹⁾، وبفضل ما يخزن عليها من معلومات خاصة بصاحبها تلعب هذه البطاقات دورا في تحديد هويته ومن ثم أهليته.

كما أن هذه البطاقات تزود بعدة عناصر للحماية ضد عمليات التزوير وسوء الاستخدام من قبل الغير في حال سرقتها أو ضياعها، أو محاولة تقليدها نظرا لنوع اللدائن المستخدمة في صنعها والشرط الممغنط الذي تحتويه كل بطاقة، والرقم السري وعدم القدرة على فتح الغطاء الخارجي لها دون إتلافها⁽²⁾.

غير أن هذه الوسيلة وإن كانت فعالة من الناحية النظرية في التحقق من هوية وأهلية المتعاقدين، إلا أنها لم تحقق انتشارا واسعا، بحيث بقي استخدامها محصورا في نطاق ضيق لا يكاد يتعدى بعض المؤسسات والهيئات والبنوك⁽³⁾.

4/ تقنية حاجز النار

حاجز النار أو الجدار الناري عبارة عن برمجيات تقنية متطورة لها القدرة على تصميم شبكات صعبة الاختراق، وأنظمة فعالة لكشف عمليات التسلل غير القانوني للأشخاص وغير المرخص، إذ تقوم حينها تلك البرمجيات بإرسال رسائل تحذيرية عند اختراق القراصنة للشبكة، كما لها قدرة فائقة على التعرف على هوية المستخدمين أو المتعاملين من خلال كلمات السر أو البطاقات الذكية أو كلاهما⁽⁴⁾.

والجدران النارية على نوعين:

1-4/ الحائط المصفي : يتم من خلاله التدقيق في كل حزمة بيانات تمر من حدود الشبكة، فيقوم بتفحص العناوين، ويستطيع هذا الحائط أن يقرر أي من تلك البيانات يمكن أن يمر إلى الشبكة، ومن ثم يقوم بمنع المعلومات أو البيانات غير المسموح بها⁽⁵⁾.

(1) علاء محمد الفواعير، مرجع سابق، ص 174.

(2) المرجع نفسه، ص 174.

(3) عبد الحميد ثروت، مرجع سابق، ص 73.

(4) إسماعيل عبد النبي شاهين، أمن المعلومات في الإنترنت، بحث مقدم في مؤتمر القانون والكمبيوتر والإنترنت، كلية الشريعة والقانون بالتعاون مع مركز الإمارات للدراسات والبحوث الإستراتيجية ومركز تقنية المعلومات بجامعة الإمارات العربية المتحدة المنعقد من 1-3 ماي سنة 2000، المجلد 3، ط 3، 2004، ص 975 وما بعدها.

(5) عبد الفتاح محمود الكيلاني، المسؤولية المدنية الناشئة عن المعاملات الإلكترونية عبر الإنترنت، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية 2011، ص 167.

4-2/ الحائط المفوض: يتميز هذا الحائط بمنع أي مرور مباشر للمعلومات بين الشبكات الخارجية والشبكات المحلية، فإذا طلب أحد مستخدمي الشبكة المحمية بهذا الجدار صفحة موقع على النت فإن الحائط المفوض المقدم للخدمة يقوم بفحص هذه الصفحة ثم يمررها لطلابها بدون أن يكون هناك اتصال مباشر بين الحاسوب الطالب للصفحة وشبكة الانترنت.

5/ نظام مجال المعاملات بالتبادل الإلكتروني للبيانات

يقوم هذا النظام على أساس قانوني متفق عليه بداية بين الأعضاء المنتسبين إليه، يفرض عليهم معايير محددة بشأن البيانات من حيث البنية والمضمون ويوفر خدمات تبادل البيانات بين الأعضاء المستخدمين له فقط⁽¹⁾، وقد ظهر هذا النظام والمعروف أيضا باسم "أندية التبادل الإلكتروني للبيانات" مع بداية السبعينيات وكان يتميز باختصاره للوقت والتكاليف في تلبية حاجات التجارة والتسليم في الميعاد إلا أنه ليس بوسعه تلبية حاجات المعاملات الإلكترونية التي تتم بين غرباء لا توجد بينهم شراكة تجارية.

وتطبيقا لذلك هناك العديد من الشبكات (Réseaux) تعمل جميعها من خلال ناد تحكمه قواعد اشتراك تلزم بإتباع معايير تقنية عند نقل البيانات والرسائل في إطار عقود موقعة من الأطراف مثل: شبكتي (LIMENT) و (RINET) العاملتين في مجال التأمين، وشركة (ODETTE) العاملة في مجال تجارة السيارات وغيرها⁽²⁾.

6/ تقنية العقود الإلكترونية النموذجية

تعتبر هذه التقنية من أهم الوسائل غير المباشرة التي يعتمد عليها الموردين للكشف عن هوية الزبون أو المتعامل، إذ يمكن أن تساعد طريقة صياغة نماذج العقود الإلكترونية بشكل ملائم وبلغة سلسلة على منع الفئات غير المرغوبة على الخط من التعاقد، حيث يتم النص صراحة في هذه النماذج على أنه لا يقبل إبرام هذا العقد مع من لم يبلغ سن الرشد، ويتم تحديد بقية شروط التزود بالخدمة أو السلعة، كما يقوم صاحب الموقع من خلال هذه النماذج بلفت انتباه زائر الموقع إلى ضرورة الإفصاح عن عمره، ومن ثم تأكيد أهليته قبل إبداء رغبته في التعاقد وذلك ضمن الشروط العامة للبيع⁽³⁾، وكمثال عليها ما نجده بالنسبة للشروط المطبقة على الأشخاص الراغبين في استعمال خدمات موقع (YAHOO) من أجل شراء سلع بالمزاد.

ومن خلال القيام بفحص بسيط للمواقع الإلكترونية عبر شبكة الانترنت يتبين أن الوسيلة الأخيرة هي الأكثر استخداما في الوقت الراهن⁽⁴⁾، وذلك بالرغم من أنها غير مضمونة فقد يدل زائر الموقع ببيانات

(1) بشار عصمت سميج سكري، مرجع سابق، ص 118.

(2) المرجع نفسه، ص 118.

(3) MAS Florance, op.cit, p

(4) مندي عبد الله محمود حجازي، مرجع سابق، ص 173.

مخالفة للحقيقة بشأن أهليته، خاصة في ظل غياب نصوص قانونية ترتب مسؤولية على الإدلاء ببيانات غير صحيحة وهذا ما يدعو إلى وضع نصوص قانونية تضمن ترتيب جزاء على ذلك⁽¹⁾.

ثالثا/ الوسائل المقترحة من طرف الفقه

أخذ الفقه بنظرية الوضع الظاهر⁽²⁾ كحل لمشكلة إسناد الإرادة والتحقق من الأهلية، وهي النظرية التي تقضي بأن ناقص الأهلية أو عديمها أو من في حكمها متى اتخذوا بوسائل احتيالية مظهر الشخص البالغ الراشد، وكان المتعاقد الآخر عبر الإنترنت غير عالم بهذه الحالة، ولم يكن باستطاعته أن يعلم بها ببذل جهد معقول واطمأن لكمال أهلية المتعاقد معه، فإنه ينبغي حينها حماية هذا المتعاقد الحسن النية، وتغليب مصلحته على مصلحة القاصر⁽³⁾، وذلك لعدة اعتبارات منها:

أ/ أنه لا يعقل أن يكافأ عديم الأهلية أو ناقصها على تدليس وخداعه للطرف الآخر الحسن النية.

ب/ حماية الثقة والأمان لدى المتعاملين عبر الشبكة.

ج/ حفاظا على استقرار المعاملات الإلكترونية.

د/ أن مسألة التأكد من أهلية كل الأشخاص المتعاقدين إلكترونيا قد أصبحت ضربا من الخيال نظرا للسرعة التي أصبحت تميز هذه العقود⁽⁴⁾، ولا يمكن بأي شكل من الأشكال تحميل المتعاقد مهمة التأكد من أهلية كل شخص يتعاقد معه، والقول بغير ذلك يؤدي إلى تحميله بما لا يطيق⁽⁵⁾.

فانطلاقا من هاته الاعتبارات وغيرها نادى الفقه بضرورة الأخذ بهذه النظرية لحل مشكلة الثبوت من أهلية المتعاقد أو صحة تمثيله لشخص آخر مراعاة للطابع الخاص للعقود الإلكترونية.

الفرع الثالث: صعوبة إعمال قواعد الإسناد التقليدية بشأن الأهلية الإلكترونية

إضافة إلى الصعوبات السابق طرحها بشأن الأهلية الإلكترونية والتي أعطتها نوعا من الخصوصية تثار صعوبة أخرى متعلقة بكيفية تطبيق قواعد الإسناد التقليدية على هاته الأهلية في ظل لامادية البيئة الإلكترونية وعدم اعترافها بالحدود الدولية.

(1) بخالد عجالي، مرجع سابق، ص 213.

(2) ويقصد بمبدأ الظاهر: "ذلك المصطلح القانوني الذي يعني «إتمام تصرف في ظروف من شأنها أن يعتقد أحد أطرافه على عكس الحقيقة- اعتقادا مبررا بقانونية مركز المتصرف ويترب على ذلك نفاذ التصرف كما لو كان صادرا عن صاحب مركز قانوني صحيح».

(3) في هذا المعنى: لزهري بن سعيد، مرجع سابق، ص 98، بشار عصمت سميح سكري، مرجع سابق، ص 108، ناصر حمودي، العقد الدولي الإلكتروني المبرم عبر الإنترنت مع التركيز على عقد البيع الدولي للبضائع، مرجع سابق، ص. ص: 215-216، مندي عبد الله محمود مجازي، مرجع سابق، ص 170.

(4) MAS Florence, op.cit,p181.

(5) ناصر حمودي، العقد الدولي الإلكتروني المبرم عبر الإنترنت مع التركيز ...، مرجع سابق، ص 215، وآمانج رحيم أحمد، ص 223.

أولاً/ تحديد ممكن الصعوبة في تطبيق قواعد الإسناد التقليدية على الأهلية الإلكترونية: يتميز التعاقد الإلكتروني بأنه تعاقد عن بعد يتم عبر وسائل اتصال حديثة في مقدمتها شبكة الانترنت، التي تتميز بعالميتها ويدورها في إلغاء الحواجز الفاصلة بين الدول جغرافياً، وبكونها غير محاطة بقيود زمنية أو مكانية، فقد سهلت هذه الوسائل على الفرد أياً كانت صفته تاجراً أم مستهلكاً إبرام تصرفات قانونية تتسم بالطابع الدولي، بحيث يتم في أغلب الأحيان إبرام العقود الإلكترونية بين أطراف من جنسيات مختلفة.

هذا الاختلاف في جنسيات الأطراف يستتبعه لا محالة اختلاف في التشريعات والأنظمة القانونية من دولة إلى أخرى، خاصة فيما يتعلق بمسألة الأهلية وتحديد سن الرشد، وهو ما أدى إلى ظهور إشكالية القانون الواجب التطبيق على الأهلية في حال ما إذا كان طرفي العقد المبرم إلكترونياً من دولتين مختلفتين -وهي الحالة الغالبة في العقود الإلكترونية- يختلف تبعاً لاختلافهما سن الرشد وأحكام الأهلية.

وهو ما ينتج عنه أن يكون أحد الطرفين كامل الأهلية بالنسبة لقانونه الشخصي وناقصها بالنسبة لقانون الطرف الآخر، كأن يبرم شخص جزائري بالغ راشد عقداً مع شخص آخر مصري -مثلاً- فحينها يعتبر هذا الشخص بالغاً راشداً حسب القانون الجزائري، إلا أنه غير كذلك حسب القانون المصري الذي يحدد سن الرشد بـ 21 سنة كاملة حسب نص المادة 44 من القانون المدني⁽¹⁾، فإذا ما قام نزاع حول صحة هذا التصرف فأى القوانين هو الواجب التطبيق؟

ومن هنا يمكن أن نلمس إشكالية أثر اختلاف التشريعات على الأهلية في التعاقد الإلكتروني وحول مسألة تحديد القانون الواجب التطبيق عليها في حالة اختلاف جنسية طرفي العقد المبرم إلكترونياً، وهي الحالة الغالبة في مثل هذه العقود، خاصة في ظل عدم ملائمة جميع قواعد الإسناد التقليدية للتطبيق في البيئة الإلكترونية وعلى رأسها معيار مكان إبرام التصرف.

ثانياً/ مدى إمكانية احتواء صعوبة تحديد القانون الواجب التطبيق على الأهلية الإلكترونية

لم يشر المشرع الجزائري بموجب قانون التجارة الإلكترونية 18-05 إلى القانون الواجب التطبيق على الأهلية الإلكترونية، وهو ما يستفاد منه رغبته في الإبقاء على حكم القواعد العامة بخصوصها، وبالرجوع إلى هاتمة الأخيرة نجد أنه نص من خلال المادة 10 ق م على أنه "يسري على الحالة المدنية للأشخاص وأهليتهم قانون الدولة التي ينتمون إليها بجنسيتهم، ومع ذلك ففي التصرفات المالية التي تعقد في الجزائر وتنتج أثرها فيها، إذا كان أحد الطرفين أجنبياً ناقص الأهلية وكان نقص أهليته يرجع إلى سبب فيه خفاء لا يسهل تبينه على الطرف الآخر، فإن هذا السبب لا يؤثر في أهليته وفي صحة المعاملة.

(1) القانون المدني المصري رقم 131 لسنة 1948 المعدل و المتمم، مؤرخ في 16/7/1948، الوقائع المصرية عدد رقم 108 مكرر(أ)، صادر بتاريخ 29/07/1948 متاح على الموقع: <http://www.incometax.gov.eg/New%20LAWs/law-131-1948.pdf>

أما الأشخاص الاعتبارية من شركات وجمعيات ومؤسسات وغيرها يسري على نظامها القانوني قانون الدولة التي يوجد فيها مقرها الاجتماعي الرئيسي و الفعلي.

غير أنه إذا مارست الأشخاص الاعتبارية الأجنبية نشاطا في الجزائر، فإنها تخضع للقانون الجزائري"

يتضح من خلال النص أعلاه أن المشرع قرر إخضاع الأهلية بما فيها الأهلية الإلكترونية إلى قانون الدولة التي ينتمي إليها الشخص بجنسيته، وتطبق بشأنها أحكامه كمبدأ، إلا أن هذا المبدأ ليس مطلقا بل يرد عليه استثناء مفاده خضوع الأهلية إلى القانون الجزائري إذا توافرت الشروط التالية:

- 1- أن يكون أحد المتعاقدين جزائري الجنسية بالغ سن الرشد.
- 2- أن يكون التصرف ماليا منعقدا أو مبرما في الجزائر ومنتجا لأثره فيها.
- 3- أن يكون نقص أهلية الأجنبي راجع إلى سبب فيه خفاء لا يسهل تبينه على الطرف الآخر.

فإذا توافرت هذه الشروط وأمكن توطين العقد الإلكتروني بالجزائر فإن نقص أهلية الأجنبي لا يؤثر في صحة هذا العقد، وهو الحل ذاته الذي تم تبنيه بموجب نص المادة 11 من اتفاقية روما الخاصة بالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية، والمقابلة لنص المادة 10 من التقنين المدني.

وقد اتخذ الرأي الراجح في الفقه من مبدأ الجهل بالقانون الأجنبي، كأساس لهذا الاستثناء من الناحية القانونية، ففي حالة التعاقد مع أجنبي ناقص الأهلية لا يعقل أن يكلف الشخص بالبحث في قانون حوالي 180 دولة من أجل تجنب التعاقد مع ناقص الأهلية⁽¹⁾، والقول بغير ذلك يؤدي إلى تحميله بما لا يطيق إن لم نقل بما يستحيل عليه تحقيقه.

وهو ما أكدت عليه محكمة النقض الفرنسية صراحة في حكم شهير لها في قضية مواطن مكسيكي تعرف باسم قضية (LIZARDI)، وهي القضية التي تتلخص وقائعها في: أن شابا مكسيكيا يبلغ من العمر 23 عام عاش في فرنسا عشية بذخ وترف، واشترى مجوهرات قيمتها 80 ألف فرنك فرنسي وحرر بها شيكات في نفس الوقت، فلما طالبه بائع المجوهرات بدفع الثمن، دفع الشاب المكسيكي ببطلان عقد البيع والشيكات لأنه قاصر وفق أحكام القانون المكسيكي الذي يحدد سن الرشد ب 25 سنة وهو القانون الواجب التطبيق حسب قاعدة الإسناد الفرنسية، فقررت محكمة الموضوع وأيدتها محكمة النقض في حكمها الصادر في 16 جانفي 1861 استبعاد حكم القانون المكسيكي، وتطبيق القانون الفرنسي الذي كان الشاب المكسيكي أهلا بالنسبة إليه، إذ كان يحدد سن الرشد ب 21 سنة، وبالتالي إلزامه بدفع المبلغ⁽²⁾.

(1) MAS Florence, op.cit, pp181-182.

(2) علاء محمد الفواعير، مرجع سابق، ص. ص: 190-191.

فقضت تبعا لذلك بصحة التصرفات التي أبرمها lizardi، وبعدم إمكانية إبطالها رغم نقص أهليته حسب قانون جنسيته، وذلك بسبب جمل الفرنسيين بالقانون المكسيكي ولهم عذرهم في ذلك، إضافة إلى أن هذا الشاب المكسيكي قد خدعهم إضرارا بمصالحهم، ثم أردفت قائلة: (وبما أنه في مثل هذه الحالة، لا يمكن أن يلزم الفرنسي بمعرفة قوانين الدول المختلفة ونصوصها المتعلقة بالقصر والبلوغ، وأنه يكفي إذا لصحة العقد أن يتعاقد الفرنسي عن استحقاق دون علم احتياط وبحسن نية)⁽¹⁾.

إلا أن هذا الحل يبقى قابلا للتطبيق بمناسبة العقود التي تبرم داخل إقليم دولة واحدة بين وطني وأجنبي، وهو ما يثير التساؤل عن العقود التي تتم عبر الشبكة وتتعلق بعدد كبير من الدول لا يقيم أطرافها بالضرورة في بلد واحد⁽²⁾، وهو ما يرجعنا في النهاية إلى ضرورة تأكد الشخص قبل أن يرسل أو يقبل تعبيرا عن الإرادة من هوية وأهلية الطرف الآخر، وله في ذلك استخدام مختلف الوسائل التي سبق ذكرها، فإن فشلت كان له-كما سبقت الإشارة إليه- الرجوع على ناقص الأهلية وفقا لأحكام المسؤولية التقصيرية إن توافرت شروطها.

(1) ANCEL Bertrand et LOQUETTE Yves, *Les grands Arrêts de la jurisprudence française de droit internationale privé*, édition Dalloz, Paris, 1998, pp.34-40, D.P. 1861.1.193, 5.1861.1-305. Note MASSE.

(2) MAS Florence, op.cit, p182.

المبحث الثاني: تحري سلامة الإرادة المعبر عنها بالكتابة الإلكترونية

لا يكفي لصحة التراضي الإلكتروني مجرد توافر الأهلية القانونية لدى الأطراف المتعاقدة، بل يجب أن تكون إرادة كل متعاقد سليمة وخالية من العيوب تحت طائلة قابلية العقد للإبطال لمصلحة من كان رضاه مشوباً بعيب.

وإذا كان لا يختلف اثنان حول ما تحتله نظرية عيوب الإرادة من مكانة بارزة ضمن قواعد النظرية العامة للعقد المبرم في بيئة تقليدية، فإنه في ظل العقود المبرمة في بيئة إلكترونية افتراضية، دولية ولا مادية ثار خلاف بين الفقهاء حول مكانة نظرية عيوب الإرادة، أين انقسموا على أنفسهم إلى قسمين، يرى الأول منها⁽¹⁾ بأن العقود الإلكترونية قليلة التأثير بعيوب الإرادة، وأن هذه الأخيرة في التراضي الإلكتروني لا تخرج عن كونها مجرد أمثلة تستوعبها القواعد العامة، إلى جانب صعوبة التأكد من سلامة الإرادة وخلوها من العيوب في ظل البيئة الرقمية.

وحجتهم في ذلك أن أحكام العقد الإلكتروني تسمح للمتعاقد بإعادة الحالة إلى ما كانت عليه قبل التعاقد، وذلك دون الحاجة إلى المطالبة بالإبطال استناداً إلى أحد عيوب الإدارة في إطار ما يعرف بالحق في العدول كآلية لحماية المستهلك، فما أسهل أن يخطر المتعاقد الطرف الآخر برجوعه عن إتمام العقد الإلكتروني حتى يتخلص من العقد وكل تبعاته، ودونما حاجة إلى اللجوء إلى القضاء⁽²⁾.

في حين يرى القسم الثاني⁽³⁾، أن أهمية نظرية عيوب الإرادة تزداد في ظل العقود الإلكترونية، وأنه يجب توسيع نطاق أعمالها، وحجتهم في ذلك الطابع التقني الذي يميز بيئة العقود الإلكترونية والذي يتسم بالتعقيدات التكنولوجية من جهة، وأن العقد الإلكتروني يتم إبرامه عن بعد وهذه حقيقة، والأمر يبقى على حقيقته تلك حتى ولو عاملناه من الناحية القانونية كالتعاقد بين حاضرين من جهة أخرى، أضف إلى ذلك أن هذه العقود تبرم في الغالب بين طرفين غير متكافئين، حيث يستحوذ فيها أحد الأطراف وهو البائع أو منتج السلعة أو مقدم الخدمة على معرفة وخبرة تكنولوجية عالية غير معتادة، يصعب على العميل أو الزبون العادي استيعابها ومجاراتها لقلة خبرته الاقتصادية والفنية⁽⁴⁾.

وبدوري أضف رأيي إلى رأي القسم الثاني، وأؤكد على أهمية نظرية عيوب الإرادة بالنسبة للتراضي الإلكتروني، خاصة إذا ما علمنا أن حق المستهلك في العدول عن إتمام العقد -وهو البديل الذي أراده

(1) فادي محمد عماد الدين توكّل، مرجع سابق، ص 97، ولزهر بن سعيد، مرجع سابق، ص 99، ومنصور الصرايرة، الإطار القانوني للعقد المبرم عبر وسائل الاتصال الإلكترونية: دراسة في التشريع الأردني، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، مجلد 25، العدد 2، 2009، ص 840، و

-MAINGUY Daniel, op.cit, p219.

(2) مجاهد أسامة أبو الحسن،، التعاقد عبر الإنترنت، مرجع سابق، ص 112.

(3) علاء محمد الفواعير، مرجع سابق، ص 192، بشار محمود دودين، مرجع سابق، ص 154، أنس محمد شرف اليوسفي، مرجع سابق ص 214.

(4) أنظر: مندي عبد الله محمود حجازي، مرجع سابق، ص 190، بشار محمود دودين، مرجع سابق، ص 154، علاء محمد الفواعير، مرجع سابق، ص 192، أنس محمد شرف اليوسفي، مرجع سابق، ص 214.

القسم الأول لنظرية عيوب الإرادة- لا يقيه تكاليف نقل البضاعة أو السلعة إذا ما مارس حقه في العدول بل يتحملها هو كتعويض للطرف الآخر الذي سيتضرر جراء العدول عن العقد، وذلك على عكس نظرية عيوب الإرادة التي إن تقرر إبطال العقد على أساسها فإن المستهلك لا يتحمل من هذه التكاليف شيئاً. وعليه فتقرير حق الرجوع أو العدول برغبة أحد المتعاقدين غير كاف لإيجاد التوازن المختل بين الطرفين نتيجة للطبيعة التقنية للعقود الإلكترونية، وغير كاف أيضاً لتعويض المتعاقد عما قد يصيبه من ضرر نتيجة لتعاقدته بإرادة معيبة، لذلك فإن إعمال أحكام نظرية عيوب الإرادة يبقى أولى من تلك الحماية المقررة قانوناً للمتعاقد المستهلك بموجب حق العدول عن إتمام العقد.

سيتم الاكتفاء من خلال هذا المبحث بالتطرق إلى عيوب الإرادة في مجال التراضي الإلكتروني، مع التركيز فقط على أوجه الخصوصية ودون حاجة إلى تكرار تفاصيل القواعد العامة بشأنها إلا بالقدر اللازم لتوضيح هذه العيوب (مطلب أول)، وإلى الحماية الخاصة التي أقرها المشرع لرضا المتعاقد إلكترونياً متى ما اتخذ وصف المستهلك الإلكتروني (مطلب ثاني).

المطلب الأول: سلامة الإرادة الإلكترونية من عيوب الرضا

خضع التراضي التقليدي لهزة كبيرة فيما يتعلق بمدى خضوعه لعيوب الإرادة عندما يتعلق الأمر بمعاملات لامادية، فالتعامل الإلكتروني لا يتطلب المادية سواء بالنسبة للمحل المتعاقد عليه ولا حتى بالنسبة لمراحل إبرام العقد⁽¹⁾.

وتتمثل عيوب الإرادة التي حصرتها مختلف التشريعات المدنية ومن بينها القانون المدني الجزائري في أربعة عيوب هي: الغلط، التدليس، الإكراه، الاستغلال، وسيتم التطرق إلى كل واحد منها على حده بهدف الوقوف على خصوصيتها ومعرفة مدى الحماية التي توفرها هذه العيوب للمتعاقد في العقود الإلكترونية، وذلك من خلال الفروع الموالية.

الفرع الأول: سلامة الإرادة الإلكترونية من عيوب الرضا الواهم

تتمثل عيوب الرضا الواهم في كل من الغلط الذي يقع بموجبه الشخص في الوهم من تلقاء نفسه (أولاً) والتدليس الذي يقع بموجبه الشخص في الوهم نتيجة طرق احتيالية تمارس عليه (ثانياً).

أولاً/ خصوصية عيب الغلط وأثره في التعبير عن الإرادة إلكترونياً

نتطرق من خلال هذا الفرع إلى أحكام الغلط بصفة عامة والمستمدة من النظرية العامة للعقد، في محاولة لمعرفة مدى إمكانية وقوع المتعاقد إلكترونياً في الغلط بمفهومه التقليدي، ومدى صلاحية القواعد

(1) HOTAIT Mazen, *Protection du consommateur dans les contrats conclus sur internet*, thèse pour le Doctorat en droit, université Panthéon-Assas, Paris 2, 29 septembre 2008.

القانونية النازمة له للتطبيق في البيئة الإلكترونية (أ)، ثم إلى الغلط الذي ظهر في البيئة الافتراضية نتيجة استخدام الوسائط الإلكترونية المؤتمتة في عملية التعبير عن الإرادة وإبرام العقود (ب).

أ/ الغلط بمفهومه التقليدي ومدى إمكانية وقوعه في البيئة الإلكترونية

يعرف الغلط بأنه وهم يقوم في نفس وذهن الشخص يجعله يتصور الواقع على خلاف حقيقته⁽¹⁾ وخلاف حقيقة الواقع إما أن يكون واقعة غير صحيحة يتوهم الشخص صحتها، أو واقعة صحيحة يتوهم عدم صحتها⁽²⁾.

أما بشأن أنواع الغلط فقد حددتها المواد 82 و83 و84 من ق.م وميزت في ذلك بين الغلط في الواقع (م 82 ق م) والغلط في القانون (م 83) والغلط المادي (م 84)، في حين اشترطت المادة 81 ق م للتمسك بالغلط في الواقع أو في القانون أن يثبت التمسك به أنه وقع في غلط جوهري وقت إبرام العقد، ما يستنتج معه أنه ليس كل غلط يقع المتعاقد فيه يسمح له بطلب إبطال العقد، وإنما يشترط في هذا الغلط أن يكون جوهرياً ويكون الغلط جوهرياً حسب نص الفقرة 01 من المادة 82 ق م إذا بلغ حداً من الجسامة بحيث يمتنع معه المتعاقد عن إبرام العقد لو لم يقع فيه.

وإذا كان يسهل على القاضي في إطار البيئة التقليدية أن يحدد اعتماداً على معيار شخصي مدى اعتبار الغلط جوهرياً من عدمه، فإنه في ظل العقود الإلكترونية يعتبر تحديد المقصود بالغلط الجوهري من الأمور الدقيقة والصعبة، ذلك أن خاصية التقنية التي تميز العقود الإلكترونية قد تدفع البعض إلى التسرع بإقرار وقوع المتعاقد في غلط استناداً إلى عدم خبرته الفنية أو الاقتصادية، وهو الأمر الذي لا يستقيم مع مقتضيات استقرار المعاملات⁽³⁾، ويزداد الأمر صعوبة عندما يتعلق الأمر بإثبات الوقائع، ذلك أن القابل قد لا يكون على علم بكل شروط العقد نتيجة لغموضها، مما يؤدي به إلى تقدير خاطئ لحقيقة تعهداته⁽⁴⁾.

كما عدت الفقرتين 02 و03 من المادة 82 ق.م صور الغلط الجوهري، واعتبرته كذلك على الأخص إذا وقع في صفة للشئ يراها المتعاقدان جوهرياً أو وجب اعتبارها كذلك نظراً لشروط العقد ولحسن النية، أو إذا وقع في ذات المتعاقد أو في صفة من صفاته، وكانت تلك الذات أو الصفة السبب الرئيسي في التعاقد، واشترطت المادة 83 لإبطال العقد لغلط في القانون أن تتوافر فيه شروط الغلط في الواقع، أما المادة 84 ق.م فقد جعلت من الغلط في الحساب وغلطات القلم (الغلط المادي) غير ذات أثر إلا وجوب

(1) عبد الودود يحيى، الموجز في النظرية العامة للالتزامات: مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، 1994، ص 88، إبراهيم الدسوقي أبو الليل، العقد غير اللازم - دراسة مقارنة متعمقة في الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، مطبوعات جامعة الكويت، الكويت 1994، ص 125.

(2) عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد: مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص 289.

(3) مندي عبد الله محمود حجازي، التعبير عن الإرادة عن طريق الإنترنت وإثبات التعاقد الإلكتروني وفقاً لقواعد الفقه الإسلامي والقانون المدني، مرجع سابق ص 197.

(4) RONDEAU Dominique, « L'impact de l'erreur dans les contrats de vente passé sur internet »

Gaz.Pal, 23 avril 2003, p904 .

تصحيحها، وكل تلك الأنواع يمكن تصور وجودها في العقود المبرمة إلكترونياً، ويمكن أن تطبق بشأنها القواعد العامة لنظرية الغلط.

إلا أن ممكن الخطر في مجال وسائل الاتصال الحديثة، أنها أظهرت أنواعاً جديدة للغلط ففي الوقت الذي يرى فيه البعض أن أكثر أنواع الغلط شيوعاً عبر الإنترنت هو الغلط المادي في الحساب أو في أمور معتادة في التعامل عند كتابة أو إرسال رسائل البيانات المتضمنة للتعبير عن الإرادة⁽¹⁾، يرى البعض الآخر أن أكثر أنواع الغلط شيوعاً هو الغلط في القانون، نظراً لانفتاح شبكة الإنترنت على العالم كله مما يصعب على المتعاقد تفادي الوقوع في الغلط في ظل اختلاف أحكامه من نظام قانوني لآخر⁽²⁾، نتيجة ما تنطوي عليه من كثرة في الأخطاء التقنية، الأمر الذي يمكن أن ينال من تكامل رسائل البيانات المتضمنة للتعبير عن الإرادة وتبادل المعلومات أو يعيها أو يسهل التدخل الاحتيالي فيها من قبل الغير⁽³⁾.

كما أظهر مجال التعامل الإلكتروني إمكانية الوقوع في غلط نتيجة التعامل مع الآلة أو الخطأ في الضغط على لوحة المفاتيح وهي كلها أمور تتميز بصعوبة الإثبات، وبكثرة وقوع المستعملين فيها⁽⁴⁾، إذ كثيراً ما يقع المتعاقد عبر وسائل الاتصال الحديثة في غلط بسبب البعد المكاني بين الأطراف، الأمر الذي جعل من مسألة حصر أنماط أو صور الوقوع في الغلط أثناء إبرام المعاملات الإلكترونية أمراً صعباً، لا يختلف عما يمكن أن يحدث في المعاملات التقليدية⁽⁵⁾.

فالمتعاقدين في مثل هذه العقود غالباً ما يقع في الغلط بسبب العرض الناقص للسلع والمنتجات وعدم وضوحه، وكذا انتشار العقود النموذجية عبر الشبكة وشدة تعقيد الشروط التي تتضمنها أو غموضها وإمكانية اصطدام المتعاقد بعامل اللغة، أيضاً عدم خبرة المتعاقد وقلة تحوطه وتبصره، كل ذلك قد يدفعه إلى الغلط في أوصاف الشيء الذي يتعاقد بشأنه أو في فهم شرط من شروط العقد⁽⁶⁾.

إشكال آخر يثيره التعاقد عبر الإنترنت تبرز من خلاله خصوصية عيب الغلط في العقود الإلكترونية فقد أظهر مجال التعامل الإلكتروني إمكانية حدوث خطأ في التواصل مع الشبكة، حيث يخطئ المستعمل في اختيار الخانة التي يضغط عليها، محل النقر، ويترتب على ذلك انطلاق الإجراءات أو سلسلة الخطوات التي تؤدي به إلى أن يجد نفسه في النهاية متعاقداً رغم عدم اتجاه إرادته إلى ذلك، ففي مثل هكذا حالات

(1) أنظر آمانج رحيم أحمد، مرجع سابق، ص 213.

(2) ناصر حمودي، العقد الدولي الإلكتروني المبرم عبر الإنترنت، مع التركيز على عقد البيع الدولي للبضائع، مرجع سابق، ص 221.

(3) NAIMI- CHARBONNIER Marine, *La formation et l'exécution du contrat électronique*, thèse de Doctorat, université panthéon-Assas, Paris II, 2003, pp. 83-84.

(4) CHANIKIR Barhachima, *Problèmes juridiques poses par l'internet dans la vente internationale de marchandises*, DESS, diplôme d'études supérieures spécialisées en droit des Affaires, université d'Abomey-calavi bénin, et université de Lorme TOGO, 2003-2004 en ligne : [http : // www.segnelec.com](http://www.segnelec.com).p:15.

(5) فادي عماد الدين توكل، مرجع سابق، ص 99.

(6) أنس محمد شرف اليوسفي، ص 219.

يلاحظ أن فرض الاستخدام الخاطئ للأجهزة يعكس انعدام إرادة التعاقد على الإطلاق، في حين أن أحكام الغلط تفترض وجودها أولاً ثم تعيها⁽¹⁾.

غير أن التعامل مع مثل هذه الحالات يمكن أن يتم وفقاً لمفهوم الغلط المانع- الذي لم يأخذ به المشرع الجزائري- مع تطويعه لمواجهة مثل هذا الاحتمال، فبالنظر إلى انعدام إرادة التعاقد، فإن البطلان المطلق هو ما يلحق هذا العقد نتيجة الاتصال الخاطئ بين الأطراف وليس البطلان النسبي المترتب على إرادة موجودة إلا أنها معيبة⁽²⁾.

وما تجدر الإشارة إليه أن التطور التكنولوجي الذي أحدثته ثورة المعلومات والاتصالات قد أدى إلى تلاشي وضوح تدريجي للمبادئ القانونية التقليدية التي تفترض تساوي الأطراف في القدرة، ليحل محلها اهتمام تشريعي وفقهية بحماية الطرف الأقل خبرة من الناحية الاقتصادية أو الفنية⁽³⁾، وفي سياق ذلك جاء التوسع في فهم المقصود بعيوب الإرادة بغية حماية الطرف الأقل خبرة أو قدرة.

نتيجة لهذا الاهتمام التشريعي والفقهية بالمسألة فقد فرضت التشريعات على الطرف الأكثر خبرة في العقد الإلكتروني أن يوفر للطرف الثاني المعلومات الكافية التي يجب الإدلاء بها والتي تجعل المتعاقد الآخر يبرم العقد وهو على بينة من أمره في إطار ما يعرف "بالالتزام بالإعلام"، وإلا جاز له الطعن في العقد بالإبطال للغلط نتيجة عدم علمه الكافي بمحل التعاقد أو بشروط العقد، أو بسبب عدم تبصره بالدقائق التكنولوجية للمحل المتعاقد عليه، فعدم المعرفة التقنية لدى المتعاقد مع طرف محترف تعد سبباً وجيهاً لإبطال العقد للغلط لاسيما في المنتجات ذات الطبيعة التقنية كبرامج الحاسوب⁽⁴⁾، إذ غالباً ما يقع الغلط في مجال العقود الإلكترونية بسبب العرض الناقص للمنتجات.

ومع إلزام البائع أو المنتج أو مقدم الخدمة بالإفصاح وتوضيح كافة البيانات للزبون أو العميل سيصعب فيما بعد الاقتناع بأن هذا الأخير قد وقع في غلط، إذ يفترض فيه في هذه الحالة أنه قد تحرز وتدبر قبل الاقدام على اختيار محل التعاقد⁽⁵⁾، وهذا ما يظهر لأول وهلة عدم أهمية الغلط كعيب للإرادة من الناحية العملية، خاصة بعد إقرار حق المشتري في إرجاع المنتج استناداً إلى حق الرجوع المقرر للمستهلك في العقود الإلكترونية، ودون الحاجة إلى اللجوء إلى القضاء ولا إلى إثبات الوقوع في غلط.

بالرغم من ذلك -وحسب رأيي- فإن الاستناد إلى الغلط بوصفه عيباً من عيوب الإرادة، لا يفقد أهميته النظرية ولا العملية، نظراً لما يوفره هذا الاستناد من أعباء مالية على العميل أو الزبون، فهذا الأخير- كما سبقت الإشارة إليه- إذا ما طالب بإبطال العقد استناداً إلى عيب الغلط فإنه لن يتحمل

(1) خالد حمدي عبد الرحمان، التعبير عن الإرادة في العقد الإلكتروني، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006، ص 137.

(2) فادي عماد الدين توكل، مرجع سابق، ص 99.

(3) المرجع نفسه، ص 98.

(4) محمد حسين منصور، المسؤولية الإلكترونية، مرجع سابق، ص 73.

(5) حسن عبد الباسط جميعي، عقود برامج الحاسب الآلي: دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1998، ص 134.

مصرفات النقل التي كان سيتحملها فيما لو طالب بفسخ العقد استنادا لحقه في العدول، وفي هذا توفير كبير عليه، أضف إلى ذلك أن صفة عدم الخبرة أو عدم الاحتراف تعتبر في ظل العقود الإلكترونية عنصرا جوهريا من العناصر التي تسمح بتأكيد ادعاء المتعاقد بوقوعه في غلط جوهري، فهي القرائن التي يستعين بها القاضي في تقدير مدى توافر الغلط.

ب/ الغلط في التعاقد مع الوسيط الإلكتروني وطبيعته القانونية:

ظهر هذا النوع من الغلط نتيجة استخدام الوسائل التقنية على رأسها الوسائط الإلكترونية المؤتمتة في عملية التعبير عن الإرادة، وعليه سيتم التطرق إلى تحديد المقصود به (1)، وكيفية معالجته (2)، ثم تحديد طبيعته القانونية (3).

1/ المقصود بالغلط في التعاقد مع الوسيط الإلكتروني

لا يقصد بمفهوم الغلط في هذا المقام المعنى المألوف له كعيب من عيوب الإرادة المعروفة في النظرية العامة للعقد والمنصوص عليها بموجب المواد 81 إلى 91 من التقنين المدني، وإنما هو غلط من نوع خاص ظهر نتيجة استخدام الوسائط الإلكترونية المؤتمتة في عملية إبرام العقود إلكترونيا فيما بينها، أو بينها وبين شخص طبيعي أو معنوي، ومثاله أن ينقر أحد الأشخاص بالخطأ فوق أيقونة "القبول" على شاشة الحاسوب على عرض مقدم من طرف وسيط إلكتروني، فينعقد العقد مباشرة بتلاقي الإرادتين مبدئيا دون أن تتجه الإرادة الحقيقية والفعلية لهذا الشخص إلى قبول التعاقد.

وبالرغم من خطورة هكذا غلط إلا أن أغلبية التشريعات المنظمة للمعاملات والتجارة الإلكترونية⁽¹⁾ لم تتضمن نصوصا قانونية بخصوصه، وعلى رأسها قانون التجارة الإلكترونية الجزائري الذي وبالرغم من صدوره متأخرا، قد جاء خاليا تماما من الإشارة إلى الوسيط الإلكتروني فلم ينظم أحكامه و لم يحدد مدى مشروعية التعاقد من خلاله⁽²⁾.

في المقابل، أشارت بعض القوانين النازمة للمعاملات الإلكترونية إلى مسألة الغلط في التعاقد مع الوسيط الإلكتروني المؤتمت، من بينها قانون مملكة البحرين بشأن المعاملات الإلكترونية رقم 28 لسنة 2002 الذي نص من خلال الفقرة الثانية من المادة 11 على قابلية المعاملة الإلكترونية المبرمة مع وكيل إلكتروني للإبطال نتيجة غلط في حالات معينة، وذلك بعد أن أجاز إبرام العقد عن طريق تواصل ما بين

(1) منها القانون التونسي والأردني وقانون إمارة دبي فضلا عن قانون اليونسטרال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية.

(2) وذلك على خلاف العديد من القوانين المقارنة كقانون كندا الموحد بشأن التجارة الإلكترونية لسنة 1999 من خلال نص المادة 22 وقانون المبادلات الإلكترونية الموحد للولايات المتحدة الأمريكية لسنة 1999 من خلال نص المادة 210، اللذين تناولوا أحكام الغلط الذي يرتكبه أشخاص طبيعيين عند تعاملهم مع وسيط إلكتروني مؤتمت لشخص آخر، أنظر:

CAPRIOLI Eric, « L'agent électronique et le contrat », op.cit, p225.

وكيل إلكتروني وشخص ما أو من خلال تفاعل وكلاء إلكترونيين من خلال الفقرة الأولى من المادة نفسها⁽¹⁾.

فالملاحظ أن المشرع البحريني يستخدم مصطلح الوكيل الإلكتروني للدلالة على الوسيط الإلكتروني المؤتمت، وأنه كذلك استخدم مصطلح الخطأ الجوهري بدلا من مصطلح الغلط، على الرغم من الفرق الجوهري بين المصطلحين في الإصلاح القانوني⁽²⁾.

كما عالج هذه المسألة أيضا مشروع اتفاقية اليونسسترال للتعاقد الإلكتروني من خلال نص المادة 12 التي أجازت في فقرتها الأولى جواز التعبير عن الإرادة وتكوين العقد عن طريق الأجهزة المؤتمتة، واشترطت في فقرتها الثانية ضرورة توفير المستلزمات الفنية والتقنية لمعالجة الأخطاء التي يحتمل أن تقع ممن يتعاقد مع جهاز مؤتمت، ونصت الفقرة الثالثة منها على ما مفاده أن ليس للعقد الذي يبرمه شخص طبيعي -دون المعنوي- يستخدم نظاما حاسوبيا مؤتمتا تابعا لشخص آخر أثر قانوني، وليس واجب النفاذ إذا ارتكب الشخص الطبيعي خطأ ماديا⁽³⁾ في رسالة البيانات في حالات معينة⁽⁴⁾.

لكن الملاحظ من خلال مجمل هذه النصوص أنها تطرقت إلى الغلط الذي يقع من الشخص الذي يتعامل مع الوسيط الإلكتروني المؤتمت ذاته ومدى مسؤولية من يبرمج الجهاز للعمل لمصلحته، ومرد موقفها هذا هو ما اتجه إليه الفريق العامل المعني بالتجارة الإلكترونية لدى اليونسسترال، من أن المسؤولية القانونية عن الغلط الواقع من جانب الوسيط الإلكتروني ذاته إنما تقع على عاتق الشخص الذي يبرمج الوسيط للعمل لحسابه تلقائيا.

(1) حيث ينص على أنه: "تكون المعاملة الإلكترونية قابلة للإلغاء فيما بين شخص ووكيل إلكتروني لشخص آخر بمحض اختيار هذا الشخص:

أ. إذا ارتكب الشخص الأول خطأ جوهري في أية معلومات إلكترونية أو سجل إلكتروني استخدم في معاملة أو كان جزء من معاملة.

ب. لم يعط الوكيل الإلكتروني للشخص الفرصة لمنع الخطأ أو لتصحيحه.

ج. قام الشخص الأول فور علمه بالخطأ بإبلاغ الشخص الآخر دون إبطاء.

د. في الحالة التي يتسلم فيها مقابلا نتيجة للخطأ يقوم الشخص بما يلي:

1- إعادة المقابل المتسلم أو التخلص منه وذلك بحسب تعليمات الشخص الآخر أو إذا لم تكن هناك تعليمات أخرى يتعامل مع المقابل بطريقة مناسبة.

2- لا يستفيد ماديا بتسليم المقابل".

(2) ينصرف مصطلح الخطأ في الاصطلاح القانوني إلى الإخلال بالتزام قانوني أو عقدي في حين ينصرف الغلط إلى الحالة التي تقوم في نفس الشخص وتجعله يتوهم الأمر على غير حقيقته وهو عيب من عيوب الإرادة متى كان هو الدافع إلى التعاقد.

(3) استخدم نص المادة 12 من المشروع مصطلح "الخطأ" بالرغم من أنه عالج الموضوع تحت عبارة معالجة الخطأ والغلط.

(4) نصت الفقرة الثالثة من المادة 12 من المشروع على أنه: " ليس للعقد الذي يبرمه شخص طبيعي يستخدم نظاما حاسوبيا مؤتمتا تابعا لشخص آخر أثر قانوني، وليس واجب النفاذ إذا ارتكب الشخص الطبيعي خطأ ماديا في رسالة البيانات، وذلك إذا:

أ. لم يبح النظام الحاسوبي المؤتمت فرصة للشخص الطبيعي لمنع الخطأ أو تصحيحه.

ب. أبلغ الشخص الطبيعي الآخر بالخطأ أسرع ما يمكن عمليا عند علمه به وأوضح أنه (أو أنها) ارتكب خطأ في رسالة البيانات.

ج. اتخذ الشخص الطبيعي خطوات معقولة، بما في ذلك الخطوات التي تتفق وتعليمات الشخص الآخر بإعادة السلع أو الخدمات التي تسلمها، إذا كان قد تسلم شيئا نتيجة للخطأ أو إتلاف تلك السلع أو الخدمات إذا طلب منه ذلك.

د. لم يستخدم الشخص الطبيعي ما يكون قد تسلمه من سلع أو خدمات من الشخص الآخر ولم يحصل منه على أية منفعة أو قيمة مادية".

كما ذهب الفريق إلى ضرورة التخفيف من مسؤولية هذا الشخص إذا وجدت ظروف تقتضي ذلك، كأن لا يكون بإمكانه أن يتوقع من وسيطه الإلكتروني إصدار رسالة يشوبها غلط أو خطأ بشرط أن يأخذ بعين الاعتبار مدى التزام صاحب الوسيط بالتقنيات والتقنية والفنية وبأحدث البرامج المستخدمة للتحكم في الوسائط المؤتمتة، بالإضافة إلى مدى توفيره لوسائل تمكن من تصحيح الغلط.

2/ معالجة الغلط في التعاقد مع الوسيط الإلكتروني

تكون معالجة الغلط الذي يقع مع وسيط مؤتمت عند التعاقد صعبة نوعاً ما مقارنة بالغلط الذي يقع بين شخصين تعاقدوا إلكترونياً دون استخدام وسيط مؤتمت، حيث يمكن معالجة الغلط في هكذا حالات عن طريق إرسال رسالة بيانات تتضمن تصحيحاً إلى المرسل إليه في وقت مناسب قبل ترتيب الآثار القانونية، أما ومتى وقع الغلط عند التعاقد مع وسيط إلكتروني، فعملية معالجته ليست بهذه البساطة بسبب طبيعة الوسيط الذي يكون مبرمجاً على نحو لا يتجاوب مع محاولات الشخص لمعالجة الغلط بسهولة ويسر⁽¹⁾.

وفي هذا الصدد نصت المادة 12 من مشروع اتفاقية اليونسטרال للتعاقد الإلكتروني في فقرتها الثانية على أنه "مالم يتفق الطرفان صراحة على خلاف ذلك، يكون على الطرف الذي يعرض سلعا وخدمات عن طريق نظام حاسوبي مؤتمت أن يوفر للأطراف الذين يستخدمون النظام، الوسائل التقنية التي تسمح لهم بالتعرف على الأخطاء وتصحيحها قبل إبرام العقد. ويجب أن تكون الوسائل التقنية، التي يلزم توفيرها عملاً بهذه الفقرة ملائمة وفعالة وفي المتناول".

أما قانون التجارة الإلكترونية الجزائري فكما سبقت الإشارة إليه قد جاء خالياً من أية أحكام تخص الوسيط الإلكتروني للأسف، والذي نأمل أن ينظم أحكامه في أقرب تعديل سيمس قانون التجارة الإلكترونية نظراً لأهمية الدور الذي يلعبه هذا الوسيط في عملية إبرام المعاملات إلكترونياً.

3/ التكييف القانوني للغلط في التعاقد مع الوسيط الإلكتروني

في ظل غياب آراء فقهية أو نظريات محددة في تحديد الطبيعة القانونية لهذا النوع الجديد من الغلط وفي ظل ندرة النصوص القانونية المنظمة له بل وحتى انعدامها على المستوى الوطني، يصعب جداً تكييف الغلط في التعاقد مع الوسيط الإلكتروني، لكن بتطبيق القواعد العامة يمكن القول أن هذا الغلط إما أن يكون غلطاً مانعاً من انعقاد العقد ويعدم الإرادة كلية، أو يكون مجرد غلط مادي لا يؤثر على الإرادة ويكتفي حينها بتصحيحه.

فمثلاً: إذا كان هناك إيجاب إلكتروني صادر عن جهاز إلكتروني مؤتمت وقام الشخص متلقي الإيجاب بالضغط عن طريق الخطأ على أيقونة "القبول" ودون أن تتوجه إرادته الحقيقية إلى ذلك، فهنا يمكن القول

(1) آمانح رحيم أحمد، مرجع سابق، ص 135.

أن هكذا غلط هو غلط مادي يجب تصحيحه، متى كان بإمكان الشخص أن يمنع وصول القبول إلى الطرف الآخر⁽¹⁾، أو يرسل إليه رسالة يوضح فيها عدم اتجاه إرادته إلى القبول، أو من خلال مختلف الوسائل التقنية التي أشارت إليها المادة 2/12 السابقة الذكر، التي يلزم صاحب الوسيط بوضعها في المتناول.

فمثل هذا الغلط يمكن أن يضاف كصورة جديدة من صور الغلط المادي المنصوص عليه في المادة 84 من التقنين المدني، والتي تنص على أنه "لا يؤثر في صحة العقد مجرد الغلط في الحساب ولا غلطات القلم ولكن يجب تصحيح الغلط".

أما إذا لم يكن في استطاعة هذا الشخص تدارك الغلط أو تصحيحه إما لعدم خبرته أو لعدم توفير صاحب الوسيط الإلكتروني للوسائل الفنية والتقنية المتفق على توفيرها، فإن حكم العقد المبرم نتيجة هكذا غلط يختلف في مشروع اليونسترال لاتفاقية التعاقد الإلكتروني عن حكمه في قانون مملكة البحرين للمعاملات الإلكترونية⁽²⁾، إذ أنه:

واستناداً إلى نص الفقرة الثانية من المادة 11 من القانون البحريني للمعاملات الإلكترونية، فإن هذا الغلط لا يمنع من انعقاد العقد ولا يعدم الإرادة تماماً وأثره يقتصر على جعل العقد قابلاً للإبطال بمحض إرادة الشخص الذي وقع في الغلط عند تعاقد مع الوسيط الإلكتروني، وذلك على خلاف ما قضت به المادة 12 من المشروع من أن العقد المبرم نتيجة غلط مع وسيط إلكتروني لا يمكن تداركه يكون غير ذي أثر قانوني، وغير واجب النفاذ.

بمعنى أن هذا الغلط مانع من انعقاد العقد ويعدم الإرادة تماماً، بشرط أن يقوم الشخص الواقع في الغلط بإبلاغ الطرف الآخر بأسرع وقت ممكن فور علمه بوقوعه فيه، وتوضيحه في رسالة البيانات أنه ارتكب خطأ، وأن يتخذ خطوات معقولة في هذا الصدد، وأن يتخذ جميع الإجراءات التي يطلبها منه الطرف الآخر بهدف إبطال مفعول العقد، كأن يردّ السلعة أو الخدمات التي تسلمها.

والغلط بهذا المعنى يخرج من حيث أثره على العقد من نطاق الغلط المادي المشار إليه في المادة 84 ق م، إلا أنه يمكن أن يضاف من حيث ذات الأثر إلى صور الغلط المعدم للإرادة وليس المعيب لها والتي حدد الشراح مجالاته وحصرها في الغلط في طبيعة العقد المراد إبرامه، والغلط الذي ينصب على ذاتية الشيء محل الالتزام، والغلط في سبب الالتزام⁽³⁾.

خلاصة القول أن الغلط في التعاقد مع وسيط إلكتروني مؤتمت، هو غلط من نوع خاص ظهر نتيجة استخدام التكنولوجيا ومنتجات المعلوماتية في عملية التعبير عن الإرادة، فهو غلط مادي من حيث وقوعه

(1) آمانج رحيم أحمد، مرجع سابق، ص 138.

(2) المرجع نفسه، ص 137.

(3) راجع في أنواع الغلط المانع من التعاقد: محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني (النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام العقد والإرادة المنفردة)، مرجع سابق، ص 163 وما بعدها.

إلا أنه قد يرتقي إلى درجة الغلط المانع الذي يعدم الإرادة إذا لم يكن بالإمكان تداركه، أو يجعل العقد قابلاً للإبطال بمحض إرادة الشخص الذي وقع فيه⁽¹⁾، وذلك في انتظار تبيان المشرع الجزائري لموقفه من المسألة.

ثانياً/ خصوصية عيب التدليس في التعبير عن الإرادة إلكترونياً

يعرف التدليس على أنه: "إيهام الشخص بغير الحقيقة بالالتجاء إلى الحيلة لحمله على التعاقد"⁽²⁾ فقوم التدليس التضليل والتمويه والخداع الذي يؤدي بالشخص المدلس عليه إلى التعاقد على شيء ما كان ليقبله لو أنه كان عالماً أو مدركاً للحقيقة⁽³⁾، ويعتبر تدليسا السكوت عمداً عن واقعة أو ملابسة إذا ثبت أن المدلس عليه ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو هذه الملابسة حسب الفقرة 2 من م 86 ق.م.⁽⁴⁾ من كل ذلك يتضح أن المشرع الجزائري قد توسع في تحديد المقصود بالتدليس حيث لم يقصره على مجرد القيام بأعمال إيجابية تدفع المدلس عليه إلى التعاقد، وإنما اعتبر أن مجرد السكوت عمداً عن واقعة أو ملابسة يعد من قبيل التدليس، وذلك في الحالات التي ما كان المدلس عليه ليبرم العقد لو أنه علم بتلك الواقعة أو الملابسة.

استناداً إلى ذلك يمكن تقسيم التدليس بوصفه عيباً يؤثر في صحة الرضا إلى قسمين: الأول: تدليس إيجابي والذي يتحقق باتخاذ وسائل احتياطية بقصد إيقاع المتعاقد في غلط يدفعه إلى التعاقد⁽⁵⁾، وهذا النوع بدوره يتنوع إلى تدليس فعلي، يتحقق باتخاذ وسيلة احتيالية معينة من شأنها خداع الرجل العادي وتدليس قولي وهو ما يصطلح عليه بالكذب التدليسي، ويتحقق بالإدلاء ببيانات وأقوال كاذبة وغير مطابقة للحقيقة كلياً أو جزئياً تؤدي إلى تغليب المتعاقد ودفعه إلى إبرام العقد⁽⁶⁾، والثاني: تدليس سلبي: ويتمثل في سكوت المدلس عمداً عن ذكر بيانات معينة إذا كان من شأن العلم بها إجماع المتعاقد الآخر عن إبرام العقد⁽⁷⁾.

ولا يختلف التدليس في العقد الإلكتروني عنه في التعاقد التقليدي، إذ يمكن تصوره في التعاقد الإلكتروني نتيجة للكذب في الإعلانات الإلكترونية عن المنتجات والخدمات، خاصة وأن المستهلك أو

(1) آمانح رحيم أحمد، مرجع سابق، ص 140.

(2) محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، مرجع سابق ص 176.

(3) راجع نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام: مصادر الالتزام، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2004، ص 173، ومحمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني: النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، العقد والإرادة المنفردة، مرجع سابق، ص 176.

(4) تطبيقاً لنص المادة 86 من التقنين المدني قضت المحكمة العليا بأنه يجوز إبطال العقد التأسيسي إذا كانت الحيل التي لجأ إليها أحد المتعاقدين أو النائب عنه من الجسامة بحيث لولاها لما أبرم الطرف الثاني العقد، قضية رقم 233625، تاريخ القرار 2001/01/17.

(5) فادي عماد الدين توكيل، مرجع سابق، ص 101.

(6) مندي عبد الله محمود حجازي، مرجع سابق، ص: 210-211.

(7) عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، مرجع سابق، ص 267 وما يليها.

الزبون الإلكتروني لا يتمكن من معاينة الشيء محل التعاقد إلا عن طريق شاشة الكمبيوتر أو الهاتف (وسيلة التواصل) كما في التعاقد التقليدي⁽¹⁾.

وقد أنتج التعبير عن الإرادة إلكترونياً تطبيقات جديدة للتدليس، نشير إلى أهمها:

أ/ الكذب عن طريق تعمد نشر معلومات غير صحيحة أو مغلوطة، أو باستعمال علامات تجارية مقلدة لترويج السلع المعروضة على الإنترنت، وكثيراً ما تساعد قلة الخبرة الفنية للمتعاقد على انتشار هذا النوع من الكذب التدليسي.

ب/ الكتمان العمدي لبيانات أو معلومات مهمة حول المنتج أو السلع أو الخدمة المعروضة في الإيجاب الإلكتروني.

ج/ من أشهر طرق الغش والتدليس المستخدمة عبر الإنترنت إنشاء موقع وهمي لا وجود له إطلاقاً فيمكن مثلاً إنشاء بنوك إلكترونية أو شركات وهمية لا وجود لها في الواقع، تقوم بالتغريب بالعملاء والزبائن بهدف سلبهم أموالهم.

د/ الرسائل والإعلانات الإشهارية والدعاية الكاذبة التي ترسل عبر البريد الإلكتروني، أو تنشر عبر مواقع الإنترنت، والتي تعطي معلومات ومعطيات خاطئة من شأنها أن تضلل أو تغلط المتعاقد حول طبيعة المبيع أو شروط التعاقد⁽²⁾، خاصة وأن العقود المبرمة إلكترونياً لا تتيح مكنة فحص البضاعة ورؤيتها بالعين المجردة وإنما يتم الاكتفاء بالصورة التفاعلية للمنتج التي قد تظهره على غير حقيقته الواقعية⁽³⁾.

إن كان بالإمكان القول بأن القواعد العامة كافية لتوفير الحماية اللازمة لرضا المتعاقد في العقود المبرمة إلكترونياً من أي تدليس قد يقع عليه أياً كانت صورته، إلا أن هذا النوع من التعاقد الذي خلق أشكالاً جديدة للتدليس يطرح مشكلة غاية في الأهمية تتعلق بكيفية إثبات التدليس، حيث يصعب إثبات الوسائل والطرق الاحتيالية التي استخدمت للتدليس على المتعاقد إلكترونياً، وذلك نظراً للطبيعة غير المادية للمعلومات المتداولة عبر وسائل الاتصال الحديثة المستخدمة في إبرام العقد.

فمرتكب أفعال التدليس غالباً ما يعتمد إلى إخفاء عملية التدليس وآثارها في ثوان معدودات وبدون ترك أي أثر مادي ملموس على ذلك، بالإضافة إلى أنه يسهل عبر تقنيات المعلوماتية محو الدليل وإتلافه حتى قبل أن يكتشف المدلس عليه أنه قد تم التدليس عليه وخداعه⁽⁴⁾.

(1) علاء مُجد الفواعير، مرجع سابق، ص 200.

(2) غالباً ما يحدث عند تسويق المنتجات الرياضية وبالأخص في المواقع الإلكترونية التي تعرض هذه المنتجات من خلال الصور والأفلام المتحركة، وتقرن بها في بعض الأحيان شهادات لأطباء أو مختصين على كفاءة الجهاز أو المنتج المتميز، ولكن سرعان ما يظهر على حقيقته عندما يشتريه المستهلك فينتبين له أن السلعة ليست بتلك المواصفات المبالغ فيها، مما يترتب عليه غبن فاحش نتيجة ما دفعه من مبالغ لشراء الجهاز بناء على المواصفات المذكورة في الموقع.

(3) ناصر حمودي، العقد الدولي الإلكتروني المبرم عبر الإنترنت، مع التركيز على عقد البيع الدولي للبضائع، مرجع سابق، ص 223.

(4) أنس مُجد شرف اليوسفي، مرجع سابق، ص 233.

أضف إلى ذلك أن أفعال التدليس في العقود الإلكترونية ترتكب عن بعد وبين متعاقدين من دول مختلفة، الأمر الذي يصعب إجراء التفتيش أو تحصيل المعلومات من داخل دولة أجنبية، لتعارض هكذا إجراء مع سيادتها⁽¹⁾.

مع ذلك يمكن مواجهة صعوبة إثبات التدليس عن طريق الاستعانة ببعض البرامج أو التطبيقات المعلوماتية ذات الذكاء الاصطناعي، أو عن طريق الاستعانة بمواقع متخصصة على الشبكة وظيفتها الاعلام وتقديم النصيحة والتنوير إن لزم الأمر لتوفير الحماية للطرف الأقل خبرة، كما يمكن أخيرا الاستعانة بجهات التصديق الإلكتروني التي لا يقتصر دورها على مجرد التأكيد على صحة ونسبة صدور الإرادة إلكترونيا إلى منشئها، بل يتعداها إلى التأكد من جدية هذه الإرادة وبعدها عن وسائل الغش والتدليس وهو الأمر الذي من شأنه أن يوفر قدرا من الثقة والأمان لدى المتعاملين عبر هاته الوسائط⁽²⁾.

بالعودة إلى القواعد العامة نجدها تشترط لقيام التدليس توافر عنصريه المتمثلين في : العنصر المادي ويشمل الحيل أو كما يعبر عنها الفقه بالطرق أو الوسائل الاحتمالية بغرض إيقاع المتعاقد في غلط يدفعه إلى التعاقد ومثالها: الإدلاء ببيانات كاذبة أو انتحال أسماء أو صفات كاذبة، والعنصر المعنوي: و يتمثل في نية خداع المتعاقد وتضليله بهدف حمله على التعاقد، فإذا لم يكن ذلك المقصود من استعمال الطرق الاحتمالية فلا نكون أمام تدليس⁽³⁾، وهذا ما جاء في نص المادة 86 ق.م: " يجوز إبطال العقد لتدليس إذا كانت الحيل التي لجأ إليها أحد المتعاقدين أو النائب عنه من الجسامة بحيث لولها لما أبرم الطرف الثاني العقد".

وللتمسك بالتدليس في العقود المبرمة في بيئة تقليدية تشترط القواعد العامة توافر ثلاثة شروط هي استعمال طرق احتيالية، وأن يكون التدليس هو الدافع إلى التعاقد مع مراعاة المعيار الشخصي في تقدير ذلك، وأخيرا اتصال التدليس بالمتعاقد الآخر بأن يكون صادرا عنه أو على الأقل أن يكون علما به أو كان بإمكانه أن يعلم به حسب نص المادة 87 من التقنين المدني، وهي الشروط ذاتها المطلوبة لإبطال عقد مبرم إلكترونيا بسبب نفس العيب.

هذا، ويمكن الحد من ظاهرة الغش والتدليس في التعاقد الإلكتروني، عن طريق تنشيط دور جهات التوثيق الإلكتروني أو مقدم خدمة التوثيق، فدورها ليس قاصرا على مجرد التأكد من صحة ونسبة صدور الإرادة الإلكترونية إلى منشئها بل التأكد من جدية هذه الإرادة وبعدها عن وسائل الغش والتدليس-كما سبق القول أعلاه- ويكون ذلك عن طريق قيام هذه الجهات بتعقب المواقع التجارية على الانترنت للتحري عنها وعن جديتها ومصداقيتها في التعامل.

(1) جميل عبد الباقي الصغير، أدلة الإثبات الجنائي والتكنولوجيا الحديثة، دار الفكر العربي، القاهرة، 2001، ص 113 وما يليها.

(2) أنس محمد شرف اليوسفي، مرجع سابق، ص 233.

(3) عمر خالد زريقات،، مرجع سابق، ص 172.

فإذا تبين لها عدم توافر الثقة والأمان في أحد المواقع تقوم بتوجيه رسائل تحذيرية للمتعاملين عبر الشبكة توضح فيها عدم مصداقية الموقع، أو أن الموقع وهمي لا وجود له، أو أنه غير مسجل لدى المنظمة العالمية للملكية الفكرية WIPO، أو غير مقيد لدى إحدى شركات الانترنت المكلفة بتسجيل أسماء النطاق DOMIAN NAME⁽¹⁾.

ولذلك اتجه مشرعو عديد الدول عند إصدارهم قوانين المعاملات الإلكترونية إلى إقرار حق المستهلك في إرجاع المنتج خلال مدة محددة قانوناً⁽²⁾، مع التشديد على إلزام المهني بإعلام المشتري بكل المعلومات التي يمكن أن تؤثر ليس على إبرام العقد فحسب وإنما حتى على تنفيذه وعن كيفية استخدام المنتج محل التعاقد بعد اقتنائه، مبررين موقفهم هذا بحالة ضعف الزبون في علاقته بالبائع والتي تزداد حدة في مجال التعاقد الإلكتروني⁽³⁾، ولذلك تؤكد على ضرورة أن يتضمن قانون التجارة الإلكترونية توفير قدر من الحماية للطرف الضعيف في العقود الإلكترونية- وهو المستهلك- وتقرير حقه في العدول إذا ثبت أنه وقع ضحية تدليس أدى إلى إبرامه للعقد.

كما بذلت الكثير من المنظمات والهيئات الدولية والإقليمية جهوداً كبيرة في مكافحة الاحتيال في مجال إبرام العقود الإلكترونية بهدف التقليل من مخاطره، فقد قدمت كل من غرفة التجارة الدولية ومنظمة التعاون الاقتصادي والتنمية، قواعد توجيهية وإرشادية للمشرعين تحثهم على تشديد التشريعات الوطنية في مجال الكشف عن حالات الاحتيال والتدليس ومعاينة مرتكبيها وإلزام الأطراف المتعاقدة عبر تلك الوسائل بالتأكد من هوية المتعاقد معه والتحري عن سمعته التجارية ومركزه المالي قبل البدء في عملية التعاقد، تفادياً للوقوع في مخاطر الاحتيال والغش المعلوماتي، كما تحرص منظمة الأمم المتحدة على ضرورة إيجاد الوسائل الكفيلة لحماية الأطراف المتعاقدة من ظاهرة الاحتيال من خلال ما تعقده من مؤتمرات دولية⁽⁴⁾.

الفرع الثاني: سلامة الإرادة من عيوب الرضاء غير الحر

تمثل عيوب الرضاء غير الحر استناداً إلى القواعد العامة في الإكراه والاستغلال، وهو ماسيتم التطرق إليه من خلال الفرعين التاليين:

(1) فادي عماد الدين توكل، مرجع سابق، ص 103.

(2) منها:- التوجيه الأوروبي رقم 97-07 الصادر في 1997/05/20 والمتعلق بحماية المستهلكين في مجال التعاقد عن بعد.

- قانون المبادلات التجارية الإلكترونية التونسي رقم 83 لسنة 2000 في الفصل 25 منه.

-Loi n° 93-949 du 26 juillet 1993 relative au code de la consommation, JORF n°0171 du 27 juillet 1993

page 10538, disponible sur :

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000529228&categorieLien=id>

(3) مندي عبد الله محمود حجازي، مرجع سابق، ص 212.

(4) بسان نواف الراشدي، عقود التجارة الإلكترونية وقواعد إبرامها، ط1، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2015، ص:134-134.

أولاً/ خصوصية عيب الإكراه في التعبير عن الإرادة إلكترونياً

يعتبر الإكراه من أبرز عيوب الإرادة التي تجعل العقد قابلاً للإبطال في ظل البيئة التقليدية، ويعرف على أنه: ضغط مادي أو أدبي يقع على الشخص فيولد لديه رهبة أو خوفاً تدفعه إلى التعاقد⁽¹⁾، فالإكراه ليس هو بذاته ما يفسد الإرادة ويعيب الرضا، وإنما يفسدها ما يولده الإكراه في نفس المتعاقد من خوف ورهبة تدفعه إلى التعاقد.

هذا ويختلف عيب الإكراه عن عيبي الغلط والتدليس من حيث موضوع كل منهما، ذلك أن الغلط والتدليس يمسان من المتعاقد علمه بما يرتضيه بحيث يجيء رضاه بغير بينة بحقيقة الحال، أما الإكراه فإنه يلحق اختيار المتعاقد وحرية⁽²⁾.

أما عن عناصره فللإكراه -كما للتدليس- عنصرين: **عنصر مادي**: يتمثل في استعمال وسائل مادية للإكراه تهدد بخطر جسيم ومحدد⁽³⁾، و**عنصر شخصي**: وهو الرهبة التي تنبعث في نفس المكره بسبب استعمال هذه الوسائل، بحيث يجب أن تكون الوسائل المستعملة قد ولدت رهبة فضغطت على إرادة المتعاقد فكانت هي الدافع إلى التعاقد.

إضافة إلى ذلك قد يكون الإكراه مادياً أو معنوياً، والإكراه المادي هو الذي يقع بالضرب أو بالتهديد المباشر بالسلاح أو بمسك اليد، والضغط على المفاتيح التي تظهر القبول والرضا عبر الانترنت مثلاً، وينتج عنه في هكذا حالات، أن الإرادة تنتزع عنوة لا رهبة أو خوفاً، وهو ما يستتبع بطلان العقد بطلاناً مطلقاً لانعدام الرضا كلية⁽⁴⁾، وهذا النوع من الإكراه يرى البعض أنه مستبعد في التعاقد الإلكتروني أو غير متصور تماماً، لأن هذا العقد يتم بين طرفين متباعدين مكانياً، ويجمعهما مجلس عقد حكومي وافتراضي الأمر الذي يجعل من مسألة الاتصال المادي بينهما أمراً مستحيلاً⁽⁵⁾.

أما الإكراه المعنوي فهو الإكراه الذي يتخذ شكل تهديد، كالتهديد بالقتل أو بإحداث إعاقة أو بخطط الابن أو بفضح المستور... الخ، ويتصور ورود الإكراه بفعل إيجابي كالتهديد بالقيام بفعل ضار، أو بفعل سلبي كالامتناع عن القيام بعمل كوسيلة ضغط على شخص المتعاقد.

وحتى يعتد بالإكراه كعيب من عيوب الإرادة يجب أن يتوافر الفعل المكون له على مجموعة من العناصر والشروط حددتها نص المادتين 87 و88 من التقنين المدني،

أ/ استعمال وسائل للإكراه تهدد بخطر جسيم محقق لتحقيق غرض غير مشروع، وتتحدد عدم مشروعية الإكراه بالغرض منه أو الغاية منه بصرف النظر عن الوسيلة التي استعملت للإكراه.

(1) خالد مدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني: دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص 147.

(2) بخالد عجالي، النظام القانوني للعقد الإلكتروني في التشريع الجزائري، مرجع سابق، ص 219.

(3) أنور العمروسي، عيوب الرضا في القانون المدني، منشأة المعارف، الاسكندرية، 2003، ص. ص: 226-227.

(4) عمر خالد زريقات، مرجع سابق، ص 202.

(5) فادي عماد الدين توكل، مرجع سابق، ص 107، وخالد مدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، مرجع سابق، ص 148.

ب/ أن تولد هذه الوسائل رهبة في نفس المتعاقد: ويجب الاعتداد في ذلك بظروف المتعاقد الشخصية من حيث إذا كان ذكرا أو أنثى، ومن حيث حالته الاجتماعية بأن كان متعلما أو أميا، ومن حيث الظروف الأخرى التي أحاطت به وقت وقوع الإكراه كظرف الليل أو الوحدة وغيرها.

ج/ أن تكون الرهبة هي الدافع إلى التعاقد: ويقصد بذلك أن تكون الرهبة أو الخوف التي أحدثها الإكراه مؤسسة، أي أنها ليست مجرد مزاعم لا يصدقها الواقع، والرهبة تكون كذلك إذا كان الخطر المهدد به جسما (كالتهديد بالقتل أو بالضرب أو بخطف الأبناء) وحالا ووشيك الوقوع على الأقل.

د/ اتصال الإكراه بالمتعاقد الآخر: والمقصود بذلك أنه إذا صدر الإكراه من أجنبي عن العقد، أي صدر من الغير فالأصل أنه لا يفسد الرضا ولا يؤدي إلى البطلان إلا إذا كان متصلا بالعقد الآخر بأن كان يعلم به أو كان من المفروض حتما أن يعلم به، فإن لم يكن متصلا به، فلا يجوز للمكروه طلب إبطال العقد، إذ في هذه الحالة ليس أمامه سوى الرجوع على من صدر منه الإكراه على أساس المسؤولية التقصيرية ومطالبته بالتعويض.

ويقع عبء إثبات الإكراه وفقا للقواعد العامة على من يدعيه فيجب على العاقد الذي يطلب إبطال العقد لإكراه أن يقيم الدليل على وجوده بشروطه القانونية، ولما كان إثبات الإكراه ينصب على وقائع مادية فإنه يجوز إثباته بجميع الطرق منها البيئة والقرائن⁽¹⁾، وما قيل بشأن صعوبة إثبات التدليس يصدق في حق الإكراه أيضا.

على خلاف عيبي الغلط والتدليس، ونظرا للتباعد المكاني بين طرفي العقد والطبيعة الافتراضية لمجلس التعاقد الذي يجمعها فإنه يصعب تصور الإكراه في مجال التعبير عن الإرادة إلكترونيا، أين يتم عادة عرض المنتجات والخدمات عبر شاشة التلفزيون أو الحاسوب أو الهاتف أو عن طريق شبكة الانترنت حيث يمكن للمستهلك أو المستخدم ببساطة تغيير المحطة أو الخروج من الموقع أو غلق الجهاز أصلا.

وبالتالي فالمبادرة ترجع دائما إليه، حيث يجب عليه لكي يعبر عن إرادته بالقبول أن يقوم ببعض الأعمال المادية التي بدونها لا يمكن إبرام العقد، كالاتصال عن طريق الهاتف بالمحطة التلفزيونية التي بثت الإعلان أو ملأ استمارة طلب السلعة أو الخدمة عن طريق الانترنت⁽¹⁾، وهو بمنأى عن أي ضغط وبالتالي فلا يمكن تصور الإكراه في التعاقد الإلكتروني، إلا في حالات نادرة نذكر أمثلة عنها:

1/ يتصور الإكراه في العقود الإلكترونية بسبب التبعية الاقتصادية فقد يضطر المتعاقد إلى إبرام العقد تحت ضغط العوز الاقتصادي نتيجة الرهبة التي تبعث في نفسه بسبب تهديد مصالحه، فيقدم على قبول التعاقد⁽²⁾.

2/ كما يتصور الإكراه في العقود الإلكترونية من خلال قيام المتعاقد بتحميل بيانات أو صور خاصة بالمتعاقد الآخر، وارسالها إليه عبر البريد الإلكتروني مع تهديده بنشر هذه البيانات أو الصور لحمله على التعاقد.

(1) عجالي بخالد، النظام القانوني للعقد الإلكتروني في القانون الجزائري: دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص 220

(2) سمير حامد الجمال، التعاقد عبر تقنيات الاتصال الحديثة، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه، جامعة القاهرة، مصر، 2005، ص 174.

3/ يمكن تصوره أيضا في العقود الإلكترونية النموذجية المعدة مسبقا والموضوعة على المواقع الإلكترونية فمثل هذه العقود تحتوي عبارات تفيد قبول المرسل إليه التعاقد أو رفضه إياه، فإذا أمسك المكره يد المرسل إليه وأجبره على الضغط على زر القبول، ففي مثل هذه الحالة نكون أمام إكراه مادي معدم للرضا يترتب عليه بطلان العقد لا مجرد قابليته للإبطال⁽¹⁾.

في الأخير يكمن القول أنه ونظرا لعدم اختلاف الإكراه في العقود الإلكترونية عنه في العقود التقليدية فإنه في حالة تعبير شخص عن إرادته إلكترونيا تحت ضغط إكراه، فإنه لا بد من الرجوع إلى ما تم النص عليه في القواعد العامة للقانون المدني من أحكام بشأن الإكراه، حيث تعتبر القواعد المكرسة حاليا من قبل المشرع صالحة للتطبيق بغض النظر عن طبيعة العقد المبرم، على أساس أن القانون المدني هو الشريعة العامة والمرجع الرئيسي الذي تستنبط منه الأحكام في حالة عدم وجود نص تشريعي في القوانين الخاصة خاصة في ظل غياب نص قانوني خاص بالمسألة في قانون التجارة الإلكترونية 05-18.

ثانيا/ خصوصية عيب الاستغلال في التعبير عن الإرادة إلكترونيا

تناول المشرع الجزائري الاستغلال كعيب من عيوب الإرادة من خلال نص المادتين 90 و 91 ق.م دون أن يعرفه، مكتفيا بتحديد أحكامه، غير أن الفقه عرفه على أنه: "عبارة عن استغلال أحد المتعاقدين لحالة الضعف التي يوجد فيها المتعاقد الآخر بسبب طيش بين أو هوى جامع، للحصول على مزايا لا تقابلها منفعة لهذا الأخير، أو تتفاوت مع هذه المنفعة تفاوتاً غير مألوف"⁽²⁾.

ويقصد بالطيش البين: الخفة الزائدة التي تؤدي إلى التسرع وسوء التقدير، أما الهوى الجامح: فهو الرغبة الشديدة التي تغني الشخص عن تبين ما هو في صالحه سواء انصرفت إلى شخص أو إلى شيء من الأشياء، ويلاحظ أن كلا من الطيش البين والهوى الجامح يجعل الشخص سريع الانقياد، سريع التأثر لا يتبصر فيما يقدم عليه من عقود تبصرا كافيا، ولا يتدبر عواقب تصرفه التدبر اللازم مما يجعله غير مالك لزام إرادته فتصدر منه عن اختيار غير سليم، ويستطيع المتعاقد معه الذي يستغل هذه الحالة أن يبلي عليه ما يشاء من التزامات قانونية⁽³⁾.

وتجدر الإشارة إلى أن الاستغلال يتكون من عنصرين أساسيين هما: **عنصر موضوعي**: يتمثل في عدم وجود تعادل بين التزامات أحد المتعاقدين، وبين ما يحصل عليه المتعاقد الآخر من فائدة⁽⁴⁾، **وعنصر**

(1) علاء محمد الفواعير، مرجع سابق، ص 206.

(2) العربي بلحاج، مرجع سابق، ص 127، وتجدر الإشارة إلى وجوب عدم الخلط بين الغبن الذي يقصد به "اختلال التوازن الاقتصادي في عقود المعاوضة، نتيجة عدم التعادل بين ما يأخذه كل عاقد وما يعطيه"، فهو الخسارة التي تلحق بأحد العاقدين في ذلك العقد"، أما الاستغلال فهو أمر له علاقة بالحالة النفسية للمتعاقد كالطيش البين أو الهوى الجامح، فالغبن وحده ومن غير أن يأتي نتيجة أحد عيوب الرضا من غلط أو تدليس أو إكراه أو استغلال لا يكون له أي تأثير على العقد، وهو مقرر في حالات استثنائية واردة على سبيل الحصر في نصوص متفرقة، لا يجوز للقاضي التوسع فيها أو القياس عليها.

(3) أنور العمروسي، مرجع سابق، ص 265.

(4) المرجع نفسه، ص 269.

نفسى: مقتضاه أن يستغل أحد المتعاقدين طيشا بينا أو هوى جامحا عند المتعاقد الآخر، وعلى ذلك فإن هذا العنصر ينطوي على أمرين: نية الاستغلال من جهة، وتمثل في نية الاستفادة من الحالة النفسية الموجودة عند المتعاقد المراد استغلاله، ولا يلزم أن تكون عنده نية الإضرار بالمستغل بل تكفي نية الاستفادة، ثم الطيش البين أو الهوى الجامح عند الطرف الآخر من جهة أخرى.

فإذا ما تحقق لدى المحكمة توافر عناصر الاستغلال السابقة الذكر كان لها بناء على طلب المتعاقد المستغل أن تحكم بإبطال العقد على أساس أن الاستغلال يشكل عيبا من عيوب الإرادة، كما يكون للمحكمة كذلك ألا تحكم بإبطال العقد، وإنما بإقصاء التزامات المتعاقد المستغل إلى الحد الذي تراه كافيا لرفع الغبن عنه حسب نص م 90/1 ق.م، إلا أنها في مقابل ذلك لا تستطيع الحكم بزيادة التزامات الطرف الآخر في عقود المعاوضات- إلا بناء على طلبه إذا ما أراد أن يتوقى الإبطال أو الإقصاء في الالتزامات حسب ما نصت عليه م 3/90 ق.م.

على أنه يجب أن ترفع الدعوى بطلب إبطال العقد أو إقصاء التزامات المتعاقد المستغل في خلال سنة من تاريخ العقد وإلا كانت غير مقبولة، وذلك حسب نص المادة 2/90 ق.م. وإذا كان الأصل هو براءة الرضا من العيوب وسلامته، فعلى مدعي الاستغلال إقامة الدليل عليه بعدم التعادل الفادح، واستغلال الطرف الآخر للضعف القائم فيه، وله في سبيل ذلك استخدام كافة الطرق بما فيها شهادة الشهود والقرائن باعتبارها وقائع مادية، وتقدير مدى توافر هذين العنصرين هو من مسائل الواقع التي يستقل بها قاضي الموضوع دون رقابة عليه من المحكمة العليا⁽¹⁾ أما فيما يتعلق بمجال أو تطبيقات الاستغلال في العقود الإلكترونية، فيمكن القول أن انتشار استخدام الانترنت وشيوعها أدى إلى ازدياد عدد المواقع من باعة ومنتجين ومقدمي خدمات، بما فيها الشركات غير الجادة أو الوهمية التي تهدف إلى تحقيق الربح السريع بغض النظر عن وسيلة الوصول إليه، هذا من جهة. ومن جهة ثانية أدى أيضا انتشار استخدام الانترنت ووسائل التواصل الحديثة إلى ارتفاع عدد المستخدمين لها حتى من بين الذين يملكون تعليما بسيطا وتنقصهم الخبرة اللازمة للتعامل عبر هذه الوسائل، مما فتح المجال واسعا لاستغلالهم خاصة نظرا لنقص خبرتهم وانبهارهم بهذا الوسط الجديد ومختلف وسائله وإغراءاته ما يجعلهم في حالة طيش بين أو هوى جامح، وذلك بعد أن كانت الانترنت في بداية دخولها المجال التجاري مقصورة على طبقة معينة من المتعلمين سواء من البائعين أو المنتجين أو مقدمي الخدمات أو من المستهلكين، فكانت وقتها تطبيقات الاستغلال تكاد تكون نادرة على عكس ما هو عليه الوضع في الوقت الحاضر⁽²⁾.

(1) أنور العمروسي، مرجع سابق، ص 260.

(2) آمانج رحيم أحمد، مرجع سابق، ص 246.

في الأخير وبناء على ما سبق يمكن القول أنه في حالة التعاقد عبر الانترنت، فإن تصور الاستغلال يبقى محتملا وذلك حينما يكون التعاقد المشتري قد وقع ضحية طيشه وهواه الجامح في علاقة تعاقدية لمجرد أنها في طرفها الآخر تكون مثلا شخصية اجتماعية بارزة، فإذا ما استغل هذا الطرف الآخر ضعف نفس المتعاقد وقام العقد محتملا بتوازنه اختلالا فادحا بين قيمة المبيع والثلث، نكون بصدد عيب الاستغلال الذي يشوب الإرادة ويفسد العقد، على أن معيار التعادل ليس معيارا ثابتا لا من الناحية الموضوعية ولا من الناحية النفسية، فما قد يعتبر هوى جامحا وطيشا بينا لدى أحد الناس قد لا يتوفر بالضرورة لدى الآخرين، وما قد يعتبر في تعاقد ما اختلالا فادحا قد لا يعد كذلك في تعامل آخر⁽¹⁾.

كما أن تباعد المتعاقدين وانتشار الإعلانات الخادعة المفترضة، وتباين الخبرات الفنية، قد يؤدي إلى توسيع دائرة الاختلال الفادح بين التزامات الطرفين، واستغلال طيش المتعاقدين عبر وسائل الاتصال الحديثة، واندفاعهم نحو الاعلانات والعروض الخادعة للسلع والخدمات المعروضة في العالم الافتراضي التي أصبحت مجالا خصبا لعب الاستغلال والغبن⁽²⁾، وهو ما دفع بالتشريعات المنظمة للمعاملات الإلكترونية إلى الاهتمام بمسألة حماية المستهلك من خلال تقريرهم لأحكام خاصة بحماية المستهلك في العقود المبرمة إلكترونيا، تكون أكثر فاعلية من الحماية المقررة في القواعد العامة⁽³⁾.

وكخلاصة يمكن القول بأنه إذا كانت لنظرية عيوب الإرادة تطبيقات متفاوتة الدرجة في التعبير عن الإرادة في بيئة إلكترونية مقارنة بتطبيقاتها في نظيرتها المعبر عنها في بيئة تقليدية، فإن ذلك لا يحيط من قيمة هذه النظرية ولا يقلل من أهميتها في البيئة الإلكترونية، إذ أنها تبقى محتفظة بمكانتها شأنها في ذلك شأن بقية أحكام النظرية العامة للعقد، وأن الاختلاف في الوسيلة المستخدمة في التعبير لا يغير من الطبيعة الجوهرية للعقد وللقواعد التي يقوم عليها، كل ما في الأمر أن الوسائل التكنولوجية المستخدمة في التعبير عن الإرادة أضفت عليها طابعا خاصا متميزا نوعا ما عما هو عليه في البيئة التقليدية، وجعل من الوقاية من الوقوع في عيوب الإرادة أفضل من علاجها.

ولما كانت الوقاية من الوقوع في عيوب الإرادة أفضل من علاجها في العقود المبرمة إلكترونيا لا بأس من تقديم مجموعة من النصائح⁽⁴⁾ لكل من يرغب في التعبير عن إرادته إلكترونيا لتجنب الوقوع في تلك

(1) عمر خالد زريقات، مرجع سابق، ص. 205. 206

(2) علاء محمد الفواعير، مرجع سابق، ص. 209، 210.

(3) من التشريعات العربية التي اهتمت بحماية المستهلك في هذا الصدد، نجد القانون التونسي الخاص بالمبادلات والتجارة الإلكترونية، حيث نص الفصل 50 منه على أنه: " يعاقب كل من استغل ضعف أو جهل شخص في إطار عمليات البيع الإلكتروني بدفعه للالتزام حاضرا أو آجلا بأي شكل من الأشكال، بخطية تتراوح بين 1000 و20000 دينار، وذلك إذا ثبت من ظروف الواقعة أن هذا الشخص غير قادر على تمييز أبعاد تعهداته أو كشف الحيل والخدع المعتمدة بالالتزام، أو إذا ثبت أنه كان تحت الضغط مع مراعاة أحكام المجلة الجنائية"، فهنا أضاف عقوبة جنائية إضافة إلى قابلية العقد للإبطال.

(4) آمانج رحيم أحمد، مرجع سابق، ص. 247-251، وبسمان نواف الراشدي، مرجع سابق، ص. 139 - 143.

العيوب، فمن المفضل لمستخدم الوسائل التكنولوجية الحديثة في إبرام تصرفاته القانونية الانتباه إلى خطورة إبرام تصرفات قانونية عبر هاته الوسائل وإلى المشاكل التي تثيرها، ويجب عليه عدم الإقدام على التعامل عبر هاته الوسائل إذا كان يفتقد إلى ثقافة خاصة ودراية معقولة باستخدام تلك الوسائل، ولا نقصد بالثقافة الخاصة هنا الإحاطة بجميع جزئيات وتفاصيل الطرق التكنولوجية المعقدة فالتعامل عبر الشبكة لا يحتاج إلى معرفة كل الجزئيات التقنية، بل يحتاج إلى بعض الأسس التي يقوم عليها مثل هذا التعامل فحسب.

كما يجب عليه التأكد جيدا من شروط العقد ومن المعلومات التي يقدمها إليه التجار عبر مواقعهم الإلكترونية وخصوصا ما يتعلق بمواصفات محل التصرف وشروط الدفع ومصاريف النقل وغيرها، فضلا عن التحقق من الأسعار وعدم الاعتماد على دليل الأسعار الموضح في موقع إلكتروني واحد فحسب، بل من الأفضل تصفح عدة مواقع تبين سعر الخدمة أو المنتج المراد اقتناؤه للوقوف على السعر التقريبي، كما يفضل البحث عن السلع أو المنتجات أو الخدمات على الشبكة في المتاجر الإلكترونية الرائدة أو المزدهمة بالزوار وذلك بمساعدة محركات البحث التي يمكن استخدامها للبحث في صفحات الويب ومقارنة النتائج التي يتم الاعلان عنها.

ويفضل تجنب إبرام العقود الفورية التي لا تسبقها عادة مفاوضات وهي التي تتم من خلال الضغط على أحد مفاتيح جهاز الحاسوب، أو من خلال النقر على زر القبول في الشاشة سواء كان ذلك لإرسال الإيجاب أو القبول.

كما يفضل قبل طلب السلعة أو الخدمة من أي موقع إلكتروني التأكد من أنه موقع احترافي وأن تحديته تم مؤخرا وأنه يقبل أساليب الدفع الإلكترونية المختلفة، كما يمكن لغرض التأكد من هوية التاجر مقدم الخدمة أو السلعة ومن مركزه المالي البحث في الويب عما إذا كان اسمه مدرجا ضمن مواقع التجار الجديرين بالثقة أو ضمن مواقع "تجنب التعامل معها".

وفي هذا الصدد نصت المادة 08 من القانون 05-18 على أنه "يخضع نشاط التجارة الإلكترونية للتسجيل في السجل التجاري أو في سجل الصناعات التقليدية والحرفية، حسب الحالة، ولنشر موقع إلكتروني أو صفحة إلكترونية على الإنترنت، مستضاف في الجزائر بامتداد "com.dz" يجب أن يتوفر الموقع الإلكتروني للمورد الإلكتروني على وسائل تسمح بالتأكد من صحته".

كما نصت المادة 9 من القانون ذاته على أن: "تنشأ بطاقة وطنية للموردين الإلكترونيين لدى المركز الوطني للسجل التجاري، تضم الموردين الإلكترونيين المسجلين في السجل التجاري، أو في سجل الصناعات التقليدية والحرفية.

لا يمكن ممارسة نشاط التجارة الإلكترونية إلا بعد إيداع أسم النطاق لدى مصالح المركز الوطني للسجل التجاري.

تنشر البطاقة الوطنية للموردين الإلكترونيين عن طريق الاتصالات الإلكترونية وتكون في متناول المستهلك الإلكتروني."

يستخلص من ذلك أن المستهلك الجزائري إذا ما أراد أن يتعاقد إلكترونيا عليه بمراقبة اسم النطاق للموقع الذي يتعامل معه، فإذا وجده لا ينتهي بعبارة "COM.DZ"، عليه أن يتجنب التعاقد معه، وإن وجده كذلك كان له أن يتعاقد مطمئنا بشرط التأكد من صحته من خلال الوسائل المتاحة لذلك في نفس الموقع، ومن خلال البطاقة الوطنية للموردين الإلكترونيين المنشورة عبر الاتصالات الإلكترونية والتي يمكن له الاطلاع عليها ببساطة، ليتأكد من نظامية الموقع.

المطلب الثاني: وسائل حماية رضا المتعاقد المعبر عنه بالكتابة الإلكترونية

اقتضت الطبيعة الخاصة للعقد الإلكتروني ضرورة توفير حماية قانونية لرضا المستهلك، وهو ما سعت جل التشريعات الحديثة⁽¹⁾ إلى تحقيقه، حين قررت مجموعة من الإجراءات يتعين على المهني أو المورد الإلكتروني إتباعها أو مراعاتها إذا ما تعامل مع مستهلك إلكتروني⁽²⁾، وذلك حماية لهذا الأخير من الضغوط التي قد يمارسها عليه مقدمو السلع أو الخدمات بما يسلكونه من طرق للإغراء والإيهار عند التقديم لسلعهم أو منتجاتهم عبر الوسائط الإلكترونية، بما يدفع المستهلك إلى اقتناء أشياء أو طلب خدمات هو في غير حاجة إليها.

وتوفير تلك الحماية لهذا المستهلك الإلكتروني يتطلب توفير عدة أمور أهمها ضرورة أن تتوفر لدى المستهلك المعلومات اللازمة عن العقد المراد إبرامه وعن الطرف الآخر الذي ينوي إبرام العقد معه وذلك قبل إبرام العقد في إطار ما يعرف بالحق في الإعلام السابق⁽³⁾ على عملية التعبير عن الإرادة من جهة (فرع أول)، ومن جهة أخرى منحه الحق في العدول عن العقد بعد تعبيره عن رضاه بالقبول وانعقاد العقد، وهو

(1) ومن تلك التشريعات: التوجيه الأوروبي الخاص بحماية المستهلك في التعاقد عن بعد رقم 7/97، وقانون المبادلات والتجارة الإلكترونية التونسي والمادة 11 من قانون التجارة الإلكترونية الجزائري... وغيرها.

(2) عرف قانون التجارة الإلكترونية 05-18 المستهلك الإلكتروني من خلال المادة 3/6 بقوله "المستهلك الإلكتروني: كل شخص طبيعي أو معنوي، يقتني بعض أو بصفة مجانية سلعة أو خدمة عن طريق الاتصالات الإلكترونية من المورد الإلكتروني بغرض الاستخدام النهائي".

(3) نشأ الالتزام بالإعلام قبل التعاقد على يد القضاء الفرنسي، بعد أن استنبطت المحاكم الفرنسية هذا الالتزام عن طريق تفسير إدارة المتعاقدين، وبقصد توفير أكبر حماية للمستهلكين، وقد استخدمت المحاكم الفرنسية في كافة درجاتها ألفاظا عدة للإشارة إلى هذا الالتزام منها: إعلام، نصيحة، تحذير، لفت الانتباه، وهو ما أثار جدلا بين الفقهاء الفرنسيين حول حقيقة هذا الالتزام ومدى اختلافه باختلاف الألفاظ المستخدمة للدلالة عليه، وهو ما ألقى بظلاله على الفقه القانوني العربي الذي أطلق على هذا الالتزام عدة مسميات فظهر الالتزام بالادلاء بالإعلام، بالإخبار، بالإفشاء، بالتبصير أو التحذير أو بالنصح والإرشاد وغيرها، كلها تصب في مجرى واحد، أنظر في ذلك:

- محمود عبد الرحيم الشريقات، التراضي في تكوين العقد عبر الإنترنت، مرجع سابق، ص 97.

- COLLART DUTILLEUL François, DELEBEDQUE Philippe, *Contrats civils et commerciaux*, 3ème Dalloz, 1996, pp. 179-180.

حق مكمل لحق المستهلك في الإعلام، والذي يعتبر آلية حديثة لحماية رضا المستهلك المتعاقد في البيئة الإلكترونية (فرع ثاني).

من جهة أخرى فإن ذات الطبيعة الخاصة للعقد الإلكتروني فرضت على المستهلك الإلكتروني أن يكون أكثر مسؤولية وحرصاً، ذلك أنه إذا كانت التكنولوجيا من شأنها أن تمنح إمكانيات أكبر للوصول إلى المستهلك بما يخدم مصالح التجار والبائعين، فإنها في المقابل تلقي على عاتق المستهلك مسؤولية ما هو مقبل عليه من تصرفات، وهو ما يلزمه بضرورة أخذ الحيطة والحذر وتحري معرفة حقوقه بدقة، وبين مصالح هاذين الاثنين يأتي القانون ليضمن هذه السهولة في الانضمام إلى البيئة الإلكترونية بالنسبة للتجار والباءة من جهة، وضمان الثقة في المعاملات بالنسبة للمستهلك من جهة ثانية شريطة تحليله ببعض المسؤولية⁽¹⁾.

الفرع الأول: الحماية القبلية للتعبير عن الإرادة بالكتابة الإلكترونية

تتحقق الحماية القبلية لرضا المستهلك الإلكتروني عن طريق ما يعرف بالالتزام بالإعلام السابق للتعاقد الذي يعتبر إلزاماً عاماً يشمل المرحلة السابقة على التعاقد في جميع عقود الاستهلاك التقليدية كانت أو إلكترونية، ويشمل هذا الالتزام الإدلاء بالبيانات والمعلومات اللازمة لإيجاد رضا حر وسليم من قبل المستهلك⁽²⁾، وهو ما نص عليه المشرع الجزائي بموجب المادة 17 من القانون رقم 03-09 والمتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، وأكد عليه بإصداره المرسوم التنفيذي رقم 13-378.

هذا الالتزام قبل التعاقد قد اكتسب أهمية كبيرة في ظل العقود المبرمة عبر وسائط إلكترونية، نظراً لتعذر الالتقاء المادي المباشر بين المتعاقدين وافتقاد المساومة التقليدية التي كان يحصل من خلالها المشتري على كل ما يحتاج إليه من معلومات، وهو الأمر الذي جعل العديد من التشريعات تشدد على ضرورة التزام المهني بهذا الالتزام تحت طائلة جزاءات مدنية وجزائية.

وسيتيم من خلال هذا الفرع التطرق أولاً إلى تعريف الالتزام بالإعلام قبل التعاقد وتحديد أساسه (أولاً) ثم إلى تفعيل هذا الالتزام في العقود المبرمة إلكترونياً (ثانياً) ثم إلى مضمونه (ثالثاً) وأخيراً إلى الجزاءات المترتبة عن الإخلال به (رابعاً).

أولاً/ التعريف بالالتزام بالإعلام الإلكتروني السابق للتعاقد

نتطرق أولاً إلى إعطاء تعريف لهذا الالتزام (أ) ثم إلى تحديد أساسه القانوني (ب) بنوع من الإيجاز ثم إلى مبرراته (ج).

(1) GAUTRAIS Vincent, « Le consentement électronique », la deuxième journée internationale du droit du commerce électronique, actes du colloque de Nice des 6 et 7 novembre 2003, actualité de droit de l'entreprise, n° 22, 2003, p104.

(2) حسن عبد الباسط جميعي، حماية المستهلك: الحماية الخاصة لرضا المستهلك في عقود الاستهلاك، دار النهضة العربية، القاهرة 1996، ص 15.

أ/ تعريفه

لم تضع مختلف التشريعات التي نظمت المعاملات الإلكترونية ومن بينها قانون التجارة الإلكترونية 05-18 تعريفاً محدداً للالتزام بالإعلام قبل التعاقدي⁽¹⁾، وإنما اكتفت بمجرد تقريره وتحديد مضمونه وتحديد الجزاء المترتب عن الإخلال به، وهو ما يضطرنا إلى الرجوع إلى بعض التعريفات الفقهية التي رُصدت في مدار التعريف بالالتزام بالإعلام قبل التعاقدي بصورة عامة⁽²⁾ باعتباره وسيلة لحماية رضا المستهلك، هدفها إعادة التوازن المعرفي بين أطراف التعاقد، هذا الأخير الذي أصبح كثيراً ما يختل في ظل العقود الإلكترونية التي يتعذر فيها على المستهلك معاينة الشيء المبّيع أو الخدمة المطلوبة، ولا يمكن له التعرف عليها إلا من خلال ما يعرضه له المورد الإلكتروني من صور وما يدلي به من بيانات ومعلومات حولها.

بإسقاط المفهوم العام للالتزام بالإعلام قبل التعاقدي على العقد الإلكتروني، يلاحظ أن ذات المفاهيم تتكرر، على اعتبار أن وجه الاختلاف بين العقد الإلكتروني ونظيره التقليدي إنما يتمحور حول خصوصية الوسيلة المستخدمة في إبرام الأخير، وعليه فإن كان الالتزام بالإعلام قبل التعاقدي يتم بشكله التقليدي في ظل العقود التقليدية فإنه يتم بشكل أو بوسائل إلكترونية في البيئة الرقمية عبر مختلف الوسائط الإلكترونية كالبريد أو المواقع الإلكترونية.⁽³⁾

ومن ثمة عُرف الالتزام بالإعلام الإلكتروني قبل التعاقدي على أنه "التزام إيجابي سابق يفرض على المدين (المهني المحترف)، بأن يحيط المستهلك عبر شبكة الانترنت بالمعلومات والبيانات المتعلقة بمحل العقد وشخصية المنتج والمورد وأي اعتبار آخر يمكن أن يؤثر في المستهلك ويدفعه إلى الرضا بالعقد"⁽⁴⁾.

(1) عرف المشرع الجزائري "الإعلام حول المنتجات" من خلال البند 15 من المادة 03 من المرسوم التنفيذي 13-378 السابق الذكر بأنه "كل معلومة متعلقة بالمنتج موجهة للمستهلك على بطاقة أو أية وثيقة أخرى مرفقة به، أو بواسطة أي وسيلة أخرى بما في ذلك الطرق التكنولوجية الحديثة أو من خلال الاتصال الشفهي".

(2) حيث نجد أن البعض يعرف الالتزام بالإعلام قبل التعاقدي بصفة عامة بأنه "التزام ينشأ في المرحلة السابقة على التعاقد وبموجبه يعلم البائع المشتري بكل ما يمكن أن يؤثر على قراره في إبرام التعاقد من عدمه وذلك ليصدر رضا حر من جانب المستهلك " انظر في ذلك : عبد الله حسين علي محمود، حماية المستهلك من الغش التجاري والصناعي: دراسة مقارنة، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002، ص124 كما عرف بأنه "التزام سابق على التعاقد يتعلق بالالتزام أحد المتعاقدين بأن يقدم للمتعاقد الآخر عند تكوين العقد البيانات اللازمة لإيجاد رضا سليم كامل متنور على علم بكافة تفصيلات هذا العقد"، أنظر: خالد ممدوح إبراهيم، حماية المستهلك في المعاملات الإلكترونية: دراسة مقارنة الدار الجامعية، مصر، 2007، ص 163.

(3) عائشة قصار الليل، الالتزام بالإعلام الإلكتروني السابق للتعاقد، مقال منشور في مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة باتنة 01، ع10، جانفي 2017 ص 225 متوفرة على الموقع:

<https://www.asjp.cerist.dz/en/article/9349>

(4) عقيل فاضل حمد الدهان وغني ريشان جادر الساعدي، الالتزام بالإعلام في العقد الإلكتروني، مقال منشور في مجلة أهل البيت، ع5، بدون سنة، صادرة عن جامعة أهل البيت، ص6، منشورة على الموقع :

الالتزام بالإعلام في العقد الإلكتروني / abu.edu.iq/ research/ article/ تم الدخول بتاريخ 2018/02/17 على الساعة 20:45.

كما عرف بأنه "التزام يقع على عاتق التاجر الإلكتروني أو مقدم الخدمة الذي يتعاقد مع المستهلك من خلال الوسائل الإلكترونية الحديثة، بمقتضاه يخبر المستهلك بشخصه وبياناته التجارية، وكافة البيانات الجوهرية المتعلقة بالعقد والتي بناء عليها يتخذ المستهلك قراره بالإقدام على التعاقد أو عدم التعاقد بناء على إرادة حرة مستنيرة"⁽¹⁾.

استنادا إلى ما سبق يمكن تعريف الالتزام بالإعلام الإلكتروني قبل التعاقد على أنه التزام يلتزم على عاتق المهني في العقود المبرمة إلكترونيا مع مستهلكين يلزم بموجبه بتقديم كافة البيانات والمعلومات الضرورية والتفصيلية قبل إبرام العقد والكفيلة بتحديد المبيع أو الخدمة من حيث وضعها المادي أو القانوني، وكذا مميزاتها والصعوبات والمخاطر التي يحتمل أن تواجه المستهلك عند استخدامه لها، وكافة المعلومات المتعلقة بالثمن والمحددة أيضا لهوية صاحب السلعة أو الخدمة، على نحو يسمح للمستهلك بتكوين رضا سليم يمكنه من الإقدام على التعاقد عن وعي وعلم كافيين.

إن كان المشرع لم يضع تعريفا لهذا الالتزام إلا أنه عمل على تكريسه وتأكيد حق المستهلك فيه بوجه عام من خلال نص المادة 17 من القانون رقم 03-09 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، ليؤكد عليه بموجب نص المادتين 04 و53 بالنسبة للمنتجات والخدمات على التوالي من المرسوم التنفيذي رقم 13-378 المتعلق بتحديد كفاءات وشروط إعلام المستهلك والصادر تطبيقا لنص المادة 17 من القانون رقم 03-09 وذلك دون أن يميز بين الشكل التقليدي والإلكتروني للالتزام بالإعلام، إلا أنه يبقى للالتزام بالإعلام في المجال الإلكتروني أهمية كبرى بالمقارنة مع نظيره التقليدي، وهو ما دفع المشرع إلى التركيز على الالتزام بالإعلام الإلكتروني قبل التعاقد من خلال نص م 05 من المرسوم التنفيذي ذاته⁽²⁾، ونصوص المواد 10 و11 و14 من تقنين التجارة الإلكترونية 05-18.

غير أنه يشترط لإلزام المورد الإلكتروني بالإعلام السابق على التعاقد توافر شرطين:

الشرط الأول: أن يكون المستهلك جاهلا بالمعلومات الضرورية الكفيلة بتنوير رضاه، حيث أن هذا الجهل هو الذي يجعل منه دائنا للمهني في عقود الاستهلاك الإلكترونية بالالتزام بالإعلام، غير أن جهل المستهلك

(1) كوثر سعيد عدنان خالد، حماية المستهلك الإلكتروني، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2012، ص 280.

(2) والتي جاء نصها كالتالي "بعض النظر عن أحكام هذا المرسوم، تطبيقا على المنتجات المعروضة للبيع عن طريق تقنيات الاتصال عن بعد القواعد التالية :

1) تقدم البيانات الإجبارية المنصوص عليها في هذا المرسوم، باستثناء تلك المتعلقة بمدة صلاحية المنتجات، قبل إتمام الشراء، وتظهر على دعامة البيع عن بعد، حيث ترسل بأية طريقة أخرى مناسبة ومحددة بوضوح من طرف المتدخل المعنى،

2) تقدم كل البيانات الإجبارية وقت التسليم."

بتلك المعلومات وجب أن يكون مشروعا⁽¹⁾ ذلك أن التزام المهني بالإعلام لا يتعدى ما يجهله المهني شخصيا ولا المعلومات التي يعلمها المستهلك أو يفترض علمه بها⁽²⁾.

الشرط الثاني: أن يكون أحد المتعاقدين مهنيا خيرا على نحو يمكنه من الإحاطة بكافة بيانات ومواصفات المبيع أو الخدمة محل عقد الاستهلاك⁽³⁾، ولا يقتصر هنا علم المهني بالمعلومات المتعلقة بالمنتج أو الخدمة فحسب بل يتعداها إلى العلم بدورها وأهميتها في تكوين رضا المستهلك.

وتجدر الإشارة إلى أن الالتزام بالإعلام -كما ذهب إليه الفقه والقضاء الفرنسي- هو التزام ببذل عناية لا بتحقيق نتيجة، ذلك أن المهني ليس مطالبا بأكثر من تنوير رضا المستهلك من خلال استخدام كافة الوسائل التي تجعل التزامه ناجعا، لكنه لا يلزم في المقابل أن يضمن إتباع المستهلك لما وفره من نصائح ومعلومات وفهم لها أو تقيده بتوجيهاته وتحذيراته⁽⁴⁾.

ب/ أساسه

اختلف الفقه والقضاء حول تحديد الأساس القانوني للالتزام بتقديم المعلومات ومصدره، لذا سنتطرق من خلال هذه النقطة إلى مختلف الآراء المقدمة من الفقه والتي يتبين منها أنهم أرجعوا هذا الالتزام إلى عدة مصادر، فذهب جانب منهم يسانداهم القضاء⁽⁵⁾ إلى أن أساس هذا الالتزام إنما يرجع إلى نظرية عيوب الرضا⁽⁶⁾ خاصة عيب الغلط والتدليس، حين اعتبروا أن مجرد كتمان المتعاقد لواقعة كان يتوجب عليه الإفصاح عنها بمثابة تدليس، وأن الإخلال بالالتزام بالإعلام قبل التعاقد عادية ما يترتب عليه عيب في إرادة الطرف الضعيف في العقد، خاصة وأن العديد من التشريعات رتبت جزاء على كتمان المعلومات واعتبرته تدليسا.

(1) ويكون كذلك إذا استند إلى استحالة العلم بالمعلومات المتعلقة بالشيء محل العقد، ويتجسد ذلك عند حيازة المدين محل العقد بصورة لا تسمح للمستهلك بمعرفة أوصافه وهو ما يتحقق حتما في التعاقد الإلكتروني أين يجد المستهلك نفسه أمام مجرد صورة للمنتج تكون 3D إذا كان محظوظا.

(2) جرعود الياقوت، عقد البيع وحماية المستهلك في التشريع الجزائري، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2002، ص 38.

(3) نبيل محمد أحمد صبيح، حماية المستهلك في التعاملات الإلكترونية، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، السنة 32، يونيو 2008، ص 207.

(4) قادة شهيدة، المسؤولية المدنية للمنتج: دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2007، ص 113.

(5) سار القضاء الفرنسي أحيانا في هذا الاتجاه بحيث جاء في أحد قرارات محكمة النقض أن "إخفاء البيانات الهامة يعد تدليسا طالما أنه كان محددا لرضا المتعاقد الآخر ومثيرا لفظ دفع به إلى إبرام العقد الذي ما كان ليبرمه لولا وقوعه في هذا الغلط..." cass.civ.3em.20oct.1974.BULL civ.111.p251، مشار إليه لدى: حسن عبد الباسط جميعي، عقود برامج الحاسب الآلي: دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص 164.

(6) راجع في هذا الصدد: نزيه محمد الصادق المهدي، الالتزام قبل التعاقد بالإدلاء بالبيانات المتعلقة بالعقد وتطبيقاتها على بعض أنواع العقود: دراسة فقهية قضائية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1990، ص 26 وما بعدها و،

-PIZZIO Jean-Pierre, « La protection des consommateurs par le droit commun des obligations », RTD.com, 1998, p.62.

إلا أن أهم انتقاد وجه لأصحاب هذا الاتجاه، أن الالتزام بالإعلام السابق للتعاقد ينشأ وينقضي قبل قيام العقد فقد لا نكون أمام عقد أصلاً، بينما نظرية عيوب الرضا لا يلجأ إليها إلا إذا اشتكى المتعاقد من غلط أو إكراه أو تدليس أو استغلال تسبب فيه الطرف الآخر أو علم به أو كان بإمكانه أن يعلمه⁽¹⁾، وأنه لا يستطيع التمسك بأحد هذه العيوب لإبطال العقد إلا إذا كان هناك عقد محل مطالبة بالإبطال.

وذهب جانب آخر⁽²⁾ إلى القول بأن الالتزام بتقديم المعلومات السابق على العقد يستند إلى مبدأ سلامة العقود والتوازن العقدي بين طرفي العقد في ظل عدم المساواة بين المتعاقدين في العلم، نظراً للتفوق الذي يحظى به أحد المتعاقدين على حساب الطرف الآخر، وهو الأمر الذي يزداد حدة في العقود الإلكترونية، فالبايع أو مورد الخدمة الذي يعرض مبيعاً بأية وسيلة إلكترونية، كالإنترنت مثلاً، غالباً ما يتميز بالعلم بكافة ظروف وتفاصيل العقد لمعرفة بكافة خصائص المبيع أو الخدمة، بينما المستهلك وهو الطرف الآخر يفتقر إلى تلك المعلومات، وهو ما تسبب في خلق حالة من عدم التوازن المعرفي في العلاقة العقدية فاستناداً إلى المبدأ القائل أنه إذا كان أحد المتعاقدين في مركز لا يؤهله للاطلاع على الضروري من المعلومات المتعلقة بالعقد كان على المتعاقد الآخر تمكينه من تلك المعلومات⁽³⁾، وذلك حتى يتحقق التوازن.

في حين ذهب جانب ثالث⁽⁴⁾ إلى إقامة الالتزام بالإعلام قبل التعاقد على أساس مبدأ حسن النية النية لما يوجبه هذا المبدأ من التزامات على عاتق كلا المتعاقدين مراعاة للأمانة والثقة بينهما، ومن مقتضى ذلك أن يدلي البائع للمشتري بكافة المواصفات والمعلومات المتعلقة بالمبيع، التي تمكن المشتري من الإقدام على إتمام العقد عن بنية تامة، وأي كتمان لهذه المعلومات يتنافى ومبدأ حسن النية.

وقد سار القضاء الفرنسي في أغلب قراراته⁽⁵⁾ مع هذا الاتجاه حيث أقام هذا الالتزام على حسن النية، التي تتطلب لتحقيقها أن لا يسعى أحد طرفي العقد لتحصيل مصلحته على حساب مصلحة الطرف

(1) محمود عبد الرحيم الشريفات، مرجع سابق، ص 110.

(2) نوري حمد خاطر، عقود المعلوماتية: دراسة في المبادئ العامة في القانون المدني، ط1، الدار العلمية ودار الثقافة، عمان، 2001 ص 137، و

-DELEYSSAC Lucas, *L'obligation de renseignement dans les contrats, in l'information en droit privé*, LGDJ, Paris, 1978, p.230.

(3) نوري حمد خاطر، عقود المعلوماتية: دراسة في المبادئ العامة في القانون المدني، مرجع سابق، ص 137.

(4) مصطفى العوجي، القانون المدني: العقد، ج1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2008، ص181، عزة محمود خليل، مشكلات المسؤولية المدنية في مواجهة الحاسب الآلي، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، مصر 1994، ص 155.

(5) -Cass civ, 3e, 30 juin 1992, Bull Civ, 111, n°238, p 145.

-Cass.civ, 3ech, 17 nov, 1993, D, 1993. I. R. 259 (J.C.P), 1994. 22283.

مشار إليها لدى محمود عبد الرحيم الشريفات، مرجع سابق، ص. ص: 111-112.

الآخر، بل يجب أن تتوفر لكلا الطرفين كافة المعلومات والبيانات التي تمكنه من التعاقد مدركاً لأبعاد التزاماته وحدود حقوقه⁽¹⁾.

كما ذهب جانب آخر إلى أن مصدر الالتزام بالإعلام السابق للتعاقد هو الالتزام بضمان العيوب الخفية حيث أنه يستحيل على المشتري العلم بكافة مواصفات المبيع من تلقاء نفسه، وعليه فالبايع هو الملزم في هكذا حالات بإعلامه بكافة المعلومات الضرورية عن المبيع أو الخدمة محل التعاقد، والتزامه هذا ينشأ تبعاً لالتزامه الأصلي بضمان العيوب الخفية⁽²⁾، وقد انتقد هذا الاتجاه بدوره على أساس أن التزم البائع بضمان العيوب الخفية هو التزم لاحق لمرحلة التعاقد، بينما الالتزام بتقديم المعلومات هو التزم سابق لا يشترط لقيام المسؤولية عنه وجود عيب خفي في المبيع، ويكفي لإقامتها مجرد سكوت البائع عما يجب عليه إبدائه من معلومات حتى لو لم تكن هناك عيوب خفية ولا ظاهرة⁽³⁾.

وأخيراً ذهب جانب كبير من الفقه⁽⁴⁾ إلى أن الالتزام بالإدلاء بالمعلومات السابق للتعاقد إنما هو التزم قانوني مصدره القوانين الخاصة بحماية المستهلك، ومعنى آخر فإن النص القانوني هو الذي يلزم المتعاقد بأن يقدم للمتعاقد الآخر معلومات محددة في المرحلة السابقة على التعاقد، وفي حال عدم وجود هكذا نص فإنه يلزم بذلك على أساس مبدأ حسن النية⁽⁵⁾، وهو ما يفهم منه أن القانون لا يعتبر مصدراً للالتزام بتقديم المعلومات إلا إذا ورد فيه نص صريح وإلا تحتم البحث عن مصدر آخر لهذا الالتزام⁽⁶⁾، ولعل ما يؤكد هذا هذا الرأي هو اتجاه غالبية التشريعات الحديثة إلى الاعتراف صراحة بوجود هذا الالتزام على عاتق المهني من

خلال تشريعات حماية المستهلك⁽⁷⁾ أو التشريعات المنظمة لأحكام المعاملات الإلكترونية⁽⁸⁾.

خلاصة القول وبعد التطرق إلى مختلف الآراء التي رصدت في مدار تحديد أساس للالتزام بالإعلام قبل التعاقد وما وجدناه من اختلاف على المستويين الفقهي والقضائي، نميل إلى إسناد هذا الالتزام إلى

(1) حسن عبد الباسط جمعي، عقود برامج الحاسب الآلي، مرجع سابق، ص 166.

(2) ممدوح مبروك، أحكام العلم بالمبيع وتطبيقاته في ضوء تقدم وسائل التكنولوجيا المعاصرة، دراسة مقارنة بين القانون المدني "المصري والفرنسي" والفقه الإسلامي، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، المكتب الفني للإصدارات القانونية، 2000، ص 271.

(3) محمود عبد الرحيم الشريقات، مرجع سابق، ص 108.

(4) ممدوح مبروك، مرجع سابق، ص 267.

(5) عائشة قصار الليل، الالتزام بالإعلام الإلكتروني السابق للتعاقد، مرجع سابق، ص 230.

(6) محمود عبد الرحيم الشريقات، مرجع سابق، ص 106.

(7) نص المشرع الجزائري بصورة صريحة على الالتزام بالإعلام من خلال نص المادة 17 من القانون 03-09 المتعلقة بحماية المستهلك وقمع الغش، المعدل والمتمم، ونفس الأمر تضمنته المادة 4 من القانون رقم 02-04 مؤرخ في 23 جويلية 2004، يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، ج ر عدد 41 صادر بتاريخ 27 جويلية 2004، معدل ومتمم بالقانون رقم 06-10، مؤرخ في 15 أوت 2010، ج ر عدد 46، صادر في 18 أوت 2010، كما أكد عليه بموجب المادة 05 و 52 إلى 56 من المرسوم التنفيذي 378-13 المحدد للشروط والكيفيات المتعلقة بإعلام المستهلك، دون تمييز منه بين الالتزام بالإعلام الذي يتم بالطرق التقليدية أو الإلكترونية، وكذلك ما نصت عليه المادة 11 من قانون التجارة الإلكترونية.

(8) الفصل 25 من قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية التونسي.

القانون نفسه -وفقا لما ذهب إليه آخر اتجاه فقهي- متى وجد نص يقضي بإلزام المهني أو المتعاقد بتقديم المعلومات، واعتباره بذلك التزاما قانونيا مصدره القانون مباشرة وهو ما عليه الوضع في القانون الجزائي الذي كرسه بموجب المواد 10 و 11 و 14 من القانون 05-18، وإلا رُدُّ أساسه ومصدره إلى مبدأ حسن النية الذي يجب أن يسود المعاملات ابتداء من مرحلة انعقادها وحتى انتهاء تنفيذها.

ج/ مبررات تقريره في العقود الإلكترونية

تحظى الثقة التعاقدية بأهمية كبيرة في السياق الذي تكون فيه آليات الامتثال للالتزامات العقدية غير فعالة نسبيا، كما هو الحال عند التعامل التجاري عبر وسائل الاتصال الإلكترونية⁽¹⁾، لذلك فُرض الالتزام بالإعلام الإلكتروني كوجه من أوجه التنسيق بين المتعاقدين، وإشارة دالة على التعاون فيما بينهما. وقد أدت طبيعة العقد الذي يرمي المستهلك إلى إقرار المشرع لهذا الالتزام بصفة عامة، فعقد الاستهلاك يتميز بشكل عام بمبدأ انعدام التوازن العقدي بين طرفيه، ويتجلى ذلك بشكل خاص وواضح إذا ما أبرم هذا العقد بوسائل إلكترونية أين يكون حضور طرفي العقد افتراضيا، وإن كان هذا الأخير يضيف نوعا من التفاعلية بين المتعاقدين، إلا أن البعد المكاني يظل واقعا مؤثرا يثير الكثير من الإشكالات ويؤكد على حاجة المستهلك إلى حماية خاصة، ويرجع ذلك للأسباب التالية:

1/ أن من أهم الضرورات العملية التي أدت إلى تقرير الالتزام بالإعلام قبل التعاقد سواء في البيئة التقليدية أو الإلكترونية انعدام التكافؤ بين المستهلك والتاجر في عقود الاستهلاك⁽²⁾، فالواضح أن عدم التكافؤ وعدم التساوي بين المتعاقدين وإن كانت نسبته معقولة في عقود الاستهلاك التقليدية، إلا أنها تتسع في عقود الاستهلاك الإلكترونية، ولعل الوسيلة الإلكترونية التي تبرم بها هذه العقود هي سبب الإشكالات التي تطرحها والتي تشكل باجتماعها في النهاية ضعفا لدى المستهلك الإلكتروني، ابتداء من ضغط الدعاية الإلكترونية التي تترصده للتأثير على حريته في الإقبال على التعاقد⁽³⁾، إلى الكم الهائل من السلع والخدمات الجديدة التي تفقد المستهلك تركيزه في اختيار الأنسب منها لمحدودية خبرته الفنية، ثم رضوخه الضروري لبنود العقود النموذجية.

2/ أن التطور الصناعي والاقتصادي الذي يشهده العالم اليوم أدى إلى الإسهام في انحراف أسلوب البيع عن طريقه التقليدية، فلم يعد بسيطا كما كان بل أصبح إلكترونيا أكثر تعقيدا، يجعل المهني صاحب الخبرة متقدما وفق ميزان العلم والمعرفة الفنية على المستهلك عديم الخبرة الذي يقبل التعاقد دون دراية كافية منه

(1) Brousseau Éric, *Confiance ou contrat, Confiance et contrat*, in Francis Aubert, Jean-Pierre.

Sylvestre, *Confiance et Rationalité*, INRA Edition, Les colloques, n° 97, 2000, p.72 .

(2) خالد ممدوح إبراهيم، حماية المستهلك في المعاملات الإلكترونية: دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص 165 .

(3) ABAD Véronique, « Publicité sur Internet et Protection du consommateur », *Lex Electronica*, vol. 8, n°2, printemps 2003, P.4, disponible sur le site: <http://www.lexelectronica.org/articles/v8-2/abad.htm>.

بأوصاف السلع والخدمات، مما يخلق هوة بين الطرفين جعلت من المستهلك يحتل بحق مركز الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية التي تربطه بالمهني المحترف الذي يتمتع بالخبرة الفنية والمركز القوي⁽¹⁾.

3/ أنه عادة ما تكون الأعمال التجارية الإلكترونية مسبقة بشكل من أشكال الدعاية والإعلان الإلكتروني ولأن الإعلان في شكله الإلكتروني أقل تكلفة وأكثر سهولة مقارنة بالإعلان التجاري التقليدي فإنه يشكل مصدر خطورة حقيقية على توجيه إرادة المستهلك⁽²⁾، وذلك بدفعه إلى الإقدام على شراء السلع وطلب الاستفادة من الخدمات دون أن يكون بحاجة فعلية إليها.

فالإعلان التجاري وإن كان مظهرًا من مظاهر المنافسة المشروعة ووسيلة للتعريف بالمنتجات والخدمات⁽³⁾، إلا أنه انقلب سلبًا على المستهلك بفعل تأثير التقنية الحديثة على محتوى الإعلان نفسه، فقد أصبحت الصورة الإعلانية الافتراضية تتفنن في إظهار الأشياء على غير حقيقتها بشكل منقوص غير مكتمل، باستعمال العنصر الخادع السمعي أو البصري أو الاثنين معًا، ليجد المستهلك نفسه يشتري دون أن يدرك و دون أن يعي ما يفعل، تحت تأثير اللحظة الإعلانية، الوضع الذي يخلق في النهاية مظهرًا من مظاهر عدم التكافؤ بين المستهلك والمهني ويجعل من الأخير مسيطرًا على العلاقة التعاقدية.

4/ من جهة أخرى قد لا يتيح الوسيط الإلكتروني الذي تبرم من خلاله معظم العقود الإلكترونية للمستهلك فرصة المفاوضة والمساومة على شروط العقد، خاصة في حالة التعاقد عبر مواقع الويب التي تستخدم نظام العقود النموذجية التي تطلبها اتساع النشاط التجاري، أين أصبح المهني لا يتردد في استعمالها كوسيلة لتقوية مركزه القانوني من خلال إدراجه العديد من الشروط التعسفية التي تخدم مصلحته، على حساب مصلحة المستهلك الذي لا يجد لنفسه من خيار سوى ملء الفراغات دون إدراك منه لنطاق التزاماته⁽⁴⁾.

ثانيا/ تفعيل دور الالتزام بالإعلام الإلكتروني السابق للتعاقد

يرى الشراح المعاصرون أن من أهم شروط إبرام العقود الإلكترونية التي تميزها عن العقود التقليدية وجوب تطبيق الالتزام بالإعلام قبل التعاقد كأحد الخصائص الجوهرية التي يفرضها الإطار العام للعقد الإلكتروني، ويجدون أن تطبيق الالتزام بالإعلام قبل التعاقد في العقد الإلكتروني يتطلب أمرين⁽⁵⁾:

(1) إدريس الفاخوري، حماية المستهلك من الشروط التعسفية، مجلة طنجنس، كلية العلوم القانونية، جامعة عبد الملك السعدي، المغرب، ع3، 2003، ص64.

(2) أسامة أحمد بدر، حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني: دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، 2005، ص151.

(3) MOREAU Nathalie, op.cit, p 21.

(4) عبد الفتاح بيومي حجازي: حماية المستهلك عبر شبكة الإنترنت، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2006، ص:45-46.

(5) نزيه مُجد الصادق المهدي، انعقاد العقد الإلكتروني، مرجع سابق، ص 214.

الأمر الأول: ضرورة أن يكون التعبير عن الإرادة في العقد الإلكتروني والمتضمن الإيجاب على وجه الخصوص متضمنا ومحتويا على جميع العناصر الكفيلة بتحديد هوية صاحبه وكذا كافة البيانات الضرورية لبيان السلعة أو الخدمة محل التعاقد وكافة البيانات اللازمة لتنفيذ العقد والمحددة لشروطه، وذلك بهدف تحقيق عنصر الأمان والثقة في التعاقد الإلكتروني⁽¹⁾.

الأمر الثاني: ضرورة أن يكون التعبير عن الإرادة في العقد الإلكتروني والصادر من المتعاقد -المهني المحترف- تفاوضا، إيجابا، قبولا، صادرا باللغة الوطنية⁽²⁾ للمتعاقد الآخر الذي يكون عادة مستهلكا، أو على الأقل بلغة يفهمها حتى تتحقق الغاية من الإعلام وحتى يحقق المستهلك أكبر قدر من المعرفة بشروط العقد ومواصفات المبيع أو الخدمة المراد التعاقد عليها.

كما يرى البعض بحق أن إعمال واجب الإعلام يبدو صعب التحقيق في إطار الانترنت، فمن الناحية العملية، يقوم بعض المتعاملين بوضع هذه المعلومات في أدنى الصفحة، والبعض الآخر يستعمل الأيقونات (Les icônes) أو يضع روابط تحول الزبون إلى صفحة أخرى، في الوقت الذي كان يتعين أن يتم إرسال المعلومات إلى المستهلك الذي يستقبلها، ويحفظها في دعامه دائمة ضمانا لعدم تغييرها⁽³⁾.

ثالثا/ مضمون الالتزام بالإعلام الإلكتروني السابق للتعاقد

لا يختلف الالتزام بالإعلام الإلكتروني عن الالتزام بالإعلام في البيئة التقليدية، فالمدين به يبقى ملزما بتبصير وتنوير إرادة المستهلك، عن طريق الإفصاح له عن مجموعة من المعلومات والبيانات تجعله على قدم المساواة معه من حيث العلم بالمنتج أو السلعة أو الخدمة المعروضة عليه عبر الوسائل الإلكترونية⁽⁴⁾. فإذا كان المدين بهذا الالتزام في العقود التقليدية ملزما بالإدلاء بجميع البيانات والمعلومات الضرورية المتعلقة بالمبيع والمحددة لمواصفاته⁽⁵⁾، فإن المدين بهذا الالتزام في العقود المبرمة إلكترونيا ملزم بالإفصاح عن جميع البيانات والمعلومات الكفيلة بتحديد هويته وشخصه، إلى جانب التزامه بالإفصاح عن البيانات المحددة للمبيع وشروط العقد بصفة عامة.

(1) وهو ما أكد عليه المشرع بموجب م 11 من قانون التجارة الإلكترونية، والمادة 17 من القانون 03-09 المتعلق بالمستهلك، وكذا المواد 05، 53 وغيرها من المرسوم التنفيذي 13-378 المحدد لكيفيات إعلام المستهلك.

(2) وهو ما اشترطه المشرع الجزائري بموجب المادة 7 من المرسوم التنفيذي 13-378 المتعلق بشروط وكيفيات إعلام المستهلك وكذا المادة 18 من القانون 03-09 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش.

(3) AYEWOUDAN Akodah, *Les droits du contrat à travers l'internet*, op.cit, p38.

(4) عائشة قصار الليل، الالتزام بالإعلام الإلكتروني السابق للتعاقد، مرجع سابق، ص 232.

(5) حيث تنص المادة 17 من القانون 03-09 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش المعدل والمتم على أنه "يجب على كل متدخل أن يعلم المستهلك بكل المعلومات المتعلقة بالمنتج الذي يضعه للاستهلاك بواسطة الوسم ووضع الإعلانات أو بأية وسيلة أخرى مناسبة" دون إشارة منها إلى بيان تحديد الهوية، كما نصت المادة 04 من القانون 02-04 المتعلق بالممارسات التجارية المعدل والمتم على أنه "يتولى البائع وجوبا إعلام الزبائن بتعريفات السلع والخدمات وشروط البيع" دون إشارة منها إلى المعلومات المتعلقة بتحديد الهوية أيضا.

فموجب المواد 11 من قانون التجارة الإلكترونية الجزائري، والمادة 05 و52 إلى 55 من المرسوم التنفيذي 378-13، وكذا المادة 17 من القانون 09-03 المتعلق بحماية المستهلك، وأخيرا بموجب المادة 04 من القانون 02-04 المتعلق بالممارسات التجارية⁽¹⁾، يلاحظ أن لمضمون الالتزام بالإعلام الإلكتروني شقين إيجابي (أ)، وآخر سلبي (ب).

أ/ الشق السلبي

وتمثل في امتناع المدين بالالتزام بالإعلام عن إظهار الحقيقة والمعلومات المتعلقة بالمبيع أو الخدمة محل التعاقد من الناحية القانونية والمادية، بحيث يعتبر المدين بهذا الالتزام مخلا بالتزامه بمجرد تكتمه عن البيانات والمعلومات الضرورية لتنوير رضا المستهلك وعدم الإفصاح عنها.

تطبيقا لذلك إذا كان المتعاقد يعلم بواقعة معينة ويعرف في ذات الوقت أن تلك الواقعة محل أهمية بالنسبة للطرف المستهلك وجب عليه إطلاعه بحقيقة هذه الواقعة وإلا كان مخلا بالتزامه بالإعلام ومرتبكا لتدليس في ذات الوقت، ما يمنح للمستهلك -الطرف الآخر- إمكانية المطالبة بإبطال العقد والتعويض دون حاجة إلى إثبات نية التضليل وهذا ما يؤكد أصالة هذا الالتزام⁽²⁾، ويميزه عن التدليس كعيب من عيوب الرضا الناتج عن السكوت العمدي حسب نص م 2/86 ق م الذي يحتاج إلى إثبات الركن المعنوي المتمثل في نية التضليل إلى جانب الركن المادي المتمثل في الكتمان العمدي⁽³⁾.

ومرد ذلك كله أن مشكلة السكوت العمدي أو الإدلاء بالبيانات المتعلقة بالعقود والسلع والخدمات أصبحت في ظل التطور التكنولوجي تأخذ أبعاد هامة، وذلك في ضوء تقرير وتكريس حق المستهلك المقبل على التعاقد عبر وسائل الاتصال الحديثة في إحاطته وإخباره وإعلامه بكافة هذه المعلومات⁽⁴⁾، تحت طائلة إمكانية المطالبة بإبطال العقد إضافة إلى التعويض نتيجة الضرر الذي قد يلحقه جراء إخلال المدين -وهو المهني المحترف- بالتزامه بالإعلام.

ب/ الشق الإيجابي

ينصرف الشق الإيجابي للالتزام بالإعلام الإلكتروني السابق إلى أن البائع المتخصص يلتزم بإعلام الطرف المتعاقد معه بجميع البيانات الخاصة بالتعاقد، سواء المتعلقة منها بالجانب النوعي للمبيع من حيث التسمية والنوعية، أو المتعلقة بالجانب الكمي (الأبعاد والأوزان)، ويقع هذا الالتزام على المورد الإلكتروني

(1) قانون 02-04، مؤرخ في 23 جويلية 2004، يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، ج ر عدد 41 صادر بتاريخ 27 جويلية 2004، معدل ومتم بالقانون رقم 10-06، مؤرخ في 15 أوت 2010، ج ر عدد 46، صادر في 18 أوت 2010.

(2) سعاد نويري، الالتزام بالإعلام وحماية المستهلك في التشريع الجزائري، مقال منشور في مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، العدد 08 جانفي 2016، جامعة باتنة، الجزائر، ص. ص: 230-231، متوفر على الموقع: <https://www.asjp.cerist.dz/en/article/6468>

(3) سعاد نويري، مرجع سابق، ص 230.

(4) أحمد بومدين، دور الالتزام بالإعلام قبل التعاقد في حماية رضا المستهلك، مقال منشور في مجلة العلوم القانونية، عدد 01، جوان 2010، معهد العلوم القانونية والإدارية، المركز الجامعي بالوادي، الجزائر، ص 172، متاح على الرابط:

<https://www.asjp.cerist.dz/en/article/5509>

المحترف استنادا إلى صفته التخصصية التي تمكنه من العلم بكافة البيانات الخاصة بالمبيع أو الخدمة والتي يدرك مدى أهميتها للطرف الثاني⁽¹⁾.

ويمكن تقسيم البيانات أو المعلومات التي يتوجب على المورد الإلكتروني الإدلاء بها إلى 04 مجموعات⁽²⁾:

1/ بيانات متعلقة بتحديد هوية وشخص مقدم الخدمة أو السلعة.

2/ بيانات متعلقة بالشروط العامة للبيع.

3/ بيانات متعلقة بالسلعة أو الخدمة المعروضة.

4/ بيانات متعلقة بسعر المنتج أو الخدمة.

وأي امتناع من قبل المدين بهذا الالتزام عن الإدلاء بهذه المعلومات يعتبر إخلالا منه بالالتزام الملقى على عاتقه يقيم في جانبه مسؤولية يترتب عنها تحميله للجزاء المقرر للإخلال بهذا الالتزام، وهو ما سيتم التطرق إليه من خلال النقطة الموالية.

رابعا/ أثر الإخلال بالالتزام بالإعلام الإلكتروني السابق للتعاقد

تؤثر المعلومات قبل التعاقدية المقدمة في إطار الالتزام بالإعلام في العقود المبرمة عن بعد بصفة مباشرة على رضا المستهلك، ولذلك رتب المشرع على الإخلال به جزاءات عقابية ذات طابع جزائي إلى جانب عدم المساس بحق المستهلك في طلب إبطال العقد والمطالبة بالتعويض عما أصابه من ضرر جراء هذا الإخلال استنادا إلى القواعد العامة.

أ/ الجزاء الجنائي المترتب عن الإخلال بالالتزام بالإعلام الإلكتروني السابق للتعاقد

تنص المادة 39 من قانون التجارة الإلكترونية على أنه: "يعاقب بغرامة مالية من 50,000 إلى 500 ألف دينار جزائري كل مورد إلكتروني يخالف إحدى الالتزامات المنصوص عليها في المادتين 11 و12 من هذا القانون كما يجوز للجهة القضائية التي رفعت أمامها الدعوى أن تأمر بتعليق نفاذه إلى جميع منصات الدفع الإلكتروني لمدة لا تتجاوز 6 أشهر"

(1) إيمان مأمون أحمد سليمان، إبرام العقد الإلكتروني وإثباته، مرجع سابق، ص 123.

(2) THIBAUT Verbiest, op.cit, p 95.

استنادا إلى هاذ النص، فإن المورد الإلكتروني الذي يخل بالتزامه بإعلام المستهلك حول جميع البيانات الضرورية لإبرام العقد يترتب في جانبه مسؤولية جنائية قدرها المشرع بغرامة مالية تتراوح ما بين 50 ألف دينار و 500 ألف دينار جزائري، وذلك مع مراعاة أحكام الصلح الإداري المنصوص عليه بموجب المواد 45 و 46 و 47 من القانون ذاته، وكذا أحكام العود المنصوص عليها بموجب المادة 48 منه.

والإخلال بالالتزام بالإعلام في العقود المبرمة عن بعد ليس معاقبا عليه على هذا النحو فحسب ذلك أن مقدم العرض الإلكتروني مسؤول أيضا عن دقة وصحة المعلومات المقدمة من طرفه إلى المستهلك هذا الأخير له في كل الحالات طلب إبطال العقد استنادا إلى أن رضاه كان معيبا بسبب غياب أو عدم دقة المعلومات المقدمة إليه⁽¹⁾.

ب/ الجزء المدني المترتب عن الإخلال بالالتزام بالإعلام الإلكتروني السابق للتعاقد

قبل التطرق إلى صور الجزء المدني الذي يمكن أن يتحملة المدين بالالتزام بالإعلام في حالة إخلاله بالتزامه، وجبت الإشارة أولا إلى طبيعة المسؤولية المدنية المترتبة عن الإخلال بهذا الالتزام قبل التعاقد فيما إذا كانت تقصيرية أم عقدية.

1/ طبيعة المسؤولية الناتجة عن الإخلال به

تقوم المسؤولية الناتجة عن الإخلال بالالتزام بالإعلام قبل التعاقد على أساس الخطأ الذي ارتكبه المتعاقد المدين بعدم تقديم كل المعلومات أو بعضها، ويمكن هذا الخطأ إما في سكوته العمدي عن المعلومات الضرورية، أو في تقديمه لمعلومات خاطئة على نحو ألحق بالدائن ضررا⁽²⁾.

وفي الوقت الذي ذهب فيه بعض الفقه يقودهم الفقيه الألماني إهرنج⁽³⁾ بشأن تحديد طبيعة المسؤولية الناتجة عن الإخلال بالالتزام بالإعلام قبل التعاقد، إلى أن المسؤولية الناشئة عن الإخلال به إنما هي مسؤولية ذات طبيعة عقدية، مستندين في التأسيس لرأيهم إلى نظرية الخطأ عند تكوين العقد، ومعتبرين أن الخطأ في مرحلة المفاوضات هو خطأ عقدي يؤدي إلى تطبيق المسؤولية العقدية.

ذهب اتجاه آخر⁽⁴⁾ حظي بتأييد أغلب الفقه والقضاء إلى القول بأن المسؤولية الناشئة عن الإخلال بالالتزام بالإعلام هي مسؤولية تقصيرية تخضع لأحكام الفعل الضار، ذلك أن أية مسؤولية تترتب خارج نطاق العقد هي مسؤولية تقصيرية تقوم على أساس القانون لا العقد، خاصة في العقد الإلكتروني أين أصبح

(1) SHANDI Yousef, *La formation du contrat à distance par voie électronique*, thèse en vue de l'obtention du doctorat nouveau régime, droit privé, université Robert SCHUMAN, Strasbourg 3, 28 juin 2005, p 133.

(2) محمد حسين منصور، المسؤولية الإلكترونية، مرجع سابق، ص 53.

(3) CHATILLON Stéphane, *Le contrat international*, Quercy Mécrues, 3 édition, Paris, 2007, p 81.

(4) مصطفى العوجي، مرجع سابق، ص 178.

مصدر الالتزام بالإعلام الأساسي والمباشر هو القانون، ومن ثم لا يحتاج الأمر إلى البحث عن عقد سابق على العقد الأصلي يوجب مثل هذا الالتزام⁽¹⁾، وهو ما يحصن موقف هذا الاتجاه و يبرجه على الموقف الآخر.

2/ صور الجزاء المدني الناتج عن الإخلال به

تتعد صور الجزاء المدني الناتج عن الإخلال بالالتزام بالإعلام فقد يكون إبطال العقد، عند تحقق عيب من عيوب الإرادة كالغلط والتدليس، وقد يكون الجزاء فسخ العقد لعيب عند تمسك المستهلك بالعيوب الخفية، وقد يتمسك بالتعويض كأثر للمسؤولية المدنية المترتبة عن الإخلال بهذا الالتزام وفقا لما قرره المشرع من خلال نص المادة 14 من تقنين التجارة الإلكترونية 05-18، فضلا عن تمتعه في التعاقد الإلكتروني بحق الرجوع عن العقد، والذي يعد ضمانة أخيرة يمكنه اللجوء إليها لحماية حقوقه.

1-2/ الجزاء في إطار نظرية عيوب الإرادة (الغلط والتدليس)

يمكن أن يترتب عن إخلال المهني بالتزامه قيام وهم في ذهن المتعاقد (المستهلك) يدفعه إلى التعاقد وما يترتب عن هذا الوهم قد يكون غلطاً أو تدليسا، فبالنسبة للغلط فإن طريقة عرض المنتجات أو الخدمات في عقود البيع عبر مختلف الوسائط الإلكترونية - والتي تكون غالبا عن طريق عرض صورة للشيء المباع في الموقع الإلكتروني- لا تعد كافية لإحاطة المشتري علما بكافة خصائص ومواصفات المنتج أو الخدمة المعروضة.

لذلك وضعت قوانين التجارة الإلكترونية التزاما على المورد بأن يوضح للمشتري كافة البيانات المتعلقة بذلك الشيء، عن طريق وصفه وصفاً كافياً وبيان كل معلومة ولو كانت تفصيلية أو ثانوية متى كانت دافعاً إلى التفاوض ومن ثم التعاقد في نظر المستهلك، ومن ذلك يتبين أن الإخلال بالالتزام بالإعلام في العقد الإلكتروني يمكن أن يكون سببا لوقوع المتعاقد في غلط ومن ثم حقه في طلب إبطال العقد⁽²⁾.

إلا أنه قد يتم اشتراط عدم مسؤولية المنتج أو البائع عن الغلط الذي قد يقع فيه المستهلك عن طريق إيراد شرط في العقد النموذجي يقضي بعدم المسؤولية، فما مدى صحة هذا الشرط إن وافق عليه المستهلك؟ إن مثل هذا الشرط يعد مشروعا بموجب أحكام المادة 178 ق.م، بشرط أن لا يرتكب المدين بالالتزام بالإعلام "غشا أو خطأ جسيما" وإلا كان مسؤولا عن ذلك الغلط ولو اشترط عدم مسؤوليته.

أما بالنسبة لعيب التدليس فيمكن القول أن التزام المورد الإلكتروني بالإعلام في العقد الإلكتروني يجعل من كتمان أية معلومة هامة للطرف الآخر أو تزويده بمعلومات كاذبة بهدف دفعه إلى التعاقد تدليسا يصلح كسبب لطلب إبطال العقد لمصلحة الدائن بالالتزام بالإعلام، إلى جانب حقه في المطالبة بالتعويض عن أي ضرر يحتمل أن يصيبه.

(1) عقيل فاضل حمد الدهان وغني ريشان جادر الساعدي، مرجع سابق، ص 218.

(2) المرجع نفسه، ص 214.

2-2/ الجزء في إطار العيوب الخفية

يعطي إخفاء المهني المحترف لمعلومات يتوجب عليه الإفصاح عنها للمستهلك حق التمسك بدعوى ضمان العيوب الخفية استنادا إلى القواعد العامة، إن وجد بالمبيع عيب لم يتمكن من الاطلاع عليه بسبب نقص المعلومات المقدمة من المورد في الموقع الإلكتروني، ومن ثمة طلب فسخ العقد لعيب وذلك لتعذر معاينته المادية للشيء المبيع واعتماده في تقديراته على ما يقدمه إليه المهني من معلومات وبيانات.

إلا أن حماية المستهلك هنا مؤسسة على عدم خبرته، ومن ثم فإن كان المشتري مهنيا "محترفا" فإن من شأن ذلك أن يعيد التوازن بينه وبين المنتج أو البائع، فيفترض في جانبه العلم، فمن ضمن القرائن التي أقرها القضاء الفرنسي، أن الاحتراف والمهنية يعني العلم سواء تعلق الأمر بالبائع أو المشتري⁽¹⁾.

يتضح من خلال ما سبق أن الدائن يملك وسائل عديدة تعد ضمانات له عند إخلال المدين بالالتزام بالإعلام في العقد الإلكتروني فيمكنه التمسك بإبطال العقد مستندا في ذلك إلى عيوب الإرادة في حال الغلط والتدليس أو نص المادة 14 من تقنين التجارة الإلكترونية 05-18 مباشرة، كما قد يتسنى له التخلص من العقد من خلال دعوى الفسخ بسبب العيب الخفي، فإن لم يفلح في إبطال العقد أو فسخه⁽²⁾، أو أنه أفلح في ذلك إلا أنه أصيب بضرر كان له في كلتا الحالتين أن يتمسك بقواعد المسؤولية التقصيرية ويطالب بالتعويض عن الضرر الذي أصابه بسبب إخلال المدين بالتزامه بالإعلام إما لعدم كفاية المعلومات المقدمة في مرحلة التفاوض أو بسبب عدم صحتها⁽³⁾.

وآخر ضمانة يمكن أن يتمسك بها الدائن بالالتزام بالإعلام في العقد الإلكتروني هي حقه في الرجوع أو العدول المكرس بموجب قوانين التجارة الإلكترونية، والذي يعتبر أفضل ضمان منحتة التشريعات الإلكترونية للمستهلك في حال إخلال المدين بالتزامه بالإعلام في العقد الإلكتروني، دونما حاجة منه إلى اللجوء إلى المحاكم ولا إلى إثبات الغلط أو التدليس أو العيب الخفي ولا حتى إصابته بضرر، وهو ما سيتم التطرق إليه من خلال الفرع الموالي.

الفرع الثاني: الحماية البعدية للتعبير عن الإرادة بالكتابة الإلكترونية

تقضي القواعد العامة النازمة للعقد بأن هذا الأخير شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه أو تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقرها القانون، إعمالا لمبدأ القوة الملزمة للعقد كما جاء في نص المادة 106 ق م، ذلك أن العقد متى نشأ صحيحا مستوفيا لجميع أركانه وشروط صحته فإن تنفيذه يصبح ملزما لطرفيه

(1) حسن عبد الباسط جميعي، حماية المستهلك: الحماية الخاصة لرضاء المستهلك في عقود الاستهلاك، مرجع سابق، ص 24.

(2) خالد مدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، مرجع سابق، ص 276.

(3) عقيل فاضل حمد الدهان وغني ريسان جادر الساعدي، مرجع سابق، ص 220.

ولا رجعة فيه، وهذه القاعدة نتيجة مباشرة لمبدأ سلطان الإرادة⁽¹⁾، حيث أن الإرادة هي الأساس في إنشاء العقد وفي تحديد آثاره⁽²⁾، وطالما كانت كذلك فهي ملزمة لأصحابها.

إلا أنه واستثناء على هذه القاعدة أجازت بعض القوانين للقابل أن يعدل عن قبوله بعد تنفيذ العقد إذا تبين له أنه تسرع في التعبير عن رضاه، أو أن قبوله صدر عن غير يقين، في إطار ما يسمى بالحق في التراجع عن العقد أو الحق في العدول، وهو ما يجعل من هذا الحق وسيلة قانونية لحماية رضا المستهلك وضمانة حقيقية له ضد ما قد يصدر عن المتعاقد الآخر من إغراءات في عرض السلع والخدمات قد تؤثر على رضاه فتدفعه إلى إبرام العقد⁽³⁾، وعليه سيتم التطرق إلى التعريف بهذا الحق (أولا) ثم إلى تحديد الآثار المترتبة عن ممارسته (ثانيا).

أولا/ التعريف بالحق في العدول

للتعريف بالحق في العدول نتطرق أولا إلى تعريفه (أ) ثم تحديد طبيعته القانونية (ب) ثم مبررات إقراره (ج) وأخيرا ضوابط ممارسته (د).

أ/ تعريفه

حظي الحق في العدول⁽⁴⁾ بعدة تعريفات على الصعيدين الفقهي والقانوني، فعلى مستوى الفقه: عرفه رأي بأنه إحدى الآليات القانونية الحديثة التي أوجدها المشرع لغرض توفير الحماية اللازمة والفعالة للمستهلك في مرحلة تنفيذ العقد⁽⁵⁾.

وعرفه آخرون بأنه «هو الرجوع عن الإرادة المعبر عنها من قبل، وسحبها كإن لم تكن، مع منع ترتيب آثارها فهو تعبير عن إرادة عكسية، مضادة»⁽⁶⁾.

(1) أصبح من الثابت أن مبدأ سلطان الإرادة قد شهد منذ القرن الماضي تقليصا بسبب فرض النظام العام والآداب العامة عليه، كما ظل يتلقى تأثيرات مختلفة أدت إلى تقييده من بينها ازدياد تدخل المشرع في تنظيم العقود تحت أسباب مختلفة أهمها اختلال التوازن العقدي بين الأطراف، وهو ما أدى إلى إعادة النظر في مبدأ القوة الملزمة للعقد الذي أصبح محصورا في دائرة التوازن بين العدالة العقدية والنظام العام والآداب العامة، أنظر في ذلك: يمينه حوحو، مرجع سابق، ص 146.

(2) يمينه حوحو، مرجع سابق، ص 142.

(3) بخالد عجالي، حق المستهلك الإلكتروني في التراجع عن العقد وآثره على النظرية العامة للعقد في ظل نظريات القانون الاقتصادي مقال منشور في مجلة الحقوق والحريات، جامعة محمد خيضر، بسكرة، ع 4، أبريل 2017، ص 333، متوفر على الموقع:

<http://www.asjp.cerist.dz/en/article/32920> ، تم الاطلاع بتاريخ 24 ديسمبر 2018 على الساعة 15:00 زوالا.

(4) استخدمت عدة مصطلحات للتعبير عن فكرة الحق في العدول عن العقد، سواء في الفقه العربي كمصطلح الرجوع، التراجع أو فك الرابطة، أو الندم، أو في نظيره الفرنسي الذي استخدم مصطلحات: Renoncer أو Repentir أو Retracter، في حين استخدم فقهاء الشريعة مصطلح حق الخيار، أما المصطلح الذي استخدمه المشرع الجزائري فهو الحق في العدول.

(5) LUDOVIC Bernardeau, « Droit communautaire et protection des consommateurs », JCP, 2000, p218.

(6) VILLEY Michel, *Leçons d'histoire de la philosophie du droit*, Dalloz, Paris, 1957, annales de la faculté de droit et de sciences politiques de Strasbourg 6, Paris, Dalloz, p 334.

أما على المستوى القانوني فنقتصر على ذكر التعريف الذي أعطاه المشرع الجزائري للحق في العدول بموجب المادة 19 من القانون 03-09 المعدلة بموجب القانون 09-18⁽¹⁾، حيث عرفه من خلال فقرتها الثانية بأنه: "العدول هو حق المستهلك في التراجع عن اقتناء منتج ما دون وجه سبب".

كما نص بموجب مشروع تعديل التقنين المدني في جزئه المتعلق بعقد البيع والخصص لتنظيم البيع عن بعد من خلال نص م 412 مكرر 6 «للمشتري مهلة 07 أيام كاملة للتمسك بحقه في العدول دون تسبب ذلك ولا دفع أي تعويض باستثناء مصاريف الإرجاع.....».

والمستخلص من هذين النصين أن المشرع الجزائري قد اقتنع أخيرا بضرورة تنظيم الحق في العدول عن العقد، إلا أنه وللأسف ربط بموجب الفقرة الأخيرة من م 19 أعلاه شروط وكيفيات ممارسة الحق في العدول وكذا آجال وقائمة المنتجات المعنية، بصور تنظيم لا نعلم كم سيستغرق من وقت إلى حين إصداره، وهو ما يبقى هذا الحق مجرد حبر على ورق طيلة فترة انتظار صدور ذلك التنظيم أو التعديل.

أما قانون التجارة الإلكترونية 05-18 فلم يقرر مثل هذا الحق للمستهلك الإلكتروني بل نص من خلال المادتين 22 و 23 منه على حق المستهلك في استبدال السلعة أو إعادتها مع استرجاع ثمنها إذا تأخر المورد الإلكتروني في تسليمها في الوقت المتفق عليه، أو إذا شابها عيب أو كانت غير مطابقة للمواصفات المحددة في العقد، ولا يمثل ذلك حقاً للعدول عن العقد على النحو المقرر في المادة 2/19 من القانون 03-09 والمضافة بموجب التعديل 09-18، فما قرره المشرع الجزائري بموجب النصين السابقين إنما هو مجرد تطبيق للقواعد العامة في إخلال البائع بالتزاماته العقدية، والتي تمثل خطأ عقدياً مضمونه عدم تنفيذ الالتزام أو التأخر في تنفيذه استناداً إلى أحكام نص المادة 176 ق.م.

غير أن عدم نص المشرع الجزائري على الحق في العدول في قانون التجارة الإلكترونية لا يعني أن المستهلك الإلكتروني لا يتمتع بهذا الحق، بل يبقى محولاً له إضافة إلى الأسباب المستمدة من القواعد العامة والمذكورة أعلاه، أن يتراجع عن العقد وبدون إبداء أسباب استناد إلى الحق في العدول المقرر له بموجب م 2/19 من قانون حماية المستهلك وقمع الغش 03-09 المعدل والمتمم، وإن كانت أحكامه كما هي عليه حالياً غير كافية لتحقيق الحماية اللازمة لرضا المستهلك في البيئتين التقليدية والإلكترونية، والتي من أجلها تقرر هذا الحق كاستثناء على مبدأ القوة الملزمة للعقد.

وتجدر الإشارة إلى أن الحق في العدول عن العقد الإلكتروني يتميز بمجموعة من الخصائص تجعله متميزاً

(1) قانون رقم 09-18 مؤرخ في 10 يونيو 2018، يعدل ويتم القانون 03-09، ج ر عدد 35، صادر بتاريخ 13 يونيو 2018.

عن غيره من الأنظمة المشابهة له على غرار البطلان⁽¹⁾ والفسخ⁽²⁾، تتمثل في⁽³⁾:

1/ أن الحق في العدول يثبت للمستهلك أو المشتري وحده دون المنتج، فهو حق خاص به، يمارسه دون إبداء أسباب، وهو ما أكد عليه المشرع بموجب م 2/19 من القانون 03-09 والمضافة بموجب التعديل 09-18.

2/ يمكن للمستهلك ممارسة حقه في العدول حتى بعد تنفيذ العقد، وتخضع ممارسته لكامل السلطة التقديرية للمستهلك ودونما حاجة إلى رفع دعوى قضائية ودون موافقة الطرف الآخر.

3/ ممارسة الحق في العدول تتم في العقد الصحيح المستوفي لجميع أركانه وشروط صحته، والمنتج لجميع آثاره وتؤدي ممارسة هذا الحق إلى إزالة كل أثر للعقد بأثر رجعي.

4/ تتحدد ممارسة هذا الحق بأجل معين وفي مجالات محددة.

5/ أنه من النظام العام، مما يجعل كل اتفاق أو شرط يقيد أو يمنع المستهلك من ممارسة هذا الحق قبل نشوئه باطلا بطلانا مطلقا، وطالما كان مقرا لحماية المصلحة الخاصة للمستهلك، فإنه استنادا للقواعد العامة يجوز له التنازل عنه بعد نشأته، وذلك بعدم ممارسته له خلال المدة المحددة⁽⁴⁾.

6/ أن حق العدول عن العقد يثبت للمستهلك بصورة مجانية، بحيث لا يترتب على ممارسته أية مصاريف يمكن أن يتحملها المستهلك، وذلك كضمان لممارسة هذا الحق من قبل المستهلك، ويقع باطلا كل اتفاق يفرض مقابلا ماليا له⁽⁵⁾، وهو ما أكد عليه المشرع الجزائي بموجب المادة 3/19 من قانون المستهلك 09-03، والمضافة بموجب التعديل 09-18 «للمستهلك الحق في العدول عن اقتناء منتج ما ضمن احترام شروط التعاقد، دون دفعه مصاريف إضافية».

(1) البطلان وهو الجزء الذي يترتب القانون على تخلف أحد أركان العقد، ويتميز عن الحق في العدول بأن هذا الأخير يوقع بإرادة المستهلك على عقد صحيح كامل الأركان، ومنتج لجميع آثاره، بينما في البطلان يكون العقد غير موجود وديم الأثر، ويجوز لكل ذي مصلحة إثارة لاتصاله بالنظام العام، في حين أن الحق في العدول بالمصلحة الخاصة للمستهلك، ويتشابهان من حيث النتيجة المترتبة وهي زوال العقد، ولا يترتب عنها تعويض، كما تسري عليها محلة السقوط المحددة قانونا، يمينه حوحو، مرجع سابق، ص.ص: 153-151.

(2) يختلف الحق في العدول عن الفسخ من حيث السبب، فحق العدول يمارسه المستهلك دون سبب، أما الفسخ فيكون بسبب عدم تنفيذ أحد الطرفين لالتزاماته، كما يثبت حق الفسخ لكلا طرفي العقد، في حين يثبت الحق في العدول للمستهلك، أيضا يترتب عن الفسخ الحق في طلب التعويض، أما المستهلك فلا يلزم بتعويض الطرف الآخر، ويتشابهان في: أن العقد في كليهما يبرم صحيحا ويرتب جميع آثاره بين المتعاقدين، أن كلاهما حق خاص بصاحبه، كلاهما يزيل العقد بأثر رجعي، وتسري عليها مدة السقوط المحددة.

(3) يمينه حوحو، مرجع سابق، ص.ص: 150-151.

(4) زاهية حورية سي يوسف، حق العدول عن العقد آلية لحماية المستهلك الإلكتروني، مقال منشور في مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، المركز الجامعي لفرنست، المجلد 7، العدد 2، 2018، ص 15، متاح على الموقع:

<https://www.asjp.cerist.dz/en/article/51915>، تم الاطلاع بتاريخ 24 ديسمبر 2018، على الساعة 15:55.

(5) المرجع نفسه، ص 16.

ب/ طبيعته القانونية

أثارت مسألة تحديد الطبيعة القانونية للحق في العدول جدلا واسعا في أوساط الفقه نظرا لغياب التحديد القانوني لها، ففي الوقت الذي يرى فيه جانب من الفقه أن حق العدول هو رخصة منحها المشرع للمستهلك باعتباره الطرف الضعيف في مواجهة المهني المتفوق فنيا واقتصاديا⁽¹⁾، يرى رأي آخر أنه حق لكن أصحاب هذا الرأي اختلفوا في تحديد نوع هذا الحق، فيما إذا كان شخصيا يحجز للدائن المستهلك مطالبة المدين المهني وإجباره على القيام بعمل أو الامتناع عنه⁽²⁾، أو كان عينيا يعطي للمستهلك سلطة مباشرة على شيء معين، يكون له بمقتضاه الحق في الانتفاع به واستغلاله أو حتى التصرف فيه⁽³⁾.

ونظرا للانتقادات الموجهة للآراء السابقة، اتجه بعض الفقه إلى اعتبار الحق في العدول وسط بين الحق والرخصة، في محاولة منه للتوفيق بين الرأيين السابقين، فالحق في العدول أقل من اعتباره حق وأعلى من اعتباره مجرد رخصة تتوقف ممارستها على محض إرادة المستهلك⁽⁴⁾.

ج/ مبرراته

ظهرت الحاجة إلى إقرار الحق في العدول في ظل انتشار الشروط التعسفية في العقد والتي كانت نتيجة عدة أسباب أهمها تفوق البائع أو مقدم الخدمة المحترف في العلاقة العقدية في البيئة التقليدية وازدادت هذه الحاجة لتصبح ملحة في أواخر القرن الماضي في ظل البيئة الرقمية، التي ظهرت نتيجة التطور التكنولوجي والتقني الذي كان له الأثر البالغ في تطوير كيفية إبرام المعاملات، خاصة بعد توظيف ما أفرزه ذلك التطور من تقنيات ساعدت على المبالغة في الإشهار والترويج للسلع والخدمات على نحو فيه الكثير من التضليل والإغراء الإعلامي حول وصف المنتجات، والذي أدى بدوره إلى التأثير بشكل كبير على إرادة الراغبين في اقتنائها خاصة إذا كانوا ممن يصدق عليهم وصف المستهلك⁽⁵⁾.

هذا الإغراء في الإشهار والترويج تحديدا أصبح يشكل خطرا من نوع جديد على إرادة المستهلك الإلكتروني، لأنها تكون في كثير من الأحيان غير سليمة، وإن كانت غير معيبة بعيوب الإرادة التقليدية إلا

(1) انتقد هذا الرأي على أساس أن الرخصة لا تمنح لشخص معين على سبيل التحديد والافتراق إذ أنها تثبت لجميع الأشخاص وتتقرر بنص تنظيبي، وهو ما لا ينطبق على الحق في العدول.

(2) انتقد هذا الرأي على اعتبار أن المستهلك لا يحق له مطالبة المدين بأي دور، إذ لا دخل للمدين هنا في تحديد مكنة ممارسة المدين لحقه من عدمها.

(3) انتقد هذا الرأي أيضا على أساس الحق في العدول لا يعطي المستهلك أية سلطة لعدم وجود شيء بالمفهوم القانوني لهذا الأخير، إذ أن سلطته محصورة فقط في إتمام العقد أو التحلل منه دون تحمل أية مسؤولية.

(4) لمزيد من التفصيل أنظر: زاهية حورية سي يوسف، مرجع سابق، ص 16 وما بعدها، نجاة بوساحة، عبد العزيز قطي، النظام القانوني لخيار عدول المستهلك في العقد الإلكتروني، مجلة البحوث والدراسات العلمية، جامعة بجي فارس، المدية، مجلد 12، عدد 1 ص 7 وما بعدها، متاحة على الرابط: <https://www.asjp.cerist.dz/en/article/65555> تم الاطلاع بتاريخ 25 ديسمبر 2018 على

الساعة 14:03

(5) مينة حوحو، مرجع سابق، ص 146.

أن مفاهيم النظرية العامة لهذه الأخيرة لا تستوعبها⁽¹⁾، وهو ما استدعى وضع آلية قانونية لمواجهة الوضع تمثلت في حق المستهلك أو المشتري في العدول عن العقد حتى ولو كان ذلك بعد إتمام إبرامه، ودون حاجة لإبداء أسباب، وذلك استثناء عن مبدأ القوة الملزمة للعقد.

بالإضافة إلى قصور القواعد العامة عن حماية رضا المستهلك في البيئة الإلكترونية، توجد أسباب أخرى للخروج عن مبدأ القوة الملزمة للعقد، ومنح المستهلك الحق في العدول دون المنتج نذكر منها:

1/ أن عقود الاستهلاك التي يبرمها المستهلك عبر الانترنت تفتقر إلى التنوير المعلوماتي الكافي، إذ يقوم البائع من خلال الشبكة بعرض منتجاته وخدماته على المستهلكين من خلال الصور الفوتوغرافية والأفلام المتحركة تكون 3d في أحسن الحالات، كما قد تقترن بها في بعض الأحيان شهادة أشخاص على كفاءة المنتج، هذه الظروف التي تعرض فيها السلع والخدمات في بيئة افتراضية لا مادية تمنع المستهلك من معاينة السلعة معاينة نافية للجهالة ما يصعب عليه تقدير مزاياها وعيوبها بشكل دقيق⁽²⁾.

2/ أن المستهلك يحتل مركز الطرف الضعيف في مثل هاته العقود في مواجهة المهني المتفوق سواء في الجانب المعرفي أو الفني⁽³⁾.

3/ أن أغلبية عقود الاستهلاك عبر الانترنت تبرم بسرعة فائقة، وقد لا يستغرق إبرامها بضع ثوان، لا يتسنى خلالها الوقت الكافي للمستهلك للتدبر والتروي، فأغلبها يتم عادة من خلال عقود نموذجية تظهر على الموقع الإلكتروني للمنتج على شكل استمارة نموذجية إلكترونية، تتضمن تفاصيل التعاقد وتتجه بشروط مماثلة إلى كافة المستهلكين على وجه لا يقبل المناقشة أو المفاوضة، ما يجعلها من قبيل عقود الاذعان⁽⁴⁾.

4/ لجوء بعض المهنيين إلى رفض تسليم نماذج العقود للمستهلكين إلا بعد التوقيع عليها، على نحو يحرم المستهلك من إمكانية التفكير والتروي قبل اتخاذ القرار على المضي في إتمام إجراءات إبرام العقد⁽⁵⁾.

من خلال ما سبق عرضه من مبررات فإن المستهلك إذا ما تعاقد في ظروف كهذه سيكتشف بعد فوات الأوان أنه لم يعبر عن إرادته الحقيقية، وأنه ليس بحاجة إلى تلك السلعة أو الخدمة أو أنه لا يقدر على دفع ثمنها، أو حتى أن شروط العقد الذي أبرمه لا تناسبه، وبالتالي لا سبيل لإعادة التوازن العقدي بينه وبين الطرف الآخر إلا بإقرار الحق في العدول⁽⁶⁾.

(1) يمينه حوحو، مرجع سابق، ص 146.

(2) عمر محمد عبد الباقي، الحماية العقدية للمستهلك (دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون)، منشأة المعارف، الاسكندرية، 2004، ص 771.

(3) زاهية حورية سي يوسف، مرجع سابق، ص 13.

(4) نجا بوساحة، عبد العزيز نقطي، مرجع سابق، ص 8.

(5) العيد حداد، الحماية المدنية والجناحية للمستهلك عبر شبكة الانترنت، المؤتمر المغاربي الأول حول المعلوماتية والقانون أكاديمية الدراسات العليا طرابلس، ليبيا، منعقد في 27-30 أكتوبر 2009، مشار إليه لدى سي يوسف زاهية حورية، مرجع سابق، ص 13.

(6) نجا بوساحة، عبد العزيز نقطي، مرجع سابق، ص 7.

وعليه ففهما كان ما تحمله فكرة العدول عن العقد من تناقض ومخالفة لمبدأ القوة الملزمة للعقد، إلا أنها تبرز التغيير والتطور الحاصل والمستمر للعقد وكأن هذا الأخير يعرف أزمة قانونية ليس فقط بسبب التطورات الاجتماعية والسياسية والاقتصادية، وإنما أيضا بسبب توظيف ما أفرزته تقنية المعلومات من وظائف ومزايا في عملية إبرامه، فإرضاء بذلك العديد من الاستثناءات على الأحكام العامة، والتي من بينها الحق في العدول الذي ما كان ليتعزز لولا استخدام التكنولوجيا في إبرام التصرفات القانونية⁽¹⁾.

ثانيا/ الضوابط القانونية لممارسة الحق في العدول وآثاره

لا يعتبر حق المستهلك في العدول عن العقد المبرم إلكترونيا حقا مطلقا، وإنما هو حق مقيد تحكمه بعض الضوابط والقيود لممارسته (أ)، كما تترتب مجموعة من الآثار بعد ممارسته (ب).

أ/ ضوابط ممارسة الحق في العدول

تحكم ممارسة الحق في العدول مجموعة من الضوابط والقيود القانونية تتمثل في تحديد مجال تطبيق هذا الحق (1)، وتحديد مدة معينة لممارسته (2) وكذا كيفيته (3)، ذلك أن الغاية من حماية المستهلك بإقرار هاته المكنة هي إعادة التوازن إلى العلاقة العقدية وليس الإضرار بمصالح المورد المحترف.

1/ نطاق تطبيق الحق في العدول عن العقد الإلكتروني: يتحدد هذا النطاق بتحديد نوع العقد، ومن حيث الأشخاص ومن حيث محل التعاقد عليه.

1-1/ من حيث نوع العقود: يطبق الحق في العدول الإلكتروني بمناسبة العقود المبرمة عن بعد⁽²⁾، بغض النظر عن وسيلة إبرامها الإلكترونية، سواء أكانت عبر الهاتف أو الانترنت أو مختلف وسائل الاتصال الحديثة الأخرى، وهو ما يميزه عن الحق في العدول عن عقود الاستهلاك المبرمة في البيئة التقليدية.

1-2/ من حيث الأشخاص: استنادا إلى نص م 2/19 من القانون 03-09 المتعلق بحماية المستهلك المعدل والمتمم، فإن حق العدول عن إتمام العقد يثبت للمستهلك، هذا الأخير الذي عرفه المشرع بموجب المادة 3 من القانون ذاته بأنه «كل شخص طبيعي أو معنوي يقتني بمقابل أو مجانا سلعة أو خدمة موجهة للاستعمال النهائي من أجل تلبية حاجاته الشخصية أو تلبية حاجة شخص آخر أو حيوان يتكفل به».

غير أن العدول عن إتمام العقد الإلكتروني يثبت لمن يصطلح عليه بالمستهلك الإلكتروني الذي عرفه بدوره المشرع بموجب المادة 6 من القانون 05-18 المتعلق بالتجارة الإلكترونية على أنه «كل شخص طبيعي أو معنوي يقتني بعوض أو بصفة مجانية سلعة أو خدمة عن طريق الاتصالات الإلكترونية من المورد الإلكتروني بغرض الاستخدام النهائي».

(1) يمينة حوحو، مرجع سابق، ص 149.

(2) دليلة معزوز، حق المستهلك في العدول عن تنفيذ العقد الإلكتروني، مقال منشور في مجلة معارف، قسم العلوم القانونية، جامعة البويرة، مجلد 12، ع 22، جوان 2017، السنة 12، ص 7، متوفرة على الموقع:

<https://www.asjp.cerist.dz/en/article/53614>

فهذا الحق يثبت للمستهلك الإلكتروني في مواجهة من أسماه المشرع بالموارد الإلكتروني⁽¹⁾، والذي عرفه من خلال المادة ذاتها بأنه «كل شخص طبيعي أو معنوي يقوم بتسويق أو اقتراح توفير السلع أو الخدمات عن طريق الاتصالات الإلكترونية».

1-3/ من حيث محل العقد: يطبق هذا الحق على مختلف السلع والخدمات أو المنتجات⁽²⁾، كما اصطاح عليها المشرع الجزائري، إلا ما استثنى منها بنص، وهذا ما أكدته معظم التشريعات النازمة للمعاملات الإلكترونية⁽³⁾.

في ظل عدم تحديد المشرع الجزائري للمنتجات المستثناة من مجال الحق في العدول عن العقد الإلكتروني بموجب تشريع التجارة الإلكترونية من جهة، وتأجيل تحديد قائمة المنتجات المعنية به في القانون 03-09 المعدل والمتمم إلى حين إصدار تنظيم بموجب الفقرة الأخيرة من المادة 19 المتممة بموجب المادة 02 من القانون 09-18، وهو ما لم يتحقق إلى غاية كتابة هذه الأسطر، ما يجعل تحديد نطاق الحق في العدول من حيث المحل والاستثناءات الواردة عليه رهنا بصدر هذا التنظيم⁽⁴⁾.

وتجدر الإشارة إلى أن هناك بعض المنتجات لا يمكن ممارسة الحق في العدول بشأنها إلا في حالة عدم المطابقة أو وجود عيوب، مثل عبوات حبر آلات الطباعة، وبطاريات بعض الأجهزة، وذلك على خلاف الأصل الذي يقضي بإعفاء المشتري من بيان أسباب عدوله⁽⁵⁾.

2/ أجل / مدة ممارسة الحق في العدول

لم يحدد أيضا المشرع الجزائري المدة التي يتوجب على المستهلك الإلكتروني خلالها ممارسة حقه في العدول في قانون التجارة الإلكترونية، وهو نفس الموقف الذي اتبعه أيضا في القانون 03-09 الذي ربط من

(1) أسماه المشرع في قانون الاستهلاك بالمتدخل، وعرفه بموجب م 3/7 من القانون 03-09 المعدل والمتمم بأنه «المتدخل: كل شخص طبيعي أو معنوي يتدخل في عملية عرض المنتجات للاستهلاك».

(2) عرفها المشرع بموجب المادة 3 من القانون 03-09 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش المعدل والمتمم بأنها «كل سلعة أو خدمة يمكن أن تكون موضوع تنازل بمقابل أو مجانا».

(3) على غرار نص م 1/2 من التوجيه الأوروبي رقم (97/7/EC) المتعلق بالمستهلك، والفصل 30 من قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية التونسي رقم 83 سنة 2000، والمادة L 221-28 من قانون الاستهلاك الفرنسي.

(4) كان لا بأس أن نعتمد على نص م 412 مكرر 08 من مشروع تعديل القانون المدني -ولو أنه لم ير النور إلى يومنا هذا أيضا- أين حرص القائمون عليه على تحديد قائمة بعض المنتجات التي تخرج عن دائرة مجال الحق في العدول وهي حسب النص: 1- العقود الواردة على سلع أو خدمات يرتبط ثمنها بتقلبات سعر السوق المالية أو المواد الأولية، 2- الأموال المنجزة وفقا لرغبات المستهلك أو المشخصة، 3- السلع التي لا يمكن إعادتها للبائع لطبيعتها أو السلع سريعة الهلاك والتلف، 4- التسجيلات السمعية البصرية، وبرامج الإعلام الآلي عند فتحها من طرف المشتري، 4- العقود الواردة على الصحف والمجلات والصوريات التي يتم تنفيذها عبر الشبكة".

(5) Le TOURNEAU Philippe, *Contrat informatiques et électroniques*, op.cit, p356.

خلاله هذه المدة بصدر تنظيم يحدد من خلاله كليات ممارسة حق العدول وكذا آجال وقائمة المنتوجات المعنية، بموجب م 19/ الأخيرة، والمضافة بموجب التعديل 09-18 المدخل على القانون 03-09⁽¹⁾. ومتى ما حددت هذه المدة ثم انقضت دون أن يمارس المستهلك الإلكتروني حقه في العدول، سقط حقه فيه وتحصن العقد، مما يترتب في جانبه تنفيذ العقد وفقا لما ورد فيه، إلا أن ذلك لا يمنعه من المطالبة بفسخ العقد أو إبطاله وفقا لما هو مقرر في القواعد العامة إن توافرت شروط ذلك.

3/ كيفية ممارسة الحق في العدول عن العقد الإلكتروني

استنادا إلى نص م 19 من القانون 03-09 المتعلق بحماية المستهلك المعدل والمتمم، نجد أن المشرع لم يحدد كيفية معينة يلتزم المستهلك باتباعها حين ممارسته لحقه في العدول، ذلك أن حقه هذا خالص له يمارسه بإرادته المنفردة دون اللجوء إلى القضاء ودون إبداء أسباب ودون موافقة الطرف الآخر حتى ولو قام هذا الأخير بتنفيذ التزامه المقابل على أكمل وجه.

فالمشرع وإلى غاية صدور التنظيم المحدد لكليات ممارسة الحق في العدول لم يحدد شكلا معيناً للتعبير عن الرغبة في العدول عن إتمام العقد الإلكتروني، وإن كانت الجوانب العملية تستدعي أن يتمسك المستهلك الإلكتروني بهذا الحق عن طريق وسيلة تضمن له الإثبات في حال قيام نزاع حول تاريخ التمسك بهذا الحق⁽²⁾.

ب/ آثار ممارسة حق العدول عن التعاقد إلكترونيا

في ضوء ما تقدم سيم التطرق في هذه الجزئية إلى أهم الآثار التي تترتب على ممارسة المستهلك لحقه في العدول عن العقد الذي سبق وأن أبرمه إلكترونيا، من خلال بيان هذه الآثار بالنسبة للبائع المحترف⁽¹⁾ وبالنسبة للمستهلك⁽²⁾، مع الإشارة إلى أن المشرع الجزائري لم ينص على هاته الآثار إلا من خلال

(1) وإلى ذلك الحين لا بأس أن نستعين بنص المادة 412 مكرر 06 من مشروع تعديل التقنين المدني والتي جاء فيها: " للمشتري مهلة سبعة أيام كاملة للتمسك بحقه في العدول دون تسبب ذلك ولا دفع أي تعويض باستثناء مصاريف الإرجاع إن وجدت. يسري الأجل المذكور في الفترة السابقة ابتداء من تسلم المال المباع (المبيع)"، ويلاحظ على هذا النص أولا أن المدة المحددة للمشتري في العقد المبرم عن بعد لممارسة حقه في العدول هي 7 أيام كاملة، يبدأ سريانها من تاريخ تسلم المشتري للمبيع، وثانيا أن المشرع استخدم مصطلح "كاملة" وليس 7 أيام "عمل"، وثالثا أن النص لم يفرق في بدء سريان الأجل بين ما إذا كان محل العقد سلعة أو خدمة على خلاف موقف التشريعات المقارنة، ورابعا أن النص لم يبين الطرف الذي يقع على عاتقه عبء إثبات التسليم، وعلى كل ذلك لا مفر من اتباع القواعد العامة التي تلقي عبء الإثبات على المدعي، غير أن هذه المدة تمتد إلى 3 أشهر إذا أخل البائع بالتزامه في الإعلام بعدم تضمين إيجابه للبيانات الإجبارية التي حددتها م 412 مكرر 03 من المشروع، غير أنه وخلال مدة الثلاثة أشهر هذه إذا استدرك الموجب التزامه وقام بتبصير المشتري بالبيانات الإلزامية، فإن المشتري لا يبقى له إلا مهلة 7 أيام من تاريخ تبصيره من أجل ممارسة حقه في العدول تطبيقا لأحكام نص م 412 مكرر 06 من مشروع التعديل، وحيث أن هذه المدة مقرر لمصلحة المشتري أو المستهلك فإنه يمكن تعديلها بالزيادة بالاتفاق بين الطرفين، في حين أن كل اتفاق على تقليصها أو إسقاطها يقع باطلا بطلانا مطلقا.

(2) بخالد عجالي، حق المستهلك الإلكتروني في التراجع عن العقد وآثره على النظرية العامة للعقد في ظل نظريات القانون الاقتصادي، مرجع سابق، ص 349.

مشروع تعديل القانون المدني الذي لم ير النور بعد، وذلك في انتظار صدور التنظيم المزمع إصداره تطبيقاً لأحكام نص المادة 19 من القانون 03-09 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش المعدل والمتمم.

1/ بالنسبة للبائع المحترف

يترتب على ممارسة المستهلك مكنة العدول بعض الآثار بالنسبة للمحترف تتمثل بصفة أساسية في التزامه بردّ الثمن الذي تلقاه من المستهلك، كما أن رجوع الأخير عن التعاقد سيتبعه فسخ أي عقد آخر ارتبط بالعقد الأصلي الذي جرى الرجوع عنه، لذا سنعرض لهذين الأثرين وفق ما يلي:

1-1/ ردّ الثمن⁽¹⁾

استناداً إلى نص المادة 412 مكرر 07 من مشروع قانون تعديل التقنين المدني، فإنه يتوجب على البائع أن يرد الثمن الذي تلقاه من المشتري كقابل للمبيع أو الخدمة، خلال 30 يوماً من اليوم الذي يعلن فيه المشتري تمسكه بحقه في العدول.

وفي حالة تأخر البائع في رد هذا الثمن لأكثر من 30 يوماً فإنه يتعرض لزيادة في المبلغ التي يتوجب رده على سبيل الغرامة، والتي حددها مشروع التعديل بـ 10 % من ثمن المبيع عن كل يوم تأخير، وذلك دون أن يلتزم المستهلك بدفع أي تعويض إلى المحترف كونه يستخدم حقه.

2-1/ فسخ العقد الإلكتروني وكل العقود المرتبطة به

يترتب عن ممارسة المستهلك الإلكتروني لحقه في العدول في الآجال المحددة فسخ العقد الأصلي واعتباره كأن لم يكن، ويترتب على ذلك فسخ كل عقد مرتبط بالعقد الأصلي لزاوّل علة وجوده، وهو ما نصت عليه المادة 412 مكرر 12 من مشروع تعديل التقنين المدني⁽²⁾، والتي قضت بأنه إذا كان ثمن البيع ممولاً كلياً أو جزئياً بقرض ممنوح من البائع أو من الغير باتفاق مع البائع، فإن عقد القرض هذا يفسخ بفسخ العقد الأصلي الذي جاء تأميناً له، دون تعويض ولا مصاريف باستثناء تلك المتعلقة بفتح الاعتماد.

والعلة في تقرير زوال العقد الثاني تبعاً لزوال العقد الأصلي أن العقد المبرم عن بعد (الأصلي) والعقد المبرم تمويلاً له ينظر إليهما على أنهما كل لا يتجزأ، ولا شك أنّ ذلك الحكم يمثل ضماناً للمستهلك، لأن زوال العقد الأصلي بسبب عدوله عنه يستتبع إنهاء العقد المرتبط به، والذي لم يعد هناك أي مسوغ للبقاء عليه إعمالاً لما يعرف بالارتباط العقدي⁽³⁾.

(1) وهو ما تنص عليه المادة السادسة (الفقرة الثانية) من التوجيه الأوروبي رقم (97/7/EC) المتعلق بالمستهلك، كما نص المشرع الفرنسي المادة 24-221 L من تقنين الاستهلاك الفرنسي المعدل والمتمم على الحكم نفسه الذي جاء به التوجيه بصدد التزام المحترف بردّ ما تقاضاه إلى المستهلك، وهو ما نص عليه الفصل 30 من قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية التونسي.

(2) يقابله نص المادة 4/6 من التوجيه الأوروبي رقم (97/7/EC) المتعلق بالمستهلك، ونص الفصل 33 من قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية التونسي.

(3) منصور حاتم محسن و إسرائ خضير مظلوم، العدول عن التعاقد في عقد الاستهلاك الإلكتروني (دراسة مقارنة)، مقال منشور بمجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، جامعة بابل - العراق، مجلد 4: 2، سنة 2012، ص 78.

2/ آثار العدول بالنسبة للمستهلك الإلكتروني

يترتب عن تمسك المستهلك الإلكتروني بحقه في العدول زوال العقد المبرم واعتباره كأن لم يكن منذ لحظة إبرامه، وهو ما يترتب عنه إعادة الحالة إلى ما كانت عليه قبل إبرام العقد، وتحقيق ذلك يقتضي رد السلعة للبائع أو التنازل عن الاستفادة من الخدمة المقدمة، بالحالة التي تسلمها عليها⁽¹⁾، إضافة إلى إلزامه بدفع مصاريف الرد أو التنازل.

1-2/ ردّ المبيع أو التنازل عن الخدمة

يلتزم المستهلك الإلكتروني إذا ما مارس حقه في العدول بإرجاع المبيع أو التنازل عن الخدمة محل العقد المراد العدول عنه، وقد أثرت بهذا الصدد مسألة تبعة هلاك السلعة، وذلك بالنظر إلى أنّ المشتري قد تسلم المبيع دون أنّ يكون مالكا، فإعمالاً للقواعد العامة فإنّ البائع يتحمل تبعة هلاك المبيع إذا وقع الهلاك خلال مدة العدول رغم أنّ المشتري (المستهلك) حائز له باعتباره أنّ المبيع مازال مملوكاً للبائع خلال هذه الفترة⁽²⁾.

2-2/ دفع مصاريف ردّ المبيع

تمت الإشارة سابقاً إلى أنّ المستهلك متى ما عدل عن العقد الذي أبرمه إلكترونياً لا يتحمل مقابل عدوله أي تعويض أو مصاريف لأنه يمارس حقاً قانونياً⁽³⁾، ماعدا تلك التي تكون نتيجة طبيعية ومباشرة لاستعمال حقه في العدول، وهي المبالغ التي يدفعها المستهلك بغية إرجاع السلعة إلى المحترف وإيصالها إلى بائعها، والمتمثلة في مصاريف الشحن والنقل والتأمين وغيرها، استناداً إلى ما قضت به المادة 412 مكرر 06 من مشروع تعديل التقنين المدني.

غير أنّ هذه المصاريف قد لا تكون يسيرة إذا كان العقد الذي عدل عنه المستهلك قد أبرم عبر الانترنت مع محترف أجنبي ينتمي إلى دولة أخرى، وهذا الأثر كما جاء حماية للمستهلك لأن تحميله مصاريف إضافية سيؤدي في حالات كثيرة إلى عزوفه عن استعمال هذا الحق تفادياً لما قد يتكبده من مصاريف، فهو أيضاً لا يضر بمصالح البائع الذي لا ينسب إليه خطأ أو إخلال بتنفيذ التزاماته، مما يستدعي عدم إلزامه بنفقات إعادة السلعة، وتحميلها للمستهلك الذي اختار العدول، إذ عليه أن يتحمل نفقات ذلك⁽⁴⁾.

(1) عجالي بخالد، حق المستهلك الإلكتروني في التراجع عن العقد وآثره على النظرية العامة للعقد في ظل نظريات القانون الاقتصادي، مرجع سابق، ص 353.

(2) (عمر عبد الباقي، مرجع سابق، ص 784.

(3) وقد اتحدت مواقف التشريعات بخصوص هذا الالتزام، فقد تضمن التوجيه الأوربي رقم (97/7/EC) المتعلق بالمستهلك من خلال م1/6، وتقتنن الاستهلاك الفرنسي من خلال المادة L221-26، وقانون المبادلات والتجارة الإلكترونية التونسي من خلال الفصل 30 أحكاماً متشابهة تقضي بأنّ المستهلك لا يتحمل أي مبلغ مقابل ممارسته العدول إلاّ مصاريف إعادة السلعة إلى مصدرها قبل التعاقد.

(4) منصور حاتم محسن وإسراء خضير مظلوم، مرجع سابق، ص 75.

الفصل الثاني

إثبات التراضي المعبر عنه بالكتابة
الإلكترونية

في الوقت الذي تتجه فيه الإنسانية نحو العالم الافتراضي كبديل لعالم المحسوسات والملموسات، يزداد الاعتماد يوماً بعد يوم على استخدام وسائل تقنية المعلومات في إدارة الأعمال المختلفة، هذا العالم الذي يعتمد على المعلومات المخزنة على أنظمة البيانات الإلكترونية كبديل للبيانات المحررة ورقياً، وعلى حوافز الملفات التقليدية، مما أدى إلى ازدياد الاهتمام ببيان حجية وقوة المحررات الإلكترونية في ظل النظام القانوني التقليدي للإثبات، وبيان مدى استيعابه لهذه الأنماط المستجدة من وسائل الإثبات⁽¹⁾.

فالتطور التقني في أجهزة الاتصالات والمعلومات وما ترتب عنه من ظهور التجارة الإلكترونية وبصفة عامة إبرام المعاملات عبر الوسائط الإلكترونية، أدى إلى تطور فكرة الدليل الكتابي باعتباره الوسيلة المعتمدة في إثبات المعاملات المبرمة باستخدام الوسائل الإلكترونية⁽²⁾، هذا الدليل وتطبيقاً لمبدأ الحياد التقني لم يعد يرتبط بالضرورة بالورقة بمعناها التقليدي وإنما صار الفكر القانوني يعترف بأية دعامة صالحة لحمل الكتابة و/أو التوقيع، خاصة بعد انتشار استخدام الحاسب الآلي في إبرام مختلف المعاملات.

فقد أفرز واقع هذا التطور "حاملًا"⁽³⁾ جديداً للمعلومات يختلف جذرياً عن الحامل الورقي التقليدي السائد حتى وقت قريب، وكنتيجة لذلك بدأت المستندات الورقية في التراجع تدريجياً لتحل محلها الدعامات الجديدة للمعلومات، على غرار الأشرطة المغنطة، وأسطوانات الفيديو، والميكرو فيلم وغيرها لكن هذه الدعامات الحديثة وإن كانت تتفق أكثر من المستندات الورقية التقليدية مع التقنيات الحديثة، إلا أنها لا تتكيف بسهولة مع القواعد التقليدية في الإثبات، خاصة من حيث توافر عناصر الدليل الكتابي⁽⁴⁾.

والجدير بالذكر أن المحررات الإلكترونية اصطدمت في بداية ظهورها برفض مطلق لحجيتها وكان مرد هذا الرفض عدم اتفاقها مع قواعد وشروط الأدلة الكتابية المقبولة في الإثبات، خاصة في ظل النظرة التي كانت سائدة وقتها، والتي كان يُربط بموجبها بين الكتابة والدعامة الورقية، وضرورة أن تفرغ الكتابة في دعامة ورقية مادية حتى تكون حجة في الإثبات، لكن إن كانت المحررات الإلكترونية هي البديل العملي للمحررات التقليدية، فهل تصلح لتنصيبها منصب البديل القانوني لها أيضاً؟.

(1) محمد لورنس عبيدات، إثبات المحرر الإلكتروني، مرجع سابق، ص 91.

(2) إبراهيم الدسوقي أبو الليل، مرجع سابق، ص 994.

(3) support ، ويمكن ترجمتها فضلاً عن الاصطلاح الوارد في المتن ب: الوسيط، الدعامة، أو مخرج، الذي عرف عدة تطورات، بعد أن كشفت الانترنت عن قصور وعدم ملاءمة التصور الكلاسيكي الذي كان يحدد مفهومه، ولمزيد من التفصيل حول تطور مفهوم الدعامة أنظر:

AYEWOUADAN Akodah, « La preuve des actes juridiques sous le prisme des contrats électronique », revue Lamy droit de l'immatériel, 2009, pp3-4, www.lamyline.fr, consulté le 21/03/2016, 15 :23h.

(4) محمد زهرة المرسي، الدليل الكتابي وحجية مخرجات الكمبيوتر في الإثبات في المواد المدنية والتجارية، مؤتمر القانون والكمبيوتر والإنترنت المجلد 3، ط3، جامعة الإمارات العربية المتحدة، 1-3 مايو 2000، ص 798.

من المستقر عليه في قواعد الإثبات أن الدليل الكتابي يقوم على ثلاثة أفكار أساسية تشمل كلا من فكرة المحرر وفكرة الكتابة وفكرة التوقيع، وهذا ما دفع إلى التساؤل عن مدى استيعاب وعاء المحرر الإلكتروني لهذه الأفكار ومدى توافره عليها، وبالتالي مدى صلاحيته تبعاً لذلك كدليل على وجود التراضي (مبحث أول)، ثم تحديد حجته وقوته في الإثبات (مبحث ثاني).

المبحث الأول : مفهوم المحرر الإلكتروني

يعتبر المحرر الإلكتروني أو أيًا كانت تسميته⁽¹⁾ الوسيلة المعول عليها في إثبات التصرفات والمعاملات المبرمة إلكترونياً، فع ازدياد التقدم العلمي وظهور الحاسب الآلي وشبكات الانترنت، أصبح إجراء المعاملات وتبادل المراسلات شائعاً عن طريق هذه الشبكة، ويتم ذلك باستعمال مختلف الأجهزة الإلكترونية على رأسها الكمبيوتر.

حيث يقوم أحد طرفي العلاقة أو المعاملة الإلكترونية عن طريق استخدام أحد تلك الأجهزة بإرسال معلومات العرض الذي ينوي تقديمه، سواء أكان متضمناً لعرض تجاري أو عرض خدمات أو أي عرض آخر، من خلال قاعدة بياناته المربوطة على الشبكة، وذلك عن طريق إدخال بعض المعلومات، كالمعلومات الخاصة بالمرسل إليه، والمعلومات المتعلقة بالخدمة أو السلعة المعروضة، وغيرها...⁽²⁾، ليتشكل لدينا من مجموع هذه الخطوات ما يعرف عملياً بـ "المحرر الإلكتروني" أو "رسالة البيانات".

وسيتّم من خلال هذا المبحث التعريف بهذا النوع من المحررات بالاعتماد في ذلك على قانون اليونسسترال النموذجي، وبعض قوانين المعاملات الإلكترونية الوطنية، نظراً لغياب تعريف له في تشريع التجارة الإلكترونية الجزائري (مطلب أول)، كما سيتم تحديد عناصره (مطلب ثاني).

المطلب الأول: التعريف بالمحرر الإلكتروني

قبل إعطاء أي تعريف للمحرر الإلكتروني تجدر الإشارة إلى أنه - المحرر الإلكتروني - يتكون من مادة ذات طبيعة قابلة للتمغنط يتم من خلالها تضمين المعلومات، وذلك عن طريق مغنطة كل نقطة من نقاط مادة المحرر بواسطة إمرار تيار كهربائي فيها، تتشكل بموجبه مجموعة رموز وفق تسلسل معين تتكون من الرقمين (0 و1) يتم برمجتها وتنسيقها على الجهاز الإلكتروني للمستخدم والذي يتولى تحويلها إلى لغة مقروءة قابلة للحفظ على دعائم ذات طبيعة إلكترونية⁽³⁾.

وتتم الاستفادة من قابلية التمكنظ التي تميز مادة المحرر الإلكتروني بالاعتماد على ما يعرف بنظام الأرقام الثنائية، هذا الأخير الذي يقوم على ترميز المعلومات باستخدام الرقمين صفر وواحد دون غيرها

(1) يصب في نفس مجرى التسمية أعلاه، تسميات أخرى لنفس المسمى نذكر منها: رسالة المعلومات، الرسالة الإلكترونية، المستند الإلكتروني، والمحرر الإلكتروني، الوثيقة المبرمجة، الوثيقة الإلكترونية وغيرها، ويمكن رد سبب هذا الاختلاف في التسمية إلى اختلاف وتعدد التشريعات التي نظمت موضوع المعاملات الإلكترونية سواء العربية منها أو الدولية.

(2) مُحمّد لورنس عبيدات، مرجع سابق، ص 77.

(3) نبيل محدي زوين، المحررات الإلكترونية: دراسة قانونية، دراسة منشورة على موقع منتدى شبكة قانوني الأردن، الدليل الإلكتروني للموقع www.Lawjo.net، ص 9.

حيث يمكن من خلاله التعبير عن أية كلمة أو رمز أو رقم بسلسلة من الأرقام تكون مكونة من الرقمين صفر وواحد تترجم فيما بعد عبر شاشة الجهاز الإلكتروني للمستخدم إلى لغة مفهومة لديه⁽¹⁾.

كما تجدر الإشارة إلى أنه لا يوجد في الأصل اللغوي لكلمة محرر ما يقصر معناها على نوع معين من الدعامات، ذلك أن المحرر وفقاً للمفهوم اللغوي ينصرف إلى كل ما يُستند إليه ويُعتمد عليه، سواء أكان ورقاً أم غير ذلك⁽²⁾.

وسيتّم من خلال الفروع الثلاثة التالية التطرق إلى المفهوم الحديث للمحرر من خلال تعريف المحرر الإلكتروني في (فرع أول) ثم تحديد خصائصه في (الفرع الثاني)، وصولاً إلى تحديد شروطه في (الفرع الثالث).

الفرع الأول: تعريف المحرر الإلكتروني

تعددت التعريفات المعطاة للمحرر الإلكتروني على الصعيدين الفقهي والتشريعي، كما تعددت التسميات المستخدمة للدلالة عليه، وهذا ما سنحاول بيانه من خلال نقاط هذا الفرع عن طريق التطرق إلى مختلف التسميات والتعريفات التي وضعتها بعض التشريعات العربية والأجنبية، كما سنتطرق إلى بعض التعريفات الفقهية المرصودة في سبيل صياغة تعريف يمكن إلباسه المحرر الإلكتروني، وذلك من خلال النقاط التالية:

أولاً/ التعريف اللغوي لمصطلحي "محرر" و"إلكتروني"

أخذت كلمة محرر من "التحرير" الذي يعني تنقية الشيء من كل شائبة، وجعله نقياً خالصاً، وقد استعير هذا المعنى في الكتابة ليدل على إقامة حروفها وإصلاح السقط فيها وتقويمها، ولعل في ذلك ما يمكن من القول بأنه لا يوجد في الأصل اللغوي لكلمة محرر ما يقصر معناها على نوع معين من الدعامات بل يمكن أن يشمل معناها كل ما يستند إليه ويعتمد عليه في تقويم شيء ما⁽³⁾، كما أنه لا ضرورة أبداً للربط بين فكرة الكتابة والورق، إذ لا يشترط لتكوين الدليل الكتابي أن تقتزن الكتابة بالورق دائماً، بل يمكن أن تقتزن بأية دعامات أخرى كالقماش والصخر والدعامات الإلكترونية طالما كانت صالحة لاحتوائها وحفظها، ذلك أن حفظ الكتابة هو الغاية من المحرر لا أكثر⁽⁴⁾.

(1) نبيل محدي زوين، مرجع سابق، ص 9.

(2) بشار محمود دودين، مرجع سابق، ص 224.

(3) نبيل محدي زوين، مرجع سابق، ص ص: 15-16.

(4) المرجع نفسه، ص ص: 16-17.

أضف إلى ذلك أن مادة المحرر لا تنحصر في نوع معين بالذات، وإنما يمكن أن تشمل كل مادة تتقوم بها الكتابة وتقام حروفها فيها⁽¹⁾ كالورق والخشب والجلد والصخر، وحديثاً الوسائط الإلكترونية، كما أن اعتبار الكتابة عنصراً من عناصر المحرر لا ينفي اختلافها عنه، ذلك أن الكتابة بمفهومها الواسع تتمثل في مجموعة الرموز أو الصور المستخدمة في التعبير عن المقصود والتي يفهم من خلالها ما هو مدون على المحرر فيفهم مضمونه تبعاً لذلك، أما المحرر فهو المادة أو الحامل الذي يحوي هذه الرموز ويحملها⁽²⁾، ولا تقتصر عناصره على الكتابة فقط بل تضم إلى جانبها التوقيع، وهو العنصر الأكثر أهمية، وتوفر عنصري الكتابة والتوقيع يتشكل المحرر بغض النظر عن الدعامة التي أفرغا عليها.

نخلص مما تقدم إلى القول بعدم وجود ارتباط لغوي ولا قانوني بين المحرر وبين وجوب تدوينه على وسيط ذي طبيعة ورقية، مما يسمح بالقول أن المحرر الإلكتروني يندرج ضمن المعنى الواسع لمصطلح "المحرر" رغم تدوينه على وسيط إلكتروني مختلف عن الوسيط الورقي⁽³⁾، وهو ما جعل البعض يقول بحق أن المبادئ القانونية التي تحكم الدليل الكتابي تقضي بأن المحرر يمكن أن يكون في شكل إلكتروني، غير أن الذي جعل هذا الأمر محل خلاف هو ما جرت عليه العادة في كتابة ما يراد حفظه على وسيط ورقي.

هذه العادة كان لها الأثر الرئيسي في تكوين نظرة ضيقة لمعنى المحرر، يبدو أن ظروف الحال والواقع أضحت تحتم تغييرها، غير أن هذا التغيير ينبغي أن يكون مسبقاً بتغيير نفسي يتخلل فيه القانونيون عن اعتقادهم بأن المحرر ورقة لا غير، ليتبنوا نظرة جديدة يحوي من خلالها المحرر على كل مادة صالحة لحمل الكتابة سواء أكانت ورقاً أم غيره، وسواء أكانت ظاهرة للعيان مباشرة أو من خلال وسيط⁽⁴⁾.

أما مصطلح "الإلكترونية": فهو نسبة إلى الإلكترون المعروف في علم الفيزياء، وهو عنصر أول ثابت ذو شحنة كهربائية سالبة، يمثل أساس الآليات الإلكترونية، وهو أحد المكونات في ذرة المادة.

(1) نبيل مهدي زوين، مرجع سابق، ص 16، نقلاً عن: المؤمن حسين، نظرية الإثبات، ج 3، مكتبة النهضة، بغداد، 1975، ص 8.

(2) المرجع نفسه، ص 16.

(3) وهذا ما يقودنا إلى القول بأن كلمة المحرر تشمل على سواء المحرر التقليدي، والمحرر الإلكتروني، وقد أكدت المنظمة الدولية للمواصفات والمقاييس (ISO) على ذلك، عندما عرفت المحرر بأنه " مجموعة من المعلومات والبيانات المدونة على دعامة مادية بشكل دائم بحيث يسهل قراءتها مباشرة عن طريق الإنسان، أو باستخدام آلة مخصصة لذلك"، كما أكدت على ذلك مجموعة من الاتفاقيات الدولية نذكر منها: 1- اتفاقية روما لسنة 1985 بشأن الاعتراف بأحكام التحكم الأجنبي وتنفيذها، حيث نصت المادة 2/11 على أن شرط التحكم يمكن أن يسرد في عقد أو اتفاق موقع عليه، أو في تبادل خطابات أو بركات، 2- اتفاقية نيويورك بشأن التقادم في البيوع الدولية للبضائع لسنة 1972، التي تشير إلى أن مصطلح الكتابة ينصرف أيضاً ليشمل المراسلات الموجهة في شكل برقية أو تلكس وذلك من خلال المادة التاسعة 3- اتفاقية الأمم المتحدة بشأن النقل الدولي للبضائع لسنة 1981، والموقعة في فيينا إذ تنص المادة 13 من هذه الاتفاقية على أنه، فيما يخص أغراض هذه الاتفاقية ينصرف مصطلح الكتابة أيضاً إلى المراسلات الموجهة في شكل برقية أو تلكس.

(4) محمد حسام لطفي، التفاوض على العقود وإبرامها عبر وسائل الاتصال الحديثة، ط 1، مطبعة جامعة القاهرة، القاهرة، 1993، ص 8.

وأساس نسبة هذا المصطلح إلى الكتابة هو أنها تتخذ شكل معادلات خوارزمية تنفذ من خلال عمليات إدخال البيانات والمعلومات وإخراجها من خلال شاشة الكمبيوتر، وبعد الفراغ من معالجة تلك البيانات يتم كتابتها على أجهزة الإخراج المتمثلة في شاشة الحاسب أو طباعة هذه المحررات على الطباعة ومختلف أجهزة الإخراج.

ثانياً/ تعريف الفقه للمحرر الإلكتروني

اختلف الفقهاء في تعريفهم للمحرر الإلكتروني وتباينت مواقفهم تبعاً لاختلافها وتباينها في المصطلح المستخدم من قبلهم للدلالة على المحرر الإلكتروني، ولعل السبب في ذلك يعود إلى إدراكهم لحقيقة المحرر الإلكتروني المتمثلة في كونه مجرد وسيلة إلكترونية تستخدم لتبادل المعلومات وإبرام المعاملات لا أكثر⁽¹⁾. فمنهم من عرفه على أنه "البيانات والمعلومات التي يتم تبادلها من خلال وسائل إلكترونية سواء أكانت شبكة الانترنت أو من خلال الأقراص الصلبة أو شاشات الحاسب الآلي أو أية وسيلة إلكترونية أخرى"⁽²⁾، وعرفه آخرون على أنه "كل انتقال أو إرسال أو استقبال أو تخزين لرموز أو إشارة أو كتابة أو أصوات أو معلومات أيا كانت طبيعتها من خلال وسيط إلكتروني"⁽³⁾.

ومنهم من عرفه من خلال تعريف "الوثيقة المبرمجة" على أنه "كل دعامة معلوماتية يتم الحصول عليها بوسائل معلوماتية، أي ناشئة على جهاز إلكتروني أو كهرومغناطيسي أو طبع ممغنط"⁽⁴⁾.

إن ما يمكن ملاحظته على هذه التعريفات، أنها ربطت المحرر الإلكتروني وجوداً وعدمه بوجود وسيلة إلكترونية، تستخدم إما في إنشائه أو تداوله أو حتى تنفيذه، كما أنها أخذت بمبدأ الحياة التقني، بحيث لم تنحز إلى وسيلة إلكترونية على حساب وسيلة أخرى، مما يعطي المحرر الإلكتروني مجالاً واسعاً لا يقتصر على ما يتم التعامل به عبر شبكة الانترنت حالياً فحسب، بل يمتد مفهومه ليشمل إلى جانب ذلك وسائل إلكترونية أخرى قد تكون أقراص صلبة، أو شاشات الكمبيوتر أو الفاكس أو التلكس وكل ما قد يتاح من وسائل تقنية في المستقبل.

ومن جانب آخر عرف بعض الفقه المحرر الإلكتروني من خلال "رسالة البيانات" على أنه "معلومات إلكترونية ترسل أو تستلم بوسائل إلكترونية أيا كانت وسيلة استخراجها في المكان المستلمة فيه"⁽⁵⁾.

(1) فادي فلاح فالح أبو عامود، رسالة المعلومات الإلكترونية في القانون الأردني: دراسة مقارنة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية الدراسات العليا، الجامعة الأردنية، عمان، الأردن، 2004، ص 10.

(2) محمد فواز المطلقة، مرجع سابق، ص 202.

(3) أحمد مهدي زوين، الإثبات في التجارة الإلكترونية، ط 1، دار الكتب القانونية، القاهرة، 2004، ص 25.

(4) محمد سامي الشوا، ثورة المعاملات وانعكاساتها، دار النهضة العربية، القاهرة، 1998، ص 168.

(5) عبد الفتاح بيومي حجازي، مقدمة في التجارة العربية، دار الفكر العربي، الإسكندرية، 2003، ص 81.

الملاحظ على هذا التعريف أيضاً أنه اعتد بالوسيط الحامل للمعلومات واشترط أن يكون هذا الوسيط إلكترونياً، ولكنه غض النظر في نفس الوقت عن طبيعة هذه المعلومات أو طبيعة الوسيلة التي استخرجت بواسطتها، وفي ذلك إعمال لمبدأ الحياد التقني.

أخيراً، فقد عرفه بعضهم من خلال تعريف السند الإلكتروني على أنه "كل سند أنتج أو حفظ على حاسب آلي، مثل رسالة عقد أو التزام منفرد"⁽¹⁾، ويلاحظ على هذه التعريف أنه يربط وجود المحرر الإلكتروني من عدمه بوجود جهاز كمبيوتر، وهذا أمر محل نظر لعدة أسباب⁽²⁾ نذكر منها:

أ/ أنه وإن كان المحرر الإلكتروني يعتمد في وجوده على توافر وسيلة إلكترونية إلا أن هذه الوسيلة يمكن أن تكون جهاز حاسوب كما يمكن أن تكون جهاز فاكس أو تليكس أو هاتف أو ما شابه ذلك، وحيث أن هذا التعريف قصر الوسيلة الإلكترونية على جهاز الكمبيوتر فقط، فإن من شأن ذلك نفي صفة المحرر الإلكتروني عن السندات التي تستخدم فيها أجهزة إلكترونية أخرى، وهو أمر يجانب الصواب، وفيه إخلال بمبدأ الحياد التقني.

ب/ عدم إمكانية الاستفادة من الوسائل الإلكترونية التي قد يتم اكتشافها لاحقاً، مما يضيق من مفهوم المحرر الإلكتروني ويجعله غير قادر على مواكبة التطورات التي قد يشهدها عالم التكنولوجيا وتقنياته مستقبلاً.

لكن ما يمكن ملاحظته على كل هذه التعريفات أنها اعتمدت في تحديدها تعريف المحرر الإلكتروني على طبيعة الوسيلة المستخدمة في إنشائه أو إرساله أو حفظه، واشترطت أن تكون إلكترونية، وأهملت الإشارة إلى الدور أو الوظيفة التي يقوم بها هذا المحرر والمتمثلة في اعتباره وسيلة للتعبير عن الإرادة من جهة ووسيلة لإثبات التصرفات المبرمة عبر الوسائل الإلكترونية من جهة أخرى، فعملية إيجاد تعريف متكامل للمحرر الإلكتروني تتطلب التركيز، على ضرورة توافر مجموعة من العناصر لا يمكن للمحرر الإلكتروني أن يقوم من دونها من جهة، ومن جهة ثانية، عدم التركيز على نوع الوسيلة المستخدمة في إنشائه أو إرساله أو استلامه أو حفظه والتعامل فيه بصفة عامة، ولا على نوع المعلومات أو البيانات المتضمنة فيه.

ثالثاً/ التعريف القانوني للمحرر الإلكتروني

على اعتبار أن قانون اليونسטרال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية هو أول قانون يُنظم أحكام المعاملات الإلكترونية، وأنه بمثابة الأساس الذي استندت إليه الدول المختلفة في إصدارها لتشريعات وطنية

(1) فادي فلاح فالح أبو عامود، مرجع سابق، ص11، نقلاً عن وسيم شفيق الحجار، الإثبات الإلكتروني، مكتبة صادر ناشرون، بيروت 2002، ص75.

(2) المرجع نفسه، ص11.

نظمت بموجبها المعاملات الإلكترونية، ارتأيت البحث عن تعريف المحرر الإلكتروني من خلال قواعده ابتداءً ثم البحث عنه في القوانين الداخلية ومن بعدها التطرق إلى موقف المشرع الجزائري.

فبالرجوع إلى نص المادة الثانية من قانون اليونسטרال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية نجدها تعرف المحرر الإلكتروني من خلال تعريفها لرسالة البيانات، على أنه "المعلومات التي يتم إنشاؤها أو إرسالها أو استلامها أو تخزينها بوسائل إلكترونية أو ضوئية أو بوسائل مشابهة، بما في ذلك على سبيل المثال لا الحصر تبادل البيانات الإلكترونية أو البريد الإلكتروني أو البرق، أو التلكس أو النسخ البرقي"، وهو التعريف ذاته الذي أخذت به المادة 2 الفقرة ج من قانون اليونسטרال النموذجي بشأن التوقيعات الإلكترونية⁽¹⁾.

وما يلاحظ على التعريف المعطى للمحرر الإلكتروني من خلال هذين النصين أن مفهومه -بدليل كلمة "أو تخزينها" الواردة في صدر المادتين أعلاه-، لا يقتصر على المعلومات التي يتم إنشاؤها بقصد إرسالها أو تبليغها فحسب، بل يمتد ليشمل المعلومات التي يكون حفظها وتخزينها دون تبليغها هو الهدف من وراء إنشائها، وفي هذه الحالة نكون بصدد سجل إلكتروني، كما يلاحظ وجود قصور في تعريف المحرر الإلكتروني بسبب عدم احتواء النصين على الإشارة إلى شرط مهم وضروري للقول بوجود محرر من عدمه ألا وهو اقتترانه بتوقيع إلكتروني، بحيث لو خلا المحرر منه فلا يعد في هذه الحالة محرراً إلكترونياً وإنما يعد مجرد كتابة إلكترونية⁽²⁾.

أما عن مواقف القوانين الداخلية فنكتفي - قبل التطرق إلى موقف المشرع الجزائري- بالإشارة إلى موقف المشرع الفرنسي من مسألة تعريف المحرر الإلكتروني، حيث يمكن القول أن تدخله في البداية جاء متناثراً ولم يتعرض في المواد من 1315 إلى 1369 من القانون المدني⁽³⁾، وهي المواد التي كانت تنظم الأحكام العامة للإثبات، وإنما واجه حالات خاصة تمس قطاعات حيوية على المستوى الاقتصادي

(1) أما المشرع المصري فقد كان صريحاً وواضحاً حين عرف المحرر الإلكتروني بطريقة مباشرة من خلال نص المادة 1/ب من القانون رقم 15 لسنة 2004 المتعلق بتنظيم التوقيع الإلكتروني على أنه "المحرر الإلكتروني: هو رسالة بيانات تتضمن معلومات تنشأ أو تدمج أو تخزن أو ترسل أو تستقبل كلياً أو جزئياً بوسيلة إلكترونية أو رقمية أو ضوئية أو وسيلة أخرى مشابهة"، وهو ذات التعريف الذي جاءت به اللائحة التنفيذية لهذا القانون، كما يطلق قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية الخاص بإمارة دبي، اسم "الرسالة الإلكترونية" على المحرر الإلكتروني وعرفها بأنها "معلومات إلكترونية ترسل أو تستلم بوسائل إلكترونية أياً كانت وسيلة استخراجها في المكان المستلمة فيه".

(2) إيداد عارف عطا سده، مدى حجية المحررات الإلكترونية في الإثبات: دراسة مقارنة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، 2009، ص 40.

(3) أصبحت أحكام الإثبات بعد التعديل الأخير للقانون المدني الفرنسي لسنة 2016، منظمة بموجب المواد من 1353 إلى 1386-1، وقد تم التعديل بموجب:

Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, disponible sur :

https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?sessionId=E2435A5499904412D23BB1FA349FAB36.tplgf_r24s_1?cidTexte=JORFTEXT000032004939&dateTexte=20161001

والاجتماعي كالمعاملات التي تتم بين الأفراد وجهات إدارية على الشبكة الرقمية، أو من خلال الدعامات غير المادية⁽¹⁾.

بعد ذلك قام مجلس الدولة الفرنسي سنة 1998 بناء على تكليف من الحكومة بعد الموافقة على مشروع التوجيه الأوروبي حول التوقيع الإلكتروني⁽²⁾ بتقديم تقرير بعنوان "الانترنت والشبكات الرقمية"⁽³⁾ أوصى من خلاله بضرورة التدخل التشريعي للاعتراف بالقيمة القانونية للمحركات الإلكترونية وإعطائها ذات الحجية المقررة للمحركات العرفية في الإثبات⁽⁴⁾.

وهو ما تم فعلا بصدر القانون رقم 230 لسنة 2000 المتعلق بإدخال تكنولوجيا المعلوماتية المتعلقة بالتوقيع الإلكتروني الصادر بتاريخ 13 مارس 2000 المعدل للقانون المدني⁽⁵⁾، وبالرجوع إلى نص المادة 1365 منه نجد أنها تنص على أن "الكتابة، تتشكل نتيجة لتسلسل حروف أو أوصاف أو أرقام، أو أية علامات أو رموز ذات معنى مفهوم، مهما كانت الوسيلة التي تحملها".

الملاحظ من خلال هذا النص أن المشرع الفرنسي قد أورد تعريفاً عاماً للدليل الكتابي حين أورد مصطلحات واسعة تسمح بضم المحركات الإلكترونية والمحركات التقليدية في آن واحد تحت لواء أدلة الإثبات الكتابية.

أما عن موقف المشرع الجزائري فقد نظم مسألة الإثبات الإلكتروني لأول مرة بموجب القانون رقم 05-10 المعدل والمتمم للأمر رقم 75-58 المتضمن التقنين المدني، وذلك بإضافته لبعض النصوص القانونية وضع من خلالها الإطار العام للإثبات الإلكتروني في التشريع الجزائري.

(1) ومن أبرز الأمثلة على ذلك قانون 12 جويلية (يوليو) 1988 بشأن قبول الميكروفيلم في الإثبات، وقانون 1983/4/30 بشأن استخدام الوسائط الإلكترونية كبدايل للدفاتر التجارية، وكذا اللائحة رقم 98-271 والخاصة بتنظيم المعاملات والتصرفات القانونية في مجال التأمين الصحي، حرص من خلالها المشرع على الاعتراف بالتوقيع الإلكتروني الذي يتم عن طريق استخدام البطاقة الإلكترونية للتأمين الصحي.

(2) الذي أوجب على الدول الأعضاء اتخاذ الإجراءات اللازمة لإدماج أحكامه في قوانينها الداخلية في مدة أقصاها 18 شهراً.

(3) WERY Etienne, *Le rapport du conseil d'Etat français sur l'internet et les réseaux numériques*, in droit et nouvelles technologies actualités, oct.1998, p1.

(4) ESNAULT Julien, *La signature électronique, mémoire publiée*, sur: sognelec.com le 21 juillet 2003. sur le site: www.signelec.com.

(5) 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, journal officiel français, N°62 du 14 mars 2000, page 39681, disponible sur :

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=LEGITEXT000005629200>

أما بشأن مدى تعريفه للمحرر الإلكتروني فقد أورد المشرع تعريفاً عاماً للدليل الكتابي، ولم يتم بوضع تعريف خاص به، على غرار نظيره الفرنسي، وعلى خلاف ما فعلت غالبية التشريعات التي نظمت موضوع الإثبات الإلكتروني، وذلك عندما أدرج بصدد تعريفه للدليل الكتابي مصطلحات لغوية وقانونية فضفاضة تغطي تحت سقفها جميع أنواع المحررات، سواء أكانت رسمية أو عرفية أو إلكترونية، وذلك من خلال نص المادة 323 مكرر ق.م والتي جاء نصها كالآتي " **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.**"

فمن خلال هذا النص، وبعد الرجوع إلى نصوص القانون 05-18 يمكن القول أن المشرع الجزائري وعلى خلاف العديد من التشريعات الأخرى، لم يضع تعريفاً خاصاً للمحرر الإلكتروني، لا من خلال القواعد العامة للإثبات ولا من خلال قانون التجارة الإلكترونية، وإنما عرفه بطريقة غير مباشرة، عن طريق وضع تعريف عام للدليل الكتابي.

ولعل أسباب اتخاذه لهذا الموقف إنما ترجع إلى ما هو متعارف عليه قانوناً من أن وضع التعريفات وتحديداتها والخوض فيها هو أمر يقع في غالب الأحيان على عاتق الفقه لا المشرع، ولا يعني به هذا الأخير إلا في حالات نادرة تكون الحاجة فيها ماسة لتدخله، من جهة، ورغبته في تجسيد المساواة وعدم التفرقة بين أنواع الأدلة الكتابية رغم اختلاف طبيعة الدعامة المثبتة عليها، إعمالاً لمبدأ الحياد التقني، من جهة أخرى.

خلاصة لما تم التطرق إليه من خلال هذا الفرع يمكن اقتراح التعريف الآتي للمحرر الإلكتروني على أنه: "بيانات أو معلومات إلكترونية⁽¹⁾ تعبر عن إرادة معينة، يتم إنشاؤها أو إرسالها أو تبادلها أو تخزينها عبر وسائط إلكترونية أو ما في حكمها، مصحوبة بتوقيع صاحب الإرادة أو من ينوب عنه".

الفرع الثاني: خصائص المحررات الإلكترونية

للمحررات الإلكترونية خصائص عدة تميزها عن غيرها من أنواع المحررات، قد تبدو بسببها لأول وهلة خروجاً عن معنى المحرر الذي تم التطرق إليه في الفرع الأول من هذا المطلب، ويمكن أن نجمل هذه الخصائص في ثلاث نقاط، أولها: أن وجود المحرر الإلكتروني وتكوينه يتطلب بشكل قاطع وجود مجموعة من العناصر تنقسم إلى عناصر شكلية وأخرى موضوعية، وثانيها: اعتماد الكتابة في المحررات الإلكترونية على إحداث تغيير فيزيائي في مادة المحرر، وثالثها: عدم ظهور هذه الكتابة إلا بواسطة جهاز إلكتروني.

وسيتيم العرض تباعاً من خلال هذا الفرع لهاته الخصائص وفق ما يلي:

(1) على أن تعرف المعلومات الإلكترونية بأنها "معلومات ذات خصائص إلكترونية في شكل نصوص أو رموز أو أصوات أو رسوم أو صور أو برامج حاسب آلي أو غيرها من البيانات"، وتعرف صفة إلكترونية بأنها "كل ما يتصل بالتكنولوجيا الحديثة، وذو قدرات كهربائية أو مغناطيسية أو رقمية أو لاسلكية أو يومية أو بصرية أو ضوئية وما إلى ذلك".

أولا/ عناصر المحرر الإلكتروني

يرجع السبب في اعتبار عناصر المحرر الإلكتروني من الخصائص المميزة له، في أنها ذات طبيعة خاصة لصيقة بالمحررات الإلكترونية لا تتوافر عليها أنواع الأدلة الكتابية الأخرى، ويمكن تقسيم هذه العناصر إلى عناصر شكلية تشمل كلا من أطراف المحرر والوسيلة الإلكترونية، وأخرى موضوعية تشمل الكتابة الإلكترونية والتوقيع الإلكتروني، وحيث أن هذين الأخيرين على درجة كبيرة من الأهمية فقد خصص لهما المطلب الثاني من هذا المبحث، وسيتم الاكتفاء في هذه النقطة بالتطرق إلى العناصر الشكلية فقط.

أما العناصر الشكلية للمحرر الإلكتروني فتتقسم إلى عنصرين أساسيين تناولهما من خلال النقطتين التاليتين:

1/ طرفي المحرر الإلكتروني

طرفي المحرر الإلكتروني هما المنشئ الذي يقوم بإنشاء المحرر أو إرساله أو تخزينه، والمرسل إليه الذي يقصد المنشئ تسليمه رسالة البيانات.

1/ المنشئ أو المرسل: عرف المشرع الجزائري المرسل من خلال الفقرة 19 من المادة 9 من القانون 04-18 المتعلق بالبريد والاتصالات الإلكترونية المذكور سابقا، المرسل بأنه "شخص طبيعي أو معنوي يرسل مواد بريدية"، كما عرفت المادة 2 من قانون اليونسترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية المنشئ بأنه "الشخص الذي يعتبر أن إرسال أو إنشاء رسالة البيانات قبل تخزينها إن حدث، قد تم على يديه أو نيابة عنه، ولكنه لا يشمل الشخص الذي يتصرف كوسيط فيما يتعلق بهذه الرسالة".

من خلال هاذين النصين يمكن القول أن المنشئ هو شخص طبيعي أو معنوي يقوم بنفسه بإنشاء أو إرسال أو تخزين محرر إلكتروني، ويلحق بهذا الوضع الحالة التي يوجد فيها نظام معلومات يخضع لسيطرة ذلك الشخص، كأن تصدر رسالة معلومات عن أحد الأجهزة المملوكة للمنشئ والمزودة بخدمة الرد الآلي أو بالنيابة عنه، ولا يشمل مفهوم المنشئ حسب هذا التعريف المرسل إليه الذي يتلقى المحرر الإلكتروني ولا الشخص الذي يقوم بدور الوسيط حسب مفهوم المادة 2 من قانون اليونسترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية بالنسبة لرسالة البيانات⁽¹⁾.

(1) نظام المعلومات حسب نص المادة 2 من قانون اليونسترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية هو: "النظام الذي يستخدم لإنشاء رسائل البيانات أو إرسالها أو استلامها أو تخزينها لتجهيزها على أي وجه آخر".

2/ المرسل إليه:

عرف المشرع الجزائري من خلال الفقرة 20 من المادة التاسعة السابقة الذكر من القانون المتعلق بالبريد والاتصالات الإلكترونية 18-04 بأنه: "المرسل إليه: شخص طبيعي أو معنوي يستلم مواد بريدية".

أما قانون اليونسسترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية فقد عرفه من خلال نص المادة 2/د بأنه "الشخص الذي قصد المنشئ أن يتسلم رسالة البيانات، ولكنه لا يشمل الشخص الذي يتصرف كوسيط فيما يتعلق بهذه الرسالة".

من خلال هاذين النصين أيضا يمكن تعريف المرسل إليه بأنه كل شخص طبيعي أو اعتباري يقصد المنشئ تسليمه المحرر الإلكتروني، ولا يعتبر الشخص الذي يسهل عملية استلام أو معالجة أو تخزين المحرر الإلكتروني مرسلًا إليه.

والسؤال الذي يطرح نفسه في هذا المقام: هل يمكن تصور اجتماع صفتي المنشئ والمرسل إليه في شخص واحد؟ يمكن الإجابة عن هذا التساؤل بالإيجاب، حيث أنه وبالتدقيق في التعريفات السابقة لكلا الصفتين نجد أنه من الممكن اجتماعهما بالنسبة للمحرر الإلكتروني في شخص واحد، وذلك في حالة وحيدة تتمثل بالحالة التي يقوم فيها المنشئ بإنشاء محرر إلكتروني بقصد تخزينه فحسب دون إرساله أو إبلاغه.

ب/ الوسيلة الإلكترونية

تعني الوسيلة اصطلاحاً: الطريق المؤدية إلى الشيء، ووسيلة كل شيء الطريق المؤدية إليه⁽¹⁾ ويقصد بها ضرورة وجود وسيط إلكتروني ينشأ أو يحفظ أو يرسل من خلاله المحرر الإلكتروني، ذلك أن هذا الأخير يرتبط وجوداً وعدمًا بوجود جهاز إلكتروني، يستخدم إما لإنشائه أو إرساله أو حفظه، وبغض النظر عن ماهية هذا الجهاز طالما كان ذو طبيعة إلكترونية⁽²⁾، فقد يكون جهاز حاسب آلي، أو فاكس، أو تليكس، أو غيره من أجهزة الاتصال والتكنولوجيا الحديثة، وهذا ما يطلق عليه بمبدأ الحياد التقني.

ثانياً/ اعتماد الكتابة في المحرر الإلكتروني على تغيير فيزيائي

تقوم الكتابة في المحررات الإلكترونية كما سبق الذكر على مغنطة مادة المحرر أو بمعنى آخر على إحداث تغيير فيزيائي في مادة المحرر، وهذا ما يميز المحررات الإلكترونية عن المحررات الورقية التي تقوم على التصاق مادة بأخرى، كالتصاق الحبر بالورق مثلاً⁽³⁾.

(1) العمر أمين العمر، المستجدات في وسائل الإثبات، أطروحة دكتوراه، كلية الدراسات العليا، الجامعة الأردنية، عمان، 2002، ص 2.

(2) أشار قانون إمارة دبي رقم 2 لسنة 2002 من خلال المادة 2 إلى معنى صفة "إلكترونية" على أنها تصبغ على "كل ما يتصل بالتكنولوجيا الحديثة وذو قدرات كهربائية أو رقمية أو مغناطيسية أو لاسلكية أو بصرية أو كهرومغناطيسية أو مؤتمتة أو ضوئية أو ما شابه".

(3) نبيل محدي زوين، مرجع سابق، ص 9.

فالكتابة الموجودة في المحرر الإلكتروني تكون على شكل معادلات خوارزمية تنفذ عن طريق عمليات إدخال البيانات وإخراجها من خلال شاشة الحاسب أو أية وسيلة إلكترونية أخرى، بحيث تتم من خلال تغذية الجهاز بهذه المعلومات، وذلك عن طريق وحدات الإدخال بواسطة لوحة المفاتيح أو أية وسيلة تمكن من قراءة البيانات واسترجاع المعلومات المخزنة في وحدة المعالجة المركزية أو بقرص مرن مستخدم، وبعد معالجة البيانات تتم كتابتها على أجهزة الإخراج، والتي قد تكون شاشة حاسب آلي أو عن طريق طباعة هذه المحررات على الطابعة أو على الأقراص الممغنطة أو أية وسيلة من وسائل تخزين البيانات⁽¹⁾.

وعلى ذلك فإن المحرر الإلكتروني قد يبدأ بطريقة غير إلكترونية، وينتهي بوصفه محرراً إلكترونياً بمعنى أنه قد يكون مكتوباً على دعامة ورقية، ثم يجري إدخاله إلى الحاسب الآلي عن طريق تقنية المسح الضوئي، وغيرها من تقنيات الإدخال، ثم يرسل إلى شخص آخر عن طريق شبكة الانترنت أو غيرها، أو يخزن على قاعدة بيانات الحاسب الآلي، أو ينسخ على شريط ممغنط أو قرص أو يرسل بالفاكس وغيرها⁽²⁾.

ثالثاً/ عدم ظهور الكتابة في المحرر الإلكتروني إلا بواسطة جهاز إلكتروني

لا تظهر الكتابة المكونة لمضمون المحرر الإلكتروني لعين الناظر مباشرة وإنما بواسطة جهاز الحاسوب أو ما في حكمه، ذلك أن هذه المحررات مكتوبة بلغة الآلة لا تفهمها إلا الأجهزة المتخصصة والمعدة لذلك وهي التي تقوم بمعالجتها وتحويلها إلى كتابة بإحدى لغات الإنسان المفهومة⁽³⁾، وذلك عن طريق ظهور تلك الكتابة على شكل حروف أو رموز أو إشارات أو غيرها بعد عرضها على شاشة جهاز المستخدم، فتكون هذه الشاشة مثلاً هي همزة الوصل بين الكتابة الإلكترونية وعين الناظر.

وتجدر الإشارة إلى أن عدم ظهور الكتابة الإلكترونية مباشرة وعدم إمكانية قراءتها إلا عن طريق استخدام أجهزة معدة لذلك قد يحمل البعض على القول بأن هذه الكتابة والتي يتحدد من خلالها مضمون المحرر الإلكتروني غير قابلة للقراءة، مما يعني عدم إمكانية مساواتها مع بقية أنواع المحررات⁽⁴⁾.

بيد أنه يمكن الرد على ذلك بالقول أن التمييز واجب بين عدم قابلية المحرر للقراءة من جهة وبين عدم ظهور مضمونه لعين الناظر مباشرة من جهة أخرى، فالأولى تعني استحالة الاطلاع على محتويات المحرر ومضمونه سواء أكان ذلك بصورة مباشرة أو غير مباشرة، أما الثانية فتعني تعذر قراءة مضمون المحرر بصورة مباشرة فحسب، ولا يوجد هناك ما يحول دون إمكانية الاطلاع على مضمونه باستعمال وسيط إلكتروني كجهاز الحاسوب مثلاً، وهذا ما يسمح بالخروج بنتيجة مفادها أن الكتابة في المحررات الإلكترونية

(1) إياد عارف عطا سده، مرجع سابق، ص 42.

(2) عيسى غسان رضي، القواعد الخاصة بالتوقيع الإلكتروني، مرجع سابق، ص 189.

(3) نبيل مهدي زين، مرجع سابق، ص 13.

(4) المرجع نفسه، ص 14.

هي كتابة قابلة للقراءة ولكنها غير ظاهرة للعين بشكل مباشر، وهو أمر كاف لمساواتها في الحجية مع نظيراتها في المحررات الأخرى.

الفرع الثالث: شروط المحرر الإلكتروني

حتى يكتسب المحرر الإلكتروني حجية كاملة في الإثبات، شأنه في ذلك شأن المحررات التقليدية استناداً إلى أحكام القواعد العامة للإثبات لا بد أن يتوافر على مجموعة من الشروط⁽¹⁾ تولت المادة 323 مكرر 1 من القانون المدني تحديدها، بنصها على أنه: "يعتبر الإثبات بالكتابة في الشكل الإلكتروني كالأثبات بالكتابة على الورق، بشرط إمكانية التأكد من هوية الشخص الذي أصدرها، وأن تكون معدة ومحفوظة في ظروف تضمن سلامتها".

من خلال هذا النص يلاحظ من جهة أن المشرع الجزائري قد كرس -وبصريح العبارة-، مبدأ عاماً يقضي بتمتع المحررات الإلكترونية كأدلة كتابية بذات الحجية التي تتمتع بها المحررات التقليدية، إلا أنه من جهة أخرى لم يترك الأمر على إطلاقه، وإنما ربط هذه المسألة بضرورة توافر المحرر الإلكتروني على مجموعة من الشروط، تهدف أساساً إلى التحقق من هوية الشخص مصدر المحرر، وإلى ضمان عدم حدوث أي تعديل في مضمونه، وهي الشروط التي يمكن إجمالها في النقاط التالية:

أولاً/ شرط الاتساق

كي يقبل دليلاً في الإثبات ويجوز الحجية الممنوحة للمحرر التقليدي، يجب أن يحقق المحرر الإلكتروني إحدى أهم الضمانات، وهي أن يكشف عن هوية الشخص الذي أصدره⁽²⁾، وهو ما تتطلبه المشرع صراحة في نص المادة 323 مكرر 1 من القانون المدني المذكورة أعلاه.

وحيث أن كشف هوية الشخص الذي صدر عنه المحرر الإلكتروني يختلف عن كشف هوية الموقع عليه، وأن المحرر ينسب إلى الموقع عليه بغض النظر عن جهة إرساله، فإنه يتوجب التمييز بين الوسائل التي تسمح بكشف هوية المرسل، والوسائل التي تتيح كشف عنصر النظام المستخدم في التوقيع، لذلك كان

(1) قبل تحديد شروط المحرر الإلكتروني تجدر الإشارة إلى أن البعض يستخدم مصطلح شروط المحرر عند الكلام في الكتابة والتوقيع فيتناولون هذين الأخيرين على أساس أنها من شروط المحرر الإلكتروني، في حين أنها يقعان منه موقع الركن للشيء لا موقع الشرط، وركن الشيء يختلف عن شرطه، فالكتابة والتوقيع يدخلان في ماهية المحرر وحقيقته وتكوينه كمناسبات له، بغياب أحدهما لا يحدث عن وجود محرر أصلاً، إذ ينعدم هذا الأخير بانعدام أحد هذين العنصرين، أما غياب أحد شروط المحرر الإلكتروني فلا يصل أثره إلى حد إعدام هذا المحرر ككل، وإنما يقتصر أثر ذلك الغياب على مجرد فقدان هذا المحرر لحجيته المقررة له من قبل المشرع كدليل كامل في الإثبات، ولا نبحت مدى توافر شروط المحرر الإلكتروني إلا بعد توافر عناصره وقيامها، وعلى هذا يمكن القول أن غياب الكتابة أو التوقيع الإلكتروني عن محرر يسلب وجوده وقيامه من أساسه، أما غياب أحد شروطه فيسلبه حجتيه أمام القضاء كدليل كامل في الإثبات فحسب.

(2) عيسى غسان راضي، مرجع سابق، ص 193.

من الأفضل للمشرع الاعتماد على فكرة الإسناد إلى الفاعل بدلاً من كشف هوية الشخص الذي أصدر المحرر⁽¹⁾.

ويمكن تحقيق شرط الانتساب من الناحية التقنية من خلال ما أسماه المشرع الجزائري بشهادة التصديق الإلكتروني⁽²⁾ التي تحدد بفضل المفتاح العام هوية الشخص الموقع، وتصدر هذه الشهادة من جهة ثالثة محايدة في العلاقة القانونية تلعب دور الوسيط بين المتعاملين تعرف بجهات التصديق الإلكتروني، وهي الجهات التي نص المشرع على إنشائها وأطلق عليها عدة أسماء تختلف بحسب المستفيد من الشهادة وذلك بموجب أحكام القانون رقم 04-15 المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين.

ثانياً/ شرط السلامة

ينصرف هذا الشرط إلى سلامة محتوى المحرر وعدم حصول أي تعديل أو تغيير فيه، وهي مسألة يتيحها النظام التقني المعتمد على معايير تقنية معينة تسمح بتبيان وضعية المحرر وكشف أي تعديلات قد تطرأ عليه، وكذا أوقات هذه التعديلات⁽³⁾.

حيث تتوقف سلامة المحرر الإلكتروني أو غيره على مدى إمكانية الاحتفاظ به في الشكل الذي تم تحريره به أو إرساله أو تسلمه عليه أو بأي شكل يسهل من خلاله إثبات دقة المعلومات الواردة فيه، وقد نص المشرع الجزائري على هذا الشرط من خلال نص المادة 323 مكرر 1 ق.م المذكورة أعلاه وأكد عليه من خلال نص المادة 4 من القانون رقم 04-15 المتعلق بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين، التي تنص على أنه: "تحفظ الوثيقة الموقعة إلكترونياً في شكلها الأصلي ويتم تحديد الكيفيات المتعلقة بحفظ الوثيقة الموقعة إلكترونياً عن طريق التنظيم"، هذا الأخير الذي صدر سنة 2016 بموجب المرسوم التنفيذي رقم 16-142 المحدد لكيفيات حفظ الوثيقة الموقعة إلكترونياً المذكور سابقاً.

هذا الشرط يأتي كقابل لشرط ثبات الكتابة وعدم قابليتها للتعديل إلا بإتلاف المحرر أو ترك أثر مادي واضح عليه المطلوب توافره في السندات التقليدية الورقية⁽⁴⁾، غير أن ما يميز المحررات التقليدية عن نظيرتها الإلكترونية أن تدوين الكتابة فيها بالأحبار التي يتشربها الورق أو تنطبع عليه يجعلها متصلة كيميائياً بالتركيب المادي لهذه الأوراق، على نحو لا يمكن فصلها عنه أو تعديلها إلا بإتلاف الأوراق أو إحداث

(1) ففي الواقع عندما يستخدم المفتاح الخاص أو الرقم السري لإبرام تصرف ما، فإن ذلك لا يحدد بشكل مباشر هوية الشخص الذي صدر عنه التصرف، ولكن يكشف الشخص الذي يمكن إسناد التصرف إليه والتزامه بما جاء فيه، أنظر: عيسى غسان راضي، مرجع سابق ص193.

(2) عرفها المشرع الجزائري من خلال المادة م7/2 من القانون 04-15 بأنها "وثيقة في شكل إلكتروني تثبت الصلة بين بيانات التحقق من التوقيع الإلكتروني والموقع".

(3) بشار محمود دودين، مرجع سابق، ص231.

(4) محمد إبراهيم أبو الهيجاء، التحكم بواسطة الإنترنت، ط1، دار الثقافة، عمان، 2002، ص178.

تغيير مادي يكون اكتشافه أمرا سهلا عن طريق المناظرة أو من خلال الرجوع إلى الخبرة الفنية، مقارنة مع التعديل الذي لا يترك أثرا سهل الاكتشاف إذا مس المحررات الإلكترونية⁽¹⁾.

فضلا عن إمكانية تعرض بيانات المحرر الإلكتروني أثناء نقلها من المنشئ إلى المرسل إليه عبر شبكة الانترنت لعمليات اختراق من قبل الغير، أو الاستيلاء عليها أو إتلافها، أو تأثر دعائها بالعوامل الطبيعية كالرطوبة والغبار و... غيرها، الأمر الذي قد يؤدي إلى الإخلال بحجيتها في الإثبات⁽²⁾.

هاته المخاطر التي تحيط بعملية حفظ المحررات الإلكترونية تعتبر من أهم الانتقادات التي قللت من الثقة فيها وفي صلاحيتها لأن تكون دليل إثبات، إلا أن التطور التكنولوجي لم يقف مكتوف الأيدي أمام هذه المعوقات، بل سعى جاهداً لتخطيها وإيجاد حلول لها، وهو ما كان له عن طريق استخدام عدة برامج كمبيوتر نذكر منها:

أ/ برنامج يعرف باسم (document image processing)، وهو برنامج حاسب آلي يسمح بتحويل النص الذي يمكن تعديله إلى صورة ثابتة غير قابلة للتعديل، فقد أصبح بالإمكان من خلاله إنشاء وثائق إلكترونية تتساوى مع الوثائق الورقية في إمكانية قراءتها دون التلاعب والتغيير في مضمونها⁽³⁾.

ب/ الصناديق الإلكترونية: كما وأنه تم ابتكار طريقة أخرى لحفظ المحررات الإلكترونية في صيغتها النهائية وبشكل لا يقبل التعديل، وذلك من خلال حفظها في صناديق إلكترونية لا يمكن فتحها إلا بمفتاح خاص تقوم عليه جهات معتمدة من قبل الدولة، بحيث تؤدي أية محاولة للمساس بمضمون المحرر الإلكتروني إلى إتلاف محتواه بشكل كلي⁽⁴⁾.

وقد اهتم المشرع الجزائري بمسألة حفظ بيانات المحررات الإلكترونية وضمان سلامتها، حين اشترط في عملية حفظ بيانات المحرر مراعاة أمور معينة حددها بموجب المادة 4 من المرسوم التنفيذي 142-16 من خلال نصه على ما يلي: "يجب أن يتضمن حفظ الوثيقة الموقعة إلكترونيا على الخصوص، ما يأتي

- الوثيقة الإلكترونية وتوقيعها الإلكتروني، أيًا كان مرفقا أو متصلا بشكل منطقي،
- شهادة التصديق الإلكتروني للموقع،

(1) حيث تمتاز الدعامات الإلكترونية على اختلاف أشكالها سواء أكانت أشرطة مغناطيسية أو أقراص مبرمة أو أقراص صلبة بسهولة إجراء تغييرات وتعديلات في البيانات المدونة عليها، إذ أنه بإمكان أي شخص يملك خبرة في معالجة البيانات الإلكترونية إجراء أي تعديل سواء بمسح أو إضافة بيانات إلى المحرر الإلكتروني دون ترك أي أثر مادي يدل على ما قام به.

(2) عيسى غسان راضي، مرجع سابق، ص 197.

(3) المرجع نفسه، ص 24.

(4) المرجع نفسه، ص 24.

- قائمة الشهادات الإلكترونية الوسيطة إلى غاية الوصول إلى السلطة الوطنية للتصديق الإلكتروني، عندما يتعلق الأمر بشهادة إلكترونية موصوفة،
- قوائم الشهادات الملغاة أو نتائج التحقق من حالة الشهادات الإلكترونية الوسيطة إلى غاية الوصول للسلطة الوطنية للتصديق الإلكتروني،
- تاريخ توقيع الوثيقة، عند الاقتضاء"

إن ما يمكن استخلاصه مما تقدم أن اعتبار المحررات الإلكترونية كأدلة كاملة في الإثبات هو أمر مرهون بمدى قوة التقنية المستخدمة في تأمين سلامتها من تلاعب الغير أو أطرافها في بياناتها أو إعادة معالجتها، وهو ما جعل المشرع الجزائري يولي كامل اهتمامه لمسألة عدم اختراق الغير لبيانات المحرر أو الدليل الكتلي الإلكتروني.

ثالثا/ شرط إمكانية الاسترجاع

يعتبر شرط إمكانية الاسترجاع⁽¹⁾ الهدف المنطقي لشرط السلامة، ذلك أن الهدف من أن يكون المحرر قادراً على الاحتفاظ بالمعلومات الواردة فيه، إنما هو الرجوع إليه في أي وقت والاطلاع على مضمونه متى دعت الحاجة إلى ذلك، كما أن في اشتراطه تحقيق لأهم ركيزة من ركائز حجية المحررات في الإثبات وهي صلاحية الدليل للمراجعة أو الرجوع إليه في أي وقت، وقد أكد المشرع الجزائري على ذلك من خلال نص المادتين 3 و6 من المرسوم التنفيذي 16-142 المذكور أعلاه.

وإن كان يبدو أن قدرة المحررات التقليدية على حفظ المعلومات بما يتيح الرجوع إليها عند الحاجة تفوق قدرة نظيرتها الإلكترونية بسبب تفوق الوسائط الورقية، على الوسائط الإلكترونية، فخصوصية وحساسية مادة المحرر الإلكتروني قد تكون عقبة أمام تحقيق هذا الشرط، حيث تكون معرضة للتلف السريع عند أدنى اختلاف في قوة التيار الكهربائي أو الاختلاف في درجة تخزين هذه الوسائط، إلا أن التطورات التقنية قد أوجدت العديد من الحلول للتغلب على هذه الصعوبات الفنية أيضاً، فلجأت إلى استخدام أجهزة ودعائم أكثر قدرة على الاحتفاظ بالمعلومات قد تفوق قدرة الأوراق العادية التي قد تتأثر هي الأخرى بعدة عوامل تخل بصلاحيتها في الإثبات⁽²⁾.

(1) ويقابل هذا الشرط شرط استمرارية الكتابة في المحررات التقليدية الذي يمكن من اللجوء إليها في حال نشوب نزاع أو خلاف بشأن الحقوق الثابتة فيها.

(2) بشار محمود دودين، مرجع سابق، ص 230

المطلب الثاني: عناصر الدليل الكتابي الإلكتروني

يقوم الدليل الكتابي الإلكتروني على ثلاثة عناصر أساسية لا قائمة له من دونها وهي: الكتابة والتوقيع والمحرر الذي يحتويهما، فالكتابة وحدها لا تعد حجة بما دون فيها على المحرر إلا إذا تعززت بالتوقيع عليها، فمتى ما اقترنت به أصبحت ذات أثر قانوني يجعلها حجة على موقعها، وينشأ في جانبه التزام قانوني بما ورد فيها فالتوقيع مناط نسبة المحرر إلى موقعه، وهو بذلك ليس عنصراً من عناصر الدليل الكتابي فحسب وإنما هو أيضاً وبالدرجة الأولى تعبير عن إرادة الموقع في الالتزام بمضمون المحرر وإقراره له، ووسيلة لتمييز هويته⁽¹⁾.

وقد تم التطرق في موضعين سابقين⁽²⁾ من خلال هاته الدراسة إلى التعريف بكل من الكتابة الإلكترونية والمحرر الإلكتروني باعتبارهما عنصرين من عناصر الدليل الكتابي، فنكتفي في هذا الموضع بالإحالة إليهما تجنباً للتكرار، والتطرق فقط إلى عنصر التوقيع الإلكتروني ببعض التفصيل من خلال الفروع التالية:

الفرع الأول: مفهوم التوقيع الإلكتروني

لا يتناسب التوقيع التقليدي في أي شكل من أشكاله المعروفة مع طبيعة المحررات الإلكترونية، وهو ما استدعى البحث عن بديل له يستطيع أن يتكيف مع وسائل إبرام التصرفات الحديثة من جهة، وأن يؤدي ذات وظائفه من جهة أخرى، فكان البديل في البداية الرقم السري، ثم ظهرت صور أخرى للتوقيع الإلكتروني كان آخرها التوقيع الرقمي⁽³⁾.

وسيتّم من خلال هذا الفرع التطرق إلى تعريف التوقيع الإلكتروني (أولاً)، وتحديد شروطه (ثانياً) وكذا الوظائف التي يحققها (ثالثاً).

أولاً/ تعريفه

قبل التطرق إلى التعريفين القانوني والفقهّي للتوقيع الإلكتروني، تجدر الإشارة أولاً إلى تعريفه من الناحية اللغوية أين يساق اصطلاح التوقيع للدلالة على معنيين:

الأول: ويقصد به فعل أو واقعة التوقيع ذاتها، أي عملية وضع التوقيع أو العلامة أو الإشارة التي تسمح بتمييز شخص الموقع، والثاني: وهو المعنى المقصود في نطاق قوانين الإثبات⁽⁴⁾، والتوقيع في الكتاب هو "ما يوقع في

(1) مُجّد زهرة المرسي، مرجع سابق، ص 813.

(2) راجع ص.ص: 12 - 33 من هاته الدراسة في تعريف الكتابة الإلكترونية، و.ص: 237 - 247 في تعريف المحرر الإلكتروني.

(3) علاء مُجّد نصيرات، مرجع سابق، ص 22.

(4) مُجّد زهرة المرسي، مرجع سابق، ص 795.

الكتاب" ويعني "إلحاق شيء فيه بعد الفراغ منه"، وقيل أن الموقع حين يضع توقيعه في الكتاب كأنه "يؤثر في الأمر الذي كتب فيه ما يؤكد ويوجبه"⁽¹⁾.

ومهما يكن من أمر فإن الواضح من المعنى اللغوي للتوقيع، أنه لا يوجد ما يلزم بأن يفرغ التوقيع في شكل معين دون آخر، بل يصح أن يرد في أي صورة كانت طالما أمكن إلحاقه بالمحرر بعد الفراغ منه ليؤكد ويوجب ما جاء فيه، وطالما كان قادراً على تأدية الوظائف المنوطة به قانوناً⁽²⁾.

بعد الفراغ من تحديد وضبط المفهوم اللغوي للتوقيع، يتبقى تحديد تعريفه من المنظورين الفقهي (أ) والقانوني (ب)، وهو ما سيتم التطرق إليه من خلال النقطتين الموالتين:

1/ تعريف الفقه للتوقيع الإلكتروني

تعددت التعريفات الفقهية المعطاة للتوقيع الإلكتروني، فقد ذهب بعض الفقهاء إلى تعريفه بأنه: "مجموعة من الإجراءات التقنية التي تسمح بتحديد شخصية من تصدر عنه هذه الإجراءات وقبوله بمضمون التصرف الذي يصدر التوقيع بمناسبةه"⁽³⁾.

ويحسب لهذا التعريف عدم تحديده لصور أو أنواع التوقيع الإلكتروني، الأمر الذي يفتح المجال لقبول صور جديدة قد يتخذها مستقبلاً هذا النوع من التوقيع من جهة، وتأكيد على وظائف التوقيع الإلكتروني من جهة ثانية، إلا أنه يؤخذ عليه إغفاله لمسألة ضرورة اتصال التوقيع الإلكتروني بالمحرر المتضمن لمضمون التصرف⁽⁴⁾.

كما عرف بأنه: "معطيات في شكل إلكتروني متضمنة في رسالة معطيات أو مرفقة أو مشتركة بشكل منطقي في الرسالة المذكورة، يمكن استعمالها للتحقق من هوية صاحب التوقيع في إطار رسالة المعطيات وترجم صحة المعلومة التي تتضمنها"⁽⁵⁾، وبأنه: "المعطيات التي تأخذ الشكل الإلكتروني والتي ترتبط

(1) محمد زهرة المرسي، مرجع سابق، ص 796.

(2) نبيل مهدي زوين، مرجع سابق، ص 26.

(3) DAVIO Etienne, « Internet Face au droit », *Cahiers du. C.R.I.D*, 12, Edition Story Scientical, 1997, p8.

(4) فادي فلاح فالح أبو عامود، مرجع سابق، ص 44.

(5) MEHDAOUI Kamel, *La formation du contrat électronique international : le formalisme au regard de la convention CNUDCI 2005*, mémoire présenté comme exigence partielle de la maîtrise en droit international, université du Québec, Montréal, mars 2010, p.28.

بمعطيات إلكترونية أخرى تستخدم لإثبات صحتها"⁽¹⁾، وبأنه أيضاً: "طريقة اتصال مشفرة تعمل على توثيق المعاملات التي تتم عبر الإنترنت"⁽²⁾.

ويذهب جانب آخر من الفقه إلى تعريف التوقيع الإلكتروني على أنه "إجراء معين يقوم به الشخص المراد توقيعه على المحرر، سواء أكان هذا الإجراء على شكل رقم أو إشارة إلكترونية معينة أو شفرة خاصة المهم في الأمر أن يحتفظ بالرقم أو الشفرة بشكل آمن وسري لمنع استعماله من قبل الغير، ويعطي الثقة في أن صدور هذا التوقيع قد تم بالفعل من صاحبه"⁽³⁾.

الملاحظ أن جل التعريفات أعلاه يطبعها القصور، ذلك أنها وعلى عكس التعريف الأول أشارت للصيغ التي قد يتخذها التوقيع الإلكتروني، وحددت على سبيل الحصر لا المثال، مما يجعلها قاصرة عن استيعاب جميع صور التوقيع الإلكتروني خاصة منها التي تعتمد على الخواص الذاتية للشخص.

ب/ التعريف القانوني للتوقيع الإلكتروني

اختلفت التشريعات بدورها في تعريفها للتوقيع الإلكتروني، ففي الوقت الذي ركزت فيه بعضها على الوسيلة التي يتم بها إنشاؤه، نجد أن بعضها الآخر قد اعتمد من المعيار الوظيفي أساساً لتعريفه هذا النوع من التوقيعات فجاءت مركزة على وظائفه.

كما نجد أن بعضها قد عرفت نوعاً واحداً من التوقيعات الإلكترونية على غرار ما انتهجه قانون اليونسترال النموذجي بشأن التوقيعات الإلكترونية، وقانون المعاملات الإلكترونية الأردني⁽⁴⁾ والقانون المصري رقم 15 لسنة 2004⁽⁵⁾، في حين يشير البعض الآخر إلى وجود نوعين من التوقيعات الإلكترونية ويورد تعريف لكل منهما، وهو ما عليه الوضع في القانون الجزائري، وقانون إمارة دبي بشأن المعاملات والتجارة

(1) محمد أبو الهيجاء، التحكيم الإلكتروني بواسطة الإنترنت، مرجع سابق، ص 83.

(2) يوسف أمير فرج، التوقيع الإلكتروني، ط 1، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2008، ص 17.

(3) نور الدين الناصري، المحررات الإلكترونية وحجيتها في إثبات التصرفات المدنية والتجارية، مجلة الفقه والقانون، ص 7، متاحة على الموقع

<https://kambota.yoo7.com/t2248-topic>

(4) عرف المشرع الأردني التوقيع الإلكتروني بموجب المادة الثانية من قانون المعاملات الإلكترونية 15 لسنة 2015 بأنه "البيانات التي تتخذ شكل حروف أو أرقام أو رموز أو إشارات أو غيرها وتكون مدرجة بشكل إلكتروني أو أية وسيلة أخرى مماثلة في السجل الإلكتروني أو مضافة عليها أو مرتبطة به، بهدف تحديد هوية صاحب التوقيع وإثباته باستخدامه وتمييزه عن غيره".

(5) عرف المشرع المصري التوقيع الإلكتروني بموجب المادة 1/ ج من قانون التوقيع الإلكتروني على أنه "ما يوضع على محرر إلكتروني ويتخذ شكل حروف أو أرقام أو رموز أو إشارات أو غيرها ويكون له طابع متفرد يسمح بتحديد شخص الموقع وتمييزه عن غيره".

الإلكترونية، والتوجيه الأوروبي بشأن التوقيعات الإلكترونية⁽¹⁾، ومنها من لم تتضمن تعريفاً له كما هو الحال بالنسبة لقانون المبادلات والتجارة الإلكترونية التونسي.

1/ تعريف قوانين اليونسترال النموذجية:

عرفت المادة الثانية من قانون اليونسترال النموذجي بشأن التوقيعات الإلكترونية بصدد تعريف المصطلحات التوقيع الإلكتروني بأنه " بيانات في شكل إلكتروني مدرجة في رسالة بيانات أو مضافة إليها أو مرتبطة بها منطقياً، يجوز أن تستخدم لتعيين هوية الموقع بالنسبة إلى رسالة البيانات وبيان موافقة الموقع على المعلومات الواردة في رسالة البيانات"، يلاحظ على التعريف المحدد للتوقيع الإلكتروني من خلال هذا النص مايلي:

1-1/ أنه لا يشير إلى الإجراءات الواجب اتباعها لإصدار التوقيع الإلكتروني وتوثيقه والتي من شأنها الحفاظ على سلامته ومصداقيته⁽²⁾.

2-1/ تأكيده على ضرورة اتصال التوقيع الإلكتروني بالمحرر الإلكتروني، دون اشتراط أن يكون هذا الاتصال مادياً واكتفى باشتراط أن يكون الاتصال منطقياً⁽³⁾.

3-1/ أنه ركز على أن أية طريقة للتوقيع يجب أن تحقق وظائف التوقيع التقليدي المختلفة⁽⁴⁾.

4-1/ عدم تحديد الطريقة التي يتم بها استخدام التوقيع الإلكتروني فاتحاً بذلك المجال لإيراد أية طريقة ترى الدول بأنها ملائمة⁽⁵⁾.

(1) تعرض التوجيه الأوروبي رقم 1999-93 حول التوقيعات الإلكترونية لتعريف التوقيع الإلكتروني، وذلك من خلال المادة الثانية منه بصدد التعريفات، وقد حدد هذا التوجيه مستويين للتوقيع في الشكل الإلكتروني المستوى الأول: وهو ما يعرف بالتوقيع الإلكتروني البسيط حسب ما نصت عليه الفقرة أ من المادة الثانية من التوجيه، والتي عرفته بأنه "التوقيع الإلكتروني: معطى في شكل إلكتروني، يقترن أو يرتبط بشكل منطقي لمعطيات إلكترونية أخرى، ويستخدم طريقة للتوثيق"، أما المستوى الثاني فهو "التوقيع الإلكتروني المتقدم"، وقد تولت تعريفه الفقرة الثانية من المادة الثانية من التوجيه، فعرفته بأنه "التوقيع الإلكتروني المتقدم: توقيع إلكتروني يفي بالمطلبات التالية: 1- يكون مرتبط بشكل منفرد بالموقع، 2- يمكن من تحديد هوية الموقع، 3- يكون نشأ بوسائل يمكن للموقع الاحتفاظ بها تحت مراقبته الحصرية، 4- أن يرتبط بالمعطيات التي وضع عليها، بحيث يكون كل تعديل لاحق للمعطيات قابلاً للكشف عنه".

V: - Magdy Attia Hassan Hassanein, *Le régime juridique du contrat international de vente électronique « Etude comparée de droit égyptien et français »*, thèse pour le Doctorat en droit, université de Paris 13, 15 décembre 2009, pp : 85-86.

- VOLO Patricia, « La signature électronique », *Expertises*, n° 238, juin 2000, p183.

(2) فادي فلاح فالح أبو عامود، مرجع سابق، ص 45.

(3) المرجع نفسه، ص 45.

(4) علاء محمد نصيرات، مرجع سابق، ص 23.

(5) المرجع نفسه، ص 23.

2/ تعريف التوقيع الإلكتروني في القانون الجزائري

نظم المشرع الجزائري التوقيع الإلكتروني لأول مرة بموجب نص المادة 327/2 ق.م بعد تعديله سنة 2005 حيث جاء فيها: "ويعتد بالتوقيع الإلكتروني وفق الشروط المذكورة في المادة 323 مكرر 1 أعلاه".

والملاحظ أن المشرع الجزائري لم يضع تعريفا معينا للتوقيع لا في شكله التقليدي ولا الإلكتروني من خلال القانون المدني واكتفى بالاعتراف بحجية هذا الأخير، وربط شروط تحقق هذه الحجية بتوافر الشروط التي حددتها المادة 323 مكرر 1 من القانون ذاته والمخصصة أصلاً لتحديد شروط الكتابة الإلكترونية -وقد سبقت الإشارة إليها عند الحديث عن شروطها-، وذلك بأن يمكن هذا التوقيع من تحديد هوية الشخص الذي أصدره، وأن يكون معداً ومحفوظاً في ظروف تضمن سلامته، بما يعزز الثقة فيه ويحقق له قدراً من المصادقية وإن كان ذلك لا يتحقق إلا بتدخل جهات متخصصة تعرف بجهات التصديق الإلكتروني لم يتضمن القانون المدني أيضاً نصاً بإنشائها أو تحديدها، وإنما تولى ذلك القانون 04-15 المتعلق بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين⁽¹⁾.

فبالرجوع إلى القانون 04-15 نجد المادة 02 منه بصدد التعريفات تنص على أن " التوقيع الإلكتروني: بيانات في شكل إلكتروني، مرفقة أو مرتبطة منطقياً ببيانات إلكترونية أخرى، تستعمل كوسيلة توثيق " كما نجد المادة 07 من القانون ذاته تعطي تعريفاً لتوقيع إلكتروني آخر أطلق عليه المشرع تسمية التوقيع الإلكتروني الموصوف⁽²⁾ على أنه " التوقيع الإلكتروني الموصوف هو التوقيع الذي تتوفر فيه المتطلبات الآتية:

- 1- أن ينشأ على أساس شهادة تصديق إلكتروني موصوفة،
- 2- أن يرتبط بالموقع دون سواء ،
- 3- أن يمكن من تحديد هوية الموقع،
- 4- أن يكون مصمماً بواسطة آلية مؤمنة خاصة بإنشاء التوقيع الإلكتروني،
- 5- أن يكون منشأ بواسطة وسائل تكون تحت التحكم الحصري للموقع،

(1) قام المشرع في بداية الأمر بإصدار المرسوم التنفيذي رقم 162-07 عدل وتم بموجبه المرسوم التنفيذي 123-01 المتعلق بنظام الاستغلال المطبق على كل نوع من أنواع الشبكات بما فيها اللاسلكية الكهربائية، وعلى مختلف المواصلات السلكية واللاسلكية، واكتفى من خلاله بتعريف التوقيع الإلكتروني لأول مرة وبيان بعض أحكامه بشكل محتشم جداً، وحيث أن هذا المرسوم لم يف هو الآخر بكل ما هو مطلب بشأن توضيح كل المسائل المتعلقة بالتوقيع الإلكتروني وغير كاف لتفعيله في الواقع، كان لزاماً على المشرع أن يتدخل مرة أخرى لتنظيم وضبط معالم التوقيع الإلكتروني في المنظومة التشريعية وهو ما حدث فعلاً ولو كان متأخراً بحيث لم يصدر قانون صريح ينظم ما كان مطلباً منه إلا سنة 2015 وهو القانون 04-15 يحدد القواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين.

(2) بعد أن كان يسميه في المرسوم التنفيذي 162-07 بالتوقيع الإلكتروني المؤمن ويعرفه بموجب المادة 20 على أنه: " التوقيع الإلكتروني المؤمن: هو توقيع إلكتروني يفي بالمتطلبات الآتية: يكون خاصاً بالموقع، يتم إنشاؤها بوسائل يمكن أن يحتفظ بها الموقع تحت مراقبته الحصرية يضمن مع الفعل المرتبط به صلة بحيث يكون كل تعديل لاحق للفعل قابلاً للكشف عنه".

6- أن يكون مرتبطا بالبيانات الخاصة به، بحيث يمكن الكشف عن التغييرات اللاحقة بهذه البيانات".

يتضح من هاذين النصين أن المشرع الجزائري قد ميز بين نوعين من التوقيعات الإلكترونية: توقيع إلكتروني عادي، وتوقيع إلكتروني موصوف، وهو نفس المنهج المتخذ من طرف التوجيه الأوربي 93-1999 بشأن التوقيعات الإلكترونية⁽¹⁾، وقانون إمارة دبي، ونفس موقفه في المرسوم التنفيذي 162-07⁽²⁾. وقد كان من أهم ما لوحظ على موقف المشرع الجزائري أنه ورغم انتهاجه لنفس مسلك التشريعين الآخرين، يتميزه بين نوعين من التوقيعات الإلكترونية بموجب المرسوم التنفيذي 162-07 إلا أنه اختلف معها في النتيجة المتوصل إليها.

ذلك أنه وفي الوقت الذي قضى فيه التشريعين السابقين بتفضيل التوقيع الإلكتروني المؤمن على التوقيع الإلكتروني العادي في الحجية عندما أنزلا الأول منزلة التوقيع التقليدي، وربطوا إنزال الثاني هذه المنزلة بإقامة الدليل على جدارة التقنية التي تم بها، نجد أن المشرع الجزائري قد وضع التوقيع الإلكتروني العادي في مرتبة التوقيع التقليدي لا التوقيع الإلكتروني المتقدم، وذلك بدليل نص المادة 323 مكرر 1 التي أفرت مبدأ المساواة في الحجية بين الإثبات بالكتابة في شكلها التقليدي، والإثبات بها في شكلها الإلكتروني متى توافرت شروط ذلك، وهي المادة ذاتها التي أحالت إليها المادة 3 من المرسوم التنفيذي رقم 162-07 المستحدث بموجها هذا النوع من التوقيعات.

فاستناداً إلى هذا المبدأ وتطبيقاً لنص المادة 2/327 ق م، ومتى توافرت في التوقيع الإلكتروني العادي شروط المادة 323 مكرر 1 ق.م اعتبر مباشرة في منزلة التوقيع التقليدي وتمتع بنفس حجيته في الإثبات، الأمر الذي كان يخلق نوعاً من اللبس وجعلنا نطرح علامة استفهام كبيرة حول حجية التوقيع الإلكتروني المؤمن في الإثبات في التشريع الجزائري، هل يتساوى مع نظيره الإلكتروني العادي والتقليدي وإن كان كذلك فما الفائدة من تقسيم التوقيعات الإلكترونية إلى مستويين؟ أم أنه أقل منها، وهو ما لا يمكن تقبله منطقياً ذلك أن شروطه أشد وأضمن من شروطها والتي إن توافرت فيه أعطته ثقة ومصادقية تفوق مصداقيتها؟

بسبب ذلك فإن الأمر كان يحتاج إلى تدخل المشرع، وهو ما تأتى أخيراً من خلال القانون 04-15 أين تدارك هذا الخلل وصحح الوضع، فبعد أن عرف التوقيع الإلكتروني العادي بصفة عامة بموجب المادة

(1) Directive 1999/93/ce du parlement européen et du conseil du décembre, 1999 sur un cadre communautaire pour les signatures électroniques. Du 19/01/2000, j.o n° Lo13, p.0012-0020.

(2) مرسوم تنفيذي رقم 07 - 162 مؤرخ في 30 مايو سنة 2007 يعدل ويتعم المرسوم التنفيذي رقم 01-123 المؤرخ في 9 مايو سنة 2001 والمتعلق بنظام الاستغلال المطبق على كل نوع من أنواع الشبكات بما فيها الاسلكية والكهربائية وعلى مختلف خدمات المواصلات السلكية واللاسلكية، ج ر عدد 37، صادر بتاريخ 7 يونيو 2007.

02 عاد بموجب المادة 07 ليحدد شروط اعتبار التوقيع الإلكتروني توقيعاً موصوفاً، ويقر بعد ذلك بإنزال التوقيع الإلكتروني الموصوف لا العادي منزلة التوقيع التقليدي أو المكتوب -على حد تعبيره- بموجب نص المادة 08 من القانون ذاته حين نص على أنه "يعتبر التوقيع الإلكتروني الموصوف وحده مماثلاً للتوقيع المكتوب، سواء كان لشخص طبيعي أو معنوي".

بيد أن هذا الموقف من المشرع بدوره يثير تساؤلاً يتعلق بحجية التوقيع الإلكتروني العادي، فإن كان المشرع قد أقر بموجب المادة 08 بأن التوقيع الذي يحظى بنفس حجية التوقيع التقليدي هو التوقيع الإلكتروني الموصوف وليس العادي فإن هذا يدفعنا إلى التساؤل عن القيمة القانونية لهذا الأخير وعن حجيته في الإثبات؟

كإجابة عن ذلك يمكن القول أن المشرع لم يغفل عن هذا الأمر هذه المرة و أجاب عنه من خلال نص المادة 09 من القانون 04-15 حين نص على أنه " بغض النظر عن أحكام المادة 08 أعلاه ، لا يمكن تجريد التوقيع الإلكتروني من فعاليته القانونية أو رفضه كدليل أمام القضاء بسبب:

- 1- شكله الإلكتروني، أو،

- 2- أنه لا يعتمد على شهادة تصديق إلكتروني موصوفة، أو،

- 3- أنه لم يتم إنشاؤه بواسطة آلية مؤمنة لإنشاء التوقيع الإلكتروني".

وهو ما يقود إلى القول بأن المشرع قد احتفظ للتوقيع الإلكتروني العادي أو البسيط ببعض الحجية لإقامته كدليل أمام القضاء، وأن الشكل الذي يتخذه التوقيع أو كيفية وظروف إنشائه كلها أسباب لا تنال من حجيته القانونية ولا من صلاحيته كدليل أمام القضاء بشرط، إقامة الدليل ممن يتمسك به على أنه تم بطريقة تقنية موثوق فيها، وللقاضي كامل السلطة التقديرية في تقدير مدى فعالية هذه التقنية وجدارتها في تحقيق الثقة والمصادقية من عدمها.

ثانيا/ شروط التوقيع الإلكتروني

ميز المشرع بموجب المادتين 02 و 07 من القانون 04-15 بين نوعين من التوقيعات الإلكترونية، توقيع إلكتروني عادي، وتوقيع إلكتروني موصوف، فحدد بموجب المادة 07 شروط التوقيع الإلكتروني الموصوف في وقت تكفلت المادة 323 مكرر 1 ق. م⁽¹⁾ التي أحالت عليها المادة 2/327 من القانون ذاته بتحديد شروط التوقيع الإلكتروني البسيط، وعلى ذلك وجب التمييز أيضاً بين شروط نوعي التوقيع الإلكتروني وهو ما سيتم التطرق إليه من خلال مايلي:

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

1/ شروط التوقيع الإلكتروني الموصوف

تولى المشرع من خلال نص المادة 07 من القانون 04-15 المتعلق بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين تحديد شروط التوقيع الإلكتروني الموصوف بنصه على أن: " التوقيع الإلكتروني الموصوف هو التوقيع الذي تتوفر فيه المتطلبات الآتية:

- (1) أن ينشأ على أساس شهادة تصديق إلكتروني موصوفة،
- (2) أن يرتبط بالموقع دون سواء،
- (3) أن يمكن من تحديد هوية الموقع،
- (4) أن يكون مصمماً بواسطة آلية مؤمنة خاصة بإنشاء التوقيع الإلكتروني،
- (5) أن يكون منشأً بواسطة وسائل تكون تحت التحكم الحصري للموقع،
- (6) أن يكون مرتبطاً بالبيانات الخاصة به، بحيث يمكن الكشف عن التغيرات اللاحقة بهذه البيانات".

يتضح من خلال هذا النص أنه وحتى يكون للتوقيع الإلكتروني الموصوف حجية في الإثبات، وجب أن يستجمع عدداً من الشروط نذكرها ببعض التفصيل الموجز من خلال النقاط التالية، ووفق الترتيب الذي وضعه المشرع من خلال المادة 07 المذكورة أعلاه:

1/ أن ينشأ على أساس شهادة تصديق إلكتروني موصوفة

تكفلت المادة 15 من القانون 04-15 بتعريف شهادة التصديق الإلكتروني الموصوفة واشترطت توافرها على مجموعة من المتطلبات يجب استجماعها حتى توصف بأنها "موصوفة".

2/ أن يرتبط بالموقع دون سواء

قصد المشرع بهذا الشرط أن يكون التوقيع الإلكتروني المرتبط بالمحرر، مميزاً لصاحبه، ومرتباً به بشكل يمكن من تحديد هويته على نحو ناف للجهالة، ويتم التثبت من نسبة التوقيع لصاحبه وتحديد له عن طريق تدخل أطراف ثالثة محايدة في العلاقة القانونية تعرف بجهات التصديق الإلكتروني، وذلك عن طريق إصدار شهادات تثبت الصلة بين التوقيع وصاحبه، وهي ما تعرف بشهادة التصديق الإلكتروني.

3/ أن يمكن من تحديد هوية الموقع

حيث أن التوقيع الإلكتروني الموصوف، ما سُمي موصوفاً وما أُعطي الحجية في الإثبات إلا لمصادقته والثقة التي يتمتع بها، والتي توافرت له نتيجة استخدام إحدى أدوات تأمين التوقيع، واقتترانه بشهادة مؤهلة صادرة من جهة تصديق مخولة تفيد بصحته، فإنه لا بد أن يكون مميزاً لصاحبه وخاصاً به وحده⁽¹⁾.

(1) زياد خليف العنزي، المشكلات القانونية لعقود الجارة الإلكترونية، ط1، دار وائل، عمان، 2010، ص53.

ويمكن القول أنه متى تم إنشاء التوقيع الإلكتروني على اختلاف صورته بصورة صحيحة وموثوقة، فإنه يعد من قبيل العلامات المميزة والخاصة بالشخص وحده دون غيره، والكفيلة بتحديد هويته وتمييز صاحبه عن غيره.

4/ أن يكون مصمما بواسطة آلية مؤمنة خاصة بإنشاء التوقيع الإلكتروني

حدد المشرع من خلال نص المادة 11 من القانون 04-15 المقصود من آلية إنشاء التوقيع المؤمنة بنصه على أن: " الآلية المؤمنة لإنشاء التوقيع الإلكتروني هي آلية إنشاء توقيع إلكتروني تتوفر فيها المتطلبات الآتية:

1- يجب أن تضمن بواسطة الوسائل التقنية والإجراءات المناسبة على الأقل ما يأتي:

- أ- ألا يمكن عمليا مصادقة البيانات المستخدمة لإنشاء التوقيع الإلكتروني إلا مرة واحدة، وأن يتم ضمان سريتها بكل الوسائل التقنية المتوفرة وقت الاعتماد.
- ب- ألا يمكن إيجاد البيانات المستعملة لإنشاء التوقيع الإلكتروني عن طريق الاستنتاج وأن يكون هذا التوقيع محميا من أي تزوير عن طريق الوسائل التقنية المتوفرة وقت الاعتماد.
- ت- أن تكون البيانات المستعملة لإنشاء التوقيع الإلكتروني محمية بصفة موثوقة من طرف الموقع الشرعي من أي استعمال من قبل الآخرين.

2- يجب أن لا تعدل البيانات محل التوقيع وأن لا تمنع أن تعرض هذه البيانات على الموقع قبل عملية التوقيع".

حدد المشرع من خلال هذا النص أهم الشروط الواجب توافرها في التقنية أو الآلية المستخدمة في إنشاء التوقيع الإلكتروني، فتمت استطاعت أية تقنية تحقيق تلك الشروط تكون قد حققت للتوقيع الإلكتروني الشروط الواجب توافرها بالتوقيع العادي، ما يؤدي إلى تساويهما من حيث القوة الثبوتية⁽¹⁾.

5/ أن يتم إنشاؤه بواسطة وسائل تكون تحت التحكم الحصري للموقع

ينصرف هذا الشرط إلى ضرورة قدرة الموقع على السيطرة وحده دون غيره على الوسيط المستخدم في تثبيت توقيعته الإلكتروني⁽²⁾، وكذا سيطرته على أدوات ومعطيات إنشاء التوقيع الموثق بصورته المختلفة بحيث لا يستطيع أي شخص آخر غيره الوصول إلى التوقيع الخاص به أو فك رموزه، ولا حتى الدخول إليه، وذلك سواء عند انشائه أو استعماله لهذا التوقيع في مختلف تعاملاته⁽³⁾.

6/ أن يكون مرتبطا بالبيانات الخاصة به، بحيث يمكن الكشف عن التغييرات اللاحقة بهذه البيانات

(1) زياد خليف العززي، مرجع سابق، ص.ص: 55-56.

(2) RABAGNY-LAGO Agnès, op.cit, pp 122-123.

(3) عبد الفتاح بيومي حجازي، التوقيع الإلكتروني في النظم القانونية المقارنة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2002، ص 444.

وجب أيضاً أن يكون التوقيع الإلكتروني متصلاً بالمحرر الذي يتعلق به بصورة لا تسمح بإجراء أي تعديل على مضمون المحرر دون إحداث تغيير في التوقيع أيضاً، أي أن كل تعديل في مضمون المحرر بعد توثيقه يجب أن يتبعه تعديل في التوقيع الإلكتروني والعكس صحيح.

فنظراً للارتباط القائم بين سلامة التوقيع وسلامة المحرر الموقع، يمكن القول بأن هذا الشرط يتناول مسألة سلامة التوقيع الإلكتروني وسلامة مضمون المحرر معاً⁽¹⁾، ونظراً لعدم لوجود اتصال مادي محسوس بين البيانات المكونة للكتابة الإلكترونية وبيانات التوقيع فيما بينهما، من جهة، وبين الدعامة التي يظهران عليها من جهة أخرى، فإن كلاً منهما يكون بذاته كيانا معلوماتيا مستقلا يستوجب أن يكون هناك ارتباط منطقي فيما بينهما يمكن من تحديد هوية الموقع والتعبير عن إرادته بقبول مضمون المحرر، إضافة إلى إمكانية الكشف عن أي تغيير في التوقيع أو في مضمون المحرر⁽²⁾.

لكن وبالتدقيق في الشروط المكرسة بموجب المادة 07 من القانون 15-04 يمكن ملاحظة أن هاته الشروط لا تخرج في إطارها العام والخاص عن الشرطين المحددين بموجب المادة 323 مكرر 1 ق.م التي أحالت عليها المادة 327 من القانون نفسه، وأنها ليست سوى تفصيل لها، بحيث تندرج الشروط 2 و3 و5 من المادة 07 تحت شرط "أن تمكن من تحديد هوية الشخص الذي أصدرها"، بينما تندرج الشروط 1 و4 و6 من المادة 07 تحت شرط "أن تكون معدة و محفوظة في ظروف تضمن سلامتها".

ب/ شروط التوقيع الإلكتروني العادي

تنص المادة 2/327 ق.م على أنه: "ويعتد بالتوقيع الإلكتروني وفق الشروط المذكورة في المادة 323 مكرر 1 أعلاه"، وتنص المادة 323 مكرر 1 من القانون ذاته على أن: "يعتبر الإثبات بالكتابة في الشكل الإلكتروني كالإثبات بالكتابة على الورق، بشرط إمكانية التأكد من هوية الشخص الذي أصدرها وأن تكون معدة و محفوظة في ظروف تضمن سلامتها".

الملاحظ من خلال هذه النصوص أن المشرع الجزائي لم يحدد شروط خاصة بالتوقيع الإلكتروني العادي وإنما أحال في ذلك على شروط الكتابة الإلكترونية، وهي الشروط التي سبق تفصيلها في نقطة سابقة من هاته الدراسة⁽³⁾، ويبرر موقف المشرع هنا أن التوقيع ليس إلا شكلاً خاصاً من أشكال الكتابة وعليه لا بد أن يخضع لذات الشروط التي تخضع لها، وهما الشرطين التاليين:

1- أن يمكن من تحديد هوية الشخص مصدره.

(1) علاء محمد نصيرات، مرجع سابق، ص 136.

(2) المرجع نفسه، ص 137.

(3) أنظر الصفحات من 19 إلى 23 من هاته الدراسة.

2- أن يكون معداً ومحفوظاً في ظروف تضمن سلامته.

وعليه سيتم الاكتفاء في تفصيل هذه الشروط بالإحالة إلى ما سبق إيضاحه تفصيلاً عند دراسة موضوع الشروط اللازم توافرها في الكتابة الإلكترونية، وذلك تجنباً للتكرار من جهة، وأن التوقيع بوصفه شكلاً من أشكال الكتابة لا يتميز عنها بأحكام مستقلة في هذا الصدد من جهة أخرى.

ثالثاً/ مدى قدرة التوقيع الإلكتروني على أداء وظائف التوقيع التقليدي

يفترض في التوقيع سواء أكان تقليدياً أو إلكترونياً أن يؤدي وظيفة قانونية هامة تتمثل في منح المحرر القوة الشبوتية، هذه الوظيفة لا يمكن تحقيقها إلا إذا قام التوقيع بوظائفه الموضوعية التي ساهم الفقه والاجتهاد القضائي والممارسة العملية في استنباطها وهما: تحديد هوية صاحب التوقيع، والتعبير عن رضاه بمضمون المحرر الموقع وإقراره له⁽¹⁾، وهو ما أكدت عليه جل التعريفات القانونية والفقهية الموضوعة في سبيل تحديد تعريف للتوقيع الإلكتروني حين ركزت على ضرورة قيامه بوظائف التوقيع التقليدي.

غير أن قدرة التوقيع الإلكتروني على أداء هاتين الوظيفتين مرهون بتطبيق آلياته بصورة صحيحة وإلى جانب هاتين الوظيفتين هناك من يرى أن التوقيع الإلكتروني ينفرد بوظيفة ثالثة يؤديها تتمثل في الحفاظ على مضمون وسلامة المحرر المرتبط به⁽²⁾، وهو ما سيتم التطرق إليه من خلال النقاط الثلاثة التالية:

أ/ مدى قدرة التوقيع الإلكتروني على تحديد هوية الموقع

أصبحت وظيفة التوقيع بتحديد هوية الموقع تتخذ شكلاً آخر يختلف تماماً عما كان عليه الحال في التوقيع التقليدي، إذ أن دور هذا الأخير في أداء هذه الوظيفة كان دوراً ثانوياً، وكان التحقق من هوية الموقع يتم من خلال الإثبات الجسدي، وكذا تقديم وثائق صادرة عن سلطة رسمية، إضافة إلى أن الحاجة إلى إثبات التوقيع التقليدي لا تثار إلا في حالات حصول نزاع بين طرفي العلاقة حول التصرف القانوني⁽³⁾

(1) LINANT DE BELLEFONDS Xavier, « Signature électronique et tiers certificateurs », *Expertises*, n° 238, février 2000, p18 .

(2) أنظر: - لورنس مُجد عبيدات، مرجع سابق، ص 150، نقلاً عن: زهرة مُجد المرسي، الحاسوب والقانون، مؤسسة الكويت للتقدم العلمي ط 1، الكويت، 1995، ص 112.

-CAPRIOLI Eric, *Signature électronique et dématérialisation*, Edition LexisNexis, Paris 2014, p101.

(3) MONTERO Etienne, « Signature et contrat dans les environnements électronique ouverts », les deuxièmes journées internationales du droit du commerce électronique, actes du colloque de Nice des 6 et 7 novembre 2003, actualité de droit de l'entreprise, n° 22, 2003, p190.

وذلك على عكس ما هو عليه في النظام المعلوماتي الذي يتميز بإبرام التصرفات عن بعد، حيث يكون التوقيع الإلكتروني الدليل الأكبر في تحديد هوية صاحب التوقيع⁽¹⁾.

هذا الدور جعل جل القوانين التي تعرضت لتعريف التوقيع الإلكتروني تؤكد بصورة مباشرة على هذه الوظيفة معتبرة إياها الأساس في إعطائه الحجية القانونية، وقد نص المشرع الجزائري على هذه الوظيفة للتوقيع واشترط قدرته سواء أكان في شكله التقليدي أو الإلكتروني بنوعيه البسيط والموصوف على أدائها ويمكن استخلاص ذلك من المواد 323 مكرر 1 و 327 من القانون المدني و المادتين 6 و 3/7 من القانون 04-15 المتعلق بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين.

بيد أن الملاحظ من الناحية التقنية أن أشكال التوقيع الإلكتروني تتفاوت في قدرتها على تحقيق وظيفة تحديد هوية الموقع، فهناك أشكال⁽²⁾ تفتقد للمصادقية بسبب عدم دقتها في تحديد هوية أصحابها، وهناك أشكال أخرى تتوقف مقدرتها في القيام بهذه الوظيفة على نوعية وحداثة التقنية المستخدمة في تشغيل منظومة التوقيع⁽³⁾، وأخيراً هناك أشكال تتمتع بكامل القدرة على تحديد هوية أصحابها وبشكل مساوٍ للتوقيع التقليدي⁽⁴⁾.

ب/ مدى قدرة التوقيع الإلكتروني على أداء وظيفة التعبير عن إرادة الموقع

يعتبر إظهار إرادة الموقع في الالتزام بمضمون التصرف القانوني المفرغ في المحرر المرتبط به، الوظيفة الثانية التي يجب على التوقيع الإلكتروني أن يؤديها، ويستخلص هذا الوجوب من مختلف التعريفات المقدمة له، ومن نص المادة 6 من القانون 04-15 المتعلق بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين.

كما نصت المادة 327 من القانون المدني إلى جانب المادة 6 من القانون 04-15 أعلاه، على ما مفاده أن العقد يعتبر صادراً من موقعه وحجة عليه ما لم ينكره صراحة، وهو ما يستفاد منه أن المشرع قد أقر باعتبار التوقيع وبغض النظر عن طبيعته وسيلة من وسائل التعبير عن الإرادة، على نحو يفيد باعترافه بوظيفة التوقيع الإلكتروني في الدلالة على إرادة صاحبه، على اعتبار أن لفظ التوقيع الوارد في الفقرة الأولى من المادة 327 قد جاء مطلقاً يشمل التوقيع التقليدي والتوقيع الإلكتروني على حد سواء.

(1) لورنس محمد عبيدات، مرجع سابق، ص 151.

(2) ومثال النوع الأول: وهو الذي يفتقد لأية مصادقية في تحديد هوية صاحبه، نذكر التوقيع بواسطة المسح الضوئي (Scanner)، لسهولة نسخه من المحرر المرسل ووضعه على محرر آخر لا علاقة للمرسل صاحب التوقيع به، ودون ترك أي أثر واضح على ذلك.

(3) ومثال النوع الثاني: التوقيع باستخدام القلم الإلكتروني (Pen - Op)، والتوقيع بالخواص الذاتية للإنسان (التوقيع البيومتري)

(4) ومثال النوع الأخير: وهو الذي له القدرة التامة على تحديد هوية صاحبه، نذكر التوقيع بالرقم السري المقترن بالبطاقة الممغنطة والتوقيع الرقمي القائم على آلية التشفير.

فالإرادة تشكل العنصر المعنوي من عناصر التوقيع وجوهه إذ تفيد قبول الموقع بما يتضمنه المحرر الذي وضع توقيعه عليه، على نحو يسمح بالقول أن الإرادة سبقت التصرف وجاء التوقيع متمماً لها، فقيام الشخص بإدخال رقمه السري مثلاً أو المفتاح الخاص به، أو استخدام التوقيع الرقمي، أو البصمة الجينية على الشاشة، بعد التعبير عن إرادته، إنما يعني إقراره لهذا المحرر، وقبوله الالتزام بما جاء فيه⁽¹⁾.

غير أنه يثار بشأن هذه الوظيفة أيضاً للتوقيع الإلكتروني ذات التحفظ المثار بشأن وظيفته الأولى فقدركته على إظهار إرادة الموقع بالالتزام بمضمون المحرر الإلكتروني تبقى مرهونة بجداثة التقنية التكنولوجية وجدارتها في توفير الأمان والثقة، إذ كلما كانت آلية تشغيل منظومة التوقيع محلاً للثقة والأمان أمكن التأكد من قدرته على التعبير عن إرادة صاحبه والعكس صحيح⁽²⁾.

ج/ دور التوقيع الإلكتروني في إثبات سلامة المحرر

لما كان من خصائص المحرر الإلكتروني أنه يفرغ على دعائم إلكترونية غير مادية عادة ما يسهل تغييرها وتعديلها دون ترك أي أثر مادي يدل على ذلك، فقد كان من الضروري والبدهي اشتراط تحقيق التوقيع الإلكتروني لوظيفة ثالثة ينفرد بها عن نظيره التقليدي إلى جانب الوظيفتين السابقتين، ألا وهي أن يكون قادراً على إثبات سلامة مضمون المحرر المرتبط به، وهو ما أكد عليه المشرع الجزائري سواء من خلال نص المادة 323 مكرر 1 ق.م أو من خلال الفقرة 6 من المادة 7 من القانون 04-15 المتعلق بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين.

وذلك عل خلاف ما عليه الوضع في ظل المعاملات التقليدية وسيادة الدعامة الورقية حيث كان من السهل كشف أي تعديل أو تغيير يمس المحرر، فكانت هذه الدعائم بطبيعتها تسمح بالحفاظ على سلامة المحرر ومضمونه، فلم يكن ضرورياً اشتراط قيام التوقيع التقليدي بهذه الوظيفة.

الفرع الثاني: أشكال واستخدامات التوقيع الإلكتروني

نظراً لاختلاف أشكال التوقيعات الإلكترونية وتعدد المزايا التي يحققها، فقد تعددت تبعاً لذلك مجالات استخدام هذه التوقيعات وتحقق لها انتشار واسع سواء على مستوى المعاملات القانونية بين الأفراد أو بين المؤسسات، وسيتم التطرق من خلال هذا الفرع إلى مختلف أشكال التوقيع الإلكتروني ثم إلى بعض مجالات استخدامه على التوالي.

(1) ضياء الدين مشيمش، التوقيع الإلكتروني: دراسة مقارنة، ط1، منشورات صادر الحقوقية، بيروت، 2003، ص 151.

(2) عيسى غسان رضى، مرجع سابق، ص 91.

أولاً/ أشكال التوقيع الإلكتروني

كما تختلف أشكال التوقيع التقليدي بين توقيع بالإمضاء، وتوقيع بالخطم وتوقيع ببصمة الأصبع، فإن للتوقيع الإلكتروني هو الآخر أشكال مختلفة ومتعددة أدى الاختلاف في التقنية المستخدمة في تشغيل منظومة التوقيع الإلكتروني إلى ظهورها، فلكل تقنية تستخدم في إحداث التوقيع الإلكتروني منظومة تشغيل تختلف عن الأخرى، إذ أن منها من تعتمد على منظومة الأرقام والحروف والرموز أو الإشارات ومنها من تعتمد على الخواص الفيزيائية أو الطبيعية أو السلوكية للإنسان⁽¹⁾، وفيما يلي موجز عن أهم تلك الأشكال:

أ/ التوقيع الرقمي

يعرف التوقيع الرقمي بأنه "مجموعة أرقام أو حروف يختارها صاحب التوقيع، ويتم تركيبها وترتيبها في شكل كودي معين، يتم عن طريقه تحديد شخصية صاحبه، بحيث لا يكون هذا الكود معلوماً إلا له"⁽²⁾ ويعتمد هذا التوقيع على نظام التشفير، لذا يسمى بتسمية أخرى هي "التوقيع الرقمي القائم على التشفير".

هذا النوع من التوقيعات يعتبر الصورة الأكثر شيوعاً واستخداماً من بين صور التوقيع الإلكتروني الأخرى، ويحتل موقعاً بارزاً في توثيق المعاملات الإلكترونية، إضافة إلى أن معظم النصوص القانونية التي عالجت التوقيع الإلكتروني جاءت لتنظيم التوقيع الرقمي على الرغم من استخدامهما لمصطلح التوقيع الإلكتروني في أغلبها -وقد أصابت في ذلك- حيث أن المصطلح الأخير أوسع وأشمل من مصطلح التوقيع الرقمي، وأن استخدام مصطلح التوقيع الإلكتروني يشمل كل صور وأشكال التوقيعات الإلكترونية⁽³⁾.

وترتكز طريقة تشغيل منظومة هذا النوع من التوقيعات على تحويل بيانات المحرر الإلكتروني إلى صيغة من الرموز غير المقروءة، عن طريق عملية حسابية تقنية خاصة تسمى "التشفير" الذي قد يكون تماثلي يتم من خلاله عملية إغلاق وفتح بيانات المحرر باستخدام مفتاح واحد وهو ما يسمى بالتشفير بالمفتاح المتماثل، وقد يكون لا تماثلي حيث يتم غلق وفتح المحرر بمفتاحين مختلفين وهو ما يسمى بالتشفير بالمفتاح المزدوج أو اللاتماثلي، وكلاهما نظامان من أنظمة التشفير⁽⁴⁾.

(1) عيسى غسان رضي، مرجع سابق، ص: 57-58.

(2) المرجع نفسه، ص 51.

(3) سهى يحيى الصباحين، التوقيع الإلكتروني وحجته في الإثبات: دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه غير منشورة، جامعة عمان العربية للدراسات العليا، عمان، الأردن، 2005، ص 51.

(4) أحمد بن عبد الله الضويحي، حكم العقود الإلكترونية ووسائل إثباتها في الشريعة الإسلامية، بحث مقدم إلى مؤتمر القانون والحاسوب المنعقد بين 12-19 تموز 2004، كلية الحقوق، جامعة اليرموك، الأردن، ص 20.

ب/ التوقيع الضوئي

تقوم آلية عمل هذا النوع من التوقيع الإلكتروني على تصوير التوقيع المكتوب بخط اليد بواسطة جهاز الماسح الضوئي (Scanner)، ونقله إلى المحرر الإلكتروني المراد توقيعه أو لحفظه في ملف معين داخل قاعدة بيانات الحاسب الآلي أو دعامات إلكترونية أخرى، واستخدامه عند الحاجة⁽¹⁾.

لكن ونظراً للمخاطر الكثيرة المحيطة به فإن هذا النوع من التوقيعات غير شائع الاستعمال ولا يمكن منحه أية قيمة كأصل عام بالرغم من مرونته وسهولة استخدامه، إذ بإمكان المرسل إليه الاحتفاظ بنسخة عن صورة هذا التوقيع وإعادة لصقها على أية وثيقة أو محرر لا علاقة لصاحب التوقيع بها، وهو ما جعل البعض ينزع عنه حتى صفة التوقيع الإلكتروني⁽²⁾، إلا أنه يمكن منحه بعض الموثوقية إذا ساندته تقنيات التشفير المختلفة⁽³⁾.

ج/ التوقيع بالقلم الإلكتروني

يتم الحصول على هذا النوع من التوقيع باستخدام قلم خاص، وهو عبارة عن قلم إلكتروني حساس يمكن من خلاله الكتابة على شاشة الحاسب الآلي الخاص بالموقع، أو على جهاز خاص به.

ويشترط لتشغيل منظومة هذا النوع من التوقيع واستخدامه أن يحتوي الحاسب الآلي الخاص بالموقع والمتصل به القلم الإلكتروني على برنامج خاص مثبت على قاعدة بياناته، يعرف باسم (الدينمو) أو المحرك لعملية التوقيع⁽⁴⁾، إذ يقوم هذا البرنامج بوظيفتين أساسيتين، الأولى: وظيفة التقاط التوقيع، والثانية: وظيفة التحقق من صحة التوقيع.

د/ التوقيع بواسطة الرقم السري (PIN)

يقوم هذا النوع من التوقيع الإلكتروني على استخدام رمز (code) يتكون من مجموعة من الأرقام أو الحروف أو كليهما معاً، يختارها صاحب التوقيع لتحديد هويته، ولا تكون معروفة إلا منه فقط، وما عليه سوى إدخال ذلك الرمز في المكان المخصص له لإتمام ما يريده من عمليات.

أما عن التطبيقات الأكثر شيوعاً لهذا النوع فهو الرقم السري الذي يستخدم إلى جانب البطاقات البلاستيكية المغنطة، التي تعدّها مؤسسات البنوك والائتمان كتوقيع شخصي متميز وخاص بصاحبه بهدف تسهيل عمليات السحب النقدي والوفاء بثن السلع والخدمات، ومثالها بطاقة الفيزا (visa card) وماستر

(1) ضياء الدين مشيمش، مرجع سابق، ص.ص: 130-131.

(2) CAPRIOLI Eric, *Signature électronique et dématérialisation*, op.cit, p107.

(3) وسيم شفيق الحجار، الإثبات الإلكتروني، منشورات صادر الحقوقية، بيروت، 2002، ص 186.

(4) عيسى غسان راضي، مرجع سابق، ص 64.

كارد (Master Card) وأمريكان إكسبرس (American Express) ⁽¹⁾، والبطاقة الذهبية في الجزائر وغيرها...

وقد استطاع هذا النوع من التوقيعات الإلكترونية، تحصيل اعتراف الفقه والقضاء بحجتيه، وأصبح يعترف له بذات الحجية الممنوحة للتوقيع التقليدي ⁽²⁾.

هـ/ التوقيع البيومتري

ويسمى أيضا بالتوقيع باستخدام الخواص الذاتية وقد سمي كذلك لأنه يعتمد في تحديد هوية الموقع وتمييزه عن غيره على خواصه البيولوجية مستندا في منظومته على الحقيقة العلمية التي مفادها أن لكل فرد صفاته الجسدية والفيزيائية الخاصة به التي تسمح بتمييزه عن غيره نظرا لثباتها النسبي، ويقصد بالخواص الذاتية للإنسان تلك الخواص التي تميزه عن غيره وتحدد هويته مثل: بصمة الأصبع، قرحة العين، بصمة الكف، بصمة الشفاه، نبرات الصوت، بصمة الأذن، شكل الوجه وغيرها من الخصائص الذاتية ⁽³⁾.

تقوم منظومة التوقيع البيومتري على مجموعة من الإجراءات التقنية تبدأ من أخذ صورة إكلينيكية لأحد أجزاء جسم الإنسان المراد جعلها كتوقيع عن طريق تقنية مخصصة لهذه المهمة، ثم تحفظ هذه الصورة على شكل شفرة داخل ذاكرة جهاز الشخص صاحب الشأن، أين يستطيع الرجوع إليها وتوقيع تصرفاته فإذا أراد هذا الشخص توقيع تصرف ما فإنه وبواسطة برنامج داخل الذاكرة المستخدمة يمكن مقارنة الصورة على المحفوظة مع الصورة الملتقطة، فإذا تطابقت السمات بين الصورتين أمكن للشخص توقيع التصرف الذي يرغب في إتمامه، أما إن كانتا مختلفتين فإن طلبه سيقابل بالرفض ⁽⁴⁾.

ثانيا/ بعض الاستخدامات العملية للتوقيع الإلكتروني

بعد أن تم التطرق لأشكال التوقيع الإلكتروني من خلال النقطة السابقة، نتعرض من خلال هذه النقطة إلى بعض استخداماته العملية من خلال النقاط التالية:

أ/ في مختلف بطاقات الدفع الإلكترونية

يمكن تعريف هذه البطاقات بأنها عبارة عن قطعة من البلاستيك المقوى تحتوي شريطاً ممغنطاً، ومنها ما يحتوي ذاكرة إلكترونية، ويمكن أن تتضمن البطاقة بعض البيانات كاسم المستفيد، تاريخ انتهاء استخدامها، اسم البنك المسوق لها وغيرها من البيانات ⁽⁵⁾.

(1) فادي فلاح فالح أبو عامود، مرجع سابق، ص 54.

(2) عيسى غسان ربيضي، مرجع سابق، ص: 61-62.

(3) BLANCHETTE Jean-François, *Les technologies de l'écrit électronique : synthèse et évaluation critique, in les actes authentiques électroniques, documentation française, 2002*, p175.

(4) عيسى غسان ربيضي، مرجع سابق، ص 63.

(5) زياد خليف العنزي، مرجع سابق، ص 57.

وقد أصبحت هذه البطاقات تزام النقود في الاستخدام بعد انتشار استعمالها في السنوات الأخيرة بشكل لافت للانتباه، خاصة في مجال المعاملات البنكية أو التجارية⁽¹⁾، إذ تقوم هذه البطاقات على اختلاف أنواعها على نظام واحد يستخدم فيه الرقم السري كتوقيع إلكتروني، نذكر منها:

1/ البطاقات الائتمانية (المصرفية)

البطاقة المصرفية هي البطاقة التي يأخذ حاملها (العميل) قرضاً من البنك المصدر لها ليسدد به ثمن السلعة أو الخدمة التي يريد، إلا أنه لا يحصل على النقود من البنك المقرض مباشرة لتسديد المبالغ المطلوبة منه، وإنما البنك - وبواسطة البطاقة - هو من يقوم بتسديدها بعد اتباع إجراءات محددة، مقابل فائدة يتفق عليها مع عميله، وعلى هذا الأخير سداد قيمة القرض للبنك خلال المدة المتفق عليها.

ويتم توقيع المعاملات التي تتم من خلال هذا النوع من البطاقات باستخدام تقنية التوقيع الرقمي، إذ أن كل شخص يستخدم هذا النوع من البطاقات في الوفاء بالمبالغ المستحقة عليه يجب أن يتوافر لديه ما يعرف باسم "مدخل الدفع الآمن"، وهذا الأخير عبارة عن نظام تشفير يقوم بنقل بيانات بطاقة الإئتمان والمعلومات الآلية بشكل آمن من الموقع الخاص بالعميل إلى مراكز بطاقة الإئتمان، كما يكشف هذا النظام عن بيانات البطاقة ويتأكد من صلاحيتها، ثم يحول المبلغ المستحق من رصيد المشتري (العميل) إلى رصيد البائع بطريقة إلكترونية⁽²⁾.

2/ بطاقة الحساب

يمكن تعريف بطاقة الحساب على أنها "بطاقة تتيح للمستخدم الشراء على الحساب ثم التسديد لاحقاً، ويكون واجباً على حاملها تسديد المبلغ بكامله عندما يقوم المصدر بإرسال فاتورة بكامل عملياته غير أنه وخلافاً لبطاقة الإئتمان لا يتحمل العميل هنا أية فوائد"⁽³⁾.

3/ البطاقة المدينة

وتسمى هذه البطاقة أيضاً ببطاقة الوفاء، وهي بطاقة تعتمد على خلاف البطاقتين السابقتين على وجود رصيد للعميل لدى البنك المصدر لها في صورة حسابات جارية بغرض تسوية سحوباته أولاً بأول ومن أمثلة هذه البطاقات البطاقة الزرقاء في فرنسا (La Carte Blue) وبطاقة "فيزا إلكترون" في مصر والأردن⁽⁴⁾.

(1) عيسى غسان رضي، مرجع سابق، ص 99.

(2) المرجع نفسه، ص 102-103.

(3) علاء محمد نصيرات، مرجع سابق، ص 42.

(4) عيسى غسان رضي، مرجع سابق، ص 99.

4/ بطاقة الصراف الآلي

تسمح هذه البطاقة لصاحبها بسحب مبالغ نقدية من رصيده وبحد أقصى يتفق عليه مع الجهة المصدر لها في أي وقت يشاء حتى لو كان طلب السحب خارج أوقات العمل، كما تسمح بالاستفسار عن رصيده وطلب كشوفات حسابه وكذا القيام بتحويلات أو إيداعات فيه، من أمثلتها البطاقة الذهبية لبريد الجزائر.

5/ البطاقة الذكية

توصف هذه البطاقة بالذكية نظرا لاحتوائها على رقاقة ذكية تسمى (Micro processor Puce) وهي عبارة عن كميوتر مصغر لا يزيد حجمه عن حجم ظفر اليد، بحيث يمكن برمجته من طرف شركات متخصصة لتلبية بعض الوظائف بعد إدخال بعض المعلومات في الذاكرة مثل (اسم صاحب البطاقة، عمله اسم البنك المصدر لها وغيرها) كما تبرمج دالة خوارزمية يتولد عنها الرقم السري للبطاقة. وعند كل استخدام لهذه البطاقة يقوم صاحبها بإدخالها في آلة خاصة لقراءتها تطلب منه إدخال الرقم السري الخاص بها، فإذا تطابقت، تمت العملية التي من أجلها برمجت هذه البطاقة، أما إذا كانت البطاقة والرقم السري المدرج غير متطابقين يعطي حاملها فرصتين أخيرتين لمن يحاول تنفيذ التصرف من خلالها فإذا تكرر الخطأ في إدخال الرقم السري يطلق (Micro processor) أمراً تلقائياً لتعطيل نفسه بنفسه فتصبح البطاقة بعدها مخربة وغير صالحة للاستعمال⁽¹⁾.

ب/ في الأنظمة الحديثة للدفع الإلكتروني

نخص بالذكر هنا النقود الإلكترونية، والشيكات الإلكترونية كمثال عن الأوراق التجارية الإلكترونية:

1/ النقود الإلكترونية

هناك عدة مصطلحات دأب الفقه على استخدامها للتعبير عن مفهوم النقود الإلكترونية منها مصطلح النقود الرقمية، والعملة الرقمية، والنقدية الإلكترونية، هاته الأخيرة على اختلاف تسمياتها يمكن تعريفها بصفة عامة بأنها "قيمة نقدية مخزنة على وسيلة إلكترونية مدفوعة مقدماً وغير مرتبطة بحساب بنكي وتحظى بقبول واسع من غير من قام بإصدارها وتستعمل كأداة محمولة مدفوعة مقدماً لتحقيق أغراض مختلفة"⁽²⁾. كما عرفت بأنها: النقود الإلكترونية تتكون من وحدات قيمة تسمى النقد الإلكتروني، كل واحدة منها تشكل سند دين متضمن في وسيلة إلكترونية، ومقبول كوسيلة دفع من الغير المختلف عن المرسل⁽³⁾.

(1) علاء مُجَّد نصيرات، مرجع سابق، ص 43.

(2) مُجَّد إبراهيم محمود الشافعي، الآثار النقدية والاقتصادية والمالية للنقود الإلكترونية، بحث مقدم لمؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون، الإمارات العربية المتحدة، من 10-12 مايو 2003، مجلد 1، ص 134.

(3)V: - WERY Etienne, *Palements et monnaie électroniques*, Edition Larcier BRUXELLES, 2007, p 145.

- CAPDEVILLE Jérôme-Lasserre, « La réforme de la monnaie électronique en droit français », *JCP G*, n°10, 4 mars 2013, P491.

هذه النقود تكون محمولة إلكترونياً إما على بطاقات مدفوعة مسبقاً أو على القرص الصلب لجهاز الحاسب الآلي للشخص، وذلك بعد تحويل قيمة النقود النقدية التي دفعها إلى وحدات (Bits) الإلكترونية بقيمة المبالغ التي دفعها مادياً لدى مؤسسة مالية مكلفة بإصدار النقد الرقمي، وذلك مقابل حساب بعملة رسمية مثل الدولار.

فحقيقة هذه النقود لا تزيد عن كونها سلسلة من الوحدات (Bits) تمثل قيمة نقدية تكافئ قيمة محددة بالعملة الرسمية المادية، وتلزم ذات المؤسسة المالية بإعادة تحويلها إلى نقود مادية بالقيمة المساوية لها في حالة ما إذا كان الشخص حاملاً لنقود رقمية ويريد الحصول على نقود مادية في عملية عكسية.

بيد أنه يثار التساؤل عن كيفية استخدام التوقيع الإلكتروني من خلال النقود الإلكترونية، كإجابة يمكن القول أن هناك أسلوبين لاستعمال النقود الإلكترونية، أما الأول فيتمثل في استخدام القرص الصلب أو ذاكرة الجهاز الإلكتروني للمستعمل، إذ بعد أن يحول هذا الأخير نقوده المادية إلى نقود رقمية يودعها في حسابه الإلكتروني، ثم يحملها على قرص صلب أو على ذاكرة جهازه ثم يقوم بتحديد السلعة أو الخدمة التي يرغب في اقتنائها إلكترونياً من تاجر أو مقدم خدمات يتعامل بالنقود الرقمية، فيصدر أمراً عن طريق جهازه الإلكتروني بدفع المبلغ المستحق عليه، ولا يستجيب البنك لطلبه إلا بعد أن يقوم بإدخال التوقيع الإلكتروني الخاص به سواء أكان رقمي أو بيومتري أو شفرة معينة⁽¹⁾.

وأما الثاني، فيكون من خلال مختلف البطاقات الذكية التي تخزن عليها النقود الإلكترونية، إذ أن استخدام هذه البطاقات يفتح المجال لتطبيق التوقيع الإلكتروني على أكثر من نحو، فيمكن استخدامها مثلاً في دفع ثمن السلع أو الخدمات، سواء كان ذلك على شبكة الانترنت أو بواسطة الأجهزة الموجودة لدى التجار ومقدمي الخدمات أو في سحب النقود مباشرة من الصراف الآلي، ففي كل هذه الحالات يمكن تطبيق التوقيع الإلكتروني من خلال الرقم السري للبطاقة المنشأ لذلك خصيصاً من قبل المؤسسة المصدرة لها⁽²⁾.

2/ الشيكات الإلكترونية

ظهرت هذه الشيكات كنتيجة لازدهار التجارة الإلكترونية الذي دفع بدوره بعض البنوك⁽³⁾ إلى ابتكار شكل جديد للشيكات يتناسب مع طبيعة التجارة الإلكترونية، تمثل في الشيكات الإلكترونية التي يمكن تعريفها على أنها "بيانات يرسلها المشتري إلى البائع عن طريق البريد الإلكتروني المؤمن، أو التلكس أو

(1) عيسى غسان راضي، مرجع سابق، ص.ص: 107-108.

(2) المرجع نفسه، ص 107.

(3) من أهم هذه البنوك: بنك بوسطن، وسيتي دينك، والبنك الاحتياطي الفيدرالي الأمريكي.

أية وسيلة إلكترونية أخرى، وتتضمن هذه الشيكات ذات البيانات التي يتضمنها الشيك البنكي، من اسم المستفيد، البنك المسحوب عليه، المبلغ، تاريخ الصرف، وأخيراً، إسم وتوقيع الساحب ورقمه المصرفي⁽¹⁾.

ويتطلب استخدام الشيكات الإلكترونية⁽²⁾ كوسيلة وفاء وجود وسيط (مسحوب عليه) ما بين المشتري صاحب الشيك والتاجر، وذلك من أجل التحقق من صحة الأرصدة والتوقيعات الإلكترونية ومن ثم صرفها، كما يمكن استخدام الشيك نفسه كدليل كتابي، أو على الأقل كدعاية ثبوت بالكتابة⁽³⁾.

غير أنه تجدر الإشارة في ختام هذه النقطة إلى وجود عدة تطبيقات أخرى للتوقيعات الإلكترونية غير تلك المذكورة سلفاً، على غرار الدفع عبر الوسائط الإلكترونية المصرفية، كالهاتف المصرفي والإنترنت المصرفي والمحفظة الإلكترونية (E-wallet) وكذا سندات الشحن الإلكترونية، وعبر مختلف أجهزة الاتصال الحديثة كالتلكس والفاكس والإنترنت وغيرها.

(1) عيسى غسان راضي، مرجع سابق، ص 108.

(2) وتتبع الخطوات التالية لتحرير شيك إلكتروني وتوقيعه إلكترونياً: 1- يجب أن يكون لكلا الطرفين (الساحب والمستفيد) حسابات مفتوحة في بنك واحد يقبل التعامل عن طريق الشيكات الإلكترونية، فيحدد البنك توقيعاً إلكترونياً لكل منهما و من ثم يقوم بتسجيله على قاعدة بياناته.

2- يختار المشتري (الساحب) السلعة أو الخدمة التي يريد، ثم يحرر شيكاً إلكترونياً بالتمن المستحق عليه ويوقعه إلكترونياً ثم يشفره، أو يكتفي بتوقيعه.

3- بعد إعداد المشتري للشيك وتوقيعه يرسله إلى البائع (المستفيد) بواسطة بريده الإلكتروني أو التلكس أو أية وسيلة إلكترونية أخرى.

4- بعد تسلم المستفيد للشيك وفتح الشفرة و الاطلاع على بياناته والتحقق من هوية الساحب وقيمة المبلغ المسحوب، يضع توقيعه على الشيك هو الآخر، ثم يرسله إلى البنك المسحوب عليه، حيث يراجع هذا الأخير جميع البيانات ويتأكد من صحتها ثم يحول قيمة الشيك من رصيد المشتري (الساحب) إلى رصيد المستفيد (البائع)، ثم يخطر الطرفين بإكمال العملية المصرفية، أنظر في تفصيل هذه الخطوات، عيسى غسان راضي، مرجع سابق، ص 109.

(3) NETTER Emmanuel, « Réflexions sur la preuve et l'imputabilité des contrats électroniques » *Revue Lamy droit de l'immatériel*, 2013, p09. www.lamyline.fr, le 21/03/2016, 15 :48h.

المبحث الثاني: حجية الدليل الكتاني الإلكتروني في الإثبات

رغم الاختلاف الجوهرى بين بنية وبيئة المحرر الإلكتروني ونظيرتهما في المحررات التقليدية، واشتراط القواعد العامة للإثبات توافر المحرر التقليدي المكتوب والموقع عليه يدويا لإثبات مختلف التصرفات القانونية على نحو لا يتماشى ولا يتلاءم مع ما هو عليه الوضع في المعاملات الإلكترونية، إلا أنه من غير المنطق تجاهل الوسائل الحديثة في الإثبات خاصة بعد أن أصبحت واقعاً فرض نفسه بنفسه، خاصة في ظل قصور وعدم صلاحية الوسائل التقليدية لإثبات المعاملات ذات الطبيعة الإلكترونية وانفراد المحرر الإلكتروني بطبيعته الخاصة للاضطلاع بوظيفة إثبات مثل هذا النوع من المعاملات.

فالتعامل المتزايد عبر الوسائل التكنولوجية الحديثة التي لا تعتمد على الكتابة الورقية قد أوجد فجوة بين الواقع الذي تم الاستغناء فيه كلية عن الدعائم الورقية والكتابة والتوقيع الخطيين عند إبرام التصرفات القانونية، وبين القانون الذي يتطلب في المحررات لاعتبارها دليلاً كاملاً في الإثبات أن تكون موقعة، وأن يكون التوقيع بخط يد الموقع، وعليه فإن كانت المحررات الإلكترونية هي البديل العملي للمحررات التقليدية فهل تصلح لتنصيبها منصب البديل القانوني لها أيضاً؟ وبمعنى أدق هل تتمتع المحررات الإلكترونية بذات الحجية المقررة للمحررات التقليدية، أم لا؟

وحيث أن التشريعات النازمة للإثبات قد اختلفت في تحديدها لوسائلها، فاشتطت الكتابة لإثبات بعضها على غرار التصرفات التي تتجاوز قيمتها حداً معيناً، وأوردت استثناءات على اشتراط الكتابة في إثبات البعض الآخر منها كما في حالة توافر مبدأ ثبوت بالكتابة، أما بعضها الآخر فجعلته قابلاً للإثبات بكافة الطرق المنصوص عليها قانوناً، على غرار إثبات التصرفات التجارية كأصل عام، فإن عنوان الدراسة يتطلب منا التعرض لنصوص وأحكام القانون الجزائي وبحث ما إذا كانت هذه الأخيرة تسعف المتعاملين بالمحررات الإلكترونية وتمكن القاضي من الاستناد إليها كأدلة إثبات، شأنها في ذلك شأن المحررات التقليدية.

ولبيان مدى حجية المحرر الإلكتروني كدليل إثبات على وجود التراضي المعبر عنه بالكتابة الإلكترونية يخصص المطلب الأول من هذا المبحث لدراسة حجيته وفق المبادئ العامة للإثبات في القانون الجزائي أما مطلبه الثاني فيخصص لبحث حجيته وفق الاستثناءات المقررة على تلك المبادئ.

المطلب الأول: حجية الدليل الكتاني الإلكتروني في إثبات التراضي الإلكتروني وفق المبادئ العامة للإثبات

وضع المشرع الجزائي قواعد قانونية أرسى بموجبها المبادئ العامة لنظرية الإثبات وفتح المجال لإعمال بعض الاستثناءات، حيث يأتي على رأس المبادئ العامة التي أقرها مبدأ وجوب الإثبات بالدليل الكتاني

في المواد المدنية متى تجاوزت قيمة التصرف القانوني 100 ألف دينار جزائري، أو كانت غير محددة، وإن كان هذا المبدأ المطبق بشأن المواد المدنية، فإن الذي يطبق بشأن المواد التجارية هو مبدأ حرية الإثبات. إلى جانب المبدأين السابقين وضع المشرع مبدأ ثالثاً أقره سنة 2005 بموجب القانون 05-10 الذي عدل بموجبه التقنين المدني وهو مبدأ التعادل الوظيفي بين كل من الكتابة الإلكترونية والكتابة التقليدية في الإثبات⁽¹⁾، وعليه يثار التساؤل حول مدى استيعاب القواعد العامة للإثبات في القانون المدني الجزائري للمحرر الإلكتروني وعن مدى إمكانية قبوله كدليل كتابي على المعاملة المبرمة إلكترونياً؟

بغية تفصيل أكثر لجوانب هذه النقطة سيتم تقسيم هذا المطلب إلى ثلاثة فروع يخصص الأول للحديث عن مبدأ التكافؤ الوظيفي بين المحررات الإلكترونية ونظيرتها التقليدية، ويخصص الثاني للحديث عن حجية الدليل الكتابي الإلكتروني في إثبات التراضي من خلال قاعدة وجوب الدليل الكتابي، أما الأخير فيتناول حجية هذا النوع من الأدلة من خلال مبدأ حرية الإثبات.

الفرع الأول: مبدأ التكافؤ الوظيفي بين المحرر الإلكتروني والمحرر التقليدي

يعتبر مبدأ التعادل أو التكافؤ الوظيفي بين المحررات الإلكترونية والمحررات التقليدية من أهم المبادئ التي أقرها المشرع الجزائري من خلال القانون 05-10 المعدل والمتمم للقانون المدني، والقانون 04-15 المتعلق بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين.

وللتعرف أكثر على مفاد هذا المبدأ سيتم في نقطة أولى التطرق إلى المقصود به، ثم إلى شروطه في نقطة ثانية، وأخيراً إلى نتائج تطبيقه في نقطة ثالثة، كما يلي:

أولاً/ المقصود به

يقصد بمبدأ التكافؤ الوظيفي: المساواة بين نوعي الكتابة الإلكترونية والخطية أو التقليدية في الحجية والقوة الشبوتية كأدلة كتابية، وعدم التفرقة بينهما بسبب طبيعة الدعامات المثبتة عليها، فسواء أكانت الكتابة مثبتة على دعامات ورقية أو دعامات إلكترونية، ومتى استوفت شروطها المتطلبة قانوناً، اعتبرت على قدم المساواة أدلة كتابية كاملة الحجية في الإثبات، وأمكن للقاضي الاستناد إليها في الفصل في المنازعات المعروضة عليه، وذلك كنتيجة لافتكاك الكتابة الإلكترونية لمكانتها بين أدلة الإثبات بعد أن حازت على ثقة المشرع⁽²⁾.

(1) كرست هذه المبادئ بموجب المواد 323 مكرر 1 ق.م، و333 ق.م.

(2) CACHARD Olivier, « Le contrat électronique dans la loi pour la confiance dans l'économie numérique », op.cit, p3.

وقد ورد هذا المبدأ في نص المادة 323 مكرر 1 ق.م والتي جاء نصها كالتالي: "يعتبر الإثبات بالكتابة في الشكل الإلكتروني كالإثبات بالكتابة على الورق، بشرط إمكانية التأكد من هوية الشخص الذي أصدرها وأن تكون معدة ومحفوظة في ظروف تضمن سلامتها"، حيث يُستشف من هذا النص أن المشرع قد أقر بمبدأ المساواة في الحجية والوظيفة بين الكتابة الخطية التقليدية والكتابة في شكلها الإلكتروني إذا ما توافرت لها مجموعة من الشروط.

ثم عاد المشرع سنة 2015 ليؤكد على هذا المبدأ من خلال نص المادة 8 من القانون 04-15 المتعلق بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين تحت عنوان مبادئ الماثلة وعدم التمييز اتجاه التوقيع الإلكتروني، وذلك على اعتبار أن التوقيع بدوره عبارة عن مجرد كتابة حيث جاء فيها: "يعتبر التوقيع الإلكتروني الموصوف وحده مماثلاً للتوقيع المكتوب، سواء كان لشخص طبيعي أو معنوي"

ويُستشف من هذين النصين أن المشرع قد أقر بمبدأ المساواة في الحجية والوظيفة بين الكتابة في شكلها التقليدي والكتابة في شكلها الإلكتروني، وبذلك يكون قد حسم الخلاف حول مسألة حجية المحررات الإلكترونية، وحول مسألة الدعامات التي يجب أن تفرع عليها الكتابة حتى تكون مقبولة في الإثبات، تأكيداً لموقفه المستشرف من نص المادة 323 مكرر 1 ق.م⁽¹⁾، حيث أعطى من خلاله مفهوماً عاماً وواسعاً للكتابة يتسع ليشمل كل أنواع الكتابة الموجودة حالياً سواء منها التقليدية أو الإلكترونية، ومهما كانت دعامتها المثبتة عليها مجسداً بذلك مبدأ الفصل بين الكتابة والدعامة المفرغة فيها، ومهما كانت طرق إرسالها وانتقالها إعمالاً لمبدأ الحياد التقني.

إلا أن المشرع ورغم حرصه من خلال التعديل الذي استحدثه في نصوص القانون المدني المتضمنة لأحكام الإثبات، والمادة 08 من القانون 04-15 على أن تكون الكتابة الإلكترونية على قدم المساواة مع الكتابة التقليدية من حيث قبولها كدليل كتابي واكتسابها حجيتها في الإثبات، إلا أنه ربط تحقق ذلك بتوافر شرطين أساسيين هما: قدرة التوقيع أو الكتابة الإلكترونية على الكشف عن هوية الشخص الذي أصدرها من جهة، وأن تكون معدة ومحفوظة في ظروف تضمن سلامتها من جهة أخرى، وهما عنوان النقطة الموالية.

(1) تنص المادة 323 مكرر 1 ق.م على أنه: "ينتج الإثبات بالكتابة من تسلسل حروف أو أوصاف أو أرقام أو أية علامات أو رموز ذات معنى مفهوم، مهما كانت الوسيلة التي تتضمنها، وكذا طرق إرسالها".

ثانيا/ شروط إعماله

إن المشرع بموجب نص المادة 323 مكرر 1 ق.م ورغم تكريسه لمبدأ التكافؤ الوظيفي بين الكتابة التقليدية والكتابة الإلكترونية، إلا أنه لم يجعله مبدأ مطلقاً بل قيد وربط إمكانية إعماله بموجب نص المادة نفسه بتوافر مجموعة من الشروط هي في حد ذاتها شروط للكتابة الإلكترونية يجب عليها استجماعها إذا ما أرادت أن تُنزع نظيرتها التقليدية في وظيفة الإثبات، ونكتفي هنا أيضاً بالإحالة عليها تجنباً للتكرار⁽¹⁾.

ويمكن تبرير موقف المشرع باشتراطه توافر تلك الشروط بطبيعة البيئة التي تتم فيها عملية إبرام المعاملات الإلكترونية باعتبارها بيئة افتراضية غير ملموسة، مما يخلق إشكالات عدة ناتجة عن البيئة نفسها يمكن إجمالها في النقاط الثلاث التالية:

أ/ صعوبة التعرف على هوية أطراف العلاقة التعاقدية على خلاف سهولة ذلك في التعاقد التقليدي.

ب/ تأثير العوامل التقنية على عملية استخراج الكتابة الإلكترونية من الذاكرة أو الدعاية المحفوظة عليها.

ج/ سهولة التغيير أو التعديل في مضمون الكتابة الإلكترونية من دون ترك أي أثر يدل على ذلك.

ثالثا/ نتائج تطبيقه

يوحي المفهوم النظري لمبدأ التكافؤ الوظيفي بين المحررات الإلكترونية ونظيرتها التقليدية في الحجية بسهولة وبساطة إعماله، إلا أن تطبيقه من الناحية العملية يطرح عدة إشكالات ويرتب عدة تساؤلات قانونية خاصة في ظل أحكام القانون المدني الحالية، التي أجدها أحكاماً عامة منقوصة من التفاصيل التي تكفل إعمال هذا المبدأ على الوجه الذي أراده له المشرع، والذي كنا نأمل أن يتضمنها قانون التجارة الإلكترونية الذي صدر تحت رقم 05-18 إلا أنه - للأسف - جاء خالياً تماماً من الإشارة إلى هذه المسألة.

حيث أن من أهم الإشكالات التي يثيرها تطبيق مبدأ التعادل الوظيفي، ذلك المتعلق بنوع الكتابة التقليدية التي اتجهت نية المشرع إلى مساواتها بالكتابة الإلكترونية أي الرسمية أم العرفية أم كلاهما؟ أم أن نية المشرع قد اتجهت إلى استبعاد هذا النوع من الكتابة من نطاق الكتابة الرسمية واعتبارها مجرد كتابة عرفية نظراً لاستحالة توافر الشروط المستلزمة في العقود الرسمية، والمنصوص عليها في المادة 324 ق.م خاصة منها تلك المتعلقة بضرورة حضور الأطراف أمام الموظف العام أو من في حكمه؟ وهل يفسر هذا الغموض على أنه سهو من المشرع، أم أنه أمر مقصود ومفروغ منه إذ لا حاجة للتفصيل طالما قد تم تقرير المبدأ العام القاضي بالتكافؤ الوظيفي؟

(1) أنظر الصفحات من 19 إلى 23 من هاته الدراسة.

أضف إلى ذلك أن حكم المادة 323 مكرر 1 ق.م بصيغته العامة قد يضع القاضي في موقف لا يحسد عليه، ففي حال عرض نزاع أمامه، وتقدم أحد الخصوم بمحرر مكتوب مفرغ على دعامة ورقية، في حين تقدم الخصم الآخر لدحض ما تقدم به خصمه محرراً إلكترونياً، فأَي المحررين يرجح القاضي للفصل في النزاع المعروض عليه وأيهما يفضل على الآخر، خاصة إذا ما علمنا أن المقصود بالقوة الثبوتية لدليل الإثبات هو قوة الدليل في مواجهة أدلة أخرى، بالإضافة إلى أهميته بالنسبة للقاضي خاصة إذا لم يعطه المشرع - الدليل - مرتبة معينة بين مختلف أدلة الإثبات تمكنه من ترتيبها حسب قوتها على نحو يمكنه من المفاضلة بينها⁽¹⁾.

سنحاول الإجابة عن هاذين التساؤلين من خلال النقاط الثلاث التالية:

1/ موقف المشرع الجزائري من الكتابة التقليدية المقصودة بالتكافؤ الوظيفي

أمام غموض النصوص القانونية سواء في التقنين المدني أو في القانون 04-15 المتعلق بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين، أثير التساؤل في التشريع الجزائري عن طبيعة المحررات الإلكترونية، إذ لم يُشر المشرع بوضوح إلى هذه المسألة وإنما اكتفى بتقرير المبدأ العام الذي يقضي بالمساواة والتعادل الوظيفي بينها وبين المحررات التقليدية، من دون بيان أي نوع من المحررات التقليدية هو المقصود بهذه المساواة، أهي المحررات العرفية أم الرسمية؟

في خضم البحث عن إجابة لمختلف التساؤلات المطروحة أعلاه اتضح أنها لا تخرج عن احتمالين اثنين، نذكرهما من خلال النقطتين التاليتين:

1/ الاحتمال الأول: ينصرف هذا الاحتمال إلى ما مفاده أن أحكام المادة 323 مكرر 1 ق.م المتضمنة لمبدأ التعادل الوظيفي تتسع لتشمل الكتابة بجميع أشكالها الرسمية العرفية والإلكترونية وكل نوع يحتمل ظهوره مستقبلاً، فبالنظر إلى عمومية تعريف مصطلح الكتابة الوارد في صلب المادة 323 مكرر 1 ق.م والذي يلاحظ من خلاله أن المشرع لم يميز بين كتابة إلكترونية أو رسمية أو عرفية، من جهة، وكذا شمولية عبارة "كلا إثباتات بالكتابة على الورق" من جهة ثانية، يمكن القول أن المشرع واستكمالاً لما أبداه من عدم التفرقة بين أنواع الكتابة في التعريف الوارد في مكرر 323 ق.م، أراد أيضاً عدم التفرقة بينها في الأحكام.

كما يمكن - من جهة ثالثة - بالاستناد إلى ورود المادتين 323 مكرر 1 ق.م و 323 مكرر 1 ق.م في مقدمة الفصل الخاص بالإثبات القول باعتبار أحكامهما من قبيل الأحكام العامة التي تطبق على جميع المحررات الكتابية على اختلاف أنواعها، إلا ما استثنى منها لاحقاً بنصوص صريحة، الأمر الذي سيسمح حينها بإمكانية تقسيم الكتابة الإلكترونية إلى رسمية وعرفية شأنها في ذلك شأن الكتابة التقليدية.

(1) PIETTE-COUDOL Thierry, *Echanges électroniques, certification et sécurité*, op.cit, p190.

2/ الاحتمال الثاني: ومفاده أن تفسير ما اتجهت إليه نية المشرع يجب أن ينحصر إعماله في مجال المحررات العرفية دون الرسمية، وذلك نظراً لخطورة هاته الأخيرة وقوتها المطلقة في الإثبات، إضافة إلى إجراءاتها المعقدة والتي يتعذر إتمامها على الشبكة، مما يستدعي إحاطتها بالعديد من الشروط والإجراءات على رأسها ضرورة حضور موظف عام أو من في حكمه يكفل إضفاء صفة الرسمية عليها.

فهذه الأخيرة ووفقاً للقواعد العامة لا يمكن للمحرر بغض النظر عن طبيعته اكتسابها إلا إذا تدخل في إصداره موظف عام أو من في حكمه ضمن حدود اختصاصه الموضوعي والزماني والمكاني، ووفق الإجراءات والأشكال المحددة قانوناً، وهو ما يتعذر تحقيقه عند إصدار المحررات الإلكترونية في ظل الإمكانيات المتوفرة حالياً في الجزائر، ولعل محدودية هذه الإمكانيات هي التي جعلت المشرع يمنع ويحظر بموجب نص المادة 3 من القانون 05-18 في بندها الأخير إجراء أية معاملة محلها سلعة أو خدمة تستوجب إعداد عقد رسمي من دائرة التعامل الإلكتروني.

وعليه ففي الحالات التي يتطلب فيها القانون الكتابة كشرط لانعقاد التصرف في التشريع الجزائري يصعب القول بصلاحيّة المحررات الإلكترونية في هذا المجال، بل يتعين إتباع النمط التقليدي في الكتابة والتوثيق، إذ يترتب عن تخلفها بطلان التصرف، ولا يمكن العدول عن ذلك إلا بنص صريح، مع ضرورة إعادة هيكلة الدوائر والجهات الإدارية والقانونية المختصة كي تكون قادرة على استيعاب تلك الأساليب الحديثة والعمل بها⁽¹⁾.

وبغية ترجيح أحد الاحتمالين على الآخر وبالتدقيق فيما يبدو حسب رأي أن الاحتمال الثاني هو الأقرب إلى الواقع وليس إلى الصواب، وذلك لاعتبارين:

إعتبار عملي: يتمثل في محدودية الإمكانيات التكنولوجية المتاحة في الوقت الراهن للقيام بإصدار محررات رسمية إلكترونية بين الأفراد، وذلك لانعدام ما يعرف بالموثق الإلكتروني في الجزائر، من جهة، إضافة إلى أن جميع المحررات الإدارية الرسمية الأخرى وإن كانت تستخرج إلكترونياً إلا أنه لا يمكن لأي كان الحصول عليها إلا من الجهات المخولة بإصدارها، فهي الوحيدة المخولة بالولوج من خلال الشبكات الداخلية المؤمنة إلى مختلف قواعد البيانات من أجل استخراج تلك الوثائق، ثم بعد ذلك وضع ختمها الرسمي عليها، ومثالها الأحكام القضائية، ووثائق الحالة المدنية.

إعتبار قانوني: ويتمثل في التعارض الواضح بين القول بإمكانية المساواة بين المحررات الرسمية والمحررات الإلكترونية، وبين صريح نص المادة 324 ق.م التي كانت واضحة في تحديدها للشروط الواجب توافرها في العقود المتصفة بصفة الرسمية، وذلك على نحو يتعذر معه القول بإمكانية توافرها في المحررات الإلكترونية من

(1) نبيل صقر ونزيهة مكاري، الوسيط في القواعد الإجرائية والموضوعية للإثبات في المواد المدنية، دار الهدى، عين مليلة 2009، ص 272.

جهة، وكذا تعارضه من جهة أخرى مع صريح نص المادة 3 من القانون 05-18 التي تمنع في بندها الأخير إجراء أية معاملة محلها سلعة أو خدمة تستوجب إعداد عقد رسمي من دائرة التعامل الإلكتروني، حيث فضل المشرع أن تبرم تلك التصرفات في الشكل التقليدي دون الإلكتروني مراعاة لعدة اعتبارات من أهمها:

1/ أهمية وخطورة هاته التصرفات واتصالها بالنظام العام.

2/ عدم إتصال بعضها بالمعاملات التجارية وإنما هي تصرفات شخصية أو مدنية بحتة كالزواج والهبة⁽¹⁾.

فلا يعقل بسبب قصور تشريعي إلغاء أحكام نصوص فيها من الوضوح ما يكفي لمنع إضفاء صفة الرسمية على المحررات الإلكترونية، هذا من جهة، ومن جهة أخرى فقد لحق التعديل الذي مس أحكام الإثبات في القانون المدني صدور قوانين عديدة يتعلق الأول منها بتنظيم مهنة الموثق⁽²⁾، والثاني بتنظيم مهنة المحضر القضائي⁽³⁾، والثالث بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين، وقد خلت كلها من أية إشارة أو حكم بشأن الكتابة الإلكترونية، ليأتي بعدها المشرع في قانون التجارة الإلكترونية 05-18 ويمنع تحت طائلة عقوبات جزائية حددها المادة 37 من القانون ذاته، إجراء أية معاملة تتطلب إفراغها في شكل رسمي عبر الاتصالات الإلكترونية، مما يفهم معه عدم اتجاه نية المشرع إلى إصباح صفة الرسمية على المحررات الإلكترونية ولو كان ذلك في الوقت الراهن كما سبق القول.

وهو ما يقود في النهاية إلى القول بأنه في ظل ماهو عليه الوضع حالياً لا يمكن للمحررات الإلكترونية إلا أن تكون عرفية لا ترقى إلى مصاف العقود الرسمية، خاصة وأن حماية رضا المتعاقدين هو السبب من وراء اشتراط المشرع إفراغ بعض التصرفات في الشكل الرسمي تحت طائلة بطلانها.

ب/ التنازع بين الدليل الكتاني الإلكتروني والدليل الكتاني التقليدي في الإثبات

يضاف إلى الإشكال المتقدم طرحه إشكال ثان يعتبر هو الآخر نتاج الأخذ بمبدأ التكافؤ الوظيفي بين الأدلة الكتابية، ألا وهو ظهور نوع من التنازع في القوة الثبوتية بينهما، وذلك خلافا لما كان مُستقراً عليه قبل تقرير الأخذ بهذا المبدأ، حيث كانت الكتابة الرسمية هي الأقوى في الحجية ثم تليها الكتابة العرفية المعدة للإثبات تليها الكتابة العرفية غير المعدة لذلك.

إذ لم تكن تثار مسألة تنازع أدلة الإثبات الكتابية قبل تعديل القانون المدني بموجب القانون 05-10 الذي اعترف بموجبه المشرع بحجية المحررات الإلكترونية في إثبات التصرفات القانونية معطياً إياها قوة المحررات الورقية، وذلك لسبب بسيط هو أن المشرع لم يكن يعترف قبل هذا التعديل إلا بالكتابة

(1) سليم سداوي، مرجع سابق، ص 63.

(2) قانون رقم 02-06، مؤرخ في 20 فبراير 2006، يتعلق بتنظيم مهنة الموثق، ج ر عدد 14، صادر بتاريخ 8 مارس 2006.

(3) قانون رقم 03-06، مؤرخ في 20 فبراير، يتعلق بتنظيم مهنة المحضر القضائي، ج ر، عدد 14، صادر بتاريخ 8 مارس 2006.

التقليدية، لكن التطور الحاصل في مجال المعلوماتية سمح بظهور كتابة تختلف في طبيعتها عن الكتابية التقليدية، لا تعوضها بل تنافسها وتوازنها في نفس الوقت في قوتها الثبوتية، وهو ما وفر الشروط والظروف التي تفتح المجال لحدوث التنازع فيما بينها.

من أجل ذلك بات الأمر ضروريا بالنسبة للمشرع من أجل إرساء قواعد الفصل في هذا التنازع المحتمل، فلو وقع نزاع بشأن تصرف قانوني ما وتمسك أحد الأطراف بالدليل الكتابي التقليدي بينما تمسك الآخر بالدليل الكتابي الإلكتروني المعد للإثبات، فأى الدليلين يرجح القاضي؟ وعلى أي أساس؟

ج/ سلطة القاضي في فض التنازع بين أنواع الأدلة الكتابية

رغم اعتماد المشرع لمبدأ التعادل الوظيفي بموجب نص المادتين 323 مكرر 1 ق.م و 08 من القانون 04-15 المتعلق بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين، إلا أنها جاءتا خاليتين من أية نصوص يمكن بالاستناد إليها حل التنازع بين أنواع الأدلة الكتابية، وهو ذات ما عليه حال الواقع العملي، إذ ما زال القضاء هو الآخر -في حدود بحثنا- خال من أي حكم طُبِق من خلاله هذا المبدأ أو رُجحت بموجبه الكفة لصالح أحد النوعين من الأدلة.

من أجل ذلك كان لا بأس في سبيل إيجاد حل لهذا التنازع البحث في القوانين المقارنة، فعلى سبيل المثال نجد أن المشرع الفرنسي قد أورد حكماً يتعلق بهذه الحالة تضمنته المادة 1368 قانون مدني بعد تعديله والتي جاء نصها كالتالي: "إذا لم يكن هناك نص أو اتفاق بين الأطراف وجب على القاضي مستخدماً كل الوسائل أن يفصل في التنازع القائم بين الأدلة الكتابية، عن طريق ترجيح السند الأقرب إلى الترجيح"⁽¹⁾ وذلك بعد أن أقر بمبدأ التعادل الوظيفي بين الكتابة الإلكترونية والكتابة على الورق، متى كانت هذه الكتابة مطلوبة للإثبات أو لصحة التصرف القانوني⁽²⁾.

فمن خلال هذا النص يلاحظ أن المشرع الفرنسي قد كرس مجموعة قواعد موضوعية يمكن للقاضي أن يسترشد بها للفصل في تنازع الأدلة الكتابية، تتوقف على مدى وجود اتفاق بين الطرفين من عدمه: أ/ فإذا كان هناك اتفاق مسبق بين طرفي النزاع حول ترجيح دليل على آخر، يطبق الاتفاق، والواضح بأن هذا الحل ليس بالأمر الجديد، فهو مجرد تطبيق للقواعد العامة التي تقضي بعدم اعتبار القواعد الموضوعية

(1) Art 1368 : "A défaut de dispositions ou de conventions contraires, le juge règle les conflits de preuve par écrit en déterminant par tout moyen le titre le plus vraisemblable".

(2) HOTAIT Mazen, op.cit, p82.

للإثبات من قبيل القواعد المتعلقة بالنظام العام، فيجوز الاتفاق على ما يخالفها بما يتلاءم وظروف الأطراف⁽¹⁾.

ب/ أما في حالة عدم وجود اتفاق، فإن القاضي بما له من سلطة تقديرية وبكافة الطرق المتاحة له يقوم بتحديد الدليل الأقرب للتصديق في ظل الظروف والملاسات الوارد فيها بغض النظر عن طبيعة الدعامة المفرغ عليها سواء أكانت تقليدية أو إلكترونية، فيأخذ بالمحرر الأكثر مصداقية⁽²⁾.

وقد أصدر مجلس الدولة الفرنسي بهذا الصدد سنة 1998 تقريراً⁽³⁾ أعطى من خلاله للدليل الكتابي الإلكتروني الأسبقية والأفضلية على حساب الدليل التقليدي مخالفاً بذلك رأي الكثير من الفقه، ومستنداً في رأيه إلى أنه طالما أحاط المشرع الدليل والتوقيع الإلكتروني بشروط كثيرة تضمن سلامته وديمومته فالدليل الإلكتروني بهذه الضمانات سيتفوق لا محالة على الدليل الكتابي العادي الذي لم يحطه المشرع بنفس الضمانات، مما سيجعل من مدة صلاحيته أقل مقارنة بمدة صلاحية الدليل الإلكتروني⁽⁴⁾.

كما أوصى ذات المجلس من خلال التقرير ذاته بضرورة إعادة النظر في الإطار القانوني لمنظومة الإثبات، وهو الأمر الذي سارع مجلس الوزراء لتبنيه من خلال إعداده لمشروع قانون معدل للقانون المدني في جزئه المتعلق بإثبات الالتزام، تجسد من خلال التعديل الذي أحقه المشرع الفرنسي بقواعد الإثبات في القانون المدني سنة 2016، حين أورد نص المادة 1366 الذي اشترط من خلاله على الكتابة الإلكترونية إذا ما أرادت مقارنة نظيرتها التقليدية في الإثبات أن تكون معدة ومحفوظة في ظروف مادية وتقنية تضمن سلامتها وإمكانية استرجاعها متى ما دعت الضرورة لذلك⁽⁵⁾، تلك الشروط سواء منها المتعلقة بالإعداد أو بالحفظ دفعت بمجلس الدولة إلى الجزم بأن الدليل الإلكتروني بتلك الضمانات سيتفوق لا محالة على الدليل الكتابي العادي الذي لم يحطه ذات المشرع بأية ضمانات لا من حيث الإعداد ولا من حيث الحفظ.

أما بالنسبة للتشريع الجزائري سواء في التقنين المدني أو في قانون التجارة الإلكترونية 05-18 وحيث أنه قد جاء حالياً من نص يلزم القاضي بإتباع إجراءات أو قواعد معينة لفض النزاع بين الأدلة الكتابية

(1) OUATTARA Aboudramane, *La preuve électronique*, presses universitaires d'Aix-Marseille, vol 2, 2011, p188.

(2) GHAZOANI Chehab, *Le contrat de commerce électronique international*, thèse pour le doctorat en droit, université Panthéon Assas, Paris2, 2008, p84.

(3) Internet et les réseaux numériques : étude adoptée par l'Assemblée générale du Conseil d'Etat le 2 juillet 1998, disponible sur le web et à la Documentation Française.

(4) PIETTE-COUDOL Thierry, *Echanges électroniques, certification et sécurité*, op.cit, p191.

(5) AYEWOUDAN Akodah, « Contrôle de la validité de l'écrit électronique : l'office du juge », revue Lamy droit de l'immatériel, 2011, p2. www.lamyline.fr 21/03/2016, 18: 34h.

فليس هناك ما يمنع القضاة من استعمال كامل سلطاتهم التقديرية لترجيح أحد الأدلة على الآخر، طبعاً بعد التأكد أولاً من توافر شروط نص المادة 323 مكرر 1 ق.م المتطلبة في الكتابة الإلكترونية، والتي تسمح لها بمقارعة الكتابة التقليدية وبمنازعتها في حل النزاع محل النظر.

لكن وفي ظل غياب نصوص واضحة يلتزم القاضي بتطبيقها في هكذا حالة، هناك سببين وجيهين قد يؤثران من الناحية العملية على حياد القاضي ليس اتجاه أطراف القضية ولكن اتجاه الأدلة المقدمة من طرفها تجعله يرحح الدليل الكتابي التقليدي على الدليل الكتابي الإلكتروني: **أولهما نفسي**، فالقاضي الذي تعود على الوسائل التقليدية والتوقيع باليد في إثبات التصرفات سيكون منحازاً عفواً إلى الوسيلة التي تعود التعامل بها، **وثانيهما واقعي**، وهو أن معرفة القاضي متصلة بالقانون وليس بالآلة أو بالتقنية، مما سيلغي واقع التوازن الوظيفي بين الأدلة الكتابية الإلكترونية والتقليدية في الإثبات التي أقرها المشرع بموجب المادة 323 مكرر 1 ق.م والمادة 08 من القانون 04-15 المتعلق بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين.

الفرع الثاني: حجية الدليل الكتابي الإلكتروني من خلال قاعدة وجوب الإثبات بالكتابة

تقتضي القاعدة العامة في المواد المدنية أن يكون الإثبات مقيداً، فيتولى المشرع تحديد الدليل المناسب لإثبات التصرف المعروض ولا يملك الخصوم أية حرية في اختيار دليل غيره، وهذا ما تضمنه نص المادة 333 ق.م، ولما كانت المعاملات المدنية قليلة التواتر في حياة الشخص، وأنه يلجأ بمناسبتها إلى التأني والحيلة فإن المشرع جعل من الكتابة هي الدليل الأنسب لها كقاعدة، ولا يُستثنى منها سوى التصرفات التجارية والتصرفات المدنية التي تقل قيمتها عن مائة ألف دينار جزائري⁽¹⁾، وعليه فإن مجال أعمال القاعدة العامة التي تقضي بوجوب الإثبات بالدليل الكتابي ينحصر في حالات أربع هي:

أ/ إذا كانت قيمة التصرف تزيد على 100 ألف دينار جزائري.

ب/ إذا كانت التصرفات محل الإثبات غير محددة القيمة.

ج/ في إثبات ما يخالف أو يجاوز ما اشتمل عليه مضمون عقد رسمي (ورقة الضد).

د/ حالات خاصة يتطلب فيها القانون الكتابة للإثبات دون اعتبار لقيمة التصرف، على غرار الوضع في بعض العقود الشكلية مثل: عقد الشركة، عقد الصلح، عقد الكفالة وغيرها.

وسيتيم من خلال هذا المطلب التطرق (أولاً) إلى حجية الدليل الكتابي الإلكتروني في إثبات التصرفات القانونية التي تزيد قيمتها عن نصاب الإثبات بالبينة، ثم إلى حجيتها في إثبات ما يخالف أو يجاوز ما اشتمل عليه مضمون عقد رسمي على حد تعبير المشرع (ثانياً).

(1) تبقى الوقائع المادية قابلة للإثبات بكافة الطرق نظراً لطبيعتها التي لا تستلزم اتباع نوع معين من الأدلة في إثباتها.

أولاً/ في إثبات التصرفات المدنية المتجاوزة قيمتها نصاب الإثبات بالبينة

نص المشرع من خلال المادة 333 ق.م في فقرتها الأولى على أنه: " في غير المواد التجارية إذا كان التصرف القانوني تزيد قيمته على 100 ألف دينار جزائري أو كان غير محدد القيمة فلا يجوز الإثبات بالشهود في وجوده أو انقضائه ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك".

يستنتج من هذا النص أن المشرع قد استبعد الإثبات بالشهود في التصرفات القانونية غير التجارية التي تزيد قيمتها عن 100 ألف دينار جزائري، أو كانت غير محددة، وأخيراً في إثبات ما يخالف الثابت كتابة.

وما تجدر الإشارة إليه أن المشرع جعل من هذه القاعدة آمرة وذلك على خلاف العديد من التشريعات المقارنة الأخرى، بحيث لا تجوز مخالفتها إلا بنص يقره هو بنفسه وذلك استناداً إلى عبارة "مالم يوجد نص يقضي بغير ذلك" الواردة في النص.

كما يستنتج من خلال نص المادة 333 ق.م أعلاه أنه يشترط لإعمال القاعدة المقررة بموجبه توافر شرطين: **الأول:** أن يكون هناك تصرف قانوني مدني، ومفاده أن يكون محل الإثبات تصرف قانوني ويستوي أن يكون هذا التصرف عقداً، أو تصرفاً بإرادة منفردة، وفي ذلك استبعاد للوقائع المادية والقانونية التي يبقى الأصل فيها الإثبات بشهادة الشهود لا الكتابة، وزيادة على ذلك، يجب أن يكون هذا التصرف القانوني ذا طبيعة مدنية، ذلك أن إثبات التصرفات التجارية يخضع لمبدأ الإثبات الحر، وهو الذي يجوز بموجبه الإثبات بكافة الطرق أياً كانت قيمة التصرف⁽¹⁾.

الثاني: وهو أن تزيد قيمة التصرف محل الإثبات عن مائة ألف دينار جزائري أو أن يكون غير محدد القيمة، وينصرف هذا الشرط إلى ضرورة أن تزيد قيمة التصرف القانوني محل الإثبات عن 100 ألف دينار ويقصد بقيمة التصرف في هذا الشأن " المصلحة" التي يمثلها الأساس القانوني للنزاع، فإن كانت هذه المصلحة تزيد في قيمتها عن المائة ألف دينار كانت الكتابة لازمة لإثباتها.

والعبرة ليست بمقدار ما هو مطلوب بل بقيمة الحق المتنازع عليه⁽²⁾، هذه القيمة قد تتمثل في دفع مبلغ من النقود، فيكون تبعاً لذلك تقدير قيمة التصرف أمراً يسيراً، كما قد تتمثل في غير النقود، كشيء معين، أو أداء معين فيلجأ القاضي حينها في تقدير قيمته إلى أهل الخبرة⁽³⁾.

(1) محمد صبري السعدي، الواضح في شرح أحكام القانون المدني الجزائري: الإثبات في المواد المدنية والتجارية، ج4، ط1، دار هومة للطباعة، الجزائر، 2009، ص.ص: 100-101.

(2) المرجع نفسه، ص 102.

(3) المرجع نفسه، ص 102.

والعبرة في تقدير قيمة التصرف هي بقيمته التي كان عليها وقت إبرامه لا وقت الوفاء به أو رفع دعوى بشأنه، وهو ما قضت به المادة 2/333 ق م : "ويقدر الالتزام باعتبار قيمته وقت صدور التصرف القانوني ويجوز الإثبات بالشهود إذا كانت زيادة الالتزام على 100.000 دينار جزائري لم تأت إلا من ضم الملحقات إلى الأصل".

فإذا كانت قيمة التصرف وقت صدوره تجاوز نصاب الإثبات بشهادة الشهود كانت الكتابة واجبة في إثباته حتى وإن انخفضت قيمته إلى ما ذلك النصاب في وقت لاحق، وفي مقابل ذلك، إن كانت قيمته وقت صدوره لا تصل ذلك النصاب، كان إثباته جائزاً بغير الكتابة حتى ولو زادت قيمته وقت المطالبة به عن هذا الحد بسبب إضافة الملحقات إلى الأصل حسب ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة 333 ق.م.

هذا ويقصد بالملحقات، الحقوق المستحقة الناتجة عن التصرف الأصلي كالتعويض عن عدم تنفيذ الالتزام، أو التأخر فيه⁽¹⁾.

بتطبيق الأحكام العامة أعلاه على المحررات الإلكترونية، يمكن القول أنه وعلى اعتبار أن المحررات الإلكترونية نوع من أنواع الأدلة الكتابية قد اعترف لها المشرع الجزائري بموجب المادة 323 مكرر 1 ق.م بذات الحجية المقررة للمحررات التقليدية في الإثبات، إذا ما توافرت شروطها، فإنه يتوجب معاملتها على النحو نفسه الذي تعامل به المحررات التقليدية مع مراعاة الاختلاف في طبيعة كل منهما.

وعليه فإعمالاً لمبدأ التعادل الوظيفي بين أنواع الكتابة تعتبر الكتابة الإلكترونية المستوفية للشروط القانونية صالحة بموجب القانون لإثبات جميع التصرفات القانونية المدنية التي يشترط المشرع الكتابة لإثباتها شأنها في ذلك شأن الكتابة التقليدية⁽²⁾، وهو ما يسمح بالقول بصلاحيّة المحررات الإلكترونية للإثبات وفق قاعدة وجوب الدليل الكتابي وإمكانية الاستناد إليها في إثبات التصرفات المتجاوزة قيمتها نصاب البيئة والتصرفات غير محددة القيمة تبعاً لذلك، ما لم تكن الكتابة مطلوبة لانعقادها.

ثانياً/ في إثبات ما يجاوز أو يخالف ما اشتمل عليه مضمون عقد رسمي

تبنى المشرع قاعدة وجوب الكتابة في إثبات ما يجاوز أو يخالف ما اشتمل عليه الدليل الكتابي بموجب نص المادة 1/334 ق م بنصه على أنه: " لا يجوز الإثبات بشهادة الشهود ولو لم ترد القيمة على 100.000 دينار جزائري فيما يخالف أو يجاوز ما اشتمل عليه مضمون عقد رسمي".

(1) محمد صبري السعدي، الواضح في شرح أحكام القانون المدني الجزائري: الإثبات في المواد المدنية والتجارية، مرجع سابق، ص 103.

(2) وليس لانعقادها لأن المادة 03 من القانون 05-18 قد حظرت إجراء التصرفات التي تتطلب إفراغها في شكل رسمي عبر الاتصالات الإلكترونية تحت طائلة جزاءات حددتها المادة 37 من القانون ذاته.

يلاحظ من خلال هذا النص أن المشرع قد قصر تطبيق هذه القاعدة على ما هو ثابت في عقد رسمي أي بكتابة رسمية مستبعدا بذلك أنواع المحررات الأخرى كالأوراق العرفية والرسائل الموقع عليها، رغم أنها هي الأخرى ثابتة بالكتابة، وهو ما يفهم معه جواز إثبات ما هو ثابت بالمحررات العرفية وباقي أنواع الكتابة غير الرسمية بالبيئة أو بأي طريق آخر أقل قوة من الكتابة، وهو أمر لا تقبله القواعد العامة في الإثبات لأن في ذلك إخلال بالقوة الشبوتية للكتابة، وإهدار لمكانتها في قمة هرم الأدلة.

من أجل تصويب ذلك وجب على المشرع التدخل لتعديل هذا النص بتوسيع نطاقه ليشمل كل دليل كتابي سواء أكان محررا رسميا أو عرفيا⁽¹⁾ أو إلكترونيا، وذلك بتغيير عبارة " مضمون عقد رسمي" والاستعاضة عنها بعبارة "دليل كتابي"، ويجب لتطبيق نص المادة 1/334 ق م توافر ثلاثة شروط هي:

أ/ أن يوجد عقد رسمي: وقد تقدمت الإشارة إلى ضرورة تدخل المشرع لتعديل هذا الشرط حتى يُمكن من تطبيق القاعدة على جميع أنواع الأدلة الكتابية الرسمية منها أو العرفية أو الإلكترونية.

ب/ أن يكون العقد الرسمي مثبتاً لتصرف قانوني مدني: بمفهوم المخالفة أن لا يكون التصرف محل الإثبات تجارياً، ذلك أن التصرفات التجارية تخضع كأصل عام لمبدأ حرية الإثبات ولا تلزم الكتابة لإثباتها مهما كانت قيمتها، فحتى وإن كان التصرف التجاري ثابتاً بالكتابة فإنه يجوز على الرغم من ذلك إثبات ما يخالفه بالبيئة⁽²⁾، غير أنه يرد على هاته القاعدة استثناءين لا يجوز فيهما إثبات ما يخالف أو يجاوز الثابت كتابة إلا بالكتابة هما:

1/ حالة اشتراط القانون للكتابة كشرط في إثبات بعض التصرفات التجارية أو لانعقادها على غرار ما نصت عليه المادة 324 مكرر 1 ق.م: "زيادة عن العقود التي يأمر القانون بإخضاعها إلى شكل رسمي يجب تحت طائلة البطلان تحرير العقود التي تتضمن نقل ملكية عقار أو حقوق عقارية أو مادة تجارية أو صناعية أو كل عنصر من عناصرها أو التنازل عن أسهم من شركة أو حصص فيها، أو عقود إيجار زراعية أو تجارية أو عقود تسيير محلات تجارية...".

2/ حالة اتفاق الأطراف على أن يكون الإثبات فيما بينهما بالكتابة حتى ولو كان التصرف تجارياً.

ج/ أن يكون التصرف المراد إثباته يجاوز أو يخالف ما هو ثابت كتابة: ويقصد بذلك مناقضة المكتوب كأن يكون هناك سند كتابي يثبت عقد بيع ذكر فيه أن الثمن قد تم دفعه، ويراد إثبات أن الثمن لم يُدفع وأن هذا

(1) محمد صبري السعدي، الواضح في شرح أحكام القانون المدني الجزائري: الإثبات في المواد المدنية والتجارية، مرجع سابق، ص 108.

(2) المرجع نفسه، ص 110.

العقد في حقيقته مجرد هبة مستورة، فذلك يعتبر إثبات لما يخالف ما اشتمل عليه دليل كتابي ومن ثم وجب إثباته بالكتابة⁽¹⁾.

أما بشأن مدى قبول المحررات الإلكترونية في إثبات ما يخالف أو يجاوز الثابت كتابة فإن نفس ما قيل في شأن قبولها في الإثبات من خلال قاعدة وجوب الدليل الكتابي، يصلح ليُقال هنا أيضا.

الفرع الثالث: حجية الدليل الكتابي الإلكتروني من خلال مبدأ حرية الإثبات

يتوافق موقف المشرع الجزائري في اعتماده على قاعدة الإثبات بالكتابة في المعاملات المدنية متى تجاوزت قيمة التصرف حداً معيناً مع موقف أغلبية القوانين المقارنة، وذلك بالنظر لوصفها كأحسن وسائل الإثبات ولما تتمتع به من قدرة على توثيق المعاملات بين الأطراف، إلا أن المشرع وبصرح نص المادة 333 ق م خرج عن هذه القاعدة ووضع عليها استثناءات حين أجاز من خلالها الإثبات بغير الكتابة في حالات معينة، وفتح المجال لإثباتها بكافة الطرق مكرساً بذلك ما يسمى بمبدأ الإثبات الحر.

موقفه هذا سمح ببحث مدى إمكانية قبول المحرر الإلكتروني ضمن هذه الحالات، والتي تنحصر أساساً في المعاملات التجارية من جهة والتصرفات القانونية المدنية التي لا تزيد قيمتها عن مائة ألف دينار جزائري من جهة ثانية، ولذلك سيتم تقسيم هذا الفرع إلى نقطتين تخصص الأولى للحديث عن الاحتجاج بالدليل الإلكتروني في إثبات المواد التجارية، والثانية للحديث عن الاحتجاج به في إثبات التصرفات المدنية التي لا تتجاوز قيمتها نصاب الإثبات بشهادة الشهود، وفي كلتا الحالتين تطبيق لمبدأ الإثبات الحر، وتوضيح ذلك من خلال ما يلي:

أولاً/ حجيته في إثبات التصرفات التجارية

يسود المواد التجارية مبدأ عام يحكم إثباتها يعرف بمبدأ الإثبات الحر، مفاده عدم تقييد المدعي في إثبات ما يدعيه باتباع طريق معين من طرق الإثبات، وإنما له إثبات ذلك بكل الطرق المتاحة أمامه بما فيها البيئة والقرائن والوسائل الحديثة، وبغض النظر عن قيمة التصرف⁽²⁾، وهو المبدأ المكرس من طرف المشرع بموجب المادة 1/333 ق م التي تنص على أنه " في غير المواد التجارية إذا كان التصرف القانوني تزيد قيمته على 100 ألف دينار جزائري أو كان غير محدد القيمة فلا يجوز الإثبات بالشهود في وجوده أو انقضائه ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك".

فإن كان المشرع من خلال هاته المادة يستوجب الكتابة في إثبات التصرفات القانونية التي تزيد قيمتها عن 100 ألف دينار جزائري، فإنه استثنى في الوقت نفسه التصرفات التجارية من حكمها، مما يعني أن

(1) محمد صبري السعدي، الواضح في شرح أحكام القانون المدني الجزائري: الإثبات في المواد المدنية والتجارية، مرجع سابق، ص 111.

(2) محمد العيش الصالحين، مرجع سابق، ص 209.

الأصل في إثبات مثل هذه التصرفات هو حرية الإثبات، وقد جاءت المادة 30 من القانون التجاري لتؤكد على هذا الأصل حين نصت على أنه "يثبت كل عقد تجاري:

- 1- بسندات رسمية،
- 2- بسندات عرفية،
- 3 - بفاتورة مقبولة،
- 4- بالرسائل،
- 5- بدفاتر الطرفين،
- 6- بالإثبات بالبينة أو بأية وسيلة أخرى إذا رأت المحكمة وجوب قبولها".

فإذا كان هذا ما عليه الوضع في القواعد العامة، فإنه وإسقاطها على المحررات الكتابية الإلكترونية بهدف استنباط مدى صلاحيتها لإثبات المعاملات التجارية يمكن القول أنه، ونظراً لإمكانية إثبات المعاملات والتصرفات التجارية بكافة الطرق من جهة، وأن ما أثير في بعض التشريعات المقارنة من حيث حرية القاضي في الأخذ بالمحررات الإلكترونية وتقدير مدى اعتبارها دليلاً كاملاً في الإثبات لا يثار في التشريع الجزائري من جهة أخرى، فإنه يمكن القول بصلاحيّة المحرر الإلكتروني لإثبات جميع التصرفات التجارية بما فيها تلك التي يتطلب فيها المشرع الكتابة للإثبات، شأنه في ذلك شأن المحررات الرسمية والمحررات العرفية تطبيقاً لعبارة "أو بأية وسيلة أخرى...." الواردة في نص المادة 30 من القانون التجاري.

كما ويمكن التأكيد على هذا الحكم من خلال الربط بين نص المادة 30 ونص المادة 1 من القانون التجاري⁽¹⁾ من جهة، ونص المادة 323 مكرر 1 من القانون المدني الذي جاء واضحاً في تكريس مبدأ التعادل الوظيفي بين المحررات التقليدية ونظيرتها الإلكترونية وفق شروط معينة من جهة أخرى، ذلك أن المادة 30 من القانون التجاري المحددة لوسائل الإثبات في المواد التجارية تقضي من جهة بقبول السندات الرسمية والعرفية في إثبات العقود والمعاملات التجارية، وتخلو من جهة أخرى من أية إشارة إلى المحررات الإلكترونية، وأن المادة 1 مكرر من القانون ذاته تقضي بتطبيق أحكام القانون المدني على التجار فيما لم يرد بشأنه نص أو حكم في القانون التجاري، وهو ما يتيح تطبيق المادة 323 مكرر 1 من القانون المدني التي تكرر مبدأ التعادل الوظيفي بين المحررات الإلكترونية والمحررات التقليدية على التصرفات التجارية.

فبتطبيق هذه النصوص يمكن القول بجواز الاستناد إلى المحرر الإلكتروني كأحد وسائل الإثبات في المواد التجارية سواء من قبل تاجر في مواجهة تاجر آخر أو من قبل غير التاجر في مواجهة تاجر، وأياً كانت قيمة التصرف حسب مبدأ حرية الإثبات، فالاحتجاج بالوسائل الحديثة واستخدامها في الإثبات وفق

(1) التي تنص على أن: "يسري القانون التجاري على العلاقات بين التجار، وفي حالة عدم وجود نص فيه يطبق القانون المدني وأعراف المهنة عند الاقتضاء"

المبدأ أعلاه، قد جاء تطبيقاً لنص القانون وليس استثناء منه، إذ أن جواز إثبات مثل هذه التصرفات بشهادة الشهود والقرائن مثلاً، يعني جواز إثباتها بالمحررات الإلكترونية من باب أولى، ذلك أن هذه الأخيرة تتمتع بقوة أكبر في الحجية من شهادة الشهود والقرائن، خاصة بعد إنزالها من طرف المشرع منزلة الأدلة الكتابية التقليدية بموجب المادة 323 مكرر 1 ق. م.

ثانياً: في إثبات التصرفات المدنية التي لا تتجاوز نصاب الإثبات بالبيئة

يستنتج بمفهوم المخالفة للفقرة الأولى من المادة 333 ق. م المذكورة آنفاً، أن المشرع كرس حرية الإثبات أيضاً بشأن المعاملات التي لا تزيد قيمتها عن المائة ألف دينار جزائري، فإن كانت قيمة التصرف القانوني أقل من النصاب الذي حدده المشرع سواء أكان معاملة تجارية أم مدنية، فإنه يجوز إثباته كأصل بكافة وسائل الإثبات بما فيها الشهادة والقرائن والوسائل الحديثة، وبكل وسيلة يمكن أن تتاح للخصوم.

هذا ويقصد بقيمة التصرف، قيمة الحق الذي يراد إثباته في القضية، أي قيمة ما ينشأ عن هذا التصرف من حقوق⁽¹⁾ تقدر وقت إبرام التصرف لا وقت الوفاء به أو رفع الدعوى بشأنه، حسب ما قضت به المادة 2/333 السابق الإشارة إليها حيث نصت على أنه: "ويقدر الالتزام باعتبار قيمته وقت صدور التصرف".

يستخلص من هذا النص أنه إذا ما زادت قيمة التصرف محل الإثبات أو نقصت بعد تمام التصرف فلا أثر لذلك على جواز إثباته بكافة الطرق طالما كان ذلك ممكناً وقت إبرام التصرف، حتى ولو زادت قيمته بعد ضم الملحقات وتجاوزت المائة ألف دينار جزائري، وهو ما قضت به الفقرة 2 من المادة ذاتها حين نصت على أن: "ويجوز الإثبات بالشهود إذا كانت زيادة الالتزام على 100.000 دينار جزائري لم تأت إلا من ضم الملحقات إلى الأصل".

ويعزى سبب إعمال مبدأ حرية الإثبات وعدم اشتراط إثبات مثل هذه التصرفات بالكتابة إلى كونها ذات قيمة مادية قليلة ورمزية، إضافة إلى أنه في تطلب المشرع الكتابة في إثباتها إهدار للوقت والمال، إذ قد لا تتناسب مصاريف التصرف والوقت اللذان يُهدران مع قيمته، خاصة وأن هذه التصرفات تتعلق عادة بالوفاء بالحاجات اليومية للأفراد⁽²⁾.

أخيراً تجدر الإشارة إلى أن مبدأ حرية الإثبات في التصرفات التي لا تتجاوز قيمتها المائة ألف دينار يُعمل ولو كانت الدعوى تشمل على طلبات متعددة لا يزيد كل منها عن النصاب المحدد، ولو كانت أيضاً

(1) محمد صبري السعدي، الواضح في شرح أحكام القانون المدني الجزائري: الإثبات في المواد المدنية والتجارية، مرجع سابق، ص.ص: 102-103.

(2) حسن عبد الباسط جميعي، إثبات التصرفات القانونية التي يتم إبرامها عن طريق الإنترنت، مرجع سابق، ص 57.

بمجموعها تزيد عن عتبة هذا النصاب، وكذلك الحكم لو كان منشؤها علاقات أو عقود من طبيعة واحدة وبين الخصوم أنفسهم ومثالها: أن يُطالب دائن مدينة بثلاثة مبالغ ناشئة عن عقد إيجار، وعقد قرض وعقد بيع، فإنه يستطيع أن يثبت كل عقد بكافة طرق الإثبات متى كان أصل كل منهم وقت صدوره لا يتعدى المائة ألف دينار وإن زاد مجموع قيمتهم عن هاتين القيمتين⁽¹⁾.

وهو ما نصت عليه المادة 3/333 من ق م حيث ورد فيها أنه "وإذا اشتملت الدعوى على طلبات متعددة ناشئة عن مصادر متعددة جاز الإثبات بالشهود في كل طلب لا تزيد قيمته على 100.000 دينار جزائري، ولو كانت هذه الطلبات في مجموعها تزيد على هذه القيمة، ولو كان منشؤها علاقات بين الخصوم أنفسهم أو تصرفات قانونية من طبيعة واحدة، وكذلك الحكم في كل وفاء لا تزيد قيمته على 100.000 دينار جزائري".

غير أن مبدأ حرية الإثبات في المواد المدنية التي لا تتجاوز قيمتها نصاب الإثبات بالبيئة ليس مبدأ مطلقا بل ترد عليه مجموعة من الاستثناءات تكون بموجبها الكتابة واجبة للإثبات حتى ولو كانت قيمة التصرف تقل عن القيمة المحددة، منها أن يتفق الأطراف على أن يكون إثبات مثل هذه التصرفات بالكتابة وكذا التصرفات التي يتطلب فيها المشرع الكتابة كركن أساسي للانعقاد، كما هو الحال في عقد الصلح، عقد الشركة وعقد الرهن الرسمي، وغيرها من الحالات، وكذا ما جاءت به المادة 334 ق.م من حالات اشترط المشرع إثباتها بالكتابة بغض النظر عن قيمة التصرف أكانت تحت نصاب الإثبات بالبيئة أم تتخطاه⁽²⁾.

فطالما أن القانون نفسه هو من يميز إثبات التصرفات التي تقل قيمتها عن المائة ألف دينار جزائري بالبيئة فإنه يمكن القول بقبول المحرر الإلكتروني في إثباتها من باب أولى، على اعتبار أن إجازة الإثبات بالبيئة إنما يعني من باب أولى إجازة الإثبات بالطرق الأخرى وفي مقدمتها المحررات الإلكترونية، فهذه الأخيرة باعتبارها دليلا كتابيا تتمتع بقوة وحجية تفوق تلك المقررة للبيئة في الإثبات، خاصة بعد معادلتها في القوة الثبوتية بالمحررات التقليدية بموجب المادة 323 مكرر 1 ق.م.

(1) محمد صبري السعدي، الواضح في شرح أحكام القانون المدني الجزائري: الإثبات في المواد المدنية والتجارية، مرجع سابق، ص 106.

(2) تنص المادة 334 من القانون المدني على أنه "لا يجوز الإثبات بالشهود ولو لم ترد القيمة على 100.000 دينار جزائري: فيما يخالف أو يجاوز ما اشتمل عليه مضمون عقد رسمي، إذا كان المطلوب هو الباقي، أو جزء من حق لا يجوز إثباته إلا بالكتابة، إذا طلب أحد الخصوم في الدعوى بما تزيد قيمته على 100.000 دينار جزائري ثم عدل عن طلبه إلى ما لا يزيد على هذه القيمة".

المطلب الثاني: حجية الدليل الكتاني الإلكتروني في إثبات التراضي الإلكتروني من خلال الاستثناءات المقررة على المبادئ العامة للإثبات

بعد أن كرس المشرع مبدأ وجوب الدليل الكتاني عاد بموجب المادتين 335 و 336 ق. م ليضع بعض الاستثناءات على هذا المبدأ حين سمح بإثبات بعض التصرفات بشهادة الشهود والقرائن رغم أن الأصل في إثباتها هو الكتابة، من جهة (فرع أول).

ومن جهة ثانية فإن كان المشرع الجزائري قد كرس مبدأ التعادل الوظيفي بين كل من المحررات التقليدية والإلكترونية، على نحو يسمح بالقول بصلاحيّة هذه الأخيرة لإثبات جميع التصرفات القانونية المدنية منها والتجارية، إلا أن هناك استثناءات تمنع إطلاق هذا المبدأ، وتستبعد من خلالها المحررات الإلكترونية من الإثبات، وذلك بسبب الطبيعة الخاصة لهذه التصرفات وعدم انسجامها مع البيئة الإلكترونية (فرع ثاني).

الفرع الأول: حجيته من خلال الاستثناءات على قاعدة وجوب الكتابة

تبنى المشرع من خلال المادة 333 ق. م مبدأ وجوب الكتابة في إثبات التصرفات القانونية التي تتجاوز قيمتها المائة ألف دينار، أو تلك التي تكون غير محددة القيمة، وكذا في إثبات ما يخالف أو يجاوز ما اشتمل عليه مضمون عقد رسمي، وجعل منه قاعدة آمرة لا تجوز مخالفته إلا بنص.

إلا أنه عاد وفتح المجال بنفسه لمخالفة هذه القاعدة بإعمال استثناءات معينة عليها، اكتفى من خلالها بشهادة الشهود في إثبات تصرفات الأصل فيها وجوب إثباتها بالكتابة، ومعنى جواز الإثبات بشهادة الشهود استثناء، أننا بصدد حالات الأصل فيها أنها واجبة الإثبات بالكتابة، ولكن الإرادة التشريعية اكتفت في إثباتها بشهادة الشهود⁽¹⁾.

هذه الحالات الاستثنائية تولت تحديدها حصرا المادتين 335 و 336 ق. م، وتشمل وجود مبدأ ثبوت بالكتابة (أولا)، أو وجود مانع مادي أو أدبي حال دون الحصول على دليل كتاني (ثانيا)، أو فقد الدليل الكتاني لسبب أجنبي لا يد للدائن فيه (ثالثا)، وهو ما سيتم تفصيله من خلال النقاط التالية.

أولا/ حجيته في الإثبات من خلال مبدأ الثبوت بالكتابة

أقر المشرع هذا الاستثناء بموجب نص المادة 335 من القانون المدني التي تنص على أنه: "يجوز الإثبات بالشهود فيما كان يجب إثباته بالكتابة إذا وجد مبدأ ثبوت بالكتابة، وكل كتابة تصدر من الخصم ويكون من شأنها أن تجعل وجود التصرف المدعى به قريب الاحتمال، تعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة".

(1) محمد صبري السعدي، الواضح في شرح أحكام القانون المدني الجزائري: الإثبات في المواد المدنية والتجارية، مرجع سابق، ص 128.

يلاحظ من خلال هذا النص⁽¹⁾ أنه يجب لتطبيق مبدأ الثبوت بالكتابة أن تتوافر ثلاثة شروط فإن توافرت ثلاثتها مجتمعة في وقت واحد جاز الإثبات بالشهادة والقرائن فيما كان يجب إثباته كتابة، حتى وإن زادت قيمة التصرف المدعى به عن النصاب المحدد أو كانت قيمته غير محددة، بل أنه يجوز إعمال مبدأ الثبوت بالكتابة حتى في إثبات ما يخالف أو يجاوز ما اشتمل عليه دليل كتابي⁽²⁾، وسيتم التطرق إلى تفصيل هاته الشروط (أ)، ثم إلى بحث مدى حجية المحرر الإلكتروني في الإثبات من خلال هذا المبدأ (ب).

لكن وقبل التطرق إلى ذلك تجدر الإشارة إلى أنه وفي حالة ما إذا وجد مبدأ ثبوت بالكتابة فإن الشهادة تجوز استثناء في إثبات ما تزيد قيمته على المائة ألف دينار جزائري، أو ما كان غير محدد القيمة كما تجوز في إثبات ما يخالف الثابت بالكتابة أو يجاوزه، وهو الحال نفسه في إثبات التصرفات التي يتطلب المشرع الكتابة في إثباتها، ففي مثل هذه الحالات اعتبر المشرع مبدأ الثبوت بالكتابة متى أيدته الشهادة أو القرائن مساوياً للكتابة الكاملة.

غير أن الأمر يختلف بالنسبة للتصرفات الشكلية أين تكون الكتابة ركناً مشروطاً لانعقاد التصرف وقيامه كاملاً، فهنا لا يجوز إعمال مبدأ الثبوت بالكتابة حتى ولو أيدته الشهادة أو القرائن، ذلك أن الكتابة في هذه التصرفات لا تكون مجرد دليل للإثبات فحسب، بل تعتبر ركناً من أركان التصرف لا قائمة له في غيابها⁽³⁾.

أ/ شروط إعمال مبدأ الثبوت بالكتابة

تتمثل هذه الشروط في: أن تكون هناك كتابة (1)، وأن تكون هذه الكتابة صادرة عن المدعى عليه بها (2)، وأن يكون من شأن هذه الكتابة جعل وجود التصرف المدعى به قريب الاحتمال (3).

(1) كما اعتبرت المحكمة العليا وجود بعض فاتورات المصوغ -الحلبة- في حيازة الزوجة -وهو دليل غير كامل- دليلاً على ملكيتها له، يمكن إكمالها بشهادة الشهود طبقاً للمادة المذكورة آنفاً حين قضت بأنه "إن النزاع القائم بين الزوج و الزوجة حول المصوغ الذي عجزت عن إثبات ملكيتها له بالكتابة، سوى حيازتها فاتورات دون تشكيل دليل كامل لملكيتها له كله فإنه يجوز حسمه بوسيلة إثبات أخرى كاليمين المتممة ما دامت الفاتورات المذكورة تشكل لصالح الزوجة قرينة جديرة التعزيز بهذه الوسيلة إلى جانب المصوغات التي تنسب عادة النظر إلى طبيعتها إلى المرأة، قرار المحكمة العليا الجزائرية، رقم 22117 بتاريخ 19/2/1989، العدد 1، الصفحة 22، مشار إليه لدى: محمد صبري السعدي الواضح في شرح أحكام القانون المدني الجزائري: الإثبات في المواد المدنية والتجارية، مرجع سابق ص 130.

(2) عيسى غسان رضي، مرجع سابق، ص 257.

(3) محمد صبري السعدي، الواضح في شرح أحكام القانون المدني الجزائري: الإثبات في المواد المدنية والتجارية، مرجع سابق، ص 137.

1/ وجود كتابة

لتطبيق مبدأ الثبوت بالكتابة وجب أولاً أن توجد كتابة يمكن بالاستناد إليها إثبات أو نفي الحق المتنازع فيه وهو ما يتطلب تحديد المقصود بالكتابة ابتداءً، وفي سبيل ذلك يمكن القول أن المقصود بها في هذا المقام هو الكتابة بمعناها الواسع الذي كرسه المشرع بموجب المادة 323 مكرر ق.م، إذ أن أية كتابة صادرة عن الخصم تصلح لإعمال مبدأ الثبوت بالكتابة مهما كانت الدعامة المفرغة عليها وكذا طرق إرسالها أو نقلها أو حفظها، ولا يشترط فيها أي شكل معين فيكفي أن تكون معدة للإثبات أو غير معدة لذلك، أو أن تكون موقعة أو مكتوبة بخط يد المدين، أو عرفية، أو رسمية، أو حتى إلكترونية أيضاً.

بيد أنه وإن كانت أية كتابة تكفي للقول بوجود مبدأ ثبوت بالكتابة تطبيقاً لعمومية لفظ "كل كتابة" الوارد بالنص، إلا أنه يجب أن توجد كتابة ما بغض النظر عن دعامة حفظها، فلا يكفي العمل المادي المحض كإقامة بناء مثلاً ولا الأقوال الشفاهية لإعمال هذا الاستثناء حتى ولو كانت ثابتة بالشهود أو بالقرائن أو المعاينة، كما يجب أيضاً أن تكون الدعامة التي تعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة مقدمة في الدعوى أو على الأقل معترفاً بوجودها ممن تنسب إليه⁽¹⁾، وتقدير ما إذا كانت هنالك كتابة أم لا مسألة من مسائل القانون التي يخضع فيها القاضي لرقابة المحكمة العليا⁽²⁾.

2/ صدور الكتابة من المدعى عليه

إلى جانب شرط "وجود كتابة" يشترط أيضاً لإعمال مبدأ الثبوت بالكتابة أن تكون هذه الأخيرة صادرة عن الخصم المحتج بها ضده، كأن يقوم بكتابتها بخط يده دون توقيعها، أو أن يوقعها دون كتابتها أو كان قد كلف أحداً بكتابتها، أو أنه قد أقر صراحة أو ضمناً بأنه أملاها على ذلك الشخص، أو ثبت بأنه أوكّل ذلك لشخص آخر⁽³⁾.

وتجدر الإشارة إلى أن المقصود بصدور الكتابة من الخصم لا يقتصر على الصدور المادي فحسب وهو الذي يقصد به، أن تكون محررة بخط يد المدعى عليه بها وموقعة عليها منه، أو موقعة منه فقط، أو أن تكون صادرة بخطه دون توقيعه لها، وإنما يشمل أيضاً الصدور المعنوي لها، وهو الذي يقصد به أن الكتابة قد تعتبر صادرة عن الشخص وتنسب إليه حتى ولو لم يوقعها أو لم يكتبها بخط يده في حالات معينة مثالها الأقوال الصادرة عنه والمنبئة في محاضر التحقيقات، أو جلسات نظر الدعاوى، بشرط أن لا تبلغ مستوى الإقرار، أو أن يكون الخصم أمياً فتكتب بإملائه، وكذلك الشأن فيما يتعلق بما يصدر عن الأطراف أمام

(1) محمد صبري السعدي، الواضح في شرح أحكام القانون المدني الجزائري: الإثبات في المواد المدنية والتجارية، ص 132.

(2) عيسى غسان رضي، مرجع سابق، ص 259.

(3) يوسف أحمد النوافلة، حجية المحررات الإلكترونية في الإثبات، دار وائل للنشر والتوزيع، عمان، 2007، ص 113.

الموظفين المختصين بتدوين المحررات الرسمية⁽¹⁾، وتعتبر أيضاً مسألة مدى اعتبار الورقة صادرة عن الخصم من عددها مسألة قانونية يخضع فيها القاضي لرقابة المحكمة العليا⁽²⁾.

3/ أن تجعل هذه الكتابة التصرف المدعى به قريب الاحتمال

يشترط أخيراً لإعمال مبدأ الثبوت بالكتابة أن تتضمن الكتابة ما يجعل الأمر المدعى به قريب الاحتمال، بمعنى أن يكون من شأنها جعل الواقعة المراد إثباتها مرجحة الصحة، ذلك أنه يمكن أن توجد كتابة صادرة من الخصم المحتج بها ضده إلا أنها لا تجعل التصرف المدعى به قريب الاحتمال، ولقاضي الموضوع كامل السلطة التقديرية في تقدير ما إذا كانت الورقة وفقاً لعباراتها وظروف الدعوى تجعل المدعى به قريب الاحتمال، أم أنها قاصرة عن تحقيق ذلك، ودون أن يخضع في ذلك لرقابة المحكمة العليا باعتبارها مسألة من مسائل الواقع، وذلك على خلاف الشرطين السابقين⁽³⁾.

وتخلف هذا الشرط يعني إهدار مبدأ الثبوت بالكتابة، فهو الذي يمثل حلقة الوصل ما بين الكتابة وما بين التصرف المدعى به والمطلوب إثباته⁽⁴⁾، ومن أمثلة ذلك، أن يكتب المدين إلى الدائن رسالة يشير فيها إلى دين في ذمته دون أن يذكر مقداره أو تاريخ استحقاقه، فتكون هذه الرسالة مبدأ ثبوت بالكتابة بالنسبة لهذا الدين يستطيع الدائن أن يثبت بشهادة الشهود والقرائن مقداره وشروطه وكل ما يتعلق به⁽⁵⁾.

بيد أن توافر هذه الشروط وإن كان كاف لقيام مبدأ الثبوت بالكتابة إلا أن الأخذ به غير ملزم للقاضي، فكما يجوز له أن يأخذ به ويكمّله بشهادة الشهود أو القرائن، يجوز له أن يستبعده ولا يتبعه كطريق للإثبات إذا وجد من خلال الدعوى ما يكفي لتكوين قناعته، على أنه يجب عليه عندئذ أن يبين في حكمه أسباب رفضه سلوك هذا الطريق، كما أنه يجب على المدعي أن يطلب من القاضي الترخيص له بالإثبات بالشهود، إذ ليس للقاضي أن يرخّص به من تلقاء نفسه، وإنما يستطيع في غياب طلب - أن يعتبر الورقة

(1) عيسى غسان راضي، مرجع سابق، ص.ص 259-260.

(2) محمد صبري السعدي، الواضح في شرح أحكام القانون المدني الجزائري: الإثبات في المواد المدنية والتجارية، مرجع سابق، ص 134.

(3) المرجع نفسه، ص 134.

(4) عيسى غسان راضي، مرجع سابق، ص.ص 260-261.

(5) محمد صبري السعدي، الواضح في شرح أحكام القانون المدني الجزائري: الإثبات في المواد المدنية والتجارية، مرجع سابق، ص 135.

مبدأ ثبوت بالكتابة ويستكمل دلالتها بالقرائن القائمة في الدعوى لإتمام قناعته والفصل في الدعوى نزولا عند مبدأ حياد القاضي⁽¹⁾.

ب/ مدى قدرة الدليل الإلكتروني على تحقيق شروط مبدأ الثبوت بالكتابة

بداهة، يمكن القول أن تقدير مدى قدرة الدليل الكتاني الإلكتروني على القيام بدور الكتابة التقليدية في تحقيق مبدأ الثبوت بالكتابة إنما يقاس بمدى قدرته على تحقيق الشروط الثلاثة التي يتطلبها القانون لإعمال هذا المبدأ والتي تم تفصيلها في النقطة السابقة.

وعليه فبالنسبة للشرط الأول وهو ضرورة وجود كتابة، يمكن القول أن المشرع الجزائري وبعد أن حسم الخلاف الموجود في بعض التشريعات المقارنة حول المسألة، حين اعتبر الدليل الكتاني الإلكتروني دليلاً كاملاً في الإثبات له ما للأدلة الكتابية التقليدية من حجية بموجب المادة 323 مكرر 1 ق.م من خلال تكريسه لمبدأ التعادل الوظيفي فيما بينها، فلا تثار تبعاً لذلك مسألة ما إذا كانت المحررات الإلكترونية محرراً كتابياً أم لا، كما لا تثار مسألة مدى توافر الكتابة في المحرر الإلكتروني ذلك أن المشرع الجزائري قد وضع بموجب المادة 323 مكرر 1 من القانون نفسه مفهوماً واسعاً للكتابة المقبولة في الإثبات يتسع ليشمل الكتابة الإلكترونية، على نحو يزيل أي عائق قد يحول دون القول بتوافر عنصر الكتابة في الأدلة الكتابية الإلكترونية، وهو ما يسمح بالتالي بالقول بتحقيق الشرط الأول من شروط إعمال مبدأ الثبوت بالكتابة.

أما بالنسبة للشرط الثاني، وهو شرط صدور الكتابة عن الخصم المدعى بها عليه، فيمكن القول أن الكتابة الإلكترونية لا يمكن معرفة هوية صاحبها إلا من خلال التوقيع المقترن بها، وهو بطبيعة الحال هنا توقيع إلكتروني فهو الذي يميز شخصية مصدر الكتابة الإلكترونية ويحدد هويته، وعليه وجب التمييز بخصوص مدى توافر هذا الشرط في الدليل الكتاني الإلكتروني بين حالتين يتوقف عليها أيضاً تحقق الشرط الثالث:

الأولى: حالة ما إذا كان الدليل الكتاني الإلكتروني مقترناً بتوقيع، ومعداً ومحفوظاً في ظروف تضمن سلامته وكان الحق المثبت به واضحاً ومحدداً، فإنه بذلك وإعمالاً لنص المادة 323 مكرر 1 ق.م والمادة 08 من القانون 04-15 المتعلق بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين يعتبر دليلاً كاملاً في الإثبات لا مجرد مبدأ ثبوت بالكتابة، أما إن كان الحق المتنازع فيه غير واضح أو غير محدد بموجب هذا الدليل كأن تكون هناك مجرد رسالة إلكترونية مقترنة بشهادة تصديق إلكترونية قانونية تقرر بمديونية صاحبها لكنها لا تحدد مقدار دينه

(1) محمد صبري السعدي، الواضح في شرح أحكام القانون المدني الجزائري: الإثبات في المواد المدنية والتجارية، مرجع سابق، ص.ص: 136-

أو تاريخ حلول أجله، فهذا يمكن القول أن هذه الرسالة تتوفر على شروط مبدأ الثبوت بالكتابة ما يجعلها جديرة باستكمالها بالبيئة أو القرائن بطلب من صاحب المصلحة.

والثانية: وهي حالة ما إذا كان الدليل الكتاني الإلكتروني غير موقع، فإن كان كذلك اعتُبر حينها صالحاً ليكون مبدأ ثبوت بالكتابة متى كان قادراً على جعل الحق المدعى به قريب الاحتمال وذلك وفق ظروف وملابسات كل قضية على حده، وبشرط أن لا يقوم الخصم المدعى عليه به إنكاره، أما إذا قام بذلك ولم توجد طريقة أخرى لنسبة صدور هذه الكتابة إلى شخص معين، فإنها تفقد كل قيمة ثبوتية لها نتيجة اختلال الشرط الثاني من شروط مبدأ الثبوت بالكتابة، فلا يصلح عندها هذا الدليل كمبدأ ثبوت بالكتابة.

على أن الأمر بالأخذ بالأدلة الكتابية الإلكترونية في هذه الحالة يبقى خاضعاً لا محالة لسلطة القاضي التقديرية، فله الاستناد إليها وله استبعادها وله إكمالها بالبيئة أو القرائن، إذ يجب أن يُطبق بشأنها كل ما يُطبق من أحكام بشأن الكتابة التقليدية المنصوص عليها في المادة 335 ق.م.سواء بسواء.

ثانياً/ حجته في حال وجود مانع من الحصول على دليل كتاني

أتاح المشرع أيضاً من خلال نص المادة 1/336 ق م إمكانية الإثبات بشهادة الشهود أو القرائن فيما كان بالأصل لا يجوز إثباته إلا بالكتابة، في حالة ما إذا وُجد مانع يحول دون الحصول على دليل كتاني⁽¹⁾ بنصه على أنه "يجوز الإثبات بالشهود أيضاً فيما كان يجب إثباته بالكتابة: إذا وجد مانع مادي أو أدبي يحول دون الحصول على دليل كتاني..."

ويقصد بالمانع من الحصول على دليل كتاني "الظرف الذي ينشأ عنه استحالة الحصول على سند كتاني وقت التعاقد استحالة عارضة، أي استحالة قاصرة على شخص المتعاقد، وراجعة إلى الظروف الخاصة التي تم فيها التعاقد"⁽²⁾، والمانع المقصود هنا قد يكون مادياً أو أدبياً.

أما المادي، فهو "الأمر الذي يمنع بطبيعته الحصول على دليل كتاني، أو ظرف خارج عن إرادة الشخص ينشأ عند انعقاد التصرف فيحول بينه وبين الحصول على دليل كتاني"⁽³⁾، ومن أمثلته ما ينشأ من تصرفات عند حدوث الكوارث الطبيعية المفاجئة، كالحريق أو الفيضانات أو الزلازل، وكذلك حالة الوديعة الاضطرارية، كودائع نزلاء الفندق⁽⁴⁾، ففي كل هذه الحالات لا يكون للطرفين متسع من الوقت لإفراغ تصرفاتهم في شكل كتاني.

(1) شهادة الشهود أو القرائن في هذه الحالة لا تعد مكملة للدليل الكتاني كما في الحالة السابقة، وإنما تحل محله.

(2) محمد العيش الصالحين، مرجع سابق، ص 217.

(3) عيسى غسان راضي، مرجع سابق، ص 266.

(4) محمد العيش الصالحين، مرجع سابق، ص 217.

كما تقوم حالة المانع المادي أيضا إذا كان المكلف بالإثبات طرفا ثالثا أجنبيا عن التصرف المراد إثباته أي إذا كان من الغير بالنسبة إليه، فقد يبيع مديناً شيئا مملوكاً له إلى آخر بيعاً صورياً ليمنع دائنيه من التنفيذ عليه، فإذا ادعى الدائن صورية البيع فله إثبات هذه الصورية بكافة الطرق، مهما كانت قيمة التصرف طالما لم يكن في وسعه الحصول على كتابة تثبت تلك الصورية⁽¹⁾.

أما المانع الأدبي، فينصرف مفهومه إلى الظروف الخاصة بعلاقات الخصوم وقت إبرام التصرف التي لم تسمح من الناحية الأدبية لأحد المتعاقدين بطلب إفراغ التصرف في دليل كتابي، وتمثل الاعتبارات والظروف النفسية بين الطرفين أساسا لهذا المانع⁽²⁾، وأكثر ما ترجع الموانع الأدبية -وفقاً لأحكام القضاء- إلى أمور ثلاثة تتمثل في علاقات الزوجية والقربة، وعلاقة الخدمة، وغيرها.

وتمتع قاضي الموضوع بسلطة تقديرية كاملة في تقدير مدى قيام الدليل على وجود المانع مادياً كان أو أدبياً، وذلك بحسب ما يتبينه من ظروف وملابسات كل قضية على حده، ودون أن يخضع في ذلك لرقابة المحكمة العليا، متى كان استخلاصه مبنياً على أسباب مؤدية إليه موضوعياً⁽³⁾.

لكن السؤال المطروح هنا هو: هل يمكن أن يجد هذا الاستثناء مجالا للتطبيق في حال تعلق الأمر بمعاملات إلكترونية؟ وللإجابة على ذلك نتطرق من خلال النقطتين التاليتين إلى موقف الفقه (أ)، ثم إلى موقف المشرع الجزائري من المسألة (ب).

أ/ موقف الفقه من تطبيق هذا الاستثناء على الأدلة الكتابية الإلكترونية

اختلفت آراء الفقهاء بشأن الإجابة عن هذا التساؤل، فذهب جانب منهم⁽⁴⁾ إلى القول بأن مثل هذا الأسلوب في التعاقد يمثل لامحالة نوعاً من الاستحالة المادية المانعة من الحصول على دليل كتابي ورقي.

إلا أن أصحاب هذا الاتجاه وإن اتفقوا في موقفهم العام، إلا أنهم اختلفوا حول تبريرات موقفهم فذهب بعضهم إلى القول بأن التعاقد الإلكتروني عن بعد لا تتوافر به الشروط والعناصر اللازمة لإنشاء دليل كتابي، وذلك بسبب الطبيعة اللامادية للوسائط الإلكترونية التي تبرم من خلالها هكذا تعاملات.

(1) محمد صبري السعدي، الواضح في شرح أحكام القانون المدني الجزائري: الإثبات في المواد المدنية والتجارية، مرجع سابق، ص.ص 139-140.

(2) محمد العيش الصالحين، مرجع سابق، ص 217.

(3) المرجع نفسه، ص 218.

(4) محمد رامي علوان، التعبير عن الإرادة عبر الإنترنت، مرجع سابق، ص 26.

وذهب آخرون- وإن كانوا في نفس الاتجاه- إلى تبرير موقفهم بالقول بأن التعاقد الإلكتروني يقتضي السرعة في التعامل على اعتبار أن معظم التعاملات التي تتم عبر الوسائط الإلكترونية تتمحور حول الأعمال التجارية التي لا مجال معها -بطبيعتها- للحصول على دليل كتابي.

من جهة ثالثة برر آخرون موقفهم بالقول أن طرفي المعاملة الإلكترونية، غالباً ما يكونان في أماكن مختلفة ومتباعدة مما يحول دون اقتضاء أو تبادل الأدلة الكتابية فيما بينهما وهو ما يعتبر مانعاً مادياً بحق⁽¹⁾.

إلا أن هذا الرأي ائْتُقِدَ بمختلف حججه وتبريراته من قبل أصحاب الاتجاه الثاني⁽²⁾ الذين رفضوا الاقرار بالمانع المادي لقبول المحررات الإلكترونية في الإثبات، وردهم في ذلك:

أنه ورغم صعوبة إنشاء الدليل الكتابي أثناء التعاقد عبر الوسائط الإلكترونية، إلا أن هذه الصعوبة لا ترقى إلى درجة الاستحالة، حيث أصبح من الممكن وبكل سهولة في ظل التطور التقني والتكنولوجي إنشاء أدلة كتابية إلكترونية كاملة موثوق في صحتها وفي ارتباطها بتوقيع أصحابها على نحو يمكنها من القيام بجميع وظائف الدليل الكتابي التقليدي، هذا من جهة، ومن جهة أخرى، فإنه حتى مع افتراض استحالة إنشاء دليل كتابي كامل من خلال الوسائط الإلكترونية فإن هذه الاستحالة ليست من قبيل الموانع المادية الملجئة إلى التعاقد بدون كتابة، فإبرام التصرفات عبر هذه الوسائط ليس هو الطريق الوحيد للتعاقد، وما الإقبال المتزايد عليه من قبل الأفراد وبمحض إرادتهم إلا لمميزاته وتسهيلات مقارنة بالطرق التقليدية⁽³⁾.

وحيث أن الموانع التي قد تحول دون الحصول على أدلة كتابية قد تكون مادية أو معنوية، ولما لم يكن من الممكن الاستعانة بالمانع المادي للاعتداد بالمحررات الإلكترونية في الإثبات، فهل يمكن القول بأن استحالة الحصول على الدليل الكتابي الكامل أثناء التعاقد عبر وسائل الاتصال الحديثة هي استحالة معنوية أدبية تتمثل فيما يقتضيه عرف التعامل الجاري به العمل عبر هذه الوسائل؟.

يمكن القول أن هذا الافتراض لا يمكن التسليم بصحته هو الآخر على إطلاقه، فالمعلوم أن المانع الأدبي يرجع إلى اعتبارات نفسية تقوم في الوقت الذي يتم فيه إبرام التصرف، فتمنع الشخص من الحصول على دليل كتابي يساعده على إثبات حقوقه، وحيث أن الكم الأكبر من المعاملات الإلكترونية تتم عبر شبكة الإنترنت أي عن بعد بين أشخاص لا يعرفون بعضهم البعض، مما لا يسمح بتكوين ظروف نفسية تحول دون طلب إفراغ التعامل في شكل كتابي، ولا يتحقق ذلك إلا في حالة التكرار والاستمرارية في التعامل بين نفس المتعاملين، ففي هكذا حالة فقط يمكن أن تنشأ بينهم صلة تصلح لتكون مانعاً أدبياً يحول

(1) عيسى غسان رضي، مرجع سابق، ص 269.

(2) حسن عبد الباسط جميعي، إثبات التصرفات القانونية التي يتم إبرامها عن طريق الإنترنت، مرجع سابق، ص 65، عبد الحميد ثروت، التوقيع الإلكتروني، مرجع سابق، ص 132.

(3) المرجع نفسه، ص 66.

دون الحصول على دليل كتابي⁽¹⁾، ورغم ذلك فإن تقرير قيام هذا المانع يجب أن يكون بصدد كل حالة على حده، ولا يجب تعميمه على كل التعاملات وإلا انقلب الاستثناء إلى قاعدة⁽²⁾.

ب/ موقف المشرع الجزائري من تطبيق هذا الاستثناء على الأدلة الكتابية الإلكترونية

أعطى المشرع بموجب المادة 323 مكرر 1 من القانون المدني الحجية الكاملة للدليل الكتابي الإلكتروني شأنه في ذلك شأن الأدلة الكتابية التقليدية، وذلك عندما كرس مبدأ التعادل الوظيفي فيما بينهما، مما يستتبع وكنتيجة لتطبيق هذا المبدأ ضرورة إخضاع الكتابة الإلكترونية لذات القواعد التي تخضع لها الكتابة التقليدية، كما تبقى لقاضي الموضوع بموجب ما له من سلطة تقديرية تقدير قيام حالات المانع المادي أو الأدبي الذي يحول دون الحصول على دليل كتابي إلكتروني، يستبعد بموجبه مبدأ وجوب الإثبات بالكتابة ويحل محله الإثبات بالشهادة أو القرائن وذلك حسب ظروف كل حالة على حده.

كل ذلك يسمح بالقول أنه ورغم غياب أية اجتهادات متعلقة بالمسألة سواء منها الفقهية أو القضائية بخصوص صلاحية استثناء المانع المادي أو المعنوي للتطبيق في مجال الأدلة الكتابية الإلكترونية، إلا أنه لا يمكن الجزم بعدم صلاحيته تماماً وبشكل مطلق، إذ أنه يجب أن ينظر إلى كل حالة على حده وإلى ظروف وملابسات كل قضية بشكل مستقل.

فمثلاً قد يؤدي التباعد بين أماكن تواجد المتعاملين إلكترونياً، وكذا السرعة المطلوبة في إنجاز بعض العمليات كالعمليات المصرفية، والتعامل بالأوراق والأسهم المالية وفي عمليات البورصة، إلى نشوء موانع مادية تحول دون الحصول على أدلة كتابية لإثباتها لتوقف إتمامها على أجزاء من الثانية فقط، كما أن وجود تلك الموانع يبدو أكثر وضوحاً في حالة ما إذا كان المكلف بالإثبات من الغير بالنسبة للتصرف المراد إثباته فقد يسعى أحد المدينين إلى بيع ممتلكاته بيعاً صورياً عبر شبكة الإنترنت بهدف منع دائنيه من التنفيذ عليها كما هو الحال في البيئة التقليدية تماماً، فللدائن هنا -الطرف الثالث- إذا ادعى صورية عقود البيع الإلكترونية، أن يثبت ذلك بكافة الطرق، ومهما كانت قيمة تلك العقود، وذلك لوجود مانع مادي حال دون تمكنه من الحصول على كتابة إلكترونية⁽³⁾.

أما بشأن إمكانية قيام المانع المعنوي عند التعاقد إلكترونياً، فالأمر بشأنه لا يختلف عما هو عليه الحال بالنسبة للمانع المادي، فمثلاً يمكن قيام مانع أدبي بسبب علاقة القرابة بين المتعاملين إلكترونياً فذات الأشخاص الذين كانوا يرمون تصرفات بالطريقة التقليدية وكانت بينهم علاقات تحول أدياً دون الحصول

(1) عيسى غسان رضي، مرجع سابق، ص 211.

(2) حسن عبد الباسط جمعي، إثبات التصرفات القانونية التي يتم إبرامها عن طريق الإنترنت، مرجع سابق، ص 66.

(3) المرجع نفسه، ص 137.

على دليل كتابي تقليدي، يمكن أن ينتقلوا من تلك الطريقة في إبرام تعاملاتهم إلى الطرق الحديثة، خاصة في ظل تزايد الإقبال عليها.

كما أن العادة أو العرف السائد يمكن أن يكون له دور هو الآخر في إحداث مانع أدبي، فمثلاً يرى البعض، أن سريان العمل بالبطاقات المصرفية كأداة لنقل النقود إلكترونياً، دون وجود مستندات مكتوبة قد شكل عادة متأصلة في وجدان المتعاملين بها⁽¹⁾، يمكن من خلالها الاكتفاء بشهادة الشهود أو القرائن في إثبات التصرفات التي تتم بواسطتها.

وعليه فمن غير المنطقي الاعتداد بهذه الموانع في حالة إبرام التصرف بالطرق التقليدية ورفض الأخذ بها في حالة إبرامه بالطرق الإلكترونية، فتغيير طريقة التعاقد لا يؤدي إلى زوال المانع الأدبي الذي كان موجوداً بين ذات الأشخاص عندما كانوا يتعاقدون بالأساليب التقليدية، وهو ما يسمح بالقول بإمكانية قيام مانع مادي أو معنوي يحول دون الحصول على دليل كتابي إلكتروني كما هو الشأن بالنسبة للدليل الكتابي الورقي، وأن تغيير وسيلة التعاقد لا يحول دون قيام الموانع نفسها.

ثالثاً/ مدى حجيته في حال فقد الدليل الكتابي

تعتبر حالة فقد الدليل الكتابي لسبب أجنبي الحالة الأخيرة التي استبعد فيها المشرع مبدأ وجوب الإثبات بالكتابة، وأجاز للمكلف بالإثبات الاستعانة بشهادة الشهود والطرق الأخرى، وهذا ما قضت به صراحة الفقرة الثانية من المادة 336 ق م حين نصت على أنه "يجوز الإثبات بالشهود أيضاً فيما كان يجب إثباته بالكتابة، إذا فقد الدائن"⁽²⁾ سنده الكتابي لسبب أجنبي خارج عن إرادته".

بالتدقيق في هذا الاستثناء يلاحظ أنه أوسع نطاقاً من الاستثناءين السابقين، فبالإضافة إلى أنه يجيز للدائن الاستعانة بشهادة الشهود في إثبات ما تجاوزت قيمته نصاب الإثبات بالبينة أو ما كان غير محدد القيمة، وفي إثبات ما يخالف أو يجاوز الثابت كتابة، وفي إثبات الحالات الخاصة التي يوجب القانون الكتابة في إثباتها أياً كانت قيمتها، فهو يجيز له أيضاً إثبات التصرفات الشكلية التي يتطلب القانون الكتابة لانعقادها بشهادة الشهود وهو ما لا يجوز في الاستثناءين السابقين، ويعزى سبب هذه الجوازية إلى افتراض أن الشكلية المطلوبة في هذه الحالة قد تم استيفاؤها عند إبرام التصرف، إلا أن الدليل على استيفاؤها فقد فيما بعد وهو ما يستوجب عدم حرمان فاقده من الوسائل الأخرى للإثبات⁽³⁾.

(1) سهى يحيى الصباحين، مرجع سابق، ص 115.

(2) ولا يقصد هنا بالدائن الشخص الذي يدين غيره فقط، ولكنه ينصرف إلى كل من يدعي أمراً كان ثابتاً بمحرر مكتوب وضاع منه بسبب أجنبي سواء أكان دائناً أو مديناً، عن: عيسى غسان راضي، القواعد الخاصة بالتوقيع الإلكتروني، مرجع سابق، ص 190، هامش 1.

(3) محمد صبري السعدي، الواضح في شرح أحكام القانون المدني الجزائري، الإثبات في المواد المدنية والتجارية، مرجع سابق، ص 143.

ويشترط لإعمال هذا الاستثناء توافر شرطين (أ) سيتم تفصيلهما بإيجاز قبل إسقاطهما على المحررات الإلكترونية لبحث مدي صلاحية هذا الاستثناء للتطبيق في حال ما إذا كان الدليل المفقود لسبب أجنبي ذا طبيعة إلكترونية (ب)، وذلك من خلال ما يلي:

1/ شروط تطبيق هذا الاستثناء

يشترط لتطبيق هذا الاستثناء حسب نص المادة 2/336 ق.م توافر شرطين إذا استطاع المكلف بالإثبات إثباتهما، جاز له الاستعانة بشهادة الشهود أو القرائن لإثبات التصرف القانوني بدلاً من الإثبات بالدليل الكتابي أيًا كانت قيمة هذا التصرف وطبيعته⁽¹⁾، وهذين الشرطين هما:

1/ إثبات سبق وجود الدليل الكتابي الكامل

يجب كي يستفيد المدعي من هذا الاستثناء أن يثبت سبق حصوله على دليل كتابي كامل وذلك بأن يثبت أن هذا الدليل قد وُجد فعلاً⁽²⁾، وله في سبيل ذلك استخدام جميع طرق الإثبات على اعتبار أن سبق وجود الدليل الكتابي يعد في حد ذاته واقعة مادية قابلة للإثبات بكافة الطرق.

ليس هذا فحسب، بل يجب على المدعي أيضاً أن يثبت مضمون هذا الدليل الكتابي وإثبات استيفائه لجميع الشروط المتطلبة قانوناً إذا ما كان التصرف محل النزاع من التصرفات الشكلية التي يتطلب المشرع الكتابة كركن لانعقادها⁽³⁾، كما يجب عليه أن يثبت صحة التوقيع إن اعترف خصمه بسبق وجود السند ولكنه أنكر نسبته إليه، وله في سبيل ذلك أيضاً إتباع ما يشاء من طرق الإثبات، فإذا ثبت أن السند المفقود لم يكن إلا مجرد مبدأ ثبوت بالكتابة، امتنع عندها إعمال الاستثناء القاضي بجواز الإثبات بشهادة الشهود أو الطرق الأخرى وتعين البقاء على الأصل وهو وجوب الإثبات بالكتابة⁽⁴⁾.

2/ أن يكون فقد الدليل الكتابي لسبب خارج عن إرادة المكلف بالإثبات

يشترط لإعمال هذا الاستثناء إضافة إلى اشتراط إثبات سبق وجود دليل كتابي، أن يثبت المدعي أيضاً أن فقد الدليل كان لسبب أجنبي لا يد له في حدوثه⁽⁵⁾، كما لو كان قد فقده لقوة قاهرة كزلزال أو

(1) عيسى غسان رضي، مرجع سابق، ص 274.

(2) محمد صبري السعدي، الواضح في شرح أحكام القانون المدني الجزائري: الإثبات في المواد المدنية والتجارية، ص 143.

(3) عيسى غسان رضي، مرجع سابق، ص 273.

(4) محمد صبري السعدي، الواضح في شرح أحكام القانون المدني الجزائري: الإثبات في المواد المدنية والتجارية، مرجع سابق، ص 144.

(5) طلبه وهبة حطاب، دروس في أحكام الالتزام والإثبات، دون دار نشر، 2002، ص 36.

حريق، أو لسبب ناشئ عن فعل الغير كما لو كان قد سلمه إلى محاميه فضيعة، أو بسبب فعل المدعى عليه نفسه، كأن يكون قد اختلسه أو انتزعه منه بالقوة⁽¹⁾.

ولكي يثبت المدعي تحقق هذا الشرط، عليه أن يثبت واقعتين منفصلتين تتمثل الأولى في الحادث الذي أدى إلى الفقد، وتتمثل الثانية في واقعة الفقد نفسها، وله في سبيل تحقيق ذلك طبعاً إتباع ما يشاء من طرق الإثبات باعتبار كليهما واقعة مادية يجوز إثباتها بكافة الطرق⁽²⁾.

ب/ مدى إمكانية تطبيق هذا الاستثناء في حال فقد دليل كتابي إلكتروني

لتحديد مدى إمكانية إعمال هذا الاستثناء في حال ما إذا كان الدليل الكتابي المفقود هو دليل إلكتروني يمكن القول أنه وفي ظل تكريس المشرع الجزائري لمبدأ التعادل الوظيفي بين الكتابة الإلكترونية ونظيرتها التقليدية في الإثبات بموجب نص المادة 323 مكرر 1 ق.م، من جهة، وبالنظر لعمومية لفظ "سند الكتابي" الوارد في نص الفقرة الثانية من المادة 336 ق.م الذي جاء مطلقاً وغير مميز بين محرر رسمي أو عرفي أو إلكتروني، من جهة ثانية، يمكن القول كأصل بإمكانية إثبات التصرفات المبرمة إلكترونياً بشهادة الشهود أو القرائن أو مختلف الطرق الأخرى في حال فقد الأدلة الكتابية الإلكترونية، إلا أن هذه الإمكانية تبقى مرهونة بأمرين :

الأول: وهو ضرورة توافر الشرطين السابقين مع التوسع في أسباب الشرط الثاني المتضمن إثبات السبب الأجنبي، فقد يكون سبب فقد الأدلة الكتابية الإلكترونية انقطاع مفاجئ في التيار الكهربائي تسبب في إتلاف الدعامة المحفوظ عليها، أو دخول فيروس إلى قاعدة بيانات الحاسب الآلي، أو الذاكرة المخزن عليها المحرر، وما إلى ذلك من الأسباب.

الثاني: أن لا يكون التصرف المراد إثباته من التصرفات الشكلية التي يتطلب القانون إفراغها في شكل رسمي تحت طائلة بطلانها، فهذه الأخيرة حظر المشرع إبرامها عبر الاتصالات الإلكترونية بموجب نص المادة 03 من القانون 05-18 المتعلق بالتجارة الإلكترونية، ما يعني أن مجال إعمال استثناء جواز الإثبات بشهادة الشهود والطرق الأخرى في حال فقد الدليل الكتابي لا يتسع في المعاملات الإلكترونية ليشمل إثبات المعاملات الشكلية وإنما يقتصر على تلك التي تكون الكتابة فيها مطلوبة للإثبات فقط، وهذا على خلاف ما عليه الوضع في المعاملات التقليدية أين يتسع مجال هذا الاستثناء ليشمل إمكانية إثبات حتى التصرفات الشكلية التي يتطلب القانون الكتابة لانعقادها.

(1) محمد صبري السعدي، الواضح في شرح أحكام القانون المدني الجزائري: الإثبات في المواد المدنية والتجارية، مرجع سابق، ص. 144-145.

(2) المرجع نفسه ، ص 142.

الفرع الثاني: حالات عدم قبول الأدلة الكتابية الإلكترونية

بالرجوع إلى قانون التجارة الإلكترونية 05-18 وبعض نصوص التشريعات التي نظمت الإثبات الإلكتروني نجد أن بعضها عند تحديده لمجال أو نطاق التطبيق⁽¹⁾ يستخدم عبارات ومصطلحات ذات مدلول واسع تشمل جميع التصرفات القانونية سواء أكانت مدنية أو تجارية أو إدارية، إلا أنها عادت واستثنت بنصوص صريحة بعض التصرفات من مجال تطبيقها، نتطرق في نقطة (أولى) إلى الحالات التي حددها المشرع الجزائري ثم نعرض في نقطة (ثانية) إلى الحالات التي حددتها بعض التشريعات المقارنة إما مجتمعة أو منفردة.

أولاً/ الحالات المحددة في القانون الجزائري

إن كانت الرضائية هي الأصل في إبرام التصرفات، إلا أن المشرع وحماية لرضا الأطراف استلزم في بعض التصرفات أن تكون مفرغة في شكل رسمي، بمعنى أنه جعل من الكتابة ركناً شكلياً من أركان التصرف يترتب على تخلفها انتفاؤه ومن ثم انعدام أثره القانوني نتيجة لوقوعه باطلاً مطلقاً، وقد سبقت الإشارة إلى ضرورة التمييز بين كون الكتابة ركناً للانعقاد يترتب على تخلفها وقوع التصرف باطلاً مطلقاً وبين كونها مجرد شرط للإثبات إن تخلفت يبقى التصرف صحيحاً ولكنه يفترق إلى دليل يثبت، وهو الأمر الذي يمكن استنباطه من تصريح المشرع بما أراده من الكتابة، فإن لم يصرح ولم يكن بالإمكان التعرف إلى المقصود من اشتراطها فإنها تكون شرطاً للإثبات وليس للانعقاد، نزولاً عند الأصل وهو الرضائية.

واستناداً إلى ما تم التوصل إليه بشأن موقف المشرع الجزائري من طبيعة هذه المحررات، وما قيل من عدم قدرتها على الارتقاء إلى مصاف المحررات الرسمية في الحجية والقوة الشبوتية، واكتفاءها بالتمتع بحجية المحررات العرفية في الإثبات بالنظر لما تتميز به من طبيعة خاصة بها، وبيئة معقدة تبرم فيها، فإنه يمكن القول بأن الكتابة الإلكترونية تتوقف حجيتها وصلاحياتها القانونية عند الحالات التي لا تكون فيها الكتابة مطلوبة إلا للإثبات ولا تتخطاها إلى الحالات التي تكون ركناً في تصرف قانوني شكلي.

على هذا الأساس استبعد المشرع الجزائري بموجب نص المادتين 03 و 05 من قانون التجارة الإلكترونية 05-18 بعض المعاملات من دائرة التعامل الإلكتروني ومنع إبرامها بواسطة الاتصالات

(1) أنظر المادة 1 من التوجيه الأوروبي بشأن التوقيعات الإلكترونية، والمادة 1 من قانون اليونسترال بشأن التجارة الإلكترونية، المادة 5 من قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية لإمارة دبي، المادة 3 من قانون المعاملات الإلكترونية الأردني.

الإلكترونية حيث نص في المادة 03 على أنه: «تمارس التجارة الإلكترونية في إطار التشريع والتنظيم المعمول بهما، غير أنه تمنع كل معاملة عن طريق الاتصالات الإلكترونية⁽¹⁾ تتعلق بما يأتي:

- لعب القمار والرهان واليانصيب،
- المشروبات الكحولية والتبغ،
- المنتجات الصيدلانية،
- المنتجات التي تمس بحقوق الملكية الفكرية أو الصناعية أو التجارية،
- كل سلعة أو خدمة محظورة بموجب التشريع المعمول به،
- كل سلعة أو خدمة تستوجب إعداد عقد رسمي....».

في حين نص في المادة 05 على أنه «تمنع كل معاملة عن طريق الاتصالات الإلكترونية في العتاد والتجهيزات والمنتجات الحساسة المحددة عن طريق التنظيم المعمول به، وكذا كل المنتجات و/ أو الخدمات الأخرى التي من شأنها المساس بمصالح الدفاع الوطني والنظام العام والأمن العمومي».

فالملاحظ من خلال هاذين النصين أن المشرع انتهج في حظره إبرام تلك المعاملات⁽²⁾ عبر الاتصالات الإلكترونية مسلك معظم التشريعات المقارنة⁽³⁾ التي اتجهت إلى استبعاد تطبيق القواعد الخاصة بالمعاملات الإلكترونية على بعض التصرفات القانونية الهامة، حين فضل أن تبرم تلك التصرفات في الشكل التقليدي دون الإلكتروني مراعاة لعدة اعتبارات من أهمها :

أ/ أهمية وخطورة هاته التصرفات واتصالها بالنظام العام.

ب/ عدم إتصال بعضها بالمعاملات التجارية وإنما هي تصرفات شخصية أو مدنية بحتة، كالزواج والهبة والوصية التي تحتاج كلها إلى إفراغها في شكل رسمي⁽⁴⁾.

(1) يعرفها القانون 04-18 الذي يحدد القواعد العامة المتعلقة بالبريد والاتصالات الإلكترونية في المادة 10 بأنها «كل إرسال أو تراسل أو استقبال علامات أو إشارات أو كتابات أو صور أو أصوات أو بيانات أو معلومات مهما كانت طبيعتها عبر الأسلاك أو الألياف البصرية أو بطريقة كهرومغناطيسية».

(2) يمكن الرجوع في تفصيل تلك الحالات إلى الصفحات من 70 إلى 79 من هاته الدراسة.

(3) فقد نصت صراحة المادة الأولى من التوجيه الأوروبي بشأن التوقعات الإلكترونية والخاصة بمجال تطبيقه على ذلك، فجاء نصها كالتالي " لا يغطي التوجيه الأوروبي الصور المختلفة لإبرام وصحة العقود، أو الالتزامات الشرعية الأخرى، حينما يتناول التشريع الوطني —أو الاتحادي— متطلبات النظام الشكلي"، كما قضت المادة (5/1 ب) من التوجيه الأوروبي بشأن التجارة الإلكترونية والمادة (2/9 ب) باستثناء أعمال كاتب العدل وأية مهن مشابهة تتضمن مشاركة مباشرة من السلطة العامة أو التي تتدخل فيها المحاكم.

(4) سليم سعداوي، مرجع سابق، ص 63.

فكل معاملة تستوجب إعداد عقد رسمي خارجة عن دائرة التعامل الإلكتروني بحكم القانون، وكل مخالفة لمقتضى هذا الحكم تعرض المعاملة أو التصرف للبطلان المطلق.

ومثال التصرفات التي يشترط إفراغها في شكل رسمي تحت طائلة البطلان ما أشارت إليه المادة 324 مكرر 1 ق.م من أنه "زيادة على العقود التي يأمر القانون بإخضاعها إلى شكل رسمي يجب، تحت طائلة البطلان، تحرير العقود التي تتضمن نقل ملكية عقار أو حقوق عقارية أو محلات تجارية أو صناعية أو كل عنصر من عناصرها، أو التنازل عن أسهم من شركة أو حصص فيها، أو عقود إيجار زراعية أو تجارية أو عقود تسيير محلات تجارية أو مؤسسات صناعية في شكل رسمي، ويجب دفع الثمن لدى الضابط العمومي الذي حرر العقد. كما يجب تحت طائلة البطلان، إثبات العقود المؤسسية أو المعدلة للشركة بعقد رسمي وتودع الأموال الناتجة عن هذه العمليات لدى الضابط العمومي المحرر للعقد".

يضاف إليها أيضاً عقد الرهن الرسمي (م 883 ق.م)، وعقد الهبة العقارية (م 206 ق.أ)، وعقد النشر وعقود بيع التصاميم، وعقد الوقف، وعقد الزواج (م 7 مكرر فقرة 02 ق.أ) وغيرها، فهذه كلها لا يمكن إبرامها إلكترونياً، وطالما كانت كذلك فلا يمكن إثباتها بالمحررات الإلكترونية.

فخطر المشرع إبرام معاملات يتعلق محلها بسلع أو خدمات مذكورة في المادتين 03 و 05 السابقتي الذكر أو كل معاملة محلها سلعة أو خدمة مشابهة على اعتبار أنها مذكورة على سبيل المثال لا الحصر، يعني من جهة أخرى منع إثباتها عن طريق المحررات الإلكترونية، وبذلك يكون المشرع قد قصر الكتابة الإلكترونية على التصرفات التي لا تشترط فيها الكتابة ركناً للانعقاد، وهو الأمر الذي يترتب عنه محافظة الكتابة التقليدية على احتكارها للتصرفات التي تعد الكتابة ركناً شكلياً لانعقادها، وإن كان هذا الاحتكار سوف لن يستمر لمدة زمنية طويلة نظراً لتعاظم الجهود الدولية والوطنية الساعية لإزالة العراقيل من أمام إقرار التصرفات التي تتم عبر الوسائط الإلكترونية.

ثانياً/ الحالات المحددة في بعض تشريعات التجارة الإلكترونية المقارنة

إلى جانب الحالات التي تشترط الكتابة كركن لانعقادها، استثنت بعض التشريعات المنظمة للإثبات الإلكتروني تصرفات معينة واستبعدتها من نطاق تطبيقها وذلك لوجود شكليات خاصة ومعينة تتطلبها هذه التصرفات مما يؤدي إلى فقد حجيتها في حال ما إذا نُظمت إلكترونياً⁽¹⁾، ولم تأت هذه الاستثناءات موحدة في كافة التشريعات، بل اختلفت من تشريع إلى آخر، إلا أن هناك استثناءات يمكن القول بأن التشريعات قد أجمعت عليها واتفقت بشأنها نذكر منها:

(1) عيسى غسان راضي، مرجع سابق، ص 113.

أ/ المعاملات المتعلقة بالأحوال الشخصية⁽¹⁾: وهي المعاملات المتعلقة بعقود الزواج وإشعارات الطلاق وتنظيم الوصايا والأوقاف، فهذه المعاملات ذات طبيعة مدنية شخصية، تتولى تنظيمها قواعد خاصة بها وعلى ذلك فإن تنظيمها عبر الوسائط الإلكترونية يؤدي إلى إفقادها حجيتها في الإثبات⁽²⁾.

ب/ معاملات التصرف بالأموال غير المنقولة⁽³⁾: وتشمل هذه الأموال، المباني، والأراضي وكل العقارات وما يتصل بها من آلات زراعية، وغيرها من العقارات بالتخصيص، وكل ما قد ينشأ عنها من وكالات متعلقة بها وسندات ملكية، فهذه لا يجوز إبرام تصرفات واردة عليها عبر وسائل إلكترونية، ويمتد هذا الاستثناء ليشمل كل حق عيني قد يتعلق بهذه الأموال غير المنقولة مثل حقوق الارتفاق، وحقوق الامتياز، وغيرها من الحقوق العينية.

إلا أن مختلف التشريعات التي أقرت هذا الاستثناء عادت واستثنت من حكمه عقود الإيجار الواردة على تلك الأموال حين أجازت إبرام عقد إيجار لها إلكترونياً⁽⁴⁾.

ج/ الأوراق المالية القابلة للتداول⁽⁵⁾: وتشمل الأوراق والسندات التي يجوز تداولها بالشراء أو البيع على غرار الأسهم والسندات المتداولة في البورصات، ويُعزى سبب استثناء هذه الطائفة من مجال الإثبات الإلكتروني، إلى أنها تتضمن في ذاتها قima مالية يستحسن تداولها بالطرق التقليدية المقررة لها، غير أن هذا الاستثناء مرشح إلى عدم الإبقاء عليه طويلاً، خاصة بعد ظهور النقود الرقمية والشيكات الإلكترونية، فمن غير المستبعد أن يتبعها ظهور أوراق ومستندات مالية إلكترونية قابلة للتداول إلكترونياً ببساطة⁽⁶⁾.

غير أن هناك استثناءات أخرى حددها بعض التشريعات منفردة، يمكن إيجازها في النقاط التالية:

أ/ لوائح الدعاوى والمرافعات وإشعارات التبليغات القضائية وقرارات المحاكم: وهو ما نصت عليه المادة 3 من قانون المعاملات الإلكترونية الأردني 15 لسنة 2015، ذلك أن هذه الفئة تخضع لإجراءات محددة متعلقة بالنظام العام، تشترط فيها الكتابة والتوقيع خطياً أو بموجب ختم، وذلك وفق أشكال قانونية مضبوطة لا تتلاءم بطبيعتها مع الوسائل الإلكترونية.

(1) المادة (3/9) من التوجيه الأوروبي بشأن التوقيعات الإلكترونية، المادة (3) من قانون المعاملات الإلكترونية الأردني، المادة (1/5) من قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية لإمارة دبي رقم 2 لسنة 2002.

(2) عيسى غسان رضي، مرجع سابق، ص 213.

(3) أنظر المادة (3) من قانون المعاملات الإلكترونية الأردني، المادة (1/5 د) من قانون إمارة دبي رقم 2 لسنة 2002، المادة (1/9) من التوجيه الأوروبي بشأن التوقيعات الإلكترونية.

(4) عيسى غسان رضي، مرجع سابق، ص 214.

(5) المادة (3) من قانون المعاملات الإلكترونية الأردني، المادة (1/5 ج) من قانون إمارة دبي رقم 2 لسنة 2002.

(6) عيسى غسان رضي، مرجع سابق، ص 214.

ب/ أي مستند يتطلب القانون تصديقه أمام كاتب العدل: وكرست هذا الاستثناء المادة (1/5/هـ) من قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية لإمارة دبي رقم 2 لسنة 2002.

ج/ الإشعارات المتعلقة بإلغاء أو فسخ عقود المياه والكهرباء والتأمين الصحي، والتأمين على الحياة: وهو ما نصت عليه المادة 3 من قانون المعاملات الإلكترونية الأردني.

د/ عقود الضمان والتأمينات المقدمة من أشخاص يتصرفون لغايات لا تدخل ضمن نشاطهم المهني أو التجاري: وهو ما كرسته المادة (3/9) من التوجيه الأوروبي بشأن التجارة الإلكترونية.

والمتوقع أن هذه الفئة من الاستثناءات لن يتم الإبقاء عليها طويلاً، إذ بمجرد زوال أسباب وجودها سيتم إلغاؤها، وذلك بهدف إزالة كل العوائق والعراقيل التي تحد من تنظيم التصرفات القانونية عبر الوسائط الإلكترونية⁽¹⁾.

هـ/ الحالات التي نص عليها المشرع الجزائري من خلال المادتين 03 و05 من قانون التجارة الإلكترونية

من هاته الحالات نذكر: منع لعب القمار والرهان، وبيع و/ أو الإشهار عن المشروبات الكحولية والتبغ والمنتجات الصيدلانية والتعامل في المنتجات التي تمس بحقوق الملكية الفكرية أو الصناعية أو التجارية، وكل الخدمات أو النشاطات التي تحتاج إلى ترخيص مسبق، أو تأهيل نوعي معين أو إجراءات دقيقة ومحددة يستحيل تحقيقها في البيئة الرقمية، كالنشاطات المتصلة بالمواد أو المنتجات الكيميائية الخطرة وأوعية الغاز المضغوطة وحظر التعامل في التجهيزات والمنتجات الحساسة، وحظر التعامل في كل المنتجات و/ أو الخدمات الأخرى التي من شأنها المساس بمصالح الدفاع الوطني والنظام العام والأمن العمومي.

(1) عيسى غسان رضى، مرجع سابق، ص 215.

الختامة

الخاتمة:

أدى الانتشار الواسع لاستخدام الوسائط الإلكترونية في إبرام مختلف المعاملات الإلكترونية إلى زيادة حدة المخاوف حول مشروعية استخدام هذه الوسائط في التعبير عن الإرادة في ظل غياب نصوص قانونية تجيزها صراحة، وأمام هذا الوضع الذي فرض نفسه بنفسه لم يقف كل من الفقه والقضاء -خاصة في الدول المتقدمة- مكتوفي الأيدي بل حاولوا مواكبة هاته التطورات، وذلك عن طريق إيجاد منافذ قانونية تتخلل القواعد العامة السارية المفعول لإجازة التعبير عن الإرادة عبر الوسائط الإلكترونية، إلا أن التخوف من استعمال هذه الوسيلة في الدول النامية ظل حاجزا يمنع تطور هذا النوع من المعاملات فيها، خاصة في ظل محدودية دور القضاء واقتصراره على تفسير وتطبيق أحكام التشريع فحسب.

فبعد أن نادى الفقهاء بضرورة مواكبة القانون للآفاق الجديدة المنبثقة عن استخدام تكنولوجيا الاتصال في إبرام التصرفات القانونية، أقرت المنظمات الإقليمية والعالمية هذا الواقع، حين أجازت صراحة التعبير عن الإرادة باستخدام الوسائط الإلكترونية وحذت حذوها معظم الدول المتقدمة التي أقرت بدورها ضمن تشريعاتها الداخلية هذا النوع من التعامل، وفي مقابل ذلك بقيت الدول النامية بعيدة عن مواكبة هذه التطورات باستثناء بعض الدول العربية التي سنت قوانين خاصة تنظم المعاملات الإلكترونية كان من بينها المشرع الجزائري الذي أدخل ابتداء تعديلات سنة 2005 على أحكام القانون المدني، ثم أصدر القانون 04-15 نظم من خلاله التوقيع الإلكتروني، ليصدر في النهاية قانونا مستقلا تحت رقم 05-18 نظم من خلاله أحكام التجارة الإلكترونية.

وقد تمت من خلال هاته الدراسة محاولة المقاربة بين قواعد وأحكام النظرية العامة للعقد، وبين ما يشهده التعاقد الإلكتروني من خصوصيات واشكاليات خاصة من حيث التعبير عن الإرادة وتكوين ركن التراضي إلكترونيا وإثباته، فتم التطرق بداية إلى المتطلبات الموضوعية التي يفترض أن تدور في محيطها عملية التعبير عن الإرادة بالكتابة الإلكترونية، من خلال تحديد مدى مشروعية تبادلها من خلال هذا النوع من الكتابة، والفصل في مسألة مدى جواز التعبير عن الإرادة بواسطتها من جهة، وتحديد أحكام مسار تبادل عناصر التراضي الإلكتروني المتمثلة في الإيجاب والقبول الإلكترونيين باعتبارهما الشكل الذي تتخذه الإرادة بعد التعبير عنها وتوجيهها إلى إحداث أثر قانوني، من جهة أخرى.

وصولا في الشق الثاني منها إلى تحديد المتطلبات الشكلية للتعبير عن الإرادة بالكتابة الإلكترونية عن طريق تحديد شروط صحة الإرادة المعبر عنها والتي تمثل في نفس الوقت شروط صحة العقد ككل، ثم أخيرا إلى مسألة إثبات الأثر الذي اتجهت الإرادة إلى إحداثه، كل ذلك استنادا إلى ما ورد في القواعد العامة المكرسة بموجب القانون المدني الجزائري بالدرجة الأولى وقانون التجارة الإلكترونية، وفي النصوص القانونية الدولية والوطنية المقارنة وكذا الآراء الفقهية، وتم التوصل إلى مجموعة من النتائج نجملها فيما يلي:

1. في ظل ظهور الكتابة في الشكل الإلكتروني وانتشارها على نطاق واسع، توسع مفهوم مصطلح الكتابة وتحرر من فكرة ضرورة ربطه بمحرر مادي ملموس، وأصبحت العبرة في تحديد مفهومها ومدى

صلاحيتها كدليل إثبات بمدى قدرتها على أداء الوظائف القانونية المنوطة بها، لا بالدعامة المفرغة عليها أو الشكل الذي تتخذه أو الوسيلة التي تنقل أو تحفظ بواسطتها.

2. قيام المشرع الجزائري من خلال القانون 05-10 المعدل والمتمم للقانون المدني بوضع تعريف عام للكتابة بصفة عامة، يتسع ليشمل كلا من الكتابة في الشكل التقليدي والكتابة في الشكل الإلكتروني وأي شكل لها قد تكشف عنه أيام المستقبل مؤسساً بذلك لمبدأ الفصل بين الكتابة والدعامة المفرغة عليها ومقراً بمبدأ الحياد التقني.

3. فيما يخص جواز التعبير عن الإرادة بالوسائل الإلكترونية في القانون الجزائري يمكن القول أنه، وبمفهوم المخالفة لنص المادتين 03 و 05 من تقنين التجارة الإلكترونية اللتين حظرتا تحت طائلة المتابعة الجزائية إبرام بعض التصرفات عبر الاتصالات الإلكترونية من جهة، وإعمالاً لنص المادة 64 من التقنين المدني التي أجازت التعاقد من خلال الهاتف أو أية وسيلة ماثلة، وكذا أحكام المادة 60 من التقنين ذاته التي فتحت المجال واسعاً أمام المتعاقد لاختيار الوسيلة التي يراها مناسبة للتعبير عن إرادته من جهة أخرى يمكن الجزم بجواز التعبير عن الإرادة من خلال الكتابة الإلكترونية وباقي الوسائط الإلكترونية الأخرى **كأصل** في القانون الجزائري.

4. لم يشر تشريع التجارة الإلكترونية الجزائري—على خلاف التشريعات الأخرى—إلى رسائل البيانات ولا إلى الوسائط الإلكترونية المؤتمتة، كما لم ينظم أحكامها بالرغم من أهميتها باعتبارها أكثر الوسائل استخداماً للتعبير عن الإرادة في البيئة الإلكترونية، الأمر الذي يجعلنا أمام فراغ قانوني بحاجة إلى تدارك، كما لم يشر المشرع أيضاً إلى مسألة كيفية معالجة الأخطاء الفنية التي يقع فيها المتعاقد مع الوسائط الإلكترونية، على نقيض بعض التشريعات العربية والأجنبية.

5. استثنت معظم التشريعات النازمة للمعاملات الإلكترونية من بينها القانون 18-05 بعض المعاملات من نطاق تطبيق أحكامها، وبالتالي فلا يجوز إبرام تلك التصرفات أو التعبير عنها إلكترونياً، وذلك لعدة اعتبارات منها ما يتعلق بالنظام العام والآداب العامة ومنها ما يتعلق بالصحة العامة.

6. بالنسبة للإيجاب المعبر عنه بالكتابة الإلكترونية تم التوصل إلى أنه لا يختلف هو الآخر عن الإيجاب التقليدي إلا في وسيلة التعبير عنه، وأن الأحكام العامة لنظرية العقد تصلح لأن تحكم الإيجاب الإلكتروني إلا أنه تبقى له خصوصيته، بحيث أنه يتميز عن غيره من جوانب عديدة منها إلزام الموجب من خلال قواعد أمرة بأن يُضمّن إيجابه الموجه إلكترونياً إلى مستهلك مجموعة من المعلومات والبيانات الضرورية لحماية لرضاه، كما يتميز بطابعه الدولي أو العالمي، ما يترتب عنه أنه قد يتم قبوله من عدد غير محدود من الأشخاص، الأمر الذي يستلزم تحديد نطاقه الزماني والمكاني.

7. أن القبول بواسطة الكتابة الإلكترونية لا يخرج أيضا عن الإطار العام للقبول التقليدي ما يقيه خاضعا من حيث الأصل لقواعده، غير أنه تبقى له خصوصية تميزه عن نظيره التقليدي، وتتطلب معالجات تفتقر إليها تلك القواعد العامة تجلت في نقطتين:

الأولى: ما استوجبه تشريعات التجارة الإلكترونية من إجراءات للتأكد على القبول بهدف التيقن من صحته، في إطار ما يعرف بعملية التأكد على القبول، في إطار ما يعرف بعملية "تأكيد القبول"، بحيث اتضح أنه لا يكفي لانعقاد العقد إلكترونيا مجرد التعبير عن القبول واتصاله بعلم من وجه إليه، بل لابد من عملية لاحقة عليه هي عملية تأكيد هذا القبول وفق ما تطلبه المشرع الجزائري من خلال نص المادة 13 من تقنين التجارة الإلكترونية، رغم أنه لم يحدد الآليات التي يتم من خلالها هذا التأكد.

الثانية: أنه وعلى خلاف القواعد العامة فإن السكوت لا يصلح للتعبير عن القبول الإلكتروني وفق ما قضى به المشرع بموجب المادة 13 ذاتها، حين اشترط أن يكون الاختيار الذي يقوم به المستهلك معبرا عنه صراحة، مستبعدا بذلك التعبير الضمني ومن باب أولى السكوت كطريقة للتعبير عن القبول إلكترونيا.

8. أما عن مسألة تحديد زمان ومكان انعقاد العقد الإلكتروني وبعد تطبيق نظرية العلم بالقبول المكرسة من قبل المشرع الجزائري بموجب المادة 67 ق م، تم الخروج بنتيجة مفادها أنه توجد حالات تخضع لأحكام التعاقد بين حاضرين حكما المنظمة بموجب المادة 64 ق م، وحالات أخرى لا يمكن اعتبارها إلا تعاقد بين غائبين، ويمكن القول في هذا الصدد أن العقد الإلكتروني وضع نموذجا جديدا لمجلس العقد بأن جعل منه افتراضيا وذلك إذا ما تم التعاقد بتكنولوجيا المحادثة والمباشرة عبر الإنترنت، ومثل هذا النوع من التعاقد يثير صعوبة بالغة في تحديد مكان انعقاد العقد وذلك بسبب الطبيعة اللامادية والعالمية للوسيلة المستخدمة في التعبير عن الإرادة.

9. لا يتطلب التعبير عن الإرادة بالكتابة الإلكترونية أهلية خاصة تختلف عن تلك المطلوبة لإبرام العقد في البيئة التقليدية، كما أن أهلية المتعاقد إلكترونيا قد يشوبها عيب أو يعثرها نقص، ورغم ذلك أغفل تشريع التجارة الإلكترونية 05-18 معالجة الآثار المترتبة عن هذا العيب أو النقص، الأمر الذي يترتب عليه أن القواعد العامة النازمة للأهلية هي الواجبة التطبيق، حتى لو تعلق الأمر بتعاقد إلكتروني ولا يبقى أمام المهني الذي قد يدخل في تعاقد مع قاصر تعمد إخفاء نقص أهليته سوى قواعد المسؤولية التقصيرية لتعويض ما قد يلحق به من ضرر، كما أغفل الإشارة أيضا إلى مسألة تأثير الموت أو فقد الأهلية على مصير التعبير الإلكتروني عن الإرادة.

10. أن التعاقد عبر الإنترنت يثير صعوبات خاصة تتعلق بإسناد الإرادة التعاقدية إيجابا كانت أم قبولا إلى صاحبها، وعدم تمكن أي من المتعاقدين من التحقق من شخصية الطرف الآخر ومن أهليته الشخصية

والوظيفية، إلا أن التشريعات وفي سبيل تدليل تلك الصعوبات قد كرس قواعد خاصة تنظم إسناد الإرادة في صورتها الإلكترونية، إلى جانب وجود العديد من الوسائل سواء ذات الطبيعة التقنية أو البيولوجية تؤدي الوظيفة ذاتها، وقد تم التوصل إلى أن حل هذه الإشكالية يبقى مرهونا بالتطور التقني وأن جميع التقنيات المستخدمة حاليا لمواجهة المشكلة كالعقود النموذجية أو التوقيع الإلكتروني الموثق يمكن التحايل عليها من الناحية التقنية، وعليه فلا توجد إلى حد الآن وسيلة مضمونة وموثوقة نستطيع بفضلها الجزم بهوية وأهلية المتعاقد إلا إذا ما استثنينا تقنية "البلوك تشين" الماضية في الانتشار.

11. تبقى لنظرية عيوب الإرادة أهميتها الخاصة في مجال التعاقد الإلكتروني ولا يقلل من أهميتها تكريس تشريعات المعاملات الإلكترونية لحق المستهلك في العدول عن العقد بإرادته المنفردة، ذلك أن هذه النظرية تحقق له العديد من المزايا لا يحققها له مجرد استخدامه لحق العدول.

12. بغية توفير الحماية اللازمة للمستهلك الإلكتروني وتحسينا لرضاه في التعاقد إلكترونيا، اتجه المشرع الجزائري من خلال تعديله للقانون المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش إلى تكريس رخصة قانونية تجيز للمستهلك الحق في العدول عن العقد بإرادته المنفردة بعد إتمامه خلال مدة محددة ووفق شروط معينة خلافا للقواعد العامة، ويأتي حقه هذا كتكملة لحقه في الإعلام قبل التعاقد وهو الالتزام الذي يجد أساسه في النصوص القانونية التي تقره، وفي حال غيابها، فإنه يجد أساسه في مبدأ حسن النية، وأن تنفيذه من طرف المدين به سيؤدي إلى تمكين المتعاقد المستهلك من إبرام العقد عن بيئة من أمره على نحو سيقول لا محالة من مجال نظرية عيوب الإرادة، وأن الإخلال به سيؤدي حتما إلى وقوع المتعاقد في غلط لنقص المعلومات المقدمة إليه أو عدم صحتها يمكنه من طلب إبطال العقد إضافة إلى المطالبة بالتعويض استنادا إلى نص المادة 14 من تقنين التجارة الإلكترونية.

13. على الرغم من صعوبة إثبات حصول التراضي في عالم افتراضي لسهولة إنكار التعبير عن الإرادة من طرف صاحبه، إلا أنه توجد تقنيتان قد تسهلان الأمر، أولهما استخدام التوقيع الإلكتروني لإثبات الرسالة المتضمنة للتعبير، حيث لاحظنا أن المشرع الجزائري قد اعترف بالتوقيع الإلكتروني وأعطاه ذات الحجية المقررة للتوقيع التقليدي سواء من خلال نص المادة 327 ق.م أو بموجب أحكام القانون 04-15 المتعلق بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين، أما الثانية فهي إسناد رسالة البيانات إلى مرسلها من خلال عدة قواعد تحكم المسألة على غرار نص المادة 13 من قانون اليونسترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية، وهي القواعد التي خلا تشريع التجارة الإلكترونية الجزائري من الإشارة إليها أيضا.

14. أما بخصوص مدى حجية المحررات الإلكترونية، فقد اكتفى المشرع الجزائري في تنظيمها بمادة وحيدة وهي المادة 323 مكرر 1 من القانون المدني، كرس بموجبها مبادئ عامة، غير واضحة الأبعاد، بعد أن أقر مبدأ

التعادل الوظيفي بين المحررات الإلكترونية والمحررات التقليدية، دون أن يضع أو يحدد الآليات القانونية والتقنية اللازمة لضمان تفعيل الاعتراف بالمحررات الإلكترونية، ولا حدد كيفية التحقق من توافر الشروط المطلوبة قانوناً للاعتداد بهذه المحررات، قبل أن يعود ويستثني بموجب المادة 3 من القانون 05-18 العقود الشكلية من مجال المعاملات الإلكترونية، ما يحصر مجال الإثبات بالمحررات الإلكترونية ليشمل العقود الرضائية دون الشكلية.

واستنادا إلى ذلك تقدم الاقتراحات التالية:

1. ينبغي على المشرع أن يضع أو يحدد الآليات القانونية والتقنية اللازمة لضمان تفعيل الاعتراف بالكتابة الإلكترونية وتحديد كيفية التحقق من توافر الشروط المطلوبة قانوناً للاعتداد بها ومساواتها بالكتابة التقليدية في الإثبات، وذلك بهدف الأعمال الأمثل لمبدأ التعادل الوظيفي بينهما، ما يحتم عليه تعديل نص المادة 323 مكرر 1 من التقنين المدني أو على الأقل إصدار تنظيم يحدد من خلاله كيفية التحقق من شروط الكتابة الإلكترونية، والتي إن لم تتحقق لها تعذرت مساواتها بالكتابة التقليدية في الإثبات.
2. من أجل توفير المزيد من الأمن القانوني لمستخدمي الوسائط الإلكترونية، وضمان استمرارية استخدامها وتطورها، نوصي بضرورة تدخل المشرع الجزائي بإيراد نص قانوني يقر بجواز التعبير عن الإرادة من خلال الوسيط الإلكتروني وبالاعتراف بصحة المعاملات المبرمة عبره في أول تعديل سيمس قانون التجارة الإلكترونية الذي صدر مؤخراً، والذي جاء خالياً من الإشارة إليه رغم أهمية الدور الذي يلعبه هذا الوسيط في عملية التعبير عن الإرادة وإبرام العقود الإلكترونية.
3. في ظل غياب المعالجة الشاملة لوسائل التحقق من أهلية التعاقد وإسناد الإرادة بصفة خاصة والمعاملات الإلكترونية بصفة عامة، أصبح لزاماً على المشرع الجزائي إيراد أحكام شاملة تفصيلية للوسائل المتصور استخدامها للتحقق من أهلية التعاقد وتنظيم المعاملات الإلكترونية.
4. ضرورة تجسيد وتفعيل جهات التصديق الإلكتروني المنشأة بموجب القانون 04-15 المنظم للتوقيع والتصديق الإلكترونيين.
5. ضرورة التوسع في الأخذ بنظرية الوضع الظاهر، ومبدأ الجهل بالقانون الأجنبي، بهدف توفير حماية أكبر للمهني الحسن النية في مواجهة المتطفلين على العقود الإلكترونية.
6. يتوجب على المشرع الجزائي تحديد القواعد اللازمة التي تسمح للقاضي بالترجيح بين الأدلة الكتابية الإلكترونية والتقليدية في حال تنازعها، وعدم ترك الأمر لسلطة القاضي التقديرية التي تصب في صالح الأدلة الكتابية التقليدية التي أُلِف التعامل معها، وفي سبيل ذلك نقترح عليه إضافة فقرة ثانية إلى نص المادة 323 مكرر 1 من التقنين المدني يكون نصها كالتالي "إذا لم يكن هناك نص أو اتفاق يحدد أسسا

أخرى، وجب على القاضي مستخدماً كل الطرق أن يفصل في التنازع القائم بين أنواع الأدلة الكتابية عن طريق ترجيح السند الأقرب إلى الاحتمال، أياً كانت طبيعة الدعامة المستخدمة في تدوينه".

7. إضافة نص خاص سواء ضمن التقنين المدني أو ضمن تشريع التجارة الإلكترونية يقضي باعتبار العرض الموجه إلى الجمهور عبر الشبكة مجرد دعوة إلى التعاقد، إلا إذا تضمن العرض ما يفيد صراحة اعتباره إيجاباً، وكان مستوفياً شروط الإيجاب التام والجازم، إذ يمكن في هذه الحالة اعتباره إيجاباً بالمعنى القانوني، ذلك أن هذا النص في غاية الأهمية وتقتضيه طبيعة العقود الإلكترونية.

8. ضرورة تظافر جهود القانونيين والمتخصصين في مجال تقنيات المعلومات والاتصال، لحل مشكلة التحقق من أهلية التعاقد في العقود المبرمة بواسطة الكتابة الإلكترونية، وذلك من خلال إيجاد الوسائل القانونية والتقنية الكفيلة بحماية التعبير عن الإرادة وتأمينه، وكذا حماية التعاقد حسن النية الذي يقع ضحية الوضع الظاهر لمن يتعاقد معهم إلكترونياً، وذلك بهدف إضفاء المزيد من الشفافية والأمان ولزيادة الثقة وتوفير الأمن القانوني والتقني لهذه التعاملات.

9. ضرورة توحيد الحلول التشريعية على المستوى الدولي بشأن تحديد ظرفي تلاقي الإرادتين، ذلك أن العقود الإلكترونية يغلب عليها الطابع الدولي ومن ثم كان لتوحيد الحلول القانونية بشأن هذه المسألة أهميته خاصة بالنظر لما يترتب على تحديد زمان ومكان إبرام العقد الإلكتروني من آثار قانونية.

10. وأخيراً، يحتاج التطبيق الأمثل لمبدأ التعادل الوظيفي بين الكتابة الإلكترونية والتقليدية إلى تأهيل منتسبي السلك القضائي لاستخدام الوسائل الإلكترونية والاطلاع على آليات عملها من الناحية التقنية والنظرية، على أن يصاحب الجانب النظري جانب عملي يمارس من خلاله القضاة آليات تكوين محرر إلكتروني وتشغيل منظومة التوقيع المرتبط به، والآلية التي تشفر من خلالها البيانات وغيرها من المسائل الفنية والتقنية الأخرى، وذلك تجنباً لاصطدام الكتابة الإلكترونية بعقليات غير ملمة بأحكامها ما سيؤدي لا محالة إلى عدم إعطائها المكانة التي اعترف لها المشرع بها .

قائمة المراجع

قائمة المراجع و المصادر:

I. باللغة العربية

- القرآن الكريم

أولا- المعاجم والقواميس

1- لسان العرب لابن منظور.

2- قاموس أوكسفورد الحديث : انجليزي- عربي Oxford, University Press ,2000

3- المعجم الوسيط، معجم اللغة العربية، ج 1، ط1، مطبعة دار المعارف، 1972.

ثانيا- الكتب

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

2- _____، العقد غير اللازم: دراسة مقارنة متعمقة في الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية مطبوعات جامعة الكويت، الكويت، 1994.

3- أحمد خالد العجلوني، التعاقد عن طريق الإنترنت: دراسة مقارنة، الدار العلمية الدولية ودار الثقافة، عمان 2002.

4- أحمد عزمي الحروب، السندات الرسمية الإلكترونية: دراسة مقارنة، ط1، دار الثقافة، عمان، 2010.

5- أحمد مهدي زوين، الاثبات في التجارة الإلكترونية، ط1، دار الكتب القانونية، القاهرة، 2004.

6- أسامة أبو الحسن مجاهد، التعاقد عبر الإنترنت، دار الكتب القانونية، القاهرة، 2002.

7- _____، خصوصية التعاقد عبر الإنترنت، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003.

8- أسامة أحمد بدر، حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني: دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية 2005.

9- أسامة عبد العليم الشيخ، مجلس العقد وأثره في عقود التجارة الإلكترونية: دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، ط 1، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2008.

10- آمانج رحيم أحمد، التراضي في العقود الإلكترونية عبر شبكة الإنترنت، ط1، دار وائل، عمان، 2006.

11- أنور العمروسي، القانون المدني، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2003.

12- أنور سلطان، الالتزام في القانون المدني الأردني: دراسة مقارنة بالفقه الاسلامي ،ط1، دار الثقافة، عمان 2002.

13- إيمان مأمون أحمد سليمان، إبرام العقد الإلكتروني وإثباته: الجوانب القانونية لعقد التجارة الإلكترونية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2008.

- 14- بسمان نواف الراشدي، عقود التجارة الإلكترونية وقواعد إبرامها، ط1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية 2015.
- 15- بشار محمود دودين، الإطار القانوني للعقد المبرم عبر شبكة الإنترنت، ط1، دار الثقافة، عمان، 2010.
- 16- جلال علي العدوي، أصول الالتزامات: مصادر الالتزام، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1997.
- 17- جميل عبد الباقي الصغير، أدلة الإثبات الجنائي والتكنولوجيا الحديثة، دار الفكر العربي، القاهرة، 2001.
- 18- حسام الدين كامل الأهواني، النظرية العامة للالتزام: مصادر الالتزام، ج1، دار النهضة العربية، القاهرة 2000.
- 19- حسن عبد الباسط جمعي، إثبات التصرفات القانونية التي يتم إبرامها عن طريق الإنترنت، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000.
- 20- _____، حماية المستهلك: الحماية الخاصة لرضا المستهلك في عقود الاستهلاك، دار النهضة العربية، القاهرة، 1996.
- 21- _____، عقود برامج الحاسب الآلي: دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة 1998.
- 22- خالد حمدي عبد الرحمان، التعبير عن الإرادة في العقد الإلكتروني، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006.
- 23- خالد مصطفى فهمي، النظام القانوني للتوقيع الإلكتروني في ضوء التشريعات العربية والاتفاقيات الدولية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2007.
- 24- خالد ممدوح ابراهيم، التحكيم الإلكتروني في عقود التجارة الدولية، ط1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية 2009.
- 25- _____، حجية البريد الإلكتروني في الإثبات، ط1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية 2008.
- 26- _____، حماية المستهلك في المعاملات الإلكترونية: دراسة مقارنة، الدار الجامعية القاهرة 2007.
- 27- _____، إبرام العقد الإلكتروني: دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2006.
- 28- رمضان أبو السعود، النظرية العامة للالتزامات: مصادر الالتزام، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية 2002.
- 29- زياد خليف العنزي، المشكلات القانونية لعقود التجارة الإلكترونية، ط1، دار وائل، عمان، 2010.
- 30- سامح عبد الواحد التهامي، التعاقد عبر الإنترنت: دراسة مقارنة، دار الكتب القانونية، القاهرة، 2008.
- 31- سحر البكباشي، التوقيع الإلكتروني: دراسة تحليلية لأحكام القانون 15 لسنة 2004 مدعمة بالتشريعات المقارنة، ط1، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2009.
- 32- سعيد فيصل الغريب، التوقيع الإلكتروني وحجيته في الإثبات، منشورات المنظمة العربية للتنمية الإدارية القاهرة، 2005.
- 33- سليم سعداوي، عقود التجارة الإلكترونية: دراسة مقارنة، ط1، دار الخلدونية، الجزائر، 2008.
- 34- سمير حامد عبد العزيز الجمال، التعاقد عبر تقنيات الاتصال الحديثة، ط8، دار النهضة العربية، القاهرة 2006.

- 35- **شحاتة غريب محمد شلقامي**، التعاقد الإلكتروني في التشريعات العربية: دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة الإسكندرية، 2008.
- 36- **صالح المنزلاوي**، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية 2008.
- 37- **ضياء الدين مشيش**، التوقيع الإلكتروني: دراسة مقارنة، ط1، منشورات صادر الحقوقية، بيروت 2003.
- 38- **طارق عبد العال الحماد**، التجارة الإلكترونية، الدار الجامعية، الإسكندرية، 2003.
- 39- **طلبة وهبة حطاب**، دروس في أحكام الالتزام والإثبات، دون دار نشر، 2002.
- 40- **عباس العبودي**، التعاقد عن طريق وسائل الاتصال الفوري وحجيتها في الإثبات المدني: دراسة مقارنة دار الثقافة، عمان، 2017.
- 41- _____، الحجة القانونية لوسائل التقدم العلمي في الإثبات المدني، ط1، الدار العلمية ودار الثقافة عمان، 2002.
- 42- **عبد الحميد ثروت**، التوقيع الإلكتروني: ماهيته، مخاطره، وكيفية مواجهتها، مدى حجته في الإثبات، ط2 مكتبة الإجلاء الجديدة، الإسكندرية، 2003.
- 43- **عبد الرزاق أحمد السنهوري**، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد: مصادر الالتزام، ج1، دار النهضة العربية، القاهرة، 1981.
- 44- _____، الوسيط في شرح أحكام القانون المدني: نظرية الالتزام، الإثبات، آثار الالتزام، ج2 منشأة المعارف، الإسكندرية، 2004.
- 45- **عبد الفتاح بيومي مجازي**، التوقيع الإلكتروني في النظم القانونية المقارنة، دار الفكر الجامعي الإسكندرية 2002.
- 46- _____، النظام القانوني لحماية التجارة الإلكترونية، الكتاب الأول، نظام التجارة الإلكترونية وحمايتها مدنيا، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2002.
- 47- _____، حماية المستهلك عبر شبكة الإنترنت، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2006.
- 48- _____، مقدمة في التجارة العربية، دار الفكر العربي، الإسكندرية، 2003.
- 49- **عبد الفتاح محمود الكيلاني**، المسؤولية المدنية الناشئة عن المعاملات الإلكترونية عبر الإنترنت، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2011.
- 50- **عبد الله حسين علي محمود**، حماية المستهلك من الغش التجاري والصناعي: دراسة مقارنة، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002.
- 51- **عبد المنعم فرج الصده**، نظرية العقد في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، ط2، دار النهضة العربية القاهرة، 1990.
- 52- **عبد الودود يحيى**، الموجز في النظرية العامة للالتزامات: مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة 1994.

- 53- عجة الجليلي، مدخل للعلوم القانونية، ج2، يرتي للنشر، الجزائر، 2009.
- 54- عدنان السرحان ونوري حمد خاطر، شرح القانون المدني الأردني: مصادر الحقوق الشخصية، ط1، دار الثقافة، عمان، 2008.
- 55- العربي بلحاج، النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني الجزائري، ج1، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، 2015.
- 56- عصام عبد الفتاح مطر، التجارة الإلكترونية في التشريعات العربية والأجنبية، دار الجامعة الجديدة الاسكندرية، 2009.
- 57- علاء محمد الفواعير، العقود الإلكترونية: التراضي، التعبير عن الإرادة، ط1، دار الثقافة، عمان، 2014.
- 58- علاء محمد نصيرات، حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات: دراسة مقارنة، دار الثقافة، عمان، 2005.
- 59- عمر خالد زريقات، عقود التجارة الإلكترونية: عقد البيع عبر الإنترنت، دار الحامد، عمان، 2005.
- 60- عمر محمد عبد الباقي، الحماية العقدية للمستهلك: دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، منشأة المعارف الإسكندرية، 2004.
- 61- عيسى غسان رضي، القواعد الخاصة بالتوقيع الإلكتروني، ط1، دار الثقافة، عمان، 2009.
- 62- عيسى لافي حسن الصمادي، عقد نقل التكنولوجيا عبر الإنترنت، ط1، دار الثقافة، عمان، 2005.
- 63- فادي محمد عماد الدين توكل، عقد التجارة الإلكترونية، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2010.
- 64- فاروق الأباصيري، عقد الاشتراك في قواعد المعلومات عبر شبكة الإنترنت، ط1، دار الجامعة الجديدة الإسكندرية، 2002.
- 65- فواز محمد المطالقة، الوجيز في عقود التجارة الإلكترونية: دراسة مقارنة، ط1، دار الثقافة، عمان، 2008.
- 66- قادة شهيدة، المسؤولية المدنية للمنتج: دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2007.
- 67- كوثر سعيد عدنان خالد، حماية المستهلك الإلكتروني، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2012.
- 68- لزهر بن سعيد، النظام القانوني لعقود التجارة الإلكترونية، دار هومة، عين مليلة، 2012.
- 69- لورنس محمد عبيدات، إثبات المحرر الإلكتروني، ط1، دار الثقافة، عمان، 2009.
- 70- محمد ابراهيم أبو الهيجاء، عقود التجارة الإلكترونية، ط3، دار الثقافة، عمان، 2017.
- 71- _____، التحكم بواسطة الإنترنت، ط1، دار الثقافة، عمان، 2002.
- 72- محمد أحمد عبد الرحمان، بصمات بلا أصابع، ط1، مركز البحوث والدراسات، دبي، 1995.
- 73- محمد السعيد رشدي، الإنترنت والجوانب القانونية لنظم المعلومات، مؤسسة دار الكتب، الكويت، 1997.
- 74- محمد العيش الصالحين، الكتابة الرقمية طريقا للتعبير عن الإرادة ودليلا للإثبات، ط1، منشأة المعارف الإسكندرية، 2008.
- 75- محمد أمين الرومي، التعاقد الإلكتروني عبر الإنترنت، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2004.
- 76- محمد حسام محمود لطفي، التفاوض على العقود وإبرامها عبر وسائل الاتصال الحديثة، ط1، مطبعة جامعة القاهرة، القاهرة، 1993.

- 77- _____، الحماية القانونية لبرامج الحاسب الإلكتروني، دار الثقافة، القاهرة، 1987.
- 78- **محمد حسن رفاعي العطار**، البيع عبر شبكة الإنترنت: دراسة مقارنة في ضوء قانون التوقيع الإلكتروني رقم 15 لسنة 2004، ط1، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2007.
- 79- **محمد حسين منصور**، المسؤولية الإلكترونية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2003.
- 80- **محمد سامي الشوا**، ثورة المعاملات وانعكاساتها، دار النهضة العربية، القاهرة، 1998.
- 81- **محمد سعد خليفة**، مشكلات البيع عبر الإنترنت، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004.
- 82- **محمد سعيد جعفر**، مدخل للعلوم القانونية: دروس في نظرية الحق، ج2، ط1، دار هومة الجزائر، 2011.
- 83- **محمد شكري سرور**، اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع: دراسة في قانون التجارة الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1988.
- 84- **محمد صبري السعدي**، الواضح في شرح القانون المدني الجزائري: الاثبات في المواد المدنية، ج4، ط1، دار هومة، الجزائر، 2009.
- 85- _____، الواضح في شرح القانون المدني: النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام العقد الإرادة المنفردة، ط4، دار الهدى، عين مليلة، 2007.
- 86- _____، شرح القانون المدني الجزائري: النظرية العامة للالتزامات، العقد والإرادة المنفردة، ط2 دار الهدى، عين مليلة، 2004.
- 87- _____، مدخل إلى العلوم القانونية: دروس في نظرية الحق، ج2، ط1، دار هومة، الجزائر، 2011.
- 88- **محمد فواز المطالقة**، الوجيز في عقود التجارة الإلكترونية، ط1، دار الثقافة، عمان، 2000.
- 89- **محمد وحيد الدين سوار**، شرح القانون المدني (النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام)، ج1، ط9 دمشق، 2000.
- 90- **محمد السيد عبد المعطي خيال**، الإنترنت وبعض الجوانب القانونية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1998.
- 91- **محمد عبد الرحيم الشريفات**، التراضي في تكوين العقد عبر الإنترنت، دراسة مقارنة، ط2، دار الثقافة عمان، 2011.
- 92- **محمد عبد المجيد المغربي**، أحكام العقد في الشريعة الإسلامية، المكتبة الحديثة، طرابلس، 1988.
- 93- **مصطفى العوجي**، القانون المدني: العقد، ج1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2008.
- 94- **مندي عبد الله محمد حجازي**، التعبير عن الإرادة عن طريق الإنترنت وإثبات التعاقد الإلكتروني وفقا لقواعد الفقه الإسلامي والقانون المدني: دراسة مقارنة، ط1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2010.
- 95- **منير محمد الجنيبي**، وممدوح **محمد الجنيبي**، الطبيعة القانونية للعقد الإلكتروني، دار الفكر الجامعي الإسكندرية، د، س، ن.
- 96- _____، الشركات الإلكترونية، ط1، دار الفكر الجامعي الإسكندرية، 2008.
- 97- **ناصر حمودي**، العقد الدولي الإلكتروني المبرم عبر الإنترنت: مع التركيز على عقد البيع الدولي للبضائع، ط1 دار الثقافة، عمان، 2012.

- 98- ناهد فتحي الحموري، الأوراق التجارية الإلكترونية: دراسة تحليلية مقارنة، ط1، دار الثقافة، عمان، 2009.
- 99- نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام: مصادر الالتزام، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2004.
- 100- نبيل صقر ومكاري نزهة، الوسيط في القواعد الإجرائية والموضوعية للإثبات في المواد المدنية، دار الهدى، عين مليلة، 2009.
- 101- نزيه محمد الصادق المهدي، الالتزام قبل التعاقد بالإدلاء بالبيانات المتعلقة بالعقد وتطبيقاتها على بعض أنواع العقود: دراسة فقهية قضائية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1990.
- 102- نوري حمد خاطر، عقود المعلوماتية: دراسة في المبادئ العامة في القانون المدني، ط1، الدار العلمية ودار الثقافة، عمان، 2001.
- 103- وسيم شفيق الحجار، الإثبات الإلكتروني، منشورات صادر الحقوقية، بيروت، 2002.
- 104- يمينه حوحو، عقد البيع الإلكتروني في القانون الجزائري، ط1، دار بلقيس، الجزائر، 2016.
- 105- يوسف أحمد النوافلة، حجية المحررات الإلكترونية في الإثبات، دار وائل، عمان، 2007.
- 106- يوسف أمير فرج، التوقيع الإلكتروني، ط1، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2008.

ثالثا: الرسائل الجامعية:

أ-رسائل الدكتوراه

- 1- بشار طلال المومني، مشكلات التعاقد عبر الإنترنت، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه، كلية الحقوق جامعة المنصورة، مصر، 2003.
- 2- بشار عصمت سميج سكري، العقود الإلكترونية: دراسة في القانون الواجب التطبيق وتسوية المنازعات الناشئة عنها، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة بيروت العربية لبنان، 2008.
- 3- بلال عبد المطلب بدوي، مبدأ حسن النية في مرحلة المفاوضات قبل التعاقدية في عقود التجارة الدولية أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين الشمس، مصر، 2001.
- 4- بلقاسم حامدي، إبرام العقد الإلكتروني، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه علوم تخصص علوم قانونية- قانون أعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2014/2015.
- 5- جابر عبد الهادي سالم الشافعي، مجلس العقد في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، مصر، 2001.
- 6- سمير حامد عبد العزيز الجمال، التعاقد عبر تقنيات الاتصال الحديثة، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه كلية الحقوق، جامعة القاهرة، مصر، 2005.
- 7- سهى يحيى الصباحين، التوقيع الإلكتروني وحجتيته في الإثبات: دراسة مقارنة، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه جامعة عمان العربية للدراسات العليا، الأردن، 2005.

- 8- عبد الرحمن بن صالح القهرة، تنظيم عقود التجارة الدولية الإلكترونية: دراسة مقارنة في ضوء الاتفاقيات الدولية، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عدن، اليمن، 2006.
- 9- عجالي بخالد، النظام القانوني للعقد الإلكتروني في التشريع الجزائري، دراسة مقارنة، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم، تخصص قانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي وزو الجزائر، 2014.
- 10- عزة محمود خليل، مشكلات المسؤولية المدنية في مواجهة الحاسب الآلي: دراسة مقارنة في القانون المدني والشريعة الإسلامية، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، مصر 1994.
- 11- العمر أيمن العمر، المستجدات في وسائل الإثبات، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه، كلية الدراسات العليا الجامعة الأردنية، عمان، 2002.
- 12- محمد إبراهيم أبو الهيجاء، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه، كلية الحقوق، القاهرة، 2004.
- 13- مراد محمد يوسف مطلق، التعاقد بوسائل الاتصال الإلكتروني: دراسة مقارنة، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه، حقوق، جامعة عين شمس، مصر، 2007.
- 14- ممدوح مبروك، أحكام العلم بالمبيع وتطبيقاته في ضوء تقدم وسائل التكنولوجيا المعاصرة، دراسة مقارنة بين القانون المدني "المصري والفرنسي" والفقه الإسلامي، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه، جامعة القاهرة المكتب الفني للإصدارات القانونية، 2000.
- 15- نافذ ياسين محمد المدهون، النظام القانوني لحماية التجارة الإلكترونية، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه في القانون، جامعة عين شمس، مصر، 2007.
- 16- وليد خليل محمد الحواجرة، العقد الإلكتروني في الفقه والقانون، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه، كلية الدراسات العليا، الجامعة الأردنية، الأردن، 2010.

ب- مذكرات الماجستير

- 1- أمال حابت، استغلال خدمات الإنترنت، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة مولود معمري تيزي وزو، الجزائر، 2004.
- 2- أنس محمد شرف اليوسفي، خصوصية تكوين العقد الإلكتروني وإثباته، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الشريعة والقانون، جامعة صنعاء، اليمن، 2009.
- 3- إياد عارف عطا سده، مدى حجية المحررات الإلكترونية في الإثبات: دراسة مقارنة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق، جامعة النجاح الوطنية، فلسطين، 2009.
- 4- عائشة قصار الليل، الخطوات القانونية لإنشاء عقد عبر الإنترنت، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية الدراسات العليا، الجامعة الأردنية، الأردن، 2008.
- 5- عز الدين منصور، خمسية كميني، الإثبات بالكتابة في الشكل الإلكتروني، مذكرة تخرج لنيل شهادة المدرسة العليا للقضاء، الجزائر، 2008.

- 6- عوض مظلوم عبد الكريم، إبرام العقد الإلكتروني في قانون اليونسترال النموذجي والقانون السوداني: دراسة مقارنة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الشريعة والقانون، كلية الشريعة والقانون، جامعة أم درمان الإسلامية، السودان، 2008.
- 7- فادي فلاح فالح أبو عامود، رسالة المعلومات الإلكترونية في القانون الأردني: دراسة مقارنة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية الدراسات العليا، الجامعة الأردنية، عمان، 2004.
- 8- لما عبد الله صادق سلهب، مجلس العقد الإلكتروني، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق، جامعة النجاح الوطنية، فلسطين، 2008.
- 9- نور الهدى مرزوق، التراضي في العقود الإلكترونية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، 2012.
- 10- الياقوت جرعود، عقد البيع وحماية المستهلك في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، الجزائر، 2002.

رابعاً: المقالات والمداخلات:

أ- المقالات المنشورة

- 1- إبراهيم الدسوقي أبو الليل، الجوانب القانونية للتعامل عبر وسائل الاتصال، بحث مقدم في مؤتمر القانون والكمبيوتر والإنترنت، المجلد الثالث، ط3، جامعة الإمارات العربية المتحدة، 1-3 مايو 2000، ص ص: 993-1032.
- 2- _____، الجوانب القانونية للتعاملات الإلكترونية، مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، 2003.
- 3- أحمد السعيد الزقرد، الحماية القانونية من الخداع الإعلاني في القانون الكويتي والمقارن، بحث منشور في مجلة الحقوق، ع3، السنة 19، الكويت، سبتمبر، 1995.
- 4- _____، نظرية عامة لصياغة العقود، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، ع2، السنة 25 الكويت سبتمبر، 2001.
- 5- أحمد بومدين، دور الالتزام بالإعلام قبل التعاقد في حماية رضا المستهلك، مقال منشور في مجلة العلوم القانونية، ع1، جوان 2010، معهد العلوم القانونية والإدارية، المركز الجامعي بالوادي الجزائري ص ص: 163-190، متاح على الرابط:

<https://www.asjp.cerist.dz/en/article/5509>

- 6- إدريس الفاخوري، حماية المستهلك من الشروط التعسفية، مجلة طنجنس، كلية العلوم القانونية جامعة عبد الملك السعدي، المغرب، ع3، 2003.
- 7- إسماعيل عبد النبي شاهين، أمن المعلومات في الإنترنت، بحث مقدم في مؤتمر القانون والكمبيوتر والإنترنت لكلية الشريعة والقانون وبالتعاون مع مركز الإمارات للدراسات والبحوث الاستراتيجية ومركز تقنية المعلومات بجامعة الإمارات العربية المتحدة، 1-3 ماي 2000، مجلد 3، ط3، 2004.

- 8- **أشرف وفاء محمد**، عقود التجارة الإلكترونية في القانون الدولي الخاص، المجلة المصرية للقانون الدولي صادرة عن الجمعية المصرية للقانون الدولي، المجلد 57، 2001.
- 9- **رامي محمد علوان**، التعبير عن الإرادة عن طريق الإنترنت وإثبات التعاقد الإلكتروني، مجلة الحقوق، ع46 السنة 26، الكويت، ديسمبر، 2002.
- 10- **زانا إسماعيل عزيز، أميد صباح عثمان**، القانون الواجب التطبيق على عقد البيع بالمزاد العلني الإلكتروني الدولي (دراسة تحليلية مقارنة)، مقال منشور في مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية، المجلد 7، عدد 26، سنة 2018، ص 12 وما بعدها، متاحة على الموقع:
<https://www.iasj.net/iasj?func=fulltext&aId=153304>
- 11- **سعاد نويري**، الالتزام بالإعلام وحماية المستهلك في التشريع الجزائري، مقال منشور في مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، ع08، جامعة باتنة، الجزائر، جانفي 2016، ص.ص: 221-237 متاح على الرابط:
<https://www.asjp.cerist.dz/en/article/6468>
- 12- **سمير برهان**، إبرام العقد في التجارة الإلكترونية، مجلة التحكيم العربي، الأمانة العامة للاتحاد العربي للتحكيم الدولي، ع05، سبتمبر، 2002.
- 13- **سي يوسف زاهية حورية**، حق العدول عن العقد آلية لحماية المستهلك الإلكتروني، مقال منشور في مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، المركز الجامعي لمتراست، المجلد 7، العدد 2، 2018، ص ص: 11-30، متاح على الرابط:
<https://www.asjp.cerist.dz/en/article/51915>
- 14- **صبري الحاج مبارك**، المعلومات ودورها في التنمية، مقال منشور في مجلة المعلوماتية، صادرة عن وكالة التطوير والتخطيط بوزارة التربية والتعليم السعودية، عدد 25، دون سنة، متوفرة على الموقع:
www.informatics.gov.sa
- 15- **عائشة قصار الليل**، الالتزام بالإعلام الإلكتروني السابق للتعاقد، مقال منشور في مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة باتنة 01 عدد 10، جانفي، 2017.
- 16- **عجالي بخالد**، حق المستهلك الإلكتروني في التراجع عن العقد وآثره على النظرية العامة للعقد في ظل نظريات القانون الاقتصادي، مقال منشور في مجلة الحقوق والحريات، جامعة محمد خيضر، بسكرة ع4، أبريل 2017، ص ص: 331-365، متوفر على الرابط:
<http://www.asjp.cerist.dz/en/article/32920>
- 17- **عقيل فاضل حمد الدهان، غني ريسان جادر الساعدي**، الالتزام بالإعلام في العقد الإلكتروني، مقال منشور في مجلة أهل البيت، ع5، بدون سنة، صادرة عن جامعة أهل البيت، متاح على الرابط: الالتزام بالإعلام- في العقد الإلكتروني abu.edu.iq/research/article/
- 18- **عقيل فاضل حمد الدهان**، النظام القانوني لعقود مزادات مستهلك لمستهلك (C2C) الإلكتروني، مجلة كلية الحقوق، جامعة النهدين، العراق، 2016، ص 11، متاح على الرابط:

<http://www.uomisan.edu.iq/law/jmr/cv.php?cv=49>

19- عيسى بن مصطفى، مجلس العقد الإلكتروني عبر الإنترنت، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، جامعة الجلفة، مجلد 9، عدد 1، ص ص: 18-25، متاح على الرابط:

<https://www.asjp.cerist.dz/en/article/44240>

20- محمد خالد محمد رابعة، الذكاء الاصطناعي، 2018، دراسة منشورة على الرابط الإلكتروني:

http://doc.abhatoo.net.ma/IMG/doc/22at_3.doc

21- معزوز دليلا، حق المستهلك في العدول عن تنفيذ العقد الإلكتروني، مقال منشور في مجلة معارف قسم العلوم القانونية، جامعة البويرة، مجلد 12، ع 22، جوان 2017، السنة 12، ص.ص: 1-18 متوفرة على الرابط: <https://www.asjp.cerist.dz/en/article/53614>

22- منصور الصرايرة، الإطار القانوني للعقد المبرم عبر وسائل الاتصال الإلكترونية: دراسة في التشريع الإداري مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، مجلد 25، ع 02، 2009.

23- منصور حاتم محسن وإسراء خضير مظلوم، العدول عن التعاقد في عقد الاستهلاك الإلكتروني (دراسة مقارنة)، مقال منشور بمجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية، جامعة بابل - العراق مجلد 4، ع 2 سنة 2012، ص ص: 48-85، متوفرة على الرابط:

<https://www.iasj.net/iasj?func=search&query=au:%22%D9%85%D9%86%D8%B5%D9%88%D8%B1%20%D8%AD%D8%A7%D8%AA%D9%85%20%D9%85%D8%AD%D8%B3%D9%86%22&uiLanguage=en>

24- ناصر حمودي، نزاعات العقود الإلكترونية، أزمة منهج تنازع القوانين وظهور القانون الموضوعي الإلكتروني كبديل، مجلة معارف، مجلة علمية محكمة، ع 5، المركز الجامعي ألكلي محمد أولحاج، البويرة 2008.

25- نبيل محمد أحمد صبيح، حماية المستهلك في التعاملات الإلكترونية، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، السنة 32 يونيو 2008.

26- نبيل مهدي زوين، المحررات الإلكترونية: دراسة قانونية، دراسة منشورة على موقع منتدى شبكة قانوني الأردن، متاح على الرابط:

<http://www.lawjo.net/vb/attachment.php?attachmentid=1249&stc=1&d=1282599206>

27- نجات بوساحة، عبد العزيز شطي، النظام القانوني لخيار عدول المستهلك في العقد الإلكتروني، مجلة البحوث والدراسات العلمية، جامعة يحيى فارس، المدينة، مجلد 12، عدد 1، ص.ص: 485-516، متاح على الرابط:

<https://www.asjp.cerist.dz/en/article/65555>

28- نور الدين الناصري، المحررات الإلكترونية وحجيتها في اثبات التصرفات المدنية والتجارية، مجلة الفقه والقانون، متاح على الرابط: <https://kambota.yoo7.com/t2248-topic>

ب- المداخلات العلمية:

- 1- أحمد بن عبد الله الضويحي، حكم العقود الإلكترونية ووسائل إثباتها في الشريعة الإسلامية، بحث مقدم في مؤتمر القانون والحاسوب المنعقد بين 12-13 تموز 2004، كلية الحقوق، جامعة اليرموك الأردن.
- 2- رافي ماني، بصمة العين، بحث مقدم الى مؤتمر البحث الجنائي المعاصر، مركز البحوث والدراسات دبي، الإمارات العربية المتحدة، 1992.
- 3- زيد محمود العقيلة، حجية الرسائل الإلكترونية المرسلة عن طريق الهاتف المحمول في إثبات التعاقد: دراسة في القانون الإماراتي والقوانين المقارنة، بحث مقدم إلى مؤتمر المعاملات الإلكترونية (التجارة الإلكترونية - الحكومة الإلكترونية)، الإمارات العربية المتحدة، أبو ظبي، في الفترة ما بين 19-20/5/2009، منشور على الموقع : www.ledroitpovrtovs.com
- 4- قارة مولود، شكل التعبير عن الإرادة في عقود التجارة الإلكترونية، دراسة مقدمة كمدخلة في الملتقى الدولي حول التوجه التعاقدى للتصرفات القانونية، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 23-24 أفريل 2006.
- 5- كمال العياري، التطور العلمي وقانون الإثبات، ورقة عمل مقدمة في الندوة العالمية حول الإثبات باستعمال وسائل المعلوماتية والتكنولوجية الحديثة، بالمركز العربي للبحوث القانونية والقضائية، 6-8 يناير 2003، بيروت، لبنان.
- 6- محمد إبراهيم محمد الشافعي، الآثار النقدية والاقتصادية والمالية للنقود الإلكترونية، بحث مقدم لمؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون، الإمارات العربية المتحدة من 10-12 مايو 2003.
- 7- محمد زهرة المرسى، الدليل الكتابي وحجية مخرجات الكمبيوتر في الإثبات في المواد المدنية والتجارية مؤتمر القانون والكمبيوتر والإنترنت، المجلد 3، ط3، جامعة الامارات العربية المتحدة، 1-3 مايو 2000.
- 8- نزيه محمد الصادق المهدي، انعقاد العقد الإلكتروني، بحث مقدم في مؤتمر المعاملات الإلكترونية (التجارة الإلكترونية-الحكومة الإلكترونية)، كلية الحقوق، جامعة الإمارات، مركز الإمارات للدراسات والبحوث الاستراتيجية بأبو ظبي، ماي 2009.

خامسا: النصوص القانونية

أ) النصوص القانونية الجزائرية

أ-1 النصوص التشريعية

- 1- أمر رقم 58-75، مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني، ج ر عدد 78 صادر بتاريخ 30 سبتمبر 1975، معدل ومتمم.
- 2- أمر رقم 59-75، مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون التجاري، ج ر عدد 101 صادر بتاريخ 19 ديسمبر 1975، معدل ومتمم.
- 3- قانون رقم 84-11، مؤرخ في 9 جويلية 1984، يتضمن قانون الأسرة، ج ر عدد 24 صادر بتاريخ 12 يونيو 1984، معدل ومتمم.

- 4- أمر رقم 06-97 مؤرخ في 21 يناير 1997، يتعلق بالعتاد الحربي والأسلحة والذخيرة، ج ر عدد 6 صادر بتاريخ 22 يناير 1997.
- 5- قانون رقم 2000 - 03 مؤرخ في 5 ماي 2000، يحدد القواعد العامة المتعلقة بالبريد والمواصلات السلوكية واللاسلكية، ج ر، عدد 48، صادر بتاريخ 6 ماي 2000 (ملغى).
- 6- أمر رقم 05-03، مؤرخ في 19 يوليو 2003، يتعلق بحقوق المؤلف والحقوق المجاورة، ج ر عدد 44 صادر بتاريخ 23 يوليو 2003.
- 7- أمر رقم 06-03 مؤرخ في 19 يوليو 2003، يتعلق بالعلامات، ج ر عدد 44، صادر بتاريخ 23 يوليو 2003.
- 8- أمر رقم 07-03 مؤرخ في 19 يوليو 2003، يتعلق ببراءات الاختراع، ج ر عدد 44، صادر بتاريخ 23 يوليو 2003.
- 9- أمر رقم 08-03، مؤرخ في 19 يوليو 2003، يتعلق بحماية التصميمات الشكلية للدوائر المتكاملة، ج ر عدد 44 صادر بتاريخ 23 يوليو 2003.
- 10- قانون رقم 02-04، مؤرخ في 23 جويلية 2004، يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، ج ر عدد 41 صادر بتاريخ 27 جويلية 2004، معدل ومتم بالقانون رقم 06-10، مؤرخ في 15 أوت 2010 ج ر عدد 46، صادر بتاريخ 18 أوت 2010.
- 11- قانون رقم 18-04 مؤرخ في 25 ديسمبر 2004، يتعلق بالوقاية من المخدرات والمؤثرات العقلية وفتح الاستعمال والاتجار غير المشروعين بها، ج ر عدد 83، صادر بتاريخ 26 ديسمبر 2004.
- 12- قانون رقم 02-06، مؤرخ في 20 فبراير 2006، يتعلق بتنظيم مهنة الموثق، ج ر عدد 14، صادر بتاريخ 8 مارس 2006.
- 13- قانون رقم 03-06، مؤرخ في 20 فبراير 2006، يتعلق بتنظيم مهنة المحضر القضائي، ج ر عدد 14 صادر بتاريخ 8 مارس 2006.
- 14- قانون رقم 03-09، مؤرخ في 25 فبراير 2009، يتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، ج ر عدد 15 صادر في 8 مارس 2009، معدل ومتم بموجب القانون 09-18، مؤرخ في 10 يونيو 2018، ج ر عدد 35، صادر بتاريخ 13 يونيو 2018.
- 15- قانون رقم 04-15، مؤرخ في 01 فبراير 2015، يحدد القواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين، ج ر عدد 06، صادر بتاريخ 10 فبراير 2015.
- 16- قانون 04-18، مؤرخ في 10 ماي 2018، يحدد القواعد العامة المتعلقة بالبريد والاتصالات الإلكترونية، ج ر عدد 27، صادر بتاريخ 13 ماي 2018.
- 17- قانون رقم 05-18 مؤرخ في 10 ماي 2018 يتعلق بالتجارة الإلكترونية، ج ر عدد 28، صادر بتاريخ 16 ماي 2018.
- 18- قانون رقم 11-18 مؤرخ في 2 يوليو 2018، يتعلق بالصحة، ج ر ع 46، صادرة بتاريخ 29 يوليو 2018.

أ- النصوص التنظيمية

- 1- مرسوم تنفيذي رقم 98-257، مؤرخ في 25 أوت 1998، ينظم شروط وكيفية إقامة خدمات الإنترنت واستغلالها، ج ر عدد 63، صادر بتاريخ 26 أوت 1998، معدل بموجب المرسوم التنفيذي رقم 2000-307، مؤرخ في 14 أكتوبر 2000، ج ر عدد 60، صادر بتاريخ 15 أكتوبر 2000.
- 2- مرسوم تنفيذي رقم 98-96 مؤرخ في 18 مارس 1998، يحدد كيفية تطبيق الأمر 97-06 المتعلق بالعتاد الحربي والأسلحة والذخيرة، ج ر ع 17، صادرة بتاريخ 25 مارس 1998، معدل ومتم بموجب المرسوم التنفيذي 04-304 مؤرخ في 13 سبتمبر 2004، ج ر ع 60، صادر بتاريخ 19 سبتمبر 2004.
- 3- مرسوم تنفيذي رقم 01-123 مؤرخ في 09 ماي 2001 المتعلق بنظام الاستغلال المطبق على كل نوع من أنواع الشبكات بما فيها اللاسلكية الكهربائية وعلى مختلف المواصلات السلكية واللاسلكية، ج ر عدد 27 صادرة بتاريخ 13 ماي 2001، معدل ومتم بموجب المرسوم التنفيذي رقم 07 - 162 مؤرخ في 30 مايو سنة 2007، ج ر عدد 37، صادر بتاريخ 7 يونيو 2007.
- 4- مرسوم تنفيذي رقم 03-451 يحدد قواعد الأمن المطبقة على النشاطات المتصلة بالمواد والمنتجات الكيميائية الخطرة وأوعية الغاز المضغوطة، ج ر عدد 75 صادر بتاريخ 7 ديسمبر 2003، معدل ومتم بموجب المرسوم التنفيذي رقم 10-19 مؤرخ في 12 يناير 2010، ج ر ع 04 صادر بتاريخ 17 يناير 2010.
- 5- مرسوم تنفيذي رقم 09-410 مؤرخ في 10 ديسمبر 2009، يحدد قواعد الأمن المطبقة على النشاطات المنصبة على التجهيزات الحساسة، ج ر عدد 73، صادرة بتاريخ 13 ديسمبر 2009، معدل ومتم بموجب المرسوم التنفيذي 16-61 مؤرخ في 11 فبراير 2016، ج ر عدد 09، صادر بتاريخ 17 فبراير 2016.
- 6- مرسوم تنفيذي رقم 13-378، مؤرخ في 09 نوفمبر 2013، يتضمن الشروط والكيفيات المتعلقة بإعلام المستهلك، ج ر عدد 58، صادر بتاريخ 18 نوفمبر 2013.
- 7- مرسوم تنفيذي رقم 16-142، مؤرخ في 5 ماي 2016، يحدد كيفية حفظ الوثيقة الموقعة إلكترونيا ج ر عدد 28، صادر بتاريخ 08 ماي 2016.

ب- النصوص القانونية المقارنة:

- 1- قانون اليونسسترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية لسنة 1996.
- 2- قانون اليونسسترال النموذجي بشأن التوقيعات الإلكترونية لسنة 2001.
- 3- التوجيه الأوروبي رقم 93 لسنة 1999 حول التوقيعات الإلكترونية.
- 4- التوجيه الأوروبي بشأن التجارة الإلكترونية 31 لسنة 2000.
- 5- التوجيه الأوروبي الخاص بحماية المستهلك في التعاقد عن بعد رقم 7/97.
- 6- اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع لسنة 1980.
- 7- اتفاقية الأمم المتحدة بشأن النقل الدولي للبضائع لسنة 1981.

- 8- القانون المدني المصري رقم 131 لسنة 1948 المعدل و المتمم، مؤرخ في 16/7/1948، الوقائع المصرية عدد رقم 108 مكرر(أ)، صادر بتاريخ 29/07/1948 متاح على الموقع:
<http://www.incometax.gov.eg/New%20LAWs/law-131-1948.pdf>
- 9- قانون المعاملات الإلكترونية الأردني رقم 15 لسنة 2015، متاح على الموقع:
<http://www.cbj.gov.jo/EchoBusV3.0/SystemAssets/66cb60aa-40fa-47c6-ac89-c21fc21a5251.pdf>
- 10- القانون المصري 15 لسنة 2004 المتعلق بتنظيم التوقيع الإلكتروني وإنشاء هيئة تنمية صناعة تكنولوجيا المعلومات، جريدة رسمية مصرية عدد 17 تابع (د) بتاريخ 22/4/2004.
- 11- قانون إمارة دبي الخاص بالمعاملات والتجارة الإلكترونية رقم 02 لسنة 2002.
- 12- قانون عدد 83 لسنة 2000 مؤرخ في 9 أوت 2000 يتعلق بالمبادلات والتجارة الإلكترونية التونسي، الرائد الرسمي التونسي رقم 64، مؤرخ في 11/08/2000، متوفر على الرابط الإلكتروني:
http://www.legislation.tn/detailtexte/Loi-num-2000-83-du-09-08-2000-jort-2000-064__2000064000831
- 13- قانون مملكة البحرين للمعاملات الإلكترونية رقم 28 لسنة 2002، صادر بتاريخ 18/09/2002، ج ر عدد 2548. متاح على الموقع:
<http://www.legalaffairs.gov.bh/AdvancedSearchDetails.aspx?id=4324#.Xc73StJKjIU>

سادسا: قرارات قضائية

- 1- قرار المحكمة العليا الجزائرية، رقم 22117 بتاريخ 19/2/1989، مجلة المحكمة العليا، العدد 1، 1989.
- 2- نقض مدني مصري ، 19 يونيو 1969، مجموعة أحكام النقض، رقم 159، ص 1017
- 3- نقض مدني مصري في 3 مارس 1970، مجموعة أحكام النقض، السنة 21، رقم 64، ص 396.
- 4- نقض مدني مصري في 20 جوان 1975، مجموعة أحكام النقض، السنة 8، ص 609، رقم 69.

II. باللغة الفرنسية

A. Ouvrages

- 1- ANCEL Bertrand et LOQUETTE Yves, *Les grands Arrêts de la jurisprudence française de droit internationale privé*, Edition Dalloz, Paris, édition, 1998.
- 2- AYEWOUDAN Akodah, *Les droits du contrat à travers l'internet*, Edition Larcier, Bruxelles, 2012.
- 3- BEAUCHARD Jean, *L'offre dans le commerce électronique*, Université de Poitiers, 2005.

- 4- **BENABENT Alain**, *Droit civil, les obligations*, 3^{ème} édition, Montchrestien, 1991.
- 5- **BENSONSSAN Alian**, *Le commerce électronique, aspects juridique*, Edition herms, Paris, 1998
- 6- **BROUSSEAU Éric**, *Confiance ou contrat*, in Francis Aubert, Jean-Pierre. Sylvestre, *Confiance et Rationalité*, INRA Edition, Les colloques, n° 97, 2000.
- 7- **BUSSEUIL Guillaume**, *Le contrat électronique*, Edition Economica, Paris 2010.
- 8- **CAPRIOLI Eric et SORIEUL Renaud**, *Commerce international électronique, vers L'émergence des règles juridiques transnationales*, Edition clunet, Paris, 1997.
- 9- **CAPRIOLI Eric**, *Le juge et la preuve électronique", réflexions sur le projet de loi portant adaptation du droit de la prévue aux Technologies de information relative à la signature électronique"*, <http://www.juriscom.net>.
- 10- **CAPRIOLI Eric**, *Signature électronique et dématérialisation*, Edition Lexis Nexis, Paris 2014.
- 11- **CHATILLON Stéphane**, *Le contrat international*, Edition Quercy Mécrues, 3 édition, Paris, 2007.
- 12- **COLLART DUTILLEUL François, DELEBEDQUE Philippe**, *Contrats civils et commerciaux*, 3^{ème} édition, Dalloz, 1996.
- 13- **D'AUZON Olivier**, *Le droit du commerce électronique*, Edition du puits fleuri, Paris, 2005.
- 14- **DE CATHIE-ROSALIE Joly**, *Le paiement en ligne, sécurisation juridique et technique*, Lavoisier, 2005.
- 15- **DELEYSSAC Lucas**, *L'obligation de renseignement dans les contrats*, in l'information en droit privé, LGDJ, Paris, 1978.
- 16- **GAUTRAIS Vincent**, *Le contrat électronique international*, Edition BRUYLANT, BRUXELLE, 2002.
- 17- **GHESTIN Jacques**, *traité de droit civil, la formation du contrat*, 3ème édition, LGDJ, Paris, 1993.
- 18- **GRYNBAUM Luc et di VITTORIO Stanislas**, *E-@ssurence*, Edition L'Argus de l'assurance, Paris, 2007.
- 19- **GUIGOU Catherine**, *Les contrats avec les consommateurs: un outil de développement du commerce électronique*, Presses Universitaires d'Axe Marseille, 2002.
- 20- **ITEANU Olivier**, *Internet et le droit, Aspects juridiques du commerce électronique*, Edition Eyrolles, Paris, 1996.
- 21- **Le TOURNEAU Philippe**, *Contrat informatiques et électroniques*, sixième édition, DALLOZ, Paris, 2010.

- 22- MAS Florence, *La conclusion des contrats de commerce électronique*, LGDJ, Paris, 2005.
- 23- MASCALA Corinne, *SAINT-ALARY-HOUIN Corinne*, *Droit civil, les contrats civils et commerciaux*, 5^{ème} édition, (S.A.E), LGDJ, Paris, 2008,
- 24- OUATTARA Aboudramane, *La preuve électronique*, PUAM, vol 2, 2011
- 25- PIETTE-COUDOL Thierry et BERTRAND André, *Internet et la loi*, Dalloz, Paris 1997.
- 26- POULET Olivier, *Savoir négocier ses contrats*, Delmas, Paris, 2007.
- 27- RABAGNY-LAGOA Agnès, *Doit du commerce électronique*, Edition ellipses, Paris, 2011.
- 28- RIHM Isabelle, *L'erreur dans la déclaration de volonté*, PUAM, 2006.
- 29- THIBAUT Verbiest, *Commerce électronique: le nouveau cadre juridique, publicité-contrat-contentieuse*, Editions Larcier, Bruxelles, 2004.
- 30- THIEFFRY Patrick, *Commerce électronique, droit international et European*, Litec, Paris, 2002.
- 31- VERBIEST Thibault, *Commerce électronique, le nouveau cadre juridique*, Larcier, Bruxelles, 2004.
- 32- VERBIEST Thibault, *La protection juridique du cyber-consommateur*, LITEC, Paris, 2002.
- 33- VALLEY michel, *Leçons d'histoire de la philosophie du droit*, Dalloz, Paris 1957.
- 34- WERY Etienne, *Le rapport du conseil d'Etat français sur l'internet et les réseaux numériques*, in droit et nouvelles technologies actualités, oct.1998.
- 35- WERY Etienne, *Paielements et monnaie électroniques*, Edition Larcier, BRUXELLES, 2007.

B. Thèses et mémoires :

- 1- EL AYOUBI Omar, *Le contrat du commerce électronique sur l'internet. Formation et exécution*, thèse en vue de l'obtention du doctorat de droit privé, université de Toulouse, 10 mai 2011.
- 2- GHAZOANI Chehab, *Le contrat de commerce électronique international*, thèse pour le doctorat en droit, université panthéon Assas Paris2, 2008.
- 3- GUILLEMARD Sulvette, *Le droit international privé face ou contrat de vent cyber partial*, thèse de doctorat, faculté de droit, université PANTHEON-ASSAS, Paris 2, 2003.

4- **HOTAIT Mazen**, *Protection du consommateur dans les contrats conclus sur internet*, thèse pour le Doctorat en droit, université PANTHEON-ASSAS, Paris 2, 29 septembre 2008.

<http://www.lex-electronica.org/articles/v5-1/thourmfr.htm>.

5- **JABER Abbas Youssef**, *Les contrats conclus par voie électronique : étude comparée*, thèse pour obtenir le grade de Docteur en droit privé, université de Montpellier 1, 30 juin 2012.

6- **Magdy Attia Hassan Hassanein**, *Le régime juridique du contrat international de vente électronique « Etude comparée de droit égyptien et français »*, thèse pour le Doctorat en droit, université de Paris 13, 15 décembre 2009.

7- **NAIMI- CHARBONNIER Marine**, *La formation et l'exécution du contrat électronique*, thèse de Doctorat, université Panthéon-Assas, Paris II, 2003.

8- **SHANDI Youssef**, *La formation du contrat à distance par voie électronique*, thèse en vue de l'obtention du doctorat nouveau régime, droit privé, université Robert SCHUMAN, Strasbourg 3, 28 juin 2005.

9- **TURMEL Anne-Sophie**, *La formation du contrat électronique*, thèse pour obtenir le grade de docteur, droit privé, université de Montpellier 1, 19 juin 2004.

10- **CHANIKIR Barhachima**, *Problèmes juridiques poses par l'internet dans la vente internationale de marchandises*, DESS, diplôme d'études supérieures spécialisées en droit des Affaires, université d'Abomey-calavi bénin, et université de Lorme TOGO, 2003-2004 en ligne : [http : // www.segnelec.com.p:15](http://www.segnelec.com.p:15).

11- **ESNAULT Julien**, *La signature électronique, mémoire publiée, sur: sognelec.com le 21 juillet 2003*. sur le site: www.signelec.com.

12- **KOTEICHE Lama**, *La loi applicable aux contrats du commerce électronique*, mémoire pour l'obtention d'un diplôme d'études approfondies en droit interne et internationale des affaires, université libanaise, Beyrouth, Liban, 2005.

13- **MEHDAOUI Kamel**, *La formation du contrat électronique international : le formalisme au regard de la convention CNUDCI 2005*, mémoire présenté comme exigence partielle de la maîtrise en droit international, université du Québec, Montréal, mars 2010.

14- **MOREAU Nathalie**, *La formation du contrat électronique dispositif de protection du cyberconsommateur et modes alternatifs de règlement des conflits*, Mémoire DEA , Droit des contrats, Faculté des Sciences Juridiques, Politiques et Sociales ,Université de Lille 2, 2003.

15- **THOMYRE Lionel**, *L'échange des consentements dans le commerce électronique maîtrise de droit des technologies de l'information*, université de Montréal, 1999.

C- Revues

- 1- **ABAD Véronique**, «Publicité sur Internet et Protection du consommateur», *Lex Electronica*, vol. 8, n°2, printemps 2003.
- 2- **AYEWOUADAN Akodah**, « Contrôle de la validité de l'écrit électronique : l'office du juge », *revue Lamy droit de l'immatériel*, 2011, pp 1-7. www.lamyline.fr.
- 3- **AYEWOUADAN Akodah**, « La preuve des actes juridiques sous le prisme des contrats électronique », *Revue Lamy droit de l'immatériel*, 2009, pp 1-18. www.lamyline.fr.
- 4- **BLANCHETTE Jean-François**, « Les technologies de l'écrit électronique : synthèse et évaluation critique », in *les actes authentiques électroniques, documentation française*, 2012, pp 139-203.
- 5- **CACHARD Olivier**, « Le contrat électronique dans la loi pour la confiance dans l'économie numérique », *Revue Lamy droit civil*, 2004, pp 1-12. www.lamyline.fr
- 6- **CAPDEVILLE Jérôme-Lasserre**, « La réforme de la monnaie électronique en droit français », *JCP G*, n°10, 4 mars 2013, pp 491-493.
- 7- **CAPRIOLI Eric**, « L'agent électronique et le contrat », les deuxièmes journées internationales du droit du commerce électronique, actes du colloque de Nice des 6 et 7 novembre 2003, *actualité de droit de l'entreprise*, n° 22, 2003, pp 214-242.
- 8- **COLLARD Christophe**, « Retour sur la notion de contrat...électronique », les deuxièmes journées internationales du droit du commerce électronique, actes du colloque de Nice des 6 et 7 novembre 2003, *actualité de droit de l'entreprise*, n° 22, 2003, pp 270-275.
- 9- **DAVIO Etienne**, «Internet Face au droit», *Cahiers du. C.R.I.D.*, 12, Edition Story Scientical, 1997.
- 10- **DELBARRE Francis**, « Offre de produit et services », *GAZ.PAL*, 25 février 1993, pp 182-213.
- 11- **DEVEZE Jean**, « La formation du contrat électronique », in *Le contrat électronique*, travaux de l'association Henri capitant des amis de la culture juridique française, LGDJ, Paris 2002, pp 59-68.
- 12- **DIDIER Philippe**, « La fiscalité du contrat électronique », in *Le contrat électronique*, travaux de l'association Henri capitant des amis de la culture juridique française, LGDJ, Paris 2002, pp 109-114.
- 13- **DEMOULIN Marie**, «La notion du «support durable», dans les contrats à distance: une contrefaçon de l'écrit? », *REDC*, 2000, n°4, PP : 361-377.
- 14- **FAGES Bertrand**, « Les contrats spéciaux conclus électroniquement », in *Le contrat électronique*, travaux de l'association Henri capitant des amis de la culture juridique française, LGDJ, Paris 2002, pp 71-84.

- 15- **GAUTRAIS Vincent**, « La couleur du consentement électronique », Dans *Cahiers de la propriété intellectuelle*, Vol. 16, n°1, 2003, disponible sur : <https://www.gautrais.com/publications/la-couleur-du-consentement-electronique/>
- 16- **GAUTRAIS Vincent**, « Le consentement électronique », la deuxième journée internationale du droit du commerce électronique, actes du colloque de Nice des 6 et 7 novembre 2003, *actualité de droit de l'entreprise*, n° 22, 2003, pp72-105.
- 17- **GAUTRAIS Vincent**, « La formation des contrats en ligne dans le guide juridique du commerce électronique », disponible sur le site : http://www.jurisint.org/pub/05/fr/guide_chap_4.pdf.
- 18- **JACQUE Laurent**, « La date électronique et le contrat », les deuxièmes journées internationales du droit du commerce électronique, actes du colloque de Nice des 6 et 7 novembre 2003, *actualité de droit de l'entreprise*, n° 22, 2003, pp 164-183.
- 19- **HUET Jérôme**, « Le consentement échangé avec la machine », *Revue de jurisprudence commerciale*, 1995, pp124-130.
- 20- **LAVOREL Laure**, « Le consentement en matière de commerce électronique », *Expertises*, n° 243, décembre 2000, pp 379-381.
- 21- **Le TOURNEAU Philippe**, « La notion de contrat électronique », les deuxièmes journées internationales du droit du commerce électronique, actes du colloque de Nice des 6 et 7 novembre 2003, *actualité de droit de l'entreprise*, n° 22, 2003, pp 02-17.
- 22- **LINANT DE BELLEFONDS Xavier**, « Signature électronique et tiers certificateurs », *Expertises*, n° 238, février 2000, pp18-20.
- 23- **LUDOVIC Bernardeau**, « Droit communautaire et protection des consommateurs », *J.C.P.*, 2000.
- 24- **MAINGUY Daniel**, « L'échange électronique des consentements », actes de colloque : Les premières journées internationales du Droit du Commerce Electronique, Nice, 23,24 et 25 octobre 2000, Edition Litec, 2000, pp 212-221.
- 25- **MONTERO Etienne**, « Signature et contrat dans les environnements électronique ouverts », les deuxièmes journées internationales du droit du commerce électronique, actes du colloque de Nice des 6 et 7 novembre 2003, *actualité de droit de l'entreprise*, n° 22, 2003, pp 186-197.
- 26- **NETTER Emmanuel**, « Réflexions sur la preuve et l'imputabilité des contrats électroniques », *RLDI*, 2013, pp 1-35. www.lamyline.fr

- 27- **OVERSTRATEN Van**, «Droit applicable et juridiction compétente sur internet», *RDAI*, n°03, 1998.
- 28- **PIZZIO Jean-Pierre**, «La protection des consommateurs par le droit commun des obligations», *RTD.com*, 1998.
- 29- **POILLOT PERUZZETTO Sylvaine**, « La loi applicable au contrat électronique », in *Le contrat électronique, travaux de l'association Henri Capitant des amis de la culture juridique française*, LGDJ, Paris 2002, pp 35-58.
- 30- **RAYNOUARD Arnaud**, « La formation du contrat électronique », in *Le contrat électronique, travaux de l'association Henri Capitant des amis de la culture juridique française*, LGDJ, Paris 2002, pp 15-33.
- 31- **RONDEAU Dominique**, «L'impact de l'erreur dans les contrats de vente passés sur internet», *Gaz. PAL*, 20 au 24 Avril 2003.
- 32- **VOLO Patricia**, « La signature électronique », *Expertises*, n° 238, juin 2000, pp 182-184.
- 33- **ZOIA Michel**, « La notion de consentement à l'épreuve de l'électronique (2^e partie) *Gaz. PAL*, 16 octobre 2001, pp 1552-1556.

C. Textes juridiques :

- 1- Directive 97/7/CE du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 1997 concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance, *Journal officiel n° L 144 du 04/06/1997 p.19 -27*
- 2- Directive 1999/93/ce du parlement européen et du conseil du décembre, 1999 sur un cadre communautaire pour les signatures électroniques. Du 19/01/2000, j.o n° Lo13, p.0012-0020.
- 3- 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.
- 4- Directive 2002/65/CE du parlement européen et du conseil du 23 septembre 2002 concernant la commercialisation à distance de services financiers auprès des consommateurs, et modifiant les directives 90/619/CEE du Conseil, 97/7/CE et 98/27/CE, JO L 271 du 9.10.2002, p.16, disponible sur:
<https://eur-lex.europa.eu/legalcontent/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:02002L0065-20071225&from=PL>

5- -LOI n° 93-949 du 26 juillet 1993 relative au code de la consommation, JORF n°0171 du 27 juillet 1993 page 10538, disponible sur :

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000529228&categorieLien=id>

6- Loi n° 94-665 du 4 août 1994 relative à l'emploi de la langue française, disponible sur :

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=LEGITEXT000005616341>

7- Loi n°2000-230 du 13 mars 2000 prêtant adaptation du droit de la preuve aux technologies de l'information et relative à la signature électronique, j.o français, n°62 du 14 mars 2000. disponible sur :

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=LEGITEXT000005629200>

8- Décret n° 98-27 du 9 Avril 1998, j.o du 12 Avril 1998, p. 514.

9- Loi n° 2004-575 du 21 juin 2004, pour la confiance dans l'économie numérique, J.O n° 143 du 22 juin 2004, p 11168 texte n°2. Disponible sur:

http://www.globenet.org/IMG/pdf/LCEN_21_juin_2004_annotee.pdf

10- Legal aspects of electronic commerce, electronic contracting: provisions for a draft convention note n° A/CN.9/WG-IV/WP-95 issued by secretariat of UNCITRAL, 20 septembre 2001, p.17, available at this site: <http://www.unictral.org>.

11- *Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, disponible sur :

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do?cidTexte=LEGITEXT000006070721&idArticle=LEGIARTI000032007506&dateTexte=&categorieLien=cid>

D. Jurisprudences

1- cass.civ.3em.20oct.1974.BULL civ.111.p251-

2- -Cass civ, 3^e, 30 juin1992, BULL CIV, 111, n°238, p 145.

3- -Cass.civ, 3ech, 17 nov, 1993, D, 1993. I. R. 259 (J.C.P), 1994. 22283.

4- -cass.com, 6 mars 1990.bull.Iv.n°74, p51.

5- C.A.PARIS, 05 éme ch, section-A, 2 mars 2005, disponible sur le site :

www.legiFrance.gouv.fr

E. Sites d'internet:

1- www.baheth.inFo

2- www.Lawjo.net

- 3- <http://www.lexinter.net/dectrine/le-code-civil.htm>
- 4- www.informatics.gov.sa
- 5- www.ledroitpovrtovs.com
- 6- www.unictral.org.
- 7- http://doc.abhatoo.net.ma/IMG/doc/22at__3.doc.
- 8- [http:// www.law.Upenn.Edu/Library/ulc/ucc2/2b298.htm](http://www.law.Upenn.Edu/Library/ulc/ucc2/2b298.htm)
- 9- [HTTP:www. computer.org/itpro/home page/ jean Feb/ ecurity3.html](http://www.computer.org/itpro/home%20page/jean%20Feb/ecurity3.html)://.
- 10- [http : // www.segnelec.com](http://www.segnelec.com).p:15.
- 11- <http://dspace.univ-ouargla.dz/jspui/bitstream/123456789/7470/1/r0207.pdf>
- 12- [www.legi France.gouv.fr](http://www.legi-France.gouv.fr)
- 13- www.ccip.fr.
- 14- [https://www.asjp.cerist.dz//en/article/9349](https://www.asjp.cerist.dz/en/article/9349)
- 15- <http://www.lexelectronica.org/articles/v8-2/abad.htm>
- 16- www.arablawnet.org
- 17- <http://www.juris.com.net>
- 18- www.libyaforum.org
- 19- [www.boheth.inFo](http://www.boheth.info)
- 20- www.Uncitral.org
- 21- <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/ar/v1056999-cisg-a.pdf>
- 22- [www.ordre.pharmacien.fr/le-patient/vente-de-médicament-sur-internet-en-france](http://www.ordre.pharmacien.fr/le-patient/vente-de-medicament-sur-internet-en-france).

فهرس الموضوعات

الصفحة	الموضوع
	إهداء
	شكر وتقدير
	قائمة المختصرات
01	مقدمة
10	الباب الأول: المتطلبات الموضوعية للتعبير عن الإرادة بالكتابة الإلكترونية
12	الفصل الأول: مشروعية تبادل التعبير عن الإرادة بالكتابة الإلكترونية
13	المبحث الأول: ضبط مفهوم الكتابة الإلكترونية باعتبارها وسيلة التعبير عن الإرادة
13	المطلب الأول: تعريف الكتابة الإلكترونية
15	الفرع الأول: تعريف الكتابة الإلكترونية في القوانين المقارنة
15	أولاً: تعريف الكتابة الإلكترونية في قانون اليونسترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية
16	ثانياً: تعريف الكتابة الإلكترونية في القانون الفرنسي
18	ثالثاً: تعريف الكتابة الإلكترونية في القانون المصري
18	الفرع الثاني: تعريف الكتابة الإلكترونية في القانون الجزائري
20	المطلب الثاني: شروط الاعتراف بالكتابة الإلكترونية
20	الفرع الأول: شرط المقرئية
21	الفرع الثاني: شرط الإنتساب
22	الفرع الثالث: شرط السلامة
24	المطلب الثالث: بيئة الكتابة الإلكترونية
24	الفرع الأول: بعض أجهزة الاتصال عن بعد
25	أولاً: جهاز الهاتف
26	ثانياً: جهاز التلكس
26	ثالثاً: الفاكسميلي
27	رابعاً: المينيتل
27	الفرع الثاني: الحاسب الآلي وشبكة الإنترنت
28	أولاً: الحاسب الآلي
28	أ- مكونات مادية
29	ب- البرمجيات
29	ج- العنصر البشري

29	ثانياً: شبكة الإنترنت
31	المطلب الرابع : التمييز بين الكتابة الإلكترونية والكتابة التقليدية.
31	الفرع الأول: من حيث الدعامة
32	الفرع الثاني: من حيث الخصائص الذاتية للكتابة
33	الفرع الثالث: من حيث التوقيع المرتبط بالكتابة
33	أولاً: من حيث اختلاف نوع الوسيط المثبت عليه التوقيع
33	ثانياً: من حيث الأشكال التي يمكن أن يتخذها التوقيع
33	ثالثاً: من حيث تعدد الوظائف المنوطة بالتوقيع
33	رابعاً: من حيث تقييد التوقيع الإلكتروني بضمانات الأمان والسلامة
34	المطلب الخامس: مظاهر التعبير عن الإرادة بالكتابة الإلكترونية
34	الفرع الأول: عن طريق البريد الإلكتروني E-mail
36	الفرع الثاني : عن طريق الموقع الإلكتروني (الويب)
37	الفرع الثالث: عن طريق المحادثة الكتابية
38	الفرع الرابع: عن طريق الوسيط الإلكتروني المؤتمت
38	أولاً: تعريف الوسيط الإلكتروني المؤتمت
39	ثانياً: دور الوسائط الإلكترونية المؤتمتة في التعبير عن الإرادة
40	ثالثاً: مدى صلاحية الوسيط الإلكتروني المؤتمت للتعبير عن الإرادة
41	الفرع الخامس: التعبير عن الإدارة عن طريق رسالة البيانات
41	أولاً: تعريف رسالة البيانات
43	ثانياً: مدى صلاحية رسالة البيانات للتعبير عن الإرادة
44	ثالثاً: إسناد رسالة البيانات
47	المبحث الثاني: مدى جواز التعبير عن الإرادة بالكتابة الإلكترونية
47	المطلب الأول: الإشكالات التي يثيرها التعبير عن الإرادة بالكتابة الإلكترونية
48	الفرع الأول: إشكالية تحديد هوية الشخص صاحب الإرادة وأهليته
49	الفرع الثاني: نيابة الوسائط الإلكترونية في التعاقد
50	الفرع الثالث: إشكالية اللغة المستخدمة في التعاقد الإلكتروني
51	الفرع الرابع: إشكالية القانون الواجب التطبيق
53	الفرع الخامس: إشكالية التكييف القانوني للإرادة المعبر عنها إلكترونياً

59	المطلب الثاني : توافق التعبير عن الإرادة بالكتابة الإلكترونية مع المفهوم التقليدي
59	الفرع الأول: قاعدة جواز التعبير عن الإرادة بكافة الوسائل
59	أولاً: مضمون قاعدة جواز التعبير عن الإرادة بكافة الوسائل
60	أ- التعبير الصريح
60	1/ التعبير عن الإرادة باللفظ
60	2/ التعبير عن الإرادة بالكتابة
61	3/ التعبير عن الإرادة بالإشارة
61	4/ اتخاذ موقف لا يدع مجالاً للشك في دلالة
61	ب- التعبير الضمني
63	ج- مدى صلاحية السكوت للتعبير عن الإرادة الإلكترونية
64	د- مدى كفاية الضغط على أيقونة القبول كوسيلة للتعبير عن الإرادة
67	الفرع الثاني : الاستثناءات الواردة على جواز التعبير عن الإرادة بالكتابة الإلكترونية
67	أولاً: في قانون اليونسترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية
68	ثانياً: الاستثناءات المقررة في التشريعات الداخلية المقارنة
69	أ- الاستثناءات في قانون المعاملات الإلكترونية الأردني
70	ب- الاستثناءات في قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية لإمارة دبي
72	ثالثاً: الاستثناءات المقررة في القانون الجزائري
73	ج1- حظر لعب القمار والرهان واليانصيب
74	ج2- حظر تداول المشروبات الكحولية والتبغ والمنتجات الصيدلانية
74	ج2-1/ بالنسبة للمواد التبغية
74	ج2-2/ بالنسبة للمواد أو المشروبات الكحولية
74	ج2-3/ بالنسبة للمنتجات الصيدلانية
76	ج3- المنتجات التي تمس بحقوق الملكية الفكرية أو الصناعية أو التجارية
77	ج4- كل سلعة أو خدمة محظورة بموجب التشريع المعمول به
77	ج5- كل سلعة أو خدمة تستوجب إعداد عقد رسمي
78	ج6- حظر التعامل في التجهيزات والمنتجات الحساسة
79	ج7- حظر التعامل في كل المنتجات و/ أو الخدمات الأخرى التي من شأنها المساس بمصالح الدفاع الوطني والنظام العام والأمن العمومي

82	الفصل الثاني: مسار تبادل التعبير عن الإرادة بالكتابة الإلكترونية
83	المبحث الأول: التعبير الإلكتروني عن الإرادة من طرف الموجب (الإيجاب الإلكتروني)
84	المطلب الأول: مفهوم الإيجاب الإلكتروني
84	الفرع الأول: التعريف بالإيجاب الإلكتروني
84	أولاً: تعريف الإيجاب الإلكتروني
85	أ- التعريف الفقهي للإيجاب الإلكتروني
86	ب- التعريف القانوني للإيجاب الإلكتروني
88	ثانياً: خصائص / خصوصية الإيجاب الإلكتروني
88	أ- الإيجاب الإلكتروني يتم عبر وسيط إلكتروني
88	ب- الإيجاب الإلكتروني يتم عن بعد
89	ج- الإيجاب الإلكتروني في الغالب إيجاب عالمي / دولي
89	د- استمرارية الإيجاب الإلكتروني
89	هـ- زوال الحدود بين الإيجاب الموجه لشخص معين والإيجاب الموجه للجمهور عبر الإنترنت
90	ثالثاً: تمييز الإيجاب الإلكتروني عما يشابهه من أنظمة
90	أ- الإيجاب الإلكتروني والدعوة إلى التعاقد
92	ب- الإيجاب الإلكتروني والإعلان الإلكتروني
94	الفرع الثاني: طرق طرح الإيجاب الإلكتروني
94	أولاً: الإيجاب عبر البريد الإلكتروني E-mail
94	أ- الإيجاب عبر البريد الإلكتروني في حالة وجود فترة زمنية فاصلة بينه وبين القبول
95	ب- الإيجاب عبر البريد الإلكتروني في حالة الإتصال بالكتابة مباشرة
95	ثانياً: الإيجاب عبر المواقع الإلكترونية Web
96	ثالثاً: الإيجاب عبر المحادثة أو المشاهدة المباشرة
96	المطلب الثاني: أحكام الإيجاب الإلكتروني
96	الفرع الأول: شروط الإيجاب الإلكتروني
97	أولاً: الشروط العامة
97	أ- أن يكون الإيجاب الإلكتروني كاملاً، محدداً، دقيقاً
98	ب- أن يكون الإيجاب الإلكتروني جازماً – باتاً
99	ثانياً: الشروط الخاصة بالإيجاب الإلكتروني
100	أ- الشروط الخاصة بالشكل

100	1/ بالنسبة للوسيلة المستخدمة في طرح الإيجاب الإلكتروني
100	2/ بالنسبة للأسلوب المستعمل في طرح الإيجاب الإلكتروني
101	3/ بالنسبة للغة المستخدمة في طرح الإيجاب الإلكتروني
102	ب- الشروط الخاصة بالمضمون
103	1/ البيانات المتعلقة بتحديد هوية المورد الإلكتروني
103	2/ البيانات المتعلقة بتحديد الشروط العامة للعقد
104	3/ البيانات المتعلقة بالخصائص الأساسية للسلع أو الخدمات المقترحة
105	4/ البيانات المتعلقة بالثمن
105	الفرع الثاني: القيمة القانونية للإيجاب الإلكتروني
106	أولا: القوة الملزمة للإيجاب الإلكتروني
107	ثانيا: حالات سقوط الإيجاب الإلكتروني
108	أ- سقوط الإيجاب الإلكتروني الملزم
108	1/ انقضاء الميعاد المحدد من قبل الموجب دون اقترانه بقبول
108	2/ رفض الموجب له الإيجاب الإلكتروني
108	ب- سقوط الإيجاب الإلكتروني غير الملزم
109	المطلب الثالث: الإجراءات الواجب مراعاتها حماية للمستهلك الإلكتروني عند طرح الإيجاب
110	الفرع الأول: استعمال لغة المستهلك
111	الفرع الثاني: التأكيد الكتابي للمعلومات
111	أولا: مضمون التأكيد الكتابي للمعلومات
112	ثانيا: كيفية إعمال التأكيد الكتابي للمعلومات
113	ثالثا: جزاء عدم احترام واجب التأكيد الكتابي للمعلومات
114	المبحث الثاني: التعبير عن الإرادة بما يتطابق مع الإيجاب الإلكتروني (القبول الإلكتروني)
114	المطلب الأول: مفهوم القبول الإلكتروني
114	الفرع الأول: التعريف بالقبول الإلكتروني
114	أولا: تعريف القبول الإلكتروني
116	ثانيا: شروط القبول الإلكتروني
116	أ- أن يقرن القبول الإلكتروني بإيجاب قائم
117	ب- أن يكون مطابقا للإيجاب في جميع المسائل التي تناولها
121	ج- أن يكون قبولا باتا

122	الفرع الثاني: صور التعبير عن القبول الإلكتروني
123	أولاً: صور القبول الإيجابي
123	أ- صور التعبير الصريح عن القبول الإلكتروني
123	1/ القبول عبر تقنية البريد الإلكتروني
124	2/ القبول عبر تقنية المحادثة الفورية/ التفاعل المباشر
124	3/ القبول عبر شبكة الإنترنت/ عبر تقنية الويب/عبر الموقع
129	ب- صور التعبير الضمني عن القبول الإلكتروني
129	1/ التعبير عن القبول في المعاملات الإلكترونية المؤتمتة
130	2/ مدى اعتبار التحميل عن بعد تعبيراً عن القبول Téléchargement .
130	ثانياً: القبول السلبي (السكوت كوسيلة للتعبير عن القبول في العقود الإلكترونية).
131	أ- طبيعة المعاملة أو العرف التجاري
131	ب- مصلحة من وجه إليه الإيجاب
131	ج- التعامل السابق
133	ثالثاً : صور خاصة للقبول الإلكتروني
133	أ- القبول عن طريق المزاد الإلكتروني
135	ب- القبول الإلكتروني في عقود الإذعان
136	المطلب الثاني: أحكام القبول الإلكتروني
137	الفرع الأول: مجلس العقد الإلكتروني
137	أولاً: تعريف مجلس العقد الإلكتروني
137	أ- التعريف الفقهي
138	ب- التعريف القانوني
139	ثانياً: أركان مجلس العقد الإلكتروني
139	أ- ركن المكان
140	ب- ركن الزمان
140	1/ تحديد الفترة الزمنية لمجلس العقد الإلكتروني باستخدام وسائل لا تعتمد على شبكة الإنترنت
141	2/ تحديد الفترة الزمنية لمجلس العقد الإلكتروني المنعقد باستخدام شبكة الإنترنت
141	ثالثاً: أنواع مجلس العقد
142	أ- مجلس العقد الحقيقي
142	ب- مجلس العقد الحكمي

143	رابعا: الطبيعة القانونية لمجلس العقد الإلكتروني
143	أ- التأصيل الفقهي لطبيعة مجلس العقد الإلكتروني
146	ب- موقف المشرع الجزائري
147	الفرع الثاني: زمان ومكان تلاقي الإرادتين المعبر عنها بالكتابة الإلكترونية
147	أولا: زمان تلاقي الإرادتين المعبر عنها بالكتابة الإلكترونية
148	أ- حكم القواعد العامة في تحديد لحظة انعقاد العقد وقصورها بالنسبة للتعاقد الإلكتروني
148	1/ النظريات الفقهية في تحدي لحظة انعقاد العقد
148	1-1/ نظرية إعلان القبول وتطبيقها على العقد الإلكتروني
149	1-2/ نظرية تصدير أو إرسال القبول وتطبيقها على العقد الإلكتروني
150	1-3/ نظرية استلام القبول وتطبيقها على العقود الإلكترونية
151	1-4/ نظرية العلم بالقبول وتطبيقها على العقود الإلكترونية
152	2/ موقف المشرع الجزائري من هذه النظريات
153	ب- النظام المطبق على العقد المبرم إلكترونيا في القانون الجزائري
155	ج- الآثار المترتبة عن تحديد لحظة انعقاد العقد الإلكتروني
156	ثانيا: مكان تلاقي الإرادتين المعبر عنها بالكتابة الإلكترونية
157	أ- مدى ملائمة القواعد العامة لتحديد مكان إبرام العقد الإلكتروني
158	ب- بعض الحلول المقترحة لحل المسألة
158	1/ مبدأ حرية الأطراف
159	2/ نظرية الازدواجية
160	ج- الآثار المترتبة عن تحديد مكان انعقاد العقد الإلكتروني
162	الباب الثاني: المتطلبات الشكلية للتعبير عن الإرادة بالكتابة الإلكترونية
164	الفصل الأول: صحة التراضي المعبر عنه بالكتابة الإلكترونية
165	المبحث الأول: الأهلية الإلكترونية
165	المطلب الأول: أحكام الأهلية اللازمة في عملية التعبير عن الإرادة عن طريق الكتابة الإلكترونية
165	الفرع الأول: القاعدة العامة في أهلية التعاقد
166	أولا: أهلية وجوب
166	ثانيا: أهلية أداء
167	أ- الإنعدام
167	ب- النقصان

168	ب-1/ بالنسبة لتأثير نقصان الأهلية على التصرفات المبرمة إلكترونيا
168	ب-2/ مسؤولية ناقص الأهلية أو من في حكمه أمام التاجر الإلكتروني
173	ج- كمال الأهلية
174	الفرع الثاني: أثر فقد الأهلية على التعبير عن الإرادة بالكتابة الإلكترونية
174	أولا: إذا صدر التعبير عن الإرادة وكان كلا الطرفين -موجه التعبير ومتلقيه- على الخط
175	ثانيا: إذا صدر التعبير عن الإرادة ولم يكن أحد الطرفين أو كلاهما على الخط
176	المطلب الثاني: خصوصية الأهلية الإلكترونية
177	الفرع الأول: صعوبة تحقيق عملية إسناد الإرادة المعبر عنها إلكترونيا إلى شخص صاحبها
179	الفرع الثاني: وسائل احتواء صعوبة تحقيق عملية إسناد الإرادة الإلكترونية
179	أولا: الوسائل القانونية
179	أ- فكرة العقد الابتدائي
180	ب- في القوانين النموذجية والداخلية المقارنة
180	1/ في قانون اليونسترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية
181	2/ في بعض القوانين الداخلية المقارنة
182	3/ في توجيهات الاتحاد الأوروبي
182	ج- موقف المشرع الجزائري
184	ثانيا- الوسائل البيوتقنية
184	أ- الوسائل البيولوجية
184	1/ تحديد هوية صاحب الإرادة من خلال البصمات
185	2/ تحديد هوية صاحب الإرادة من خلال أنماط أوردته الدموية
186	3/ تحديد هوية صاحب الإرادة من خلال خصائص الوجه
186	ب- الوسائل المقترحة من طرف المختصين في تقنية المعلومات
186	1/ التوقيع الإلكتروني
186	2/ جهات التصديق الإلكتروني
187	2-1/ الطرف الثالث الموثوق
187	2-2/ مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني
189	3/ تقنية البطاقات الذكية
189	4/ تقنية حاجز النار

189	4-1/ الحائط المصفي
190	4-2/ الحائط المفوض
190	5/ نظام مجال المعاملات بالتبادل الإلكتروني للبيانات
190	6/ تقنية العقود الإلكترونية النموذجية
191	ثالثا: الوسائل المقترحة من طرف الفقه
191	الفرع الثالث: صعوبة إعمال قواعد الإسناد التقليدية بشأن الأهلية الإلكترونية
192	أولا: تحديد مكن الصعوبة في تطبيق قواعد الإسناد التقليدية على الأهلية الإلكترونية
192	ثانيا: مدى إمكانية احتواء صعوبة تحديد القانون الواجب التطبيق على الأهلية الإلكترونية
195	المبحث الثاني: تحري سلامة الإرادة المعبر عنها بالكتابة الإلكترونية
196	المطلب الأول: سلامة الإرادة الإلكترونية من عيوب الرضا
196	الفرع الأول: سلامة الإرادة الإلكترونية من عيوب الرضا الواهم
196	أولا: خصوصية عيب الغلط وأثره في التعبير عن الإرادة إلكترونيا
197	أ- الغلط بمفهومه التقليدي ومدي إمكانية وقوعه في البيئة الإلكترونية
200	ب- الغلط في التعاقد مع الوسيط الإلكتروني وطبيعته القانونية
200	1/ المقصود بالغلط في التعاقد مع الوسيط الإلكتروني
202	2/ معالجة الغلط في التعاقد مع الوسيط الإلكتروني
202	3/ التكييف القانوني للغلط في التعاقد مع الوسيط الإلكتروني
204	ثانيا: خصوصية عيب التدليس في التعبير عن الإرادة إلكترونيا
207	الفرع الثاني: سلامة الإرادة من عيوب الرضا غير الحر
208	أولا: خصوصية عيب الإكراه في التعبير عن الإرادة إلكترونيا
210	ثانيا: خصوصية عيب الاستغلال في التعبير عن الإرادة إلكترونيا
214	المطلب الثاني: وسائل حماية رضا المتعاقد المعبر عنه بالكتابة الإلكترونية
215	الفرع الأول: الحماية القبلية للتعبير عن الإرادة بالكتابة الإلكترونية
215	أولا: التعريف بالالتزام بالإعلام الإلكتروني السابق للتعاقد
216	أ- تعريفه
218	ب- أساسه
221	ج- مبررات تقريره في العقود الإلكترونية
222	ثانيا: تفعيل دور الالتزام بالإعلام الإلكتروني السابق للتعاقد
223	ثالثا: مضمون الالتزام بالإعلام الإلكتروني السابق للتعاقد
225	رابعا: أثر الإخلال بالالتزام بالإعلام الإلكتروني السابق للتعاقد

225	أ- الجزء الجنائي المترتب عن الإخلال بالالتزام بالإعلام الإلكتروني السابق للتعاقد
226	ب- الجزء المدني المترتب عن الإخلال بالإعلام الإلكتروني السابق للتعاقد
226	1/ طبيعة المسؤولية الناتجة عن الإخلال به
227	2/ صور الجزء المدني الناتج عن الإخلال به
227	1-2/ الجزء في إطار نظرية عيوب الإرادة (الغلط والتدليس)
228	2-2/ الجزء في إطار العيوب الخفية
228	الفرع الثاني: الحماية البعدية للتعبير عن الإرادة بالكتابة الإلكترونية
229	أولاً: التعريف بالحق في العدول
229	أ- تعريفه
232	ب- طبيعته القانونية
232	ج- مبرراته
234	ثانياً- الضوابط القانونية لممارسة الحق في العدول وآثاره
234	أ-ضوابط ممارسة الحق في العدول
234	1/ نطاق تطبيق الحق في العدول عن العقد الإلكتروني
234	1-1/ من حيث نوع العقود
234	2-1/ من حيث الأشخاص
235	3-1/ من حيث محل العقد
235	2/ أجل / مدة ممارسة الحق في العدول
236	3/ كيفية ممارسة الحق في العدول عن العقد الإلكتروني
236	ب- آثار ممارسة حق العدول عن التعاقد إلكترونياً
237	1/ بالنسبة للبائع المحترف
237	1-1/ ردّ الثمن
237	2-1/ فسخ العقد الإلكتروني وكل العقود المرتبطة به
238	2/ آثار العدول بالنسبة للمستهلك الإلكتروني
238	1-2/ ردّ المبيع أو التنازل عن الخدمة
238	2-2/ دفع مصاريف ردّ المبيع
240	الفصل الثاني: إثبات التراضي المعبر عنه بالكتابة الإلكترونية
242	المبحث الأول : مفهوم المحرر الإلكتروني
242	المطلب الأول: التعريف بالمحرر الإلكتروني
243	الفرع الأول: تعريف المحرر الإلكتروني

243	أولاً: التعريف اللغوي لمصطلحي "محرر" و"إلكتروني"
245	ثانياً: تعريف الفقه للمحرر الإلكتروني
246	ثالثاً: التعريف القانوني للمحرر الإلكتروني
249	الفرع الثاني: خصائص المحررات الإلكترونية
250	أولاً: عناصر المحرر الإلكتروني
250	أ- طرفي المحرر الإلكتروني
251	ب- الوسيلة الإلكترونية
251	ثانياً: اعتماد الكتابة في المحرر الإلكتروني على تغيير فيزيائي
252	ثالثاً: عدم ظهور الكتابة في المحرر الإلكتروني إلا بواسطة جهاز إلكتروني
253	الفرع الثالث: شروط المحرر الإلكتروني
253	أولاً: شرط الانتساب
254	ثانياً: شرط السلامة
256	ثالثاً: شرط إمكانية الاسترجاع
257	المطلب الثاني: عناصر الدليل الكتابي الإلكتروني
257	الفرع الأول: مفهوم التوقيع الإلكتروني
257	أولاً: تعريفه
258	أ- تعريف الفقه للتوقيع الإلكتروني
259	ب- التعريف القانوني للتوقيع الإلكتروني
260	1/ تعريف قوانين اليونسسترال النموذجية
261	2/ تعريف التوقيع الإلكتروني في القانون الجزائري
263	ثانياً: شروط التوقيع الإلكتروني
264	أ: شروط التوقيع الإلكتروني الموصوف
264	1/ أن ينشأ على أساس شهادة تصديق إلكتروني موصوفة
264	2/ أن يرتبط بالموقع دون سواه
264	3/ أن يمكن من تحديد هوية الموقع
265	4/ أن يكون مصمماً بواسطة آلية مؤمنة خاصة بإنشاء التوقيع الإلكتروني
265	5/ أن يكون منشأً بواسطة وسائل تكون تحت التحكم الحصري للموقع
265	6/ أن يكون مرتبطاً بالبيانات الخاصة به بحيث يمكن الكشف عن التغييرات اللاحقة بهذه البيانات
266	ب: شروط التوقيع الإلكتروني العادي

267	ثالثا: مدى قدرة التوقيع الإلكتروني على أداء وظائف التوقيع التقليدي
267	أ- مدى قدرة التوقيع الإلكتروني على تحديد هوية الموقع
268	ب- مدى قدرة التوقيع الإلكتروني على أداء وظيفة التعبير عن إرادة الموقع
269	ج- دور التوقيع الإلكتروني في إثبات سلامة المحرر
269	الفرع الثاني: أشكال واستخدامات التوقيع الإلكتروني
270	أولا: أشكال التوقيع الإلكتروني
270	أ- التوقيع الرقمي
271	ب- التوقيع الضوئي
271	ج- التوقيع بالقلم الإلكتروني
271	د- التوقيع بواسطة الرقم السري (PIN)
272	هـ- التوقيع باستخدام الخواص الذاتية
272	ثانيا- بعض الاستخدامات العملية للتوقيع الإلكتروني
272	أ- في مختلف بطاقات الدفع الإلكترونية
273	1/ البطاقات الائتمانية (المصرفية)
273	2/ بطاقة الحساب
273	3/ البطاقة المدينة أو بطاقة الوفاء
274	4/ بطاقة الصراف الآلي
274	5/ البطاقة الذكية
274	ب- في الأنظمة الحديثة للدفع الإلكتروني
277	المبحث الثاني: حجية الدليل الكتاني الإلكتروني في الإثبات
277	المطلب الأول: حجية الدليل الكتاني الإلكتروني في إثبات التراضي الإلكتروني وفق المبادئ العامة للإثبات
278	الفرع الأول: مبدأ التكافؤ الوظيفي بين المحرر الإلكتروني والمحرر التقليدي
278	أولا: المقصود به
280	ثانيا: شروط إعماله
280	ثالثا: نتائج تطبيقه
281	أ- موقف المشرع الجزائري من طبيعة الكتابة التقليدية المقصودة بالتكافؤ الوظيفي
283	ب- التنازع بين الدليل الكتاني الإلكتروني والدليل الكتاني التقليدي في الإثبات
284	ج- سلطة القاضي في فض التنازع بين أنواع الأدلة الكتابية

286	الفرع الثاني: حجية الدليل الكتاني الإلكتروني من خلال قاعدة وجوب الإثبات بالكتابة
287	أولاً: في إثبات التصرفات المدنية المتجاوزة قيمتها نصاب الإثبات بالبينة
288	ثانياً: في إثبات ما يجاوز أو يخالف ما اشتمل عليه مضمون عقد رسمي
290	الفرع الثالث: حجية الدليل الكتاني الإلكتروني من خلال مبدأ حرية الإثبات
290	أولاً: حجيته في إثبات التصرفات التجارية
292	ثانياً: حجيته في إثبات التصرفات المدنية التي لا تتجاوز نصاب الإثبات بالبينة
294	المطلب الثاني: حجية الدليل الكتاني الإلكتروني في إثبات التراضي الإلكتروني من خلال الاستثناءات المقررة على المبادئ العامة للإثبات
294	الفرع الأول: حجيته من خلال الاستثناءات على قاعدة وجوب الكتابة
294	أولاً: حجيته في الإثبات من خلال مبدأ الثبوت بالكتابة
295	أ- شروط إعمال مبدأ الثبوت بالكتابة
296	1/ وجود كتابة
296	2/ صدور الكتابة من المدعى عليه
297	3/ أن تجعل هذه الكتابة التصرف المدعى به قريب الاحتمال
298	ب- مدى قدرة الدليل الكتاني الإلكتروني على تحقيق شروط مبدأ الثبوت بالكتابة
299	ثانياً: حجيته في حال وجود مانع من الحصول على دليل كتاني
300	أ/ موقف الفقه من تطبيق هذا الاستثناء على الأدلة الكتانية الإلكترونية
302	ب/ موقف المشرع الجزائري من تطبيق هذا الاستثناء على الأدلة الكتانية الإلكترونية
303	ثالثاً: مدى حجيته في حال فقد الدليل الكتاني
304	أ- شروط تطبيق هذا الاستثناء
305	ب- مدى إمكانية تطبيق هذا الاستثناء في حال فقد دليل كتاني إلكتروني
306	الفرع الثاني: حالات عدم قبول الأدلة الكتانية الإلكترونية
306	أولاً: الحالات المحددة في القانون الجزائري
308	ثانياً: الحالات المحددة في بعض تشريعات التجارة الإلكترونية المقارنة
312	خاتمة
319	قائمة المراجع والمصادر
342	فهرس الموضوعات

الملخص:

أسهم الاندماج الذي حصل بين الثالوث (الحاسب الآلي، تكنولوجيا المعلومات، وسائل الاتصال) في إحداث نقلة نوعية في الوسيلة المستخدمة في إبرام التصرفات القانونية، فظهرت وسائل إلكترونية حديثة على رأسها الكتابة الإلكترونية التي تختلف تمام الاختلاف سواء من حيث الطبيعة أو من حيث البيئة عن الكتابة التي كانت راسخة في الفكر والتشريع القانونيين، وقد أدى استخدامها في عملية التعبير عن الإرادة وانتشارها على نطاق واسع، وتحولها إلى واقع فرض نفسه بنفسه، إلى إثارة العديد من المشكلات والصعوبات القانونية، التي لم تكن في حسبان أي مشرع عند سن أحكام النظرية العامة للعقد.

وسعيًا منه لمواجهة مثل هاته الإشكالات قام المشرع الجزائري بإدخال تعديلات شملت بعض أحكام القانون المدني بموجب القانون رقم 05-10 تضمنت النص على الاعتراف بالكتابة الإلكترونية، ومعادلتها وظيفيًا بالكتابة في شكلها التقليدي من جهة، وكذا إصداره القانون 05-18 الذي نظم من خلاله أحكام التجارة الإلكترونية من جهة ثانية، الأمر الذي فتح الباب واسعًا للبحث في المسألة، وذلك بغية الوقوف على مدى أهمية هذه التعديلات، وعلى الإضافة التي حققها المشرع من وراء سنه لتشريع التجارة الإلكترونية وذلك من خلال التعرف على القيمة القانونية التي خص بها الكتابة الإلكترونية كوسيلة للتعبير عن الإرادة وفقًا لهاته الأحكام المستحدثة.

Résumé :

La fusion de la triplète de (informatique, technologie de l'information, moyens de communication) a fait un impact très important sur la manière de conclusion des actes juridiques, et plus précisément sur la déclaration de la volonté, car cette triplète a fait naître de nouveaux moyens de déclaration notamment par l'écrit électronique qui a connu une vaste utilisation et qui implique tout à la fois la dépersonnalisation du processus contractuel et la dématérialisation du contrat, au sens instrumentaire du terme.

De ce point de vue, nous ne sommes plus, d'ailleurs, dans l'interrogation que l'on connaît sur la pertinence de l'élaboration du code des obligations, pour mieux confronter cette interrogation, le législateur algérien a essayé de modifier le code civil par la loi 05-10, par laquelle il a reconnu que l'écrit sous forme électronique est admis en tant que preuve au même titre que l'écrit sur support papier, et plus tard, il a promulgué un nouveau dispositif relatif au commerce électronique.

À partir de toutes ces nouveautés, la valeur juridique de la déclaration de la volonté par l'écrit sous forme électronique a devenu un sujet qui mérite une étude approfondie.