

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة محمد بوضياف\_ المسيلة

ميدان: الحقوق والعلوم السياسية

كلية الحقوق والعلوم السياسية

فرع: الحقوق

قسم الحقوق

تخصص: قانون أعمال

رقم:



مذكرة لنيل شهادة الماستر أكاديمي

إعداد الطالب: خوني فايز

تحت عنوان

الشكائية في عقود التجارة الإلكترونية

لجنة المناقشة :

رئيسا

جامعة محمد بوضياف المسيلة

الدكتور: فيشوش سعد

مشرفا ومقررا

جامعة محمد بوضياف المسيلة

الدكتورة: بوقرة العمرية

مناقشا

جامعة محمد بوضياف المسيلة

الدكتور: يرمش مراد

السنة الجامعية: 2017/2016



بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

سورة المجادلة

( يَرْفَعُ اللَّهُ الَّذِينَ آمَنُوا مِنْكُمْ  
وَالَّذِينَ أُوتُوا الْعِلْمَ دَرَجَاتٍ وَاللَّهُ  
بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرٌ )

صَلَّى الْعَظِيمِ

سورة المجادلة : آية 11

# شكر و عرفان

الشكر الجزيل والحمد الكثير لله العلي القدير الذي وفقنا أحمده

الله و أشكره على أن منى علي بفضلته و توفيقه لإنهاء هذه

الدراسة لا تسع الكلمات و المعاني للتعبير عن شكري و تقدير

للمشرفة الدكتور **بوقرة العمرية** على قبولها الإشراف علي

الدراسة و الجهد الكبير الذي بذلته معي و على التوجيهات

العلمية البناءة طوال فترة إشرافها علي الدراسة كما أخص

وإلى كل من بالشكر الأساتذة كلية الحقوق والعلوم السياسية

والدي الكريمين و إلى كل من وقف بجانبني من قريب و من

بعيد و ساهم في هذه الدراسة

بالنصيحة و العون و التشجيع....

# إهداء

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على خاتم الأنبياء والمرسلين  
أهدي هذا العمل إلى

من ربّتي وأنارت دربي وأعانتي بالصلوات والدعوات، إلى أغلى  
إنسان في هذا الوجود أمي الحبيبة

إلى من عمل بك في سبيلي وعلمني معنى الكفاح وأوطني إلى ما أنا  
عليه أبي الكريم أدامه الله لي

إلى إخوتي وأخواتي

إلى من عمل معي ولم يبخل علي بغية أتمام هذا العمل إلى جميع  
أصدقائي

إلى جميع أساتذة قسم الحقوق وبالأخص قسم قانون الأعمال .

وفي الأخير أرجو من الله تعالى أن يجعل هذا العمل خالصاً لوجهه الكريم  
وأن يكون علماً نافعا يستفيد منه جميع الطلبة المترشحين المقبلين على  
التخرج

## مقدمة

نظرا للتقدم والتطور الهائل الذي يشهده العالم في شتى المجالات ومناحي الحياة الفردية والجماعية، فقد ألزم هذا التطور الدخول في ثورة تكنولوجية عالمية وتسابق بين الدول، فقد أدخلت هذه الثورة العالم إلى نهضة في كل المجالات فأفرزت تقنية جديدة وحديثة تعرف بتقنية المعلومات والإنترنت، الذي أصبح لغة ووسيلة العصر حيث رتبت آثار على حياة الفرد خاصة والمجتمع عامة سواء على الصعيد الاقتصادي أو الاجتماعي أو السياسي أو الثقافي أو القانوني وبذلك أصبحت تكنولوجيا المعلومات تشكل الجهاز العصبي للمجتمعات الحديثة فدخل العالم إلى حقبة جديدة من الحضارة والتي تعتمد كلياً على المعلومات فتولد من خلالها ما يعرف بمجتمع المعلومات أو مجتمع العهد الإلكتروني، فلا يكاد يخلو بيت أو شركة أو بنك أو جهة حكومية من حاسب آلي يتولى الدور الأساسي والفعال في تسيير حركة العمل داخل هذه الجهة أو خارجها.

ويتميز مجتمع المعلومات هذا بتحويل المعلومات والمعطيات من شكل إلى آخر من خلال معالجتها بالحاسب الآلي، أو بنقلها من مكان إلى آخر، أو من شخص لآخر وذلك بسرعة فائقة جعلت العالم قرية صغيرة يمكن لشخص من شرقها أن يحاور ويرى ويبرم تصرفاً مع آخر في غربها في وقت واحد، من خلال الحاسب الآلي كما يتميز هذا المجتمع المعلوماتي بالاستغناء كلية عن استخدام الورق في تعاملاته، فأخذت المستندات الورقية في التراجع شيئاً فشيئاً لتحل محلها المخرجات الجديدة للحاسب الآلي كالأشرطة الممغنطة والأقراص المدمجة وما إلى ذلك من الوسائل التكنولوجية الحديثة.

### أهمية الموضوع:

نتيجة هذا التطور السريع كان من الضروري الوقوف على مضمون عقود التجارة الإلكترونية التي تتم عبر الحاسب الآلي، دون استخدام الأوراق التقليدية ومعرفة المراحل السابقة للتعاقد

الإلكتروني ،ومعرفة مدى حجية مخرجات هذه الوسائل في الإثبات ،لا سيما في ضل القواعد القانونية الحالية للإثبات ، وكذلك مدى تكييف هذه الوسائل مع النصوص الحالية أو بعبارة أخرى مدى استيعاب النصوص الحالية للإثبات لهذه المخرجات .

ولما كانت الكتابة على مستند ورقي هي الوسيلة الأكثر شيوعا ،وربما الوسيلة الوحيدة المتعارف عليها للإثبات التصرفات القانونية في معظم التشريعات ولما كانت هذه الكتابة لا يعتد بها قانونا إلا إذا ذيلت بتوقيع ينسب الورقة إلى من وقعها لدرجة يمكن معها القول إن التوقيع هو الشرط الوحيد لصحة الورقة ،مما اعطى التوقيع أهمية في إثبات التصرفات القانونية بحسبانه الدليل على صحة المستند ونسبته إلى من وقعه .

### أهداف الدراسة:

قد فرض هذا الموضوع تبيان الشكلية في عقود التجارة الإلكترونية وكذا أهمية الكتابة ودور التوقيع الإلكتروني في مصداقية المعاملات الإلكترونية حرصنا أن تكون خبط البحث على فصلين وذلك على النحو التالي :

خصصنا في الفصل الأول عقود التجارة الإلكترونية وخصائصها، وكذا الإيجاب والقبول في العقود الإلكترونية، والمراحل السابقة للتعاقد الإلكتروني، و في الفصل الثاني الشكلية في عقود التجارة الإلكترونية ،فجاء في المبحث الأول الكتابة الإلكترونية ،مفهومها والشروط الازم توافرها في الكتابة الإلكترونية، والتوقيع الإلكتروني في مبحث ثاني من حيث الأهمية وحجية التوقيع الإلكتروني والحماية الجنائية للتوقيع الإلكتروني.

### الإشكالية:

ما المقصود بعقود التجارة الإلكترونية ؟وما القيمة القانونية لوسيلة الكتابة الإلكترونية في تكوينها ؟

ويتفرع عن هذه الإشكالية تساؤلات فرعية

ما مفهوم عقود التجارة الإلكترونية؟

ما هي المراحل السابقة لتكوين عقود التجارة الإلكترونية؟

ما مدى مفهوم الكتابة الإلكترونية وما هي الشروط اللازم توافرها فيها ؟

ما هو مفهوم التوقيع الإلكتروني وما مدى حجتيه في الإثبات؟

### المنهج المتبع :

من أجل توضيح المعلومات بدقة تناولنا في البحث المنهج المقارن حيث قارنا المشرع الجزائري بالمشرع المصري و الأردني واستعنا بالمنهج التحليلي في شرح وتحليل مختلف المواد والنصوص القانونية المتعلقة بالموضوع.

### الدراسات السابقة :

تكمن أهمية الدراسات السابقة في معرفة الأبعاد المختلفة التي تحيط بالمشكلة مع الاستفادة المباشرة سواء في التخطيط أو التوجيه أو ضبط المتغيرات او مناقشة نتائج البحث وبالرغم من أهمية هذه الدراسات في معالجة مشكلة البحث بإعتبارها أحد العوامل المعنية والمساعدة لحل هذه المشكلة إلا أننا لم نعثر عن دراسات مشابهة إلى القليل في الجزائر والتي تناولت موضوع الشكلية في عقود التجارة الإلكترونية إلا أنه لا يمنعنا من التطرق إلى بعض الدراسات التي لها علاقة بدراستنا و من بين هذه الدراسات:

### الدراسة الأولى:

صاحب الدراسة: حمودي ناصر سنة 2009

عنوان الدراسة: النظام القانوني لعقد البيع الدولي الإلكتروني المبرم عبر الإنترنت

نوع الدراسة : رسالة لنيل شهادة الدكتوراه

### الدراسة الثانية:

صاحب الدراسة: رجب كريم عبد الله سنة 2000

عنوان الدراسة: التفاوض على العقد

نوع الدراسة: رسالة لنيل شهادة الدكتوراه

أداة الدراسة: دراسة مقارنة

**الدراسة الثالثة:**

صاحب الدراسة: بن غرابي سمية سنة 2009

عنوان الدراسة: عقود التجارة الإلكترونية و منهج تنازع القوانين

نوع الدراسة: رسالة لنيل شهادة الماجستير

أداة الدراسة: استبيان

**صعوبات البحث**

من الطبيعي أن تعترض طريق الباحث المبتدئ العديد من الصعوبات نورد أهمها في النقاط التالية:

- قلة المراجع التي تطرقت لمحور الشكالية في عقود التجارة الإلكترونية وما يتعلق بها .
- صعوبة الحصول على المعلومات من الجهات المعنية بالمعلوماتية رغم التأكيد على أن المعلومات سرية وتخدم البحث العلمي .
- صعوبة الاتصال ببعض الأساتذة وذلك بحجج غير مقنعة .
- تحفظ بعض الأساتذة على الإجابة عن الأسئلة الموجهة إليهم .
- عدم وجود بعض الفرضيات والإشكاليات الجزئية في مضمون الدراسات السابقة والمشابهة التي تطرقنا إليها في هذه الدراسة.

# الفصل الأول

التعريف بعقود

التجارة الإلكترونية

التطورات التي يشهدها العالم الآن لم يشهدها من قبل في العقود السابقة ، حيث شملت هذه التطورات والتغييرات في أسلوب الحياة بالشمول والسرعة التي تشهدها الدول نتيجة ثورة تكنولوجيات الاتصالات الحديثة وتفاعلها في القطاعات والمؤسسات كافة فظهر ما يسمى بالتجارة الإلكترونية التي أثارت جملة من التحديات والمشكلات القانونية التي تتطلب قوانين جديدة تعالج تلك الجوانب التي لم تتعرض لها القوانين القائمة او تتطلب إعادة تقييم للقواعد القانونية القائمة للتلائم مع الطبيعة الخاصة للتجارة الإلكترونية وتشمل هذه التحديات التعاقد بالطرق الإلكترونية إذ تواجه التجارة الإلكترونية صعوبات من حيث مدى اعتراف القوانين التقليدية بإبرام العقود بالوسائل الإلكترونية ووسائل الإيجاب والقبول بين الأطراف المتعاقدة ومعيار انعقاد العقد وطريقة التعبير عن الإرادة وما يتصل بذلك من مسائل تحديد زمان ومكان إبرام العقد.

لذلك سوف نتطرق في هذا الفصل إلى بيان ماهية عقود التجارة الإلكترونية في المبحث الأول والمراحل السابقة في تكوين العقد الإلكتروني ( التعبير عن الإرادة في العقود الإلكترونية) في المبحث الثاني .

### المبحث الأول : ماهية عقود التجارة الإلكترونية

تشكل الجوانب القانونية العمود الفقري للتجارة سواء كانت تقليدية ام إلكترونية لذا سعت الكثير من الدول والمؤسسات الخاصة لإيجاد القواعد و النظم التي تحكمها ، ونظرا للطبيعة الخاصة التي تتسم بها التجارة الإلكترونية من حيث انعدام الحدود الجغرافية وسرعة التطور وما تحتاجه من تغييرات سريعة في النظم مما يتناقض تماما مع طبيعة استحداث وصياغة القوانين بسبب ما تتسم به التجارة الإلكترونية لكونها صيغة محددة للتعامل التجاري يتم بطريقة إلكترونية بين مجموعة من الأطراف المستفيدة بعيدا عن استخدام المستندات والوثائق الورقية ، بما يضمن التنفيذ الفعال والكفاء لإتمام الصفقات والعمليات التجارية وتسديد أثمانها إلكترونيا فالتجارة الإلكترونية تغطي العلاقات المباشرة بين الشركات للحصول على البيانات عبر الشبكة الإلكترونية<sup>1</sup> وكذلك بين الأفراد ويمكن القول إن عقد التجارة الإلكترونية

<sup>1</sup>فهد خطيب، التجارة الإلكترونية وأثرها في المركز الإستراتيجي للشركات الطبيعية، مجلة الدراسات، العلوم الإدارية العدد 1

يختلف عن عقود التجارة التقليدية من حيث القاعدة المستخدمة في عمليات التبادل الإلكتروني، وليس في الطبيعة القانونية للعلاقات والأعمال التجارية، فعقد التجارة الإلكتروني نوع من العقود التي تنشأ بين غائبين<sup>1</sup>، وتطبيقاً لذلك فإن هذا النوع من العقود يعتمد على الأحكام والقواعد التعاقدية المطبقة على العقود ذاتها بوجه عام، وانطلاقاً من هذا يجب أن نوضح في هذا المبحث تعريف عقد التجارة الإلكتروني في الفقه وفي التشريع في المطلب الأول ثم نبين خصائص عقود التجارة الإلكترونية في المطلب الثاني وسأتناول الإيجاب والقبول في التعاقد الإلكتروني في المطلب الثالث .

### المطلب الأول : تعريف عقد التجارة الإلكتروني

لتعريف عقود التجارة الإلكترونية يجب معرفة التعريف الفقهي والتعريف التشريعي لهذه العقود لهذا سنأخذ التعريف الفقهي في الفرع الأول والتعريف التشريعي في الفرع الثاني.

#### الفرع الأول : التعريف الفقهي لعقد التجارة الإلكتروني

جاء الفقه بعدة تعريفات لعقود التجارة الإلكترونية فقد رأى بعض الفقهاء بأنه : اتفاق يتلاقى فيه الإيجاب والقبول على شبكة دولية مفتوحة للاتصال عن بعد، وذلك بواسطة وسائط إلكترونية بفضل التفاعل بين الموجب والقابل<sup>2</sup>، في حين يرى اتجاه آخر إلى إيراد تعريف آخر لعقد التجارة الإلكترونية فيقول بأنه: اتفاق فيه إيجاب ببيع أشياء أو تقديم خدمات يعبر عنه على طريقة الإذاعة المرئية المسموعة أو وسط شبكة دولية للاتصالات عن بعد ويلاقيه القبول عن طريق اتصال الأنظمة المعلوماتية ببعضها<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> د. عبد الرزاق السنهوري . الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ج 1 نضرية الالتزام بوجه عام ، مصادر الالتزام ، دار النهضة العربية 1974 ص 304.

<sup>2</sup> د . أسامة أبو الحسن مجتهد ، خصوصية التعاقد عبر الانترنت ، بحث مقدم إلى مؤتمر القانون والكمبيوتر والانترنت جامعة الإمارات العربية المتحدة من 1-3 أيار 2000 ص 39

<sup>3</sup> د. محمود السيد عبد المعطي خيال ، الانترنت وبعض الجوانب القانونية مكتبة دار النهضة القاهرة 1997، ص 107

لقد وجدت انتقادات وجهت الى هذه التعريفات في مقدمتها عدم تمييزه بين كل من العقد الإلكتروني وعقد التجارة الإلكترونية<sup>1</sup> على الرغم من الفارق الموجود بينهما ، فالعقد الإلكتروني يجمع جميع صور التعاقد من خلال الوسائط الإلكترونية بغض النظر عن موضوع العقد وأطرافه في حين أن عقد التجارة الإلكترونية يشمل بالإضافة إلى العقد الإلكتروني الذي يقع في مجال التجارة من حيث الموضوع او الاطراف ، بعض صور الاتفاقات المتداولة في أوساط التجارة الإلكترونية كاتفاق التبادل الإلكتروني لبيانات وبذلك ترى هذه الانتقادات أن عقد التجارة الإلكتروني هو ذلك العقد الذي يبرم في بيئة تجارية ويتم فيه التعبير عن الإيجاب والقبول وتلاقيهما كلياً أو جزئياً من خلال أجهزة إلكترونية تربط بينهما شبكة اتصالات<sup>2</sup> .

وبلاحظ أن هذا التعريف منتقد من حيث أنه يشير إلى أن التلاقي ما بين الإيجاب والقبول يكون كلياً أو جزئياً في حين يجب التطابق كلياً كي يتحقق مفهوم العقد بالمعنى الدقيق ، وعلى هذا الأساس يمكن تعريف عقد التجارة الإلكتروني: بأنه العقد الذي ينشأ وينعقد في البيئة التجارية الإلكترونية ويتم فيه التعبير عن الإيجاب والقبول وتطابقهما كلياً بواسطة أجهزة إلكترونية قابلة للبرمجة تربط بينهما شبكة اتصالات دولية عن بعد ومتعددة الوسائط وقد تكون مفتوحة او مغلقة<sup>3</sup>

### الفرع الثاني : التعريف التشريعي لعقد التجارة الإلكترونية

اختلفت التعريفات لعقد التجارة الإلكترونية في التشريعات المختلفة كالتشريع المصري والأردني ولم يرد في التشريع العراقي تعريف لهذا العقد نظراً إلى عدم وجود تشريع خاص بالتجارة الإلكترونية، ويعتقد أن الرأي الذي ذهب إليه بعض من أن التعريف الوارد في المادة 73 من القانون المدني العراقي ينطبق على العقد الإلكتروني أمر جديد بالتأييد ، ويبرر هذا الرأي للصياغة العامة والعبارات المستخدمة في هذا النص على أن : العقد هو ارتباط الإيجاب الصادر من أحد المتعاقدين بقبول الآخر على وجه يثبت أثره في المعقود عليه .

<sup>1</sup>هادي مسلم التنظيم القانوني للتجارة الإلكترونية دراسة مقارنة ، أطروحة دكتوراء مقدمة إلكلية القانون في جامعة الموصل 2002 ص 29 - 31

<sup>2</sup>د. هادي مسلم ، المصدر السابق ص 88-98

<sup>3</sup>د. سلطان عبد الله محمود الجواري ، عقود التجارة الإلكترونية والقانون الواجب التطبيق ،دراسة مقارنة ص 42

ولقد أسفرت جهود لجنة الأونسترال في وضع مشروع اتفاقية بشأن التعاقد الإلكتروني الذي اكتملت نصوصه والذي أقدم على شمل توصيات من قبل فريق عامل كلف بصياغته إلى اللجنة المذكورة في الدورة الخامسة والثلاثون عام 2001 وسمى المشروع بالمشروع الآلي للاتفاقية بشأن التعاقد الإلكتروني ،ولكن لم يضع الفريق العامل المكلف بصياغة المشروع تعريفا لعقد التجارة الإلكترونية<sup>1</sup>

أما المشرع المصري الذي أعدته لجنة التسمية التكنولوجية التابعة لمركز المعلومات ودعم القرار برئاسة مجلس الوزراء في مصر فهو مشروع يتضمن تشريعا خاصا بالتجارة الإلكترونية اي أنه قانون مشروع التجارة الإلكترونية المصري<sup>2</sup>.

عرف العقد الإلكتروني في المادة الأولى منه التي تنص على (كل عقد تصدر فيه إرادة أحد الطرفين أو كليهما أو يتم التفاوض بشأنه أو تبادل وثائقه كليا أو جزئيا عبر وسط إلكتروني ) ويعني ذلك أن العقد الإلكتروني هو ذلك العقد الذي تكون فيه المفاوضات السابقة له تمت إلكترونيا او تم تبادل الوثائق بين الأطراف إلكترونيا كليا أو جزئيا.

أما التشريع الأردني فقد اورد تعريفا للعقد الإلكتروني بالمادة الثانية منه بالنص على أن: العقد الإلكتروني هو الاتفاق الذي يتم انعقاده بوسائل إلكترونية كليا أو جزئيا .

وبذلك يتضح مفهوم العقد الإلكتروني في ظل التشريع الأردني هو ذلك العقد الذي ينعقد بوسائل إلكترونية كليا أو جزئيا وبذلك نلاحظ انفراد التشريع الأردني والمشرع المصري عن باقي التشريعات الأخرى المنظمة للتجارة الإلكترونية بوضع تعريف لعقد التجارة الإلكترونية<sup>3</sup>

### الفرع الثالث: تعريف القوانين المقارنة للعقد الإلكتروني

في غياب تعريف للعقد الإلكتروني في القانون الجزائري ، ينبغي العودة إلى تلك التي جاءت بها القوانين المقارنة في هذا المجال، فقد عرفت المادة 2 من قانون المعاملات

<sup>1</sup>أنظر القانون على شبكة الأنترنت ويتضمن الموقع النص الكامل لمشروع الإتفاقية بشأن التعاقد الإلكتروني www.Gn.4me.com/2004

<sup>2</sup>أنظر العنوان الأتي على شبكة الأنترنت ويتضمن الموقع النص الكامل لمشروع قانون التجارة الإلكترونية المصري :  
بواغية التكنولوجيا و الإتصالات

<sup>3</sup>د. سلطان عبد الله محمود الجواري ، مرجع سابق ص 44

الإلكترونية الأردني<sup>1</sup> العقد الإلكتروني على أنه: "الإتفاق الذي يتم انعقاده بوسائط إلكترونية، كلياً أو جزئياً".

وأضافت نفس المادة إلى ذلك تعريفاً خاصاً للوسائل الإلكترونية التي يبرم بواسطتها العقد على أنها: "أية تقنية لاستخدام وسائل كهربائية أو مغناطيسية أو ضوئية أو أية وسائل مشابهة في تبادل المعلومات وتخزينها".

فالمشرع الأردني لم يكتف بتعريف العقد الإلكتروني، وإنما عرف إلى جانب ذلك الوسيلة التي يبرم بها، معتبراً أنه يكفي أن تتم مرحلة واحدة من مراحل إبرام العقد بالطريق الإلكتروني، ليعتبر العقد برمته إلكترونياً، كما جاء تعريفه للوسيلة الإلكترونية مفتوحاً على ما ستسفر عليه تطورات التقنية مستقبلاً.

وعرف قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية التونسي<sup>2</sup> المبادلات الإلكترونية في مادته 2 على أنها: "المبادلات التي تتم باستعمال الوثائق الإلكترونية" وعرف التجارة الإلكترونية بأنها: "العمليات التجارية التي تتم عبر المبادلات الإلكترونية".

من خلال هذين التعريفين يتضح أن المبادلات الإلكترونية التي تعني مبادلة سلع بمال أو خدمة بمال، لا بد وأن تتم عن طريق وسيط إلكتروني، أو وثيقة إلكترونية، وبالتالي يخرج من نطاقها الوثائق المكتوبة، كالعقود وإقرارات الإستلام والفواتير وغيرها، فكل هذه الأمور تتم بطريقة إلكترونية، حيث يتفاوض المتعاقدان ويصدر القبول والإيجاب اللازمين لإبرام العقد ويتم الإتفاق على الشروط التفصيلية لتنفيذه، وذلك بوسيلة إلكترونية أياً كانت هذه الوسيلة.

أما في فرنسا، فقد شكلت لجنة خاصة برئاسة وزير الاقتصاد من أجل تنظيم المسألة أين عرفت التجارة الإلكترونية بأنها: "مجموعة المعاملات الرقمية المرتبطة بأنشطة تجارية بين المشروعات ببعضها البعض وبين المشروعات والأفراد وبين المشروعات والإدارة"، فهذا

<sup>1</sup>أنظر قانون المعاملات الإلكترونية الأردني رقم 85 لسنة 2000 المؤرخ في 11 ديسمبر 2001

<sup>2</sup>قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية التونسي، الصادر في 11 أوت 2000، للإشارة فان تونس تعتبر أول دولة عربية أصدرت قانوناً يتعلق بالمبادلات والتجارة الإلكترونية.

التعريف يشمل العقود التي تبرم بين المشروعات فيما بينها، كعلاقة شركة بأخرى وعلاقة المشروعات بالأفراد، وكذا العقود التجارية التي تكون الإدارة طرفا فيها، موسعا من دائرة الوسيلة التي تبرم بها، وجعلتها تشمل كل الوسائل الرقمية.

## المطلب الثاني: خصائص عقود التجارة الإلكترونية ونطاق إبرامها

سنتناول في هذا المطلب أهم الخصائص التي يتميز بها عقد التجارة الإلكترونية عن بقية العقود الأخرى في الفرع الأول ثم سأنتقل إلى مجال إبرامه في الفرع الثاني

### الفرع الأول: خصائص العقد الإلكتروني

التعاقد عبر الأنترنت هو من قبيل المعاملات الإلكترونية وذلك بالنظر إلى الوسيلة والبيئة التي يتم عبرها ، ويتم إبرامه بين متعاقدين متباعدين مكانا كما يغلب عليه الطابع التجاري وهي من أهم الخصائص التي سأتناولها في ما يلي<sup>1</sup> :

### أولا : العقد الإلكتروني هو عقد مبرم بوسيلة إلكترونية

إن أهم خاصية يتميز بها العقد الإلكتروني عن غيره من العقود هي أنه عقد مبرم بوسيلة إلكترونية، فالوسيلة التي من خلالها يتم إبرام العقد هي التي تكسبه هذه الصفة، وتتمثل هذه الوسائل عادة في أنظمة الكمبيوتر المرتبطة بشبكات الاتصالات المختلفة (السلكية واللاسلكية)<sup>2</sup> والملاحظ أنه لا يمكن حصر جميع هذه الوسائل في الوقت الحاضر نظرا لارتباطها مع التطور التكنولوجي غير أنه يمكن عرض أهمها فيما يلي،

### 1- التعاقد بوسائل الاتصال الحديثة

هناك العديد من الوسائل الحديثة التي ظهرت في فترة زمنية قصيرة نسبيا، والتي تستخدم في إبرام العقود ومنها:

<sup>1</sup>د عمر خالد زريقات ،عقد البيع عبر الأنترنت دراسة تحليلية ص 66

<sup>2</sup>أشار قانون الأنستيرال إلى هذه الوسائل عند تعريف رسالة البيانات، في المادة 2-أ من: " .....بوسائل إلكترونية أو ضوئية أو بوسائل مشابهة، بما في ذلك على سبيل المثال لا الحصر تبادل البيانات الإلكترونية أو البريد الإلكتروني، أو البرق أو التيلكس، أو النسخ البرقي"، وعليه فإن هذا النص أشار إلى بعض تقنيات الإبلاغ الأقل تطورا مثل النسخ البرقي أو التيلكس، وتقنيات الإبلاغ الأكثر حداثة ومنها التبادل الإلكتروني للبيانات، البريد الإلكتروني، ليترك المجال بذلك مفتوحا على ما سوف يسفر عليه التطور من تقنيات أخرى في تبليغ رسالة البيانات

المينيتل MINITEL: يعد جهاز المينيتل من وسائل إبرام العقود، وهو جهاز قريب الشبه بجهاز الكمبيوتر الشخصي لكنه صغير الحجم نسبياً، يتكون من شاشة صغيرة ولوحة مفاتيح تشمل على حروف وأرقام قريبة الشبه بلوحة مفاتيح الكمبيوتر، وهو وسيلة اتصال مرئية ينقل الكتابة على الشاشة دون الصور، ويلزم لتشغيله أن يوصل بخط الهاتف<sup>1</sup>

التيكس: هو جهاز لإرسال المعلومات عن طريق طباعتها وإرسالها مباشرة ولا يوجد فاصل زمني ملحوظ بين إرسال المعلومات واستقبالها، إلا إذا لم يكن هناك من يرد على المعلومات لحظة إرسالها<sup>2</sup>

الفاكس: هو عبارة عن جهاز استنساخ بالهاتف يمكن به نقل الرسائل والمستندات المخطوطة باليد والمطبوعة بكامل محتوياتها نقلاً مطابقاً لأصلها، فتظهر المستندات والرسائل على جهاز فاكس آخر لدى المستقبل، ويلاحظ أنه هناك فارق زمني للرد على المرسل<sup>3</sup>

الهاتف المرئي: لقد تطور الهاتف العادي وأدخلت عليه تعديلات، فظهر ما يعرف بالهاتف المرئي، الذي يمكن صاحبه من الكلام مع شخص ومشاهدته في نفس الوقت، ويعد هذا الجهاز من أكثر وسائل الإتصال الفورية فاعلية وانتشاراً في العالم المتطور حيث أصبح من الأشياء الضرورية أو من الأشياء المكتملة لشخصية الإنسان الطبيعي<sup>4</sup>

## 2- التعاقد عن طريق شبكة الانترنت

تعرف الانترنت بأنها: "شبكة هائلة من أجهزة الكمبيوتر المتصلة فيما بينها بواسطة خطوط الاتصال عبر العالم"<sup>5</sup>.

وقد بدأ استخدام شبكة الأنترنت في المعاملات التجارية سنة 1992 عندما ظهرت ( World Wide Web ) ، أين كانت هذه المعاملات تجري في بدايتها عن طريق المراسلات عبر البريد الإلكتروني، إلا أن الأمر تطور بعد ذلك فأصبح بالإمكان عرض السلع و الخدمات من خلال شبكة المواقع Web<sup>6</sup>

<sup>1</sup> ظهر هذا الجهاز في فرنسا في منتصف الثمانينيات وكان ظهور خدماته نتيجة تعاون بين الهيئة العامة للإتصالات السلكية واللاسلكية التابعة لوزارة البرق والبريد والهاتف وبين متعهدي الخدمات. لمزيد من التفصيل راجع، أ/محمد أمين الرومي، التعاقد الإلكتروني عبر الأنترنت، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، الطبعة 1، 2004، ص 14

<sup>2</sup> أحمد خالد العجولي، التعاقد عن طريق الأنترنت، دراسة مقارنة، المكتبة القانونية، عمان، الأردن، طبعة 2002، ص 9 و50

<sup>3</sup> أحمد خالد العجولي، المرجع نفسه، ص 50

<sup>4</sup> محمد أمين الرومي، المرجع السابق، ص 17

<sup>5</sup> د/أسامة أبو الحسن مجاهد، التعاقد عبر الأنترنت، دار الكتب القانونية، مصر، طبعة 2002، ص 5 و6.

<sup>6</sup> ويرمز لها اختصاراً بـ WWW، وهي أحد فروع شبكة الأنترنت، لكنها اكتسبت جاذبية خاصة جعلتها تتفوق على شبكة الأنترنت ذاتها في وقت قصير حتى أصبحت هي الجزء الرئيسي المكون لشبكة الأنترنت وهذا راجع إلى مميزاتها التي

وتجدر الإشارة هنا إلى أنه يجب التفرقة بين التعاقد عبر الأنترنت والتعاقد عبر شبكة الإكسترنيت INTRANET و الإكسترنيت EXTRANET، فشبكة الأنترنت هي "عبارة عن سلسلة من شبكات المعلومات يمتلكها مشروع مؤسسة واحدة، وهذه الشبكات قد تكون داخلية محدودة النطاق تتصل ببعضها البعض داخل نفس المكان، أو تكون شبكات واسعة النطاق تتصل ببعضها البعض بأماكن مختلفة، ويتم الربط بينها وبين شبكة الأنترنت بواسطة جهاز كمبيوتر أو أكثر، يكون بمثابة المدخل الرئيسي لها على الأنترنت".

أما شبكة الإكسترنيت وهي "جزء من شبكة الأنترنت الداخلية الخاصة بالمنشأة أو المشروع ولكن تم إمداده وإتاحة استخدامه لأشخاص خارج المنشأة وفروعها<sup>1</sup>. ويتم استخدام عدة وسائل في التعاقد الإلكتروني عبر الأنترنت أهمها:

**الكمبيوتر:** هو أوسع الأجهزة انتشارا واستخداما في التعاقد عبر الأنترنت، ويعرف بأنه: "جهاز إلكتروني يستطيع أن يقوم بأداء العمليات الحسابية والمنطقية طبقا للتعليمات المعطاة بسرعة ودقة كبيرتين، وله القدرة على التعامل مع كم هائل من البيانات وكذلك تخزينها واسترجاعها عند الحاجة إليها"<sup>2</sup>.

**التجهيزات الذكية:** هي عبارة عن أجهزة تحتوي على رقائق تمكن من عملية الدخول على الأنترنت وتبادل عمليات الإتصال وإرسال واستقبال الإشارات، وهي تنتشر بشكل واسع في الأجهزة المنزلية كالثلاجات الذكية، إذ تستطيع هذه الأخيرة أن تقوم بإصدار أمر شراء المستلزمات الغذائية إلكترونيا عندما ينقص عددها أو وزنها بداخلها، بإرسال أمر الشراء إلكترونيا إلى إحدى المتاجر الافتراضية المتواجدة عبر شبكة الأنترنت فتتم العملية دون تدخل بشري<sup>3</sup>.

**الهاتف المحمول:** ظهرت منذ فترة قصيرة نسبيا أجهزة نقالة بإمكانها الدخول على شبكة الأنترنت وتعرف بخاصية WAP، وقد أدى استخدام الهواتف النقالة في مجال إبرام العقود والتجارة الإلكترونية

---

تعتمد على أسلوب الوصف والصور الملونة، وعلى طرق البحث السهلة والسريعة التي تقوم على مجرد الإشارة إلى الموقع المراد الدخول إليه، وكانت شبكة الأنترنت قبل ذلك تفنق للأدوار الترويجية والإعلامية وتسديد مقابل السلع والخدمات محل العقد المعروضة عليها إلا أنه تم تطوير وسائل فعالة لتسديد قيمة السلع بالاتصال المباشر بالكمبيوتر عبر الشبكة ذاتها، وقد ظهرت أولى المواقع التجارية على شبكة الأنترنت سنة 1993، إلا أن تجارة التجزئة لم تبدأ فيها إلا في سنة 1996

<sup>1</sup> محمد امين الرومي، المرجع السابق، ص 26 و 27

<sup>2</sup> محمد امين الرومي، المرجع نفسه، ص 45

<sup>3</sup> ويطلق على هذه المعاملات اسم المعاملات الإلكترونية المؤتمتة ويقصد بها تلك المعاملات التي يتم إبرامها أو تنفيذها

بشكل كلي أو جزئي بواسطة وسائل أو سجلات إلكترونية، والتي لا تكون فيها هذه الأعمال أو السجلات خاضعة لأي متابعة أو مراجعة من قبل شخص طبيعي كما هو الحال بالنسبة لإنشاء وتنفيذ العقود العادية، بحيث تتم عن طريق برنامج آلي أو نظام الحساب الآلي يسمى بالوسيط الإلكتروني المؤتمت

بصفة عامة الى ظهور نمط جديد من التجارة عرفت بتجارة الهاتف المحمول او التجارة الخلوية، يرمز لها اختصارا بـ <sup>1</sup>M-COMMERCE

**ثانياً: العقد الإلكتروني هو عقد مبرم عن بعد.**

يتسم العقد الإلكتروني ببعد الطرفين المتعاقدين وانفصالهما عن بعضهما البعض <sup>2</sup> فإن التعاقد عبر الانترنت هو من قبيل التعاقد بين غائبين إذ بفعل هذه الشبكة الموصولة بمقومات منتشرة حول العالم وبفضل سهولة ويسر الدخول عليها فإنه يتصور أنت تجمع بين بعيدين يمكن أن يكون أحدهما في نقطة جغرافية على الكرة الأرضية والآخر في نقطة جغرافية أخرى يحتاج الوصول إليها ساعات او أيام.

وعلى فرض أن التعامل قد يجري بين شخصين متجاورين في غرفتين داخل مبنى واحد إلا ان عنصر الغياب الجسدي عن مجلس العقد يبقى قائماً مما قد يثير التساؤل حول هذه البيئة أو الوسط الإلكتروني (شبكة الانترنت) وفيما إذا كانت توفر للمتعاقدين <sup>3</sup> مجلساً مناسباً للتعاقد أم لا ؟.

فيرى البعض أن البيع عن طريق الأنترنت يعتبر كأنه يتم بين حاضرين ومن حيث الزمان وبين غائبين فيما يتعلق بالمكان ويذهب أصحاب هذا الرأي إلى تشبيه التعاقد هنا إلى التعاقد عبر التلفون ويدعون إلى تطبيق أحكام التعاقد الخاصة بالبيع بالتلفون <sup>4</sup> .

ويرى البعض الآخر تشبيه التعاقد عبر الأنترنت بالتعاقد عن طريق التلفزيون <sup>5</sup> كوسيلة مسموعة مرئية من وسائل الإتصال عن بعد .

ولهذا فقد عرف عقد البيع عن بعد <sup>6</sup> بأنه " عقد يتعلق بتقديم منتج أو خدمة ينعقد بمبادرة المورد دون حضور مادي للمورد والمستهلك وباستخدام تقنية الإتصال عن بعد من

<sup>1</sup> محمد امين الرومي، المرجع السابق، ص 46 و 47

<sup>2</sup> د. أسامة أبو حسن مجاهد المرجع السابق ص 48

<sup>3</sup> ممدوح المسلمي مرجع سابق ص 19

<sup>4</sup> د. أسامة أبو حسن مجاهد مرجع سابق ص 49

<sup>5</sup> فقد نظم المشرع الفرنسي هذا النوع من التعاقد بالقانون الصادر في 6 يوليو 1988 والتشريع الصادر في 26 يوليو

1993

<sup>6</sup> ورد هذا التعريف في التشريع الأريبي بشأن حماية المستهلك الصادر في 21 مايو 1992 ويمكن مراجعته عبر الانترنت

www.europa .eu.int

أجل نقل عرض المورد وأمر الشراء من المستهلك خارج نطاق الأماكن المعتاد لتلقي الزبائن أن يوصي على بضاعة أو أن يطلب تحقيق خدمة<sup>1</sup>.

ويبدو من هذا التعريف أن العقود عن بعد تتنوع تنوعا كبيرا وفقا للوسيلة التي تتم فيها، ونرى من جانب أنه إذا كان المقصود من توافر مجلس العقد هو توفير قدر أكبر من الوضوح أو السهولة واليسر للتفاوض وتبادل الإيرادات إلا أنه ليس ركنا ويمكن تصوره إفتراضيا في شبكة الانترنت وذلك ليس أنجح وسيلة مسموعة ومرئية فحسب بل أنها توفر عنصر التفاعلية بقدر أكبر، وتمنح كلا الطرفين تمام الحرية في السيطرة على إرادتهما وبالتالي في قبول أو رفض الإيجاب الصادر، لذا فهي تمتاز عن كل من التلفون والتلفزيون وحتى عن جهاز الميناتيل باعتبارها من الوسائل التفاعلية كما أنها تمتاز بما يسمى بالسعي لإبرام العقود كطريقة و من طرق البيع التي تتمثل في دعوة من جانب المهني لمقابلة المستهلك من أجل أن يقترح عليه بيع شئ أو تقديم خدمة<sup>2</sup>.

وعلى هذا الأساس فقد ذهب جانب من الفقه إلى أن فكرة البعد يمكن التخلي عنها في حالة التعامل الإلكتروني لتحل محلها فكرة المعاصرة كسمة خاصة بشبكة الأنترنت، غير أنه وما لهذا الرأي من وجهة، إلى أننا نرى بأن يبقى إعتبار العقد الإلكتروني أو التعاقد عبر الأنترنت في الوقت الحاضر من طائفة العقود عن بعد، مع التشديد على ضرورة ملاحظة عنصر التفاعلية والمعاصرة التي تتفوق بتوفيرهما شبكة الأنترنت، وأن لا تبقى حبيسين للمفاهيم التقليدية في التعاقد عن بعد إذ أن التطور التكنولوجي المتسارع سيأتينا و عما قريب بما يؤكد صفتي الفاعلية والتزامنية بشكل أوضح وأيسر<sup>3</sup>.

### ثالثا: العقد الإلكتروني ليس من العقود الدولية دائما

فكرة العقد الدولي الذي تناولته الاتفاقيات الدولية تقوم على مبدأ تخطي الحدود الجغرافية للدول وحكم العلاقات التي تنشأ في إقليم أكثر من دولة غير أن تحديد مدى خضوع العقد المبرم عبر الانترنت لمبادئ دولية العقود، وبالتالي خضوعها لقواعد العقود الدولية المقررة بموجب الاتفاقيات والمعاهدات الدولية تحتاج إلى إمعان النظر في مسألتين

<sup>1</sup> قانون الإستهلاك الفرنسي الجديد رقم (949) الصادر في 26 يوليو 1993 مع التعديلات 1995 و 2001 موقع وزارة

العدل الفرنسية [www.justic.gouv.fr](http://www.justic.gouv.fr)

<sup>2</sup> د. أسامة أبو حسن مجاهد مرجع سابق ص 51

<sup>3</sup> د. عمر خالد زريقات مرجع سابق ص 69

الأولى حول مدى استجابة العقد المبرم عبر الانترنت لمعايير دولية العقد والثانية حول مدى إمكانية تطبيق قواعد الإتفاقات الدولية للعقد الدولي عليها .

**الحالة الأولى:** نلاحظ أن تحديد دولية العقد تستند إلى أحد معيارين ، المعيار الشخصي والمعيار الموضوعي ولإعمال المعيار الشخصي ينظر إلى شخصية أي من المتعاقدين إما باختلاف جنسيتهم أو باختلاف مركز أعمال أي منهم.

فإذا أخذنا بالرأي الأول فإن العقد يعتبر دولياً في كل حالة تختلف فيها جنسية المتعاقدين ، وإذا أخذنا بالرأي الثاني وهو الرأي الذي تأخذ به اتفاقية لاهاي لعام 1964، فإن المعيار الشخصي لا يرتبط باختلاف جنسية المتعاقدين وإنما العبرة باختلاف مراكز أعمال الأطراف المتعاقدة أو مجال أقامتهم المعتاد ومما قد يعد معه البيع دولياً ولو كان كل من البائع والمشتري من جنسية واحدة .

أما تطبيق المعيار الموضوعي فيقتضي توافر أحد ثلاث مسائل ، كوقوع البيع على سلعة تكون عند إبرام البيع محلاً لنقل من دولة إلى أخرى ، أو صدور الإيجاب والقبول من دولتين مختلفتين ، أو تسليم المبيع في دولة غير التي صدر فيها الإيجاب و القبول.

ويضيف رأي جديد معيار نموذجية العقد، والذي بمقتضاه يعتبر عقداً دولياً كلما جاء بشكل عقد نموذجي والذي يعرف بأنه "عبارة عن مجموعة متكاملة من شروط التعاقد بشأن سلعة معينة وتتضمن تفاصيل العقد بحيث لا يكون للأطراف المتعاقدة إلا أن تتبنى شكل العقد كاملاً ، ودون الحاجة إلى إضافة أسماء الأطراف وكمية البضاعة وزمان تسليمها ومكان ووسيلة النقل"<sup>1</sup> .

**وبالتطبيق على حالة البيع عبر الانترنت نجد مايلي :**

**أولاً:** بالنسبة للمعيار الشخصي، ومع التسليم بعالمية شبكة الأنترنت وإختراقها للحدود الجغرافية ، إلى أنه لا يتصور دائماً أن يقع العقد بين طرفين مختلفين بالجنسية أو مختلفين بمراكز أعمالهم ، فقد يتعاقد طرفان عبر الأنترنت على شراء أي من السلعة المعروضة عبر شاشة من ذات الدولة التي يحملون جنسيتها، كما يتصور أن تكون مراكز أعمالهم في ذات

<sup>1</sup>د. محمود سمير الشرقاوي .عقود التجارة الدولية . دراسة خاصة لعقد البيع الدولي للبضائع . الطبعة الثانية 2002، مكتبة

دار النهضة العربية القاهرة . ص 17

البلد أيضا. وعليه فليس مطلقا ولا دائما من هذه الناحية أن التعاقد عبر الأنترنت يمكن وصفه بالعقد الدولي

**ثانيا:** بالنسبة للمعيار الموضوعي ليس دائما أيضا يمكن تصور إختلاف أماكن صدور الإيجاب والقبول ،وليس دائما تكون السلعة بحاجة إلى نقل عبر الحدود كما ليس مطلقا أن التسليم قد يكون في الدولة غير التي صدر فيها الإيجاب والقبول وعليه أيضا فلا يمكن استنادا لهذا المعيار اعتبار البيع عبر الانترنت عقدا دوليا دائما

**ثالثا:** بالنسبة لمعيار نوجية العقد نرى مع جانب من الفقه أنه إذا كان الشكل النموذجي للعقد من خصائص العقد الدولي إلا أنه ليس من مستلزماته ، ولا نرى أن مجرد ورود العقد بشكل نموذجي ينقله إلى مصاف العقود الدولية فهناك في كل الدول وحسب تشريعاتها الداخلية ما يعرف بفكرة الإذعان في العقود، هذه النظرية التي تطورت لتشمل العقود النموذجية والتي يقتصر فيها دور أحد الأطراف على التسليم بما هو وارد فيها من شروط ودون الخوض في بنودها او تفاصيلها .

وعليه وإن كان يشيع في العقود المبرمة عبر الانترنت أخذها للأشكال النموذجية إلا أنها ليست مدعات لتدويلها أبدا فهناك مايمكن الإستناد إليه في القواعد العامة للتشريعات الدالماموجهة هذه المسائل<sup>1</sup>.

**الحالة الثانية:** وحول مدى إمكانية تطبيق قواعد الإتفاقات الدولية للعقد الدولي على عقد البيع عبر الأنترنت .

فمن ناحية أولى وبالرجوع إلى فكرة العقد الدولي ،فهذا العقد الذي ولد في رحم الإتفاقيات الدولية كإتفاقيات (روما ولوجانو و بروكسل وفيينا ولاهاي) ،لا نجده ينسجم مع فكرة العقد المبرم عبر الانترنت الذي جاء نتيجة تزاوج المعلوماتية مع الاتصالات.

كما لايمكن التسليم بالقول أن قيام لجنة الأونسترال التابعة للأمم المتحدة بتنظيم أحكام المعاملات والتجارة الإلكترونية يعني وضع هذا النوع من العقود المبرمة عبر الأنترنت في مصاف العقود الدولية ،فهي لاتعدو أن تكون قواعد إرشادية نموذجية على خلاف قواعد

<sup>1</sup>د.محمود الشرقاوي .ص.18

الاتفاقيات الدولية التي تصبح بعد التصديق عليها قوانين وطنية يجب الانسجام معها والاحتكام بها.

ومن ناحية أخرى فإن هذه الإتفاقيات الدولية قد إستبعدت صراحة تطبيق أحكامها على أنواع عدة من البيوع ، كالمسح التي يتم شراءها للاستعمال الشخصي والعائلي أو المنزلي ، وبيوع القيم المنقولة والاوراق التجارية والنقود<sup>1</sup>، كما استبعدت تطبيق أحكامها في الدول التي لم تصادق عليها ، وهو ما نراه لايتماشى مع عقود الإلكترونية الذي لايتطلب اي من الدول الدخول في اتفاقيات دولية بشأنه ، فقواعد قانون الأونسترال النموذجية بشأن التجارة الإلكترونية ، لاتعتبر اتفاقية دولية تتطلب الإنضمام إليها أو التصديق عليها فهي لاتتعدى إعتبرها قواعد توجيهية للدول الراغبة في الأخذ بأحكامها لدى إصدارها تشريعا داخليا مستقلا بذلك أو عند تعديلها لقوانينها الداخلية .

وليس أدل على ذلك من أن قواعد قانون الأونسترال النموذجي والذي أخذت به الكثير من الدول قد أصبحت قواعد وطنية تمثل نصوصا للقوانين وتشريعات محلية كما إن هذه النصوص والتشريعات لم تأت كلها على ذات المنوال ، وبذات الصفة والأحكام لدى كافة الدول ، فهناك من الدول من قصر الأخذ بها على شكل تعديلات لبعض النصوص القانونية الواردة في تشريعاتها الداخلية كما في فرنسا مثلا<sup>2</sup> ، وهناك من أصدر قوانين مستقلة بذلك كما في الاردن والامارات وتونس.

وعلى هذا الأساس ومن منتهى هذه التوجيهات يظهر لنا أن الإهتمام بمسائل المعاملات الإلكترونية والبيوع عبر الأنترنت لم تأخذ منحى دولي بقدر ماكان الاتجاه فيها محليا ولم يكن الدافع فيها أو إليها مصدره الاتفاقيات الدولية ومبادئ إحترام القانون الدولي بقدر ماكانت دوافع ذاتية ، ومن منطلقات الحرص الوطني لكل دولة بالسعي نحو الإرتقاء الإقتصادي المنشود<sup>3</sup>.

<sup>1</sup>المادة2 من إتفاقية فيينا للبيع الدولي للبضائع الموقعة بتاريخ 11/04/1980 ويمكن مراجعة نصوص هذه الإتفاقية وتعديلاتها عبر الأنترنت على الموقع [www.un.org/convnitions](http://www.un.org/convnitions)

<sup>2</sup>قانون رقم 230 لسنة 2000 الصادر في 13/03/2000 في شأن المعاملات الإلكترونية والذي جاء مقتصرًا في تعديل المادة 1316 من التقنين المدني الفرنسي

<sup>3</sup>د. عمر خالد زريقات مرجع سابق ص. 74

وأخيرا فليس الاخذ بأحكام أي من الاتفاقيات الدولية بشأن البيوع الدولية ، ولا محاولات الاستئناس بأي من الحلول المتوفرة عبر نصوصها فيما يكن أن يشكل حلا لبعض المسائل المتعلقة بالبيع عبر الأنترنت كمسائل الإيجاب والقبول او تسليم المبيع او قانون العقد او غيرها، يعني بالضرورة تدويل العقود المبرمة عبر الشبكة مطلقا.

#### رابعا: عقد البيع الإلكتروني تتوفر فيه خصائص عقد البيع عموما

هو من عقود المعاوضة التي يأخذ فيها المتعاقد مقابلا لما يطلبه وهو من العقود التي لا اعتبار فيها لشخصية المتعاقدين ، وهو عقد محدد يعلم فيه كل متعاقد أن الفائدة تستحق منه وقت إبرامه وبغض النظر عن مدة هذه الفائدة وان كانت مؤقتة أما احتمال وروده على بعض المظاهر الجديدة كالبرامج مثلا وإن كان الانتفاع منها مؤقتا بفترة زمنية محددة لا يخرج عن وصفه كعقد بيع ولا تجعله عقدا غير محدد فهو ليس عقدا احتماليا كالرهان والمقامرة والتأمين مثلا<sup>1</sup>.

#### الفرع الثاني : نطاق إبرام العقود الإلكترونية

رأينا من خلال تعريف العقد الإلكتروني وبيان خصائصه بأن هذا النوع من التعاقد لم ينشئ عقودا جديدة ولم يحدث نظرية جديدة، بل هو وسيلة تكنولوجية جديدة لإنشاء العقود، وما دام الأمر كذلك فهل للمتعاقدين الحرية الكاملة في إبرام كافة العقود بالوسيلة الإلكترونية، أم أنهما مقيدان بإبرام أنواع محددة من العقود فقط؟

#### أولا:المبدأ في إبرام العقود الإلكترونية

هو حرية الأطراف في التعاقد، وفي اختيار شكل التعبير عن إرادتهما، وهو الأصل الذي جاءت به المادة 59 من القانون المدني الجزائري، فتكون بذلك العقود المبرمة إلكترونيا كغيرها من العقود التي تبرم بالطرق غير الإلكترونية التي لا تخضع لأي قيود، إذ يخول لأطرافها إبرام مختلف العقود الرضائية المسماة منها وغير المسماة بالوسائل الإلكترونية، طالما أنها ليست خارجة عن التعامل بطبيعتها أو بحكم القانون.

<sup>1</sup>د. عمر خالد زريقات مرجع نفسه ص.74

## ثانيا : الاستثناء في إبرام العقود الإلكترونية

غير أن القانون يستلزم في أحيان كثيرة شكلية معينة يجب استيفاؤها في انعقاد العقد، بجانب الشروط الموضوعية في تكوين العقد وصحته، على نحو يكون معه التعبير عن الإرادة في الشكل المطلوب غير منتج لأثره القانوني إلا إذا توفرت هذه الشكلية، وهي ما يعبر عنها بالشكلية المباشرة، وأهم صورها هي:

**1- اشتراط القانون قيام المتعاقد بفعل ما:** ومثالها العقود العينية التي يشترط لانعقادها زيادة على ركن التراضي والمحل والسبب، تسليم الشيء المادي محل العقد، فلا يمكن إبرام هذه العقود بالوسائل الإلكترونية، كون تسليم الشيء المادي عبر هذه الوسائل لا يمكن تصوره<sup>1</sup>

**2- اشتراط القانون الكتابة لانعقاد العقد:** فإذا كانت الكتابة متطلبة كركن في العقد ( سواء كانت عرفية أو رسمية ) فإن التساؤل يثور في هذا الصدد، حول ما إذا كان من الممكن استيفاء هذه الشكلية في العقود الإلكترونية أي مكتوبة على دعامات إلكترونية.

الواقع أنه بعد تعديل القانون المدني ولا سيما المادة 323 منه، المقابلة للمادة 1316 من القانون المدني الفرنسي<sup>2</sup>، أصبح تعريف الكتابة يتسع ليشمل بجانب الكتابة على الورق، الكتابة في الشكل الإلكتروني أي تلك المثبتة على دعامة إلكترونية، وقد أدى وجود هذا النص ضمن قواعد الإثبات إلى التساؤل عما إذا كانت الكتابة في الشكل الإلكتروني يمكن أن تكون بديلا عن الكتابة التقليدية، وبعبارة أخرى فإن التساؤل المطروح الآن هو ما إذا كانت الكتابة بمفهومها الحديث الموسع، بالنظر إلى وجود تعريفها ضمن القواعد المعالجة للإثبات، لا تزال قاصرة على الكتابة كوسيلة أو أداة للإثبات أو من الممكن أن يتسع نطاقها بحيث تشمل الكتابة كركن للإنعقاد أو لصحة التصرف؟.

إن الفقه الفرنسي كان منقسما بين المفهومين المشار إليهما فيما تقدم إلى قسمين:

<sup>1</sup>د/ علي فيلالي، الإلتزامات، النظرية العامة للعقد، مطبعة الكاهنة، 1997، ص 56

<sup>2</sup> Loi n° 2000-230, portent adaptation du droit de la preuve aux technologie de l'information et relative à la signature électronique, JO, 14/03/2000,P.2968 . [www.journal-officiel.gouv.fr](http://www.journal-officiel.gouv.fr)

فقد ذهب فريق للقول إلى أن هذا النص الجديد يتسع نطاقه ليشمل أيضا الكتابة المتطلبة كركن لانعقاد العقد، ذلك ان عمومية تعريف الكتابة بمقتضى نص المادة 1316 يقتضي القول بأن الكتابة المقصودة بهذا النص لم تعد قاصرة على الكتابة كدليل إثبات، وإنما يشمل أيضا الكتابة المتطلبة لصحة التصرف أو التي تكون ركنا لانعقاد العقد، وبالتالي فالمادة 1316 بصياغتها الجديدة هي التي يجب الرجوع إليها في كل الحالات التي تثار فيها فكرة الكتابة، كونها النص الوحيد الذي تضمن تعريفا لها، وينتهي هذا الفقه من ذلك بأن الكتابة هي فكرة واحدة، فما دام القانون لا يفرض شكلا خاصا لهذه الكتابة كطلب الكتابة بخط اليد، فإن الكتابة المتطلبة لصحة التصرف تكون بالضرورة كتلك المتطلبة كأداة للإثبات، ويصح هذا المفهوم حتى في الحالة التي يشترط فيها القانون أن تكون هذه الكتابة موقعة، ففي هذه الحالة لا يوجد مانع يحول دون الكتابة في الشكل الإلكتروني، وأن يتخذ التوقيع كذلك الشكل الإلكتروني، كون المشرع الفرنسي أقر بالتوقيع الإلكتروني، وجعله مساويا في حجيته التوقيع الخطي في المادة 1320-4 المقابلة للمادة 327 فقرة 2 من القانون المدني الجزائري.

وفي مقابل هذا الرأي، ذهب فريق آخر من الفقه إلى القول بأن هذا التدخل التشريعي يجب أن يحصر مجال إعماله فيما ورد بشأنه، أي يجب أن يقتصر على مجال الإثبات، وحاول أنصار هذا الفقه الاستناد إلى ما ورد في الأعمال التحضيرية لمشروع القانون رقم 2000-230 المتعلق بإصلاح قانون الإثبات لتكنولوجيات المعلومات والتوقيع الإلكتروني، وبالتحديد إلى ما ذكره مقرر هذا المشروع من أن تعريف الكتابة الوارد بنص المادة 1316: "لا يتعلق إلا بالكتابة كأداة للإثبات ويبقى دون أثر بالنسبة للكتابة المتطلبة لصحة التصرف"<sup>1</sup>.

وفي الأخير حسم المشرع الفرنسي هذا الخلاف لصالح الرأي الأول، بإصداره لمرسومين بتاريخ 10 أوت 2005.

الأول يعدل ويتم المرسوم المتعلق بنظام المحضرين القضائيين، والثاني يعدل ويتم المرسوم المتعلق بالعقود المحررة من قبل الموثقين، اذ يكون بالإمكان إبرام العقود التي

<sup>1</sup>د/محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص 103 وما بعدها

تتطلب الكتابة الرسمية كركن لانعقادها على دعامة إلكترونية، ويتم التوقيع على العقد من طرف المحضر أو الموثق بالطرق الإلكترونية، على أن يتم إنشاء نظام لمعالجة إرسال البيانات معتمد من قبل الغرف الوطنية لهذه المهن.

أما بالنسبة للتعديلات التي طرأت على القانون المدني بموجب القانون 05-10 في هذا المجال، فلم يتطور بشأنها النقاش بعد نظرا لحدائتها ونعتقد في هذا الشأن أنه لا يمكن القول بإمكانية إبرام العقود التي تطلب المشرع إخضاعها للكتابة الرسمية في ظل القانون المدني الجزائري إلكترونيا، كون هذه الأخيرة تشترط أن يشهد إبرامها الضابط العمومي وأن يوقعها ويختمها بيده، أما بالنسبة إلى العقود التي تتطلب الكتابة العرفية فهي تكاد تنعدم في القانون الجزائري.

وتجدر الإشارة في الأخير إلى أنه إذا اشترط القانون الكتابة الخطية كركن لانعقاد العقد، أو تطلب أن تكون بعض البيانات إلزامية يجب أن يتضمنها العقد مكتوبة بخط اليد، أو أن يكون التوقيع بخط اليد، فإن الكتابة في هذه الحالات لا يمكن أن تكون إلكترونية ولا يمكن بالتالي إبرام العقد بالوسيلة الإلكترونية<sup>1</sup>.

### المطلب الثالث: الإيجاب والقبول في العقد الإلكتروني

لإنشاء أي عقد لابد من توافر العناصر المكونة له وأهم هذه الأركان هو التراضي لإنشاء العقد والمتمثل بالإيجاب والقبول، إذ يعد الركن الأول لإنشاء العقد ويصدر الإيجاب عن الموجب، وهذا الإيجاب يجب أن يقبل بصورة صحيحة من قبل القابل لكن الذي يهنا هنا هو الإيجاب والقبول في التعاقد الإلكتروني إذ ليس القصد من هذا البحث إعادة بحث الشروط التي يتطلبها القانون في التعبير عن الإرادة العقدية لتكون صالحة لتكوين العقد ولكن الغاية من هذه الدراسة تتوجه إلى العقد الإلكتروني على شروط صحته كما حددتها القواعد العامة للعقود في التعبير عن الإرادة لذلك سنبين طبيعة الإعلان على شبكات الحواسيب الآلية وخاصة الإنترنت بوصفها أشهرها ثم سأتناول تفاصيل الإيجاب والقبول التي ينبغي تحليلها بصورة مستقلة دون التطرق إلى الشرط الأول لهذا الإقتران وهو إتحاد المجلس

<sup>1</sup>د/محمد حسن قاسم، المرجع نفسه، ص 107

حقيقة أو حكماً، إذ لا جديد يقال فيه هو الآخر ونركز على الشرط الثاني وهو مطابقة القبول بالإيجاب .

في الفرع الأول الإيجاب وفي الفرع الثاني القبول في العقود الإلكترونية.

### طبيعة الإعلان عن طريق الأنترنت

إن شبكات الحواسيب الآلية وأشهرها الأنترنت أصبحت سوقاً يتنافس بإمكانياته الضخمة وتكاليفه المنخفضة في الأسواق التقليدية لذلك ليس مفاجئاً أن ازدحمت الشبكات المفتوحة بمواقع الإعلان على السلع والخدمات وغيرها التي يدعو أصحابها عامة الناس إلى التعامل بشأنها معهم من خلال العيد من العقود وبالرغم من أن الغالب من العروض على شبكات الحواسيب الآلية هو مجرد دعوة إلى التعاقد إذ الغالب أن العقود لا تبرم في البيوع الدولية عادة بإيجاب وقبول فوريين وإنما تسبقها مرحلة تمهيدية تبدأ بدعوة يوجهها أحد المتعاقدين إلى الآخر للدخول معه في المفاوضات بشأن الصفقة ، إذ يراعي فيما إذا كان العرض موجهاً إلى الناس كافة دون تعيين لأن التشريعات الوطنية تختلف في مدى اعتبار هذا العرض إيجاباً صالحاً لترتيب أثره ، لذلك أن معظم الوثائق القانونية تضع التزاماً على عاتق الموجب تلزمه بأن تكون بيانات العرض المطروح على صفحات المواقع الشبكية كافية بذاتها للكشف عن طبيعته من ناحية وصحيحة وواضحة بحيث يستطيع المستهلكون قراءتها والتعامل معها على حسب طبيعتها من ناحية أخرى إذ يجب على الموجب في التعاقد عن بعد أن يقوم بتقصير المستهلكين أو المستهلك لكي يصدر قبوله وهو على بينة من أمره فالقاعد يجب أن الإيجاب يجب أن يكون جازماً ومحدداً وواضحاً لا يشوبه غموض بحيث يكفي قبوله لانعقاد العقد ، ومثال ذلك أن ينشر الراغب في التعامل في سلعة ينتجها أو يوزعها إعلاناً في الأنترنت مثلاً بين فيه خصائصها وكيفية استعمالها وثمرتها ويعلن عن استعداده لإرسالها إلى كل من يطلب شراءها بالشروط المعلنة<sup>1</sup> .

### الفرع الأول : الإيجاب في العقود الإلكترونية

لم تورد معظم التشريعات الوطنية الخاصة تعريفًا محددًا للإيجاب في عقود التجارة الإلكترونية<sup>2</sup> على الرغم من اعترافها بجواز التعبير عن الإيجاب بالرسائل الإلكترونية إلا

<sup>1</sup>د.سلطان عبد الله محمود الجواري .مرجع سابق ص.55

<sup>2</sup>د.محمد محسن شفيق .مرجع سابق ص.92

أن هنالك تعريفاً من قبل الفقه حيث يعرف بالإيجاب بأنه "التعبير البات عن إرادة شخص يتجه به إلى شخص آخر يعرض عليه التعاقد بأسس وشروط معينة".

كما عرف الفقه الإنجليزي الإيجاب بأنه بيان لرغبة الشخص الذي أصدره في التعاقد على وفق الشروط المذكورة فيه<sup>1</sup>.

كما عرف الإتحاد الأوربي بأنه " كل اتصال عن بعد يتضمن كل العناصر اللازمة بحيث يستطيع المرسل إليه أن يقبل التعاقد مباشرة ويستبعد من هذا النطاق مجرد الإعلان"<sup>2</sup>.

فإذا كان الإيجاب قد وجه إلى شخص معين ترتب عليه الأثر. والسبب هو تعيين الشخص المقصود بالإيجاب ولن إذا تم توجيه الإعلان عن سلعة أو بضاعة إلى الناس كافة فهذا العرض لا يعد إيجاباً وإنما هو دعوة للتفاوض لأنه يقصد بعمله هذا التعريف والترويج لتلك البضاعة ، ولهذا تنص المادة 2/80 من القانون المدني العراقي على أن "أما النشر والإعلان وبيان الاسعار الجاري التعامل بها وكل بيان آخر متعلق بعروض أو بطلبات موجهة للجمهور أو الأفراد فلا يعتبر عند الشك إيجاباً، وإنما يكون دعوة للتفاوض ويعتبر الإيجاب الإرادة الأولى التي تظهر في العقد ولذلك يمتاز بخاصيتين هما:

1\_ أن يكون باتاً ، أي أن يكون صادراً عن نية باتة في التعاقد

2\_ أن يكون متضمناً لجميع العناصر الأساسية للعقد المراد إبرامه بحيث يتم العقد بمجرد أن يقترن به قبول مطابق له<sup>3</sup>.

كما أنه لا يشترط في الإيجاب الإلكتروني شكلاً معيناً ، إذ تنص المادة 1/12 من القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية الاونسترال بأنه " في العلاقة بين منشأ الرسالة البيانات والمرسل إليه ، لا يفقد التعبير عن الإرادة أو غيره من أوجه التعبير مفعوله القانوني أو صحته أو قابليته لمجرد أنه على شكل بيانات

<sup>1</sup>د.مجيد حميد العنكي ،إنشاء العقد في القانون الأنكليزي ،مجلة جامعة صدام للحقوق العدد 1999،3،ص،47

<sup>2</sup>وفقاً لتعليمات الإتحاد الأوربي المرقمة 1997/7 حيز النفاذ في أقاليم أعضائه في 2000/6/4 إذ جاء توجيهها لحماية

حقوق المستهلكين في العقود التي تبرم عن بعد. نقلاً عن أسامة عبد الحسن مجاهد مرجع سابق ص 69

<sup>3</sup>د.محمد لبيب شنب ،مصادر الالتزام .ص 104

ويسقط الايجاب في حالتين:

الأولى: أن يرفض القابل هذا الايجاب

الثانية: أن تنقضي المدة التي يلزم خلالها الإيجاب

وقد يقوم الإيجاب دون أن يكون ملزما كالأيجاب القائم الصادر في مجلس العقد، وهو يقابل الإيجاب غير محدد المدة بين غائبين في هذه الصورة لا يسقط الإيجاب إلا في ثلاث حالات هي:

1\_ أن يعدل عنه الموجب قبل انقضاء المجلس

2\_ أن يصدر من أحد المتعاقدين في المجلس قول أو فعل يدل على الإعراض عنه

3\_ أن ينفذ المجلس دون ان يقترن الإيجاب بالقبول ولا عبره بالقبول بعد العدول او الإعراض أو انقضاء المجلس.

أما عن بيانات الإيجاب في القوانين الأجنبية فنذكر منها القانون الإنجليزي والفرنسي

إذا كان القانون الإنجليزي ، يتضمن قبل نفاذ تعليمات الاتحاد الأوربي المذكرة سابقا ، تنظيما قانونيا للإعلانات المتعلقة بالبيع عن بعد يشترط في الإعلان أن يكون قانونيا ورقيقا وقريبا وصادقا كما يجب أن يتضمن الإعلان الاسم الكامل للمعلن وعنوانه والخصائص الأساسية للسلعة أو الخدمة ومقدار تكاليف النقل ورسم القيمة المضافة وبيان أي قيود او شروط لعرض يمكن أن تؤثر في صحته والميعاد المتوقع للتسليم وبيان إمكانية رد السلعة وإذا تضمن الإعلان شرطا يستلزم اتصال المستهلك شخصا بالمعلن فيجب أن يظهر هذا الشرط بوضوح في الإعلان .

وقد سار تقنين الاستهلاك الفرنسي على نفس النهج الانكليزي فهو يوجب على المورد إعلام المستهلك بالخصائص الأساسية للسلعة أو الخدمة محل التعامل وبالثمن والشروط العامة للبيع والتاريخ المحدد لتسليم السلعة أو تقديم خدمة ولذلك فإن العرض الذي يتضمن أن الإيجاب يسري لحين نفاذ المخزون وهذا العرض لا يستجيب للاشترطات القانونية مادام العرض على شبكات الاتصال إلكترونية لا يقوم على دعائم مادية وبالتالي لا يمكن تحديد

تاريخ بداية ونهاية هذا العرض على نحو دقيق إذ يجب على المعلن أن يبلغ المستهلك بمدة سريان العرض بطريقة واضحة<sup>1</sup>.

### الفرع الثاني: القبول في العقود الإلكترونية

القبول بصورة عامة هو موافقة القابل على الإيجاب المعروض عليه من قبل الموجب وهذا القبول قد يكون شفهيًا أو كتابيًا أو سلوكيًا . وفي جميع الأحوال يجب أن يكون القبول مطلقًا ومطابقًا تمامًا لشروط الموجب .

القاعدة ان القابل للعرض لا يلتزم بقبوله وأن العقد لا ينعقد إلا إذا عبر القابل عن قبوله للشروط الواردة في عرض الإيجاب دون تعديل فإذا أرسل الموجب إيجابًا بواسطة برقية وطلب فيها من القابل أن يكون قبوله ببرقية فعلى الموجه إليه أن يلتزم بذلك فإذا أرسل القابل قبوله برسالة مسجلة بالبريد الجوي فلا يعد قبولًا ، إذ يجب لكي ينتج القبول أثره فضلًا عن تطابقه مع الإيجاب وإبلاغه للقابل أن يكون حرا وصادرا عن المنسوب إليه وعلّة بينة من أمره بما يؤكد نيته في الارتباط بالعقد .

فضلا عن ذلك فإنه يوجب في حالة التعاقد بين حاضرين أن يصدر القبول فور علم الموجه إليه الإيجاب ، وفي التعاقد بين غائبين يجب أن يصل هذا الإعلان إعلان القبول للموجب خلال المدة التي يحددها هذا الأخير فإذا لم يحدد مدة ففي مدة معقولة يستخدمها الموجب وقضت محكمة النقض المصرية بأن قاضي الموضوع في حالة صدور الإيجاب لغائب دون تحديد صريح لميعاد القبول أن يستخلص من ظروف الحال وطبيعة المعاملة وقصد الموجب الميعاد الذي التزم بإبقاء إيجابه فيه، وقد حددت اتفاقية فيينا ميعاد بدأ المدة التي حددها الموجب لوصول القبول إليه على أساس طبيعة وسيلة الاتصال التي يستعملها في إرسال إيجابه ، ونذكر من هذا التحديد ذلك الذي يطبق على وسائل الاتصال الفوري فإذا أرسل الإيجاب بالتلفون أو التلكس أو غير ذلك من وسائل الاتصال الفوري فإن الميعاد

<sup>1</sup>د. سلطان عبد الله محمود الجوّاري . مرجع سابق.ص.61.60

يسري من لحظة وصول الإيجاب الموجه إليه ،وقد قصد من هذه الحالة ،أن يشمل استخدام وسائل الإتصال الإلكترونية في إرسال التعبير عن الإرادة<sup>1</sup> .

والسؤال المهم هنا هل تتحقق هذه الاشتراطات في القبول الذي يجري عبر أجهزة الحواسيب الآلية عن طريق الضغط على المفتاح الذي يسجل الموافقة ، وما قيمة استخدام هذه التقنية على الصعيد القانوني ؟ وهل يجوز للقابل بعد استخدام هذه الطريقة أن يسحب قوله إذا كان هناك قبول؟.

الواقع في القاعدة العامة أنه ما لم يستلزم القانون طريقة أو إجراء معيناً فإن التعبير عن الإرادة يمكن أن يجري بأي طريقة ولذلك يستوي أن يكون التعبير عن الإرادة صريحاً أو ضمناً ، فإذا اتخذ القابل سلوكاً لا تدفع ظروف الحال شكاً في دلالاته على القبول ، فإنه يعامل على هذا الأساس وبالتطبيق على ذلك فإنه لا يوجد ما يمنع اعتبار الضغط على مفتاح الموافقة على جهاز الحاسب الآلي الذي تلقى عرض الإيجاب كتعبير عن إرادته عن قبول العرض ما دام القابل قد قرأ محتويات العرض وقله كما ورد إليه لكننا نرى أن الطابع الإلكتروني للإتصال عبر شبكات الحواسيب الإلكترونية خصوصاً المفتوحة التي تطرح عليها الكثير من العروض العامة من الناس ، لا يمكن أن تسمح باعتبار سكوت من تصل إليه رسائل العرض المطروحة عبر هذه الشبكات قبولاً .

صحيح أن القانون المدني العراقي في المادة 81 وكذلك القانون المدني المصري في المادة 2/98 قد جعل السكوت عن الرد قبولاً استثناءً خصوصاً إذا كان هناك تعامل سابق بين المتعاقدين لكن هذا الإستثناء كما تدل عليه عبارة نص القانون ، يقتصر عمله على طرفين جرى تعاقد بينهما واتصل العرض الجديد بهذا التعامل وهو ما يفيد بأن هذا العرض مثل العروض السابقة كان موجهاً إلى شخص أو أشخاص معينين وهو ما لا يمكن أن يحدث على شبكات الإتصال المغلقة أو على الشبكات المفتوحة أما عن حق القابل في سحب قبوله فهناك بعض التنظيمات القانونية المتعلقة بالمعاملات مع المستهلكين حيث للموجه إليه عرض الإيجاب بعد قبوله الرجوع فيه وهو يعني تحويل القابل حق نقض العقد بعد انعقاده ، وهذا مخالف لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين لكن حق الرجوع مقرر في تعليمات

<sup>1</sup> محسن شفيق .مرجع سابق.ص 110

الإتحاد الأوروبي وفي كل من القانون الإنجليزي والقانون الفرنسي أيضا بشأن العقود المبرمة عن بعد مع المستهلكين فوفقا للتعليمات المذكورة يكون للمستهلك خلال سبعة ايام عمل تبدأ من تاريخ تسليم السلعة أو بالنسبة إلى الخدمات من تاريخ انعقاد العقد، أن يرجع في التعاقد سواءا تعلق بسلع أو خدمات بدون بيان الأسباب كما تصبح المدة ثلاثة أشهر إذا لم يكن المورد قد زوده بالمعلومات المطلوبة الذي ذكرناها سابقا<sup>1</sup>.

## المبحث الثاني: المراحل السابقة للتعاقد الإلكتروني

قد يكون العقد بسيطا منخفض القيمة المالية أو قد تكون طبيعة العقد تستدعي الفورية في التعاقد.

لكن هناك بعض العقود تسبقا مرحلة مفاوضات من اجل اظهار أهمية العقد والتحضير لإبرامه، وقد يتعدى هذه المرحلة المتعاقدين إلى مرحلة أعلى في التعاقد وهي الوعد بالتعاقد والتعاقد الابتدائي أو قد يقوم احدهما بدفع مبلغ لآخر للدلالة على انعقاد العقد أو العدول عنه هذا ما يسمى بالتعاقد بالعربون.

سأتناول في هذا المبحث المفاوضات العقدية في إبرام العقود الإلكترونية في المطلب الأول، والوعد بالتعاقد والعقد الابتدائي في العقود الإلكترونية في المطلب الثاني والتعاقد بالعربون في العقود الإلكترونية في المطلب الثالث.

## المطلب الأول: المفاوضات بين أطراف العقود الإلكترونية

المفاوضات هي الحوار الذي يتم بين طرفين المتعاقدين بقصد الوصول إلى إبرام العقد.

ومن خلالها يمكن التوفيق بين المصالح المتعارضة للمتفاوضين بالمساومة، أو بقبول الحلول الوسط التي من الممكن الاتفاق عليها.

<sup>1</sup> د. سلطان عبد الله محمود الجواري . مرجع سابق.ص 64 65

ولكي نضمن نجاح المفاوضات في الوصول إلى أهدافها، لا بد من توفر بعض العوامل الموضوعية:

1\_ الإعداد الجيد لجدول الأعمال التي سترجح على بساط المفاوضات.

2\_ حسن التنظيم والتنسيق لفريق التفاوض.

3\_ توافر البيانات والمعلومات الأساسية، والدراسات النوعية لمختلف جوانب المسألة التي يجري التفاوض بشأنها.

4\_ توافر الإرادة الحقيقية للتفاوض<sup>1</sup>

لم تقم التشريعات الحديثة بتنظيم هذه المرحلة بل أناطت الأمر إلى القضاء والفقهاء لحل المشاكل الناجمة عنها.

وهناك التزامات ثانوية منها:

1\_ لا يجوز قطع المفاوضات على سبق الإصرار

2\_ العمل على الحفاظ على سرية المعلومات التي تحصل عليها الأطراف أثناء التفاوض.

3\_ إطلاع الطرف الآخر على المنازعات والقيود التي تحيط بموضوع التفاوض.

4\_ خلق أرضية مشتركة للتفاهم وقد يتبادل الطرفان خطابات تدعى خطابات تبادل النوايا<sup>2</sup>

أما المفاوضات في عقود التجارة الإلكترونية فإنها تأخذ اتجاهها آخر حيث فسحت هذه الأخيرة المجال للمفاوضات بشكل كبير، وقد مكنت الفرص التعاقدية من الظهور بشكل كبير حتى وصلت إلى حد خيالي في عرض الفرص وذلك سواء في البيع أو الشراء أو إبرام عقود العمل أو التأمين .

<sup>1</sup> أحمد عبد الكريم سلامة ، التنظيم القانوني لمفاوضات العقود الدولية ، المجلة القانونية \_ جامعة البحرين ع 2 2004، ص

374

<sup>2</sup> العجلوني، أحمد خالد ، مرجع سابق، ص 100\_101\_102

فقد أضحى التسويق عبر الإنترنت حركياً دائماً الفرص فإذا أراد شخص التسويق عبر الإنترنت فإن الاهتمامات والمشاكل الناجمة عنها هي نفيها التي يواجهها عند استخدام الوسائل التقليدية، بالإضافة إلى بعض المتطلبات الخاصة.

فعملية التسويق تتطلب ما يلي :

1\_ تجديد وإيجاد فرص جديدة.

2\_ وضع خط عمل.

3\_ تنفيذ الخطة المعمولة.

فالتعاقد عبر الإنترنت يجعل المفاوضات أهمية كبيرة وذلك لعدة أسباب:

1\_ اختلاف الزمان والمكان لأطراف العقد خاصة إذا كان الأطراف من دول مختلفة

2\_ اختلاف الأنظمة القانونية الحاكمة لكل من أطراف العقد.

3\_ اختلاف اللغة عند الأطراف أو في الدول التي يتواجدون فيها.

4\_ اختلاف الأعراف والعادات والتقاليد.

وهذا ما يؤكد أهمية المفاوضات عبر وسائل الاتصال الفوري فيجب أن يكون لها اعتبارات قانونية خاصة فمثلاً يجب التأكد من أنها جزء لا يتجزأ من العقد بل أنها شرطاً أساسياً لإبرام التعاقد لا مجرد مرحلة سابقة تخضع للاجتهادات والتقلبات<sup>1</sup>

ونجد في المفاوضات في العقود الإلكترونية يجب على المفاوض أن يلتزم بالتزام مهم هو الالتزام بحسن النية إضافة إلى التزامين ثانويين هما الالتزام بالإدلاء بالبيانات والالتزام بالسرية.

#### أ\_ الالتزام بحسن النية

يتطلب مبدأ حسن النية في التفاوض أن تكون المفاوضات ساحة للأمان والشرف والنزاهة والصدق والتعاون لا للأكاذيب والحيل.

<sup>1</sup> العجلوني، أحمد خالد، مرجع سابق، ص103

إن الالتزام بحسن النية بهذا المفهوم سيقال حتما من حدوث المنازعات في مرحلة ما بعد إبرام العقد ألا وهي مرحلة التنفيذ.

ولا يجوز قطع المفاوضات بدون عذر مشروع.

فالمفاوض لا يسأل عن قطع المفاوضات إنما يسأل عن الإخلال بالثقة التي ولدها في نفس الآخر بما يتناقض ومبدأ حسن النية في التعامل<sup>1</sup>

ب\_ الالتزام بالإدلاء بالبيانات:

يلتزم المتفاوضان عبر الشبكة بأن يزود المفاوض الآخر بكل المعلومات المتوفرة لديه المتعلقة بموضوع التعاقد والتي يجب عليه أن يعلم بها .

ولقاضي الموضوع الكلمة الفصل في تحديد هل أن هذه البيانات ضرورية للتعاقد حجبها المفاوض عن الآخر أم أدلى بجميع البيانات الضرورية للتعاقد<sup>2</sup>

ج\_ الالتزام بالمحافظة على السرية

المقصود بالسرية هنا هو الالتزام بالسرية في المعلومات الفنية والهندسية أو الكيماوية التي أتاحت المفاوضات للمتفاوض الإطلاع عليها.

ويعني هذا الالتزام امتناع المفاوض الذي أطلع على هذه المعلومات عن إفشائها للغير أو الاستفادة منها أو استغلالها لمنفعته، إذا كان ذلك يلحق الضرر بالمفاوض الآخر الذي تعلقت نه هذه المعلومات<sup>3</sup>

### المطلب الثاني: الوعد بالتعاقد والعقد الابتدائي

نصت المادة 78 من القانون المدني العراقي على (صيغة الاستقبال التي هي بمعنى الوعد المجرد ينعقد بها العقد وعدا ملزما إذ انصرف إلى ذلك قصد المتعاقدين).

<sup>1</sup>سعد حسين عبد ملجم ،التفاوض في عقود عبر الانترنت ط1 بغداد .2005.ص 28\_29

<sup>2</sup>سعد حسين عبد ملجم ، ، مرجع سابق ص31\_32

<sup>3</sup>هبة ثامر محمود عبد الله .مرجع سابق .ص155

الوعد بالتعاقد كالوعد بالبيع عقد يلتزم بمقتضاه أحد يبيع بشيء إذا أظهر الموعد له رغبته في الشراء في مدة معينة .

أما الوعد بالتعاقد عن طريق استخدام الوسائل الإلكترونية، إن الكثير من الافراد ليس لديهم ثقة في استخدام هذه الوسائل الإلكترونية في التعاقد فإن الوعد بالتعاقد وعلى وجه الخصوص العقد الإبتدائي ربما يعتبر الحل الأمثل لتشجيع الأشخاص على استخدام تلك الوسائل وإبرام العقود من خلالها نلاحظ أن إبرام إتفاق إبتدائي أو عقد إبتدائي بين الموجب والقابل وتأجيل إبرام العقد النهائي إلى وقت لاحق يمكن الطرفين التأكد من هوية المرسل والمرسل إليه وإمكانية إرسال مستندات المتعلقة بالعقد من أجل الإثبات في حالة حدوث مشاكل، فمثلا ممكن إبرام عقد إبتدائي عبر الشبكة وتأجيل أمر إبرام العقد النهائي إلى حين إرسال السندات المتعلقة بالعقد عبر البريد المختار أو عبر الفاكس فيتم العقد النهائي وذلك منعا من حدوث أي إحتيال لأن الإحتيال وارد عبر تلك الوسائل على الرغم من زيادة وسائل الأمن المتجددة يوميا وتقليص فرص المحتالين .

إن الوعد بالتعاقد والعقد الإبتدائي يجد له مكانا رحبا عبر التعاقد بالوسائل الإلكترونية.

إن المرحلة التمهيديّة هي مرحلة هامة من أجل إنشاء بيئة آمنة للتعاقد عن طريق استخدام الوسائل المتطورة ويجب التأكد على أن الوعد بالتعاقد يخضع لنفس القواعد العامة للعقد.

فيجب أن يتضمن الإتفاق الإبتدائي جميع المسائل الجوهرية المتعلقة بالعقد وأن تحدد مدة معينة بشكل صريح أو بشكل ضمني لإبرام العقد النهائي وأن تراعي الشكلية المطلوبة أو اشتراط القانون أمورا أخرى.

وبما أن الاتفاق الإبتدائي أو العقد الإبتدائي ملزم للجانبين عبر التعاقد باستخدام الوسائل الإلكترونية مع تحديد موعد معين لإبرام العقد النهائي<sup>1</sup>

<sup>1</sup> العجلوني، احمد خالد مرجع سابق ص.108-109

## المطلب الثالث: التعاقد بالعربون باستخدام الوسائل الإلكترونية

التعاقد بالعربون باستخدام الوسائل الإلكترونية فإن الدفع باستخدام تلك الوسائل يحضى بإهتمام وتركيز في تجربة الشراء وخاصة عبر شبكة المواقع، وعلى الرغم من محاولة إقناع الناس على ان الشبكة هي مكان آمن لتبادل المعلومات وللدفع إلكترونيا من خلالها إلا أن مثل هذا لايزال محاطا بشكوك ومخاوف.

والنقود الإلكترونية انواع منها ما يسمى :

### الفرع الأول: القيمة المخزونة وأنظمة بطاقة السحب

تقوم الجامعات بتوفير أجهزة استنساخ للطلبة والأساتذة لتسهيل عملهم ونقوم بإصدار بطاقات تخزن القيمة المعنية من النقود فعندما يقوم الطالب بالاستنساخ من الجهاز يقوم الجهاز تلقائيا بخصم القيمة النقدية التي يجب أن يدفعها الطالب من البطاقة وإذا انتهت المبالغ الموجودة في البطاقة يستطيع الطالب تخزينها مرة أخرى بالنقود عن طريق دفع عمولات معدنية ويستطيع أيضا أن يتخلص منها إذا نفذت قيمتها المالية.

### الفرع الثاني: البطاقة الذكية

هي عبارة عن بطاقة حوي معالج دقيق تسمح بتخزين أموال من خلال البرمجة الأمنية وهذه البطاقة تستطيع التعامل مع بقية الكمبيوترات ولا تتطلب تفويضا او تأكيد صلاحية البطاقة من أجل نقل الأموال من المشتري إلى البائع.

### الفرع الثالث: النقد الرقمي

هو عبارة عن نقد يتم تخزينه بواسطة الخوارزميات في المعالجات والأجهزة الكمبيوترية الأخرى.

معالجات البطاقات الذكية تستطيع التعامل والاتصال مع أي جهاز يحتوي على برمجيات تتناسب معه<sup>1</sup>

<sup>1</sup>النقد الإلكتروني، الموسوعة العربية للكمبيوتر و الأنترنت، متوفر على الموقع التالي: www.c4.arab.com

وقد ظهرت الشكوك عند الناس في بداية ظهور النقود الإلكترونية، ولكن حالياً أضحى الأفراد يستعملون النقود الإلكترونية بشكل كبير وأصبحت المسألة طبيعية وفي المستقبل من المفروض أن تكون الحالة أكثر أماناً مما هو عليه في الوقت الحاضر.

أما أسباب الشكوك فهي الأخرى بسبب التعقيد الذي يحيط بالإجراءات الأمنية المعتمدة والمصممة للتأمين وحماية بيانات الدفع النقدي المرسل عبر الشبكة، إن كبر حجم الشبكة جعل الباعة والمستخدمون يقومون بإنشاء بروتوكولات برامج والمنتجات المستقرة لكي يحمي عمليات البيع من الصعوبات والتعقيدات ويجعل من عمليات التسويق وإبرام العقود عبر الشبكة عملية سهلة وممتعة ومفيدة عندما تقوم بالتفكير بعملية الدفع عموماً أو الدفع بالعربون خصوصاً عبر الشبكة يبدأ ذهن التفكير بوسائل متاحة والمخاطرة الناجمة عن استخدام النقود الإلكترونية لشراء السلع من الشبكة ولكن يتأكد المستهلك من أن الدفع الإلكتروني آمن يجب أن يثبت بعض البرمجيات التي نسمها عادة باسم الحقبية (Pag).

وهذه الحقبية تساعد الفرد كواجهة أمام بنية الدفع التحتية وهي تحتوي على (الشهادات، مفاتيح خاصة، معلومات دفع، التوزيع اليوميغرافي للزبائن)

وهي مسؤولة عن إرسال هذه المعلومات إلى نظام التاجر أو المؤسسة المالية، فبالنسبة للتاجر في إمتلاكه مثل هذه الحقبية يعني:

1\_ التأكد من موثوقية البطاقة الإلكترونية في الزمن الحقيقي.

2\_ التأكد من العناوين لكي يوافق بين العناوين المعروضة مع عناوين مصدري البطاقة.

3\_ اللجوء إلى معالج البطاقة الإلكترونية لنقل مبلغ إلى حساب التاجر بعد أن يتم تسويق البضائع.

أما آلية الشراء بواسطة البطاقة الإلكترونية عبر الشبكة يجب إعطاء التاجر رقم البطاقة الخاصة بالعميل وعنوانه البريدي ونوع البطاقة وتاريخ إنتهاء صلاحيتها من أجل أن تصل السلعة المطلوبة خلال مدة معينة يتم الإتفاق عليها في الوقت الذي تتول فيه شبكات البنوك العالمية وشركات الوساطة المالية بإجراء عمليات مقاصة بين الحسابات وقيد الفوائد والعمولات على وفق الإتفاقيات المبرمة بهذا الخصوص إلا أنه له قابلية باستغلال غير

مشروع للمواطن الضعف التي اكتتفت آلية العمل بهذا النظام ويعتمد نشاط هذه الفئة من المجرمين على استعمال طرق وأساليب أشهرها:

1\_ العمل على إختراق المنظومة التي تربط جهاز الحاسوب الخاص بالمشتري بذلك الجهاز الخاص بالتاجر بشكل غير مشروع.

2\_ العمل على كشف البيانات والمعلومات المتعلقة بالبطاقة التي تكون مركزة في الموقع التاجر أو موقع المشتري هذه التقنية تسمى تقنية تفجير الهدف (الموقع).

ومن أجل تحقيق الأمن الكامل فلا يوجد مانع من تطبيق القواعد العامة للعقد على التعاقد بالعربون عن طريق استخدام الإنترنت بل نجد أنه وسيلة جيدة للتعاقد لأنها مرحلة وسط بين المفاوضات العقدية وإبرام العقد النهائي لأن المتعاقدين يطمئنان على التعاقد.

ويستثنى العقود الشكلية كبيع العقار أو بيع المنقولات التي يجب أن تسجل في السجل العقاري كالسفن والطائرات والمركبات أو في الوعد ببيع أحد هذه العقود إذا لم تستوفي الشكلية المطلوبة وتعتبر العقود باطلة وذلك لأن الشكلية هنا تعتبر داخلة مع الموضوع<sup>1</sup>

<sup>1</sup>د: هبة ثامر محمود عبد الله، مرجع سابق، ص166

الفصل الثاني

الكتابة وسيلة في

عقود التجارة

الالكترونية

الأصل هو حرية أطراف التعاقد في اختيار شكل التعبير عن إرادتهم، أي ان الأصل في العقود هو الرضائية، لذلك فإن وجود إرادتين متطابقتين، أي إيجاب معين لقبول مطابق له عن تراض صحيح يكفي لانعقاد العقود بصفة عامة، وينطبق ذلك بطبيعة الحال على العقد الإلكتروني.

غير أن القانون قد يتطلب ا فراغ التراضي في شكل محدد، كأن يشترط أن يكون العقد مكتوب فقد تكون الكتابة مطلوبة ليس لإثبات العقد وإنما لإبرامه وانعقاده صحيحا بحيث لا يكون للعقد وجود قانوني إلا إذا تم في الشكل الكتابي الذي إشرطه القانون وعندئذ يكون العقد شكليا وتكون الكتابة عنصرا جوهريا في العقد لا يقوم بدونها.

ومن ثم تنقسم صور الشكلية إلى شكلية مباشرة، ويقصد بها الشكلية المتطلبة للإنعقاد، وهي تلك الأوضاع التي يطلبها القانون لإبرام التصرف إستثناء من قاعدة كفاية التراضي لانشاء العقد، وشكلية غير مباشرة وهي تلك التي لم يتطلبها القانون لإنعقاد العقد وإنما تطلبها لغير ذلك كإثباته أو نفاذه وسريانه .

وفي ضل التطور الإقتصادي والإجتماعي الهائل كان من نتيجته تعامل الشركات والبنوك والمؤسسات والإدارات والمصالح والمرافق مع كم ضخم من المستندات، نظرا للتزايد حجم الأنشطة المختلفة وتكاثرها، فضلا عن تزايد حجم التعامل بينهما. أما هذه الزيادة الهائلة في حجم التعامل كان لزاما على هذه الجهات إدخال الوسائل الحديثة في مجال معالجة المعلومات، وقد تزايد استخدام هذه الوسائل الحديثة التي لا تعتمد على المستندات الورقية كوسيط لنقل المعلومات فيما بين أطراف التعامل، كما تزايد الإعتماد بصورة كبيرة على تبادل البيانات والمعلومات إلكترونيا .

وتماشيا مع هذا التطور السريع ظهر شكل جديد من التوقيعات غير مؤلوفة وهو ما يسمى "بالتوقيع الإلكتروني" ليجاري الأشكال الجديدة من التعاملات ذات الصبغة السريعة والبعيدة في آن واحد والتي تتم عادة بين طرفين بعيدين عن بعضهم البعض .

وهذا ما سأتناوله في هذا الفصل حيث سأتطرق في المبحث الأول للكتابة الإلكترونية والتوقيع الإلكتروني في المبحث الثاني.

## المبحث الأول: الكتابة الإلكترونية

تلعب الكتابة دورا مهما في إثبات التصرفات القانونية والكتابة التي يعتد بها في الإثبات تكون أما في صورة محرر رسمي يثبتته موظف رسمي (عام) وتكون له حجية في مواجهة الناس كافة، وقد تكون في صورة محرر عرفي لا يحرره موظف رسمي وإنما يكون موقعا عليه من أطراف التعاقد، ولا يحتج به إلا في مواجهة من وقع عليه .

واختيار الكتابة كوسيلة إثبات ليس اختيارا تحكيما بل يستند إلى أمر منطقي مؤداه أن هذا الطريق من طرق الإثبات يقدم أعلى درجات الأمان.

وترتبط الكتابة بالدعامة الورقية المحررة بخط اليد، والآلة، والتي يفرغ فيها تلاقي الإرادات، وقد ظلت العلاقات بين الكتابة والدعامة الورقية التي تدون عليها علاقة وثيقة لفترة طويلة من الزمن.

إلا أنه مع ظهور المعاملات التي تتم عبر تقنيات الاتصال الحديثة، والتي تتم بصورة غير مادية عن بعد، وفي ظل غياب الدعامة الورقية وهو الأمر الذي يطرح ضرورة بحث هذا النوع الجديد والذي بدأ يفرض نفسه بقوة في ظل ازدهار التجارة الإلكترونية وانتشار استخدام تقنيات الاتصال الحديثة في التفاوض بشأن العقود الإلكترونية وإبرامها<sup>1</sup>

وسنقسم هذا المبحث إلى ثلاث مطالب نخصص الأول لمفهوم الكتابة الإلكترونية، والثاني للشروط الواجب توافرها في الكتابة الإلكترونية، والثالث لحجية الكتابة الإلكترونية في الإثبات

## المطلب الأول: مفهوم الكتابة الإلكترونية

تأتي الكتابة على رأس وسائل الإثبات للتصرفات القانونية، ويرجع ذلك لسهولة حفظها وبالتالي يمكن الرجوع إليها في حالة نشوب نزاع بين الأطراف في العلاقة التعاقدية، ومعنى هذا أن الكتابة هي وسيلة اعداد دليل لإثبات الإتفاق، والرضا به من الطرفين، ويمكن

<sup>1</sup> Helene robert : la preuve dans les telecommunications des ,2000plo et s ,sur le sit hpp//i franc .com /droitntic/mémoire\_robert .htm

أن يثبت ذلك في أي دعامة أخرى تؤدي إلى الغرض، ولو كانت غير مادية كمنتجات الحاسب لآلي من أسطوانات وغيرها متى أمكن التحقق من مضمونها ومحتواها<sup>1</sup> وعلى ذلك فإن تحديد مفهوم الكتابة الإلكترونية يتعين أن يكون في إطار وظيفتها والدور الذي تؤديه في الإثبات، ولا يقوم على أساس نوع الوسيط الورقي بالمفهوم التقليدي.

### الفرع الأول: تعريف الكتابة الإلكترونية

جاء القرآن الكريم متوجاً للدليل الكتابي على باقي الأدلة .

قال تعالى {يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدِينٍ إِلَىٰ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ وَلْيَكْتُب بَيْنَكُمْ كَاتِبٌ بِالْعَدْلِ...}{البقرة: 282}<sup>2</sup>

فاكتبوه أمر منه تعالى بالكتابة والتوثيق والحفظ، والأمر هنا أمر إرشاد لا أمر إيجاب .

وقال أبو سعد والشعبي والربيع بن أنس وغيرهم :كان ذلك واجبا ،ثم نسخ بقوله تعالى {فَإِنْ أَمِنَ بَعْضُكُم بَعْضًا فَلْيُؤَدِّ الَّذِي أُؤْتِمِنَ أَمَانَتَهُ }{البقرة 283}<sup>3</sup> .

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

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

<sup>1</sup>د.عبد التواب مبارك،الدليل الإلكتروني أمام القاضي المدني دار النهضة العربية 2001 ص 09

<sup>2</sup>الآية 282 من سورة البقرة.

<sup>3</sup>تيسير العلي القدير لأختصار تفسير بن كثير المجلد الأول ص 241.

ويشهد الفقهاء للمشرع الفرنسي بأنه كان السباق في وضع المقاربة الواقعية ، والشاملة لحل مشكلة الإثبات الإلكتروني، فقد نصت المادة 1316 من التقنين المدني الفرنسي على إثبات الخطى أو الإثبات بالكتابة ينتج عن تتابع للحروف، للخصائص، لأرقام ولكل رمز أو إشارة مخصصة للعلامة مفهوم واضح، أيام كانت دعامته وكان شكل إرسالها<sup>1</sup>

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

وعلى ذلك فإن الكتابة الإلكترونية مقبولة في الإثبات بنفس الحجية المعطاة للكتابة على الدعامة الورقية بشرط أن يكون بالإمكان تحديد الشخص الذي أصدرها وبشرط أن يكون حفظها قد تم في ظروف تضمن سلامتها<sup>2</sup>.

وقد وضع قانون التوقيع الإلكتروني المصري رقم 15 لسنة 2004 تعريفا للكتابة الإلكترونية حيث عرفها بأنها "كل حروف أو أرقام أو أي وسيلة أخرى مشابهة وتعطي دلالة قابلة للإدراك"<sup>3</sup>

لقد أورد المشرع في المادة 323 مكرر من القانون المدني تعريفا للكتابة بالنص على أنها: " ينتج الإثبات بالكتابة من تسلسل حروف وأوصاف وأرقام وأية علامات أو رموز ذات معنى مفهوم مهما كانت الوسيلة التي تتضمنها، وكذا طرق إرسالها"<sup>4</sup>.

فالمقصود بالكتابة في الشكل الإلكتروني حسب هذا النص<sup>5</sup>، ذلك التسلسل في الحروف أو الأوصاف أو الأرقام أو أية علامات أو رموز ذات معنى مفهوم، المكتوبة على دعامة إلكترونية ومهما كانت طرق إرسالها، ومثال ذلك تلك المعلومات والبيانات التي

<sup>1</sup>د، لزه بن سعيد مرجع سابق. ص 143

<sup>2</sup>سعيد السيد قنديل مرجع سابق. ص 10

<sup>3</sup>المادة 1/1 من القانون رقم 15 لسنة 2004 المصري والخاص بتنظيم التوقيع الإلكتروني

<sup>4</sup>استعمل المشرع في تعريف الكتابة عبارة "أيا كانت الوسيلة التي تتضمنها" والصحيح هو "أيا كانت الدعامة التي تتضمنها"

<sup>5</sup>واستعمل المشرع أيضا مصطلح الكتابة في الشكل الإلكتروني وليس الكتابة الإلكترونية، كون شكل الكتابة هو الذي تغير وليس طبيعتها

تحتويها الأقراص الصلبة أو المرنة، أو تلك التي يتم كتابتها بواسطة الكمبيوتر وإرسالها أو نشرها على شبكة الانترنت.

الملاحظ أن نص المادة 323 مكرر من القانون المدني، يعتبر أول نص عرف من خلاله المشرع الكتابة التي يمكن استعمالها كوسيلة إثبات للتصرفات القانونية بصفة عامة، والتصرفات الإلكترونية بصفة خاصة، وذلك لتفادي الجدل الذي قد يثور حول الاعتراف بالكتابة الإلكترونية كدليل إثبات، كون الكتابة بمفهومها " التقليدي " كان مرتبطا بشكل وثيق بالدعامة المادية أو الورقة، إلى درجة عدم إمكانية الفصل بينهما، وبالتالي لم يكن القانون يعترف بالكتابة المدونة على دعامة إلكترونية افتراضية، والتي لا تترك أثرا ماديا مدونا له نفس الأثر المكتوب على الورق في الإثبات.

### الفرع الثاني: خصائص الكتابة الإلكترونية

إن مفهوم الكتابة الذي جاءت به المادة 323 مكرر قابل للتوسع، ذلك أن صياغتها بالنص على أنه " ينتج الإثبات بالكتابة من تسلسل حروف أو أرقام أو أية علامات أو رموز ذات معنى مفهوم مهما كانت الوسيلة التي تتضمنها" يفهم منه أن المشرع يعتد لإثبات التصرفات القانونية بأية دعامة كانت عليها الكتابة سواء كانت على الورق أو على القرص المضغوط أو على القرص المرن، ويتسع المفهوم إلى كل الدعائم التي يمكن أن تفرز عنها التطورات التكنولوجية في المستقبل، وهذا المبدأ الذي أخذ به المشرع الجزائري في عدم التفرقة بين الدعومات الإلكترونية .

ويعتد المشرع أيضا في مفهوم الكتابة بأية وسيلة من وسائل نقلها، فيشمل بذلك تعريف الكتابة في الشكل الإلكتروني التي تكون منقولة عن طريق اليد، والتي تكون منقولة على شبكات الاتصال المختلفة.

اشتراط المشرع أن تكون هذه الكتابة مفهومة *signification intelligible* وبالتالي يجب أن تكون هذه الأحرف أو الأشكال أو الإشارات أو الرموز أو الأرقام لها دلالة قابلة للإدراك وللقراءة، والمقصود بذلك أنه لو كان هذا التابع للعلامات أو الرموز، وبمعنى آخر هذا المحتوى المعلوماتي للكتابة المعبر عنها في الشكل الإلكتروني مشفرا بحيث لا يمكن إدراك

معابنته من قبل الإنسان بل من قبل الحاسوب فقط فإن هذه الكتابة لا تصح لتكون دليل إثبات، لأنه لا يمكن للقاضي إدراك محتواها في حالة النزاع من خلال هذه الخصائص يتضح أن هذا المفهوم الجديد للكتابة كما يقول الأستاذ كمال العياري " أدخلت مسحة من التطور على مفهوم الكتابة مما آل إلى التخلي عن التعريف التقليدي المرتكز على المفهوم الورقي والمادي، فالاعتراف بالكتابة في الشكل الإلكتروني قد أدى في الحقيقة إلى تفويض ثنائية المحتوى والوعاء (contenu - support) التي كانت تشكل إحدى أهم خصائص الكتابة التقليدية، ولكن الفصل بين مضمون الكتابة والشكل الذي ترد فيه يثير مسألة الثقة في هذا النوع من الكتابة، ويصيب قيمتها القانونية بالنقصان"<sup>1</sup>، فالكتابة في الشكل الإلكتروني على خلاف الكتابة التقليدية معرضة للتبديل وللتحويل اللاحق مما يمس قوتها الثبوتية، الشيء الذي جعل المشرع يحيطها بعدة ضمانات نتطرق إليها ضمن الفرع الثاني المخصص للقوة الثبوتية للكتابة في الشكل الإلكتروني.

### المطلب الثاني: الشروط اللازم توافرها في الكتابة الإلكترونية

يشترط في الكتابة الإلكترونية عدة شروط حتى تؤدي وظيفتها بالقانونية في الإثبات وبإستقراء النصوص القانونية السابقة نستنتج أن الشروط الواجب توافرها في الكتابة الإلكترونية، هي ان تكون مقروءة بحيث تدل على مضمون التصرف القانوني أو البيانات المدونة في المحرر وأن تكون مستمرة بحيث يمكن لأطراف العقد أو أصحاب الشأن الرجوع إليها عند الضرورة كما يشترط أيضا أن تتضمن عدم التعديل في مضمونها سواء بالإضافة أو الحذف ، وذلك حتى تتمتع بالثقة والأمان من جانب المتعاملين في التجارة الإلكترونية . ونفصل في الشروط المذكورة كما يلي:

#### الفرع الأول : أن تكون الكتابة مقروءة

يشترط في المحرر الكتابي المعد للإثبات أن يكون مقروءا ،حيث يتم التدوين بحروف أو رموز معروفة أو مفهومة للشخص الذي يراد الإحتجاج عليه بهذا المحرر<sup>2</sup>

<sup>1</sup>القاضي، 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  
<sup>2</sup>د.حسن عبد الباسط جميعي مرجع سابق ص 20

ويستوي في ذلك أن تكون على دعامة ورقية أو إلكترونية ،وعلى ذلك فإن المحررات الإلكترونية يتم تدوينها على وسائط إلكترونية بلغة الآلة ،وقد تكون مشفرة فلا يمكن للإنسان قراءتها بشكل مباشر، وإنما يستطيع قراءتها بإستخدام الحاسوب بحيث تصبح في صورة بيانات مقروءة واضحة للإنسان .

وتأكيدا لذلك فقد أضاف المشرع الفرنسي في شأن الإثبات عن طريق الرسائل الإلكترونية الحديثة لنص المادة 1316 من التقنين المدني والذي عرف المحرر المستخدم في الإثبات بأنه كل تتابع للحروف أو الرموز أو الأرقام أو الإشارات التي تدل على المقصود منها ويستطيع الغير أن يفهمها<sup>1</sup>.

### الفرع الثاني: استمرارية الكتابة ودوامها:

من الشروط الواجب توافرها بالمحرر الكتابي المعد للإثبات الإستمرارية، فاستمرارية الكتابة تعني أن يتم التدوين على وسيط يسمح بثبات الكتابة عليه واستمرارها بحيث يمكن الرجوع إليها وقت الحاجة ، ويستوي في ذلك أن تكون على دعامة ورقية أو على دعامة إلكترونية مثل : حفظها على ذاكرة الحاسوب أو الأقراص الممغنطة ،أو البريد الإلكتروني . وقد يبدو أن هذه الصفة لا تتوفر في الكتابة الإلكترونية، نظرا لأن الدعائم الإلكترونية التي تحفظ الكتابة تتصف بالحساسية العالمية ،مما قد يعرضها للتلف بسبب سوء التخزين، أو بسبب تغيير شدة التيار الكهربائي غير أنه يمكن التغلب على هذه المشكلة بإستخدام وسائط إلكترونية ذات التقنيات المتطورة التي يتحقق فيها عنصر الإثبات والإستمرارية بالنسبة لمادون عليها ، حيث يمكن الإحتفاظ بتلك المعلومات لفترات طويلة ربما تفوق قدرة الأوراق التي تتأثر هي الأخرى بعوامل الزمن، أو الحريق أو الرطوبة<sup>2</sup>.

### الفرع الثالث: عدم قابلية الكتابة للتعديل

يشترط في الكتابة حتى تصبح دليلا في الإثبات أن تكون خالية من أي عيب يؤثر في صحتها ،وبالتالي ينبغي أن تكون خالية من الكشط والمحو والتحشير ،وإذا كانت هناك علامات تدل على تعديل في بيانات المحرر ، فإن هذا يقلل من قيمته في الإثبات .

<sup>1</sup>د.لزهو بن السعيد. النظام القانوني لعقود التجارة الإلكترونية. دار هومة للنشر والتوزيع -الجزائر -صنف 5/407. ص

وإذا انتقلنا إلى المحرر الإلكتروني نجد أن شرط الدوام ، وعدم القابلية للتعديل يعتمد بصفة أساسية على الدعامات المثبت عليها المعلومات والبيانات حيث تثبت أن النظم المعلومات الحديثة بما تتيحه من تقنيات متطورة يمكن لها أن تكشف عن أي تعديل في البيانات الإلكترونية ، وأن تحدد بدقة البيانات المعدلة ووقت تعديلها<sup>1</sup> .

كما أن هناك بطاقات ذاكرة يمكن حفظ البيانات الإلكترونية عليها يتزافر عليها شرط الدوام ، وذلك نظرا لأن المعلومات المسجلة عليها يتعذر محوها ، أو تعديلها وليس هناك أي وسيلة لتغييرها أو محوها إلا بإعدادها تماما.

كما أن الاستعانة بجهات التصديق الإلكتروني يمكن ان يحل هذه المشكلة حيث يمكن الاستعانة بها عند ادعاء أي طرف من الأطراف المتعاقدة أن هناك عبثا ، أو تعديلا في بيانات المحرر الإلكتروني ، وهذا لتحقيق أقصى درجات الامان فيما يتعلق بعدم قابلية المحرر الإلكتروني للتعديل ، حيث يلجا أطراف العقد في بعض الحالات إلى وسيط محايد تكون مهمته التحقق من تبادل الرسائل وضمنان سلامتها وحفظ البيانات المتداولة عليها لمدة معينة مثلما يجري عليه العمل في بعض دول أوروبا مثل خدمات شبكة سوييف في فرنسا<sup>2</sup> .

يبد أن الاعتراف بالحجية القانونية الكاملة للمحرر الإلكتروني يرتبط علاوة على تحقيق الشروط السابقة باستيفائه لمتطلبات الأمن التقني للتأكد من صحة المستند الإلكتروني.

حيث نصت المادة 1316 مكرر من التقنين المدني الفرنسي على أن "تتمتع الكتابة الإلكترونية بنفس الحجية المعترف بها للمحررات الكتابية في الإثبات، شريطة مصدرها على وجه الدقة وأن يكون تدوينها وحفظها قد تم في ظروف تدعو إلى الثقة" والمقصود بتحديد شخص مصدرها هو تعيين الشخص الذي ينسب إليه المحرر الإلكتروني.

### المطلب الثالث : حجية الكتابة الإلكترونية في الإثبات

عرضنا فيما سبق لمفهوم الكتابة وشروطها، وتبين لنا تطابق من كل هذا المفهوم، وتلك الشروط على الكتابة الإلكترونية، فهل تتمتع تلك الكتابة الإلكترونية بالحجية القانونية المقررة لمثليتها التقليدية؟

<sup>1</sup> د. لزهرة بن السعيد .مرجع سابق ص 147

<sup>2</sup> د. أحمد شرف الدين .عقود التجارة الإلكترونية ،تكوين العقد وإثباته ص 261

المساوات بين الكتابة الالكترونية والكتابة التقليدية في الاثبات.

ولقد صارت التشريعات أغلب الدول في المساوات بين الكتابة الالكترونية، والكتابة التقليدية ومنحها الحجية القانونية الكاملة في الاثبات.

فقد نصت المادة 1316 من القانون المدني الفرنسي بالفقرة الثالثة على أن "الكتابة على الدعامات الالكترونية لها نفس القوة الثابتة للكتابة على الدعامات الورقية، فالمشرع الفرنسي سوى بين الدعامات الالكترونية، والدعامات الورقية بحجية الاثبات.

يضاف إلى ذلك أنه بالنسبة للأعمال الملزمة لجانب واحد نجد أن المادة 1326 من القانون المدني الفرنسي كانت تنص على الكتابة اليدوية بالحروف، والأرقام، وبعد التعديل تم استبدال المصطلح "بواسطة اليد" "بواسطة الشخص نفسه" أي أنها سمحت للأفراد بكتابة المبلغ بأي وسيلة عن طريق الشخص مما يعني جواز الكتابة بالوسائل الالكترونية<sup>1</sup>.

وفي مصر أعطي المشروع قانون التجارة الالكترونية المستند الالكتروني قوة في الاثبات حيث نصت المادة 10 من المشروع على أن تتمتع المحررات الالكترونية بالحجية المقررة بالمحررات العرفية في القانون الاثبات في الشأن ما يرد في هذه المحررات من الحقوق والالتزامات بعد استثناءها الشروط والأوضاع المقررة في اللائحة التنفيذية<sup>2</sup>.

بصدور قانون التوقيع الالكتروني المصري رقم 15 لسنة 2004 نجده قد منح الكتابة الالكترونية الحجية القانونية الكاملة، حيث تنص المادة 15 على الكتابة الالكترونية للمحررات الالكترونية في نطاق المعلومات المدنية والتجارية والإدارية ذات الحجية المقررة للكتابة، والمحررات الرسمية والعرفية في أحكام قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية متى استوفت الشروط المنصوص عليها في هذا القانون وفقا للضوابط الفنية، والتقنية التي تحددها اللائحة التنفيذية لهذا القانون" كما نص كذلك بالمادة 16 على أن "لصورة المنسوخة على الورق من المحرر الالكتروني الرسمي حجية على الكافة بالقدر الذي تكون فيها مطابقة لأصل هذا المحرر، وذلك مادام المحرر الالكتروني الرسمي، والتوقيع الالكتروني موجودين على الدعامة الالكترونية.

<sup>1</sup>د: سعيد السيد القنديل، مرجع سابق، ص16.

<sup>2</sup> محمد أمين الرومي، التعاقد عبر الانترنت، مرجع سابق.

ومن جهته أعطى المشرع الجزائري للكتابة الإلكترونية نفس حجية الكتابة التقليدية في الإثبات حيث تنص المادة 323 مكررا من القانون المدني على أنه "ينتج 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"<sup>1</sup>.  
كذلك فقد ساوى قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية الإماراتي بين الكتابة الإلكترونية والكتابة التقليدية شريطة مراعاة شروط الحفظ<sup>2</sup>.

### المبحث الثاني: التوقيع الإلكتروني

جاء في المبحث الثاني التوقيع الإلكتروني حيث قسمت هذا المبحث إلى أربعة مطالب جاء في المطلب الأول تعريف التوقيع الإلكتروني والمطلب الثاني أهمية التوقيع الإلكتروني والمطلب الثالث شروط التوقيع الإلكتروني والمطلب الرابع حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات

#### المطلب الأول : تعريف التوقيع الإلكتروني

عرف البعض<sup>3</sup> التوقيع الإلكتروني بأنه مجموعة من الأرقام التي تختلط أو تمتزج مع بعضها بعمليات حسابية معقدة ليظهر في النهاية كود سري خاص بشخص معين . بينما عرفه آخرون بأنه عبارة عن : "وحدة قصيرة من البيانات التي تحمل علاقة رياضية مع البيانات الموجودة في محتوى الوثيقة "

وقد عرف المشرع الفرنسي التوقيع الإلكتروني بأنه : "توقيع يتكون من مجموعة من الأرقام يرتبط بالمعلومات التي يرغب المرسل في إرسالها إلى الطرف الآخر ، واحتواء التوقيع على هذه المعطيات يدل على ارتباط صاحبه واعترافه بما ورد في الوثيقة الإلكترونية المرسلة"<sup>4</sup>.

<sup>1</sup>المادة 323 مكررا من التقنين المدني الجزائري.

<sup>2</sup>المادة 1/8 من قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية الإماراتي.

<sup>3</sup>د. نجوى أبو هيبه .التوقيع الإلكتروني .تعريفه .مدى حجيته في الإثبات .دار النهضة العربية 2002

<sup>4</sup> Vivant m.et ch .le stancMop.n9.2853

وتعرف أعمال لجنة التجارة الدولية التابعة للأمم المتحدة cvudci في قانون التجارة الإلكترونية الصادر عنها في عام 1996م ،التوقيع الإلكتروني بأنه عبارة عن مجموعة أرقام تمثل توقيعاً على رسالة معينة ،يتحقق هذا التوقيع من خلال اتباع بعض الاجراءات الحسابية المرتبطة بمفتاح رقمي خاص بالشخص المرسل ومن ثم فإنه بالضغط على هذه الأرقام الخاصة بالشخص يتكون التوقيع الإلكتروني<sup>1</sup> ويمكن أن يتم تحديد هذه الأرقام الخاصة من خلال إتفاقية جماعية لمستخدمي الانترنت في المعاملات التجارية أو من خلال عقد يبرم بين الطرفين يحدد الرقم السري الخاص بكليهما بقحيث أنه باقتزان الرسالة المرسله بهذه الارقام يستطيع الشخص أن يحدد شخصية المتعاقد الذي أرسلها<sup>2</sup> .

وهذا يعني امكان تعدد التوقيع الإلكتروني بتعدد المعاملات التي يقوم بها الشخص .

والمثال الواضح للتوقيع الإلكتروني هو التوقيع الناتج عن استعمال الكارت البنكي الذي تسلمه البنوك للعميل إذ من خلال الضغط على بعض الأرقام السرية على دعامة ممغنطة بذاكرة حافظة لهذا الرقم يتم إدخالها داخل جهاز معين يتم تسوية المعاملات التي قام بها الشخص . إذ البنك من خلال هذا الرقم يستطيع تعيين الشخص مالكة ،وبالتالي تسوية المعاملات التي أتمها على حسابه الثابت لدى البنك<sup>3</sup> .

وبهذه الطريقة فإن التوقيع الإلكتروني يكون بمثابة توثيق للرسالة الإلكترونية الصادرة عن المرسل ولكن يجب مراعاة عدم الخلط بين تشفير التوقيع الإلكتروني وبين تشفير الرسالة الإلكترونية.

صحيح أن كليهما يقوم على عملية حسابية يتم من خلالها تشفير مضمون التوقيع أو الرسالة ،لكن هناك فرق بينهما وهو أن تشفير الرسالة يشملها بأكملها في حين أن التشفير في التوقيع الإلكتروني يقتصر فقط على التوقيع دون بقية الرسالة بحيث يمكن أن يكون مرتبطاً برسالة غير مشفرة.

<sup>1</sup> Caprioli a : sécurité et confiance dans la commerce électronique. Art.préci.no24p1123

<sup>2</sup> د.عبد الباسط جمعي .التصرفات القانونية التي يتم ابرامها عن طريق الانترنت .دار النهضة العربية 2000م ص45

<sup>3</sup> د.فيصل سعيد الغريب التوقيع الإلكتروني وحجيته في الإثبات مرجع سابق ص217

هذا وقد عرفت المادة الأولى من القانون المصري بشأن التجارة الإلكترونية التوقيع الإلكتروني بأنه يمثل: "حرف أو أرقام أو رموز أو إشارات، لها طابع منفرد يسمح بتحديد شخص صاحب التوقيع وتمييزه عن غيره"، وهذا تعريف الدكتورة نجوى أبو هبة<sup>1</sup> التوقيع الإلكتروني بأنه إجراء معين يقوم به الشخص المراد توقيعه على المحرر سواء كان هذا الإجراء على شكل رقم أو إشارة إلكترونية معينة أو شفرة خاصة"، المهم في الأمر أن يحتفظ بالرقم أو الشيفرة بشكل آمن وسري ويمنع استعماله من قبل الغير. ويعطي الثقة في أن صدور هذا التوقيع يفيد أنه بالفعل صدر من احب أي حامل ارقم او الشيفرة، لهذا يمكن تسمية التوقيع الإلكتروني بالتوقيع الإجرائي.

لذا فقد عرفه البعض بأنه: "مجموعة من الإجراءات التقنية التي تمكن من تحديد شخصية من تصدر عنه هذه الإجراءات وقبوله بمضمون التصرف الذي يصدر التوقيع بشأنه"<sup>2</sup> ويؤكد الفقه سواء في مصر أو فرنسا على ضرورة أن يؤدي التوقيع الإلكتروني إلى تمييز شخصية الموقع، حتى يكتسب الشرعية والقبول في الإثبات، لأنه لا مجال للأخذ بالتوقيع الكتابي في ضل المعاملات التي تتم عبر الوسائط الإلكترونية<sup>3</sup>.

فالحاصل الآن أن معظم المعاملات المالية والتجارية تتم بواسطة وسائل الاتصال الحديثة، معتمدة في ذلك على الكتابة الإلكترونية والمحركات الإلكترونية لهذا كان من الضروري توثيق هذه المحركات من أطراف التعاقد، وذلك بواسطة التوقيع الإلكتروني.

ويدفع البعض<sup>4</sup> أنه إذا تمسكنا بالتوقيع التقليدي أو الكتابي فإن هذا يعني توقف معظم أو كل الأنشطة التجارية التي تجري عبر الإنترنت، ويعد هذا بمثابة ضربة في عصب الاقتصاد العالمي، يهدد بانتهائه. لذا يجب قبول التوقيع الإلكتروني وإعطاءه الحجية القانونية

<sup>1</sup>نجوى أبو هبة: مرجع سابق ص 41

<sup>2</sup> فيصل سعيد الغريب مرجع سابق رص 218

<sup>3</sup>مدى حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات مؤتمر الكمبيوتر والقانون، كلية الحقوق جامعة شمس فبراير 1994م ص 53

د. محمد المرسي زهره

<sup>4</sup>د.نجوى أبو هبية مرجع سابق ص 43

في إثبات مثله مثل التوقيع الكتابي. ومن هنا يظهر أن التوقيع الكتابي - كما رآه الكثير من الفقهاء - يمثل عقبة يستحيل تكيفها مع النظم الحديثة للإدارة والمحاسبة<sup>1</sup>.

وقد تداخل المشرع - استجابة لمتطلبات التعامل الحديث - بتعديل نصوص القانون المدني لتنفق مع مجريات الأمور - فجاءة المادة 1316 من القانون المدني الفرنسي مضافة بالقانون 13 مارس 2000 بتعريف "التوقيع" إنه: "التوقيع الضروري لاكتمال التصرف القانوني يجب أن يميز هوية صاحبه، كما يعبر عن رضى الأطراف بالتزامات الناشئة عنه.. وإذا ما تم التوقيع بشكل إلكتروني وجب استخدام طريقة موثوق بها لتمييز هوية صاحبه واتجاه إرادته للإلتزام بالعمل القانوني المقصود<sup>2</sup>.

### المطلب الثاني: أهمية التوقيع الإلكتروني

يتجه الواقع العملي إلى إدخال طرق ووسائل حديثة في التعامل لانتفق تماما مع فكرة التوقيع بمفهومها التقليدي. وفي ظل هذه الظروف قد لا يجد التوقيع التقليدي له مكانا أمام انتشار نظم المعالجة الإلكترونية للمعلومات والتي بدأت تغزو العالم وتعتمد اعتمادا كليا على الآلية، ولا مجال للإجراءات اليدوية في ظلها.

وفي ظل هذه الظروف أيضا اتجه الواقع على البحث عن بديل للتوقيع التقليدي يستطيع أن يؤدي ذات الوظيفة من ناحية، ويتكيف مع وسائل الإدارة الحديثة من ناحية أخرى وهذا البديل قد يكون رقما سريا معينا أو رمزا محددًا وهو ما يسمى بالتوقيع الإلكتروني أي التوقيع الناتج عن إتباع إجراءات محددة تؤدي في النهاية إلى نتيجة معينة معروفة مقدما، فيكون مجموع هذه الإجراءات هو البديل الحديث للتوقيع بمفهومه التقليدي فإذا ما تم إتباع هذه الإجراءات بطريقة سليمة تم إنجاز المعاملة وأصبحت ملزمة للطرفين ولكن هذه الخطوات أو الإجراءات تتم دون توقيع بالمعنى التقليدي. وحل محل التوقيع التقليدي مجموعة من الإجراءات يعبر عنها اختصارا بالكود سواء أكان رقما أو رمزا أو شيفرة .

<sup>1</sup>د: محمد المرسي الزهرة، مرجع سابق، ص 89.

<sup>2</sup> L'écrit sous forme électronique est admise en prévue au même titre que l'écrit suppot papier.

ومن جانب آخر يلعب التوقيع الإلكتروني دورا بارزا في التعاقد عن بعد عن طريق الانترنت.

إذ تتميز الوسيلة التي يتم من خلالها تبادل التراضي بأنها مفتوحة أمام مستخدمي شبكة الانترنت في العالم كله ، وذلك إذا ما تم بث الإيجاب والقبول من خلال صفحة الشبكة web، أو الشبكة العنكبوتية العالمية<sup>1</sup>.

وهنا تثار مشكلة كيفية تحديد شخصية طرفي العمليات العقدية وذلك لتحديد الأمان القانوني للعمليات العقدية التي تتم من خلال شبكة الانترنت .وفي هذا الصدد يجب على صاحب التوقيع تحديد الأشخاص الذين يستخدمون الموقع إذا كان الطرفان لا يملكان المواقع التي يتم من خلالها بث المعلومات اللازمة لعملية الإيجاب والقبول .فإن تعيين الموقع يجب أن يتضح من خلال عناصر الإيجاب والقبول .ولا تثار هذه المشكلة عندما يتم إرسال الرسالة من خلال البريد الإلكتروني ،حيث أن مثل هذه الرسالة تكون ذات طبيعة شخصية ،بمعنى أن مرسل الإيجاب والقبول يكونان شخصين محددين وعنوانهما الإلكتروني واضح بين عناصر الرسائل المتبادلة<sup>2</sup> .ولكن برغم من ذلك تبدو هذه الوسائل غير فعالة ولا تقدم الضمان الكافي ، إذ انها " تعتمد على ارادة شخص الذي يقوم ببث الرسائل دون رقابة ، بحيث يمكن أن يكتب عنوانا إلكترونيا غير صحيح كما يمكن أن يذكر إسم موقع آخر غير الذي يستخدمه" ومن هنا تظهر أهمية التوقيع الإلكتروني في عملية تحديد شخصية المتعاقدين .

### المطلب الثالث: شروط التوقيع الإلكتروني

أدرك المشرع الأوروبي أهمية التوقيع الإلكتروني، وأكد على أهمية التدخل لمواكبة معطيات العصر والتطور التكنولوجي، وأهمية تشجيع التجارة الإلكترونية التي لا غنى عنها، ولا غنى عنها عن التوقيع الإلكتروني، فصدر التوجيه الأوروبي رقم 193/999 في 13 ديسمبر 1999 والذي اعترف بالتوقيع الإلكتروني، وألزم دول الأعضاء بالإتحاد الأوروبي بمنح هذا التوقيع الحجية القانونية التي يتمتع بها التوقيع الخطي الكتابي، وبذلك أصبح

<sup>1</sup>د.فيصل سعيد الغريب .التوقيع الإلكتروني وحجيته في الإثبات. ص 215

<sup>2</sup>د. فاروق الأبصاري عقد الاشتراك في قواعد المعلومات الإلكترونية ،دراسة تطبيقية لعقود الانترنت .ص 110

التوقيع الإلكتروني يقف على قدم المساواة مع التوقيع الكتابي، وأصبح دليلا كاملا في الإثبات طالما توافرت فيه الشروط التي يطلبها القانون.

وقد اشترط التوجيه الأوروبي عدة شروط يجب توفرها في التوقيع الإلكتروني لكي يحوز على تلك الحجية القانونية، هذه الشروط هي:

1/ أن يكون التوقيع مرتبطا بشخصية مصدره.

2/ أن يكون مجددا لشخصية الموقع ومميزا له عن غيره من الأشخاص.

3/ أن تتبع بالنسبة له الإجراءات التقنية التي تمكن مصدره من السيطرة عليه.

4/ أن يكون مرتبطا بالمعلومات التي يتضمنها المستند الإلكتروني بالطريقة التي تسمح باكتشاف أي تعديل يطرأ عليه أو على مضمون المستند ذاته.

وفي مصر نص الفصل الثالث من قانون التجارة الإلكترونية على اعتماد التوقيع الإلكتروني في إثبات ومنحه الحجية المقررة للتوقيع الكتابي أو الخطي، بعد توفر الشروط المهمة وهي:

1/ ارتباط التوقيع الإلكتروني بالموقع دون غيره.

2/ سيطرت الموقع دون غيره على الوسيط الإلكتروني.

3/ امكان كشف أي تعديل أو تبديل في بيانات المحرر الإلكتروني أو التوقيع الإلكتروني.

وهكذا يتضح من العرض السابق أن معظم التشريعات اتجهت إلى مساواة التوقيع الإلكتروني بالتوقيع الخطي طالما استوفى شروطه القانونية.

### المطلب الرابع: حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات.

نص المشرع الجزائري في المادة 327 فقرة 2 على أنه: "يعتد بالتوقيع الإلكتروني وفقا للشروط المذكورة في المادة 323 مكرر 1 أعلاه"، ويكون بذلك المشرع قد سوى في الحجية بين التوقيع التقليدي والتوقيع الإلكتروني، وهو ما يسمى بالتعادل الوظيفي بين التوقيع التقليدي والتوقيع الإلكتروني، أي أن التوقيع الإلكتروني يمكن أن يقوم بذات الوظائف

التي يقوم بها التوقيع الخطي من حيث تحديد هوية صاحبه و إقراره بمضمون التعامل الذي استخدم هذا التوقيع في إنجازهِ<sup>1</sup> .

في نفس الوقت أحال المشرع على الشروط المنصوص عليها في المادة 323 مكرر 1 للإعتداد بهذا التوقيع وهي:

ـ إمكانية التأكد من هوية الشخص الذي أصدره.

ـ أن يكون معدا ومحفوظا في ظروف تضمن سلامته.

فكما سبقت الإشارة إليه أعلاه فإنه يصعب تحقق هذين الشرطين إلا بوجود جهات وسيطة تصادق على صحة هذا التوقيع، وضمان أن صدوره كان من الشخص المنسوب إليه، وتأكيد أنه لم يحدث أي تحريف أو تعديل فيه.

وفي غياب نص تنظيمي للمسألة، تظل مشكلة تحديد الشخص الذي يصدر عنه هذا التوقيع قائمة في كيفية تعيين المتعاقد حتى مع وجود التوقيع الإلكتروني، وفي هذا الصدد تظهر أهمية تحديد هذا التوقيع من خلال شخص آخر يسمى بهيئة الإقرار *Autorité certificatrice*، والتي تقدم خدمة التصديق *prestataire de service de certification*، أو الغير الموثق *Tiers certificateur ou Authentificateur*، وهذا يعني ضرورة إنشاء هذه الوظيفة بالنسبة للمعاملات التي تتم من خلال شبكة الانترنت، وهذه الجهة الموثقة أو هذا الشخص المصدق يجب أن يقدم وثيقة إلى مستخدم الانترنت في إبرام العقود تتضمن اسمه عنوان وإذا كان شخص معنوي يتم تحديد سلطاته ورقمه السري، وهذه الشهادة تحمل التوقيع الإلكتروني للجهة الصادرة عنها، وهذا من شأنه أن يؤكد العلاقة بين الشخص والرسالة الإلكترونية الصادرة عنه، وإن بث الرسالة مقترنة بهذه الإجراءات المكونة للتوقيع الإلكتروني يؤكد نسبتها لشخص محدد من جهة، وأنه لم يحدث تلاعب أو تحريف أو تعديل في الرسالة من جهة أخرى، وهذا من شأنه إضفاء نوع من الثقة في التعامل الذي يتم من خلال شبكة الأنترنت، إذ يضمن للمستقبل سلامة المعلومات المرسلة من الطرف الآخر كما صدرت عنه تماما دون تحريف ناتج عن تدخل شخص آخر على

<sup>1</sup>د/سامي بديع منصور، المرجع السابق، ص 365

الشبكة، وفي سبيل إضفاء الثقة على هذه الوسيلة يجب على هذه الهيئة أن تخلق لديها نظاما رقميا خاصا بالتوقيع الإلكتروني بما يمنع الخلط بين مستخدمي الأنترنت وكذلك خلق أرشيف إلكتروني، يتضمن التوقيعات الإلكترونية الصادرة عنها<sup>1</sup>.

هذا وقد أبدت أغلب التشريعات التي اعترفت بالتوقيع الإلكتروني في إثبات التصرفات القانونية مجموعة من الضوابط الصارمة، وتدخلت الدولة في هذا الخصوص بإنشاء هيئة عامة يناط بها مهمة التوثيق بما يؤدي إلى نوع من التنظيم الرسمي لاستخدام الأنترنت في المعاملات التجارية وإبرام العقود بصفة عامة، وبالتالي إضفاء نوع من الثقة على التعامل الذي يتم عبر شبكة الأنترنت<sup>2</sup>.

أما في الجزائر، وبسبب غياب إطار منظم لهذه الوظيفة، فلأطراف العقد الحرية في اختيار النظام الإلكتروني الذي يضمن للإمضاء موثوقيته، وذلك بإنشاء الجهة الموثقة باتفاق مستخدمي الأنترنت في تعاملاتهم، ومن ثمة تكون هذه الهيئة خاصة.

<sup>1</sup>د/ فاروق محمد أحمد الأباصيري، المرجع السابق، ص 83

<sup>2</sup>وفي هذا الإطار أصدر المشرع الفرنسي مرسوما تنظيميا يحدد كيفية تطبيق المادة 1316-4 من القانون المدني الذي أنشأ هيئة التوثيق، ونظم هذه المهنة بشكل دقيق، وأحاط بالجوانب التقنية للتوقيع الإلكتروني

## الخاتمة

لقد جاء بحثنا عن الشكلية في عقود التجارة الإلكترونية، الذي يعتبر من أهم مواضيع التجارة الإلكترونية، وكذا أهم مسألة تشغل كتابات رجال القانون نظرا لخصوصيتها، كونها تبرم في فضاء إلكتروني افتراضي تنعدم فيه الماديات، فيتم إخراج هذه التصرفات إلى العالم المادي الواقعي في شكل مادي (كتابي) ملموس، حتى يبعث الأمن والثقة في نفوس المتعاملين فيها. وبما أن العقد يتم بمجرد تبادل الإرادتين المتطابقتين بين أطرافه، فإنه يتم تبادلها في هذا الفضاء أيضا، عن طريق رسائل البيانات المرسلة بوسائط إلكترونية، سواء عبر البريد الإلكتروني أو عبر الإنترنت والشكلية في العقود تعني أمرين:

الأول أن يشترط لصحة التصرفات القانونية والتي من بينها العقود إتباع إجراءات قانونية معينة، حتى يعتبر التصرف صحيحا منتجا لآثاره وهو ما تناولناه في الفصل الأول وبالتالي هي ركن لانعقاد العقد، وبالرغم من أن معظم فقهاء القانون يرون بأن رسالة البيانات التي يتم تبادل الإرادة بها في مجال عقود التجارة الإلكترونية، تعتبر من مظاهر الشكلية في إبرام العقود، كون أن هذه الرسائل عادة ما تحتوي على كتابة تعبر عن إرادة المتعاقدين، ويمكن قراءتها عن طريق الآلة، كما يمكن الاحتفاظ بها لمدة قد تفوق بكثير المدة التي تحفظها السندات الورقية، حتى يمكن الرجوع إليها عند الحاجة، وهو ما ذهب إليه جانب من الفقه الفرنسي في تفسيره للمادة 1316 من ق م ف، الذي فسر مفهوم الكتابة المذكورة في هذه المادة تفسيرا موسعا، حيث شمل إلى جانب الكتابة كشرط إثبات التصرفات القانونية، الكتابة المشترطة لصحتها، لكن ما كان يقصد بمضمون هذه المادة هو مسألة الرسمية، أي إمكانية توثيق هذه الإرادة. وقد توصلنا في بحثنا هذا أنه بالفعل يمكن توثيق هذه الإرادة عن طريق التوقيع الإلكتروني الذي يضمن سلامة السند الموقع عليه من أي تغيير أو تزوير لمضمونه، لكننا لاحظنا أنه رغم إمكانية توثيق الإرادة الإلكترونية لم نلمس جانب الرسمية في إبرامها، كونها توثق عن طريق توقيع أطرافها على السند دون حاجة إلى طرف ثالث يمهرها بختمه وتوقيعه.

يقصد بها أيضا، الكتابة التي يشترطها القانون لإثبات التصرفات القانونية، أي أن عدم إتباع الإجراءات القانونية المنصوص عليها قانونا لإبرامها لا تمس بصحتها، بل يعتبر صحيحا ومنتجا لكل آثاره، لكن في حالة نشوب نزاع بين أطرافه، فإنه يشترط لإثبات الواقعة القانونية وجود دليل، وهذا الأخير يجب أن يحمل شكل قانوني معين سند مكتوب وممهور بخاتم وتوقيع موظف عام مكلف بتوثيقها قانونا، سواء كان القانون من اشترطه أم الأطراف هم الذين اتفقوا على إضفاء شكل معين عليه، وهو ما دفعنا للبحث في مجال المعاملات الإلكترونية أين تتم كل العقود في

عالم افتراضي لا مادي، تنعدم فيه الدعائم المادية الورقية، عن مدى توفر هذه الخدمة وعن مدى حجية الشهادة التي تقدمها للمتعاملين الإلكترونيين.

الإثبات هو السبيل الوحيد لضمان أمن وسلامة الحق والدفاع عنه أمام القضاء، وهو ما دفع العديد من المنظمات الدولية والإقليمية إلى إصدار قوانين تنظم هذا الفضاء، خاصة منه ما يعنى بالمجال التجاري، تشجيعا منها الدول وحثها على إصدار قوانين جديدة تنظم التجارة الإلكترونية وتضمن للأفراد المتعاملين فيها الدفاع عن حقوقهم قانونا، ومن بين هذه القوانين الدولية التي ساهمت في نمو التجارة الإلكترونية كما ذكرنا، قانون الأونسيترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية الذي اعتمده لجنة القانون التجاري الدولي التابعة للأمم المتحدة عام 1996 وعلى المستوى الإقليمي نجد التوجيه الأوروبي الذي صدر عن المجلس الأوروبي عام 1999 الخاص بالتوقيع الإلكتروني.

اقتداء بجهود المنظمات الدولية، استلهمت مختلف قوانين الدول الغربية والعربية أحكامها من هذين القانونين . القانون الأونسيترال النموذجي للتجارة الإلكترونية والتوجيه الأوروبي .، حيث هناك من قامت بإصدار قوانين جديدة خاصة بالتجارة الإلكترونية أو بأحد مجالاتها، خاصة ما يتعلق بالسندات الإلكترونية، حيث رأينا أن معظم القوانين المعاصرة قد اعترفت لها بالحجية القانونية، ومنحت لها نفس القيمة التي هي للسندات الورقية، ومن بين هذه الدول كما رأينا، فرنسا، الدومينيكا، بريطانيا... الخ، وهناك دول أخرى لم تقم بذلك لكنها عدلت من قوانينها الخاصة بالإثبات أو بالتجارة ككل، ومن بين الدول التي عدلت قوانينها الداخلية تماشيا مع العصر الرقمي، نجد المشرع الجزائري بتعديله لأحكام الإثبات في القانون المدني عام 2005 حيث أدخل المحررات الإلكترونية ضمن وسائل الإثبات، وأعطى لها نفس القيمة مع المحررات العادية إذا توفرت فيها الشروط السابقة الذكر، وهذا يعتبر خطوة نحو تقدم التجارة الإلكترونية في الجزائر .

اعترفت جل القوانين إن لم نقل كلها بالكتابة الإلكترونية كوسيلة إثبات جديدة، دخلت ميدان الإثبات، فكما رأينا كان الفقه أول من دعا للاعتراف لها بالحجية، ثم تلاه جهود القضاء، وأخيرا حظيت باعتراف قانوني، وأصبحت تزاحم وسائل الإثبات العادية، خاصة بعد أن ساوت القوانين بينها وبين السندات التقليدية من حيث القيمة القانونية .وبذلك نكون قد توصلنا إلى أن الكتابة الإلكترونية حسب القوانين الدولية والدولالية تعتبر وسيلة إثبات وليست وسيلة تعاقد، وهذا في انتظار تطور تكنولوجي أكثر يسمح من اعتماد هذه الكتابة كوسيلة تعاقد، لكن هذا لن يتحقق إلا بتوفير أمن قانوني وتقني أكبر لهذه المعاملات، يفوق تقنيتي التشفير والتوثيق الإلكترونيين، وبذلك يحول دون عزوف المتعاملين التجاريين عن التعاقد إلكترونيا.

## قائمة المصادر والمراجع

1- القرآن

أولاً: باللغة العربية:

1/ الكتب:

1. الأباصيري فاروق: عقد الاشتراك في قواعد المعلومات الالكترونية، دراسة تطبيقية لعقود الانترنت، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003.
2. أحسن بوسقيعة: الوجيز في القانون الجنائي الخاص، دار هومه، الجزائر، 2005.
3. أحمد شرف الدين: عقود التجارة الإلكترونية: تكوين العقد وإثباته، مكتبة دار النهضة العربية، القاهرة، 2000.
4. أحمد عبد الكريم سلامة: القانون الدولي الخاص النوعي ( الإلكتروني- السياحي- البيئي)، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002.
5. أسامة أبو الحسن مجاهد: خصوصية التعاقد عبر الإنترنت، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000.
6. أسامة أحمد بدر: الوسائط المعتمدة بين الواقع والقانون، دار النهضة العربية، القاهرة، دس ن.
7. أسامة أحمد شوقي المليجي: استخدام مخرجات التقنيات العلمية الحديثة وأثره على قواعد الاثبات المدني، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000.
8. آمانج رحيم أحمد: التراضي في العقود الالكترونية عبر شبكة الانترنت، دراسة تحليلية مقارنة، دار وائل للنشر، الأردن، 2006.
9. بشار محمود دودين: الإطار القانوني للعقد المبرم عبر شبكة الانترنت، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2006.
10. جمال مصطفى: السعي إلى التعاقد في القانون المقارن، منشورات الحلبي الحقوقية، سوريا، 2001.

11. **حامد عبد العزيز الجمال:** التعاقد عبر تقنيات الإتصال الحديثة، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006.
12. **حسن عبد الباسط الجمعي:** إثبات التصرفات القانونية التي يتم إبرامها عن طريق الإنترنت، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000.
13. **حسن عبد الباسط جمعي:** عقود برامج الحاسب الآلي \_ دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1998.
14. **خالد ممدوح إبراهيم:** إبرام العقد الإلكتروني، دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2008.
15. **خالد ممدوح إبراهيم:** أمن مراسلات البريد الإلكتروني، الدار الجامعية، القاهرة، 2008.
16. **زريقات عمر خالد:** عقود التجارة الإلكترونية، عقد البيع عبر الإنترنت، دراسة تحليلية، دار الحامد للنشر والتوزيع، عمان، 2007.
17. **سعداوي سليم:** عقود التجارة الإلكترونية، دراسة مقارنة، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، 2008.
18. **سعيد السيد قنديل:** التوزيع الإلكتروني، دار الجامعة للنشر، الاسكندرية، 2004.
19. **سلطان أنور:** مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني: دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، دار الثقافة للطباعة والنشر، عمان، 2002.
20. **سمير حامد عبد العزيز الجمال:** التعاقد عبر تقنيات الإتصال الحديث (دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006.
21. **السنهوري عبد الرزاق:** الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، 1981.
22. **صقر نبيل ومكاري نزيهة:** الوسيط في الوسائط الإجرائية والموضوعية للإثبات في المواد المدنية، دار الهدى، الجزائر، 2009.

23. **العجلولي أحمد خالد:** التعاقد عن طريق الانترنت\_دراسة مقارنة\_ دار الثقافة، القاهرة، 2002.
24. **علي فيلاي:** الالتزامات، النظرية العامة للعقد، دار هومة للنشر، الجزائر، 2008.
25. **لبيب شنب:** الوجيز في مصادر الالتزام، الطبعة الثالثة، دار النهضة العربية، القاهرة، د س ن.
26. **لورنس محمد عبيدات:** إثبات المحرر الإلكتروني، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2005.
27. **متولي وهدان رضا:** النظام القانوني للعقد الإلكتروني والمسؤولية عن التعاقدات الإلكترونية، دراسة مقارنة في القوانين الوطنية وقانون الاونسيترال النموذجي والفقہ الإسلامي، دار الفكر والقانون، القاهرة، 2008.
28. **محمد إبراهيم موسى:** انعكاسات العولمة على قعود التجارة الدولية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، 2007.
29. **محمد السعيد رشدي:** الإثبات في المواد المدنية والتجارية وفقا للقانون المصري والكويتي، مؤسسة دار الكتاب، الكويت، 1996.
30. **محمد السعيد رشدي:** حجية وسائل الاتصال الحديثة في الإثبات، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002.
31. **محمد أمين أحمد الشوابكة:** جرائم الحاسوب والانترنت، دار الثقافة للنشر والتوزيع، القاهرة، 2004.
32. **محمد أمين الرومي:** التعاقد الإلكتروني عبر الانترنت، دار المطبوعات الجامعية، القاهرة، 2004.
33. **محمد حسام لظفي:** الحجية القانونية للمصغرات الفيلمية في إثبات المواد المدنية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، القاهرة، 1988.
34. **محمد حسام لظفي:** عقود خدمات المعلومات، دار النهضة العربية، القاهرة، 1994.

**35. مناني فراح:** أدلة الإثبات الحديثة في القانون، دار الهدى للنشر والتوزيع، الجزائر، 2008.

**36. مناني فراح:** العقد الإلكتروني وسيلة إثبات حديثة في القانون المدني الجزائري، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2009.

**37. المنزلاوي صالح:** القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2006.

## 2/ الرسائل والمذكرات الجامعية:

### أ/ رسائل الدكتوراه:

**1. حمودي ناصر:** النظام القانوني لعقد البيع الدولي الإلكتروني المبرم عبر الإنترنت، رسالة لنيل شهادة دكتوراه، التخصص: القانون، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2009.

**2. رجب كريم عبد الله:** التفاوض على العقد-دراسة مقارنة، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق، جامعة عين الشمس، القاهرة، 2000.

**3. محمد إبراهيم عرسان أبو الهيجاء:** القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، رسالة دكتوراه، جامعة الدول العربية، القاهرة، 2004.

### ب/ مذكرات الماجستير:

**1- إيداد محمد عارف عطا سدة:** مدى حجية المحررات الإلكترونية في الإثبات: دراسة مقارنة، أطروحة استكمالاً لمتطلبات درجة الماجستير في القانون الخاص، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، فلسطين، 2009.

**2- بن غرابي سمية:** عقود التجارة الإلكترونية و منهج تنازع القوانين، مذكرة لنيل درجة الماجستير في القانون، فرع قانون التعاون الدولي، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2009.

**3- لموم كريم:** لإثبات في معاملات التجارة الإلكترونية بين التشريعات الوطنية و الدولية، مذكرة لنيل درجة الماجستير في القانون فرع " قانون التعاون الدولي"، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2011.

4- نصيرات علاء: حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات، رسالة لنيل شهادة الماجستير، جامعة آل البيت، 2003.

5- يحيى يوسف فلاح حسن: التنظيم القانوني للعقود الإلكترونية، أطروحة إبتكمالاً لنيل درجة الماجستير في القانون الخاص، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح، فلسطين، 2007، متوفرة على الموقع:  
<http://www.najah.fr/mémoire/contened/236/207.pdf>

### 3/ المقالات والبحوث العلمية:

1- ابن مقلان محمد: وظائف التوقيع الإلكتروني، مقال منشور على الموقع:

E-mail : nailto.moglen@ columbia.edu.

2- أشرف توفيق شمس الدين: الحماية الجنائية للمستند الإلكتروني، بحث مقدم لمؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون، دبي، الفترة من 10-12 ماي 2003.

3- أحمد محمد الهواري: عقود التجارة الإلكترونية في القانون الدولي الخاص، بحث مقدم للمؤتمر العملي الأول حول الجوانب القانونية والأمنية للعمليات الإلكترونية، مركز البحوث والدراسات بأكاديمية شرطة دبي، الإمارات العربية المتحدة، الفترة 26-28 أبريل 2003.

4- الدسوقي أبو الليل: توثيق التعاملات الإلكترونية ومسؤولية جهة التوثيق تجاه الغير المضرور، بحث مقدم إلى مؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون، الذي نظمه كلية الشريعة والقانون في جامعة الإمارات العربية المتحدة، بالتعاون مع غرفة التجارة وصناعة دبي، في الفترة ما بين 10 و 12 ماي 2003، المجلد الخامس، متوفر على الموقع:

<http://www.unue.banque.com/imarat/arab/12/3398.pdf>

5- الصالحين محمد أبو العيش: لشكلية في عقود الإنترنت والتجارة الإلكترونية، مقال مقدم للأسبوع الثقافي حول المجتمع الإلكتروني، بكلية القانون، جامعة قاريونس، الفترة من 18 إلى 22 فيفري 2007، متوفرة على الموقع:

<http://www.univ-kar-youness.com/content/download.mémoire.pdf>

6- خالد ممدوح إبراهيم: لشكلية في عقود الإنترنت والتجارة الإلكترونية، بحث مقدم لمنندى الأبحاث القانونية، سوريا، يوم 5 ماي 2010، متوفرة على الموقع:

<http://www.hawassdroit.ibda3.org/t1125-topic>

7- محمود ثابت محمود: حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات، مجلة المحاماة، العدد الثاني لسنة، 2002.

8- **عاصم عبد الجبار سعد:** الإثبات في قانون المعاملات الالكترونية و قانون المعاملات المدنية و التجارية، مقال منشور عبر الموقع:

<http://www.barary.com/forum>

9- **نادر عبد العزيز:** الإثبات الإلكتروني بين الواقع والقانون، مجلة الجيش الملكي، العدد 233، 2004، منشورة على الموقع:

<http://www.lebamy.gov.lb/article.asp>

#### 4/ النصوص القانونية:

#### أ/ المواثيق الدولية:

1- اتفاقية فينا لسنة 1980، المتعلقة بالبيع الدولي للبضائع.

2- قانون الأونسيترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية، متوفر على الموقع:

<http://www.uncitral.org>

3- قواعد الأونسيترال الموحدة بشأن التوقيعات الإلكترونية لسنة 2001، المنشور باللغتين العربية و الإنجليزية على الموقع:

<http://www.uncitral.org.stabl/ml-elecsig-a.pdf>

#### ب/ النصوص التشريعية:

#### ب1/ النصوص التشريعية الوطنية:

1- أمر رقم 75-58 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن التقنين المدني الجزائري، معدل ومتمم بموجب القانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 جوان 2005، ج ر ع 2005/44.

2- أمر رقم 06-23 مؤرخ في 29/06/1975، يتضمن القانون التجاري الجزائري، معدل ومتمم بموجب القانون رقم 05-02، مؤرخ في 06/02/2005، ج ر ع 11 صادرة بتاريخ 09/02/2005.

3- قانون رقم 06-23 مؤرخ في 20 ديسمبر 2006، يعدل ويتمم الأمر رقم 66-156، المؤرخ في 8 جوان 1966، المتضمن قانون العقوبات، ج ر ع 84 صادرة بتاريخ 20 ديسمبر 2006.

4- قانون رقم 09-04 مؤرخ في 05 أوت 2009، يتضمن القواعد الخاصة للوقاية من جرائم تكنولوجيا الإعلام والاتصال ومكافحتها، ج ر ع 84 صادرة بتاريخ 16/08/2009.

**ب2/ النصوص التشريعية للدول الأجنبية:**

1- قانون رقم 80-525 صادر بتاريخ 12/07/1980، يتضمن التقنين المدني الفرنسي.

2- قانون الإثبات السوداني لسنة 1983، يمكن الحصول على النص الكامل له عبر

الموقع:

<http://www.justice-lawhome.com/vb/showthread.php?=574>

3- قانون الحفاظ على الوثائق العراقي رقم 80 لسنة 1983.

4- قانون رقم 84-131 مؤرخ في 16 جويلية 1984، يتضمن القانون المدني المصري معدل ومتمم.

5- قانون فرنسا لسنة 1986، يتعلق بتنظيم حرية الاتصال، النسخة الكاملة له منشورة

عبر الموقع:

<http://www.justice-gov.fr>

6- قانون الإثبات المدني البريطاني الجديد لسنة 1996، متوفر على الموقع:

[www.barkerinfo.com/apec/uk.eu.legal-guide/uk](http://www.barkerinfo.com/apec/uk.eu.legal-guide/uk)

7- قانون رقم 23-1997، يتضمن قانون الأوراق المالية الأردني المؤقت.

8- قانون رقم 23-1999، يتضمن قانون براءة الاختراع الأردني.

9- قانون رقم 34-1999، يتضمن قانون المعاملات التجارية الأردني.

10- قانون المعاملات التجارية الإلكترونية الأمريكي الصادر سنة 1999.

11- قانون رقم 03-2000 مؤرخ في 05/08/2000، يحدد القواعد العامة المتعلقة

بالبريد وبالمواصلات السلكية واللاسلكية.

12- قانون الاتصالات الإلكترونية البريطاني الصادر في 25/05/2000، متوفرة على

الموقع:

[www.droit-technologue.org](http://www.droit-technologue.org).

13- قانون رقم 14-2000، يتضمن قانون الرسوم والنماذج الصناعية الأردني.

14- قانون رقم 28-2000، يتضمن قانون البنوك الأردني.

15- قانون رقم 83-2000 مؤرخ في 09/08/2000، الخاص بالمبادلات والتجارة

الإلكترونية التونسي، المنشور بالرائد الرسمي للجمهورية التونسية الصادر في

2000/08/11.

16- قانون رقم 85-2000 مؤرخ في 11/12/2000، والمتعلق بالمعاملات الإلكترونية الأردني.

17- قانون رقم 37-2001، يعدل القانون رقم 30-152، يتضمن قانون البيئات الأردني.

18- قانون رقم 14-2004، خاص بالتوقيع الإلكتروني المصري، متوفر على الموقع:  
[http://www.gn4me.com/etesalat/article/art\\_id=4967](http://www.gn4me.com/etesalat/article/art_id=4967)

19- قانون الإثبات الفيدرالي الأمريكي، متوفر على الموقعين:  
<http://library.whithouse.gov.us> و [www.law.indiana.edu/glsj](http://www.law.indiana.edu/glsj)

### ج/ المرسوم التنظيمي:

-مرسوم تنفيذي رقم 07-162 مؤرخ في 30/05/2007، يتعلق بنظام الاستغلال المطبق على كل نوع من أنواع الشبكات بما فيها اللاسلكية الكهربائية وعلى مختلف خدمات المواصلات السلكية واللاسلكية، يعدل ويتم المرسوم التنفيذي رقم 01-123 مؤرخ في 09/05/2001، ج ر ج عدد 27 صادر في 13/05/2001.

### 5/ الوثائق:

1- القاضي يرني نذير: العقد الإلكتروني على ضوء القانون المدني الجزائري، مذكرة تخرج من المدرسة العليا للقضاة، الجزائر، دفعة 2003 - 2006.

2- قضية " كريدكاس" باللغة الفرنسية والحكم الصادر بشأنها على الموقع:

<http://www.credicas.onlineau.fr/memoire/1820.pdf>

3- مراحل وضع مشروع قانون معدل لنصوص التقنين المدني الفرنسي، المتعلقة بالإثبات من أجل استيعاب التقنيات الحديثة في مجال تدوين المحررات الإلكترونية والتعامل بها، على الموقع:

[www.leg/france-gouv.fr/citoyen/actualite/preparation/exp](http://www.leg/france-gouv.fr/citoyen/actualite/preparation/exp)

### 1\OUVRAGES :

1. **ACHILLEAS philippe**, la télèvision par satellite : aspects juridiques internationaux,perspectives internationales,n°7,montchrestien,1995.

2. **ALIXANDAE raymond**, la signature électronique :une révolution fondamentale du droit de la preuve, presses universitaires d'aix \_marseille ,2002.
3. **ANDRIW D\_MURRAY**, entering into contracts electronically,USA ,2002.
4. **BENJAMIN Wrght JANE K. Winn**, the law of elctronic commerce,third edition, of aspen publishing \_ INC, New York ,USA ,2000.
5. **BETOUZET Christine** ,le commerce , électronique :création de valeur pour l'entreprise, HERMES Science publications,paris,1999
6. Electronic record: means a record created, generated, sent, communicated, received by electronic means”, look: BNJAMIN Wright & JANE K. Winn, op cit,
7. GAUTRAIS Vincent, Le contrat électronique, l'encadrement juridique international, thèse de doctorat, faculté des études supérieures, université de Montréal, Canada, 1998.

#### **5/DOCUMENTS :**

- 1-APIIQ, La loi uniforme sur la preuve électronique, mémoire présenté à la conférence pour l'harmonisation des lois au Canada par la comité d'évaluation des critères d'expertises de l'Association, Mai 1997, disponible sur le site : <http://www.crim.ca/APIIQ>
- 2-«« The Economic and Social Impacts of Electronic Commerce : Preliminary Findings And Research Agenda », disponiblesur le site : [http://www.onlineaustralia.net.au/publications/other/OECD/ottawa98/e\\_simpact.pdf](http://www.onlineaustralia.net.au/publications/other/OECD/ottawa98/e_simpact.pdf)

## ملخص

تطور التجارة الإلكترونية، صاحبه تطور ونمو حجم استخدام الوسائل الإلكترونية، كما صاحبها أيضا تغير مفهوم عدة مصطلحات في هذا المجال، مثل مفهوم الكتابة من كتابة تقليدية إلى كتابة إلكترونية. وكذا تغير طبيعة الوسائط التي تحملها وتحفظها، حيث بعدما كان العقد يدون على دعامة ورقية، اختفت هذه الدعامات مع التجارة الإلكترونية، وأصبحت العقود تدون على دعامات إلكترونية، تسمى بالسندات أو المحررات الإلكترونية، التي أصبحت بديلا للسندات التقليدية، خاصة بعد ظهور الأرشيف الإلكتروني، الذي أصبحت قدراته تفوق قدرات الأرشيف التقليدي، من حيث حفظ وضمان عدم زوال السندات الإلكترونية لمدة قد تفوق المدة التي يوفرها الأرشيف التقليدي، وفي حيز مكاني صغير جدا مقارنة بذلك الذي تشغله السندات الورقية. كما أنه قد تم التغلب على إمكانية تغيير مضمون السندات الإلكترونية دون ترك أي أثر، وذلك عبر تقنيتي التوقيع والتشفير الإلكترونيين.

سبق لنا أن قلنا، أن التجارة الإلكترونية تمارس عن طريق العقود، هذه العقود عادة ما تتور بشأنها نزاعات، كتلك التي تخص تنفيذ أو تحديد التزامات الأطراف المتعاقدة، إثبات وجود التصرف القانوني المنشأ لهذه الالتزامات ألا وهو العقد الإلكتروني، كل هذا شجع على خلق مناخ قانوني من أجل خلق الثقة في نفوس المتعاملين فيها، خاصة في أهم مسألة تثيرها العقود، وهي ضمان حقوق الأفراد من الضياع، أي ما يسمى بالإثبات الإلكتروني. وهذا لن يتحقق إلا بإعطاء السندات الإلكترونية قيمة قانونية فعالة في الإثبات، وهو ما قامت به مختلف التشريعات العالمية - الدولية والداخلية للدول - ، بدءا بقانوني الأونسيترال الذين صدرا عن لجنة القانون التجاري الدولي التابعة للأمم المتحدة، الأول بشأن التجارة الإلكترونية سنة 1996، والثاني بشأن توحيد القواعد الخاصة بالتوقيع الإلكتروني لسنة 2001. وكذا في نفس المجال نجد التوجيه الأوروبي المؤرخ في 1999/12/13 ، هذه القوانين أعطت للسندات الإلكترونية والتوقيع الإلكتروني نفس قيمة السندات العادية والتوقيع العادي في الإثبات، بعد أن نصت على ضرورة توفر بعض الشروط، كأن يكون مؤمن ومشهود عليه بشهادة مسلمة من الغير المصدق. واتبعت هذا النهج العديد من الدول الغربية والعربية، كل هذا ساعد على تبديد المخاوف التي ترى أن التجارة والعقود الإلكترونية يعترها فراغ قانوني، وهي بذلك مجردة من المادية.

كل هذا يعزز قولنا بأن للسندات الإلكترونية قيمة قانونية في الإثبات، بعد أن حظيت باعتراف العديد من التشريعات الدولية والداخلية للدول ومن بين هذه القوانين الداخلية للدول، نجد المشرع الجزائري الذي ساوى بين المحررات الإلكترونية و المحررات العادية في المادة 323 مكرر من ق م ج.

**الكلمات المفتاحية:** الشكلية - التجارة الإلكترونية.

## résumé

Le développement du commerce électronique, accompagné par le développement et la croissance de la taille de l'utilisation des moyens électroniques, comme son propriétaire a également changé le concept de plusieurs termes dans ce domaine, comme le concept de l'écriture de l'écriture traditionnelle à l'écriture électronique. De même que la nature changeante des médias effectué la réservation, où après l'enregistrement du contrat sur le pilier de papier, ces piliers ont disparu avec le commerce électronique, est devenu les contrats sont enregistrés sur un stent électronique, des obligations appelées ou éditeurs électroniques, qui est devenu une alternative aux obligations traditionnelles, surtout après l'apparition de l'archive électronique, il est devenu capacités capacités de supériorité des archives traditionnelles, dans le respect et faire en sorte que la disparition des liens électroniques pour la suprématie a longtemps offert des archives traditionnels, et l'espace est trop faible occupées comparaison obligations de papier. Il a également été surmonté la possibilité de modifier le contenu de la liaison électronique sans laisser de trace, par CYBERCRIMINELS de signature et de chiffrement Tguenita

Nous avons déjà dit, que la pratique du commerce électronique par le biais de contrats, ces contrats se posent généralement sur les conflits, tels que ceux ayant trait à la mise en œuvre ou de définir les obligations des parties contractantes, ce qui prouve l'existence de la disposition légale d'origine de ces obligations, à savoir e-décennie, tout cela a encouragé la création d'un environnement juridique afin de créer la confiance dans le cœur des concessionnaires, en particulier dans la question la plus importante soulevée par les contrats, qui garantissent les droits des personnes de la perte, le soi-disant e-preuve. Cela ne peut être atteint en donnant une valeur juridique électronique des obligations de preuve efficace, ce qui est fait par diverses lois mondiale - DOL nationaux et internationaux, en commençant par la CNUDCI Bakanona qui a émis par la Commission pour le droit commercial international Commission des Nations Unies, le premier sur le commerce électronique en 1996, et la seconde sur la normalisation règles de signature électronique pour l'année 2001, ainsi que dans la même zone, nous trouvons la directive européenne du / 12/13 1999, ces lois a des liens électroniques et la signature électronique est la même que la valeur ordinaire des obligations de preuve ordinaire et signature, après avoir souligné la nécessité de fournir certaines des conditions, comme Être croyant et reconnu par un certificat d'autorité non-musulmane. Cette approche a suivi les nombreux pays occidentaux et arabes, tout cela a contribué à apaiser les craintes que le point de vue que les contrats de commerce électronique et subissent un vide juridique, et donc dépourvu de matière.

Tout cela renforce notre disant que le lien électronique de la valeur de preuve juridique, ayant été reconnu par de nombreuses législations internationales et nationales des États et entre ces lois internes des États, nous trouvons le législateur algérien qui assimile les éditeurs électroniques et éditeurs réguliers à l'article 323 bi

**Mots clés:** formel - commerce électronique.

# فهرس المحتويات

شكر و عرفان	
إهداء	
أ ب ج	مقدمة
رقم الصفحة	الموضوع
	الفصل الأول: التعريف بعقود التجارة الإلكترونية
5	تمهيد
5	المبحث الأول : ماهية عقود التجارة الإلكترونية
6	المطلب الأول : تعريف عقد التجارة الإلكترونية
6	الفرع الأول : التعريف الفقهي لعقد التجارة الإلكترونية
7	الفرع الثاني : التعريف التشريعي لعقد التجارة الإلكترونية
8	الفرع الثالث: تعريف القوانين المقارنة للعقد الإلكتروني
10	المطلب الثاني: خصائص عقود التجارة الإلكترونية ونطاق إبرامها
10	الفرع الأول: خصائص العقد الإلكتروني
10	أولاً : العقد الإلكتروني هو عقد مبرم بوسيلة إلكترونية
10	1- التعاقد بوسائل الإتصال الحديثة
11	2- التعاقد عن طريق شبكة الإنترنت
13	ثانياً: العقد الإلكتروني هو عقد مبرم عن بعد
14	ثالثاً: العقد الإلكتروني ليس من العقود الدولية دائماً
18	رابعاً: عقد البيع الإلكتروني تستجمع فيه خصائص عقد البيع عموماً

18	الفرع الثاني : نطاق إبرام العقود الإلكترونية
18	أولاً:المبدأ في إبرام العقود الإلكترونية
18	ثانيا : الاستثناء في إبرام العقود الإلكترونية
21	المطلب الثالث: الإيجاب والقبول في العقد الإلكتروني
22	الفرع الأول : الإيجاب في العقود الإلكترونية
25	الفرع الثاني: القبول في العقود الإلكترونية
27	المبحث الثاني : المراحل السابقة للتعاقد الإلكتروني
27	المطلب الأول : المفاوضات العقدية في العقود الإلكترونية
30	المطلب الثاني: الوعد بالتعاقد والعقد الإبتدائي
32	المطلب الثالث: التعاقد بالعربون باستخدام الوسائل الإلكترونية
32	الفرع الأول: القيمة المخزونة وأنظمة بطاقة السحب
32	الفرع الثاني: البطاقة الذكية
32	الفرع الثالث: النقد الرقمي
35	الفصل الثاني:الكتابة وسيلة في عقود التجارة الإلكترونية
35	تمهيد
36	المبحث الأول: الكتابة الإلكترونية
36	المطلب الأول: مفهوم الكتابة الإلكترونية
37	الفرع الأول: تعريف الكتابة الإلكترونية
39	الفرع الثاني: خصائص الكتابة الإلكترونية
40	المطلب الثاني: الشروط اللازم توافرها في الكتابة الإلكترونية

40	الفرع الأول : أن تكون الكتابة مقروءة
41	الفرع الثاني:إستمراية الكتابة ودوامها:
41	الفرع الثالث:عدم قابلية الكتابة للتعديل
42	المطلب الثالث : حجية الكتابة الالكترونية في الاثبات
44	المبحث الثاني: التوقيع الإللكتروني
44	المطلب الأول : تعريف التوقيع الإللكتروني
47	المطلب الثاني: أهمية التوقيع الإللكتروني
48	المطلب الثالث: شروط التوقيع الالكتروني
49	المطلب الرابع: حجية التوقيع الإللكتروني في الإثبات
52	الخاتمة
54	قائمة المصادر والمراجع
	ملخص باللغة العربية
	ملخص باللغة الفرنسية
	فهرس المحتويات