جـــامـعـة الـجـزائـر 1 – بـن يـــوسـف بـن خـدة

كـــلـيـة الـحـقـوق

خصوصية العقد التجاري الإلكتروني

مذكرة ماجستير في الحقوق : فرع قانون الأعمال

من إعـــداد : ***تحت إشراف :***

الطالب / سيدمو محمد أمين ***الأستاذ / د . محمدي سليمان***

أعضاء اللجنة المناقشة

الأستاذ د/ الزاهي عمر ..... رئيسا – جامعة الجزائر

الأستاذ د/ محمدي سليمان ..... مقررا – جامعة الجزائر

الأستاذة د/ حوحو يمينة .....عضوا – جامعة الجزائر

السنة الجامعية : 2014 / 2015

إهـــداء

إلى من ركـــــــــــعـــــــــوا وصـــــــــــلوا

وأيديهم إلى عليـــــــــــاء الســـمـــاء رفـــعـــــوا

وإلى الرحمـــــــــــن و بالرحـــمـــة إبتـــــــهلوا

وبالتـــــــوفيق و النجـــــاح لـــــي دعـــــــــوا

إلـــى زوجـتـــي وأبـنائي اللـذين أنـــاروا لـي الـــدرب

مـقـدمــة :

يعيش العالم اليوم ثورة صناعية ثالثة هي ثورة المعلوماتية بعد أن خطى خطوات هائلة بقيام الثورة الصناعية في منتصف القرن التاسع عشر ، وتدفقت التنمية الإقتصادية بصورة لم يعرفها التاريخ من قبل نتيجة الإختراعات الحديثة ، وكانت الطفرة الكبرى التي حققتها البشرية في النصف الأخير من القرن العشرين بابتكار الكمبيوتر الذي بدأ يلعب دورا بالغ الأهمية في العالم المعاصر ، بعد أن تغلغل في جوانب الحياة بما في ذلك الجانب القانوني .

فقد أدت ثورة المعلومات و الإتصالات إلى إحداث تغيرات أساسية في المجتمع من كافة نواحيه ، كما أحدثت تطورا في النصوص و المصطلحات القانونية المختلفة سواء أكان في نطاق القانون المدني أو التجاري أو الجنائي ، ... إلخ من أقسام القانون . مما أدى بمعظم الدول إلى مواكبة هذه التطورات تشريعيا و بالذات في عصر الإلكترونيات الهائل الذي غزى كافة مراحل الحياة ، وذلك من خلال إصدار قوانين خاصة بالتجارة الإلكترونية والتي أساسا تقوم على العقود التجارية الإلكترونية .

فكان السبق للفقه على التشريع في معالجة الأمور الخاصة بالإلكترونيات بشكل عام و التجارة الإلكترونية و العقود التجارية الإلكترونية بشكل خاص ، وذلك من خلال القياس على القواعد العامة ، واستنباط الأحكام لمعالجة بعض الإشكاليات القانونية .

من زاوية أخرى صدرت عدة قوانين تحكم هذه المعاملات الإلكترونية تقريبا في جميع الدول وعلى رأسها الولايات المتحدة الأمريكية ، ودول الإتحاد الأوروبي خاصة فرنسا والذي يعرف قانونها " بقانون الثقة في الإقتصاد الرقمي " .

ولم يتجاهل المشرع الجزائري الوسائل التقنية الجديدة الممنوحة من قبل المعلوماتية في مجال تبادل المعطيات القانونية ، إذ أجاز استعمالها في المعاملات بين الأفراد في إطار قانوني منذ فترة من الزمن ، حيث أجاز إقامة خدمات الأنترنت واستغلالها ضمن المرسوم التنفيذي رقم 98 – 257 المؤرخ في 1998/08/25 ، وأجاز استخدام وسائل الدفع الإلكتروني في نص المادة 69 من القانون 03-15 المتضمن الموافقة على الأمر 03-11 المتعلق بالنقد و القرض الصادر في 2003/08/26 .ونظم أيضا الجرائم الإلكترونية الناتجة عن هذه المعاملات في نص المادة 394 مكرر من قانون 04- 15 المؤرخ في 2004/11/10 ، فضلا عن قانون الإتصالات السلكية واللاسلكية ، وقانون المصادقة الإلكترونية الجزائريين .

لم يكن ذلك وليد الصدفة فقد جاءت كل هذه القوانين بناء على اتفاقية الأمم المتحدة الخاصة بالتجارة الإلكترونية و التي عرفت بإسم " اتفاقية الأونسترال " ، وأيضا التوجيه الأوروبي الصادر في 1997/05/10 المتعلق بحماية المستهلك في العقود المبرمة عن بعد .

إن أهمية العقد التجاري الإلكتروني تتجلى في أنه أصبح يمثل قلب التجارة الإلكترونية سواءا على المستوى الوطني أو على المستوى الدولي أو الإثنين معا .

تجدر الإشارة أيضا إلى أن شبكة الأنترنت لم تعد مجرد وسيلة لإرسال المراسلات الإلكترونية ونقل البيانات عبرها ، بل أصبحت تمثل واقعا افتراضيا في كافة المجالات ، ففي عام 1993 بدأ انتشار فكرة التجارة الإلكترونية عبر الأنترنت بشكل واسع ، مما وفر على المستخدمين عناء جهد التعاقدات التقليدية.

فالعقود المبرمة عبر الأنترنت من الموضوعات الهامة التي يفرضها الواقع والمستقبل ، ولها أهمية بالغة من الناحية النظرية ، فهي تعالج مفهوم العقود الإلكترونية ، وتكوين العقد وتنفيذه وكذا إثباته .

وقد بلغ حجم التجارة الإلكترونية الدولية ثلاثة عشر مليار دولار في عام 1998 ، وفي عام 1999 ازداد حجم التجارة ، ووصل إلى أربعمائة وخمسين مليار دولار في نهاية العام 2000 ، أما حجم التعامل المالي بواسطة التجارة الإلكترونية في سنة 2001 فقد بلغ 0.99 تريليون دولار ، وارتفع في سنة 2003 إلى أن بلغ 1.9 تريليون دولار وأشارت تقديرات في سنة 2004 إلى أنه وصل إلى 6 تريليون دولار ، وهو في تزايد مستمر .

إلا أن الغموض بقي يحيط بالقواعد القانونية التي تحكم التجارة الإلكترونية ، بالرغم من الاستخدام المباشر لها و التطور المستمر فيها ، لأن هذه القوانين لا يمكن لأن تكون في شكل قوانين وطنية لوحدها ، وهذا بسبب الواقع الإفتراضي لهذه العقود ، الأمر الذي تطلب قواعد قانونية متنوعة وشديدة التعقيد و التداخل ، لذلك فإنه يمكن القول أن القوانين الخاصة بالأنترنت بشكل عام و بالتجارة الإلكترونية عن طريق العقود التجارية الإلكترونية بشكل خاص تمثل سلم الأولوية لدى تشريعات الدول ، حيث تستدعي وجود نظام قانوني يعالج مثل هذه التطورات ويعاصرها ويواكبها ، ومن هذا المنطلق يتوجب علينا شرح بعض المصطلحات الجديدة والغامضة نوعا ما ، وذلك وفقا لما يأتي بيانه .

<u>الأنترنت :</u> شبكة عالمية ترتبط بعدة آلاف من الشبكات وملايين أجهزة الحاسب المختلفة الأنواع و الأحجام في العالم ، وتكمن فائدة الأنترنت – التي تسمى أيضا الشبكة – في أنها وسيلة يستخدمها الأفراد و المؤسسات للتواصل وتبادل المعلومات . وتتيح الأنترنت التي تمتد حاليا عبر أكثر من 170 دولة خدمات عديدة منها البريد الإلكتروني ، ونقل الملفات باستخدام معايير نقل الملفات ، واللوحات الإخبارية ، ومجموعات الأخبار ، إضافة إلى الخدمة الأكثر أهمية وهي خدمة شبكة الويب ، و التي نمت بسرعة هائلة خلال التسعينيات .

<u>أنترنت الجيل القادم :</u> ظهر هذا النوع في سنة 1997 في مبادرة تشترك فيها عدة هيئات ومؤسسات، سعيا لمضاعفة السرعة الحالية للأنترنت من 100 إلى 1000 مرة ، ولإيجاد تقنيات ربط أقوى من تلك الموجودة حاليا على الأنترنت . ومن الإدارات الأمريكية المشاركة في هذا المشروع هي وكالة نازا ، إضافة إلى وزارة الطاقة الأمريكية وقيادة من الحكومة .

التجارة الإلكترونية : التجارة الإلكترونية هي نظام يتيح عبر الأنترنت حركات بيع وشراء السلع و الخدمات والمعلومات ، كما يتيح أيضا تدعيم توليد العوائد مثل تعزيز الطلب على السلع و الخدمات والمعلومات . ويبدو من خلال هذا التعريف أنه يتوسع ليشمل مختلف العلاقات التي تربط أطراف المعاملة كالعلاقة بين المحترف و المستهلك وبين التجار فيما بينهم وبين الأفراد و الحكومة .

إن العلاقة بين المصطلحات الثلاث تكمن في أن الأنترنت هي الوسيط الإفتراضي الفعال الذي يمكن من خلاله إبرام العقود الإلكترونية ، وبالنسبة لأنترنت الجيل القادم فهي تمثل قفزة نوعية في تعزيزهذه التجارة، ومن خلال هذا التقديم يمكن الوصول إلى طرح المشكل القانوني التالي و الذي بدوره يتضمن عدة تساؤلات قانونية و التي تشكل في حد ذاتها إثارة لجزء أو لزاوية من واقع الموضوع كما يلي :

فيما تتمثل خصوصية العقد التجاري الإلكتروني من حيث الإنعقاد ؟ ولماذا هذه الخصوصية ؟ وماهي آثارها على الشكلية في هذا النوع من العقود سيما فيما يتعلق بالتراضي و القبول ؟ وماهي أحكام زمان ومكان إنعقاده ؟ ومن ناحية أخرى فيما تتمثل خصوصية هذا العقد من حيث التنفيذ ؟ وماهي أسس تقرير الحماية القانونية للمستهلك عبر الشبكة بإعتباره الطرف الضعيف في العلاقة العقدية ؟ وماهي أنواع مسؤولية البائع عبر الشبكة ؟ ومامدى تشديدها ؟

أولا : التصريح بالخطة :

الفصل الأول : خصوصية العقد الإلكتروني من حيث الإنعقاد .

- المبحث الأول : الشكلية في العقد الإلكتروني .
  - المطلب الأول : التراضي .
  - المطلب الثاني : القبول .

- المبحث الثاني : زمان ومكان إنعقاده .
  - المطلب الأول : زمان الإنعقاد .
  - المطلب الثاني : مكان الإنعقاد .

الفصل الثاني : خصوصية العقد الإلكتروني من حيث التنفيذ .

- المبحث الأول : تقرير الحماية القانونية للمستهلك عبر الشبكة .
  - المطلب الأول : حق الرجوع كضمان خاص للمستهلك .
  - المطلب الثاني : إلزامية تنفيذ ماورد في العقد .

- المبحث الثاني : تشديد مسؤولية البائع عبر الشبكة .
  - المطلب الأول : أساس هذه المسؤولية .
  - المطلب الثاني : إعتبار مسؤولية البائع قائمة بقوة القانون .

الخـــــــاتمة .

إن تبرير اعتماد هذه الخطة يأتي وفقا لما يمر عليه هذا العقد من مراحل وعلى حسب ما يرد من خصوصيات في كل مرحلة ، ففي مرحلة الإنعقاد التي سنتناولها في الفصل الأول ، تثار خصوصية الشكلية في العقد الإلكتروني ، وبشكل أدق عنصرا التراضي و القبول عبر الشبكة ، وأيضا أحكام زمان ومكان إنعقاد هذا العقد في الشبكة الإفتراضية ، فبفضل استخدام شبكة الأنترنت تصبح هذه الوسيلة مسموعة ومرئية ، إذ يكون الكمبيوتر مجهزا بميكروفون للكلام وشاشة للرؤية ، تمكن المتعاقدين من إبرام العقد بتبادل الإيجاب و القبول من خلال التحدث ورؤية بعضهما البعض كأنهما حاضرين أي حاضرين في مكان معين و في زمان معين بفضل التواصل و التفاعل فيتمكن كل متعاقد أن يتفاعل إيجابيا أو سلبيا مع الطرف الآخر ، وهذا ماسنحاول الإجابة عنه في هذا الفصل .

وأما في الفصل الثاني ، والذي سنتناول فيه خصوصية العقد الإلكتروني من حيث التنفيذ ، فإنه تثار مسألة تقرير الحماية القانونية للمستهلك عبر الشبكة ، ومن ثمة دراسة أحكام حق الرجوع كضمان خاص مقرر للمستهلك ، وأيضا وجوب تنفيذ العقد في مدة لا تتجاوز ثلاثين (30) يوما ، وصولا إلى توضيح أنواع مسؤولية البائع عبر الشبكة و مدى تشديدها ، بإعتبار أنها قائمة بقوة القانون ، فغالبا العلاقة العقدية عبر الشبكة تربط بين المحترف و المستهلك لهذا تتصف بأنها علاقة إذعان ، فكان لزاما حماية المستهلك كطرف ضعيف في العلاقة التعقادية بسبب هذا الأسلوب الجديد حيث يملي البائع شروطه على المشتري على الموقع يتعذر على المشتري مناقشتها ، إذ يتعين عليه قبولها من خلال النقر أو رفضها ، وهو ما سنتطرق إليه في الفصل الثاني .

إن العامل المشترك بين الفصلين المشار إليهما سلفا هو أن مفهوم الفضاء الإفتراضي الذي تجرى فيه المعاملة الإلكترونية ، نعني به المكان في شبكة الأنترنت ، فمفهوم هذا المكان لا يحمل أي معنى جغرافي محدد ، وإنما هو مجموعة الأمكنة التي تتوحد فيها الإتصالات ، والتي كونت في الأخير الشبكة ، ويشمل المواقع الإلكترونية التي من خلالها يمكن التفاعل ، وهو مايحدد الأرضية لدراسة هذه الخصوصية في التعاقد الإلكتروني .

ثانيا : تحليل هذه الخطة :

الفصل الأول : خصوصية العقد الإلكتروني من حيث الإنعقاد .

إن أهم مايثيره التعاقد الإلكتروني هو ضمان سلامة إنعقاد العقد عبر شبكة الأنترنت ، وهذا نظـــــرا لإنعقاده في فضاء لا مادي متصف بالسرعة و الآلية ، ورغم أن الفضاء اللامادي مكن من الإلتقـــاء الحكمي للمتعاقدين إلا أنه يبقى فضاءا إفتراضيا ، بمعنى أنه غير مرئي وغير ملموس . كما أن خضوع الرضا لهذه السرعة و الآلية حول الإرادة الشخصية إلى إرادة رقمية ومن هنا يتطلب الأمر البحث عن مدى تحقق هذه الإرادة وقدرة الوسيلة (الأنترنت) على الكشف عنها في ظل البيئة الرقمية ، لأنه تبين أن القواعد العامة التقليدية على ماهي عليه غير قادرة على توفير الحماية القانونية الكافية و المطلوبة . ومن هنا نتسائل كيف ينعقد عقد البيع الإلكتروني عبر شبكة الأنترنت ؟ ماهي أطرافه ؟ وكيف يتحقق التراضي عبر الشبكة ؟ وماهي اللحظة التي ينعقد فيها العقد وماهو مكان وزمان إنعقاده ؟

يتوجب قبل التعرض للخصوصية المشار إليها أعلاه ، أن نقف على بعض مفاهيم العقد التجاري الإلكتروني .

أولا : مفهوم العقد التجاري الإلكتروني وخصائصه وأهم نقاط تمييزه :

يشهد العالم في الوقت الحاضر تطورا كبيرا في شتى مجالات الحياة ، و التي كان من نتائجها ظهور التجارة الإلكترونية ومأأفرزته من تطورات علمية على صعيد التجارة وتيسيير أمور الحياة إضافة إلى اختصار الزمن و المسافات على المتعاملين بها ، هذا التطور الذي شهده العالم في التجارة انعكس على حياة الناس كافة ، فدخلت العقود الإلكترونية في كافة فروع الحياة حتى شملت عقود البحث العلمي إضافة إلى الحياة بين التجار وهي أساس هذه العقود ، الأمر الذي جعلها تساعد في وضع لبنات تسهم في تطور كافة فئات المجتمع دون تحديد لهذه الفئات .

ولقيام التجارة الإلكترونية بغايتها كان لا بد من بيان ماهية العقود الإلكترونية بالرغم من الإشكالات العلمية التي من الممكن أن تواجه هذه العقود وذلك لإحتياجها لدرجة من الدقة و الوضوح في بيانها ، سواء من حيث الطريقة التي ينعقد بها العقد ، أو مدى اعتبار هذا العقد من العقود المبرمة عن بعد من حيث النظر إلى طريقة الإنعقاد وتمييزه عن العقود المحيطة في البيئة الإلكترونية ، كما يجب لبيان هذا النوع من العقود إلقاء نظرة على بعض العقود المتداولة لمحاولة معالجة السلبيات أو الحد منها بالقدر اللازم .

فبيان ماهية العقد الإلكتروني يكمن في تحديد طبيعة القواعد التي تحكم هذه العقود في الوقت الذي ترسخت فيه القواعد القانونية التقليدية التي توطدت عبر مئات السنين و التي أثارت التساؤلات عن مدى صلاحيتها لحكم هذه العقود الحديثة .

ولأن العقد من أهم مصادر الإلتزام بإعتباره الوسيلة الأهم من وسائل تداول الثروة ، من حيث قيامه على مبدأ سلطان الإرادة ، الذي يعني أن إرادة الفرد الحرة هي التي تنشئ العقد ومن ثم يأتي دور القانون في ترتيب الآثار و الإلتزامات التي تنشأ من هذا العقد فإرادة الفرد هي أساس القوة الملزمة للعقد .

وكان من نتائج مبدأ سلطان الإرادة هو مبدأ الحرية العقدية ومبدأ العقد شريعة المتعاقدين ، أي أن لطرفي العقد الحرية التامة في كيفية تكوين العقد و الذي يعبر عنه بمبدأ رضائية العقود ، وبالتالي فإن طرفي العقد قد ينشئانه بأي طريقة يقبلان بها ، فقد ينشأ العقد إلكترونيا أي بوسائل إلكترونية وذلك نتيجة للتطور الذي طرأ في وسائل الإتصال الحديثة .

ثانيا : تعريف العقد الإلكتروني :

قبل الخوض في تعريف العقد الإلكتروني و التعريفات التي أتى بها فقهاء القانون بالنسبة لهذا النوع من العقود ، لا بد من التطرق لتعريف العقود التقليدية بشكل عام ، فالعقد هو أحد صور التصرف القانوني و الذي بمقتضاه تقوم رابطة الإلتزام بين الدائن والمدين ويسميان بالمتعاقدين ، ويصعب إيجاد تعريف مانع جامع للعقد ، إذ تطرقت المادة 54 من القانون المدني الجزائري لتعريف العقد فأقرت بأنه عبارة عن " إتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص نحو شخص أو عدة أشخاص بمنح ، أو فعل ، أو عدم فعل شيء ما " . كما أقر بالمقابل القانون المدني المصري و الأردني بأنه عبارة عن تطابق إرادتين للقيام بإلتزام مما يرتب على هذا الإلتزام حقوق وواجبات على طرفي العقد.

وبالرجوع إلى القانون المدني الجزائري نجد أنه عالج منذ نشأته هذا النوع من العقود عن طريق إثارته للأحكام العامة المرنة في هذا الشأن ، وذلك بالرغم من عدم صدور لحد الآن أي قانون خاص ينظم هذه العقود ، وفي ظل تواجد محدود جدا لها من الناحية العملية بدولة الجزائر - معمول بها خاصة في عمليات البنوك الجزائرية مؤخرا وبصفة محدودة جدا - ، وذلك تحديدا بالمادة 67 منه حيث تنص على أنه " يعتبر التعاقد ما بين الغائبين قد تم في المكان وفي الزمان اللذين يعلم فيهما الموجب بالقبول ، مالم يوجد إتفاق أو نص قانوني يقضي بغير ذلك .

ويفترض أن الموجب قد علم بالقبول في المكان ، وفي الزمان اللذين وصل إليه فيهما القبول " ، وكذلك المادة 64 من نفس القانون التي تنص على إمكانية صدور الإيجاب عن طريق الهاتف أوبأي طريق مماثل .

حيث يستخلص من هذه المادة أنها تشيرإلى إمكانية إنعقاد العقد بالرغم من عدم الحضور المادي الفعلي للطرفين في مجلس العقد ، مشيرة بذلك بصفة حتمية إلى إمكانية إبرام العقد عن طريق جهاز إلكتروني ويقاس عليه التعاقد عن طريق الأنترنت وغيره من الأساليب الإلكترونية .

أما بالنسبة للعقد فيذهب بعض الفقهاء لتعريفه بأنه (توافق إرادتين على إنشاء إلتزام أو على نقله) ، بينما ذهب البعض الآخر من الفقهاء لتعريف العقد بأنه (إتفاق إلزامي بشكل قانوني بين إثنين أو أكثر بحيث يتضمن هذا العقد حقوقا وإلتزامات على طرفيه في شكل كتابي أو شفوي) .

وعلى الرغم من تعدد التعريفات الفقهية للعقد إلا أننا نجد أن هذه التعريفات اتفقت من حيث الأساس وهو أن التعاقد هو تلاقي إرادتين للقيام بتنفيذ إلتزامات على طرفي العقد غير مخالفة للنظام العام والآداب العامة حسب ما يقرره القانون لهذه التصرفات .

وتوافق الإرادتين أو التراضي بعبارة أخرى هو شرط لازم لإنعقاد العقد و الذي يؤدي إلى إحداث أثر قانوني أيا كان هذا الأثر وإنشاء الإلتزام التعاقدي ، وبالتالي فإن إنعدام إرادة أحد الطرفين في تكوين العقد تؤدي إلى عدم إنعقاده و النية الجادة لدى طرفي العقد هي التي تظهره إلى الوجود وترتب آثاره القانونية .

وبظهور مفهوم ما يطلق عليه التجارة الإلكترونية نتيجة التطور الذي حدث لنظم الإتصالات وظهور شبكات الأنترنت وماترتب عن ذلك أن أصبحت العقود التجارية تبرم بهذه الوسائل ، كل ذلك أدى إلى تغير المفاهيم السائدة في المعاملات المدنية والتجارية والذي كان من نتائجه تغير نظم الإثبات ، فالنشاط التجاري الإلكتروني يتسم بالحداثة و التنوع والتطور و الذي يتم تجسيده عبرالأساليب التعاقدية والتي وإن استمدت أركانها من القواعد العامة ، إلا أنها تتفاوت في صورها وتتنوع في طبيعتها وتتطور في أحكامها على نحو يضفي عليها الكثير من الخصوصية(1) ، حيث باتت العقود الإلكترونية ظاهرة من ظواهر التجارة الدولية مع تزايد وتنامي الربط بين الحواسيب وشبكة الأنترنت في الوقت الحاضر .

وتختلف العقود الإلكترونية عن العقود في التجارة التقليدية بعدم توافر مجلس للعقد بالمعنى المفهوم في النظرية التقليدية وذلك نظرا لإختلاف مكان البائعين والمشترين ، الأمر الذي يدفعنا لمحاولة وضع تعريف لهذه العقود من خلال دراسة التعريفات التي وردت في قوانين التجارة الإلكترونية الصادرة في بعض البلدان العربية و التعريف الوارد في القانون النموذجي للأمم المتحدة (الأونسترال) إضافة إلى التعريفات التي وضعت من بعض فقهاء القانون .

وبالرجوع إلى نصوص القانون النموذجي الصادر عن الأمم المتحدة بشأن التجارة الإلكترونية " الأونسترال " ، نجد أنه عرف العقد الإلكتروني من خلال تعريفه لرسالة البيانات وذلك في المادة 01/02 بأنها :

" المعلومات التي يتم إنشاؤها أو إرسالها أو إستلامها أو تخزينها بوسائل إلكترونية أو ضوئية أو بوسائل مشابهة بما في ذلك على سبيل المثال لا الحصر تبادل البيانات الإلكترونية أو البريد الإلكتروني ، أو البرق ، أو التلكس " (2) .

---

(1) محمد حسين منصور ، المسؤولية الإلكترونية ، دار الجامعة الجديدة ، 2003 ، ص 16 .

(2) لورنس محمد عبيدات ، إثبات المحرر الإلكتروني ، دار الثقافة للنشر و التوزيع ، 2005 ، ص 24 .

أما قانون المعاملات الإلكترونية الأردني المؤقت و الذي صدر حديثا فقد قام بتعريف العقد الإلكتروني بأنه الإتفاق الذي يتم إنعقاده بوسائل إلكترونية كليا أو جزئيا ، وهذا النص متوافق مع ما جاءت به نصوص قوانين المعاملات الإلكترونية الصادرة في بعض البلدان العربية ومنها قانون المبادلات الإلكترونية التونسي و الذي عرف العقد التجاري الإلكتروني بأنه : " المبادلات التي تتم بإستعمال الوثائق الإلكترونية " .

إلا أنه عند مقارنة التعريفات التي جاءت بها كل من القوانين الأردنية و التونسية والأونسترال و بين القانون المصري فهناك إختلاف من حيث دقة التعريف و النتائج المنجمة عنها .

هذا بالنسبة لتعريف العقد الإلكتروني في القوانين التي أخذت بالتجارة الإلكترونية ، حيث قام الفقهاء بعد ذلك وعند دراستهم للعقود الإلكترونية وهذا النوع المستحدث من التجارة التي تبرم عقودها بوسائل مستحدثة بالتطرق لمحاولة تعريف العقد الإلكتروني ، حيث أن هذه التعريفات على الرغم من تعددها إلا أنها لا تخرج عما أوردته قوانين المعاملات الإلكترونية الصادرة في هذا الشأن .

فهناك جانب من الفقه قام بتعريف العقد الإلكتروني من خلال تعريفه للتجارة الإلكترونية بإعتبار أن هذا هوالمجال الذي يظهر فيه العقد ، فالمقصود بالتجارة الإلكترونية عند هذا الجانب من الفقه أنها جميع المعاملات التي تتم عبر الأنترنت حتى ولو لم تتمتع بالصفة التجارية وإن كان الغالب أن تتمتع بهذه الصفة من جانب مقدم السلعة أو الخدمة على الأقل و الذي غالبا ما يكون تاجرا ، وهناك من عرف العقد الإلكتروني بأنه إتفاق يتلاقى فيه الإيجاب و القبول على شبكة دولية مفتوحة للإتصال عن بعد بوسيلة مسموعة أو مرئية بفضل التفاعل بين الموجب والقابل .

والذي نأخذه على التعريفات السابقة أن التعريف الأول قد ضيق نطاق العقود الإلكترونية فاقتصرها على العقود التي تتم على شبكة الأنترنت ، وبالتالي فإنه لم يستوعب ما يستجد من تطورات في وسائل الإتصال الحديثة إضافة إلى أنه لم يدخل وسائل الإتصال الإلكترونية الأخرى مثل الهاتف و التلكس و التي سبقت في وجودها شبكة الأنترنت ، أما التعريف الثاني فعلى الرغم من أنه وسع نطاق العقود الإلكترونية من خلال إنعقادها على شبكة دولية مفتوحة إلا أنه حددها بأن تكون بوسائل مسموعة أو مرئية بالتالي فإنه عاد وضيق من نطاقها بحيث لم يستوعب الأساليب الإلكترونية الأخرى التي يمكن لأن ينعقد العقد من خلالها (1) .

وفي رأينا أن هذا النوع من العقود من حيث التنظيم يخضع للقواعد و الأحكام العامة التي تنظمها النظرية العامة للعقد فهو عقد عادي إلا أنه يكتسب الطابع الإلكتروني من الطريقة أو الوسيلة التي يتم إنعقاده بها ، فالعقد كما درسنا سابقا ينشأ من تلاقي الإيجاب و القبول بفضل التواصل بين طرفيه بوسيلة مسموعة مرئية عبر شبكة الأنترنت أو غيرها من الوسائل الحديثة للإتصال و الذي يميزه أن إتمام الصفقة يتم بوسائل الإتصال الحديثة واستخدام التكنولوجيا و تبادل المعلومات ، مما يعني أن العقد الإلكتروني يتميز بخصائص أو سمات تميزه عن العقد التقليدي و التي سنحاول التطرق إليها فيما بعد .

---

(1) لورنس محمد عبيدات ، إثبات المحرر الإلكتروني ، دار الثقافة للنشر و التوزيع ، 2005 ، ص 26 .

ثالثا : خصائص عقود التجارة الإلكترونية :

إن بيان خصائص العقود الإلكترونية ، يستلزم منا بداية التأكيد على أن تلك السمات تختلف بإختلاف زاوية النظر إلى هذه العقود ، فهي من حيث شروط الإنعقاد ، عقود رضائية ، لا تتطلب شكلا خاصا عند التعبير عن الإرادة ، ومن ثمة تكون الكتابة الإلكترونية مطلوبة فقط للإثبات . وهي من حيث التنظيم التشريعي لها يمكن أن تقسم إلى عقود مسماة و غير مسماة بحسب ماإذا كان هناك إطار قانوني ينظم تلك العقود من عدمه . فهي أولا عقود مسماة بالنسبة للدول التي أصدرت تشريعا ينظم أحكامها ، كالقانون الأردني لسنة 2001 و المسمى قانون المعاملات الإلكترونية ، وقانون إمارة دبي لسنة 2002 ، وقانون الجمهورية التونسية رقم 23 لسنة 2000 بشأن المبادلات و التجارة الإلكترونية ، والقانون الأمريكي لسنة 2001 ، والإيطالي ، والقانون الفرنسي رقم 2000/230 الصادر في 13 مارس لسنة 2000 ، والقانون المصري رقم 15 لسنة 2003 الخاص بتنظيم التوقيع الإلكتروني وبإنشاء هيئة تنمية صناعة تكنولوجيا المعلومات ، ومشروع القانون البلجيكي ، و مشروع قانون التجارة الإلكترونية المصري لسنة 2001 ...إلخ ، وهذه العقود تعتبر عقودا غير مسماة بالنسبة لباقي الدول التي لم تنظم تلك العقود في تشريع خاص(1) ، و مثال على ذلك دولة الجزائر .

وسوف نحاول من جانبنا التركيز على بعض خصائص هذه العقود لما تثيره من وجهة نظرنا من غموض وذلك على النحو التالي :

1) عقود التجارة الإلكترونية نوع خاص من العقود التي تتم عن بعد :

الحقيقة التي لا شك فيها أن عقود التجارة الإلكترونية عقود تتم عن بعد ، فالتفاوض بشأن هذه العقود و تكوينها وتنفيذها يتم بين أطراف لا يجمعهم مجلس عقد واحد ، بيد أن هذه العقود تتميز عن غيرها من العقود التي تتم عن بعد .

وقد جرى الفقه على التمييز بين الإتصالات المتبادلة عن بعد ، واستقر على أن عقود التجارة الإلكترونية تنتمي إلى فئة عقود التفاوض عن بعد أو العقود التي تبرم عن بعد .

ويقصد بالعقود التي تتم عن بعد ، كل عقد يتعلق بتقديم منتوج أو خدمة يتم بمبادرة من المورد دون حضور مادي متزامن للمورد و المستهلك ، باستخدام تقنية الإتصال عن بعد بغية نقل عرض المورد و طلب الشراء من المستهلك (2) .

---

(1) صالح المنزلاوي ، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية ، دار الجامعة الجديدة ، 2006 ، ص 19 ، 20 .

(2) نفس المرجع السابق ، ص 21 .

ويقصد بها أيضا " كل بيع للأموال أو التعهد بتوريد خدمات ، يتم دون حضور مادي متزامن للأطراف ، بين المورد و المستهلك ، من أجل إبرام العقد ، وباستخدام واحد أو أكثر من تقنية الإتصال عن بعد " .

وأول ما يلفت النظر في هاذين التعريفين هو ربط مفهوم التعاقد عن بعد بمرحلة تكوين العقد دون الإكتراث بإجراءات تنفيذه ، بمعنى أن هذا التعاقد يفترض وجود مسافة جغرافية بين الأطراف وقت التفاوض حول بنود العقد وعند إبرامه ، وهذا يعني إدراج هذه العقود في مصاف العقود بين غائبين ، يكشف لنا التعريف السابق كذلك على أن التوسط واستخدام إحدى وسائل تقنية الإتصال عن بعد تعد من سمات التعاقد عن بعد (1) .

ويترتب على ذلك أن كل عقد يتم دون الحضور المادي للمتعاقدين يدخل في إطار العقود التي تتم عن بعد ، وهو ماينطبق على البيوع التقليدية التي تتم عن طريق المراسلة وكذلك العقود التي تتم على شبكة الأنترنت .

وقد أكد القانون الجزائري نفس النتيجة في التقنين المدني الحالي في ظل عدم وجود نصوص خاصة ، حيث نص في مادته 67 على أنه " يعتبر التعاقد ما بين الغائبين قد تم في المكان و في الزمان اللذين يعلم فيهما الموجب بالقبول ، ما لم يوجد اتفاق أو نص قانوني يقضي بغير ذلك .

ويفترض أن الموجب قد علم بالقبول في المكان ، وفي الزمان اللذين وصل إليه فيهما القبول " .

ولعل تلك السمة هي التي استوجبت إقرار قواعد خاصة من طرف عدة دول لهذا النوع من المعاملات بغية توفير الحماية للمستهلك ، لا سيما في ظل غياب الحضور المادي للأطراف ، والذي لا يسمح لهم بالتحقق من بعض المسائل القانونية ، كأهلية الطرف الآخر ، وصفته في التعاقد ، وسلامة المنتوج و المستندات من العيوب ، وتطابق الإرادات ، وتعاصر التوقيعات ، فضلا عن الغموض الذي قد يحيط بالتنفيذ ومسألة الإثبات .

---

(1) صالح المنزلاوي ، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية ، دار الجامعة الجديدة ، 2006 ، ص 22 .

وعلى الرغم من أن عقود التجارة الإلكترونية التي تتم على شبكة الأنترنت تشترك مع باقي العقود التي تتم عن بعد في أنها تنعقد في غياب الوجود المادي للأطراف ، إلا أنها تسمح بوجود افتراضي للأطراف وإجراء حوار شامل حول بنود العقد و تنفيذه في ذات الوقت ، وينتج عن ذلك ، عدم وجود فارق زمني بين الإيجاب و القبول على الشبكة ، والوفاء بالإلتزامات أيضا من خلالها .

واستنادا إلى ذلك تتميز عقود التجارة الإلكترونية التي تتم عبر الشبكة الدولية (الأنترنت) عن البيع بواسطة التلفزيون بوجود صفة التفاعلية و التي تسمح بوجود حوار مفتوح على الشبكة ، كما تسمح بتحقيق بعض الخدمات فورا على شبكة الأنترنت كالحصول على المعلومات حيث لا توجد تلك الصفة في الوسائل المسموعة المرئية التقليدية ، كالتعاقد عن طريق التلفزيون أو عبر جهاز مينيتل ، بيد أنه يثار التساؤل حول ما إذا كانت تلك العقود تعد ضمن عقود الإذعان أم لا .

2) عقود التجارة الإلكترونية بين التفاوض و الإذعان :

اختلفت أقوال الفقهاء ما بين مؤيد و معارض لنعت عقود التجارة الإلكترونية بصفة عقود الإذعان و يمكن جمع هذه الآراء في اتجاهين :

<u>الإتجاه الأول:</u>

و يذهب أنصاره إلى القول بأن عقود التجارة الإلكترونية عقود إذعان، إستنادا إلى كون هذه العقود تعد سلفا و يستقل بفرض شروطها وإملاء بنودها من طرف واحد و هو (الموجب) دون تفاوض أو مشاركة من الطرف الآخر (القابل) بحيث لا يكون أمام هذا الأخير سوى قبول هذه الشروط كلية أو رفضها كاملة دون إمكانية القيام بأي أمر آخر فلا يوجد بشأنها تفاوض أو مساومة (1) .

<u>الإتجاه الثاني:</u>

يتجه إلى القول بأن عقود التجارة الإلكترونية ليست عقود إذعان، حيث لا يكفي أن تحتوى الصيغ العقدية على شروط لا تسمح بالمنافسة ، و إنما يلزم فضلا عن ذلك ، أن تكون السلعة أو الخدمة من الضروريات الأساسية التي يصعب الإستغناء عنها ، و أن تكون محل إحتكار من جانب التاجر. فقد إستقر الفقه على تعريف عقد الإذعان بأنه العقد الذى يسلم فيه أحد الطرفين و هو المذعن بشروط يمليها الطرف الآخر و لا يسمح بمناقشتها ، و هو المشترط ، فيما يتعلق بسلع أو مرافق ضرورية،

---

(1) صالح المنزلاوي ، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية ، دار الجامعة الجديدة ، 2006 ، ص 25 .

تكون محل إحتكار قانوني أو فعلي أو تكون المنافسة فيها محدودة النطاق، و أن يكون العرض موجها للكافة و بشروط واحدة و لمدة غير محدودة .

بتأمل النظر في عرض الإتجاهين السابقين لرسم حدود دائرة عقود الإذعان في مجال التجارة الإلكترونية ، يتبين لنا أن كلا الإتجاهين غير قابل للتطبيق في مجال هذا النوع من العقود.

فوفقا لأنصار الإتجاه الأول ، فإن العقود النموذجية المعروضة بموقع التاجر على صفحة الويب، يعرضها التاجر بصورة لا تسمح بالمنافسة ، بحيث لايكون أمام زائر الموقع إلا أن يقبل أو أن يرفض . هذا القول إن صح بالنسبة لبعض العقود فإن الواقع العملى يؤكد بما لا يدع مجالا للشك أن معظم تلك العقود تجيز التفاوض و المساومة بين أطراف العقد حول كل ما يتعلق بشروط التعاقد أو تعديلها، الأمر الذي يشكك في إسباغ صفة الإذعان على جميع عقود التجارة الإلكترونية.

أما أنصار الإتجاه الثاني فقد تمسكوا بحرفية الشروط التي تتطلبها القوانين الوطنية لإضفاء صفة الإذعان على عقود التجارة الإلكترونية متناسين أننا بصدد الحديث عن عقود ذات طبيعة دولية تختلف كلية عن العقود الوطنية في شكلها و مضمونها. هذا الإختلاف يقتضي تبني مفهوم مختلف للإذعان عن المفهوم الوطني له ، مفهوم يتماشى مع الدولية التي تتميز بها هذه العقود التي تتخطى ليس فقط الحدود الجغرافية بل كذلك المفاهيم الوطنية .

و من ثم يرى الأغلبية أنه في ظل غياب قاعدة مادية موحدة على المستوى الدولي تنظم مسألة الإذعان فإنه يكفى الأخذ بإمكانية التفاوض في العقود الإلكترونية كمعيار يحدد ما إذا كانت هذه العقود عقود إذعان أم لا. فالأمر يتوقف على مدى إمكانية التفاوض حول شروط العقد . فإن كانت تلك العقود تجيز التفاوض و تسمح للمشترى بمراجعة بنود العقد و تعديله أحيانا فهي تخرج من نطاق عقود الإذعان.

أما إذا انعدمت سمة التفاوض أو المساومة و جاءت بنود العقد بطريقة جامدة لا تقبل المراجعة أو التمحيص فهي عقود إذعان.

وبناء على ذلك ننتهي إلى القول بأن عقود التجارة الإلكترونية يمكن أن تكون عقود إذعان و يمكن أن يكون فيها تفاوض وفقا لظروف كل عقد على حدى . غير أن التساؤل يدور حول ما إذا كانت تلك العقود عقودا تجارية أم عقودا مدنية ؟؟؟

3) عقود التجارة الإلكترونية بين الطابع التجاري و المدني :

3) - 1 - أنواع الأعمال التجارية :

إن مسألة التمييز بين العقود التجارية و العقود المدنية ليست أمرا مستحدثا . فقد عرفت هذه المشكلة من قبل في معرض التفرقة بين الأعمال المدنية و الأعمال التجارية بغية تحديد ماهية العمل التجاري بسبب إختلاف المفاهيم القانونية و تفاوت الأنظمة الوطنية في هذا الشأن .

و من الجدير بالذكر أن وضع تعريف للعمل التجاري ينطوي على ضوابط تميزه عن العمل المدني و ترسم الحدود الفاصلة بين كليهما أمر يصعب تحقيقه.

لهذا إضطر التقنين التجاري الجزائري إلى سرد الأعمال التجارية الشائعة ، و التي أدرج الفقه على تقسيمها إلى أربعة أنواع يمكن ذكرها على النحو التالي :

3) – 1 - أ - الأعمال التجارية المنفردة:

و هي تعتبر أعمال تجارية بمجرد ممارستها بغض النظر عن صفة القائم بها بل لو باشرها مرة واحدة لذا يطلق عليها الأعمال التجارية المنفردة.

3) – 1 - ب - الأعمال التجارية بطريق الإحتراف:

و هذه الأعمال لا تعتبر تجارية إلا إذا توافر شرطان أساسيان و هما:

- أن يمارس هذه الأعمال تاجر.
- أن تتم مباشرة هذه الأعمال على وجه الإحتراف أى بشكل متكرر و منتظم و مستمر فممارسة هذه الأعمال مرة واحدة أو عدة مرات لا يرقى إلى درجة الإحتراف و من ثم لا تعتبر تجارية .

3) – 1 - ج - الأعمال التجارية بالتبعية :

ويطلق عليها الأعمال التجارية الشخصية دلالة على أنها لا تنعت بهذا الوصف إلا إذا صدرت من تاجر بمناسبة مباشرته لمهنته التجارية و بغير هذا الوصف تظل لها صفتها المدنية و هذا يستفاد من نص المادة الرابعة من القانون التجاري الجزائري المذكور و التي تقضي بأنه يعد عملا تجاريا بالتبعية :

- الأعمال التي يقوم بها التاجر و المتعلقة بممارسة تجارته .

- الإلتزامات بين التجار .

و تفسير هذا النص يستوجب توافر شرطين أساسين لاعتبار عملا ما تجاريا و هما :

- أن يباشر هذه الأعمال تاجر لأنها تستمد الصفة التجارية من تبعيتها لصفة القائم بها فالعمل في حد ذاته يعد عملا مدنيا.
- أن ترتبط هذه الأعمال بتجارة التجار.

3) – 1 - د - الأعمال المختلطة :

وهذه الأعمال ليست نوعا جديدا من الأعمال التجارية و لكنها أحد الأعمال السابق ذكرها. غير أن هذه النوعية من الأعمال تعتبر تجارية لأحد أفراد التعاقد و مدنية بالنسبة للطرف الآخر.

ويترتب على ذلك إزدواج القواعد القانونية التي يخضع لها العمل المختلط حيث تطبق القواعد المدنية على من يعتبر العمل مدنيا بالنسبة له و تطبق القواعد التجارية على من يعد العمل تجاريا بالنسبة له .

غير أن التقنين التجاري الجزائري لم ينص على هذا النوع من الأعمال بالرغم من أن القضاء استقر على ذلك ، وبالمقابل وعلى سبيل المثال فإن التقنين التجاري المصري تدارك هذا النقص وتوصل إلى هذه النتيجة ، حيث نص في المادة الثالثة على أنه " إذا كان العمل تجاريا بالنسبة إلى أحد طرفيه فلا تسرى أحكام القانون التجاري إلا على إلتزامات هذا الطرف وحده و تسرى على إلتزامات الطرف الآخر أحكام القانون المدني ما لم ينص القانون على غير ذلك" .

ومقضى ذلك أن القانون التجاري يكون واجب التطبيق على الطرف الذى يعد العمل تجاريا بالنسبة له دون الطرف الآخر يستوى في ذلك أن يكون العمل تجاريا بصفة أصلية أو تبعية.

ومما ينبغي التنبه إليه أن هذه الأعمال مجرد تعداد ورد على سبيل المثال لا الحصر و بالتالي يمكن الإجتهاد و القول بتجارية أعمال أخرى تشترك في صفات أخرى مع تلك الأعمال التي أشار إليها التشريع ، و قد جاء القانون التجاري المصري أيضا عكس القانون التجاري الجزائري الذي مايزال ناقصا في هذا الصدد وذلك فيما يخص تدعيم هذه الوجهة من النظر فتنص في المادة رقم(7) :

على أن "يكون عملا تجاريا كل عمل يمكن قياسه على الأعمال الذكورة في المواد السابقة لتشابه في الصفات و الغايات" .

ومن هنا يثور التساؤل عن موقف عقود التجارة الإلكترونية و مدى إعتبارها أعمالا تجارية تندرج تحت نوع معين من الأعمال السابقة أم أنها عمل تجاري جديد و فقا للمادة السابقة(1) .

ب - مدى تجارية عقود التجارة الإلكترونية :

لتحديد ما إذا كانت عقود التجارة الإلكترونية تخضع لأي من هذه الأعمال السابقة يتعين علينا التمييز بين ثلاثة أنواع من العقود :

النوع الأول : العقود التي تتم بين المشروعات :

في الواقع إن تحديد مفهوم المشروعات ليس أمرا سهلا نظرا لإحجام التشريع عن القيام بهذه المهمة و لذلك من الطبيعي أن يختلف الفقه في هذا الخصوص فقد ذهب الأستاذ "كاهن " إلى القول بأن مصطلح المشروعات يقصد به كل الأشخاص و الهيئات الخاصة أو العامة المشاركين في صنع عادات التجارة الدولية إلا أن الإتجاه الراجح في الفقه قد حدد مصطلح المشروعات بالمقابل لمصطلح المستهلكين و قصره على غير المستهلكين (2) .

---

(1) صالح المنزلاوي ، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية ، دار الجامعة الجديدة ، 2006 ، ص 30 .
(2) نفس المرجع السابق ، ص 31 .

فالمشروعات وفقا لهذا الإتجاه هم غير المستهلكين و بشكل أكثر تحديدا كل من لا يستفيد من الحماية الخاصة بالمستهلكين التي يكفلها لهم القانون و القضاء. وهذا المصطلح يقصد به في مجال التجارة الإلكترونية كل المشروعات التجارية التي تسعى إلى الإنتفاع بشبكة الإنترنت بهدف إشباع إحتياجاتها المهنية أو التجارية . بعد هذا التحديد يثور التساؤل عن موقف العقود التي تتم بين المشروعات عبر شبكة الأنترنت و مدى اعتبارها أعمال تجارية تندرج تحت نوع معين من الأعمال السابقة .

و الواقع أن تحديد ماهية تلك العقود يقتضى منا التمييز بين نوعين منها :

الصنف الأول :

العقود التي تتم بين المشروعات بشكل دائم و مستمر أو بغرض إشباع حاجاتها المهنية تعد عقودا تجارية لأن هذه الأعمال باشرها تاجر على سبيل الإحتراف أو لأن هذه الأعمال ترتبط بتجارةالتاجر.

الصنف الثاني :

العقود التي تتم بين التجار بغرض إشباع حاجاتهم العائلية أو الشخصية أو المنزلية تعد عقود مدنية، فبالرغم من أن هذه العقود قد باشرها تاجر إلا أنها لا تتعلق بشؤون تجارته .

النوع الثاني : العقود التي تتم بين المستهلكين :

وهي العقود التي يبرمها المستهلك بغرض إشباع إحتياجاته الشخصية أو العائلية من السلع و الخدمات . و هذه العقود مدنية لأنها بعيدة تماما عن الأنشطة التجارية .

النوع الثالث : العقود التي تتم بين رجال الأعمال و المستهلكين:

يطلق عليها العقود المختلطة فهي عقود تجارية بالنسبة لرجل الأعمال أو التاجر لأنه يمارس هذه الأعمال على سبيل الإعتياد بهدف تنمية النشاط التجاري لمشروعاته و هي عقود مدنية بالنسبة للمستهلك أو متلقى الخدمة أو السلعة و الذى يسعى دائما لإشباع حاجاته الشخصية أو العائلية البعيدة كل البعد عن الأنشطة التجارية .

وتبدو أهمية هذه التفرقة ما بين الأعمال التجارية و المدنية من حيث الإختصاص القضائي ، وذلك بإعمال القواعد المقررة في هذا الشأن من خلال ما يتعلق بالإختصاص النوعي المنصوص عليه في قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري على سبيل المثال والقوانين الخاصة الأخرى التي تنظم هذا الإختصاص في القضايا الأخرى ، وذلك بطبيعة الحال بعدما يتم تحديد القانون الواجب التطبيق .

و إذا صح القول بأن عقود التجارة التجارة الإلكترونية قد تكون عقودا مدنية أو تجارية أو مختلطة فهل يصح القول بأنها عقود نمطية ؟؟؟ .

رابعا: عقود التجارة الإلكترونية ليست عقودا تقليدية :

يذهب جانب في الفقه إلى القول بأن عقود التجارة الإلكترونية التي تتم على الأنترنت لا تختلف عن غيرها من العقود التقليدية التي تتم في العالم الحقيقي إستنادا إلى أنها ، كأي عقد آخر ، ترد على أشياء أو خدمات يصح التعامل فيها و أطراف العقد هم بائعون و مشترون ، مورد خدمات ومستهلكون ، أشخاص عامة أو خاصة ، شركات أو مشروعات...إلخ .

هذا بالإضافة إلى أن العقود التي تتم على مواقع الويب التي يبرمها المتخصصون في البيع بالمراسلة و الذين يملكون أغلب مواقع الويب، يعرضون منتجاتهم و خدماتهم من خلال " كتالوجات " إفتراضية لا تختلف عن العقود التقليدية .

و لا نتفق من جانبنا مع أنصار هذا الرأى ، فهم أجروا محاكاة شكلية بين عقود التجارة الإلكترونية و غيرها من العقود التقليدية متناسين ما لهذه العقود من خصوصية تكمن في الوسيلة التي يتم من خلالها العقد و التي أدت إلى تغيير في المفاهيم القانونية حيث أصبح في الإمكان ليس فقط إتمام العقد بل و تنفيذه كذلك من خلال تلك الوسيلة ، هذا من جانب . و من جانب آخر فإن تلك الوسيلة تسمح بوجود افتراضى و إجراء حوار متبادل بين الطرفين بطريقة سمعية بصرية تفاعلية أدت إلى تقلص المسافات و الفواصل الزمنية . وبقى بعد ذلك التساؤل عما إذا كانت تلك العقود ذات طبيعة دولية أم أنها تخضع للتقسيم التقليدي إلى عقود دولية و عقود وطنية ؟؟؟ (1) .

---

(1) صالح المنزلاوي ، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية ، دار الجامعة الجديدة ، 2006 ، ص 34 .

خامسا: عقود التجارة الإلكترونية عقود دولية :

اختلفت آراء الفقهاء حول مفهوم الصفة الدولية لعقود التجارة الإلكترونية التي تتم عبر الشبكة العالمية للإتصالات (الأنترنت) . ولعل مرد ذلك الخلاف من وجهة نظرنا هو إختلافهم حول مدى إمكانية توطين العلاقات القانونية التي تتم عبر الشبكة الإلكترونية و التي تتخطى الحدود الجغرافية للدول. وهذه الآراء يمكن تصنيفها في إتجاهين:

الإتجاه الأول **:** يفرق بين نوعين من العقود التي تتم عبر شبكة الإنترنت :

النوع الأول :

العقود التي يكون أحد أطرافها مستخدما لشبكة الإنترنت مقيما في دولة و مورد خدمات الإشتراك في الشبكة مقيما في دولة ثانية ، و شركة تكنولوجيا معالجة البيانات و إدخالها و تحميلها عبر الشبكة مقيما في دولة ثالثة . فهذه بلا أدنى شك عقودا دولية (1) .

وبالتالي يمكن القول بتوافر المعيارين اللازمين لوصف أي معاملة بالطابع الدولي و اللذان يتمثلان في اتصال هذه المعاملات بأكثر من دولة من خلال جنسية أو موطن أو مركز أعمال أطرافها مما يجعلها مستوفية للمعيار القانوني بالإضافة إلى انتقال القيم و الثروات أو الخدمات عبر الحدود مما يجعلها مستوفية للمعيار الإقتصادي لإتصالها بمصالح التجارة الدولية .

النوع الثاني :

وهي العقود التي تتركز فيها جميع العناصر سالفة الذكر في دولة واحدة كأن يبرم العقد من قبل شخص مقيم في فرنسا مع مورد للكتب (شركة فرنسية) و من موقع فرنسي و يتضمن العقد شرط التسليم في فرنسا و يتم الدفع بشيك في فرنسا و بالعملة (اليورو) في هذه الحالة سيكون من المستغرب القول بأن العقود تنطوي على حرية اختيار القانون الواجب التطبيق.

---

(1) صالح المنزلاوي ، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية ، دار الجامعة الجديدة ، 2006 ، ص 35 .

الإتجاه الثاني :

و يؤكد أنصاره على أن البعد الدولي هو الغالب في العقود التي تتم على الخط أيا كان نوعها ، تأسيسا على أن الشبكة الإلكترونية تعد تجسيدا حقيقيا لفكرة العولمة ومن ثم يصعب توطينها أو توطين المعاملات القانونية التي تجرى في إطارها إذ لا خلاف حول دولية تلك العلاقات لتوافر المعايير التي تستخدم في تحديد دولية العقود كما أسلفنا القول . و لأن أطراف العلاقة القانونية يقومون بإبرام تعاقداتهم من خلال تواجدهم في دول مختلفة دون حاجة لإجتياز الحدود الجغرافية .

رأي الأغلبية :

على الرغم من سلامة التقسيم الذى انتهى إليه أنصار الإتجاه الأول من الناحيتين القانونية و النظرية إلا أن الواقع العملي أثبت أن الحدود الفاصلة بين العقد الدولي و العقد الداخلي على شبكة الإنترنت قد سقطت . فكل العقود التي تبرم على الشبكة هي عقود دولية .

فالرأى القائل بإمكانية تقسيم العقود التي تبرم من خلال شبكة الإنترنت أو من خلال هاتف متنقل أو من خلال البريد الإلكتروني إلى عقود دولية وعقود داخلية ، لا يوضح لنا كيف يمكن إعمال هذه التفرقة في الحالات التي يحمل فيها شخص ما جواله الخاص أو حاسوبه الشخصي و يتفاوض لإبرام العقد و هو يتنقل من دولة إلى أخرى أو يتواجد في أماكن لا تخضع لسيطرة دولة ما كأعالي البحار و المحيطات أو الفضاء الخارجي .

علاوة على أن تلك المفاهيم التقليدية تنفر منها الشركات العالمية التي تشكل إقليمها الخاص بها و الذي لا يعبأ بالحدود الجغرافية و يستدل على ذلك من العناوين الإلكترونية التي لا تنتمي إلى دولة بعينها والتي يشار إليها في نهاية المقطع بـ(com) (org) (net) (1) .

يتبين لنا من ذلك أن شبكة الإنترنت عابرة للحدود بطبيعتها و من ثم فإن العقود التي تتم من خلالها لا تدخل في حدود دولة معينة كما أن معيار الدولية يتوافر في العلاقات التي تتم بين وطنيين داخل الدولة الواحدة حيث يوجد أطراف آخرون كمقدم الخدمة أو معالج البيانات أو ناقل البيانات هذا بالإضافة إلى أن المجال الذى تعمل فيه الشبكة له طبيعة عالمية حيث يمكن لأي شخص الإتصال بالشبكة و الإنتفاع بخدماتها من أي مكان .

---

(1) صالح المنزلاوي ، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية ، دار الجامعة الجديدة ، 2006 ، ص 38 .

من وجهة النظر هذه ، فإن دولية العقد باتت مسألة واقع وهذه الحقيقة تؤكدها عقود التجارة الإلكترونية بسماحها للمتعاقدين بحرية اختيار القانون الواجب التطبيق على معاملاتهم .

كل هذا يجعلنا نسلم بأن الحدود بين العقد الدولي و العقد الداخلي قد سقطت مع وجود الشبكة الدولية و كأنها جاءت لتقلب الأوضاع و تغير المفاهيم التي استقر عليها القانون الدولى الخاص التقليدي منذ أمد بعيد لتخلق مجالها الخاص بها و هو مجال افتراضى يجمع البائعين في معارض تجارية افتراضية تتم عبر الشبكة الدولية .

إن عقود التجارة الإلكترونية التي تتم عبر الشبكة الدولية عقود تتم عن بعد دون الحضور المادي لأطراف العقد شأنها في ذلك شأن سائر العقود التي تتم عبر وسائل الإتصال الإلكترونية بيد أنها تتميز عن هذه الأخيرة بسمة التفاعلية التي تسمح بوجود حوار مفتوح وشامل بين أطراف العقد كما أنها قد تكون عقود مساومة وقد تكون إذعان و أيضا قد تكون عقودا تجارية وقد تكون عقودا مدنية ولكنها دائما عقود دولية حيث يصعب إعمال المعايير الدولية التقليدية للتمييز بين العقود التي تتم على الشبكة (1) .

و لا شك أن تلك المتغيرات تفتح باب التساؤل حول القواعد القانونية التي يمكن تطبيقها على المنازعات التي تثيرها عقود التجارة الإلكترونية التي تتم على شبكة الإنترنت.

إن البحث عن القواعد التي يمكن تطبيقها على عقود التجارة الإلكترونية أو بالأحرى القانون الواجب التطبيق على هذا النوع من العقود ، يقتضي منا دراسة عدة اقتراحات وحلول تقنوقانونية ، سنتعرض لها فيما بعد ، وبالضبط في الشق المتعلق بالقانون الواجب التطبيق على العقد التجاري الإلكتروني .

---

(1) صالح المنزلاوي ، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية ، دار الجامعة الجديدة ، 2006 ، ص 39 .

ثالـثا : تمييز العقد التجاري الإلكتروني عن غيره من العقود :

يتميز العقد الإلكتروني عن باقي العقود التقليدية من حيث الآلية التي يبرم بها وذلك بدءا من مرحلة المفاوضات العقدية حتى يتم الوصول لإبرام العقد . من خلال تبادل الإيجاب و القبول بين طرفيه وهي التي تمثل أوجه الخصوصية لهذا العقد عن العقود الأخرى . إضافة إلى أن هذا العقد الإلكتروني ينتمي إلى طائفة العقود التي تبرم عن بعد مما يجعلها خصوصية أخرى في هذا العقد تميزه عن غيره من العقود التي تبرم بذات الطريقة ، وهو من العقود المسماة وغير المسماة التي تتطلب درجة من الدقة في أركانه وآثاره ، ويرجع السبب في ذلك إلى طريقة التبادل الحديثة فيه التي تخالف العقود التقليدية سواءا كانت بيعا أو إيجارا ...إلخ ، وهذا يعني أن الإختلاف قد يحدث في وسيلة إبرام أو تنفيذ العقد .

و العقد الإلكتروني أو عقود التجارة الإلكترونية ليست الوحيدة التي تتم في البيئة الإلكترونية فهناك عقود أخرى تبرم في محيط البيئة الإلكترونية وتكون محيطة بالعقد الإلكتروني ومتلازمة معه ، بحيث تكون هي الأساس الذي ترتكز عليه هذه العقود ، وسنحاول في دراسة هذه العقود بقدر الإمكان لبيان ما يميزها عن العقود الإلكترونية وذلك على النحو التالي :

1) : تمييز العقد التجاري الإلكتروني بحسب طريقة إنعقاده :

عندما تطرقنا لتعريف العقد الإلكتروني وخصائصه وجدنا أنه ينتمي إلى طائفة العقود التي تبر م عن بعد على الرغم من وجود النصوص الخاصة التي تنظم هذه العقود لدى الدول التي أصدرت تشريعات للمعاملات الإلكترونية إلا أن هذه النصوص يعتريها النقص أو الغموض في بعض الأحيان، الأمر الذي يحتم معه الرجوع إلى القواعد العامة في النظرية التقليدية للعقد للتغلب على هذا النقص وذلك للقياس على هذه النصوص و التطبيق عليها ، مما يترتب عليه حدوث خلط وعدم تمييز بين هذا العقد الإلكتروني وعقود أخرى ، إضافة إلى ذلك فإن التطور الذي يحدث في وسائل الإتصال الحديثة وإبرام العقود عن طريقها يجعلنا نرجع أيضا إلى القواعد العامة للقياس عليها .

وسنحاول في هذا الشق أن نميزالعقد الإلكتروني عن العقود الأخرى التي يمكن أن تبرم إلكترونيا مع الإشارة إلى أن كافة العقود يمكن إبرامها إلكترونيا كعقد البيع أو الإيجار و غيرها من العقود ، فبالنسبة لعقد البيع نجد أن من أهم آثاره هو إلتزام البائع بنقل ملكية المبيع للمشتري مقابل الثمن الذي تم الإتفاق عليه ، ويكون هذا التصرف جائزا على كافة الأموال أو على كل عين أو حق له قيمة مادية في التعامل بمقابل مردود مالي كي يتم العقد (1) .

---

(1) . تنص المادة 351 من القانون المدني الجزائري على أنه : " البيع عقد يلتزم بمقتضاه البائع أن ينقل للمشتري ملكية شيء أو حقا ماليا آخر في مقابل ثمن نقدي " .

وعقد البيع من العقود الرضائية التي لا يكفي لإنعقادها إرتباط الإيجاب بالقبول لإتمام العقد ويكون التعبير صريحا أو ضمنيا عن الإرادة فالمهم فيه توافر الإيجاب و القبول لإتمام التعاقد مع عدم توافر أي عيب من العيوب التي تؤدي لإنعدام الإرادة ، سواء كانت عيوب مادية أو معنوية . وعقد البيع إضافة إلى أنه من العقود الرضائية فهو من عقود المعاوضة و التي يستوجب فيها حصول كل من الطرفين أو المتعاقدين على مقابل لما يقدمه ، فالبائع يقدم المبيع للحصول على الثمن الذي يدفعه المشتري ، وكذلك الحال بالنسبة للمشتري الذي يدفع الثمن مقابل المبيع ، و السمة الأهم من سمات عقد البيع هي نقل ملكية المبيع من البائع للمشتري ، أي أنه عقد ناقل للملكية ويتم ذلك بمجرد إتمام عقد البيع وإنعقاد العقد ، فيتنازل كل طرف من أطراف العقد عن ملكية الشيء الذي بحوزته - الثمن و المبيع – للطرف الآخر بمجرد إتمام العقد أو إبرامه ، إضافة إلى أن عقد البيع من العقود الفورية أي يتم تنفيذه حسب ما يتم تحديده من أطرافه و لا يؤثر ذلك في كيفية التسليم والدفع ، فالمهم هو توافر الإيجاب والقبول وإبرام العقد ، أما بقية الأمور الأخرى من كيفية تسليم محل الإلتزام فإنه يمكن إرجاؤها إلى أي وقت آخر بعد إتمام العقد وبحسب إرادة طرفيه .

أوجب القانون توافر ثلاثة أركان أساسية في عقد البيع وهذه الأركان هي الرضا كما أسلفنا الذكر أما الركن الثاني فهو محل التعاقد أي المبيع وهو محل إلتزام البائع ، و الذي يجب أن يكون مالا منقولا ومن الممكن تمييزه عن غيره وأن يكون معلوما . أما الركن الثالث فهو الثمن الذي يحصل عليه البائع من المشتري مقابل إلتزام البائع بتقديم المبيع وهذا الثمن يجب أن يكون مساويا لقيمة المبيع وحسب ماتم الإتفاق عليه .

ففي عقد البيع التقليدي يكون المتعاقدان حاضران في مجلس العقد في الغالب لتبادل التعبير عن الإرادة ، وفي المقابل فإن العقد الإلكتروني يختلف في ذلك فبالرغم من تواجد طرفي العقد في مجلس العقد ، إلا أن كلاهما في مكان مختلف ويبتعد عن الآخر بالرغم من تبادل البيانات مباشرة من خلال شاشات الحاسب الآلي وبواسطة شبكة الأنترنت فيكون هذا العقد من العقود المبرمة عن بعد .

فالعقود التي تبرم عن بعد هي عبارة عن إبرام إتفاق أو إلتقاء إرادتين على القيام بتقديم منتج أو خدمة من خلال تقديم مبادرة من المورد بعرض المنتوج للمستهلك دون حضور مادي معاصر لطرفي العقد من خلال إستخدام إحدى وسائل الإتصال عن بعد من أجل تلاقي إرادة طرفي العقد على محله ، وهذا التعريف يبين لنا أن هذا النوع من العقود يتم بالحضور المعنوي لطرفيه في مجلس العقد وعدم تحقق الحضور المادي في الغالب ، سواء كان الإيجاب موجها من خلال إرسال نماذج أو كتالوجات أو النشر على شبكة الأنترنت أو الإعلان من خلال وسائل الإتصال الأخرى المسموعة أو المرئية ، فيكون هذا التصرف إيجابيا بحاجة لقبول ممن يجد لنفسه حاجة للمنتوج المعلن عنه ، ويعبر القابل عن قبوله هذا بالرد على الإيجاب من خلال وسائل الإتصال أو شخصيا ، أما في العقود المبرمة عن بعد فيتم الرد بالقبول من خلال الوسيلة التي علم بها عن الإيجاب أو أية وسيلة إتصال أخرى .

بالرجوع إلى نصوص التشريع المدني الجزائري نجد أنه عالج إبرام العقود بواسطة وسائل الإتصال الحديثة من خلال تنظيم التصرفات التي تتم من خلال الهاتف لإبرام العقود ، كونه كان أحدث وسيلة

إتصال في الوقت الذي صدر فيه القانون المدني ، بل أن القانون الجزائري ذهب أبعد من ذلك بحيث أنه فتح المجال أمام كافة وسائل الإتصال الأخرى ، فتنص المادة 64 من القانون المدني الجزائري على أنه : " إذا صدر الإيجاب في مجلس العقد لشخص حاضر دون تحديد أجل القبول فورا وكذلك إذا صدر الإيجاب من شخص إلى آخر بطريق الهاتف أو بأي طريق مماثل .

غير أن العقد يتم ، ولو لم يصدر القبول فورا ، إذا لم يوجد مايدل على أن الموجب قد عدل عن إيجابه في الفترة ما بين الإيجاب والقبول ، وكان القبول قد صدر قبل أن ينفض مجلس العقد ".

فالعقد الإلكتروني الذي يبرم من خلال شبكة الأنترنت ، سواء كان بالمراسلة أو بالدخول لموقع محدد و الضغط على مكان محدد يتم من خلاله الدخول لموقع الشركة وإبرام عقد من خلال التصفح الذي تم، فيعطي هذا التعاقد حكم التعاقد ما بين حاضرين فيما يتعلق بزمان إنعقاد العقد وصحته ، أما بالنسبة لمكان العقد فيعد تعاقدا تم بين متعاقدين غائبين أو بحسب ما يتم الإتفاق عليه .

ويعد عقد البيع عن بعد من العقود المتعددة و المتنوعة ، هذا التنوع يؤدي إلى اختلافها عن العقود الأخرى ، فالعقد المبرم عبر الهاتف هو أحد هذه العقود التي عالجها القانون ، والسؤال الذي يتبادر إلى الذهن هو أنه هل يمكن تطبيق المادة 64 من القانون المدني الجزائري على العقود المبرمة عن بعد ، سواء كان البيع بواسطة الكتالوج أو بعرض المنتوج بإحدى وسائل العرض التقليدية أو الإلكترونية . فالبيع بواسطة الكتالوج إحدى الطرق الحديثة في البيع عن بعد و الذي يتم من خلال المراسلات مابين الموجب و القابل بإرسال الكتالوج مع ما يرغب الحصول عليه ، فإرسال الكتالوج إلى العميل يعد إيجابا موجها لهذا الشخص بإنتظار القبول ، إلا أنه لا يعد ملزما كونه موجها للكافة دون تحديد ، ومن يجد لديه حاجة في هذا المنتوج يقوم بالبحث في جدية العرض ، وتكون المرحلة السابقة هي من مراحل المفاوضات العقدية التي تسبق إبرام العقد وتكون في هذه الحالة جزءا من العقد ويكون الموجب ملزما بالكتالوج الذي يتضمن الشروط الأساسية التي كانت هي السبب الرئيسي في التعاقد وأي مخالفة لهذه الشروط مخالفة للعقد الذي أبرم بناءا على الشروط المذكورة في الكتالوج (1) .

وذكرنا سابقا أن البيع عن بعد له صور و أشكال متعددة ووسائل كثيرة ذكرنا البيع بواسطة الكتالوج كأحدها ، حيث يشترط في هذه الوسائل أن تتضمن وصفا دقيقا للمنتوج المراد تسويقه وذكر آلية الإستخدام و الوفاء بالثمن ، والضمان من العيوب الخفية إضافة لإشتراط أن يكون الإيجاب كاملا لا

---

(1) لورنس محمد عبيدات ، إثبات المحررالإكتروني ، دار الثقافة للنشر و التوزيع ، 2005 ، ص 33 .

يشوبه أي نقص من شأنه إحداث خلل في العقد ، و بالتالي فإن الإتفاق على إبرام العقد بإحدى هذه الوسائل لترويج السلع ، يعتبر أن وسيلة الترويج تعد جزءا أساسيا من العقد وإحداث أي خلل في هذا الجزء يعد إخلالا في العقد على إعتبار أن الطرف الآخر لم يكن ليتعاقد بغير ما تضمنه الإيجاب من مواصفات ومقاييس تم ذكرها عند إصدار الإيجاب وهذا التصرف يمكن إعتباره دعوة للتعاقد بإنتظار القبول من أي شخص بدون تحديد .

ونجد أن عقود التجارة الإلكترونية لا تختلف عن العقود التقليدية من حيث الأركان العامة كونها كلها واحدة بالرغم من تعدد مسميات العقود ، وإن أغلب العقود الإلكترونية المبرمة تدخل ضمن العقود المبرمة عن بعد كون طرفيها لا يجتمعان في نفس المكان على الأغلب ، مما يمكن تطبيق أحكام المادة 64 من القانون المدني الجزائري على العقود الإلكترونية بالنسبة لزمان إنعقاد العقد ومكانه ، على الرغم من إمكانية إبرام العقد و التوقيع عليه و الوفاء بالثمن ، والتسليم ...إلخ من التصرفات التي تتم من خلال شبكة الأنترنت .

نخلص بالقول إلى أن عقود التجارة الإلكترونية المبرمة عبر الأنترنت تستمد أحكامها أساسا من قانون المعاملات الإلكترونية (بالنسبة للدول التي شرعت في ذلك بقانون خاص) ومن القواعد العامة لنظرية العقد ، ويتم إخضاع العقد للأحكام المغايرة التي تأخذ في عين الإعتبار الحضور الإفتراضي المعاصر ، وتتوافر هذه الخصوصية في العقود المبرمة عن بعد . و التعاصر في هذه العقود يكون تعاصرا زمنيا . أما مكانيا فهناك تباعد بين الطرفين والذي يبقى واقعا مؤثرا أساسيا في العقد من حيث التأكد من أهلية المتعاقدين وتوفر السلعة وعدم الصورية ، ومدى صحة المواصفات التي تم ذكرها في المرحلة السابقة لإبرام العقد وغيرها من الشروط التي يمكن أن يتبينها الطرف القابل أثناء مجلس العقد ، و الذي يجعل العقد موقوفا على إجازة القابل لحين التأكد من الشروط التي تم الإتفاق عليها وضمن المدة الزمنية التي يحددها أطراف العقد (1) .

2) : تمييز العقد التجاري الإلكتروني عن العقود المحيطة به في البيئة الإلكترونية :

من دراستنا لبعض عقود التجارة الإلكترونية نجد أن هذه العقود مرتبطة إرتباطا كليا بالوسائل الإلكترونية ، سواء في مرحلة المفاوضات العقدية ، أو في أي مرحلة من مراحل إبرام العقد ، والتي يتم تنفيذها على شبكة الأنترنت . فهناك عقود يتم تنفيذها بشكل كامل من خلال الشبكة وذلك بدءا من المفاوضات العقدية وتلاقي الإيجاب بالقبول والإتفاق على كافة بنود العقد وحتى تتم عملية التسليم ، والتي يمكن أن نضرب لها مثالا شراء الكتب وغيرها من السلع التي يمكن تداولها من خلال شبكة الأنترنت ، والذي يطبع السمة الإلكترونية على هذه العقود نتيجة لإبرامها كليا أو جزئيا بوسائل إلكترونية ، و التي عبرت عنها معظم قوانين البلاد العربية و الدولية والتي أصدرت قوانين معاملات إلكترونية عندما اعتبرت أن العقد الإلكتروني الذي يستخدم في إبرامه وسائل إلكترونية كليا أو جزئيا . فأركان العقد واحدة ، وأساس العقد هو علاقة ثنائية بين الموجب و القابل على محل يتم

---

(1) لورنس محمد عبيدات ، إثبات المحررالإكتروني ، دار الثقافة للنشر و التوزيع ، 2005 ، ص 34 .

تحديده من قبلهما .

وسنقوم في هذا الشق بالإشارة بإيجاز لبعض العقود وبيان ما يميزها عن بعضها ، ومدى إرتباط هذه العقود بالعقد الإلكتروني المبرم عبر الأنترنت ، ومدى إعتبار هذه العقود إلكترونية ، أم من العقود المحيطة بالبيئة الإلكترونية ، ولذا سوف نقوم بدراسة عقدين وهما عقد إستخدام الشبكة وعقد الإيجار المعلوماتي وذلك على النحو التالي :

2) -1 - عقد إستخدام الشبكة :

هناك من يطلق على هذا العقد عقد الدخول إلى الشبكة أو الإشتراك في خدمة الأنترنت ، حيث يتيح هذا العقد للعميل أو المشترك الدخول إلى شبكة الأنترنت وإستخدام المواقع الموجودة على الشبكة من خلال الشركة التي تقدم هذه الخدمة . ويمكن تعريف هذا العقد بأنه تصرف قانوني بين طرفين - الموجب و القابل – يكون محله السماح للطرف الآخر الإنتفاع بالشبكة من خلال إتاحة كافة الوسائل التي تمكن المستخدم من دخول الشبكة والتجول بها والتعامل مع المواقع و إجراء التصفح بها ، إضافة إلى ماقد يعرضه العميل في الغالب على المستخدم في تقديم المساعدة الفنية المسماة بالخط الساخن ، وذلك حلا للمشكلات التي تواجه المستخدم الجديد للأنترنت عن طريق التليفون .

وعقد إستخدام الشبكة كغيره من العقود يتوافر فيه إلتزامات على طرفيه ، فيتوجب على مقدم الخدمة أن يتيح للعميل كافة المواقع التي يرغب بها لكي يكون على علم ودراية بكافة إحتياجات المستخدم ، وأهمها برنامج الإتصال الذي يحقق الإتصال بين الجهاز الحاسب و الشبكة . وفي المقابل يتوجب على العميل الوفاء بالبدل المتفق عليه بين الطرفين لإستخدام الشبكة مما يتوجب على المزود بدراسة كافة الظروف المقترنة بتزويد المستخدم من خلال جمع أكبر قدر ممكن من المعلومات المتعلقة باستخدام الشبكة والغاية الأساسية و الفعالة لها ، فهذه المعلومات و المزايا المراد توافرها في البرامج التي تدير شبكة الأنترنت والتي تمكن المزود من دراسة الإستخدامات و إيجاد التوازن بين إرادة الأطراف ، وتيسير الأمر على المستخدم ليتمكن من فهم بعض الشروط الأساسية في استخدام شبكة الأنترنت من خلال بيان قاعدة البيانات المناسبة و أنظمة التشغيل وإيجاد ترابط مابين أنظمة التشغيل و المعالجة ، كي يستخدم الشبكة بأفضل وجه ممكن .

ويتوجب على المزود بعد تمكين المستخدم من استخدام شبكة الأنترنت أن يكون على اتصال دائم معه عبر الخط الساخن الذي من خلاله يمكن حل أي مشكلة يمكن أن تعترض المستخدم أثناء استخدام الشبكة ، حيث نجد أن الإبقاء على الخط ضروري كذلك في إبرام العقود الإلكترونية لتوفير الأمان و

الإستقرار للأطراف الذين يبرمون عقودهم عبر الأنترنت ، وذلك لمجابهة أي خلل يمكن حدوثه أثناء القيام بإبرام العقد لتوافر خاصية الأمان و الإستقرار في استخدام الشبكة ، مما يعني أن بقاء المزود على الخط فيه ضرورة لمستخدمي الشبكة للحفاظ على حقوقهم من الهدر و الحد من الإشكالات المتوقع حدوثها أثناء الإستخدام ، إضافة إلى إلتزام المزود بتقديم النصائح والإرشادات كاملة وافية لا يعتريها أي نقص والتي تبين آلية التشغيل المثلى للشبكة ، بحيث تظهر هذه الإرشادات وكأنها ملزمة للمستخدم ، حيث أن عدم الإمتثال للنصيحة في بعض الأحيان قد يؤدي إلى تفاقم الخلل.

وإلتزام المزود بخدمات الشبكة بضمان جودة الإستخدام هو إلتزام ببذل عناية لضمان الإستخدام الأمثل عن طريقه ، كما يكون إلتزامه اتجاه المستخدم إلتزاما بتحقيق نتيجة من خلال إتاحة الإتصال بشبكة عالية الجودة في الإستخدام ، وبالتالي فإن أي تقصير يحدث في إتاحة الإستخدام يكون المزود مسؤولا عنه مسؤولية عقدية ، إذ أنه لم يمكن المستخدم من الإنتفاع بالصورة التي يرغب بها .

مما سبق فإننا نجد أن عقد إستخدام الشبكة هو الأساس في العقود الإلكترونية ، فمن خلاله يتمكن المستخدم من الدخول إلى الشبكة والتجول عبرالمواقع المتوفرة و البحث عن السلع التي يرغب بها تمهيدا لإبرام العقود على هذه السلع من خلال الشبكة ، كما أن هذا العقد من المتوقع أن يكون أحد العقود المبرمة من خلال هذه الوسيلة الإلكترونية ، إذا تم تبادل البيانات وإبرام العقد من خلال الشبكة .

2) - 2 - عقد الإيجار المعلوماتي :

يعد عقد الإيجار المعلوماتي من عقود تقديم الخدمات الإلكترونية والذي عرف بأنه : " عقد يقوم بمقتضاه مقدم الخدمة بوضع إمكانات أجهزته وأدواته المعلوماتية تحت تصرف المشترك والذي يتمثل غالبا في إتاحة إنتفاعه بمساحة على القرص الصلب بأحد أجهزة الحاسب الخاصة به على نحو معين.

ويمكن التمثيل لهذا العقد بإتاحة إستخدام البريد الإلكتروني ، فإذا أتيحت الفرصة لمستخدم الأنترنت للقيام بإنشاء بريد إلكتروني على أحد المواقع المتواجدة على الشبكة ، فإن هذا التصرف يمنح المستخدم حرية التصرف بالمعلومات المتوافرة على الموقع وحجز مكان له كل هذه التصرفات تكون بمقابل مادي يتم دفعه إلى مالك هذه المنفعة ، وفي حالة إنتهاء العقد يكون من حق المالك استرداد كافة البيانات والأدوات التي منحها للمستخدم كون أن هذه الأشياء هي التي تمكن المستخدم من الإنتفاع سواء كانت البرامج أم المكان المتاح على القرص الصلب أو على شبكة الأنترنت .

وعقد الإيجار المعلوماتي هو أحد العقود التي يقوم من خلالها مقدم الخدمة بوضعها تحت تصرف المشترك والتي كما قلنا سابقا تكون بإتاحة مساحة على القرص الصلب أو إتاحة مكان على شبكة الأنترنت أو تقديم أي جزء من المعلومات يتم الإنتفاع به خلال المدة التي يتم تحديدها ، ويمكن تكييف هذا العقد على أنه عقد إيجار ، لأن غايته تمكين المستخدم من الإنتفاع بالعين المؤجرة ، بينما تبقى ملكية المعلومة لأصحابها ، وهذا ما أكده القانون الأردني و المصري على سبيل المثال في

نصوصهما التي تطرقت لهذا العقد .

والإنتفاع بمميزات هذا النوع من عقود الخدمات تتيح للمنتفع استخدام الشبكة وإجراء كافة التصرفات المباحة من خلالها كالتجول في المواقع و التسوق و التصفح والذي قد يتيح إبرام العقود الإلكترونية من خلال هذه الخدمة ، كما أن هذا العقد في حد ذاته يمكن أن يكون من العقود الإلكترونية إذا أبرم إلكترونيا كليا أو في أي مرحلة من مراحله عبر وسائل إلكترونية .

المبحث الأول: الشكلية في العقد الإلكتروني .

إن من أهم المراحل التي يمر عليها هذا العقد هي مرحلة الإنعقاد ، أي إنعقاد العقد التجاري الإلكتروني ، وذلك نظرا لإحتواء هذه المرحلة على عدة خصوصيات حديثة ناتجة عن التطور التكنولوجي لوسائل الإتصال و المعلومات وعلى رأسها الأنترنت ، وذلك عن طريق أو بواسطة الحاسب الآلي ، و التي جعلت من المفاهيم القانونية الأساسية التي تحكم العقود التقليدية ، محل إعادة النظر فيها بالنسبة لهذا العقد الجديد .

إن أول ركن هام اشتمل على عدة خصوصيات متعلقة بنوع هذا العقد الرقمي هو ركن الرضا ، وهو أول ركن هام في سائر العقود التقليدية بما في ذلك العقد التجاري الرقمي ، وفي هذا الصدد ستناول خاصة أهم الخصوصيات التي مست كل من ظاهرة التعبير عن الإرادة باستخدام الوسائط الرقمية ، وكذا الإيجاب الإلكتروني ، والقبول الإلكتروني .

المطلب الأول: التراضي .

يقصد بالإرادة انعقاد العزم على إجراء العملية القانونية محل التعاقد ، والتعبير عن الإرادة التعاقدية يتم باستخدام وسيلة تدل على وجودها .

إذا كان التعبير عن الإرادة في التعاقد التقليدي يتم بالوسائل المعتادة ، فإن وسائل التعبير عن الإرادة في التعاقد الإلكتروني ، والتفاوض الإلكتروني من باب أولي ، ونظرا للخصوصية التي يتمتع بها تتعدد وتختلف حيث تتم عبر شبكات الإتصال الإلكترونية .

وينبغي التأكيد على أن الرضا المعتبر و المنتج لأثره في التعاقد الإلكتروني هو الرضا الصادر من ذي أهلية وغير مشوب بأي عيب من عيوب الرضا ، ذلك أنه طبقا للقواعد العامة يشترط لصحة التراضي خلو الإرادة من العيوب ، وأن تكون صادرة عن شخص كامل الأهلية .

وإذا كان الكلام عن صحة التراضي تقتضي أن نتعرض أولا للأهلية ، ثم نتعرض بعد ذلك لعيوب الإرادة ، إلا أننا لن نتعرض تفصيلا في مجال بحثنا لأحكام الأهلية لأن القواعد العامة نستوعبها ، وإنما سنقصر بحثنا على الإرادة في مجال البيئة الإلكترونية .

ولذلك فلن نبحث في شروط صحة الإرادة طبقا للقواعد العامة من حيث صدورها ممن يملك أهلية التعاقد ، وإنما ما يعنينا هو دراسة تأثير البيئة الإلكترونية التي تلتقي فيها إرادة الأطراف المتعاقدة على صحتها .

وإذا كان الأصل في العقود هو الرضائية ، فإن القانون قد يتطلب إفراغ التراضي في شكل محدد، كأن يشترط أن يكون العقد مكتوبا ، وقد يتطلب القانون الشهر لضمان فعالية التصرف القانوني ولكي يرتب كل آثاره أو بعضها ، ولذلك يثور التساؤل حول مدى إمكانية استيفاء هذه الشكلية بنفس الطريقة التي يبرم بها العقد الإلكتروني ، أومدى تطلب الشكلية الإلكترونية في التعاقد الإلكتروني (1) .

---

(1) خالد ممدوح إبراهيم ، إبرام العقد الإلكتروني ، دراسة مقارنة ، دار الفكر الجامعي ، 2006 ، ص 126 .

ومن المشاكل التي تظهر في التعبير الإلكتروني عن الإرادة مشكلة الحواجز اللغوية ، حيث من المحتمل وجود عدة معان أو تفسيرات لكلمة واحدة ، مما قد يشكل عقبة وقت تنفيذ العقد ، وهو ما يبرز مشكلة اللغة المستخدمة في التعبير الإلكتروني .

الرضا هو التعبير عن إرادة طرفي العقد بالقيام بإبرام تعاقد بحسب ما تم الإتفاق عليه ، وإنتاج الآثار القانونية المترتبة على هذا العقد . من الصعب تصور قيام رابطة عقدية بين طرفي العقد . إذا لم تتطابق إرادة طرفي العلاقة - الإيجاب و القبول – لإتمام التعاقد من خلال توافر الرضا .

توافر الرضا هو الأساس الذي تقوم عليه العلاقة العقدية القائمة على مبدأ سلطان الإرادة ، الذي يبرز من خلالها حرية طرفي العقد في الإتفاق على إتمام العقد أو إبقائه دون إتمام أو رفضه . ذلك كله من خلال تطابق الإيجاب و القبول الذي يسبق مرحلة التعاقد . إن الدخول في مرحلة المفاوضات العقدية لا يلزم الأطراف لإتمام التعاقد لأن هذه المرحلة سابقة لإبرام العقد إلا إذا اتفق على عكس ذلك .

سوف نحاول حصر دراستنا في توافر الرضا بالعقد التجاري الإلكتروني لإمكانية الإلمام بالموضوع بأكبر قدر ممكن . و البحث سوف يكون في مدى تأثير خصوصيات الطابع الإلكتروني في إلتقاء إرادتي طرفي العقد عبر الوسائل الإلكترونية الحديثة وبيان مدى انسجام هذه التطورات و القواعد العامة لنظرية العقد . ثم البحث في صحة التعبير عن الإرادة لبيان الخصوصية التي يجب توافرها في الإيجاب والقبول ، لينتج هذا العقد آثار (1) .

المطلب الثاني: القبول .

يعد الإيجاب و القبول الأساس لأي عقد ويتم صدورهما في مجلس العقد في العقود المسماة التقليدية مثل عقد البيع ، الإيجار ، الهبة ... إلخ من العقود ، لكن في العقد الإلكتروني أين يتم إصدار الإيجاب؟ . إن المكان الطبيعي لإصدار الإيجاب هو مجلس العقد الذي يضم طرفي العلاقة العقدية ، إلا أن العقد الإلكتروني المبرم عبر الأنترنت لا يمكن تصور التعاصر المادي لطرفي العلاقة ، فهذا العقد يكون من العقود التي تبرم بين غائبين بحيث لا يجتمع طرفا العقد في مجلس واحد .

---

(1) محمد فواز محمد المطالقة ، الوجيز في عقود التجارة الإلكترونية ، دار الثقافة للنشر و التوزيع ، 2008 ، ص 58 .

الإيجاب هو التعبير الأول الصادر عن إرادة أحد طرفي العقد - الموجب - ويكون موجها لطرف آخر يدعوه لإبرام عقد ما ، وعرف من قبل بعض الفقهاء بأنه : تعبير عن إرادة مبتدئة جازمة موجهة للطرف الآخر لإبرام عقد . ويكون ذا تعابير محددة تحديدا تاما ودالة على نية الموجب بالإلتزام بها لدى القبول .

الإيجاب بالمعنى الإصطلاحي هو الفعل الذي يقوم به شخص ما يدعوا فيه الغير لإبرام عقد ، أما في المعنى القانوني فهو جد دقيق " الإيجاب هو العرض أو الدعوة المؤدية لإبرام عقد ، بشروط محددة، بحيث قبول الطرف الآخر يكفي لتكوين هذا العقد " .

" الإيجاب الإلكتروني هوالإيجاب الذي يكون عبر إمكانية منفذة عن طريق وسيلة إلكترونية معالجة و/أو متعلقة بتخزين بيانات " (1) .

الإيجاب هو الأساس الذي يتم يناء العقد عليه ، من خلال تطابق إرادة طرفي العلاقة . فيتوجب إحتواؤه على كافة العناصر الأساسية الخاصة به ليتم إصدار قبول كامل لا يحتوي أي خلل يمكن لأن يؤدي لإحداث أية إشكالات في المستقبل .

بالرغم من المسميات التي تطلق على الإيجاب . إلا انه في هذا العقد لا يخرج عن النطاق العام للقواعد العامة التي نظمها التشريع المدني مع توافر بعض السمات الخاصة بهذه العقود التي تمتد إلى أركان العقد . وسأحاول في الموضوعات التالية بيان أوجه الشبه و الإختلاف بينها وبين الإيجاب التقليدي .

الفرع الأول : الإلتفاف حول الطابع الجازم للإيجاب :

التعبير عن إرادة الموجب يجب أن يكون بإرادة مصممة وعازمة نهائيا على إبرام العقد . فإذا ما صادفه قبول مطابق ، فيعد هذا التصرف عرضا لبدء المفاوضات العقدية ، أو دعوة إلى التفاوض ، فأي تصرف يتم نشره إلى الجمهور يتضمن في فحواه الأسعار ، المواصفات ، المقاييس ، وكافة البيانات الخاصة بالسلعة ، فهذا التصرف يعد إعلانا إذا لم يواجه قبولا ، وبالتالي فهذا التصرف لا يكون جازما بنية الإرتباط النهائي .

---

(1) Anne – Sophie Turmel , la formation du contrat éléctronique , doctorat d’état , montpellier , 2004 , p .45 .

الفرع الثاني : طرق التعبير الإلكتروني للإيجاب :

تتعدد صور التعبير عن الإرادة من خلال الإيجاب في التعاقد الإلكتروني ، فقد يتم التعبير عنها إلكترونيا عن طريق البريد الإلكتروني ، أو عن طريق موقع الأنترنت ، أو عن طريق المحادثة أو ما يسمى بنظام التخاطب عبر الأنترنت ، أو بطريق التنزيل عن بعد وسنعرضها على النحو التالي :

1) التعبير عن الإيجاب عبر البريد الإلكتروني :

إن إرسال الإعلانات لمستخدمي الأنترنت عن طريق الرسائل الإلكترونية عبر البريد الإلكتروني ، للإطلاع على المنتجات الخاصة بالموجب ، فهذا التصرف يعد عرضا مقدما للكافة دون تحديد ، أي لكافة الأشخاص الذين لديهم بريد إلكتروني ، فهذه التصرفات تعد من التصرفات السابقة لإبرام العقد، ففي حال فتح البريد الإلكتروني و الإطلاع على الرسائل المودعة وبيانها بالتفصيل ، فاللحظة التي يتم بها الإطلاع على محتوى الرسالة تعد هذه الرسالة إيجابا فاعلا موجها لهذا الشخص ، وتبقى حرية القبول أو عدمه للموجب له دون ترتيب أي اثر قانوني عليه في حال عدم القبول ، إلا إذا كان هناك اتفاق يقضي بعكس ذلك .

لقد وفر استخدام البريد الإلكتروني على البشرية الوقت والجهد من خلال العلم بالمستجدات في العالم دون إعطاء أهمية لعوائق الحدود التي كانت في السابق تعد من أهم المعوقات التي حالت دون تقدم التجارة ، فأزالت هذا العائق وأدى إلى تطورها وتوفير أغلب إحتياجات الأسواق بالرغم من البعد المكاني إلا أنه قد بدأ بالإنتهاء نتيجة للتطور في استخدام الوسائل الإلكترونية .

وحل البريد الإلكتروني محلا جديدا ليعبر عن إرادة أطراف العقد ، فااستخدم البريد الإلكتروني لتقديم الإيجاب من الموجب إلى الموجب له من خلال إرسال الرسائل عبرالبريد الإلكتروني وتتضمن إيجابا موجها للشخص الذي يملك البريد المرسل إليه وتحتوي على بيانات عن المحل و على الأساسيات الخاصة بالسلعة بحيث تكون واضحة للكافة دون تمييز بين فرد وآخر ، ويقوم أغلب الموجبين بإرسال إيجابهم على صيغة إعلان موجه للكافة ، بحيث لا يكفي وحده لإبرام التعاقد ، ذلك ليتم حماية أنفسهم من أي طارئ يحدث على السلعة ليتمكنوا من تعديل وتصويب ، مثل إرتفاع الأسعار ، أو نفاذ الكمية ، أو أي طارئ آخر . فكل ذلك لا يرتب أي مسؤولية عليهم لأن الذي تم إرساله ماهو إلا إعلان دعوة للتعاقد وليس إيجابا .

2) التعبير عن الإيجاب عبر المواقع الإلكترونية :

إن القيام بإرسال الإيجاب من خلال المواقع الإلكترونية مباشرة ، سواء تم من خلال العرض المباشر أو من خلال الإستعانة بالكاميرات الخاصة الموصلة بالحاسب التي تقوم بنقل الصورة مباشرة للطرف الآخر ، فهي لا تختلف عن الإيجاب الموجه من خلال التلفاز أو الصحف ، أو أية وسيلة من الوسائل التقليدية إلا من حيث الإستمرارية ، فالوسائل التقليدية يتم عرض الإيجاب خلال فترة زمنية

محددة ، إلا أن العرض من خلال شبكة الأنترنت يكون مستمرا وعلى مدار الأربعة وعشرين ساعة ولكافة بقاع الأرض دون تحديد ، فكل من يدخل الشبكة يكون الإيجاب موجها إليه ومن حقه إبرام التعاقد مالم يكن هناك مانع من التعاقد لدى هذا الشخص أو تلك الفئة (1) .

إن محل العقد الإلكتروني يكون في أغلب الأحوال ، أما تقديم خدمات أو إحدى السلع الإستهلاكية فيكون العقد من العقود الغير محددة المدة وإنما يبقى مستمرا حتى نفاذ الكمية . إن التحكم في المدة لا يكون في يد الموجب وإنما في أغلب الأحيان يكون في يد العملاء فإذا نفذت الكمية ، فإن الإيجاب ينتهي تلقائيا لزوال محل العقد بحيث لا يبقى له وجود قانوني أو مادي .

و التعبير الإلكتروني عن الإرادة عبر مواقع الويب قد يعبر عنه بالكتابة أو بالنقر على زر الموافقة ، فقد يتم التعبيرعن الإرادة عن طريق الضغط على زر الموافقة الموجود في لوحة المفاتيح المتصلة بالكمبيوتر الشخصي أو بالضغط بالمؤشر – الفأرة – في الخانة المخصصة لذلك في صفحة الويب (2) .

وتستخدم هذه الطريقة من أجل التعاقد سواء بشأن المنتجات أو الخدمات الموجودة على صفحات الويب حيث يختار المستهلك السلعة المنشودة ويضغط على أيقونة الموافقة فيظهر أمامه صفحة أخرى تتضمن العقد النموذجي المحتوي لشروط وبنود التعاقد ، الذي لا يستطيع مناقشته أو التفاوض بشأنه ، فإذا أراد المستهلك إتمام التعاقد يقوم بالضغط على أيقونة القبول أو كتابة عبارة تفيد الموافقة بإستخدام لوحة المفاتيح .

ويلاحظ أن مجرد الضغط بالموافقة على العلامة الخاصة بذلك – الأيقونة – أو ملامسة مؤشر القبول (الفأرة) لا يعني القبول حتما ـ إذ قد يحدث ذلك نتيجة خطأ غير مقصود من القابل ، ولذلك نجد أن معظم الشركات التجارية تزود صفحات الويب ببرنامج معلوماتي يعبر عن الرغبة الجادة في إبرام التعاقد كأن يشترط الضغط مرتين على زر الموافقة الموجود في لوحة المفاتيح ، أو بث رسالة إلكترونية تفيد القبول و الرغبة في إتمام التعاقد .

ويمكن أن يعبر عن الإرادة أيضا بإستخدام بعض الإشارات و الرموز التي أصبحت متعارفا عليها بين مستخدمي شبكة الأنترنت ، فهناك مثلا إشارة وجه مبتسم تدل على الموافقة ووجه غاضب تدل على الرفض . ويرى البعض أن هذه الإشارات لا تخرج عن معناها التقليدي سوى أن الإشارة الجديدة هي إشارة صادرة عن جهاز كمبيوتر ولكنها تعبر عن إرادة الموجب إليه وليس عن إرادة الكمبيوتر (3) .

---

(1) محمد فواز محمد المطالقة ، الوجيز في عقود التجارة الإلكترونية ، دار الثقافة للنشر و التوزيع ، 2008 ، ص 61 .

(2) خالد ممدوح إبراهيم ، إبرام العقد الإلكتروني ، دار الفكر الجامعي ، 2006، ص 131 .

(3) .نفس المرجع السابق ، ص 132 .

3) التعبير عن الإيجاب عن طريق المحادثة :

يستطيع مستخدم الأنترنت عبر برنامج المحادثة التحدث مع شخص آخر في وقت واحد عن طريق الكتابة بالطبع ، ويشترط لتشغيل نظام المحادثة أن يكون الطرفان متصلين بأحد أجهزة خدمة المحادثة ، ويقوم هذا البرنامج بتقسييم الصفحة الرئيسية إلى جزئين حيث يقوم أحد الأطراف بكتابة أفكاره على شاشة جهازه الشخصي في الجزء الأول ويبين في الوقت نفسه ما يكتبه الطرف الآخر على الجزء الثاني من صفحة البرنامج ، وتوفر هذه الوسيلة التعاصر الزمني لتبادل الأفكار بين الطرفين ، كما تعتبر وسيلة فعالة لعقد المؤتمرات بين عدة أشخاص في دول مختلفة وفي نفس الوقت.

وقد نجد في بعض الأحيان إضافة كاميرا رقمية تسمح بأن يشاهد كل متعاقد الطرف الآخر ، فيصبح التعاقد هنا عن طريق المحادثة والمشاهدة معا . ونلاحظ هنا أن التعبير عن الإرادة يمكن أن يكون باللفظ أو الكتابة أو بالإشارة ، حيث يرى ويسمع المتعاقدان كل منهما الآخر .

4) التعبير عن الإيجاب عبرالتنزيل عن بعد :

يقصد بمصطلح التنزيل عن بعد نقل أو استقبال أو تنزيل أحد الرسائل أو البرامج أو البيانات عبر الأنترنت إلى الكمبيوتر الخاص بالعميل كتصميم هندسي أو موسيقى ، وهو ما يسمى في التجارة الإلكترونية بالتسليم المعنوي ، حيث يمكن إبرام العقد وتنفيذه على الخط دون حاجة إلى اللجوء إلى العالم الخارجي ، وهو عكس مصطلح التحميل عن بعد وهي عملية إرسال ملف أو برنامج إلى جهاز كمبيوتر آخر (1) .

والتعبير الإلكتروني عن الإيجاب بواسطة التنزيل عن بعد قد يعبر عنه بلتخاذ موقف لا تدع ظروف الحال شكا في دلالته على حقيقة المقصود ، مثال ذلك أن يعرض الموجب على الموجب إليه بيع نسخة من فيلم سينمائي ، أو قطعة موسيقية ، فيقوم الموجب إليه بتسجيل رقم بطاقته الإئتمانية الخاصة به في الخانة المخصصة لذلك على الشاشة ، فيتم خصم قيمة المبيع من رصيده فورا عن طريق التحويل الإلكتروني للأموال ، ويقوم الموجب بنقل المبيع إلى جهاز الكمبيوتر الخاص بالموجب إليه عبر الأنترنت .

---

(1) خالد ممدوح إبراهيم ، إبرام العقد الإلكتروني ، دار الفكر الجامعي ، 2006 ، ص 132 ، 133 .

مما سبق توصلنا إلى أن توجيه الإيجاب عبركافة الطرق المذكورة آنفا سواء كانت مرئية أم غير مرئية يؤدي للخلط ما بين الإيجاب و الدعوة للتعاقد أو طلب الإيجاب ، فاستخدام الوسائل السابقة في إبرام العقود يجب أن تحتوي على كافة عناصر العقد من خلال عرضها أو إدراجها مع الرسائل المرسلة للتعاقد ، مثل تحديد السعر ، وآلية التسليم ، ومواصفات السلعة ...إلخ من العناصر الأساسية للعقد ، ليكون الموجب له على علم ودراية بمحتويات الإيجاب ولديه حرية القبول أو الرفض ، وفي حالة إحداث أي تغيير على الشروط الملحقة مع الإيجاب يعد رفضا له ويتطلب إيجابا جديدا .

أما إذا كانت الرسالة المرسلة غير متضمنة لكافة عناصر العقد الأساسية و البيانات اللازمة لتحديد المبيع تحديدا وافيا ، فتبقى حرية الموجب له بالقبول أو الرفض ، أو محاولة الدخول في المفاوضات مع الموجب أو مرسل البيانات ، وبالتالي هذا التصرف لا يعد إيجابا ، إنما يمكن إعتباره حثا على التعاقد ، لأن الرسالة لم تتضمن كافة الشروط الأساسية لإبرام العقد والتي هي أساس التعاقد والركيزة الأساسية التي سيبنى عليها العقد والآثار التي تترتب عليه ، كذلك الحال بالنسبة لورود شك في مدى صدق وجدية الرسالة والبيانات المرسلة .

من المسلم به أن العقد يبرم بتلاقي الإيجاب و القبول ، مما يترتب على هذا التصرف آثار قانونية كأي تصرف آخر، من حقوق وإلتزامات ومن يخالف ذلك يقع تحت المساءلة القانونية ، لإخلاله في العلاقة العقدية ، يبتعد أغلب المعلنين عن الإيجاب ، ويحاولون الإلتفاف على الجزم فيه بالتحول إلى دعوة الطرف الآخر للتفاوض ، خوفا من حصول تقصير في المستقبل من جانبهم ومساءلتهم قانونا عن هذا التقصير ، ويتم هذا الإلتفاف من خلال ذكرهم لبعض العبارات أثناء الإعلان أو إرسال الإيجاب مثل عبارة " العرض لفترة محدودة " ، دون إلتزام إذا لم يتم القبول أو إرسال رسالة تأكيد بعد القبول تؤكد إتمام العقد ...إلخ من العبارات التي تفيد تحول الإيجاب إلى دعوة للتعاقد (1) .

فالتصرف السابق يحول المعلن إلى قابل والمستهلك إلى موجب ، لأن المستهلك يقوم بالسؤال عن السلعة ويرسل الإيجاب لمالك السلعة يعلمه برغبته بالحصول على هذه السلعة ليقوم المالك بإرسال كافة أساسيات العقد للإطلاع عليها ليتم التعاقد ، ويكون المعلن في الموقف الأقوى كونه يجيب على التساؤلات المطروحة ويتم التعاقد بناء على إجابته عليها .

---

(1) محمد فواز محمد المطالقة ، الوجيز في عقود التجارة الإلكترونية ، دار الثقافة للنشر و التوزيع ، 2008 ، ص 62 .

الفرع الثالث : خصائص الإيجاب على الخط :

أولى هذه الخصائص هي انفتاح الحدود و العالمية ، فااستخدام الإيجاب الإلكتروني لا يعرف حدودا ويزيل أي عائق جغرافي قد يحول دون إتمام هذه التصرفات .

ومن بين هذه الخصائص أيضا هو أنه يجب أن يكون دقيقا وكاملا ، حيث أن الفقه في هذا الصدد أقر ذلك بقوله " الإيجاب يجب أن يكون دقيقا وكاملا ، بمعنى أن يكون مستوفيا لكافة العناصر الأساسية للعقد المراد إبرامه ، فيكون موجه بطريقة محكمة لا غموض فيها ، بحيث يكون قبول الموجب له كاف لتكوين العقد " (1) .

قد يكون الإيجاب مقتصرا على منطقة جغرافية محددة بالرغم من توفر صفة العالمية للشبكة ، إلا أن نطاق الإيجاب وفعاليته له عدد غير محدد من الصور ، ذلك لأن الإيجاب مقتصر على المنطقة التي حددها الموجب لتوافر إمكانية الترويج بأكبرقدر ممكن في هذه المنطقة ولتوافق المنتج مع هذه المنطقة مقارنة مع مناطق أخرى ، لتناسبها مع العادات و التقاليد والأعراف الخاصة بهذه المنطقة ، وأجازت الغرفة التجارية بباريس و المؤسسة الفرنسية للتجارة والتبادل الإلكتروني مثل هذا النوع من الإيجاب المحدد مكانيا لتوافر درجة عالية من الخصوصية في السلع المعروضة لهذه المنطقة (2).

من المميزات الأساسية للإيجاب الإلكتروني أنه يتم بواسطة وسيط - مقدم خدمة الأنترنت – حيث يقوم بعرض الإيجاب من خلاله ، بالتالي فإن الإيجاب لا يكون فعالا بمجرد صدوره من الموجب ، وإنما من الوقت الذي يتم إطلاق الإيجاب من خلال الأنترنت ، إذ يتحقق الوجود المادي للإيجاب من هذه الفترة و يترتب على هذا التصرف كافة الآثار القانونية المترتبة على الإيجاب .

---

(1) - Florence MAS , LA CONCLUSION DES CONTRATS DU COMMERCE ELECTRONIQUE , Monpellier 1 , 2005 , P. 79 .

(2) محمد فواز محمد المطالقة ، الوجيز في عقود التجارة الإلكترونية ، دار الثقافة للنشر و التوزيع ، 2008 ، ص 63 .

أما إذا تم سحب الإيجاب من شبكة الأنترنت فهذا التصرف يعد إنهاءا له واعتباره كأن لم يكن بالرغم من إبقاء الإيجاب لدى الموجب لأن الوسيط لم يتيح للمتعاقدين إمكانية الإطلاع عليه وبالتالي لا يمكن تصور الدخول لمكنون النفس البشرية والعلم بما يدور بها من أفكار ، فشبكة الأنترنت هي وسيلة من وسائل التعبير عن الإرادة في التعاقد الإلكتروني من خلال رسائل البيانات التي يتم تبادلها بين طرفي العلاقة العقدية .

وفي بعض الحالات يختفي الإيجاب لأسباب ناتجة عن خلل فني في الشبكة أو جهاز الحاسب المستخدم ، فهذه الأسباب لا علاقة للموجب بها ولا تحول دون بقاء الإيجاب قائما ، لأن الحدث ليس إنهاء للإيجاب وإنما هو خلل في وسائل معالجة البيانات الذي يتم من خلاله إرسال الإيجاب .

الفرع الرابع : خصوصية القبول على الخط :

القبول هو تعبير من وجه إليه الإيجاب لإبرام تعاقد بناء على البيانات التي تم إرسالها من خلال الإيجاب بالموافقة على محتوياتها دون إحداث تعديل في الإيجاب أي أن يكون مطابقا تطابقا تاما للإيجاب ، فلا يشترط القبول أن يكون على شكل محدد فيصح أن يكون كتابة أو شفاها أو من خلال أي تصرف أو وسيلة تؤدي إلى تطابقهما وإتمام التعاقد ، وكذلك الحال بالنسبة للقبول الإلكتروني ، فإنه ينتج آثاره إذا تطابق مع الإيجاب دون إعطاء أهمية للوسائل المستخدمة في التعبير ، سواء أكانت من خلال التوقيع الإلكتروني أو النقر على المكان المخصص للقبول أو أية وسيلة أخرى يتم استخدامها في التعبير عن الإرادة .

فالمبدأ هو أن القبول يجب أن يكون واضح وصافي وبسيط في نفس الوقت من جهة ، ومن جهة أخرى فالخصوصية في هذا الصدد تتمثل في كون أن إبداء القبول يكون على دعامة إلكترونية والتي تمثل فعلا معاملة وبادرة جديدة من نوعها (1) .

فالقبول في العقود الإلكترونية يتبلور من خلال عدة صور ، كما يشمل على أمور لا بد من توافرها لينتج القبول فائدته المرجوة ، وسنحاول دراسة القبول في العقد الإلكتروني بمعالجة مضمونه وكيفية تحققه .

1) مضمون القبول :

أكد القانون المدني الجزائري في مادته 59 على وجوب تطابق القبول مع كل ماجاء في الإيجاب ، حيث نص على أنه : " يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتين دون الإخلال بالنصوص القانونية " ، ويفهم من ذلك أن أساس إبرام التعاقد هو توافر الرضا في كافة عناصر العقد ، أما إذا تم إحداث تعديل في القبول ، فإن هذا التعديل يرتب بطلانا للقبول لأن التعديل الذي تم يتطلب إيجابا جديدا يتلائم و التعديلات بحيث تتم المطابقة بين الإيجاب و القبول .

فالتطابق بين القبول والإيجاب يجب أن يكون تطابقا تاما على كافة المسائل التي تناولها الإيجاب ، سواء أكانت عناصر أساسية أو ثانوية ، فأي موضوع يتم التطرق له في الإيجاب يجب ذكره في القبول دون النظر لأهميته ، فإذا تم رفض أية جزئية من الإيجاب ، سواء أكانت من العناصر الأساسية أم الثانوية ، فإنه يعد رفضا للإيجاب بشكل تام ويتطلب إعادة إرسال إيجاب جديد ليتم قبوله، أما في حال عدم اشتمال الإيجاب على المسائل الثانوية ، فيكتفى بذكر المسائل الجوهرية لتلاقي إرادة طرفي العلاقة وانعقاد العقد .

2) طرق القبول :

إذا بقي المعنى التي اتجهت إليه الإرادة في القول مستتر و كامنا في النفس فلا يكون له أثر ، أي أن اتجاه الإرادة في هذه الحالة لا يرتب أثرا قانونيا مادام كامنا في النفس البشرية ، والذي يحركه ويخرجه من النطاق الداخلي ، هو تعبير القابل عن اتجاه إرادته في إحداث أثر قانوني ، فالقول يتم التعبير عنه من ظاهرة فردية خاصة لا تنتج أي أثر قانوني إلى ظاهرة إجتماعية ترتب آثار قانونية على طرفيها ، لقد عالج القانون المدني الجزائري في مادته 60 على أن طرق التعبير عن الإرادة تكون باللفظ و بالكتابة أو بالإشارة المتداولة عرفا كما يكون باتخاذ موقف لا يدع أي شك في دلالته على مقصود صاحبه ...إلخ ، وهذه كلها على سبيل المثال وليس الحصر ، ليتم احتواء مايستجد في المستقبل كما حدث في هذا الوقت فالعقد الإلكتروني من الأمور التي استجدت وإبرامه يتطلب القبول بطريقة إلكترونية ، فالنص السابق ينطبق على القبول الإلكتروني انطباقا تاما - بالرغم من عدم وجود قانون خاص في الجزائر ينظم هذا النوع من العقود – لأن التشريع المدني نص على سبيل المثال لا الحصر كما أن الكتابة ، الإشارة ، كل هذه الطرق يتم إستخدامها في القبول من خلال العقود الإلكترونية .

تقوم بعض الشركات التجارية أحيانا بالإعلان عبر موقعها بتوافر برامج لديها وعلى من يجد في نفسه الرغبة بالإشتراك بها الإتصال معها من خلال الموقع المعلن عليه ، ولكن يقوم البعض بتحميل محل التعاقد بشكل مباشر على جهازه الخاص ، مما يعد هذا التصرف قبولا للإيجاب من خلال التصرف الذي تم ، لأن امتلاك محل التعاقد يعني إتمام التعاقد وقبوله من خلال التصرف الذي تم ،

كما أن القيام بدفع الثمن أو تحويله إلى الموجب فإن هذا التصرف يعد تنفيذا إختياريا ويعتبر قبولا ضمنيا وما على الموجب إلا القيام بتنفيذ العقد الذي أبرم .

فالقبول الإلكتروني يتم عن طريق استخدام أجهزة الحاسب المربوطة بشبكة الأنترنت ، فهذه الأجهزة يتم من خلالها التعبيرعن إرادة القابل ولا دور لها في الإرادة ، لأنها أداة اتصال فحسب ولا تؤثر على إرادة طرفي العقد كما يمكن تبديل عدة أجهزة يتم من خلالها التعبيرعن إرادة طرفي العلاقة أما الإرادة فهي ناتجة عن الذي صدرت منه بالذات ولا يمكن قبولها من غيره ، لأنها خاصة به وتعبر عن شخصه .

كما يتم التعبير عن القبول من خلال الضغط على الأيقونة المتوافرة على شاشة العرض ، التي يكون مذكور عندها أنه إذا أردت التعاقد فما عليك إلا أن تنقر هنا ليتم بعد ذلك نقل هذا الشخص إلى الموقع الخاص بالموجب وإتمام التعاقد من خلال المراحل التي تتم ، مثل القيام بذكر بعض الشروط الأساسية التي يتوجب الإطلاع عليها قبل التعاقد والتي تبين آلية إبرام العقد من تحديد المبيع إلى الثمن إلى بيان آلية التسليم وغيرها من الأساسيات في إبرام العقد (1) .

للبعد عن الإحتمال الخاطئ في التعاقد مثل القيام بالضغط سهوا أو خطأ على أيقونة القبول ، فنجد أن أغلب المواقع وضعت عددا من الإجراءات تسبق وصول القبول للموجب للتأكد من صحة البيانات المرسلة من خلال القيام بالضغط عدة مرات على كل مرحلة ويتم في هذه المرحلة إدراج نص مفاده أوافق على الشروط أعلاه ومن ثم ينتقل إلى المرحلة التي تليها للوصول إلى إدراج البيانات الشخصية عن القابل كالإسم والعنوان ورقم بطاقة الإئتمان أو بيان وسيلة الوفاء بالبدل المالي ، فهذه الإجراءات هي وسائل لحماية المتعاقدين وهي تعبر في نفس الوقت عن مدى مصداقية طرفي العلاقة العقدية ، فمثلا لا ترتب النقرة الأولى أي أثر قانوني ، بمعنى أنها لا تعد قبولا من قبل المستهلك ، ولا يمكن إعتبارها تعبير عن إرادته و بالتالي لا تؤدي إلى انعقاد العقد ، وإنما هي مجرد مرحلة وقائية(2).

يتبين من بعض التشريعات أن النقر على الأيقونة الثانية تعد تعبيرا عن إرادة المستهلك في قبول العقد ، حيث ينتج آثاره القانونية المتمثلة في قيام العقد بين الطرفين إبتداءا من هذه اللحظة ، عندئذ يكون كل من طرف بائعا أو مستهلكا ملزما بتنفيذ الآثار المترتبة عن عقد البيع الإلكتروني(3) .

---

(1) محمد فواز محمد المطالقة ، الوجيز في عقود التجارة الإلكترونية ، دار الثقافة للنشر و التوزيع ، 2008 ، ص 68 .

(2) – حوحو يمينة ، عقد البيع الإلكتروني (دراسة مقارنة)، دكتوراه علوم ، الجزائر ، 2012/2011 ، ص92.

(3) – نفس المرجع السابق ، ص95.

فالطرق السابقة ماهي إلا جزء من الوسائل المستخدمة في التعبير عن القبول ، كما أن هذه الوسائل في تطور مستمر بحسب المستجدات التي تطرأ على استخدام الإلكترونيات ، فالغاية المرجوة من هذه الوسائل هي الإفصاح عن القبول بشكل تام وواف ولا يعتريه أي نقص أو غموض ، ولم تحدد لا التشريعات المتعلقة بالمعاملات الإلكترونية ولا القانون المدني وسائل التعبير و إنما أبقاها ذات قالب حر لتحتوي ما يستجد في المستقبل من تطورات على هذه الوسائل ، فالغاية الأساسية للتشريع من هذه الطرق هي إبرام العقد من خلال إمكانية التعبير عن الإرادة عبر هذه الوسائل .

المبحث الثاني : زمان ومكان إنعقاده .

الحقيقة التي لا شك فيها أن عقود التجارة الإلكترونية عقود تتم عن بعد ، فالتفاوض بشأن هذه العقود و تكوينها وتنفيذها يتم بين أطراف لا يجمعهم مجلس عقد واحد ، بيد أن هذه العقود تتميز عن غيرها من العقود التي تتم عن بعد .

وقد جرى الفقه على التمييز بين الإتصالات المتبادلة عن بعد ، واستقر على أن عقود التجارة الإلكترونية تنتمي إلى فئة عقود التفاوض عن بعد أو العقود التي تبرم عن بعد .

ويقصد بالعقود التي تتم عن بعد ، كل عقد يتعلق بتقديم منتوج أو خدمة يتم بمبادرة من المورد دون حضور مادي متزامن للمورد و المستهلك ، باستخدام تقنية الإتصال عن بعد بغية نقل عرض المورد و طلب الشراء من المستهلك (1) .

---

(1) صالح المنزلاوي ، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية ، دار الجامعة الجديدة ، 2006 ، ص 21 .

المطلب الأول : زمان الإنعقاد .

من المعلوم أن مسألة تحديد زمان ومكان إنعقاد العقد تحكمها نظريات فقهية مختلفة منها من تعتمد على تواجد الإيجاب و القبول ، ومنها من تعتمد على تبادلهما ، لكن مايلاحظ أنه تباينت مواقف التشريع المقارن ، كما تبني عدة نظريات في هذا الشأن .

الفرع الأول : نظرية الإستلام المؤكد .

تبنى كل من المشرع الفرنسي و الأردني نظرية الإستلام المؤكد في التعاقد الإلكتروني ، ومفادها أن العقد ينعقد في الزمان و المكان الذي يستلم فيه الموجب القبول ، بوسيلة تشير إلى تأكيد استلامه القبول ، حيث يصبح القبول نهائيا لا يمكن للقابل الرجوع فيه ، وتعد هذه النظرية حديثة تختلف عن نظرية الإستلام العادية التي يعاب عليها أن وصول القبول لا يعبر دوما على علم الموجب(1) .

الفرع الثاني : نظرية العلم بالقبول .

خلافا لنظرية الإستلام المؤكد فإن المشرع التونسي قد تبنى نظرية العلم بالقبول في التعاقد الإلكتروني و المتبناة من قبل المشرع الجزائري في نص المادة 67 من القانون المدني ، ومفادها أن العقد ينعقد في الزمان و المكان اللذين يعلم فيهما الموجب بالقبول (2) .

الفرع الثالث : نظرية تصدير القبول .

لقد أخضع المشرع الفرنسي التعاقد عبر الرسائل الإلكترونية إلى نظرية تصدير القبول المتبناة عموما من قبل القضاء الفرنسي ، هذا يعني أن عقد البيع الإلكتروني يكون منعقدا بمجرد تصدير المستهلك لرسالته الإلكترونية التي تشمل قبوله ، مهما كان نوع نظام معالجة البيانات ، عندئذ ينعقد العقد من حيث الزمان بمجرد إرسال الرسالة الإلكترونية عبر البريد الإلكتروني (3) .

الفرع الرابع : حالة الإتـفاق .

من الثابت أن تبني أحد الحلول المعروفة لتحديد زمان الإنعقاد ومكانه هو من النظام الخاص ، فيجوز للأطراف المتعاقدة الإتفاق على ترجيح نظرية على أخرى ، وفيما يتعلق بالتعقاد الإلكتروني نجد أن المشرع التونسي قد نص صراحة على هذا المبدأ في الفصل 28 من قانون التجارة الإلكترونية (4) .

---

(1) – حوحو يمينة ، عقد البيع الإلكتروني (دراسة مقارنة)، دكتوراه علوم ، الجزائر ، 2012/2011 ، ص109.
(2) – نفس المرجع السابق ، ص115.
(3) – نفس المرجع السابق ، ص116.
(4) – نفس المرجع السابق ، ص118.

المطلب الثاني : مكان الإنعقاد .

إن أول ما يلفت النظر في التعاريف السابقة هو ربط مفهوم التعاقد عن بعد بمرحلة تكوين العقد دون الإكتراث بإجراءات تنفيذه ، بمعنى أن هذا التعاقد يفترض وجود مسافة جغرافية بين الأطراف وقت التفاوض حول بنود العقد وعند إبرامه ، وهذا يعني إدراج هذه العقود في مصاف العقود بين غائبين ، يكشف لنا التعريف السابق كذلك على أن التوسط واستخدام إحدى وسائل تقنية الإتصال عن بعد تعد من سمات التعاقد عن بعد (1) .

ويترتب على ذلك أن كل عقد يتم دون الحضور المادي للمتعاقدين يدخل في إطار العقود التي تتم عن بعد ، وهو ماينطبق على البيوع التقليدية التي تتم عن طريق المراسلة وكذلك العقود التي تتم على شبكة الأنترنت .

وقد أكد القانون الجزائري نفس النتيجة في التقنين المدني الحالي في ظل عدم وجود نصوص خاصة ، حيث نص في مادته 67 على أنه " يعتبر التعاقد ما بين الغائبين قد تم في المكان و في الزمان اللذين يعلم فيهما الموجب بالقبول ، ما لم يوجد اتفاق أو نص قانوني يقضي بغير ذلك .

ويفترض أن الموجب قد علم بالقبول في المكان ، وفي الزمان اللذين وصل إليه فيهما القبول " .

ولعل تلك السمة هي التي استوجبت إقرار قواعد خاصة من طرف عدة دول لهذا النوع من المعاملات بغية توفير الحماية للمستهلك ، لا سيما في ظل غياب الحضور المادي للأطراف ، والذي لا يسمح لهم بالتحقق من بعض المسائل القانونية ، كأهلية الطرف الآخر ، وصفته في التعاقد ، وسلامة المنتوج و المستندات من العيوب ، وتطابق الإرادات ، وتعاصر التوقيعات ، فضلا عن الغموض الذي قد يحيط بالتنفيذ ومسألة الإثبات .

---

(1) صالح المنزلاوي ، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية ، دار الجامعة الجديدة ، 2006 ، ص 22 .

الفصل الثاني : خصوصية العقد الإلكتروني من حيث التنفيذ .

تعني قوانين الدول بحماية المستهلك بوصفه الطرف الضعيف في معاملات التجارة الإلكترونية ، وتشكل حماية المستهلك أهمية شديدة وقصوى في هذه الدول ليس فقط الحكومات والهيئات التابعة لها ، وإنما للجمعيات ومنظمات المجتمع المدني (1) .

إن أساس حماية المستهلك في العقود كافة و العقد الإلكتروني بصفة خاصة يكمن في حالة الضعف المسيطرة عليه واختلال التوازن بينه وبين المهني أو المحترف الذي يقدم السلعة أو الخدمة ، باعتبار هذا الأخير هو الطرف الأقوى إقتصاديا ، وهو الذي يفرض شروطه على المستهلك ، أضف إلى ذلك أن المستهلك في التعاقد الإلكتروني لا توجد السلعة أمام عينيه ولا يلمسها بيديه بل يشاهدها فقط عبر شاشة الكمبيوتر .

إن التعاقد عبر الشبكات الإلكترونية يثير العديد من الموضوعات المتعلقة بحماية المستهلك ، وبصفة خاصة إذا كان يتعاقد مع طرف آخر في بلد أخرى ، فالتعاقد الإلكتروني هو مجال تتعدد فيه وسائل الغش و الخداع ولذلك يجب حماية المستهلك في نطاق هذا التعاقد .

وتشير الدراسات إلى أن حجم المعاملات و الصفقات الإلكترونية في تزايد مستمر ، وذلك نتيجة توفيق الأوضاع القانونية وصدور عدة تشريعات خاصة في معظم دول العالم ، وهو ما أدى إلى إغراء وجذب المستهلك لفتح الطريق أمامه إلى عالم التجارة الإلكترونية (2) .

ولقد أصبح المستهلك في ظل – الإقتصاد الحر الرقمي وآليات السوق – عرضة للتلاعب بمصالحه ، ومحاولة لغشه وخداعه ، إذ أن المنتج قد يدفعه سعيه في ضوء ميكنة الإنتاج المتزايدة إلى تصريف منتجاته وتوزيعها إلى التغاضي عن المصالح المتعلقة بالمستهلك ، فلا يهتم كثيرا بتوافر متطلبات الأمن و السلامة في تلك المنتجات ، بل قد يسعى بوسائل غير أخلاقية إلى تضليل المستهلك وخداعه عن طريق إيهامه بمزايا غير حقيقية في تلك السلع وصرف نظره عن عيوبها ، ولذلك فمن الضروري البحث عن الوسائل اللازمة لحماية المستهلك في هذا الإطار (3) .

---

(1) عصام عبد الفتاح مطر ، التجارة الإلكترونية في التشريعات العربية و الأجنبية ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، 2009 ، ص 275 .

(2) خالد ممدوح إبراهيم ، إبرام العقد الإلكتروني ، دار الفكر الجامعي ، 2006 ، ص 329 .

(3) . عبد الفتاح بيومي حجازي ، التجارة الإلكترونية وحمايتها القانونية ، دار الكتب القانونية ، 2007 ، ص 137 .

المبحث الأول : تقرير الحماية القانونية للمستهلك عبر الشبكة .

إن حماية المستهلك في العقد التجاري الإلكتروني تشمل عدة مراحل منها ما يكون عند التفاوض ، ومنها مايكون عند تنفيذ العقد ، وهي محل دراستنا في هذا المجال .

ونظرا لطبيعة العقد الإلكتروني وكونه في الغالب من عقود الإستهلاك ، فيجب أن يوضح التاجر أوالمحترف أو مورد المنتجات البيانات الأساسية والتي تتمثل ، مثلا في عقد البيع ، بيان السلعة المعروضة للبيع تحديدا وثمنا بحيث توضح بنود العقد كل المسائل الجوهرية للتعاقد حتى لا يكون العقد مجهولا ، وهو ما يدفعنا إلى التعرض إلى موضوع غاية في الأهمية ، وهي ضمانات المستهلك عبر الشبكة .

المطلب الأول : حق الرجوع كضمان خاص للمستهلك .

إن إقرار حق الرجوع عن العقد للمستهلك يعد بمثابة الخصوصية التي تميز العقد الإلكتروني ، وقد أوجبتها الضرورة في المعاملات الإلكترونية التي تتم عن بعد ، في فضاء لامادي ، حيث تتحقق معرفته للعقد عبر بيانات رقمية من خلال شاشة الكمبيوتر لا غير ، عندئذ يكون عرضة لأخطار الغش في المنتوج الذي غير مطابق للحقيقة ، لهذا كان لازما حمايته بواسطة هذا الحق .

لقد أقر المشرع الفرنسي حق الرجوع عن عقد البيع الإلكتروني لصالح المستهلك في نص المادة 20-121 من قانون حماية المستهلك المعدلة بقانون رقم 2005-841 المؤرخ في 2005/07/26 حيث جاء فيها أن للمستهلك أجل 7 أيام كاملة لممارسة حق الرجوع عن العقد دون أي سبب ودون دفع أي مبالغ بإستثناء مصاريف الإرجاع ، كما نص الفصل 30 من قانون التجارة الإلكترونية التونسي أنه يمكن للمستهلك العدول عن الشراء في أجل 10 أيام ويتضح من هذين النصين مايلي :

- يكون حق الرجوع في العقد الصحيح و المنتج لجميع آثاره
- ينفرد المستهلك بحق الرجوع الذي يعد حقا خاصا به
- يخضع حق الرجوع للسلطة التقديرية الواسعة للمستهلك
- يمكن للمستهلك التمسك بحق الرجوع حتى ولو نفذ العقد
- يتم توقيع حق الرجوع من قبل المستهلك ، ولا يحتاج إلى رفع دعوى قضائية
- تتحدد ممارسة حق الرجوع في أجل معين تسري عليه مهلة السقوط
- يزول حق الرجوع بأثر رجعي (1)

---

(1) – حوحو يمينة ، عقد البيع الإلكتروني (دراسة مقارنة)، دكتوراه علوم ، الجزائر ، 2012/2011 ، ص155

الفرع الأول : ضمانات المستهلك في مرحلة تنفيذ العقد الإلكتروني :

يتم توفير الحماية للمستهلك عن طريق القانون الجنائي أو التجاري أو القانون المدني ، فالقانون الجنائي يسعى إلى حماية المستهلك عن طريق قمع الغش و الإحتكار و التهريب ، ووضع عقوبات جنائية عند مخالفة التعليمات ، وأما القانون التجاري فيبين للمنتج المقاييس و المواصفات الواجب الإلتزام بها لضمان سلامة وصحة المستهلك وعدم اللجوء إلى وسائل غير أخلاقية ودعاية مضللة بهدف إغراء المستهلك على التعاقد .

أما قواعد القانون المدني ، وهي محل دراستنا وموضوع بحثنا ، فهي تسعى إلى توفير كافة الضمانات القانونية والإجرائية عن طريق حماية المستهلك من السلع الغير مطابقة للمواصفات

وأن تكون السلع و الخدمات خالية من العيوب الخفية ، بالإضافة إلى إعلام المستهلك وتبصيره على وجه يمنعه من الوقوع في الخطأ عند إبرامه للعقد الإلكتروني ، ويتم ذلك عن طريق إلزام المهنيين و المنتجين بإعلام المستهلكين الذين يرغبون في التعاقد بكل ظروف العملية وما تتضمنه من إلتزامات وإرشادهم بطبيعة السلع ومواصفاتها وأسعارها وطريقة الوفاء بالثمن و التسليم و الصيانة وخدمة ما بعد البيع .

الفرع الثاني : المفهوم العام لحماية المستهلك عبر شبكة الأنترنت :

أدى التقدم والتطور الهائل في مجال المعلوماتية و الرقمية والإتصالات الإلكترونية وسهولة الإبحار في صفحات الويب (web) من خلال شبكة الأنترنت إلى تزايد الضغوط على المستهلك لمحاولة جذبه وإغرائه بالدخول إلى عالم التجارة الرقمية وإقناعه بالتعاقد من خلال شبكة المعلومات الدولية ، ولما كان المستهلكون هم السواد الأعظم في المجتمع فإن الحاجة للحماية ، وبصفة خاصة في مجال إبرام التعاقد الإلكتروني ، تشكل ضرورة ملحة وأهمية بالغة .

الفرع الثالث : أهمية توفير الحماية للمستهلك عبر الشبكة :

تكمن أهمية توفير الحماية للمستهلك في أنه الطرف الضعيف في التعاقد بينما المهنيون والمحترفون في مركز القوة ، وأيضا لأنه في المعاملات الإلكترونية يكون التعاقد عن بعد ولا يكون المنتوج بين يدي المستهلك ، وليست حماية المستهلك كغاية تبرر كل وسيلة قانونية تصبوا إلى تحقيق هذه الغاية فليس الأمر صراعا بين الطرفين بقدر ماهو ضبط للتوازن العقدي بينهما .

1) مفهوم المستهلك في التجارة الإلكترونية :(Définition du cyberconsommateur) :

2) صعوبة تحديد مفهوم المستهلك :

يتوقف تحديد نطاق حماية المستهلك في التجارة عبر الأنترنت على تعريف مفهوم أو معنى المستهلك، ولا يوجد حتى الآن تعريف تشريعي أو فقهي محدد له ، مما أدى إلى تعارض أحكام القضاء وتضاربها عند إسباغ الحماية على هذا المستهلك .

من المفارقات الغير منطقية أن يبدأ التطور رويدا رويدا نحو فكرة حماية المستهلك في حد ذاتها دونما تطور مماثل لتحديد من نحمي ، ولذلك يتعين في البداية توضيح أن المفهوم القانوني القانوني للمستهلك في نطاق التجارة الإلكترونية هو متلقي المنتج أو الخدمة في نطاق هذه التجارة .

و المستهلك في مجال معاملات التجارة الإلكترونية هو نفسه المستهلك في مجال عمليات التعاقد التقليدية ولكنه فقط يتعامل عبر وسيلة إلكترونية ومن خلال شبكة اتصالات عالمية ، وهذا يعني أن للمستهلك الإلكتروني نفس حقوق المستهلك العادي وتمتع بنفس الحماية القانونية التي يقررها له القانون ، ويجب الأخذ بعين الإعتبار القواعد الخاصة المتعلقة بخصوصية العقد التجاري الإلكتروني كونه من العقود التي تبرم عن بعد عبر شبكة الأنترنت .

الفرع الرابع: حماية المستهلك في القانون المقارن :

إن حماية المستهلك ليست بالفكرة الحديثة على التشريعات الوضعية ، بل هناك كثير من التشريعات المختلفة التي اهتمت بتوعية المستهلك وتنوير إرادته قبل أن يقدم على إبرام العقود كما أنشأت أيضا جمعيات تهدف إلى حمايته ، وهي جمعيات مدنية لا تهدف إلى تحقيق الربح ، وتتبع في دفاعها عن المستهلكين عدة طرق ، ومن أهمها التوعية والدعاية المضادة(contre – publicité) و الإمتناع عن الشراء(Grève des achats) و الإمتناع عن الدفع (Grève des paiement) (1) .

ومن الدول من بادر بإصدار قانون خاص بالمعاملات التجارية الإلكترونية وضمنه نصوصا خاصة بحماية المستهلك ، ومنها على سبيل المثال القانون الفرنسي وقانون لكسمبورغ والقانون التونسي ومن الأمثلة التي تحمل طابعا قاريا تكتليا هو التوجيه الأوروبي رقم 97 /07 الصادر في ماي 1997.

1) التوجيه الأوروبي :

يعد التوجيه الأوروبي رقم 97 /07 الصادر في ماي 1997 أهم توجيه على المستوى الأوروبي ، إذ أنه ينظم قواعد لحماية المستهلكين في العقود عن بعد .

---

(1) خالد ممدوح إبراهيم ، إبرام العقد الإلكتروني ، دار الفكر الجامعي ، 2006 ، ص 336 .

ويهدف إلى تقريب النصوص التشريعية و اللائحية و الإدارية للدول الأعضاء ، وإلزام هذه الدول بتبني هذا التوجيه لضمان مستوى أعلى لحماية المستهلك (المادة 14) ، كما أخذ التوجيه في الإعتبار زيادة حرية حركة البضائع أو السلع و الخدمات في إطار سوق مشترك للعقود عن بعد(1) .

2) قانون الإستهلاك الفرنسي :

تم صدور قانون الإستهلاك الفرنسي الجديد رقم 93/949 وتضمن نصوصا تتعلق بإعلام المستهلك وحمايته وتنظيم جمعيات المستهلكين وتطابق وأمان المنتجات و الخدمات ، ولكن نتيجة انتشار وسائل الإتصال الحديثة وعلى رأسها الأنترنت قد يتساءل البعض عما إذا كان المستهلك في التجارة الإلكترونية يتمتع بنفس الحماية التي يحظى بها في التجارة التقليدية .

ولكن التشريع الفرنسي قبل إصدار هذا القانون ، وضع ترسانة هائلة من التشريعات و النظم الخاصة بحماية المستهلك ، وقد تمخض عن تلك القوانين نظام قانوني قائم بحد ذاته لا يتردد البعض عن تسميته بالنظرية القانونية لحماية المستهلك (2) .

3) قانون التجارة الإلكترونية لدوقية لوكسمبورغ وإيطاليا :

انطوى هذا القانون على نصوص لحماية المستهلك وأهمها إعلام المستهلك بالمعلومات الخاصة بالمورد وبمواصفات السلع و المنتجات و الخدمات و العملة التي يتم بمقتضاه السداد ومدة العرض و السعر وشروط القرض وحق المستهلك في العدول عن التعاقد ، كما فرض قانون التجارة الإلكترونية بإيطاليا على الموردين إحاطة المستهلكين بالمواصفات التفصيلية للبضاعة أو الخدمة بما في ذلك الضرائب الإلكترونية في الوقت المناسب قبل إبرام العقد (3) .

---

(1) نبيل محمد أحمد صبيح ، حماية المستهلك في التعاملات الإلكترونية ، مجلة الحقوق ، 2007 ، ص 168 .

(2) خالد ممدوح إبراهيم ، إبرام العقد الإلكتروني ، دار الفكر الجامعي ، 2006 ، ص 337 .

(3) نفس المرجع السابق ، ص 337 .

4) القانون التونسي للمعاملات الإلكترونية :

نص القانون الصادر عام 2000 بشأن معاملات التجارة الإلكترونية في المادة 25 منه على إلزام البائع بأن يبين للمستهلك وبطرق واضحة ومفهومة قبل إبرام التعاقد الإلكتروني ، البيانات الخاصة بهوية البائع ، وبيان نوع ووصف السلعة وطرق الدفع الإلكترونية .

5) حماية المستهلك في المعاهدات الدولية :

هناك اهتمام عالمي بحماية المستهلك وتعددت الإتفاقيات الدولية لحمايته وإن كانت لا تتعلق مباشرة بذلك ، ومن هذه الإتفاقيات ، اتفاقية بروكسل لعام 1968 بشأن تنفيذ الأحكام الأجنبية ، واتفاقية لاهاي سنة 1978 بشأن القانون الواجب التطبيق على عقود الوساطة و التمثيل التجاري ، واتفاقية فيينا بشأن البيع الدولي للبضائع لعام 1980 ،واتفاقية روما لسنة 1980 بشأن القانون الواجب التطبيق على الإلتزامات التعاقدية .

الفرع الخامس : حماية المستهلك من الإعلان الإلكتروني المضلل :

1) ماهية الإعلان الإلكتروني المضلل :

يتوجه المعلن بالإعلانات التجارية إلى المستهلك النهائي ، فإذا كانت مضللة فإنها توقعه في لبس ولذلك يجب حماية المستهلك من الإعلانات التجارية المضللة Misleading advertising أو الخادعة عن كل ما يعرضه التاجر في الفاترينة الإلكترونية ، إذ أن المستهلك قد يقع فريسة سهلة للإعلانات الخادعة ولا يكتشف ذلك إلا بعد أن يكون قد دفع ثمن المنتج أو الخدمة محل الإعلان بل و ربما استلمها أيضا .

وقد عرف توجيه المجلس الأوروبي الصادر في في 10 سبتمبر 1984 بالمادة الثانية منه الإعلان المضلل أو الخادع (Misleading adversting) بأنه : " أي إعلان ، بأي طريقة كانت ، يحتوي في طريقة تقديمه على أي تضليل ، أو قد يؤدي إلى تضليل لهؤلاء الذين يوجه ، أو يصل إليهم الإعلان " ، كما نصت المادة الثالثة من التوجيه السابق على أن الإعلان المضلل يقع عن طريق إغفال إحدى الخصائص الجوهرية للسلعة المعلن عنها (1) .

---

(1) خالد ممدوح إبراهيم ، إبرام العقد الإلكتروني ، دار الفكر الجامعي ، 2006 ، ص 342 ، 343 .

2) أركان جريمة الخداع الإعلاني :

إن مناط عدم مشروعية الإعلان المضلل هو خداع المستهلك وما يرتبه ذلك من آثار سلبية ، وجريمة الخداع الإعلاني لا تقوم إلا إذا توافر لها ركنان أساسيان : الأول الركن المادي وهو قصد المعلن خداع المتلقي من أجل حمله على التعاقد ، وتضليل المستهلك في الرسالة الإعلانية قد يكون بفعل إيجابي من المعلن ، كما يمكن أن يكون بالترك أي اتخاذ موقف سلبي يمتنع فيه عن ذكر بيان جوهري بالسلعة محل الدعاية .

وقد حرص القانون الفرنسي على تجريم الإعلانات المضللة ، لحماية المستهلك النهائي ، حيث نص في قانون الإستهلاك على منع الإعلانات المضللة و الخادعة ، وحضر كذلك أي إعلان مضلل أو أي إعلان يحتوي على عروض أو بيانات كاذبة بأي شكل أو صورة من الصور .

وحتى على المستوى الوطني بدولة الجزائر فثمة مشروع قانون يتعلق بالإعلانات قام هو الآخر بتجريم الإعلان المضلل .

كما أن الإعلان المضلل يستوجب العقاب ، ويكون الفعل المجرم قد وقع بمجرد أن يذاع الإعلان المضلل ويتم استقباله والشخص المسؤول عن هذا الفعل هو المؤلف للإعلان الذي أذيع على مسؤوليته ، كما أن الجهة المنفذة للإعلان يمكن مقاضاتها أيضا على أساس التواطؤ مع المعلن إذا ثبت ذلك ومحل الخداع في الإعلان المضلل قد يكون منتجا أوخدمة غير موجودة أصلا أو في طبيعة المنتج أو في خصائصه أو مكوناته الجوهرية .

<u>الفرع السادس</u> : حماية المستهلك من الإعلان الإلكتروني المقارن :

إن التضليل في الإعلان التجاري لم يعد قاصرا على خداع المستهلك فقط ، بل امتد لينال من قيمة السلع وخدمات المنشآت التجارية المنافسة ، وذلك عن طريق مايسمى بالإعلان المقارن ، الذي أصبح يلعب دورا كبيرا في تشويه منتجات المنافسين ، ذلك لأنه قد يستهدف التقليل من قيمة السلع و المنتجات أو خدمات المنشآت المنافسة أو إيقاع المستهلك في لبس وبالتالي يصبح أداة للمنافسة غير الشريفة ، والإعلان التجاري المقارن إما أن يكون إعلانا محطا للقيمة أو إعلانا مفضيا إلى لبس .

لقد اختلفت مواقف التشريعات بين المنع و الإجازة للإعلانات المقارنة ، فقد ذهبت بعض التشريعات إلى إجازة الإعلان المقارن باعتباره مفيدا للمستهلك ،مثل القانون الأمريكي و القانون الكندي ،والقانون الإيرلندي ، والقانون الهولندي و السويسري وقوانين الدول الإسكندنافية (السويد ، النرويج ، الدانمارك ، وفنلندا) (1) .

وتحضر تشريعات بعض الدول الإعلان المقارن نهائيا ، على أساس أنه من الخطورة بمكان ، أن يدخل في إطار المنافسة الشريفة التعرض أو التلميح ، سواء صراحة أو ضمنا ، لمنتجات أو خدمات منشآت تجارية منافسة ، ومنها القانون الجزائري ، الإيطالي ، الإسباني ، البلجيكي ، النمساوي ، وقانون لكسمبورغ .

أما الوضع في القانون الفرنسي فإن الإتجاه الغالب في الفقه والقضاء الفرنسيين هو عدم جواز الإلتجاء إلى الإعلانات المقارنة .

الفرع السابع : الإلتزام بإعلام المستهلك في عقد الإستهلاك الإلكتروني :

الحق في الإعلام عموما يعني أنه يجب على المتعاقد أن يمد الطرف الآخر بالمعلومات الضرورية اللازمة لمساعدته في اتخاذ قرار بالتعاقد من عدمه (2) .

ويعني الحق في الإعلام – عموما – في نطاق الرابطة التعاقدية جعل المستهلك في أمان ضد مخاطر المنتج الذي يشتريه سواء كان سلعة أو خدمة ، وهو ما يفرض على المنتج أو المورد أو المهني إلتزاما بإحاطة المستهلك علما بظروف العقد وملابساته (3) .

إن من أهم المشاكل التي تثير قلق المستهلك وقد تحد من إقباله على إبرام عقود التجارة الإلكترونية هي عدم معرفة شخصية البائع ، وللتغلب على هذه المشكلة فإن البعض يرى أن المطلوب هو إيجاد آليات قانونية و إدارية وتكنولوجية لإعطاء شهادة تدل على شخصية التاجر أو المورد عن طريق طرف ثالث محايد وموثوق فيه يقوم بتقديم الضمانات الكافية و تسجيل مراحل التعاملات الإلكترونية بين الطرفين .

---

(1) عبد الفتاح بيومي حجازي ، التجارة الإلكترونية وحمايتها القانونية ، دار الكتب القانونية ، 2007 ، ص 152 .

(2) خالد ممدوح إبراهيم ، إبرام العقد الإلكتروني ، دار الفكر الجامعي ، 2006 ، ص 347 .

(3) نبيل محمد أحمد صبيح ، حماية المستهلك في التعاملات الإلكترونية ، 2007 ، ص 206 .

ولكن يثور التساؤل بالنسبة للتاجر الذي بدأ جديدا في المعاملات التجارية الإلكترونية وليس هناك جهة تستطيع إعطائه شهادة توثيق أو ضمان ، وحل هذه المشكلة في رأي الكثير من الفقه يكون عن طريق دخول هذه المنشآت التجارية الجديدة تحت مظلة و إسم الشركة أو مؤسسة تجارية معروفة وسبق لها القيام بإجراء الكثير من المعاملات التجارية الإلكترونية وحازت على ثقة المستهلكين ، وذلك ولو بصفة مؤقتة إلى أن يطمئن إليه جمهور المستهلكين ثم يبدأ بعد ذلك في العمل بصفة مستقلة.

وأيا كان الأمر ، وسواء كان التاجر أو المنشأة التجارية سبق لها القيام بالكثير من المعاملات الإلكترونية أو بدأت حديثا ، فإن الإلتزام بإعلام المستهلك عبر الشبكة يقوم على عنصرين أساسين الأول معرفة وتحديد شخصية البائع ، والثاني بيان الخصائص الأساسية للسلع و الخدمات و الشروط العامة للبيع .

والحق في الإعلام - في نطاق المعلوماتية - ، وبهدف حماية المستهلك يعني ، حق ذلك المستهلك في الإعلام الرئيسي المتعلق بالمنتجات المعروضة وثمنها ، وهو شرط يدرج ضمن عقود التجارة الإلكترونية ، ومنها الإعلام بقوانين المعلوماتية و الحريات ، فحسب القانون الصادر في فرنسا برقم 17 في 06 فيفري 1987 الخاص بالمعلوماتية و الحريات ، للمستهلك الحق في الإطلاع على البيانات الخاصة به و التحقق منها ، وأنه لايجوز الإحتفاظ بالبيانات الخاصة ببطاقته المصرفية إلا خلال المدة اللازمة للتعامل مع الطلب ، أما البيانات الخاصة بالتعريف فيحتفظ بها خلال مدة التعامل ، ولا يمكن نقلها إلى متجر مشارك آخر ، غير ذلك المتجر الذي تعامل معه العميل إلا بناءا على طلبه (1) .

الفرع الثامن : حماية المستهلك و الإلتزام بضمان السلامة :

تتنوع حقوق حماية المستهلك الإلكتروني ، ومن أهم الحقوق واجبة الحماية ، حق المستهلك في الأمان وضمان سلامته ويشمل ذلك حق المستهلك في أن تكون السلعة أو الخدمة التي يستخدمها مطابقة لمواصفات الجودة و لا يترتب على استخدامها أضرار بدنية أو نفسية ، وهو مايعني حماية المستهلك من المنتجات المعيبة ، ولا تقف الحماية المقررة للمستهلك عند حد المنتج المعيب فقط بل تمتد إلى الحماية من مخاطر التقدم العلمي أيضا .

1) ضمانات حماية المستهلك من المنتجات المعيبة ومخاطر التقدم :

يجب على البائع أن ينفذ العقد بطريقة تتفق مع مايوجبه حسن النية ، ومن ثم يلتزم بتسليم السلعة أو الخدمة بحالة تسمح باستعمالها وخالية من العيوب وبشكل يتفق مع مقتضيات السلامة و الأمان الذي ينتظرها المستهلك .

---

(1) عبد الفتاح بيومي حجازي ، نظام التجارة الإلكترونية وحمايتها القانونية ، دار الكتب القانونية ، 2007 ، ص 152- 153 .

ويقصد بالإلتزام بتسليم المنتج خاليا من كل عيب ، الإلتزام بضمان السلامة ، ويندمج في مفهوم ضمان السلامة والأمان ، مخاطر التقدم ، بااعتبار أن السلعة لم يكن بها عيب لحظة طرحها للتداول، ولكنه لم يكن معروفا ولا قابلا لأن يعرف بواسطة المنتج ، ولكن التقدم العلمي اللاحق هو الذي كشف عن وجود العيب .

2) الأساس القانوني لرجوع المستهلك عبر الشبكة على المنتج :

إن المستهلك في التعاقد الإلكتروني يتجول عبر صفحات الويب من خلال شبكة الأنترنت بغية التسوق و الشراء ، وحينما يستقر على منتج معين أو خدمة معينة فإنه يبرم تعاقدا بشأنها ، وفي الغالب الأعم، فإن التاجر أو المورد هو الذي يقوم بالتعاقد مع المستهلك وتسليمه السلعة ، و بالتالي لا يكون هناك ثمة علاقة تربط ما بين المستهلك و المنتج ، ومع ذلك فإن المستهلك يستطيع الرجوع على المنتج على أساس المسؤولية التقصيرية ، ذلك أن مسؤولية صانع المنتج تقوم على أساس إخلاله بالإلتزام بالسلامة وأن قرينة الإخلال بالسلامة هذه لا تقبل إثبات العكس ، فلا يكفي أن يثبت صانع المنتج عدم إخلاله بالسلامة ، وإنما يتعين عليه إثبات أن وقوع الضرر إنما يعود إلى سبب أجنبي عنه (1) .

ويعد المنتج هو المسؤول الأول عن فعل المنتجات المعيبة وعما تسببه من ضرر للمستهلكين ، ويسأل عنها وفق القانون الفرنسي رقم 389 لسنة 1998 بشأن المسؤولية عن المنتجات المعيبة ، مسؤولية موضوعية ، وبالتالي لا يكون المستهلك ملزما بإثبات الخطأ في جانب المنتج ، ويترتب على هذه المسؤولية الإلتزام بضمان الضرر الذي يصيب أي شخص ، ويستطيع المضرور الرجوع على كل من منتج المادة الأولية أو منتج أي جزء دخل في تركيب المنتج النهائي ، والبائع يمكنه أيضا أن يرفع دعواه على كل هؤلاء بالتضامن فيما بينهم .

وقد نص أيضا قانون المعاملات الإلكترونية التونسي على أنه في حالة البيع بشرط التجربة فإن البائع يتحمل المخاطر التي قد تنتج عن المنتج ، وذلك حتى انتهاء مدة التجربة ، ويعد لاغيا كل شرط يتضمن إعفاء البائع من المسؤولية عن هذه المخاطر خلال الفترة المحددة للتجربة .

ولم يتردد القضاء الأمريكي في الإعتراف بحق المستهلك في الرجوع على المنتج في حالة إصابته بضرر جراء عيب في السلعة (2) .

---

(1) خالد ممدوح إبراهيم ، إبرام العقد الإلكتروني ، دار الفكر الجامعي ، 2006 ، ص 352 .

(2) نفس المرجع السابق ، ص 353 .

الفرع التاسع : حماية المستهلك في مواجهة الضرائب الإلكترونية :

1) ظهور مشكلة الضرائب الإلكترونية :

تثير التجارة الإلكترونية العديد من التساؤلات حول مدى خضوعها للضرائب على اختلاف أنواعها ، حيث قد تخضع الأعمال التجارية عبر الأنترنت لأنواع عديدة من الضرائب ، بما فيها الضريبة العامة على الدخل ، وضرائب الأرباح التجارية و الصناعية ، فنطاق تطبيق ضرائب التجارة الإلكترونية و الجباية الإلكترونية مازال غامضا نظرا لأن تلك التجارة غير ملموسة .

وتثور المشكلة حول نظام حديث للمعاملة الضريبية للسلع و الخدمات التي يتم التعاقد عليها عبر الأنترنت ، فهي لا بد أن تختلف طرق ووسائل المعاملة الضريبية عليها عن السلع و الخدمات التي تدخل عبر التجارة التقليدية ، فإذا كانت النظم الحالية تتيح للحكومات ، من خلال نقاط التحكم كالجمارك والقوانين و التشريعات القائمة ، إمكانية تتبع أنشطة الشركات المختلفة بصورة تضمن لها الحصول على الرسوم والضرائب المقررة ، فإن هذه النظم تعاني قصورا في تتبع أنشطة الشركات في عالم التجارة الإلكترونية ، وبالتالي صعوبة فرض الضرائب و الرسوم عليها(1) .

التجارة الإلكترونية ، هي قبل كل شيء ، تتعامل مع السلع و الخدمات ، بحيث أنه يتم الحصول على الدخل والأرباح من طرف الذين يديرون ذلك ، مثل ماهو معهود في التجارة التقليدية .

في معظم الدول ، إلا تلك التي تحوي نظام جبائي خاص ، فإن أي شخص طبيعي أو معنوي الذي يتلقى مداخيل ، و يحقق عدة أرباح من جراء النشاطات الإقتصادية ، فهو بالضرورة خاضع للضريبة المباشرة وكذا الضريبة على رقم الأعمال ، ولكن بالمقابل وفي إطار الطبيعة القانونية للتجارة الإلكترونية ليس هناك ما يلزم ويقيد هذا الأخير من عدم التهرب من دفع هذه الضرائب ، وبالتالي فإنه ومع متعاملين آخرين سوف يتم التحصل على أرباح خيالية دون أن تكون هناك جباية على الإطلاق ، ولهذا السبب فإن الدول الأعضاء في الإتحاد الأوروبي يعتبرون أن التجارة الإلكترونية يجب أن تكون خاضعة للضريبة ، حتى وإن كان لازما فرضها على السلع و الخدمات الحديثة جدا ، وحتى وإن فرض الأمر إلى تعديل القواعد الضريبية لكي تتماشى و خصائص هذه التجارة (2) .

---

(1) خالد ممدوح إبراهيم ، إبرام العقد الإلكتروني ، دار الفكر الجامعي ، 2006 ، ص 376 ، 377 .

(2) Jaen-louis BILON , Fiscalité du numérique , Université Montpellier 1 , 2005 ; p. 07 .

ولقد بدأت محاولات جادة لوضع أسس الضرائب الإلكترونية ، فقد قامت هيئة الضرائب البريطانية منذ عام 1971 بإجراء التجارب على عمليات الإتصال عن بعد ، وقامت بإدخال المعلومات الإحصائية والحسابية على شرائط ممغنطة مرة كل شهر بدلا من الكميات الضخمة من الأوراق ، كما أن تبادل البيانات أصبح يتم مباشرة من كمبيوتر إلى آخر بواسطة المستورد وقبل وصول البضاعة إلى الميناء .

وهناك مشروعان تم تجربتهما عام 1989 ، وذلك من أجل التوسع في المدخلات الإلكترونية للجمارك ، واحد منها سمي " الممر السريع " وهو مشروع يحكم بضائع المجموعة الأوروبية التي لا تدفع ضرائب ، و المشروع الثاني يهدف إلى جعل جميع المستندات الخاصة بالبضاعة إلكترونية ، ، كما أن هناك اقتراحات لتكوين مراقبين قانونيين إلكترونيا ، وغرف مقاصة إلكترونية.

ففي ظل التطبيقات الناتجة عن ثورة تكنولوجيا الإتصالات و المعلومات ، ظهر قصور في العلاقة بين هيكل النظام الضريبي ومستحدثات تكنولوجيا المعلومات ، مما أدى إلى حدوث فجوة في التشريع الضريبي الذي تم صياغته وفقا لطبيعة المعاملات التجارية التقليدية ، مما أدى ببعض الدول إلى إعداد قانون للضرائب الإلكترونية .

هذه الفجوة التشريعية دفعت العديد من الدول إلى إصدار قانون خاص للضرائب الإلكترونية ، وعلى سبيل المثال فقد أصدرت الولايات المتحدة الأمريكية قانون الضرائب الإلكترونية ليضم كافة القواعد الضريبية المرتبطة بالتجارة الإلكترونية ،وهو مايؤكد خصوصية تلك التجارة وعدم قدرة النظم الحالية على تغطية الجوانب القانونية المرتبطة بها .

ويقوم هذا القانون على أساس الإعفاء الضريبي للعمليات التجارية عبر الأنترنت بااعتباره منطقة حرة معفاة من الضرائب ، لأن الإعفاء الضريبي أساسي لنمو التجارة الإلكترونية ، وبذلك هناك معاملة ضريبية موحدة للعمليات الإلكترونية ، فيكون الدخل على الأنترنت بدون ضرائب ، ولا يحمي هذا القانون أحد طرفي التعاقد الإلكتروني دون الآخر بل يحمي الطرفين معا ، وبذلك لا تفرض ضرائب سواء على المورد أو المستهلك .

2) صعوبات تطبيق الضرائب الإلكترونية :

تظهر صعوبة فرض الضرائب الإلكترونية من ناحية تتبع واقعة تداول المنتجات عبر الأنترنت ، وكيفية تحديد الدولة صاحبة الحق في فرض الضريبة ، ووسائل تجنب الإزدواج الضريبي أو تعددها.

وتظهر صعوبة تطبيق الضرائب على التجارة الإلكترونية ، بصورة خاصة بشأن السلع و الخدمات التي تتم عبر شبكة الأنترنت ويتم تسليمها إلكترونيا ، أو مايطلق عليها المنتجات الرقمية ،

كالتسجيلات الموسيقية وبرامج الكمبيوتر وأفلام الفيديو و الكتب و الأبحاث و التقارير والإستشارات، حيث لا يتم فرض أي رسوم ضريبية عليها ، وهو ما يمثل ضياع لبعض الموارد السيادية للدولة ، ويمثل إخلالا بالمساواة بين أولئك الذين يملكون الإتصال على شبكة الأنترنت و الحصول على سلعة دون رسوم أو ضرائب وبين أولئك الذين يتبعون طرق التجارة التقليدية ويدفعون قيمة الرسوم و الجمارك و الضرائب على ذات السلعة أو الخدمة .

أضف إلى ذلك صعوبة تحديد هوية الممول و معرفة عنوان منشأته وكيانه القانوني ، وذلك في ظل سهولة قيام الممول بالتنقل عبر مواقع الويب لممارسة العمليات التجارية الإلكترونية دون حاجة إلى الإنتقال إلى بلد المستهلك .

ولذلك انقسم الرأي بشأن الضرائب الإلكترونية إلى فريقين ، الفريق الأول يرى إعفاء العمليات التجارية و العقود الإلكترونية من الضريبة ولو لفترة محددة ، والفريق الثاني يتجه إلى إخضاعها للضرائب ، ولكل من الفريقين أسبابه والحجج التي يستند إليها ،إذ يرى الفريق الأول إعفاء صفقات التجارة الإلكترونية لعدة أسباب منها :

- أسباب إقتصادية تتعلق بحداثة العهد بالتجارة الإلكترونية وحاجتها إلى وقت كاف لنموها وبيان أثرها على النشاط الإقتصادي ، سيما وأن فرض الضرائب قد يؤدي إلى تعثر تلك التجارة وعدم انتشارها .

- اعتبارات عملية بغرض تلاقي الإزدواج الضريبي الذي قد يحدث نتيجة فرض الضريبة على العقود الإلكترونية .

- أسباب فنية تتعلق بالطبيعة الخاصة لشبكة الأنترنت ، حيث توجد منتجات معنوية يتم تسليمها من خلال الشبكة ما يصعب معه حصر وتتبع هذه العمليات وفرض ضرائب عليها .

-عدم ملائمة القواعد الضريبية ، المعمول بها حاليا في غالبية القوانين الوطنية ، للتطبيق على العقود الإلكترونية .

وينتهي هذا الفريق إلى وجوب التريث في فرض الضريبة على المعاملات الإلكترونية إلى حين تحديد الأطر القانونية التي تتناسب معها (1) .

---

(1) خالد ممدوح إبراهيم ، إبرام العقد الإلكتروني ، دار الفكر الجامعي ، 2006 ، ص 379 .

بينما يتجه الفريق الثاني إلى وجوب إخضاع تلك المعاملات للضرائب لأسباب تتحصل في الآتي :

- إن عدم فرض ضرائب على العقود التجارية الإلكترونية يؤدي إلى الإخلال بمبدأ المساواة ، وهو أحد المبادئ الأساسية لفرض الضرائب ، حيث سيتم فرض ضرائب على التجارة التقليدية بينما تعفى التجارة الإلكترونية منها .

- إن حصيلة الضرائب على التجارة الإلكترونية سوف يستخدم في دعم البطالة الناتجة عنها .

- الحد من النمو المتوقع للإقتصاد الخفي الذي يتم دون رقابة حكومية أو ضريبية(1) .

3) الحلول المقترحة لمشكلة الضرائب الإلكترونية :

وإزاء هذا الإختلاف في الرأي ، و الصعوبات القائمة ، فإننا نتعرض لأهم الحلول المقترحة لتلك المشكلة ، حيث تتجه غالبية الدول الأوروبية إلى فرض الضريبة على أساس دولة المستهلك النهائي، ومن أهم الحلول المقترحة لفرض الضرائب الإلكترونية :

1 - فرض الضريبة على الإستهلاك (المستهلك) :

وذلك من خلال الشركات التي تقدم خدمة الأنترنت ، وهي ما يعني فرض ضريبة مبيعات على المعاملات المختلفة ثم تقوم بتحويل هذه الضريبة إلى الحكومة ، أي أنها وسيط بين كل من الحكومة و المستهلكين ، وتثير هذه الفكرة العديد من المواضيع المتعلقة بطرق تتبع المعاملات الإلكترونية للعملاء ومدى تناقض هذا مع قوانين السرية والأمن .

---

(1) خالد ممدوح إبراهيم ، إبرام العقد الإلكتروني ، دار الفكر الجامعي ، 2006 ، ص 379 .

2 - تطبيق ضريبة البيت Bit Tax_ :

ويتم تحصيلها على أساس كمية البيت الرقمية التي يتم استخدامها أو نقلها ، ويتطلب ذلك وجود معدات ذات مواصفات خاصة في الأجهزة المختلفة التي تقوم بنقل المعلومات ، مثل الكمبيوتر و الفاكس وغيرها ، خاصة بقياس البيانات على أساس البيت وهو موضح في الآتي بيانه .

أ - لمحة عن مشروع الجباية الخاصة للتجارة الإلكترونية :

إن إنشاء الجباية ذات الخصوصية في مجال عقود التجارة الإلكترونية ، كان هذا المشروع قد اقترح تحت الإسم " بيت تاكس "Bit Tax . فكرة هذه الضريبة يعود منشؤها إلى سنة1996 ، في أعقاب التقرير المبلور من طرف فريق خبراء المجموعة الأوروبية الإقتصادية ، خلاصة هذا التقرير هو إعطاء مفهوم جديد لضريبة تتماشى مع هذا النوع من المعاملات تسمى بيت تاكس(1) .

ب - فكرة الضريبة على استهلاك الأوكتي (La consommation d’octets) :

إن هذه الضريبة الخاصة والجديدة من نوعها المقترحة هي نظام مؤسس على كمية وتركيز نقل المعلومات أو محادثات إلكترونية ، لكن نظريا يمكن الزيادة في عدد " البيت " المستعمل في كمبيوتر في حال استعمال الشبكة ، و بالمقابل استهلاك " البيت " يعتبر أساس حساب هذه الضريبة ،وهو في نفس الوقت الوسيلة الوحيدة التي يتم من خلالها تقدير أهمية تحويل المعلومات (2) .

---

(1) Jaen-louis BILON , Fiscalité du numérique , Université Montpelilier 1 , 2005 , p.08 .

(2) meme ouvrage , p 09 .

بعد دراسة مسألة حماية المستهلك في مواجهة الضرائب الإلكترونية ، يتوجب علينا التطرق أيضا لمسألة الوفاء الإلكنروني عن طريق البطاقات البنكية .

االفرع العاشر : الوفاء الإلكتروني :

يعد الوفاء الإلكتروني أهم ميزة أدت إلى نجاح التجارة الإلكترونية عبر الأنترنت ، حيث مكنت من تسديد قيمة المبيعات من خلال وضع أرقام خاصة على شاشة الكمبيوتر ، لكن هذا الوفاء شكل في الوقت نفسه أهم المشكلات التي واجهت التجارة الإلكترونية لإمكانية الحصول على المعلومات الشخصية الخاصة بشخص المستخدم كالمعلومات الخاصة ببطاقته البنكية ، أو المعلومات الخاصة برصيده الحسابي ، أو المعلومات الخاصة بهويته حيث يكون في استطاعة فئة المحترفين أو غيرهم السطو عليها واستنساخها ، واستعمالها لمصلحتهم الخاصة أو فقط العبث بها .

وينطوي الوفاء الإلكتروني ، على مفهوم جديد للنقود ، فبعد أن كانت النقود معادن ثم أوراقا نقدية ثم أوراقا مالية ثم أوراقا إلكترونية ، أصبحت الآن نقودا رقمية تتمثل في بيانات رقمية تعالج كسائر البيانات الأخرى المتعلقة بالعقد وتواجه التحديات نفسها التي تواجه البيانات عبر الشبكة ، فالمعلوماتية جعلت النقود هي الأخرى معلومة من الملعومات التي يعالجها الحاسوب الآلي عبر شبكة الأنترنت تتيح إمكانية الوفاء عبر الشبكة ذاتها ، فأضحت وسيلة من وسائل الوفاء شأنها شأن النقود الأخرى (1) .

1) البطاقة البنكية :

تعد البطاقة البنكية أهم إختراعات القرن الماضي التي أصدرتها شركة " واستاني ونيون " بالولايات المتحدة الأمريكية سنة 1914 ، حيث ظهرت نتيجة للمتطلبات التجارية السريعة وإزدهار ورفاهية الحياة المعيشية آنذاك ، وقد انتشرت البطاقة البنكية في العالم بشكل واسع وسريع ، حيث عرفت فرنسا عدة أنواع من البطاقات أشهرها البطاقة البنكية الزرقاء ، أو أنجلترا التي أصدرت شركة باركليي بانك بطاقة سميت باركليي كارد بترخيص من بنك أمريكا . بينما شهدت الجزائر تأخرا شديدا في استعمال البطاقة البنكية الذي بدأ استخدامه إلا في سنة 1997 وهي بطاقة بنكية تمكن حاملها من سحب النقود في كل أنحاء الوطن وتستحوذ إتصالات الجزائر على الحصة الكبيرة منها.

---

(1) – حوحو يمينة ، عقد البيع الإلكتروني (دراسة مقارنة)، دكتوراه علوم ، الجزائر ، 2012/2011 ، ص263.

المطلب الثاني : إلزامية تنفيذ ماورد في العقد .

إن المبدأ العام في العقود أن العقد شريعة المتعاقدين ، فلا يجوز نقضه أو تعديله أو التغيير فيه إلا بإرادة الطرفين ، أو للأسباب التي يقررها القانون كما جاء في نص المادة 106 من القانون المدني الجزائري .

يتعين على المتعاقدين تنفيذ ماورد في العقد ، أي أن المتعاقدين ملزمان بما تضمنه العقد من شروط وقيود منصوص عليها في العقد ، حسب الإتفاق و التي من خلالها تعيين وتحديد إلتزاماتهما وحقوقهما اتجاه بعضهما البعض ، ومن ثمة ينبغي أن تسود حسن النية في العقد المبرم بين الطرفين ، ويقصد بحسن النية الثقة و الإخلاص و النزاهة و الصراحة و الإنصاف التي تقتضيها العلاقة العقدية ، وماتحمله من تعهد .

حيث ومن خلال ما سبق ذكره ، كأصل عام ، فإنه إستثناءا وفي حالة ممارسة حق الرجوع خلال المدة المسموح بها بموجب قوانين خاصة ، فإن ذلك يقابله خصوصية من حيث تنفيذ آثار الرجوع و الفسخ من كلا الطرفين ، كل ذلك تقريرا للحماية القانونية للمستهلك عبر الشبكة .

حيث وفضلا عن أنه يتوجب على المستهلك رد المنتوج بعد الرجوع و الفسخ ، فإنه يتوجب على المحترف أو البائع الإلكتروني رد الثمن الذي قبضه في أجل أقصاه 30 يوما تحسب إبتداءا من يوم تبليغه بالرجوع من قبل المستهلك وإذا تجاوز البائع هذه المدة تعرض لزيادة في المبلغ على أساس الفوائد الناتجة عنه ، وهذا ماجاء في نص المادة 1- 20- 121 من قانون حماية المستهلك الفرنسي .

أما الفصل 31 من القانون التونسي للتجارة الإلكترونية فقد ألزم البائع الإلكتروني إرجاع المبلغ المدفوع في أجل 10 أيام إبتداءا من تاريخ الرجوع ، ويتحمل المستهلك المصاريف الناجمة عن الإرجاع، هذا ولم يتطرق المشرع التونسي إلى حالة تأخير البائع عن رد الثمن تاركا ذلك للقواعد العامة ، ويرد البائع المحترف الثمن المدفوع بأية طريقة من طرق الدفع المتداول عليها ، فله أن يرد الثمن بواسطة شيك أو حوالة أو نقدا أو وفاءا إلكترونيا .

المبحث الثاني : تشديد مسؤولية البائع عبر الشبكة .

إن التشريع الفرنسي كان أكثر توسعا في هذا الصدد ، حيث أخضع تنظيم تنفيذ عقد البيع الإلكتروني في كثير من جوانبه للقواعد الخاصة ، قصد توفير حماية أقوى للمشتري سواء في قانون الثقة للإقتصاد الرقمي ، أو للمستهلك في قانون حماية المستهلك ، خصوصا فيما يتعلق بمسألة التنفيذ الجيد للعقد ، والتشديد من مسؤولية البائع عند إخلاله بإلتزاماته .

المطلب الأول : أساس هذه المسؤولية .

إن مسؤولية البائع في عقد البيع الإلكتروني هي مسؤولية دون خطأ بمعنى أنها لا تستند على سلوك انحرافي من قبل البائع ، هذا يعني أن مسؤولية البائع هي قائمة اتجاه المشتري بمجرد عدم تنفيذه لإلتزامه ، ولا تتأسس على السلوك الخاطئ من قبله ، بل يكفي عدم تنفيذ الإلتزام لقيامها دون البحث في أسباب عدم التنفيذ ، ولا يكلف المشتري (الدائن) إثباتها بل يقع عبء الإثبات على البائع (المدين) . ويتسع مفهوم البائع في التعاقد الإلكتروني ليشمل البائع و المحترف وأي شخص يمارس التجارة الإلكترونية ، عندئذ يكون مسؤولا بقوة القانون عن أي إخلال بإلتزامه في تنفيذ العقد ، بل و حتى التنفيذ الجيد للعقد ، فهي إذن مسؤولية قانونية وضعها القانون على عاتق البائع بصرف النظر إن كان مخطئا أو غير مخطئ ، ويمكن تأسيس هذه المسؤولية القائمة بقوة القانون على أساس نظرية تحمل التبعة ، هذا يعني بالنسبة للعقد الإلكتروني أن البائع ملزم بالتعويض عن عدم تنفيذ عقده ، في كل الحالات لأن نظام المسؤولية لم يعد يهتم بالخطأ بقدر مايهتم بإصلاح الضرر و التعويض ، ومن ثمة لا يستطيع نفي المسؤولية إلا إذا أثبت السبب الأجنبي .

إن البائع يبقى مسؤولا في العقد التجاري الإلكتروني عموما إلا إذا أثبت السبب الأجنبي ، هذا يعني أن البائع يبقى مسؤولا اتجاه المشتري في جميع الحالات ، إلا إذا أثبت أن سبب عدم التنفيذ للعقد راجع لسبب أجنبي المعروف بالحادث المفاجئ أو القوة القاهرة .

المطلب الثاني : إعتبار مسؤولية البائع قائمة بقوة القانون .

لقد قرر المشرع الفرنسي قيام مسؤولية البائع في التعاقد الإلكتروني بقوة القانون عند إخلاله بإلتزامه اتجاه المشتري أو المستهلك ، سواء في نص المادة 3- 20- 121 من قانون حماية المستهلك الفرنسي أو في نص المادة 15-11 من قانون الثقة في الإقتصاد الرقمي الفرنسي ، بمعنى أن أي شخص طبيعي أو معنوي يمارس التجارة الإلكترونية يعد مسؤولا بقوة القانون اتجاه المشتري عن إخلاله بإلتزامه ، سواء كان البائع شخصا طبيعيا أو معنويا وسواء كان يتصف بالإحترافية أم لا ، و الأمر نفسه بالنسبة للمشتري حيث يستفيد من هده القاعدة أي شخص يشتري عبر الأنترنت سواء كان شخصا طبيعيا أو معنويا وسواء كان يشتري في إطار العلاقة الإستهلاكية أم لا . يبدوا مما تقدم أن المشرع الفرنسي قصد من إقرار هذه المسؤولية وضع نظام حمائي ووقائي للشخص الذي يشتري عبر الأنترنت حيث اعتبره الحل الملائم لإرساء الثقة و الإستقرار في المعاملات الإلكترونية التي تتم في بيئة غير مادية ، وقيام المسؤولية بقوة القانون يعني أن البائع لا يستطيع التخلص منها إلا بإثبات السبب الأجنبي كما هو معروف في التشريع الجزائري ، أو القوة القاهرة في التشريع الفرنسي .

إن من أسباب نفي مسؤولية البائع هو إثباته للسبب الأجنبي ، المعروف بالحادث المفاجئ أو القوة القاهرة أو خطأ المضرور أو خطأ الغير وهي أسباب الإعفاء من المسؤولية المنصوص عليها في نص المادة 127 من القانون المدني الجزائري . أو نص المواد 1147 و 1148 من القانون المدني الفرنسي التي تجعل تنفيذ الإلتزام مستحيلا .

إنه وفي بعض الحالات يحتاج طرفي العلاقة العقدية إلى تفادي وقوع الأخطاء المؤدية إلى قيام المسؤولية سيما من جانب المحترف عن طريق إستعمال أساليب للمحافظة على إستقرار العقود الإلكترونية ، ومن ثمة تثار أيضا مسألة إثبات تعاملاتهما عن طريق الدعامات الإلكترونية و الرقمية في حال وقوع خطأ أو عدم القيام بالإلتزامات ، ولهذا سنتعرض لمسألة الإثبات عبر الشبكة فيما بعد ذلك .

الفرع الأول : أساليب حماية استقرار العقود التجارية الإلكترونية :

على الرغم مما تقدمه الثورة الرقمية للبشرية من تقدم وازدهار و التي تتمثل في العالم الإفتراضي ، إلا أن الخوض في هذا العالم الإفتراضي الذي يتبلور من خلال شبكة الأنترنت يؤدي إلى التعرض لبعض الإشكالات وعدم الإستقرار ، بالقيام ببعض الإختراقات الأمنية التي قد تؤدي إلى عدم الثقة في استخدام هذه الشبكة ، نتيجة لعدم إمكانية توفير الأمن و الإستقرار للتصرفات التي تبرم من خلالها .

هذا الأمر يؤدي إلى إرهاق مستخدمي شبكة الأنترنت من خلال عدم الثقة في التعاملات التي تبرم عبر هذه الشبكة ، فهذا الأمر يوحي إلى المستخدمين التساؤل عن أساليب الحماية ، الأمر الذي يضع عدة عوائق أمام التجارة الإلكترونية عبر الأنترنت و الحد من استخدامها ، فالتساؤل الذي يطرح دائما من هو الشخص الذي يكون على الشبكة ؟ كيف يكن لنا أن نتبينه ونتحقق من شخصه ؟ . فمعرفة المركز القانوني لطرفي العلاقة ، ومكان الإرسال الذي تم من خلاله إرسال البيانات التي هي الوسيلة للتعاقد ، ومعرفة موطن الطرف الآخر كل ذلك ضرورة من الضرورات التي يتوجب توافرها على الشبكة .

ويترتب على استخدام شبكة الأنترنت وتبادل البيانات بين المستخدمين إبرام عدة تصرفات ، منها التعاقد عبر الأنترنت من خلال ارتباط الإيجاب الذي تم إرساله من قبل الموجب وقبول العميل للإيجاب وتطابقه تطابقا تاما بحيث يتنج عن ذلك إتمام التعاقد من خلال تبادل الرسائل الإلكترونية بين طرفي العلاقة ، دون الوجود المادي لطرفي العقد ، هذه الوسيلة التي تمثل أهم خصوصية للتعاقد الإلكتروني ، وتتوافر بشكل عام في كافة صور التعاقد عن بعد ، فهل يحقق أن يكون مصدرا اليقين القانوني لطرفي العقد الإلكتروني المبرم عبر الأنترنت ؟ (1) .

ففي العقود الإلكترونية المبرمة عبر الأنترنت لا يكون طرفا التعاقد على علم بحقيقة المركز القانوني لكل طرف من أطراف العلاقة التعاقدية التي تتم من خلال تبادل رسائل البيانات الإلكترونية وهذا هو مايقصد بالتساؤل عن تحقيق باليقين القانوني .

---

(1) محمد فوازمحمد المطالقة ، الوجيز في عقود التجارة الإلكترونية ، دار الثقافة للنشر و التوزيع ، 2008 ، ص 154 ،155.

يسعى أي شخص في علاقاته دائما إلى الإستقرار و البعد عن المخاطر التي من الممكن أن تؤثر على علاقاته ، كذلك الحال بالنسبة للمواقع الإلكترونية ، فالمتعاملون يسعون إلى البعد عن المخاطر التي تؤثر على سلامة عملياتهم المبرمةعبر الأنترنت ، التي من الممكن لأن تسبب عدم الأمان لهم من خلال الشبكة و القلق من الإستمرار باستخدام شبكة الانترنت ، سواء أكانوا عملاء أم مستثمرين ويدعون إلى الإنسحاب من الأسواق الإلكترونية و العودة إلى التعامل التقليدي و البعد عن استخدام الإلكترونيات و الرجوع إلى النظام التقليدي .

إلى أن التساؤل عن الضمانات التي تؤكد للمستخدم أن ماوصله من معلومة ، إنما جاءته من هذا الموقع وما الذي يضمن له أيضا أن هذا الموقع حقيقي وموجود على الشبكة ، إن حل هذه المعضلة تبعتها إيجاد حلول تقنية كوسائل التعريف الشخصية عبر كلمات السر و الأرقام السرية ، أو وسيلة التشفير عبر ماعرف بوسيلة المفتاح العام و المفتاح الخاص ، ووسائل التعريف البيولوجية للمستخدم كبصمات الأصبع المنقولة إلكترونيا أو تناظريا وسمات الصوت أو حدقة العين أو غيرها .

ولمعالجة هذا الخطر كان من الضروري التعاون دوليا لمواجهة هذه المخاطر ، إلا أن هنالك عوائق تحد من معالجتها وتحول دون التعاون لمواجهة الخطر ، مثل الطفرات التي يشهدها قطاع التكنولوجيا الرقمية و السرعة التي يتم فيها اكتشاف سبل إختراق الموقع ، هذا بالإضافة لتزايد عدد مستخدمي شبكة الأنترنت وصعوبة السيطرة على استخدام الشبكة والبحث عن بديل لها (1) .

ولإستمرار التجارة الإلكترونية ودوام التعامل من خلالها ، كان من الضروري البحث عن تدابير وقائية للحفاظ على مستقبل التجارة الإلكترونية ، إذ أن تنمية التعاملات الإلكترونية عبر الأنترنت تتطلب توافر بنية أساسية و عالمية للمعلومات تتسم بالأمن لتمنح المستخدمين الثقة والأمان ، من أجل تحقيق مواجهة معظم المخاطر التي تواجه مستخدمي الشبكة ، للتوصل إلى بعض وسائل الحماية القانونية التي تسعى لتوفير الأمان و اليقين القانونيين للمستخدمين .

و لتوافر الأمن لابد من استخدام إحدى الوسائل التي تم إيجادها للوصول لإستقرار في التعاملات ومن هذه الوسائل استخدام التشفير .

---

(1) محمد فوازمحمد المطالقة ، الوجيز في عقود التجارة الإلكترونية ، دار الثقافة للنشر و التوزيع ، 2008 ، ص 155 .

الفرع الثاني : الـــــــتـشـفـيـر :

في حال دخول مستخدم ما على موقع يباشر أنشطة التجارة الإلكترونية على الأنترنت ، يبدأ بطلب السلعة أو المنتج أو الخدمة ، وبالنسبة للقائم على موقع التجارة الإلكترونية ، فإن المهم لديه التوثق والتأكد من صحة الطلب ، ويتطلب ذلك إبتداء التوثق من أن الذي يخاطبه هو فعلا من دون إسمه أو عنوان بريده لإلكتروني أو غير ذلك من المعلومات التي تطلبها مواقع التجارة الإلكترونية ، فكيف يمكنه ذلك ؟ ، خاصة في ظل تنامي إجراءات الإختراق وإساءة استخدام أسماء الغير في أنشطة إجرامية على الشبكة و في الوقت نفسه سيجيب موقع التجارة الإلكترونية على الطلب وتحديدا الإلتزام بتسليم محل التعاقد ؟ (1) .

فهذه الوسائل وضعت لضمان تأكيد الإتصال وإثبات صحة دور المعلومة عن النظام التقني الصادرة عنه ، لكن لكل منها ثغراته الأمنية وتعد بالعموم غير كافية ، وهذا مانجم عنه وجود الشخص الوسيط في العلاقة ، وهو جهة تؤكد صحة التعامل على الأنترنت ، وهي شركات ناشطة في ميدان خدمات التقنية تقدم شهادات تتضمن تأكيدا أن الطلب أو الجواب قد صدر عن الموقع المعني وتحدد تاريخ ووقت صدور الطلب أو الجواب ، وحتى تضمن شخصية المخاطب توفرت تقنيات التعريف على الشخص ، بدءا بكلمة السر وانتهاء بالبصمة الصوتية ، أضف إلى ذلك تقنيات التشفير التي بدأ الجدل بالتزايد حول مشروعيتها ، وسيما في ظل أثرها المانع و المقيد لحرية تدفق البيانات وانسيابها ومساسها في كثير من الحالات بالخصوصية ، سيما عند إجراء عملية التوثق وتعتبر النظم التي تتطلب إطلاعا على معلومات مخزنة في النظام خارجة عن العلاقة العقدية المعنية .

وسنحاول دراسة التشفير وبيان جوانبه القانونية و الفنية ليتم توفير الأمن و الحماية للتصرفات المبرمة عبر الأنترنت وتطوير التجارة الإلكترونية .

---

(1) محمد فوازمحمد المطالقة ، الوجيز في عقود التجارة الإلكترونية ، دار الثقافة للنشر و التوزيع ، 2008 ، ص 156 .

1) مفهوم التشفير :

دفعت التجارة الإلكترونية وأهميتها المتزايدة إلى وجوب الوقوف أمام أهمية التدابير التشريعية لحماية نظم المعلومات ، ومن هنا لم يكن كافيا اعتماد الحماية التقنية فقط– إلا أن هناك تفريطا في كثير من الحالات حتى في الحماية التقنية – وبالتالي حماية أنشطة التجارة الإلكترونية ، وتحديد أنشطة الوفاء بالثمن و الدفع عبر الخط ونقل المال و المعلومات المالية وسائر أنشطة البنوك الإلكترونية ، وتستلزم الحلول تأمين تقنية مميزة ومتجددة وشاملة ، وضمن حقيقة أن مجرمي تقنيات الشبكات يسبقون حماتها بخطوة دائما ، كما تستلزم حماية قانونية وتدخلا تشريعيا لتجريم كافة صور جرائم الأنترنت و الحاسب وتحديد أي تصرف يتم من خلاله اختراق نظم المعلومات وقواعد البيانات دون تصريح مسبق ، والتقاط المعلومات وإعادة استخدامها للحصول على المنفعة التي يسعى إليها طرفا العلاقة ، ويتمثل ذلك في إعادة بناء البطاقات المالية و أنشطة الغش المعلوماتي أو احتيال الحاسب وأنشطة التزوير في عالم التقنيات المعلوماتية .

أوجدت بعض الجهات الحلول التقنية من خلال استخدام التشفير لإنتاج مخرج ملائم لحماية طرفي العلاقة ويضمن خصوصية التعاملات ، فتطور فن التشفير وحلوله إلى المدى الذي أمكن للمتخاطبين ضمان أن لا تفك رموز رسائلهم وتعاقداتهم إلا من الجهة التي تملك المفتاح المزود من قبلها ، لكن التشفير استلزم قواعد تشريعية في ميدان المعايير المقبولة حتى لا تحد فائدته من الإيجابيات وتتحول إلى سلبيات حقيقية في ميدان انسياب المعلومات ونشرها .

قضي بعدم دستورية التشفير في أمريكا بصيغته التي اتبعت في عام 1996 ، ذلك لأن الغاية من التشفير كانت في الأساس لاستخدامها في الأغراض العسكرية ومن أجل ذلك تم استخدامها ، ولكي لا يحدث أي اختراق للبيانات العسكرية التي يتم تبادلها فقد قضت إحدى المحاكم الأمريكية بعدم دستورية التشفير ، لكن بعد انتهاء الحرب الباردة أصبح التشفير ، سواء في المواقع الحكومية أو الخاصة أمرا مقبولا ، ذلك في ظل معايير التشفير التي هي جزء من أخلاقيات استخدام هذ التقنية وتشريعات تنظيم استخدامها المقرة بعد هذا التاريخ ، إلا أن التشريعات الخاصة بالتجارة الإلكترونية العربية ، وتشريعات الأونسترال ، التي تم إقرارها و البعض الآخر الذي لم يتم إقراره بعد ـ فقد أقرت بشرعية عملية التشفير التي تتم على البيانات التي يتم تبادلها من خلال الأنترنت أو البيانات المستخدمة في التجارة الإلكترونية (1) .

---

(1) محمد فوازمحمد المطالقة ، الوجيز في عقود التجارة الإلكترونية ، دار الثقافة للنشر و التوزيع ، 2008 ، ص 157 .

فالتشفير يهدف إلى منع الغير من الدخول والتقاط رسائل البيانات التي يتم تبادلها من خلال شبكة الأنترنت ، سواء أكانت تتضمن أرقام بطاقات إئتمان أو بعض البيانات الخاصة بتصرف سوف يبرم من خلال ارتباط الإيجاب و القبول ، فقد يتم سرقة بعض البيانات أو الإطلاع عليها مما يؤدي إلى وقوع خسائر مادية ومعنوية لطرفي العلاقة جراء ذلك ، فالتشفير يحمي البيانات من وصولها مشوهة إلى الطرف الآخر ، فهو يسعى إلى وصول الرسالة سليمة من أي خلل و إعتداء الغير على بياناتها (1) .

2) تحديد المقصود بالتشفير :

انفرد المشرع التونسي في نصوصه على باقي التشريعات العربية الخاصة بالتجارة الإلكترونية بتعريف التشفير ، وكذلك الحال بالنسبة إلى مشروع قانون التجارة الإلكترونية المصري ، فعرف القانون التونسي التشفير بأنه " استعمال رموز و إشارات غير متداولة تصبح بمقتضاها المعلومات المرغوب تحريرها أو إرسالها غير قابلة للفهم من قبل الغير أو استعمال رموز و إشارات لا يمكن وصول المعلومة بدونها " (2) ، كما عرفه مشروع قانون التجارة الإلكتروني المصري بأنه " تغير في شكل البيانات أو طرق تحويلها إلى رموز أو إشارات لحماية هذه البيانات من اطلاع الغير عليها أو تعديلها أو تغيرها (3) ، ، هذا بالنسبة للتشريعات العربية التي تعرضت للتشفير بشكل مباشر ـ إلا أن بقية التشريعات العربية عالجت التشفير بشكل غير مباشر من خلال قانون التجارة الإلكترونية (4) ، وكذلك قانون الأونسترال النموذجي للتوقيع الإلكتروني ، تطرقت إلى عملية التشفير بطريقة غير مباشرة وذلك من خلال التوقيع الإلكتروني الذي يرتكز في الأساس على عملية التشفير ، وهذا ما يؤكد أن كافة التشريعات الخاصة بالتجارة الإلكترونية عالجت التشفير، سواء أكان بشكل مباشر أو من خلال التوقيع الإلكتروني .

---

(1) محمد فوازمحمد المطالقة ، الوجيز في عقود التجارة الإلكترونية ، دار الثقافة للنشر و التوزيع ، 2008 ، ص 158 .

(2) . المادة 05/02 من قانون المبادلات و التجارة الإلكترونية التونسي .

(3) . الفصل الأول قانون التجارة الإلكترونية المصري ، التعريفات .

(4) . قانون المعاملات الإلكترونية الأردني ، قانون المعاملات و التجارة الإلكترونية لدولة الإمارات العربية ، قانون التجارة الإلكترونية البحريني .

في حين ذهب البعض إلى تعريف التشفير بأنه " عملية تحويل النص إلى رموز وإشارات غير مفهومة تبدوا ذات غير معنى لمنع الغير من الإطلاع عليها ، إلا الأشخاص المرخص بالإطلاع على النص المشفر و فهمه ، مما مما تنصب عملية التشفير على القيام بتحويل النصوص العامة إلى نصوص مشفرة ، مع إمكانية إعادة النص المشفر إلى نص عادي بعد فك التشفير بمفتاح التشفير الذي تم إنشاؤه للتشفير و فكه .

فالتشفير عبارة عن عملية رياضية – معادلات خوارزمية - يتم من خلالها تحويل النص المراد إرساله إلى رموز وإشارات ، لا يمكن فهمها إلا بعد القيام بفك الشفرة وتحويل الرموز و الإشارات إلى نص مقروء من خلال استخدام مفاتيح التشفير العامة والخاصة ، فهذه العملية لا تتم إلا إذا كان الطرف الآخر (مستقبل الرسالة) يملك مفتاح التشفير الذي يحول الإشارات والرموز إلى النص الأصلي ، من هنا نجد أن التشفير لم يأت عفوا ، وإنما هنالك ضوابط لابد من توافرها في هذا التصرف .

الفرع الثالث : ضوابط التشفير :

1) مشروعية تشفير البيانات و المعلومات :

لم يتم إيجاد عملية التشفير من عبث وإنما تم التوصل إليه جراء درسات و أبحاث عدة مما دعى التشريعات لمعالجته عن طريق قواعد ونصوص قانونية خاصة ، فصدرت قوانين خاصة بالتجارة الإلكترونية لتعالج التشفير لكن هنالك اختلافا في أسلوب معالجة التشفير ، فعلى سبيل المثال التشريع التونسي الخاص بالمبادلات و التجارة الإلكترونية عالج موضوع التشفير بشكل مباشر من خلال نصوص خاصة ، في الفصل الثالث ، وأباح استخدامه في المراسلات عبر الأنترنت وفي تصرفات التجارة الإلكترونية وكافة التصرفات التي تتم بوسائل إلكترونية .

فالإباحة التي منحها التشريع التونسي لم تكن مطلقة بل أخضعها للقواعد التي تسري عليها كافة خدمات الإتصال في تونس ، إذ توجد هناك قواعد قانونية وأنظمة خاصة بتنظيم الإتصال وهي الجهة التي تحدد وتنظم آلية التشفير .

كما أكد التشريع التونسي على ضرورة حماية البيانات المشفرة و العناصر في عملية التشفير وفكها ، من أي اعتداء عليها ، سواء أكان باستخدام عناصر التشفير الشخصية المتعلقة بإمضاء من غير طرفي العلاقة لإستخدام التشفير في أساليب احتيالية أو سرقة مفاتيح التشفير التي تفض النص المشفر وتعيده إلى الوضع الطبيعي من خلال استخدام مفاتيح التشفير الخاصة .

2) الحق في خصوصية البيانات المشفرة المرسلة عبر الأنترنت :

اعتبر التشريع الإعتداء على البيانات المرسلة بين طرفي العقد من خلال الأنترنت ، إعتداء على خصوصية طرفي العلاقة ، لأن البيانات التي يتم تبادلها بين الطرفين خاصة بهما وتعبر عن إرادتهما في القيام بتصرف قانوني ، فالإطلاع من قبل الغير على هذه البيانات من الممكن أن يؤدي إلى إلحاق الضرر بطرفي العلاقة لإقتحام حرية طرفي العقد والإعتداء على خصوصيتهما بمعرفة البيانات التي تم كشفها بعد فك التشفير .

ونتيجة لما سبق فإن معظم التشريعات وضعت نصوصا في قوانين التجارة الإلكترونية تعاقب من يقوم بإنتهاك البيانات المشفرة وسريتها وإفشائها ، سواء أكان تحديد العقوبة بشكل مباشر ، أم من خلال ذكر أن أي اعتداء يتم على التجارة الإلكترونية أو بياناتها يعد مخالفة لأحكام القوانين ويعاقب بالعقوبة المحددة .

3) إعتبار النص المشفر محررا إلكترونيا :

نتيجة لإقرارالتشريعات للنص المشفر وحجيته في إثبات التصرفات ، فإنه يعتبر من المحررات الإلكترونية التي تنتج عن الأجهزة الإلكترونية بالرغم من أنها غير مفهومة للعامة ، لأنه من السهل أن يتم تحويل الرموز و الإشارات إلى نصوص مقروءة لتكون حجة على من قام بمخالفة أحكام الإتفاق الذي أبرم (1) .

الفرع الرابع : الغاية من التشفير :

تبرز أهمية التشفير من خلال القيام بحماية الأعمال و البيانات التي يتم تداولها من خلال شبكة الأنترنت ، سواء أكان تحويل الأموال أم إرسال أرقام بطاقات الإئتمان أو تبادل البيانات ، أو أي أمر يتم من خلال شبكة الأنترنت .

فاستخدام التشفير يوفر أعلى درجة ممكنة من الأمن و الحماية لمستخدمي الأنترنت ، جراء استخدام أفضل أساليب التشفير التي يصعب فضها ، بالوصول إلى مفتاح التشفير الذي يمكن من فك الشيفرة وإعادة النص إلى ماكان عليه في السابق .

---

(1) لورنس محمد عبيدات ، إثبات المحرر الإلكتروني ، دار الثقافة للنشر و التوزيع ، 2005 ، ص 138 .

الفرع الخامس : طرق التشفير :

مع انتشار القرصنة وسرقة المعلومات الشخصية في كل أنحاء العالم من خلال شبكة الأنترنت ، لا ينكر أحد مدى أهمية التشفير في حماية البيانات المرسلة التي يتم إخضاعها إلى إحدى البرامج التي أثبتت جدارتها وصمودها أمام أغلب محاولات فض التشفير ، وإعادة النص إلى ماكان عليه قبل التشفير .

ومن المعلوم أن التجارة الإلكترونية تعتمد إعتمادا كبيرا على الأنترنت في التواصل وتبادل البيانات اللازمة لهذه التجارة ، فالأنترنت يشكل الوسط الأضخم والأسهل لنقل المعلومات ، ولتبادل و نقل البيانات و المعلومات الحساسة (مثل الحركات المالية) ، فلا بد من نقلها من خلال صيغة مشفرة ، لكي لا يتمكن الغير من الإطلاع عليها وإحداث أي خلل في العلاقة العقدية القائمة نتيجة كشف بعض البيانات التي يسعى طرفا العلاقة الحفاظ عليها ، ويتم الحفاظ على سلامتها وتأمينها من عبث الغير .

فالتشفير من خلال استعمال المفاتيح الخاصة في عملية تشفير الرسالة ، وفك تشفيرها ، وتتم إحالة استناد المفاتيح الخاصة بالتشفير وفك التشفير إلى معادلات رياضية في غاية التعقيد (خوارزميات) ليكون من الصعب على أي عابث القيام بحل هذه المعادلات ومعرفة المفاتيح الخاصة بفك الشفرة ، لأن المفاتيح عبارة عن أرقام يتم التوصل إليها من خلال النتائج التي تظهر من عملية فك المعادلة الرياضية ، فعملية التشفير تعتمد على عاملين أساسين لتكون قوية وفعالة : المعادلة الخوازمية ، وطول مفتاح التشفير (مقدر بوحدة بيت) ، كما أن عملية التشفير هي عبارة عن عملية تحويل البيانات المشفرة - الرموز و الإشارات - إلى صيغتها الأصلية التي كانت عليها قبل عملية التشفير ، وذلك بإستخدام المفتاح المناسب لفك الشفرة الذي تم اعتماده من قبل طرفي العلاقة العقدية (1) .

الفرع السادس : آلية التشفير وفكها :

عملية التشفير من عمليات الترميز المعقدة والسرية ، يتم اتباع معادلات معينة لتغيير شكل البيانات وعدم تمكين الغير من الإطلاع على البيانات ، وتفسيرها و الإستفادة منها ، حتى وإن تمكن من الوصول إلى هذه البيانات إلا أنها تبقى غير مفهومة ومبهمة لأنه لا يمكن قراءتها دون فك الشيفرة .

وسوف نبين فيما يلي بيان آلية التشفير الذي يتم من خلال نوعين : التشفير التماثلي وغير التماثلي ، وبيان سمة كل نوع من هذه الأنواع وأفضلها ، وذلك على النحو الآتي :

---

(1) محمد فوازمحمد المطالقة ، الوجيز في عقود التجارة الإلكترونية ، دار الثقافة للنشر و التوزيع ، 2008 ، ص 163 .

1) التشفير المتماثل (المفتاح العام) :

يعد التشفير المتماثل النوع الأساسي من أنواع التشفير المستخدمة ، ففي هذا النوع من أنواع التشفير يستخدم كل من مرسل البيانات ومستقبلها المفتاح الخاص ، الذي تم إعداده بين طرفي العلاقة ليتم التشفير من خلاله وتحويل الرسالة إلى رموز وإشارات غير مفهومة ، ومن ثم ، يتم فك التشفير بواسطة المفتاح نفسه المعد للتشفير ، وفي حال إنشاء المفتاح يتم الإتفاق بين الطرفين في البداية على كلمة مرور طويلة - حيث يتم إعداد كلمات مرور طويلة – ليتم استخدامها في التشفير وفك الشيفرة التي تم إعدادها ، فالمفتاح الذي يتم إنشاؤه للمرور يمكن أن يتضمن حروفا كبيرة وصغيرة ورموزا أخرى بحسب ما ينتج عن الخوارزمية التي تم إنشاؤها بين الطرفين للتشفير ، وفي حال إدخال كلمة مرور يتم تحويل عبارة المرور إلى عدد ثنائي يتم فهمه من قبل أجهزة الحاسب ليتم بعد ذلك إضافة رموز أخرى لزيادة طولها ، ويشكل العدد الثنائي مفتاح تشفير الرسالة التي تمت و الذي سوف يستخدم في المستقبل لفك الشيفرة نفسها (1) .

وفي حال إرسال الرسالة إلى الطرف الآخر ، فإنه من الضروري أن تتم قراءة الرسالة التي وصلت، إلا أن قراءة الرسالة بالوضع الذي تم استلامها به يكون صعبا وغير ممكن ، لأن الرسالة المشفرة لا يمكن فهم ماتحويه من رموز و إشارات ، ولإزالة الغموض وبيان الرسالة على شكلها الأصلي يتم استخدام كلمة المرور التي تمت بها عملية تشفير النص المشفر ،وفي هذه الحالة تتم عملية البرمجة مرة أخرى لتشكل كلمة المرور المستخدمة في التشفير و التي تشكل المفتاح الثنائي الذي يتولى عملية التشفير وتحويل النص المشفر إلى شكله الأصلي المفهوم .

يعتمد مفهوم التشفير المتماثل على معيار تشفير البيانات ، ويستند هذا المعيار إلى خوازمية " لوسيفر" التي تستخدم مفتاح تشفير بطول 56 بيت ، تم إعتماد هذا النوع في البنوك لتشغيل آلات الصراف الآلي ، أما العيوب التي تكمن في هذا النوع فهي تبادل المفتاح السري نفسه بين الطرفين من خلال إرساله عبر الأنترنت ، مما يسهل الحصول عليه ، والإطلاع على مفتاح التشفير ليتم إقتحام البيانات التي تم إرسالها ، وتحويل النص المشفر إلى نص مقروء يمكن فهمه ، وهو ما أدى إلى تراجع استخدام هذا النوع من التشفير .

---

(1) لورنس محمد عبيدات ، إثبات المحرر الإلكتروني ، دار الثقافة للنشر و التوزيع ، ص 140 .

2) التشفير اللامتماثل (المفتاح العام والخاص) :

من استخدام النوع السابق للتشفير وعدم نجاحه تم البحث عن بديل يحل محله ويؤدي الغاية المرجوة على أفضل وجه ، وتم التوصل إلى نوع جديد ألا وهو التشفير اللامتماثل ، لحل مشكلة التوزيع غير الآمن للمفاتيح في التشفير المتماثل ، فتم الإستغناء عن نوع واحد من المفاتيح وعوضا عنه تم استخدام مفتاحين في التشفير اللامتماثل تربط بينهما علاقة رياضية متينة ، ويدعى هذان المفتاحان بالمفتاح العام ، والمفتاح الخاص ، ويكون المفتاح الخاص معروفا لدى جهة واحدة فقط أو شخص واحد فقط ، وهو المرسل ، ويستخدم لتشفير الرسالة وفك شفرتها ، أما المفتاح العام فيكون معروفا لدى أكثر من شخص أو جهة ، ويستطيع المفتاح العام فك شيفرة الرسالة التي تم تشفيرها بالمفتاح الخاص بذلك ، ويمكن استخدامه أيضا لتشفير رسائل مالك المفتاح الخاص ، ولكن ليس بإمكان أحد استخدام المفتاح العام لفك شيفرة رسالة تم تشفيرها بواسطة المفتاح العام ، إذ أن مالك المفتاح الخاص هو الوحيد الذي يستطيع فك شيفرة الرسائل التي شفرها المفتاح العام(1) .

ويطلق على نظام التشفير الذي يستخدم المفاتيح العامة بنظام (أر ، أس ، أي) ، وعلى الرغم من أن هذا النظام أفضل وأكثر أمنا من النظام السابق ذكره ، إلا أنه يحتاج إلى وقت أكثر في القيام بعملية التشفير أو فكها ، إذ إن عملية التشفير وفك التشفير يجب أن تتزامنا في الغالب ، كما أن نظام (أر ، أس ، أي) لا يتمتع بدرجة عالية من الأمن فمن المتوقع أن تتم عملية الإختراق ، إذ أن اختراقه أمر ممكن إذا توافر ما يلزم لذلك من وقت ومال ، ولمحاولة الحد من الإختراقات التي تحدث تم تطوير نظام (بي جي بي) ويعد هذا النظام نموذجا محسنا ومطورا من نظام (أر ، أس ، أي) ، ويستخدم هذا النظام مفتاحا بطول (128) بيت ، إضافة إلى استخدامه البصمة الإلكترونية للرسالة ، ولم يتم اختراق هذا النظام حتى يومنا هذا لتوافر درجة عالية من الأمان و الدقة في عمل هذا النظام (2) .

---

(1) محمد فوازمحمد المطالقة ، الوجيز في عقود التجارة الإلكترونية ، دار الثقافة للنشر و التوزيع ، 2008 ، ص 165 .

(2) . نفس المرجع السابق ، ص 165 ، 166 .

الفرع السابع : أنواع التشفير :

هنالك عدة أنواع للتشفير وسنحاول فيما يلي بيان هذه الأنواع بدرجة من التفصيل و بالذات من الناحية الفنية وذلك على النحو التالي :

1) الخصوصية المتميزة : (PGP) أو (نظام فيليب زيمرمان للخصوصية المتفوقة) :

تعد هذه الطريقة من أجود الطرق المستخدمة في تشفير البيانات ، ومن أكثر الطرق المستخدمة في تشفير البيانات ، ذلك لأن هذه الطريقة أكثر أمانا وتمكن من مواجهة أي إعتداء على البيانات المشفرة ليتم فك الشيفرة الخاصة وتحويلها إلى بيانات مقروءة ، لأنه يتوفر فنييون ذو مستوى عال من الخبرة قائمون على إدارة ممتازة ومرنة ، بالإضافة إلى توافر العديد من المعادلات الخوارزمية عالية المستوى وتستخدم في التشفير ، وهذه العوامل هي التي اكتسبت هذه الطريقة الشهرة العالمية ، فأصبحت من أشهر أساليب تشفير البيانات المستخدمة في الرسائل الإلكترونية ، لتوفير الأمن للبيانات المرسلة و المتداولة من خلال شبكة الأنترنت .

ويتم استخدام مفتاح تشفير مزدوج الوظيفة بحيث يقوم هذا المفتاح بتشفير النص ومن ثم يتم فك الشيفرة وتحويل النص المشفر إلى الوضع الذي كان عليه من خلال استخدام نفس المفتاح الذي تم التشفير به ، وهذا المفتاح هو من المفاتيح التقليدية المستخدمة في التشفير ، وأهم ما يميز هذا البرنامج أنه يستخدم في التشفير مفتاحا بطول 128 بيت .

ومعنى ذلك أن هذا البرنامج يعتمد على تشفير البيانات التي تحتويها الرسالة باستخدام أسلوب المفتاح العام و المفتاح الخاص . ويكون هذا الأخير معروفا لدى جهة واحدة أوشخص واحد فقط وهو المرسل ويستخدم لتشفير الرسالة أو فك شفرتها (1) .

---

(1) عصام عبد الفتاح مطر ، التجارة الإلكترونية في التشريعات العربية و الأجنبية ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، 2009 ، ص 71 .

وكان الفضل للعالم " فيليب زيميرمان " ، في إختراع نظام (PGP) لتشفير البيانات ويعتمد في استعماله على مفتاحين للقيام بعملية التشفير ، المفتاح العام و الخاص ، فالمفتاح الخاص ، يستطيع المستخدم بواسطته تشفير البيانات التي يريد إرسالها إلى الطرف الآخر ، كذلك يتمكن بواسطة المفتاح نفسه فك الرموز المشفرة وتحويل النص المشفر إلى نص مقروء ، أما المفتاح العام الذي يتم تداوله من قبل الكافة وبحسب اختيارهم فيتم تشفير البيانات بواسطته ، إلا أن المفتاح الخاص يمتاز بإمكانية فك شيفرة أي رسالة مشفرة بواسطة المفتاح العام المتاح للعامة ، فالمفتاح العام يستطيع فقط إرسال رسائل مشفرة ، إلا أنه لا يتمكن من فك أي شيفرة إطلاقا ،حتى وإن كان كاتب الرسالة نفسه من قام بتشفريها ، بواسطة المفتاح العام ، فإنه لا يستطيع فك شيفرتها ، لأنه لا يملك المفتاح الخاص الذي يمكن فك الشيفرة من خلاله ، لأن المفتاح العام وجد من أجل التشفير فقط وليس من أجل فك الشيفرات (1) .

2) تشفير القرص الصلب :

لم يقتصر التشفير على البيانات فقط بل وصل الأمر إلى القيام بتشفير القرص الصلب لجهاز الحاسب الآلي ، فالقيام بعملية تشفير القرص الصلب تتسم بغاية في البساطة و السهولة ، وتحقق أمانا أكثر من أية عملية تشفير أخرى ، فاستخدام هذه الطريقة يوفر أكبر قدر ممكن من الأمن و الحماية لمستخدمي الشبكة من خلال عدم إتاحة الفرصة للغير للقيام باقتحام البيانات المتوافرة على أجهزة الحاسب الآلي والإطلاع عليها و الإعتداء على خصوصية طرفي العلاقة اللذين قاما بتشفير البيانات المتبادلة بينهما .

فهذه الطريقة سهلة الإستخدام و لا تحتاج إلى متخصص في البرمجة ليقوم بعملية التشفير ، فيتم التشفير من خلال القيام بحجز مساحة معينة من القرص الصلب المتوافر على جهاز الحاسب ، ومن ثم عمل قرص إفتراضي منفصل عن القرص الأصلي ، يتم إدراج كافة البيانات الضرورية بالمستخدم بحيث لا يتمكن الغير من الدخول إلى هذا القرص الإفتراضي و الإطلاع على البيانات التي يحتويها هذا القرص ، ويتم تحديد مساحة القرص الإفتراضي بحسب احتياجات الشخص ، بعد القيام بعمل قرص إفتراضي .

فيتم وضع كلمة سر لهذا القرص من قبل المستخدم بحيث لا يتمكن الغير من استعماله لأن مفتاح التشفير الخاص (أي كلمة السر) تكون مع المستخدم فقط ، و القيام بعملية تحديد كلمة السر لا تستغرق من المستخدم أكثر من خمس ثوان لإعدادها (2) .

---

(1) عصام عبد الفتاح مطر ، التجارة الإلكترونية في التشريعات العربية و الأجنبية ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، 2009 ، ص 168 .

(2) نفس المرجع السابق ، ص169 .

الفرع الثامن : المحررات الإلكترونية :

وجدنا من خلال دراسة المحررات التقليدية بأنواعها وحجيتها في الإثبات ، أن هذه المحررات تكون مكتوبة بخط اليد ومذيلة بتوقيع الأطراف الذين تصدر عنهم وذلك وفق حركات خطية صادرة أيضا عنهم ، ووجدنا أن أهمية المحررات تبرز ليس بكتابتها فحسب وإنما بتوقيع صاحب الشأن على هذا المحرر ، ولا عبرة للكتابة في بعض الأوراق دون توقيع حتى لو كتب بخط اليد ، إلا أنها قد تشكل في هذه الحالة مبدأ ثبوت الكتابة على غرار ماقررته مثلا المادة الثالثة من قانون البيانات الأردني ، ومع التطور التكنولوجي في وسائل الإتصال الحديثة ، أوجد العلم وسائل حديثة يتم من خلالها تناول البيانات و المخاطبات بين أطراف العلاقة العقدية و التي بدأت بالفاكس و التلكس ، ففي هذا النوع من المخاطبات لا يصل المرسل إليه أصل المحرر وإنما صورة عنه ، ولم تشتمل قوانين البيانات على قواعد قانونية لمعالجة هذا النوع من المخاطبات وإنما تركت أمره للقضاء للفصل في المنازعات الصادرة بشأن المخاطبات التي تتم بهذه الطريقة ، حيث اعتبرت محكمة التمييز الأردنية على سبيل المثال ، أن المخاطبات التي تتم بواسطة الفاكس من قبيل المحررات غير الرسمية و بالتالي أضفت عليها نوعا من الحجية ، ومع ازدياد التقدم العلمي وظهور الحاسب الآلي وشبكات الأنترنت ، أصبح إجراء المراسلات و التعاقدات يتم في الغالب عن طريق هذه الشبكة من خلال أجهزة الحاسب ، و الذي يتم عمليا بقيام أحد الأطراف بصياغة المعلومات التي يريدها و المتضمنة عرضا تجاريا ما من خلال الحاسب على الشبكة ، وذلك بعد أن يقوم بوضع عنوان المرسل إليه إذا كان هذا الخطاب موجها إلى شخص معين بالذات أو يوجهها للعامة ويرسلها عبر الشبكة ، وهو مايعرف في قوانين التجارة الإلكترونية برسالة البيانات أو المحررات الإلكترونية ، أو المسميات الأخرى والذي يتم من خلاله انعقاد العقد في التجارة الإلكترونية (1) .

وعلى سبيل المثال أيضا فإن القانون الفرنسي الصادر بتاريخ 21 جوان 2004 و المتعلق بالثقة في الإقتصاد الرقمي ، (LCEN (Loi pour la confiance dans l'economie numerique، أدى في حد ذاته إلى تعديل المادة 01/1108 من القانون المدني الفرنسي والتي أصبحت تساوي بين الدعامة المادية والإلكترونية وذلك في حالة ما إذا كانت الكتابة شرط صحة لمعاملة ما (2) .

---

(1) لورنس محمد عبيدات ، إثبات المحرر الإلكتروني، دار الثقافة للنشر و التوزيع ، 2005 ، ص 75 .

(2) Luc GRYNBAUM , *Les équivalents électronique des écrits exigés* , Article n° 139 , JurisClasseur , 2005 , P. 32 .

1) مفهوم المحرر الإلكتروني :

تعتبر رسائل البيانات التي يتبادلها طرفي العلاقة العقدية هي التي يعول عليها في إثبات التصرف القانوني الذي أبرم إلكترونيا ، لذلك سنقوم بتعريف المحرر الإلكتروني من خلال ما أورده قانون الأونسترال النموذجي و بعض قوانين المعاملات الإلكترونية العربية ، وآراء الفقه وذلك للوصول إلى بيان الشروط الواجب توافرها في هذا النوع من المحررات .

لقد نصت المادة الأولى من قانون الأونسترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية على تعريف رسالة البيانات بأنها : " المعلومات التي يتم إنشاؤها أو إرسالها ،أو استلامها ، أو تخزينها بوسائل إلكترونية أو ضوئية ، أو بوسائل مشابهة ، بما في ذلك على سبيل المثال لا الحصر تبادل البيانات الإلكترونية، أو البريد الإلكتروني ، أو البرق ، أو التلكس أو النسخ البرقي " .

ونجد أن قانون الأونسترال عرف المحرر الإلكتروني من خلال تعريفه لرسالة البيانات ، أما قانون المعاملات الإلكترونية الأردني فعرف المحرر التجاري في المادة الأولى منه وذلك أيضا من خلال تعريفه لرسالة المعلومات و الذي جاء مطابقا للتعريف الذي جاء به قانون الأونسترال النموذجي .

أما قانون المعاملات الإلكترونية لإمارة دبي فعرف المحرر الإلكتروني من خلال نصه على المستند الإلكتروني في المادة الثانية منه بقولها أن المستند الإلكتروني هو " سجل أو مستند يتم إنشاؤه أو تخزينه أو استخراجه أو نسخه إو إرساله ، أو إبلاغه ، او استلامه بوسيلة إلكترونية ،على وسيط ملموس أو على أي وسيط إلكتروني آخر ، ويكون قابلا للإسترجاع بشكل يمكن فهمه " ، كما أن قانون التوقيع الإلكتروني المصري ، عرف المحرر الإلكتروني " رسالة بيانات تتضمن معلومات تنشأ كليا أو جزئيا بوسيلة إلكترونية أو رقمية ، أو ضوئية ، أو أية وسيلة أخرى مشابهة " .

أما بعض الفقه فنجد أنه عرف المحررالإلكتروني من خلال رسالة البيانات الإلكترونية بأنها : " معلومات إلكترونية ترسل أو تستلم بوسائل إلكترونية أيا كانت وسيلة استخراجها في المكان المستلمة فيه" ، وهذا التعريف أيضا أعطى المحرر الإلكتروني مجالا واسعا بحيث لم يقتصره على شبكة الأنترنت بل أجاز ذلك بوسائل إلكترونية أخرى كأن تكون رسالة البيانات مرسلة عن طريق الفاكس أو التلكس أو أية وسيلة تقنية متاحة في المستقبل (1) .

2) الشروط الواجب توافرها في المحرر الإلكتروني :

حتى يكون للمحرر الإلكتروني الحجية الكاملة بالإثبات وإمكانية مساواته بالمحررات التقليدية ، يجب أن تتوافر في هذا النوع من المحررات شروط منها مانصت عليه صراحة بعض قوانين الدول ، وقانون الأونسترال النموذجي ، ومنها مايمكن استنباطه من خلال النصوص .

---

(1) . لورنس محمد عبيدات ، إثبات المحرر الإلكتروني ، دار الثقافة للنشر و التوزيع ، 2005 ، ص 78 .

1- الكتابة :

تعتبر الكتابة أسلوبا للتعبير عن الإرادة و التي تتضمن الحروف في شكل مادي ظاهر ويعبر عن معنى كامل أو فكرة مترابطة صادرة من الشخص الذي نسبت إليه ، وفي الواقع لا توجد شروط معينة للكتابة ، فالقوانين لا تشترط شكلا معينا فيها إضافة إلى عدم اشتراطه شكلا في الأداة التي تكتب فيها هذه المحررات ، فكل عبارة تدل على المعنى المقصود تصلح بعد توقيعها أن تكون دليلا .

أما بالنسبة للكتابة الموجودة في المحرر الإلكتروني فهي تكون على شكل معادلات خوارزمية تنفذ من خلال عمليات إدخال البيانات وإخراجها من خلال شاشة الحاسب ، والتي تتم من خلال تغذية الجهاز بهذه المعلومات عن طريق وحدات الإدخال والتي تتبلور في لوحة المفاتيح أو استرجاع المعلومات المخزنة في وحدة المعالجة المركزية ، وبعد الفراغ من معالجة البيانات يتم كتابتها على أجهزة الإخراج التي تتمثل في شاشة الحاسب أو طباعة هذه المحررات على الطابعة أو الأقراص الممغنطة أو أي وسيلة من وسائل تخزين البيانات ، ومما يتصل بالكتابة الإلكترونية بمفهومها الحديث تطرح على الساحة المصنفات الرقمية والتي تتم عن طريق النشر عبر شبكة الأنترنت عن طريق معالجة المعلومات معالجة رقمية حيث تحول المعلومات إلى أرقام تتكون من الرقمين (صفر وواحد) وبالتالي تخزن في أجهزة الحاسب وتكون مرتبة بشكل يفهمه الحاسب ويقوم بترجمتها وتحويلها إلى حروف وكلمات (1) .

2- التوقيع :

حتى يكون للمحرر العرفي الحجية الكاملة في الإثبات فإنه لابد أن يشتمل على توقيع من صدر عنه، فالتوقيع هو الشرط الجوهري في المحرر الذي يقصد به إقرار الموقع لما هو موجود أو مدون في المحرر ، ولقد بينت قوانين عدة دول أنواع التوقيع التقليدي سواء كان بالإمضاء أو الختم أوبصمة الأصبع .

إلا أنه مع التطور التكنولوجي ظهر التوقيع الإلكتروني والذي عرفه القانون الأردني على سبيل المثال المتعلق بالمعاملات الإلكترونية في المادة الثانية منه على أنه : " البيانات التي تتخذ هيئة حروف أوأرقام أورموز أو إشارات أوغيرها وتكون مدرجة بشكل إلكتروني أو رقمي أو ضوئي أو أي وسيلة أخرى مماثلة في رسالة معلومات أو مضافة عليها أو مرتبطة بها ولها طابع يسمح بتحديد هوية الشخص الذي وقعها ويميزه عن غيره من أجل توقيعه ويفرض الموافقة على مضمونه .

وفي مجال العقود و المحررات الإلكترونية فإن القانون قد يشترط التوقيع على المحرر الإلكتروني حتى ينتج آثاره القانونية ، وبالتالي اعتبرت هذه القوانين أن التوقيع الإلكتروني يفي بهذا الشرط إذا كان مستوفيا لما يتطلبه القانون .

---

(1) . لورنس محمد عبيدات ، إثبات المحرر الإلكتروني ، دار الثقافة للنشر و التوزيع ، 2005 ، ص 79 .

كذلك فإن قانون الأونسترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية اعتبر أن التوقيع الإلكتروني يفي بالشروط في حال إن اشترط القانون وجود توقيع على رسالة بيانات و التي تمثل المحرر الإلكتروني في حال توافرت الشروط التي يتطلبها القانون أيضا في التوقيع الإلكتروني وذلك في المادة07 منه .

3 - التوثيق :

أوجب القانون على أي شخص يقوم بأي تصرف من خلال شبكة الأنترنت توثيق التصرف الذي تم، ذلك للحفاظ على حقوق المتعاملين من خلال شبكة الأنترنت من أي اعتداء أو غش يمكن أن يمارس عليهم من الغير ، مما استوجب ذلك القيام بالبحث عن طريقة يتم إدراج كافة المحررات الإلكترونية بها ليتم إصدار محررات ذات قيمة قانونية و البعد عن الإعتداء على حقوق الغير .

إن إصدار أي محرر إلكتروني مهما كان لا بد من القيام بتوثيق المحرر لدى جهة معتمدة يتم تحديدها من قبل الحكومة ولا يشترط أن تكون جهة توثيق المحرر لدى جهة واحدة بالنسبة لكافة الدول ، فعمل هذه الجهة يكمن بالتحقق من صحة المحرر الذي تم إصداره وعمن صدر ، أو القيام بتتبع التغيرات والأخطاء التي حدثت بعد إنشاء المحرر ، سواء كان من خلال استخدام وسائل التحليل للتعرف على الرموز و الكلمات والأرقام وفك الشفرات أو أي وسيلة يتم استخدامها في التحقق من صحة المحرر ، ليتم بعد ذلك منح صاحب المحرر شهادة التوثيق و التي تؤكد صحة المحرر لتكون حجة على من يدعي بعدم صحة المحرر الذي صدر (1) .

في حال إتمام توثيق المحرر الإلكتروني يتم منح صاحب المحرر رمز التعريف الشخصي الخاص به، ويتم إصدار هذا الرمز من قبل الجهة المختصة والمرخص لها بتوثيق المحررات الإلكترونية ، ويستفاد من هذا الرمز في إمكانية تمييز المحرر عن غيره ويتم استخدامه من قبل الشخص المرسل إليه ليميز المحررات عن بعضها لكي لا يتم الخلط بين المحررات وعدم إمكانية تمييزها فيما بعد .

---

(1) . الفصل الثامن من قانون المبادلات التونسي " إحداث مؤسسة عمومية لا تكتسب صيغة إدارية تتمتع بالشخصية المعنوية وبالإستقلال المالي أطلق عليها إسم " الوكالة الوطنية للمصادقة الإلكترونية " ، وتخضع في علاقاتها مع الغير إلى التشريع التجاري ومقرها بتونس العاصمة . تتولى هذه المؤسسة القيام خاصة بالمهام التالية:
- منح ترخيص تعاطي نشاط مزود خدمات المصادقة الإلكترونية على كامل تراب الجمهورية التونسية ، - السهر على مراقبة احترام مزود خدمات المصادقة الإلكترونية لأحكام هذا القانون والنصوص التطبيقية ، - تحديد مواصفات منظومة إحداث الإمضاء والتدقيق ، - إبرام اتفاقيات الإعتراف المتبادل مع الأطراف الأجنبية ، - إصدار وتسليم وحفظ شهادات المصادقة الإلكترونية الخاصة بالأعوان العموميين المؤهلين للقيام بالمبادلات الإلكترونية ويمكن أن يتم ذلك مباشرة أو عبر مزودي خدمات مصادقة إلكترونية عموميين . وبصفة عامة كل نشاط آخر يقع تكليفها به من قبل سلطة الإشراف وله علاقة بميدان تدخلها . وهي تخضع لإشراف الوزارة المكلفة بالقطاع " .
أما بالنسبة للمادة 2 من قانون المعاملات الأردني على سبيل المثال فتنص على أنه " إجراءات التوثيق المتبعة للتحقق من أن التوقيع الإلكتروني أو السجل الإلكتروني قد تم تنفيذه من شخص معين ، أو لتتبع التغيرات و الأخطاء التي حدثت في سجل إلكتروني بعد إنشائه بما في ذلك استخدام وسائل التحليل للتعرف على الرموز و الكلمات والأرقام وفك التشفير والإستعادة العكسية وأي وسيلة أو إجراءات أخرى تحقق الغرض المطلوب " .

ومن جهة أخرى وعلى سبيل المثال أيضا وبخصوص التعليق على القانون الفرنسي (مرسوم) رقم 2005- 973 ، الصادر بتاريخ 10 /08/ 2005 والمتضمن العقود المعالجة من طرف الموثقيين ، فإن الشيء الجديد الحقيقي هو في الباب الثالث من هذا القانون والذي يتعلق بالعقود المعالجة على دعامة إلكترونية ، فنلاحظ أن التوثيق سينظم وثيقته الخاصة المتعلقة بالكتابة الغيرمادية (الإفتراضية) لأن المجلس الأعلى للتوثيق الذي سيحصل على الإعتماد مثلما نص عليه هذا القانون بقوله " أنظمة معالجة وإرسال المعلومات " ، وبذلك يصبح الموثقين يستعملون هذه الأنظمة المعتمدة كل ذلك بسبب ظهور الكتابة الإلكترونية (1) .

4- إمكانية الإحتفاظ بالمحرر الإلكتروني في شكله الأصلي المتفق عليه :

يتضمن هذا الشرط أنه لكي يعتبر المحرر الإلكتروني دليلا كاملا في الإثبات يجب أن يكون قابلا للإحتفاظ به بشكله الأصلي الذي نشأ به والمتفق عليه بين طرفي العلاقة ، وقد جاء النص على هذاالشرط في المادة الثامنة من قانون الأونسترال النموذجي ، و حتى القوانين العربية للتجارة الإلكترونية ، حيث تؤكد هذه النصوص على سلامة المعلومات الواردة في المحرر الإلكتروني دون أن يلحقها أي تغيير في شكلها الأصلي الذي نشأت به .

وللتعرف أكثر على وسائل الإحتفاظ بالمحررات أو المستندات الإلكترونية فإننا سوف نستعرض هذه الوسائل والتي بدأت تنتشر مع انتشار المعلومات المعالجة بواسطة الحاسب الآلي ، سواء كانت ممغنطة أوضوئية أو عن طريق المصغرات الفيلمية ، ونجمل الحديث عن وسائل الإحتفاظ بالمحررات أو المستندات الإلكترونية في التالي بيانه .

أ - الشريط المغناطيسي :

وهوعبارة عن شريط من البلاستيك مطلي بمادة معدنية قابلة للمغنطة يبلغ عرضه من(1/4 ، 1/2 بوصة) ، وقد يكون ملفوفا على بكرة مثل التي يتم استخدامها في أجهزة التسجيل الصوتي والمرئي، ويتم التسجيل عليها كما هو الحال بالنسبة لشرائط التسجيل الصوتي لكونها تحتوي على رأس للقراءة و الكتابة تسجل على شكل نقاط مغناطيسية بشفرة خاصة تدل على البيانات المتوافرة في الحاسب .

---

(1) Luc GRYNBAUM , Philippe STOFFEL-MUNCK , et Cyril CHABERT , CONTRAT ELECTRONIQUE , Un acte authentique électronique pour les notaires , *Commentaire du décret n° 2005-973 du 10 Aout 2005 relatif aux actes établis par les notaires* , article n° 156 , Jurisclasseur ; 2005 , p. 31 .

ب - شبكة الأنترنت :

تعد شبكة الأنترنت الآن من أكثر الوسائل المستخدمة في حفظ المعلومات ، ذلك لسهولة استرجاع البيانات من خلالها من دون حمل أي جهاز ، فمن خلال الدخول إلى شبكة الأنترنت والدخول إلى الموقع الخاص وإدخال رمز التعريف الشخصي يتم حفظ واسترجاع كافة المعلومات التي يريدها الشخص دون الحاجة إلى القيام بتصرفات إضافية ، إلا أن هذه الوسيلة تعاب بعدم الأمان إذا لم يتم اتخاذ كافة وسائل الأمان في حفظ البيانات ،لأن الشبكة تتعرض في كثير من الأحيان إلى عمليات القرصنة وسرقة المعلومات أو تدميرها .

ج - الأقراص المرنة :

تعتبر من أكثر الوسائل المتداولة في تخزين البيانات واسترجاعها ويتم استخدام هذه الأقراص في كافة الحواسيب وذلك لسهولة استخدامها وتداولها ، وهذه الأقراص تكون على شكل دائرة وتصنع من مادة رقيقة من البلاستيك ومطلية بمادة حساسة وممغنطة من أكسيد الحديد وتتنوع هذه الأقراص فمنها مايقبل التسجيل على وجه واحد للسطح ومنها ما يكون مزدوج السطح للتسجيل ،و يحتوي القرص المرن على فتحة يتم من خلالها قراءة ما يوجد على هذا القرص بواسطة وحدة الأقراص وذلك من خلال ملامسة الرأس لسطح القرص المغناطيسي ومن ثم ينتج عنها عملية الكتابة أو القراءة سواء من حيث الإسترجاع أم الإدخال ، وظهر في الآونة الأخيرة نوع جديد من الأقراص يسمى CD وهو على شكل دائري يحتوي في داخله على شريط مغناطيسي يتم تسجيل البيانات واسترجاعها عليه، ويتميز بسعته التي تفوق القرص العادي ويتميز هذا القرص بأنه للقراءة فقط ولا يمكن الكتابة عليه ، إلا بوجود جهاز معاون للكتابة يختلف عن جهاز القراءة مما يجعله أكثر أمانا في اعتباره دليلا من أدلة الإثبات .

د - القرص الصلب :

يوجد هذا القرص في جهاز الحاسب وهو عبارة عن قرص معدني رقيق مطلي بمادة مغناطيسية ، ويتم صنعه في الغالب من سبائك الألمنيوم ، ويتسم القرص بقدرته العالية في التخزين التي تفوق كثيرا الأنواع الأخرى ، إضافة إلى تميزه بسرعة عالية في تسجيل واسترجاع البيانات ، كونه مرتبطا بالجهاز ارتباطا أساسيا مما يجعله أسرع من الأقراص المرنة ، كما أنه لا يمكن تحريكه من مكان لآخر إلا مع الجهاز نفسه لذلك يطلق عليه القرص الثابت .

5) إمكانية استرجاع المحررات الإلكترونية المحفوظة :

إن عملية إدخال البيانات الإلكترونية سواء كان من خلال أجهزة الحاسب أو من خلال شبكة الأنترنت أو أي وسيلة إلكترونية أو مشابهة ، المتوافرة على شبكة الأنترنت ، يمكن من خلالها قراءة البيانات التي يتم إرسالها بنفس الطريقة التي أرسلت بها . وفي هذه الحالة نجد أن توافرها على الشبكة يحقق فاعلية أكثر بطريقة تمكن من استرجاع هذه البيانات من خلال أي جهاز إلكتروني يمكن ربطه على

الشبكة ، أما في حال حفظه على قرص صلب أو مرن فإنه يتوجب ربط هذه الأقراص ليتمكن المستخدم من استرجاع هذه البيانات وهذا التصرف يحقق الفعالية المباشرة والسرعة المرجوة في التعامل من خلال الشبكة .

الفرع التاسع : حجية المحررات الإلكترونية في الإثبات :

يزداد الإعتماد يوما بعد يوم على استخدام وسائل تقنية في إدارة الأعمال المختلفة ،في الوقت الذي يتجه فيه العالم نحو تقنية الرقميات و العولمة الرقمية كبديل لعالم المحسوسات ، هذا العالم الذي يعتمد على البيانات و الملفات المخزنة في أنظمة المعلومات الإلكترونية كبديل للبيانات المحررة ورقيا وعلى حوافظ الملفات التقليدية ، مما يؤدي إلى ازدياد الإهتمام ببيان حجية وقوة وسائل التخزين التقني لهذه المعلومات ، إضافة لبيان مدى حجيات مستخرجات الحاسوب في ظل النظام القانوني التقليدي للإثبات ، إضافة لبيان مدى استيعابه لهذه الأنماط المستجدة من وسائل إثبات التصرفات التعاقدية في مجال التعاقدات المدنية والتجارية .

ولأن مشروعية الإثبات الإلكتروني ليست بالأمر الجديد ، حيث قام الفقهاء ببحث حجيته في ظل الإستثناءات الواردة في النصوص التقليدية القائمة ، لإضفاء القوة الثبوتية على المحررات الإلكترونية والذي ثبت في بعض الحالات عدم انسجام هذه النصوص وعدم كفايتها بصورة كاملة مع الوضع الحالي والذي أدى لتدخل إصلاحات تشريعية تتناول هذه التعاقدات الإلكترونية و الوسائل الحديثة بالشرح و التفصيل مضفيا عليها قوة ثبوتية دافعة (1) .

1) حجية المحررات الإلكترونية في التصرفات التجارية :

يسود في المعاملات التجارية مبدأ حرية الإثبات والذي يعني حرية الأطراف في إقامة الدليل بأي طريقة يرونها مناسبة ويأتي هذا المبدأ على سبيل المثال من خلال المادة 30 من القانون التجاري الجزائري والمادة 60 من قانون الإثبات المصري والمادة 28 من قانون البيانات الأردني ، حيث استثنت هذه المواد الأعمال التجارية من أحكام الإثبات بالكتابة ، مما يعني أحقية أطراف العلاقة التجارية من إثبات تصرفاتهم بالطريقة التي يرونها مناسبة ، ومنها البينة والقرائن أو أي وسيلة أخرى ، ويأتي هذا نظرا لما تقتضيه طبيعة هذه التصرفات من السرعة والبساطة ، ولما تستغرقه من وقت قصير في تنفيذها .وقياسا على ما سبق ذكره فإنه إذا كان طرفا العلاقة العقدية قد استخدما وسائل حديثة في إبرام تعاقداتهما سواء تم ذلك من خلال الأنترنت أو تبادل البيانات الإلكترونية و المحررات الإلكترونية جاز لهم الإثبات بهذه الوسائل ، شريطة أن يكون التصرف يصب في إطار تجاري محظ ، فإذا كان التصرف قد صدر من تاجر في غير أعماله التجارية وبقصد تحقيق رغباته العادية اليومية فإن هذا التصرف لا ينطبق عليه مبدأ حرية الإثبات (2) .

---

(1) لورنس محمد عبيدات ، إثبات المحرر الإلكتروني ، دار الثقافة للنشر و التوزيع ، 2005 ، ص 91 .
(2) نفس المرجع السابق ، ص 109 ، 110 .

2) حجية المحررات الإلكترونية في التصرفات المدنية :

إن معظم تشريعات الدول المدنية أوجبت الكتابة في التصرفات التي تزيد قيمتها عن النصاب القانوني المحدد في نفس القانون ، وبالنتيجة فإنه يجوز إثبات هذه التصرفات بكافة الطرق مادام أن قيمة هذه التصرفات لم تتجاوز النصاب خاصة إذا لم يكن بيد الأطراف دليل كتابي كامل .

والجدير بالذكر هنا هو أن القانون المدني الجزائري تدارك هذا الأمر إلى أبعد من ذلك ، بحيث تنص المادة 323 مكرر من نفس القانون و التي تأتي في أعقاب التعديل بموجب القانون رقم 10/05 المؤرخ في 20 يونيو 2005 بمايلي : " ينتج الإثبات بالكتابة من تسلسل حروف أو أوصاف أو أرقام أو أية علامات أو رموز ذات معنى مفهوم ، مهما كانت الوسيلة التي تتضمنها ، وكذا طرق إرسالها " .

ويعود القانون المدني الجزائري ليدقق أكثر في هذه الفكرة فتنص المادة 323 مكرر 1 والتي تدخل في نفس التعديل على أنه " يعتبر الإثبات بالكتابة في الشكل الإلكتروني كالإثبات بالكتابة على الورق، بشرط إمكانية التأكد من هوية الشخص الذي أصدرها أو تكون معدة ومحفوظة في ظروف تضمن سلامتها " .

وهنا القانون المدني الجزائري يعترف صراحة بإمكانية الإثبات عن طريق كافة أنواع الأجهزة الإلكترونية في المسائل المدنية شريطة أن تكون صحيحة المصدر وسليمة التخزين .

الفرع العاشر : مدى استجابة التشريعات للإثبات بالوسائل الإلكترونية الحديثة :

نتيجة للتطورات التكنولوجية التي أحدثت ازدهارا في التجارة الإلكترونية سواء على الصعيد الداخلي في الدولة الواحدة أو على الصعيد الدولي ، فقد برزت معه الحاجة لدى العديد من الدول والمنظمات الدولية لمجاراة هذه التطورات في تشريعاتها وذلك بإزالة العوائق التشريعية التقليدية التي قد تؤدي إلى تأخر تطور التجارة الإلكترونية (1) .

---

(1) لورنس محمد عبيدات ، إثبات المحرر الإلكتروني ، دار الثقافة للنشر و التوزيع ، 2005 ، ص 115 .

1) قانون الأونسترال :

ارتأت لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي عندما وضعت قانون الأونسترال أن يكون أداة فعالة للدول لكي تقوم بتطوير تشريعاتها الداخلية لكي تتلائم والمعطيات الجديدة في التجارة التي نتجت من التطور التكنولوجي في مجال الإتصال والمعلومات ، إضافة إلى مساعدة مستخدمي هذه الوسائل الحديثة و الباحثين في هذا المجال ، فهذا القانون يساعد الدول التي لا تزال تستخدم الأساليب التقليدية في حفظ المعلومات وتدارك المساوئ الناجمة عن قصور التشريعات الوطنية في مجاراة الأساليب الحديثة في التعاقدات والتجارة الداخلية والدولية في آن معا ، كما أنه يساعد كأداة في تفسير بعض الإتفاقيات الدولية و التي قد ينجم عنها عرقلة استعمال الأساليب الحديثة ، والذي بدوره يدعم فكرة إعطاء حجية أقوى للمحررات الإلكترونية .

2) موقف تشريعات بعض الدول من ذلك :

على سبيل المثال فقد شكل القانون الفرنسي المتعلق بالثقة في الإقتصاد الرقمي ثورة هائلة في تأطير العقود التجارية الإلكترونية الداخلية منها والخارجية من جميع جوانبه العملية تقريبا ، أما بالنسبة للتشريعات العربية فنجد على سبيل المثال القانون التونسي المتعلق بالمبادلات الإلكترونية الصادر في سنة2000 أنه جاء أيضا شاملا ووسع من حجية المحررات الإلكترونية ، وكذلك الشأن بالنسبة لقانون المعاملات الإلكترونية الأردني فقد شكل إصداره نقطة تحول في مجال احتوائه للوسائل الإلكترونية في إبرام العقود وإعطاء المحررات الإلكترونية ذات الحجية التي تتمتع بها المحررات التقليدية الورقية . ومن جهة أخرى فنجد أن القانون المصري أيضا قد واكب التطورات الحديثة التي يشهدها العالم في الوقت الحاضر في مجال تكنولوجيا المعلومات ، و التحول من الشكل الكتابي المحسوس للمحررات إلى المحررات الإلكترونية و الشكل الرقمي ، و الذي جاء مع ظهور الحواسيب و الأنترنت ، وما فرضته التجارة الإلكترونية ، والتي فرضت على التشريع المصري ضرورة إعادة النظر في المبادئ التقليدية لقانون الإثبات (1) .

---

(1) لورنس محمد عبيدات ، إثبات المحرر الإلكتروني ، دار الثقافة للنشر و التوزيع ، 2005 ، ص 118 ، 119 ، 120 .

3) التوقيع الإلكتروني :

لم تعد الوسيلة التقليدية في إثبات وتوثيق العقود وهي التوقيع الخطي مناسبة للمعاملات و المبادلات الإلكترونية ، والتي يتعذر معها توافر هذا التوقيع وذلك لإحلال الوسيط الإلكتروني محل الوسيط الورقي .

ومن هنا ظهرت الحاجة الملحة إلى ضرورة إيجاد بديل إلكتروني يحل محل التوقيع الخطي اليدوي ويؤدي نفس وظائفه من حيث التوثيق والإثبات ، فظهر التوقيع الإلكتروني كتقنية يستطيع بها الأطراف المتعاملون بنظام التبادل الإلكتروني للبيانات و الرسائل الإلكترونية عن طريق توثيق معاملاتهم (1) .

4) مفهوم التوقيع الإلكتروني :

إن ظهور التوقيع الإلكتروني كمصطح جديد يقتضي محاولة بيان المقصود بهذا المصطلح والذي نشأ كنتيجة لإستخدام الحاسب الآلي في إجراء المعاملات بين الأفراد وسواء كانوا تجارا أو أفرادا عاديين وكذلك بينهم وبين المؤسسات ، والذي جاء نتيجة لإستخدام وسائل الإتصال الحديثة و الأنترنت والتي أحدثت ثورة هائلة في مجال المعلوماتية و الإتصالات ، وقد انعكس على تعاملات الأفراد من خلال إمكانية إبرام العقود وتبادل البيانات عبر هذه الوسائل الأمر الذي أدى إلى الإتجاه نحو التوقيع الإلكتروني لكي يتماشى مع هذه الوسائل الحديثة .

تعريف التوقيع الإلكتروني :

تباينت التعريفات التي أعطيت للتوقيع الإلكتروني وذلك بحسب الزاوية التي ينظر منها إلى هذا التعريف ، فعلى سبيل المثال فقد تم تعديل بعض نصوص القانون المدني الفرنسي لتتفق مع التوقيع على العقود و المحررات الإلكترونية فنص في المادة 1316 مدني المعدلة بالقانون الصادر في 13 مارس 2000 بتعريف التوقيع بأنه " التوقيع الذي يميز هوية صاحبه ... وإذا ماتم التوقيع في شكل إلكتروني وجب استخدام طريقة موثوق بها لتمييز هوية صاحبه " .

عرف القانون المصري أيضا التوقيع الإلكتروني في القانون رقم 15 لسنة 2004 في المادة الأولى المخصصة للتعريفات على أنه " ما يوضع على محرر إلكتروني ويتخذ شكل حروف أو أرقام أو رموز أو إشارات أو غيرها ويكون له طابع متفرد يسمح بتحديد شخص الموقع ويميزه عن غيره " .

---

(1) خالد ممدوح إبراهيم ، إبرام العقد الإلكتروني دار الفكر الجامعي، 2006 ، ص 191 .

كما أننا نجد أن غالبية التشريعات الحديثة المعنية بتنظيم معاملات التجارة الإلكترونية وضعت تعريفا للتوقيع الإلكتروني ، ونكتفي في هذا المقام بعرض أهم هذه التعريفات ، ففي الولايات المتحدة الأمريكية نص القانون الفدرالي على أنه يقصد بالتوقيع الإلكتروني " أي رمز أو وسيلة بصرف النظر عن التقنية المستخدمة إذا ماتم نسبته إلى شخص يرغب في توقيع مستند" . ولقد عرف قانون الأونسترال النموذجي التوقيع الإلكتروني لسنة 2001 بأنه " بيانات في شكل إلكتروني مدرجة في رسالة بيانات أو مضافة إليها أو مرتبطة بها منطقيا ، ويجوز أن تستخدم لتعيين هوية الموقع بالنسبة إلى رسالة بيانات ولبيان موافقة الموقع على المعلومات الواردة فيها (1) .

5) حجية التوقيع الإلكتروني :

التوقيع في الشكل الكتابي يمكن أن يؤدي مجموعة متنوعة من الوظائف حسب طبيعة المستند الذي يحمل التوقيع ، فمثلا التوقيع يمكن أن يكون دليلا على نية الموقع الإقرار بتحريره نص المستند ، وأيضا كدليل للإثبات في حالة قيام نزاع مستقبلي بين الأطراف ، وكذلك فهو أداة للتعبير عن إرادة الشخص في قبوله الإلتزام بمضمون العقد ووسيلة لتوثيق العقد و تأمينه من التعديل ، كما أنه يميز شخصية صاحبه ويحدد هويته . أما التوقيع الإلكتروني فخلاف قيامه بالوظائف السابقة فهو يتفوق على التوقيع التقليدي بالنظر إلى أن الإستيثاق من شخصية صاحب التوقيع يتم بشكل روتيني في كل مرة يتم فيها استخدام الرقم السري أو المفتاح الخاص ، وبالتالي فإنه لا مجال للإنتظار حتى ينشب النزاع للبحث في مدى صحة التوقيع كما هو الشأن في معظم الأحوال بصدد المحررات الموقعة بخط اليد ، أضف إلى ذلك ما توفره التقنية الحديثة المستخدمة في تأمين التوقيع الإلكتروني عن طريق ما يسمى نظام المعاملات الإلكترونية الآمنة ، ويوفر هذا النظام التحقق من شخصية صاحب التوقيع (2) .

ورغم أن التوقيع الإلكتروني يمكنه القيام بذات وظيفة التوقيع التقليدي إلا أنه غير مستوف للشكل الذي يتطلبه القانون ، فهو نتاج حركة يد الموقع ، ولكنه لا يتم بشكل الحركة الذي يحدده القانون في الإمضاء أو الختم أو البصمة والذي لا يعتد بأي شكل آخر للتوقيع ، إضافة إلى أنه يتم عبر وسيط إلكتروني .

ولذلك نجد التشريعات الوطنية الحديثة و الإتفاقيات الدولية أجازت أن يكون التوقيع اللازم بأي شكل آخر مثل الخاتم أو التنقيب أو بالصورة المطابقة للأصل أو بوسائل إلكترونية فاتفاقية الأمم المتحدة للنقل البحري للبضائع لسنة 1978 (والمعروفة بقواعد هامبورج) نصت المادة 03/14 على أنه " يجوز أن يكون التوقيع على سند الشحن بخط اليد أو طباعة أو بالصورة المطابقة أو بالتنقيب أو بالخاتم أو بالرموز أو بأي وسيلة آلية أو إلكترونية أخرى لا تخالف قانون البلد الذي يوقع فيه سند الشحن " .

---

(1) خالد ممدوح إبراهيم ، إبرام العقد الإلكتروني دار الفكر الجامعي، 2006 ، ص 192 .
(2) . نفس المرجع السابق ، ص 193 .

وقد نصت المادة 07 من القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية " الأونسترال " على الإعتراف بالتوقيع الإلكتروني بشرط أن يكون التوقيع دالا على هوية الشخص الموقع .

كما اعترف التوجيه الأوروبي الصادر في 13 ديسمبر 1999 بالتوقيع الإلكتروني وحث الدول الأعضاء في الإتحاد الأوروبي على منحه الحجية القانونية في التعاملات الإلكترونية ، وقد ميز هذا التوجيه بين نوعين من التوقيع الإلكتروني ، الأول التوقيع الإلكتروني المعزز أو المؤهل و التوقيع غير المعزز .

ونص القانون الفدرالي الأمريكي للتوقيع الإلكتروني الصادر في 30 يونيو 2000 فيما يتعلق بالإعتراف بالتوقيع الإلكتروني على أنه " لا يجب إنكار الأثر القانوني للتوقيع ولا إنكار صلاحيته أو تنفيذه فقط لأنه في شكل توقيع إلكتروني " .

كما اشترطت القوانين الوطنية المختلفة بشأن التوقيع الإلكتروني للإحتجاج به عدة شروط يمكن إجمالها في أنه يجب أن يكون القصد منه إثبات هوية الطرف الموقع ، وأن يتم التوقيع بوسائل خاصة به وتحت سيطرته ، وأن ينفرد به الشخص الذي أصدره ، وأن يكون التوقيع مرتبطا بالرسالة الإلكترونية ، وأن يقوم الموقع ببذل العناية المعقولة والحيطة اللازمة لتفادي استخدام توقيعه الإلكتروني استخدام غير مأذون .

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

6) توثيق التوقيع الإلكتروني :

1 - جهة التوثيق الخاصة بالتوقيع الإلكتروني :

للتحقق من صحة التوقيع فلابد من وجود جهة موثوق بها لربط شخص أو كيان بعينه بالتوقيع ، ويتم ذلك باستخدام طرف ثالث محايد يطلق عليه مقدم خدمات التصديق أو مورد خدمات التصديق أو جهة التوثيق ، مثلما هو الحال عليه تقريبا بالنسبة لتوثيق المحررات الإلكترونية وفقا لما سبق ذكره .

وجهة التوثيق هذه (Certification – Authority) أو مقدم خدمات التصديق أو بما يعرف بـ " Certification service provider " ، هي هيئة عامة أو خاصة تعمل تحت إشراف السلطة التنفيذية ، وتتكون غالبا من ثلاثة مستويات مختلفة من السلطة تأتي في المرتبة العليا " السلطة الرئيسية " وهي تختص بالتصديق على تكنولوجيا وممارسات جميع الأطراف المرخص لهم بإصدار أزواج مفاتيح التشفير أو شهادات تتعلق باستخدام تلك المفاتيح ، وتليها في المرتبة الثانية " سلطة التصديق " وهي جهة خاصة بعملية التصديق على أن المفتاح العام لأحد المستخدمين يناظر بالفعل المفتاح الخاص لذلك المستخدم ، وفي مستوى أدنى تأتي " سلطة تسجيل محلية " ومهمتها

تلقي الطلبات من الأشخاص الراغبين في الحصول على أزواج مفاتيح التشفير - العام والخاص– و التأكد من هوية وشخصية هؤلاء المستخدمين ومنح شهادات تصديق تفيد صحة توقيع العملاء (1) .

وقد عرف قانون الأونسترال النموذجي للتوقيع الإلكتروني مقدم خدمات التصديق بأنه يعني " شخصا يصدر الشهادات ويجوز أن يقدم خدمات أخرى ذات صلة بالتوقيعات الإلكترونية " ، ولذلك يقوم مقدمو خدمات التصديق بدور هام وفعال في ضمان التوقيعات و الإعتراف بها قانونا .

لقد عرفت الفقرة 10 من المادة 3 من المرسوم التنفيذي الجزائري رقم 07-162 المؤرخ في 30 ماي 2007 الجهات المختصة في التصديق الإلكتروني بما يلي : " مؤدي خدمات التصديق هو كل شخص في مفهوم المادة 8 فقرة 8 من قانون رقم 2000-03 المؤرخ في 2000/08/05 يسلم شهادات إلكترونية أو يقدم خدمات أخرى في مجال التوقيع الإلكتروني " ، وبالرجوع إلى نص المادة 08 فقرة 08 من قانون رقم 03-2000 المؤرخ في 2000/08/05 المتعلق بالقواعد العامة المرتبطة بالبريد و المواصلات السلكية واللاسلكية فقد عرفت موفر الخدمة بأنه : " كل شخص معنوي أو طبيعي يقدم خدمة مستعملا وسائل المواصلات السلكية و اللاسلكية " .

2) شهادة التوثيق (التصديق) الإلكتروني الخاصة بالتوقيع الإلكتروني :

تلك الشهادات التي تصدر من جهة معتمدة ومرخصة من قبل الدولة لإثبات نسبة التوقيع الإلكتروني إلى شخص معين استنادا إلى إجراءات توثيق معتمدة ، وهذه الشهادات يقصد من الحصول عليها تأكيد نسبة رسالة البيانات أو العقد الإلكتروني إلى مصدره ، وأن التوقيع الإلكتروني هو توقيع صحيح وصادر ممن نسب إليه ، وعلى سبيل المثال فقد عرف قانون التوقيع الإلكتروني المصري في المادة الأولى المخصصة للتعريفات شهادة التصديق الإلكتروني بأنها " الشهادة التي تصدر من الجهة المرخص لها بالتصديق وتثبت الإرتباط بين الموقع وبيانات إنشاء التوقيع " .

وتتعدد شهادات التوثيق بحسب استخداماتها و الغرض منها ، فإلى جانب شهادة توثيق التوقيع الرقمي، توجد شهادات أخرى مثل شهادة توثيق تاريخ الإصدار التي توثق تاريخ ووقت إصدار التوقيع الرقمي ، حيث يقوم صاحب الشهادة بعد التوقيع عليها بإرسالها إلى جهة التوثيق التي تقوم بتسجيل التاريخ عليها وتوقيعها من جهتها ثم تعيدها إلى مرسلها ، وأيضا شهادة الإذن والتي تعرف بـ "Authorizing-Certificate " ، وبمقتضاها يتم تقديم معلومات إضافية عن صاحبها مثل عمله ومؤهلاته و التراخيص التي يملكها ، وكذلك شهادة البيان التي تفيد في بيان صحة واقعة أو حدث ما ووقت وقوعه ، ومن هنا تظهر أهمية هذه الشهادات ومدى خطورة المعلومات التي تتضمنها و التي يعتمد الغير عليها وعلى أساسها يحدد تعاملاته (2) .

---

(1) خالد ممدوح إبراهيم ، إبرام العقد الإلكتروني دار الفكر الجامعي، 2006 ، ص 196 .
(2) نفس المرجع السابق ، ص 197 .

3) صور التوقيع الإلكتروني :

إذا كان التوقيع التقليدي ، وعلى ضوء ماحددته قوانين الدول المختلفة ، وعلى حسب ماتجهت إليه محاكم النقض ، يتمثل في التوقيع بالإمضاء أو بالختم أو ببصمة الأصبع أو بالتوقيع الخطي الغير مباشر باستخدام الكربون إلا أن التوقيع بطريقة إلكترونية يتخذ صورا أخرى ومختلفة تماما عن الأولى .

وصور التوقيع الإلكتروني متعددة ومتنوعة ولعل أهم الأنواع المعروفة حتى الآن هي :

1 - التوقيع الرقمي _(Digital Signature) :

وهو أحدث صور التوقيع الإلكتروني ، ويقوم على استخدام تقنية التشفير الذي يتم باستخدام مفاتيح سرية وطرق حسابية معقدة ، بحيث تتحول من رسالة مقروءة إلى رسالة رقمية غير مفهومة إلى أن يتم فك تشفيرها .

وقد استبدل بنظام التشفير نظاما جديدا يسمى بالنظام السمتري أو بما يعرف بـ :
" Asymétrique " ، يعتمد على مفتاحين ، أحدهما للتشفير (مفتاح خاص) والثاني لفك التشفير (مفتاح عام) .

وكما يرى بعض الفقه الأجنبي ، يوفر التوقيع الرقمي الحماية للمعاملات الإلكترونية ، وذلك بمنع الغير من الحصول على الرسائل أو المعلومات ووصولها مشوهة للطرف الآخر في المعاملة التجارية على نحو يضر بالتجارة الإلكترونية لإخفاء محتوياتها و الحيلولة دون استخدامها من الغير ، وتتميز عملية التشفير الخاصة بالتوقيع الرقمي بوجود طرف ثالث في عملية التجارة الإلكترونية يكون محل ثقة الأطراف ويتمثل في وجود هيئة مختصة يكون لها سلطة إشهار وتوثيق هذا التوقيع الإلكتروني ، بحيث يعهد إليها إصدار المفاتيح الخاصة بالتشفير بناءا على طلب العملاء وإصدار شهادات تفيد صحة التوقيع ، وصحة المعلومات التي تتضمنها رسائلهم ، ومن ثم استيفاء العنصر الجوهري لاستكمال الدليل الكتابي اللازم في الإثبات .

نخلص من ذلك أن التوقيع الرقمي يهدف إلى تحقيق وظائف عديدة ، وهي التوثيق ، أي التحقق من هوية الموقع ، وأن المعلومات و الرسالة الموقعة منه صادرة عنه ، ومن هذه الوظائف السلامة ، أي أن محتويات الرسالة الموقع عليها إلكترونيا ، لم يتم تغيير مضمونها أو التلاعب فيها من الغير .

كما يحقق التوثيق الرقمي السرية ، أي سرية المعلومات التي تتضمنها المعاملات الإلكترونية بحيث لا يمكن قراءة هذه المعلومات إلا ممن أرسلت إليه وبتقنية معينة (1) .

---

(1) نبيل محمد أحمد صبيح ، حماية المستهلك في التعاملات الإلكترونية ، مجلة الحقوق ، 2007 ، ص 195 ، 196 ، 197. .

2- التوقيع بالقلم الإلكتروني (Pen-Op) :

يعد صورة من صور التوقيع البيومتري ، ويتم ذلك عن طريق الكتابة على شاشة الحاسب الآلي بقلم إلكتروني ، وباستخدام برنامج و التأكد من صحته ، ويعيب هذا النوع من التوقيع أنه يتطلب مبالغ كبيرة قد لا تتوافر أحيانا لدى المستهلكين ، بالإضافة إلى ضرورة وجود جهة توثيق خاصة له .

3 - التوقيع بالضغط على مربع الموافقة (OK-box) :

كثيرا مايحدث في العقود الإلكترونية أن تتم الموافقة عن طريق النقر على زر الموافقة في المكان المخصص لذلك بلوحة مفاتيح الكمبيوتر ، أو بالضغط على الخانة المخصصة للقبول في نموذج العقد المعروض على شاشة الكمبيوتر ، وزيادة في التأكيد قد يتطلب من العميل أن يضغط مرتين double click ، لضمان الجدية في التعامل (1) .

4 - التوقيع باستخدام الخواص الذاتية (التوقيع البيومتري) (Biometric Signature) :

يعتمد هذا التوقيع على الصفات الجسدية و السلوكية للإنسان لتمييزه وتحديد هويته ، وهذه الصفات متعددة مثل البصمة الشخصية ، أو مسح العين ، أو تعرف الوجه البشري أو نبرة الصوت .

ويتم استخدام هذه الصفات الجسدية عن طريق إدخال هذه الخواص على جهاز الحاسب الآلي بطريقة التشفير للتحقق من صحة التوقيع ، ويعيب طرق التوثيق البيومتري إمكان مهاجمتها أو نسخها من قراصنة الحاسب الآلي عن طريق فك شفرتها ، كما أنها لا توفر الأمان و السرية ، ومن ثم ليس لها نتائج مضمونة في مجال الإثبات .

5) التوقيع باستخدام بطاقات الإئتمان المقترنة بالرقم السري(PIN) (التوقيع الكودي) :

يقوم هذا التوقيع على استخدام مجموعة من الأرقام أو الحروف أو كليهما ، يختارها صاحب التوقيع لتحديد شخصيته ، ولا تكون معروفة إلا منه هو فقط ، ومن يبلغه بها . ومن أهم تطبيقاتها البطاقات المصرفية الحديثة التي تحتفظ بذاكرة إلكترونية تسجل كل عمليات العميل حامل البطاقة .

نخلص من ذلك إلى أن العقد الإلكتروني يتم تحريره على وسائط (دعامات) إلكترونية ، ويتخذ التوقيع فيه شكلا إلكترونيا - كما رأينا صوره – وقد أصبحت هذه الوسائل الجديدة مقبولة ومعترفا بها في الإثبات سواء على المستوى الدولي أو الوطني ، مما يعني أن الفطن القانوني قادر على تطوير القانون ليتلاءم مع مستجدات العصر ، في إطار مفاهيم القواعد العامة .

---

(1) خالد ممدوح إبراهيم ، إبرام العقد الإلكتروني دار الفكر الجامعي، 2006 ، ص 200 .

الخـــــاتمة :

نظرا للعلاقة الوثيقة بين شبكة الأنترنت و التجارة الإلكترونية ، فقد سعينا من خلال الدراسة السابقة إلى إلقاء الضوء على تلك الظاهرة التي غزت عالم المعاملات التجارية ، وتعرضنا للعلاقة بينهما ، وأن الأنترنت شبكة لنقل المعلومات و الإتصالات ، غير مملوكة لأحد ، وتؤدي التجارة الإلكترونية إلى خلق مجتمع المعاملات اللاورقية ، حيث تقوم أساسا على شبكات الإتصال و المعلومات ، والتي من أهمها الأنترنت .

وتناولنا العقد التجاري الإلكتروني من ناحية التعريف به ، وبيان أهم الخصوصيات الواردة عليه ، وقد تبين لنا أن أهم مايميزه عن غيره من العقود ، التي تبرم بالطرق التقليدية ، هو الطابع الغير مادي في إبرامه ، حيث يتم استخدام دعائم إلكترونية دون الورقية ، وهو الأمر الناتج عن انعدام التواجد المادي لطرفي التعاقد .

ومن خلال استعراضنا للإيجاب الإلكتروني أوضحنا الخصوصية التي يتميز بها ، حيث يتم باستخدام وسيط إلكتروني من خلال شبكة اتصالات ومعلومات ، كما تناولنا طبيعة العرض الإلكتروني الموجه للجمهورعبر شبكة الأنترنت ، وعما إذا كان يعتبر إيجابا بالمعنى القانوني أم لا .

ومن خلال تعرضنا للقبول الإلكتروني بحثنا ماهيته وبينا أنه يمكن التعبير عنه عبر البريد الإلكتروني أو بالضغط على زر الموافقة في لوحة مفاتيح الكمبيوتر أو عن طريق التنزيل عن بعد إلخ .

وفيما يتعلق بمجلس العقد الإلكتروني خلصنا إلى أن التعاقد الإلكتروني يكون بين حاضرين زمانا وغائبين مكانا .

أما بخصوص الشكلية التي يتطلبها القانون لإبرام العقد وترتيب آثاره كلها أو بعضها ، فقد طرحنا الإشكالية المتعلقة بكيفية استيفاء هذا الشكل في حالة إبرام العقد عن طريق الدعامات الإلكترونية وانتهينا إلى جواز إبرام كافة أنواع العقود الإلكترونية ولو كانت عقودا شكلية عن طريق التوثيق الإلكتروني .

ورأينا أيضا كيفيات حماية المستهلك عبر شبكة الأنترنت ، باعتباره الطرف الضعيف في العقد ، ووضحنا كيفية حمايته من الإعلانات الإلكترونية الخادعة والمضللة و المقارنة ، وكذا حمايته من الضرائب الإلكترونية ، وذكرنا بأن جل المعاملات التجارية الإلكترونية قرر عدم إخضاعها للضريبة في كثير من الدول ، وأن الدول الأوروبية اقترحت العمل بنظام احتساب الضريبة على أساس كمية البيت المستهلكة .

وتناولنا في دراستنا أيضا مسألة تقرير الحماية القانونية للمستهلك عبر الشبكة ، مع إبراز حق الرجوع كضمان خاص للمستهلك ، وكذا إلزامية تنفيذ ماورد في العقد خاصة من طرف البائع ، وصولا إلى دراسة عنصر التشديد في مسؤولية البائع عبر الشبكة ، مع تبيان أساس هذه المسؤولية ، مع إعتبار مسؤولية البائع قائمة بقوة القانون .

وفيما يخص دراستنا لأساليب حماية العقود الإلكترونية رأينا كيف تتم عمليات التشفير ، بأنواعه وكيف يتم تشفير رسالة بيانات وفك شفرتها مرة ثانية ، حماية للرسالة من القرصنة والتدمير و المخاطر الأخرى .

وفيما يتعلق أيضا بالمحررات الإلكترونية ، رأينا عنصر الحجية فيها ووجوب الإعتراف بها لإستقرار المعاملات التجارية ، وأيضا فيما يخص أيضا التوقيع الإلكتروني ، بينا أن الغرض منه هو التأكد من أن الرسالة الإلكترونية قد جاءت من مصدرها دون أن تتعرض لأي تغيير أو تحريف ، وكذا مدى صحتها ، وأشرنا إلى القوانين الصادرة في هذا الصدد .

وتجدر الإشارة في الأخير إلى أنه إذا كان الأمر يتطلب استحداث قانون جديد ينظم العقود و المعاملات الإلكترونية ، فإن الوضع القانوني لمعظم التشريعات الوطنية الجزائرية على وجه الخصوص ، قد تجعل من سن هذا القانون غير كاف ، ولذلك فإن الأمر يستلزم إجراء تعديلات في بعض التشريعات القائمة ، ونرى أن من أهم التشريعات التي يلزم تعديلها لتناسب وتلائم المعاملات الإلكترونية هي : تعديل القوانين و التنظيمات الجمركبة والضريبية ، تعديل قانون سوق المال و البورصات ، تعديل قانون الجرائم الإلكترونية ، للنص بوضوح على جرائم الإحتيال و القرصنة المعلوماتية ، واختلاس المستندات الإلكترونية ، وتزوير التوقيع الإلكتروني ، وكافة الجرائم الإلكترونية الأخرى ، وكذا تعديل قانون البنوك ، ، و تعديل قانون الملكية الفكرية لمواكبة الأساليب الإلكترونية ، خاصة بما أصبح يعرف بالمصنفات الإلكترونية أو الرقمية أو متعددة الأوساط .

إن إعمال ذلك وتطبيقه بآلية محكمة حتما سيؤدي بالدول المنتهجة له مثل الجزائر إلى الإندماج فعليا بما يعرف حاليا بالعولمة الإقتصادية الرقمية لحتمية بروز نظرية جديدة عن المعلوماتية التي تغيرت في طريقة إنعقاد وتنفيذ العقد الإلكتروني .

قائمة المراجع :

• المراجع باللغة العربية :

أولا : المراجع المتخصصة .

1 - أسامة أحمد بدر ، حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني , دار الجامعة الجديدة للنشر الإسكندرية 2005 .

2 - خالد ممدوح إبراهيم ، إبرام العقد الإلكتروني ، دار الفكر الجامعي الإسكندرية 2006 .

3 - عبد الفتاح بيومي حجازي ، التجارة الإلكترونية وحمايتها القانونية ، دار الكتب القانونية 2007 .

4 - عصام عبد الفتاح مطر ، التجارة الإلكترونية في التشريعات العربية و الأجنبية ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، سنة 2008 .

5 - صالح المنزلاوي ، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية ، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية 2006 .

6 - محمد أمين الرومي ، النظام القانوني للتحكيم الإلكتروني ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية 2006 .

7 - محمد حسين منصور ، المسؤولية الإلكترونية ، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية 2003.

8 - محمد فوازمحمد المطالقة ، الوجيز في عقود التجارة الإلكترونية ، دار الثقافة للنشر و التوزيع 2008 .

ثانيا : المذكرات :

• مذكرات الدكتوراه

1- حوحو يمينة ، عقد البيع الإلكتروني (دراسة مقارنة) ، دكتوراه علوم ، الجزائر 2012/2011

2- لورنس محمد عبيدات ، إثبات المحرر الإلكتروني ، دكتوراه دولة ، دار الثقافة للنشر و التوزيع ، 2005 .

ثالثا : المقالات

نبيل محمد أحمد صبيح ، حماية المستهلك في التعاملات الإلكترونية ، مجلة الحقوق ، العدد الثاني الكويت 2007 .

رابعا : المعاهدات و الإتفاقيات الدولية والتوجيهات :

1 - إتفاقية نيويورك بشأن الإعتراف بأحكام التحكيم الأجنبية وتنفيذها لسنة 1958 .
2 - إتفاقية جنيف للتحكيم الدولي لعام 1961 .
3 - إتفاقية الأمم المتحدة للنقل البحري لسنة 1978 (قواعد هامبورغ) .
4 - التوجيهة الخاصة بالبرلمان الأوروبي الصادرة بتاريخ 20 ماي 1997 ، والمتعلقة بحماية المستهلكين في مادة العقود عن بعد .
5 - التوجيه الأوروبي الصادر بتاريخ 13 ديسمبر 1999 المتعلق بالتوقيع الإلكتروني .
6 – التوجيه الأوروبي رقم : 2000/31 المتعلق بالتجارة الإلكترونية .

خامسا : القوانين النموذجية الدولية و الوطنية :

- قانون الأونسترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية الصادر عن هيئة الأمم المتحدة في جلستها رقم (605) المنعقدة في سنة 1996 .
- قانون الأونسترال المتعلق بالتوقيع الإلكتروني .
- قانون الأونسترال النموذجي للتحكيم التجاري لسنة 1985 .

- القانون المدني الجزائري .
- القانون المدني المصري .
- القانون المدني الأردني .
- القانون المدني الفرنسي .
- قانون المبادلات و التجارة الإلكترونية التونسي الصادر في سنة 2000 والمنشور في الرائد الرسمي للجمهورية التونسية لسنة 2000 .
- قانون المعاملات الإلكترونية الأردني ، رقم 85 لسنة 2001 ، المنشور بالجريدة الرسمية بتاريخ 2001/12/31 .
- قانون المعاملات و التجارة الإلكترونية لإمارة دبي ، رقم 02 لسنة 2002 ، الصادر في سنة 2002 .
- القانون الفرنسي المتعلق بالثقة في الإقتصاد الرقمي .
- القانون الفرنسي رقم 2000/230 بشأن تطوير قانون الإثبات والمتعلق بالتوقيع الإلكتروني .
- قانون الإستهلاك الفرنسي رقم 93/949 .
- قانون التجارة الإلكترونية لدوقيا لوكسمبورغ وإيطاليا .
- القانون الفرنسي رقم 389 لسنة 1998 بشأن المسؤولية عن المنتجات المعيبة .
- القانون الفرنسي رقم 17 الصادر بتاريخ 1987/02/06 ، الخاص بالمعلوماتية والحريات .
- القانون المصري المتعلق بتنظيم التوقيع الإلكتروني و إنشاء هيئة تنمية صناعة تكنولوجيا المعلومات ، رقم 15 لسنة 2003 .
- القانون التجاري الأمريكي الموحد (الولايات المتحدة الأمريكية) .
- القانون الأمريكي الموحد للمعاملات الإلكترونية (الولايات المتحدة الأمريكية) .
- قانون كندا الموحد بشأن التجارة الإلكترونية .
- القانون الفرنسي رقم 2005 – 973 الصادر بتاريخ 2005/08/10 و المتضمن العقود المعالجة من طرف الموثقين .

Ouvrages en fraçais :

1- Ouvrages spéciaux :

1 – Eric CAPRIOLI , droit international de l'économie numérique ,Paris , 2ème édition , 2008 .

2 - Florence MAS , la conclusion des contrats du commerce éléctronique , Monpellier 1 , L.G.D.J , 2007 .

3 – Jaen-louis BILON , Fiscalité du numérique , paris , litec, 2005 .

4 – Dr . Thibault VERBIEST , Le nouveau droit du commerce électronique LARCIER , 2005 .

2- Thèses et mémoires :

1 – Anne – Sophie TURMEL , la formation du contrat éléctronique , doctorat d'état , montpellier , 2004 .

3- Articles :

1 –Jérome PASSA , Le contrat électronique international : conflis de lois et de juridiction***s*** , Paris , JurisClasseur , 2000 .

2 –Luc GRYNBAUM , Les équivalents électronique des écrits exigés JurisClasseur , 2005 .

3 - Luc GRYNBAUM , Philippe STOFFEL-MUNCK , et Cyril CHABERT , *contrat éléctronique* , Un acte authentique électronique pour les notaires , Jurisclasseur , 2005 .

الفهرس

الموضوع الصفحة

الـــمقدمة : 1

الفصل الأول : خصوصية العقد الإلكتروني من حيث الإنعقاد 5
أولا : مفهوم العقد التجاري الإلكتروني وخصائصه وأهم نقاط تمييزه 5
ثانيا : تعريف العقد الإلكتروني 6
ثالثا : خصائص عقود التجارة الإلكترونية 9
1) عقود التجارة الإلكترونية نوع خاص من العقود التي تتم عن بعد 9
2) عقود التجارة الإلكترونية بين التفاوض و الإذعان 11
3) عقود التجارة الإلكترونية بين الطابع التجاري و المدني 12
4) عقود التجارة الإلكترونية ليست عقودا تقليدية 17
رابعا : تمييز العقد التجاري الإلكتروني عن غيره من العقود 21
1) تمييز العقد التجاري الإلكتروني بحسب طريقة إنعقاده 21
2) تمييز العقد التجاري الإلكتروني عن العقود المحيطة به في البيئة الإلكترونية ... 24
المبحث الأول : الشكلية في العقد الإلكتروني 27
المطلب الأول : التراضي 28
المطلب الثاني : القبول 29
الفرع الأول : الإلتفاف حول الطابع الجازم للإيجاب 30
الفرع الثاني : طرق التعبير الإلكتروني للإيجاب 31
1) التعبير عن الإيجاب عبر البريد الإلكتروني 31
2) التعبير عن الإيجاب عبر المواقع الإلكترونية 31
3) التعبير عن الإيجاب عن طريق المحادثة 33
4) التعبير عن الإيجاب عبر التنزيل عن بعد 33
الفرع الثالث : خصائص الإيجاب عبر الشبكة 35
الفرع الرابع : خصوصية القبول على الخط 36
المبحث الثاني : زمان ومكان الإنعقاد 39
المطلب الأول : زمان الإنعقاد 40
الفرع الأول : نظرية الإستلام المؤكد 40
الفرع الثاني : نظرية العلم بالقبول 40
الفرع الثالث : نظرية تصدير القبول 40
الفرع الرابع : حالة الإتفاق 40

المطلب الثاني : مكان الإنعقاد 41
الفصل الثاني : خصوصية العقد الإلكتروني من حيث التنفيذ 42
المبحث الأول : تقرير الحماية القانونية للمستهلك عبر الشبكة 43
المطلب الأول : حق الرجوع كضمان خاص للمستهلك 43
الفرع الأول : ضمانات المستهلك في مرحلة تنفيذ العقد الإلكتروني 44
الفرع الثاني : المفهوم العام لحماية المستهلك عبر شبكة الأنترنت 44
الفرع الثالث : أهمية توفير الحماية للمستهلك عبر الشبكة 44
الفرع الرابع : حماية المستهلك في القانون المقارن 45
الفرع الخامس : حماية المستهلك من الإعلان الإلكتروني المضلل 47
الفرع السادس : حماية المستهلك من الإعلان الإلكتروني المقارن 48
الفرع السابع : الإلتزام بإعلام المستهلك في عقد الإستهلاك الإلكتروني 49
الفرع الثامن : حماية المستهلك و الإلتزام بضمان السلامة 50
الفرع التاسع : حماية المستهلك في مواجهة الضرائب الإلكترونية 52
الفرع العاشر : الوفاء الإلكتروني 57
المطلب الثاني : إلزامية تنفيذ ماورد في العقد 58
المبحث الثاني : تشديد مسؤولية البائع عبر الشبكة 59
المطلب الأول : أساس هذه المسؤولية 59
المطلب الثاني : إعتبار مسؤولية البائع قائمة بقوة القانون 60
الفرع الأول : أساليب حماية إستقرار العقود التجارية الإلكترونية 61
الفرع الثاني : التشفير 63
الفرع الثالث : ضوابط التشفير 66
الفرع الرابع : الغاية من التشفير 67
الفرع الخامس : طرق التشفير 68
الفرع السادس : آلية التشفير وفكها 68
1) التشفير المتماثل (المفتاح العام) 69
2) التشفير اللامتماثل (المفتاح العام و الخاص) 70
الفرع السابع : أنواع التشفير 71
الفرع الثامن : المحررات الإلكترونية 73
الفرع التاسع : حجية المحررات الإلكترونية في الإثبات 79
1) حجية المحررات الإلكترونية في التصرفات التجارية 79
2) حجية المحررات الإلكترونية في التصرفات المدنية 80
1 – قانون الأونسترال 81
2 – موقف تشريعات بعض الدول من ذلك 81
3 – التوقيع الإلكتروني 82
4 – مفهوم التوقيع الإلكتروني 82

5 – حجية التوقيع الإلكتروني 83
6 – توثيق التوقيع الإلكتروني 84
1) جهة التوثيق الخاصة بالتوقيع الإلكتروني 84
2) شهادة التوثيق (التصديق) الإلكتروني الخاصة بالتوقيع الإلكتروني .. 85
3) صور التوقيع الإلكتروني 86

خـــــاتمة : 88
قائمة المراجع : 90