

جامعة ابن خلدون - تيارت -



كلية الحقوق والعلوم السياسية



قسم الحقوق

أثر التطور التكنولوجي على نظرية العقد

أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه ل . م . د

تخصص: قانون خاص

تحت إشراف:

من إعداد الطالبة:

- أ.د. بوغرارة الصالح.

- بن شريف أحلام.

أعضاء لجنة المناقشة

رئيسا	جامعة تيارت	أستاذ التعليم العالي	عجالي بخالد
مشرفا مقررًا	جامعة تيارت	أستاذ التعليم العالي	بوغرارة الصالح
مناقشا	جامعة تيارت	أستاذ التعليم العالي	فتاك علي
مناقشا	جامعة تيارت	أستاذ التعليم العالي	شامي أحمد
مناقشا	جامعة البليدة 02	أستاذ التعليم العالي	خليل عمرو
مناقشا	جامعة البليدة 02	أستاذ التعليم العالي	بوبكر مصطفى

السنة الجامعية: 2021 - 2022.

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

قال رسول الله صلى الله عليه وسلم:

«مَنْ سَلَكَ طَرِيقًا يَطْلُبُ فِيهِ عِلْمًا سَلَكَ اللَّهُ بِهِ طَرِيقًا مِنْ

طُرُقِ الْجَنَّةِ، وَإِنَّ الْمَلَائِكَةَ لَتَضَعُ أجنحتها رِضًا لِطَالِبِ الْعِلْمِ،

وَإِنَّ الْعَالِمَ لَيَسْتَغْفِرُ لَهُ مَنْ فِي السَّمَوَاتِ، وَمَنْ فِي

الْأَرْضِ، وَالْحَيَّاتِ فِي جَوْفِ الْمَاءِ، وَإِنَّ فَضْلَ الْعَالِمِ عَلَى

الْعَابِدِ، كَفَضْلِ الْقَمَرِ لَيْلَةَ الْبَدْرِ عَلَى سَائِرِ الْكَوَاكِبِ، وَإِنَّ

الْعُلَمَاءَ وَرَثَةُ الْأَنْبِيَاءِ، وَإِنَّ الْأَنْبِيَاءَ لَمْ يُورَثُوا دِينَارًا، وَكَأَنَّ دَرَاهِمًا

وَرَثُوا الْعِلْمَ، فَمَنْ أَحَدَهُ أَحَدًا بِحِظِّ وَافِرٍ»

- رواه أبي داود والترمذي -

مأثورات

«إني رأيتُ أنه لا يكتبُ إنسانٌ كتابًا في

يومِهِ إلا قالَ في غَدِهِ: لو غَيَّرَ هذا لكانَ

أحسنَ، ولو زِيدَ كذا لكانَ يُستَحسَنُ، ولو

قُدِّمَ هذا لكانَ أفضلَ، ولو تُرِكَ هذا لكانَ

أجملَ. هذا من أعظَمِ العِبَرِ، وهو دليلٌ على

استيلاءِ النقصِ على جُملةِ البشرِ».

- عماد الدين الأصفهاني -



إهداء

أهدي هذا العمل:

إلى والديا...

إلى إخوتي...

إلى زوجي...

إلى ابنتي...

إلى جميع أفراد أسرتي...

إلى جميع أساتذتي بالكلية...

إلى جميع زملائي وزميلاتي...

بن شريف أحلام

شكر و عرفان

الشكر لله العلي العظيم

الذي لا إله سواه بشكره فوز الشاكرين

وفي ذكره شرف الذاكرين وطلبه مجيب السائلين والذي

بفضله وفقني لإتمام هذا العمل

أتقدم بالشكر الجزيل للأستاذ المشرف بوغرارة الصالح

الذي امتزج فيه العلم بالخلق الرفيع وقدم لي الإرشاد والنصح

الوفير وأعطاني من وقته الكثير فله مني كل التحية والتقدير

لمرافقتي في عملي إلى أن أخرجت هذه الأطروحة إلى

النور.

أتقدم بالشكر والامتنان والتقدير والعرفان إلى أعضاء

لجنة المناقشة على تفضلهم لمناقشة هذه الأطروحة وإفادتنا

بملاحظاتهم القيمة وتوجيهاتهم السديدة فلهم مني تحية خاصة

وخالصة.

وأخيرا فإن الشكر موصول لكل من مديد العون

والمساعدة من قريب أو من بعيد لإتمام هذا العمل.

قائمة بأهم المختصرات المستعملة

أولاً- باللغة العربية:

ج. ر: الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية.

د. ت. ن: دون تاريخ النشر.

د. د. ن: دون دار النشر.

د. م. ن: دون مكان النشر.

ص: صفحة.

ط: طبعة.

دط: دون طبعة.

ج: جزء.

مج: المجلد.

ع: العدد.

Tic :تكنولوجيا المعلومات والاتصالات

UNEITRAL :اليونيسترال لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي

OMC: منظمة التجارة العالمية

E-COMMERCE : التجارة الإلكترونية

E-CONTRACT : عقد إلكتروني

ثانيا- باللغة الأجنبية:

Bull : Bulletin.

Art : Article

L : Loi

P : page

T : Tome

V° : verbo (mot clé).

Ed : Edition.

Dr. Soc : Revue pratique de droit sociale

J.C.P : **juris** – Classeur périodique (la semaine juridique).

Obs : Observation.

Bull. civ : Bulletin des arrêts des chambres civiles de la cour de cassation.

E-mail : électronique mail.

www : word wide web.

Pc : personnel computer.

مقدمة

مقدمة

لقد بات انطلاق الإنسان إلى عصر المعلوماتية وملاحقة التطور التكنولوجي ضرورة مؤكدة لأن مصير الأمم وارتقاءها مرهون بإبداع أبنائها ومدى تحديهم واستجابتهم لمشاكل التغيير ومتطلباته وهذا المصير عليهم أن يقرروه في ظل ما هو متاح من موارد وما هو متبع من أساليب وذلك للإستفادة مما تقدمه التقنيات الحديثة من خدمات وما تتمتع به من مزايا وآثار إيجابية لا ينكرها إلا كل مكابر ونظرا إلى ما تقضي إليه وسائل الاتصال الحديثة من فتح آفاق جديدة أمام الفكر الإنساني، وزيادة في حجم تبادل البيانات والمعلومات وتدفعها بسرعة مذهلة عبر هذه التكنولوجيات، مما يساهم في تكوين رصيد معلوماتي عالمي هائل وإيجاد نسيج من العلاقات بين الأفراد بدد فرقة العالم وألغى الحدود السياسية والجغرافية بين الدول، لاسيما أن حفظ وتخزين هذا الكم الهائل من المعلومات والبيانات يتم بصورة قد تعجز الأساليب التقليدية والذاكرة البشرية على الإحاطة به بالإضافة إلى ما تتيحه تقنيات الاتصال الحديث من إمكانيات هائلة في مجالات مختلفة ولعل أهمها التفاوض على إبرام العقود هذا الأمر يتطلب ضرورة التحرك لمسيرة هذه التغيرات وإلا فإننا سنسقط ضحايا لهذا العالم الإلكتروني الجديد.

كما يتأثر نظام التعاقد - دائما وأبدا - بالتطورات المتلاحقة التي تحدث في البيئة المحيطة به، باعتباره وسيلة للتعامل السائدة بين أفراد المجتمع ومن ثم فهو يتطور ويتنوع طبقا لتنوع المعاملات التي تبرم بين الأفراد.

ولقد مر التاريخ الإنساني بالعديد من المراحل، وتميزت كل مرحلة بنوع معين من أنواع التكنولوجيا التي تتفق معها، فبعد تكنولوجيا الاتصالات والمعلومات التي أدت إلى تنامي دور المعلومات والمعرفة التي أسهمت وبدرجة كبيرة في ظهور الكثير من المفاهيم الجديدة في كافة مناحي الحياة أفرزت مستويات غير مسبوقة من حيوية التأثير المتبادل بين أطراف المنظومات المعلوماتية وبات التنافس رهيبا بين روافد العقل من المعلومات والمعرفة، ونواتج هذا العقل من الاختراعات والإبداعات.

وقد كان للثورة المعلوماتية أثر في مجال التعاقد من خلال الاعتماد على وسائل الاتصال الحديثة من تواصل رقمي وإرسال واستقبال وتأكيد عبر المواقع الإلكترونية وهذا لما حققته من مزايا جعلت منها منافس قوي في إبرام العقود فإن تبني تكنولوجيا المعلومات والاتصالات ساهم في تحقيق عدة مزايا على كل المستويات أهمها القانونية، إضافة إلى الاجتماعية والاقتصادية والعلمية والعملية، وقد وقع الاختيار لهذا الموضوع نظرا إلى حدائته وتشعبه وباعتبار أنه يعالج مسألة أصبحت مفروضة خاصة بعد ما شهده العالم من أزمة تفشي وباء كوفيد 19، فقد أصبح هذا النوع من العقود مفروضا علينا، ومن جهة أخرى وسرعة اتساع المساحة المخصصة للتعامل مما أثر على المعاملات التعاقدية.

والجدير بالذكر أن الدراسة الحالية تعتبر من بين الدراسات الأولى من خلال معالجتها لتأثير وسائل الاتصالات التكنولوجية على نظرية العقد.

وقد سبق البحث في مواضيع مشابهة ومقاربة لهذا الموضوع لكن في جزئيات متفرقة في عدة أطروحات دكتوراه بخصوص الإثبات فقد تم معالجته من خلال أطروحة الدكتوراه للأستاذ بلقنيشي حبيب، بعنوان إثبات التعاقد عبر الأنترنت (البريد المرئي)، دراسة مقارنة، من جامعة وهران- السانبا- السنة الجامعية 2010-2011، والتي تطرق فيها إلى تحديد الإطار القانونية للتعاقد عبر الأنترنت وماهية المحرر الإلكتروني وحجته في الإثبات وماهية التوقع الإلكتروني وحجته في الإثبات.

أما بخصوص التعاقد الإلكتروني تم دراسته من خلال أطروحة الدكتوراه للأستاذ بخالد عجال تحت عنوان النظام القانوني للعقد الإلكتروني في التشريع الجزائري - دراسة مقارنة- جامعة مولود معمري- تيزي وزو سنة 2013-2014 حيث عالجت ماهية العقد الإلكتروني ووسائله، وكيفية إبرام العقد الإلكتروني عبر مختلف وسائل الاتصال، وفي نفس الموضوع تعرضت أطروحة الدكتوراه للباحث بلقاسم حمادي بجامعة الحاج لخضر باتنة لسنة الجامعية 2014-2015 والتي تطرقت إلى أحكام إنشاء العقود الإلكترونية وإثباتها.

كما أن أطروحة الدكتوراه للباحث حليم سراج بعنوان أثر التطور التكنولوجي على شكلية عقد البيع العقاري- دراسة مقارنة- بجامعة عبد الحميد بن باديس مستغانم، سنة

2017- عالجت هذه الأطروحة التطور التكنولوجي لعقد البيع العقاري فهي أخذت العقود

الواردة على العقار أنموذجا وأثر التطور التكنولوجي عليها.

وفي خضم ما يعيشه العالم من تطور متسارع لوسائل الاتصال التكنولوجية وما

يشهده من تفشي لوباء كوفيد 19- الذي كاد أن يقطع العلاقات ويمنع المعاملات لولا وسائل

التواصل الحديثة التي جعلت التعامل أمرا سهلا وشائعا فإن هذه الدراسة قد توجهت نحو

البحث في تأثير وسائل الاتصال التكنولوجية محاولة الإجابة على الإشكالية التالية:

- إلى أي مدى تأثرت نظرية العقد بتطور تقنيات الاتصال الحديثة؟.

ويندرج ضمن هذه الإشكالية الأسئلة الفرعية التالية:

- ما هو تأثير الوسائل التكنولوجية على انعقاد العقد في مجلس افتراضي؟

- كيف يتم تنفيذ العقد وإثباته من خلال تقنيات التواصل الحديث؟

- ما هي التحديات التي تواجهها نظرية العقد في ظل التطورات التكنولوجية

الحديثة؟

ومن أجل الإجابة على الإشكالية المطروحة في هذا البحث فقد تم المزج بين مختلف

مناهج البحث العلمي، انطلاقا من المنهج التاريخي الذي تم تناوله في التعريف بالموضوع

وتطور وسائل الاتصال التكنولوجي وإبرام العقود عبر الزمن والنصوص المتعلقة بالعقود

الإلكتروني، والمنهج التحليلي من خلال استنباط الأحكام المتعلقة بشكليات العقود سواء من

حيث شروط إنشائه، ومن حيث الآثار القانونية، وهذا باقتران مع المنهج المقارن في التقارب

ما بين مختلف الأحكام التشريعية لمختلف الدول الأجنبية.

وقد صادف إنجاز هذه الأطروحة عدة صعوبات عراقيل، أهمها قلة النصوص القانونية المتعلقة بالموضوع وإن وجدت فتكون صياغتها عامة وليست متخصصة وباعتبار الموضوع متميز بأحكام خاصة باستخراج التأثير التكنولوجي على نظرية العقد.

كما عرفت مرحلة تحرير هذه الأطروحة تفشي وباء كورونا مما عرقل الاتصال بمختلف الجامعات والتنقل سواء خارج الوطن أو داخله ناهيك عن التوتر النفسي لما يشهده العالم من التزام ببروتكول صحي صارم.

ونظرا لأن الدراسة تتناول التطور التكنولوجي للتعاقد عبر وسائل الاتصال الإلكترونية إرتأينا وجود فصل تمهيدي نتناول من خلاله مختلف مراحل التعاقد عبر الزمن وكذا تطور وسائل الاتصال الحديثة وهذا ليكون الباب الأول والثاني مخصصا فقط لدراسة أثر التطور التكنولوجي على نظرية العقد.

ولقد تم اعتماد على خطة ثنائية، متكونة من بايين فالباب الأول تطرقنا من خلاله إلى أثر التطور التكنولوجي على مرحلة إنشاء العقد والذي ينقسم إلى فصلين: الفصل الأول يتعلق بماهية التعاقد عبر التقنيات الحديثة للاتصال ووسائله أما الفصل الثاني تناولنا من خلاله تأثير التكنولوجيا على مرحلة تكوين العقد.

أما الباب الثاني المعنون بأثر التطور التكنولوجي على مرحلة إبرام العقد تنفيذه وإثباته وقد تضمن فصلين الفصل الأول تطرقنا إلى تنفيذ العقد المبرم عن طريق التقنيات الحديثة للاتصال والفصل الثاني المتعلق بأثر التغييرات التكنولوجية على إثبات العقد.

الفصل التمهيدي

العقد والتطور التكنولوجي

الفصل التمهيدي

العقد والتطور التكنولوجي

إن ما وصلت إليه وسائل الاتصال التكنولوجية المستعملة في التعاقد عن بعد لم تكن معروفة من قبل وهذا نتيجة لظهور الأقمار الصناعية ودخولها مجال الاتصال والإعلام وهذا ما أدى بنا إلى زيادة الارتباط بوسائل التواصل التكنولوجية وأضفى على المعاملات العقدية صفة العالمية كما أن الوسائل المستخدمة في إبرام العقود في تطور مستمر وسريع نتيجة لسرعة تطور التكنولوجيا ونظم الاتصالات السلكية واللاسلكية.

ومما لا ريب فيه أن أية دراسة لكي تكون مفيدة من الناحية العملية والعلمية فإنه لا بد من الحديث عن التطور التاريخي، خاصة بالنسبة للعلوم القانونية والاجتماعية، لأن التاريخ وإن كان شيئاً حدث وانتهى إلا أنه عنصر مهم في تكوين إنسان الوقت الحاضر ولهذا ارتأينا بدأ البحث عن طريق فصل تمهيدي نتطرق من خلاله إلى تطور التكنولوجي وتطور نظام التعاقد عبر العصور .

المبحث الأول

ماهية التطور التكنولوجي

في ظل التطورات المتلاحقة التي يشهدها العالم، ظهرت تكنولوجيا المعلومات والاتصالات مست كل القطاعات وجوانب الحياة البشرية، فقد حملت معها الأمل في تحقيق قفزة اتصالات في كل الجوانب القانونية بما فيها التعاقد⁽¹⁾، حيث ولدت هذه التكنولوجيا نموذجا جديدا للأنشطة محدثة بذلك تغييرا جذريا في أسلوب التعاقد، ويعود لهذا التطور التكنولوجي الفضل في ميلاد العقد الإلكتروني واكتساحه حياة الأفراد.

سنتناول من خلال هذا المبحث ظهور تكنولوجيا المعلومات والاتصالات (المطلب

الأول) بعدها سنتطرق إلى بروز التكنولوجيا كقاعدة للتعاقد (المطلب الثاني).

المطلب الأول

ظهور تكنولوجيا المعلومات والاتصالات

أدى التطور التكنولوجي إلى استخدام وسائل تقنية متعددة ومتنوعة في التعاقد كالهاتف والتلغراف والفاكس والتلفزيون فأصبح التعاقد بين الأفراد من مختلف أنحاء العالم ممكنا وذلك دون إلتقاء أطراف العقد وظهرت في السنوات الأخيرة شبكة الأنترنت الناتجة عن مزج شبكة الاتصالات الدولية والكمبيوتر والتي تعد ثورة علمية

¹ - عبد الفتاح بيومي حجازي، مقدمة في التجارة الإلكترونية العربية، الكتاب الأول، شرح قانون المبادلات التجارية الإلكترونية التونسي، دار الفكر الجامعي الإسكندرية، ط 2003، ص: 14.

حقيقية شهدها العالم اليوم تسمى بثورة المعلوماتية، إذ أصبحت عاملاً أساسياً في تطور الشعوب ورفع مستواها العلمي والمعرفي وكذا تعزيز تنميتها الاجتماعية والاقتصادية والحكومية.⁽¹⁾

فأصبحت المعلوماتية تشكل نموذجاً بالأسلوب جديد في التعاقد تمكن من التواصل والتلاقي عن بعد عبر فضاء افتراضي لا مادي، حيث يتواصل البائع مع المشتري عبر هذه الشبكة فيتم تبادل المعلومات والبيانات الخاصة بالعقد ابتداءً من تكوينه إلى غاية تنفيذه في إطار ما يسمى بالتعاقد الإلكتروني.

استعملت الوسائل التقنية كالهاتف والتلغراف وغيرها... منذ زمن طويل في التعاقد إلا أنها لم تعرف النجاح نفسه الذي عرفته شبكة الأنترنت باعتبارها وسيلة مميزة تنفرد بهذه المميزات إذ حقق هذا المنهج الجديد في التعاقد عدة مزايا لم تكن ممكنة في الماضي القريب كالسرعة الفائقة في التواصل مع المتعاقد الآخر والتقليص من تكلفة التعاقد إضافة إلى السرية العملية كل هذا يمكن تحقيقه في خضم ساعة واحدة.⁽²⁾

من خلال هذا المطلب سندرس مفهوم تكنولوجيا المعلومات والاتصالات (الفرع الأول)، أما (الفرع الثاني) سنتناول من خلاله مميزات وخصائص التطور التكنولوجي.

¹ - محمد حسام لطفي، الإطار القانوني للمعاملات الإلكترونية، دار النهضة العربية، ط 2002، ص: 161.

² - مدحت عبد الحلیم رمضانی، الحماية الجنائية للتجارة الإلكترونية، دار النهضة العربية، ط 2001، ص: 17.

الفرع الأول: مفهوم تكنولوجيا المعلومات والاتصالات

كلمة تكنولوجيا المعلومات والاتصالات مجموعة الموارد والأجهزة اللازمة لمعالجة المعلومات من أجهزة كمبيوتر وبرامج وشبكات ضرورية لإنتاج هذه المعلومات وتوزيعها واسترجاعها وعرضها.⁽¹⁾

إلا أنه من بين التعريفات التي أطلقت على تكنولوجيا المعلومات والاتصالات Tic: تشير تكنولوجيا المعلومات والاتصالات إلى جميع أنواع التكنولوجيا المستخدمة في تشغيل ونقل وتخزين المعلومات في شكل إلكتروني، وتشمل تكنولوجيا الحسابات الآلية ووسائل الاتصال وشبكات الربط وأجهزة الفاكس وغيرها من المعدات التي تستخدم بشدة في الاتصالات.

المعلوماتية تعني علم المعالجة العقلانية بواسطة آلات أوتوماتيكية والتي تعتبر دعامة حقيقية للمعرفة البشرية في مجال الاتصال في مختلف الميادين، وتقوم التقنيات المتنوعة في هذا المجال من عتاد وحواسيب وبرمجيات وشبكات ومحطات اتصال وبفضلها يمكن معالجة البيانات الواردة إليها معالجة آلية لتكون في الأخير معلومات صادرة في شكل إلكتروني يستطيع الشخص المتحصل عليها تقييمها في المجال المطلوب هذا يعني أنه في مجال التعاقد يعالج الكمبيوتر البيانات التعاقدية كمعلومة من المعلومات الواردة إليه.⁽²⁾

¹ - حمد إبراهيم موسى، سندات الشخص الإلكتروني بين الواقع والمأمول، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ط 2005، ص: 7 وما بعدها.

² - خالد إبراهيم ممدوح، إبرام العقد الإلكتروني، دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي بالإسكندرية، ط 2006، ص: 28.

ومما لا شك فيه أن للمعلوماتية والتطور التكنولوجي انعكاسات هامة على الجانب القانوني بصفة عامة وفي إطار التعاقد بصفة خاصة حيث أن تأثيرها كان على فروع القانون كلها سواء القانون العام أو الخاص.

وقد أصبح في ذمة التاريخ ذلك العصر الذي كان فيه التعاقد يستغرق مدة طويلة من الزمن وغدت المعاملات بالرغم من ضخامتها تتم في دقائق معدودة عبر كبسة زر واحدة أو بمجرد الضغط على أيقونة الحاسوب أو الهاتف الذكي لإبرامها عبر العالم.⁽¹⁾

إلا أنه يتضح أكثر مفهوم للتكنولوجيا عند إزالة اللبس والغموض حول الفرق الجوهرية بين التكنولوجيا **Technologie** والتقنية **Technique**، حتى لا نخلط بينهما، كما يجب أن تميز بين تكنولوجيا المعلومات وتكنولوجيا الاتصالات.⁽²⁾

أ- التكنولوجيا التقنية: هي مجموعة من التقنيات التي لها علاقة بالمعرفة والإبتكار التي ينتجها المجتمع في عصر وزمن معين، فهي تتيح للأفراد تعويض النقص الطبيعي في كفاءاتهم اتجاه محيطهم المعقد.⁽³⁾

¹ - سمير حامد الجمال، التعاقد عبر تقنيات الاتصال الحديثة، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة القاهرة، 2005، ص: 62.

² - محمد بهجت عبد الله أمين قايد، الوسيط في شرح قانون التجارة البحرية، الجزء الثاني، دار النهضة العربية، ط02، 2007، ص: 102.

³ - محمد حسام محمود لطفي، استخدام وسائل الاتصال الحديثة في التفاوض على العقود وإبرامها، القاهرة، 1993، ص: 09.

إن التكنولوجيا ليست بالآلات والتجهيزات تنتج وتستهلك فقط كباقي وسائل الإنتاج، فالتكنولوجيا هي عملية إنتاجية وعلاقات تحكم السلوكيات والمفاهيم التي تحكم نظام الإنتاج.

وبعبارة أخرى فإن التكنولوجيا لا تعني التجهيز فقط بل تشمل كل ما تحمله التقنيات من قيم مجتمعية وثقافية.

وبالتالي التقنية تعني العتاد والآلات المتطورة والتكنولوجيا تعني نظام اجتماعي أخلاقي يهاكله يضم القيم السائدة للمجتمع.

ب- تكنولوجيا المعلومات وتكنولوجيا الاتصالات: كما هو معروف تكنولوجيا المعلومات هي مجموع الوسائل المستعملة لمعالجة المعلومات على اختلاف أشكالها، والاتصال يعني استقبال وإرسال معلومات بأي وسيلة كانت عن طريق الطاقة الكهرومغناطيسية.⁽¹⁾

فالعامل المشترك بين تكنولوجيا المعلومات وتكنولوجيا الاتصالات هو وجود شبكة تجمعها كشبكات المعلومات، شبكة السمع البصري، شبكات الاتصالات، وهي التي تنضم عملية التواصل في كلاهما.

ومن خلال كل هذا يتضح لدينا مفهوم التكنولوجيا الحديثة التي مست كل جوانب الحياة، فالتطور التكنولوجي لم يكن وليد الأمس، بل شهد تطورا وتقدما منذ الأزل إلى أن وصل الإنسان لا يستطيع العيش دون هاتف ذكي أو دون تصفح الأنترنت.

¹ - السيد محمد السيد عمران، الطبيعة القانونية لعقود المعلومات (الحاسب الآلي، برامج، الخدمات)، مؤسسة الثقافة الجامعية، د ط، دس ن، ص: 51.

ولقد ساعد على تطور التكنولوجيات الحديثة دعم ومناقشة مختلف المشاريع، التي تشجع على السير قدما بهذه التقنيات الحديثة وذلك من خلال عقد مؤتمرات على الصعيد الدولي.⁽¹⁾

الفرع الثاني: مميزات وخصائص التطور التكنولوجي

إن المكانة التي احتلتها التكنولوجيا الحديثة في حياة الأفراد اليومية كان بفضل مجموعة من الخصائص والمميزات التي نختصرها في التالي:

أ- الإنتشار:

إن العدد الإجمالي لمستخدمي التكنولوجيا اللامحدودة حيث إنتشرت التكنولوجيا عبر دول العالم بشكل متسارع وتمكنت من اكتساب عدد لا نهائي من المستخدمين.

ب- العالمية:

يتم انتقال التكنولوجيا بين مختلف دول العالم متجاوزة مختلف الحدود وذلك بالضغط على أيقونة الحاسوب أو الهاتف، فهي تكنولوجيا عابرة للحدود.

ج- السرعة:

تتميز التكنولوجيا بالسرعة في نقل المعلومات وإرسالها في نفس الوقت ووصولها في الحين حيث لا يستغرق هذا فترة من الزمن.

¹ - عقد مؤتمرين للقمة العالمية لمجتمع المعلومات في جنيف 2003 وتونس سنة 2005 حيث شارك فيهما عدة دول من قطاع خاص وعام ناقشت أهم قضايا تكنولوجيا المعلومات والاتصالات وتأثيرها على البنية الإجتماعية ككل، خاصة في الدول النامية وكيفية استخدامها من أجل بناء مجتمع المعلومات وتحقيق تنمية مستدامة.

د- التفاعل:

إن التطور التكنولوجي لا يقتصر على استقبال المعلومات والرسائل فقط بل يمكن الاستقبال والرد والتفاعل مع مختلف المعلومات في آن واحد.

هـ- عدم التركيز:

من أهم مميزات التكنولوجيا هو خاصية عدم التركيز والتي تتمثل في شبكة الإتصالات أو شبكة الأنترنت التي تربط بين عدد لا متناهي من أجهزة الإتصال.

وقد شهدت مكاتب البريد في فرنسا ومنذ سنوات عدة تطورات كبيرة حيث ضاعفت نشاطها في تقديم خدمات المستوى الوطني والدولي وقد نجم عن هذا التطور خصوصية وإدماج العديد من الشركات التي تعمل في هذا المجال، الأمر الذي أدى إلى زيادة حجم الخدمات وسرعة تقديمها للعملاء سواء الإقليم الفرنسي أو الدولي.⁽¹⁾

وفي مصر تطورت مكاتب البريد بصورة كبيرة أيضا، حيث طورت خدماتها وأصبحت تتميز بالسرعة، لاسيما مع تقديم خدمة البريد السريع الدولي.⁽²⁾

المطلب الثاني

بروز التكنولوجيا كقاعدة للتعاقد

لقد حضي العقد منذ القدم بإهتمام التشريع وذلك من أجل تنظيم إبرامه وتنفيذه وإثباته بما يتماشى مع مصالح الأفراد والأطراف المتعاقدة حيث حدد شروطه

¹ - أسامة أحمد سوقي المليجي، استخدام مستخرجات التقنيات العلمية الحديثة وأثره على قواعد الإثبات المدني، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000، ص: 79.

² - محمد حسام محمود لطفي، استخدام وسائل الاتصال الحديثة في التفاوض على العقود وإبرامها، القاهرة، 1993، ص: 12.

وأركانه والشكليات القانونية التي يقوم عليها العقد، إلا أنه عرف العقد تطورات متلاحقة في إبرامه وذلك بتطور الوسائل المستعملة في التعاقد ولاسيما في ظل ما يعيشه العالم من نظام معلوماتي.

فمن خلال هذا سنتطرق إلى دراسة التعاقد في القانون الروماني (الفرع الأول)، نظام في بلاد الرافدين (الفرع الثاني)، ونظام التعاقد وفقا للقانون الكنسي (الفرع الثالث)، وأخيرا نتطرق إلى نظام التعاقد في الشريعة الإسلامية (الفرع الرابع).

الفرع الأول: نظام التعاقد في القانون الروماني

يعتبر العقد المصدر الوحيد للالتزام في القانون الروماني، إذا كان وفقا للشكل المحدد، أما الاتفاقيات دون ذلك فلا ترتب أي أثر قانوني، وقد عرف فقهاء القانون الروماني العقد على أنه: "إن العقود عبارة عن اتفاقيات منشأة للالتزامات، فهي اتفاقيات تؤدي إلى أن يصبح الواحد دائنا والآخر مدينا"⁽¹⁾ فالاتفاقيات المجردة لا ترتقي لمرتبة العقد ما تم وفقا للأشكال القانونية، ويلاحظ على القانون الروماني أنه فصل بين العقد والاتفاق حيث لا تكفي الاتفاقيات بين الأطراف في إنشاء الالتزام المترتب عن العقد، طبقا للقاعدة السائدة آنذاك والتي تقول: لا تولد عن الاتفاق مجرد أية دعوى.

ولعل أن الاهتمام البالغ للرومان بتنظيم العقود مصدره أن العلاقة العقدية، بين المتعاقدين تعتبر علاقة دينية مقدسة من الواجب حمايتها، كما كان يراعي في إبرام

¹ - بومعزة رشيد، الشكلية الرسمية في العقود، مذكرة ماجستير في القانون، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2005، ص: 04.

العقود الجانب الشكلي من أجل تنفيذ العقد دون الأخذ بالرضا وحده، ولقد انشقت الشكلية في العقود في القانون الروماني مرحلتين هما:

أولاً- مرحلة صارمة مشددة في إجراءات وأحكام الشكلية:

حيث كانت لا تترتب على أي اتفاق ما لم يتم إفراغه في قالب رسمي أو شكلي معين مثل عقد الزواج، وقد يكون أيضا باستعمال لفظ خاص أو الرموز الشائعة آنذاك للتعبير عن العقد وإما عن طريق اتخاذ بعض الإجراءات الرسمية أمام الجميع من مدنيين وعسكريين يكون الحضور شهود كالوصية، لكن سرعان ما تراجعت الشكلية في القانون الروماني.⁽¹⁾

ثانياً- مرحلة تقلص الشكلية في القانون الروماني:

بالنظر إلى الآثار التي خلفها الإتفاق فأصبح عدد الإتفاقات يفوق عدد العقود لإنعدام الشكل القانوني، ومع تعامل الرومان مع الإغريق بدأ القانون الروماني يستوعب مدى تقلص النشاطات التجارية الناجمة عن عرقلة الشكلية على تلك المعاملات ما أدى إلى تقسيم العقود إلى عدة أصناف منها عقود مكتوبة تتوقف صحتها على تسجيلها وقيدها في سجلات خاصة، وعقود عينية تنعقد بالتسليم وعقود رضائية من خلال الاعتراف بركن الرضا للتعاقد كما قسمت العقود إلى عقود مسماة كالبيع والإيجار وغيرها وعقود غير مسماة وفئة أخرى من العقود الرسمية، كعقد الإشتراط الشفوي

¹ - حليس لخضر، مكانة الإرادة في ظل تطور العقد، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2016، ص: 22-23.

الذي يتم بألفاظ محددة، وعقد القرض عن طريق استخدام الميزان والنحاس كإشهاد على نقل الملكية.⁽¹⁾

وننتج عن هذا التطور ظهور مبدأ سلطان الإرادة Autonomie de volonte القائم على الحرية التعاقدية وإعطاء أهمية للعقود الرضائية، وفي ذلك قال الفقيه جوستينيان: يجب على كل فرد أن يحترم شخصية الآخرين فلا يتدخل في شؤونهم الخاصة ولا في السلطات التي يخولها إياهم النظام الإجتماعي ويجب على الكل أن يعطي ما عليه للآخرين من حقوق وأن يحترم حقوقهم المكتسبة طالما أن النظام الإجتماعي قد منح بعض الأفراد أشياء معينة بإعتبارها ملكا خاصا له.⁽²⁾

الفرع الثاني: نظام التعاقد في بلاد الرافدين

لقد تم إكتشاف وثائق مكتوبة على طيف تثبت المعاملات المالية والتجارية يعود أصلها إلى 3000 ق. م في بلاد الرافدين كعقود بيع وزواج على اعتبارها أساس لإكتساب التصرف قيمته، فكانت مكتوبة بالخط الساري.

ومن ضمن أشهر تنظيمات بلاد الرافدين قانون حمورابي وهو أشهر ملوك بابل إكتشف مدونة منقوشة على الحجر الديوريت الأسود والتي يرجع تاريخها إلى مرحلة من 1728 لغاية 1686 ق. م وهي تتضمن 13 قسما يضم أنظمة مختلفة، وقد أخذت المادة 104 من قانون حمورابي على ما يثبت كتابة البيع فقد نصت: إذا أقرض تاجر غلة أو

¹ - فايز محمد حسين، تاريخ القانون (مبادئ القانون الروماني، القانون الروماني والواقع الاجتماعي في مصر الرومانية، تطبيق الشريعة الإسلامية في مصر تكوين النظام القانوني المصري الحديث، دار المطبوعات الإسكندرية، مصر، 2015، ص: 66.

² - سهيل حسين الفتلاوي، تاريخ القانون، دراسة في فلسفة النظم القانونية والسياسية عبر التاريخ، مكتبة الذاكرة بغداد، العراق، ط1، 2010، ص: 101.

صوفا أو بضاعة ما، إلى بائع متنقل فعلى البائع المتنقل أن يسجل الثمن وأن يدفعه للتاجر وأن يستلم البائع المتنقل وصلا مختوما بالدرهم التي يدفعها للتاجر، فقد كانت المعاملات تتم مقابل نقود معدنية برونز أو فضة، بالنسبة لسكان المدينة، أما بالنسبة لسكان الريف فقد سمح لهم بإتخاذ الشعير كمقابل للتعاملات وكان يقاس المكيال باليد وكانت تثبت وتدون على وثيقة بإعتبارها أداة لإثبات التصرف لا ركنا للإنعقاد والتي يتم تحريرها بحضور شاهدين، ووضع أختامهم عليها وإلا فلا يمكن أن تكون حجة، ويمنع إجراء أي تعديل على الوثيقة ما لم يكن ذلك في حضور الشهود وإلا رفضت الورقة كدليل إثبات.⁽¹⁾

الفرع الثالث: نظام التعاقد وفقا للقانون الكنسي

لقد حافظت الشكلية على مكانتها في ظل القانون الكنسي غير أن أعمال الشكلية المعروفة في القانون الروماني لم يكن وفقا للمبادئ التي يقوم عليها في هذه المرحلة، التي تميزت بالتأثر بالجانب الديني الذي كان يفرض أن تنعقد المعاملات بالقسم (بفتح القاف) من المتعاقد على أن يحترم عقده، دون الحاجة إلى إفراغه في شكل مكتوب،

¹ - عليان عدة، فكرة النظام العام وحرية التعاقد في ضوء القانون الجزائري والفقهاء الإسلامي، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2016، ص: 102.

فقد أصبح وفقاً لذلك مبدأ سلطان الإدارة هو الأصل في العقود⁽¹⁾، وقد عبر الفقيه لوايزل: "Loysel" عن هذا المبدأ⁽²⁾.

الفرع الرابع: العقد وفقاً لأحكام الشريعة الإسلامية

لقد كانت المعاملات السائدة وفق أحكام الشريعة الإسلامية عن طريق المقايضة أي تغيير سلعة بسلعة، فانتشر بين الأفراد ما يسمى بالبيع حيث كان مصدراً للملكية وكسب الرزق، ويقول سبحانه وتعالى في كتابه: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا﴾⁽³⁾.

لقد كان للشريعة الإسلامية أثر قوي في تنظيم الملكية الخاصة ووضع حد لكل أنواع الظلم القائم على الربا والمعاملات السائدة آنذاك فجعلت التراضي منبع التصرفات بقوله عز وجل ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ﴾⁽⁴⁾.

وبناءً على قول سيدنا المصطفى صلى الله عليه وسلم: «إنما البيع عن تراض» إلا أنه كان للشريعة الإسلامية موقف في إفراغ العقود في قالب شكلي، وأحكام الشريعة الإسلامية صالحة لكل زمان ومكان.

¹ - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الإلتزام بوجه عام، مصادر الإلتزام، منشورات الحلبي، بيروت، لبنان، ط2، 1998، ص: 452.

² - محمد صبري السعدي، مصادر الإلتزام، القسم الأول، النظرية العامة للإلتزامات القانون المدني الجزائري، الكتاب الأول، المصادر الإدارية، العقد والإرادة المنفردة، دار الكتاب الحديث، 2009، ص: 45.

"On lie les bœufs par les corines et les hommes par les paroles"

³ - الآية رقم 275 من سورة البقرة.

⁴ - الآية رقم 29 من سورة النساء، القرآن الكريم.

الفرع الخامس: نظام التعاقد في القانون الجزائري

عرفت الجزائر قبل الإستقلال عدة مراحل تاريخية كان لكل منها تأثيرا على

المنظومة التشريعية المطبقة على إقليمها.

أولا- مرحلة الدولة العثمانية:

لقد كانت الجزائر ولاية من ولايات الدولة العثمانية التي كانت تخضع المعاملات المالية والتجارية لأحكام الشريعة الإسلامية، المستنبطة من القرآن والسنة والقياس والإجماع، كما أنه تميزت الجزائر آنذاك بتعدد الطوائف، ففي العاصمة أين كانت تتبع المذهب الحنفي أما غرداية ونواحيها فكانت تتبع المذهب الإباضي أما منطقة القبائل فكانت خاضعة للتقاليد القبائلية، وباقي الجزائر كانت تتبع المذهب المالكي، فكانت الأصل في الشريعة الإسلامية هو حرية التعاقد بحيث يكفي توافق الإرادتين.⁽¹⁾

ثانيا- مرحلة الإحتلال الفرنسي:

لقد كانت الجزائر إبان الإحتلال الفرنسي الذي يتراوح بين 1830 إلى 1962 مستعمرة فرنسية خاضعة لجميع القوانين الفرنسية وقد كان أول من نظم مهنة التوثيق آنذاك قانون 25 فانتوز المؤرخ في 16 مارس 1803 والذي لا زال نافذا في التشريع الفرنسي مع إدخال بعض التعديلات عليه، وقد تم تنفيذ هذا القانون في الجزائر بتاريخ 31 ديسمبر 1842 والذي وضع أهم أسس التوثيق وتنظيم العقود

¹ - محمد صبري السعدي، مصادر الإلتزام، القسم الأول، النظرية العامة للإلتزامات، القانون المدني الجزائري، الكتاب الأول، المصادر الإرادية، العقد والإرادة، المنفردة، دار الكتاب الحديث، 2009، ص: 45.

الرسمية⁽¹⁾، إلا أن ذلك لم يمنع من تطبيق النظام الذي كان سائدا قبل دخول المستعمر والقائم على أحكام الشريعة الإسلامية، فقد قامت الحكومة الفرنسية آنذاك بترجمة مؤلف الإمام مالك المعنون بالمختصر في الفقه على مذهب الإمام مالك بن أنس لخليل بن إسحاق بن يعقوب المالكي وزعته على المحاكم الشرعية الجزائرية ليطبق على الجزائريين.⁽²⁾

وقد تم بذلك تقسيم جهات إبرام العقود إلى فئتين: النظام التقليدي المعمول به في المحاكم الشرعية ويتولى القاضي الشرعي مهمة تحرير العقود الرسمية وفقا لأحكام الشريعة الإسلامية فيما يخص الجزائريين دون سواهم، أما الأوروبيين فكان يطبق عليهم النظام العصري المؤسس على مكاتب التوثيق وكان للجزائريين الحق في إختيار الخضوع لهذا القانون.

وكان هذا كإستثناء لإخضاعهم لأحكام الشريعة الإسلامية، فقد كانت العقود المتضمنة البيع العقاري مثلا تتم بين الأطراف إما بطريقة رسمية أو عرفية، على إختلاف أنواعها، إلا العقارات المفروسة لا يمكن إثباتها عرفيا.

¹ - Arrêt ministeriel du 30 decembre 1842, qui régleme l'exercice et la dixipline de la profession de notaire en Algérie collection complète. Des lois, décrets, ordonnances et règlement et avis du conseil d'état. Société du recueil sirey Paris, France, 1844, P 590, Disponible sur le lien : (consulté le 18/04/2019).

<http://books.google.dz/books?id=x5RCAQAMADJ=L%27arr%c3%AAT+du+Ministre+de+la+Guerre+du+30+decembre+1842>.

² - وأسمته ب: Précis de Jurisprudence musulmane

ثالثا- مرحلة ما بعد الإستقلال لغاية 1970:

بعد الإستقلال الجزائر في 05 جويلية 1962 واصلت الدولة الجزائرية العمل بالنظام المزدوج الذي كان قائما إبان فترة الإستعمار وهذا بموجب القانون رقم 62-157 المؤرخ في 1962/12/31 وكانت آنذاك المعاملات تخضع لنظام المحاكم الشرعية، كما أن البيوع الواقعة على العقار كانت تتم إما بصفة رسمية أو عرفية على جميع الأراضي الجزائرية، بما كانت تتم إما بصفة رسمية أو عرفية على جميع الأراضي الجزائرية⁽¹⁾، بما في ذلك المملوكة للفرنسيين، إلا أن العقود التي يحررها القاضي الشرعي تخضع لإجراءات التسجيل والطابع دون الشهر، أما العقود المحررة بين الموثقين والواقعة في النسيج الحضري، فتخضع لإجراءات التسجيل والشهر لخضوعها للقانون الفرنسي⁽²⁾.

رابعا- بعد مرحلة 1970 ولغاية هذا اليوم:

لقد سعت الجزائر بموجب القانون رقم 91/70، المؤرخ في 1970/12/15 إلى التوجه نحو توحيد نظام العقود، ملغية بذلك النظام الذي كان يقوم على المحاكم الشرعية، وهيئات إدارية وقضائية، والمخول لها تحرير العقود الرسمية، كما قام بوضع حدا للإشكالات التي كانت تعترضها السندات المعرفية⁽³⁾.

¹ - القانون رقم 62-157 المؤرخ في 31 ديسمبر 1962، المتعلق بتمديد العمل بالقوانين الفرنسية، ج ر ع 02 مؤرخة في 11 جانفي 1963، الملغى بالأمر رقم 29-73 المؤرخ في 05 جويلية 1973، ج ر ع 62 المؤرخة في 1961/12/31.

² - بوسماحة ماجدة، تقنيات ترجمة العقود التوثيقية في الجزائر، مذكرة ماجستير في الترجمة، معهد الترجمة، جامعة وهران 1، أحمد بن بلة، 2014/2015، ص: 09.

³ - الأمر رقم 70-91 المؤرخ في 15 ديسمبر 1970، المتضمن تنظيم مهنة التوثيق للعقود (ملغى).

بعدها جاء أول قانون في الجزائر يقيد الإدارة التعاقدية (خاصة العقود الواردة على العقار) حيث أكد المشرع على شكلية التعاقد: القانون المدني بموجب الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المعدل بموجب القانون رقم 88-14 المؤرخ في 06 ماي 1988، والقانون رقم 10/05 المؤرخ في 20 يونيو 2005 وفي سنة 2015 وعلى أثر تأثر المشرع والتصديق الإلكتروني من خلاله قام بتنظيم مهام التصديق الإلكتروني ولتبني نظام المعلوماتية في إجراء التوقيع الإلكتروني والذي كان له تأثير على تطوير تنظيم المهنة.⁽¹⁾

¹ - القانون رقم 04-15 المؤرخ في أول فيفري 2015، يحدد القواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين، ج ر ع 06، مؤرخة في 10 فيفري 2015.

المبحث الثاني

تطور وسائل الاتصال التكنولوجي وتأثيرها على العلاقات القانونية

إن الركيزة الأساسية لإبرام العقد هو تطابق الإرادتين الذي يتم في مجلس واحد بحضور الأطراف المتعاقدة، إلا أنه قد يحدث ويكون المتعاقدين في مكانين مختلفين، مما يؤدي بنا إلى نظام التعاقد بين غائبين، حيث يتم هذا عن طريق تدخل وسيط إلكتروني أو وسيلة من وسائل الإتصال والتواصل من أجل التفاوض والتواصل بين المتعاقدين وبالتالي يكون حضور الأطراف حضوراً حكيميا وليس فعليا ويختلف ذلك باختلاف وسيلة التعاقد المختارة من قبل الأطراف لإبرام العقد وهذا تماشياً مع التطور السائد في المجتمع ما أجبر مختلف التشريعات إلى تدارك نصوص تنظيم العقد لكي تتوافق مع التطور التكنولوجي الحاصل.⁽¹⁾

المطلب الأول

التطور التكنولوجي لوسائل التعاقد

عرفت وسائل إبرام العقود تطوراً هائلاً لم يسبق له مثيل وذلك منذ العصور القديمة وصولاً إلى الثورة المعلوماتية.

¹ - جمال نادر، أساسيات ومفاهيم للتجارة الإلكترونية، دار الإسرء للنشر والتوزيع، الأردن، ط01، 2005، ص: 17.

الفرع الأول: وسائل الإتصال في العصر القديم

لقد حاولت التشريعات القديمة البحث عن وسائل تحقق التعاقد بين غائبين وتقلل من عناء السفر والمواصلات التي كانت آنذاك تؤرق الأطراف وتزيد من تكاليف التعاقد لما كانت لها من صعوبة خاصة في الظروف الطارئة، ومن أقدم الوسائل التي استخدمها الرومان للتعبير عن الإرادة هي إشعال النيران كمؤشر على الإعلان عن الإدارة لشخص بعيد والذي بمجرد رؤيته للدخان يصله التعبير عن إرادة الطرف الثاني وفقا لما كان متفق عليه سابقا.⁽¹⁾

بعدها تم الإستعانة بشخص يتولى مهام ساعي بريد أو كان يسمى آنذاك بالرسول فهو ما عرف في هذه المرحلة بالتعاقد بالمراسلة حيث كان ينقل إرادة المتعاقدين بينهما إما شفاهة أو بواسطة نص مكتوب، دون أن يتصرف فيه بإرادته لكن شريطة أن يكون شخصا عاقلا صاحب حجية وبيان، غير أنه استخدام الرسول لدى العرب والمسلمين قديما كان يشكل خطرا لما كانت تتسم عليه تلك الحقبة من حروب فأصبح العرب يستعينون بالطيور وذلك من أجل إيصال الرسائل وقد كان ذلك منتشرا أكثر في الدولة العباسية حيث نظم الخليفة المهدي ثالث خلفاء العباس البريد باستخدام الحمام الزاجل في القرن الثامن الميلادي.

¹ - رامي محمد علوان، التعبير عن الإرادة عن طريق الانترنت، وإثبات التعاقد الإلكتروني، دط، ص: 64.

الفرع الثاني: وسائل الاتصال المعتمدة على الأجهزة الإلكترونية والذكية

مواصلة لمنهجية البحث عن آلية تسهل التواصل بين الأطراف، ظهرت وسائل الاتصال المعتمدة على التجهيز الإلكتروني كالتلغراف والهاتف والفاكس والتلكس وغيرها.

وقد شهدت وسائل الاتصال تطورا متسارعا مما قد أثر على نظام المعلوماتية التي تقوم على أسس الدمج بين وسيلة الاتصال والمعلومات في نظام واحد، حيث أصبحت هذه الوسائل رقمية والتي انتقلت بدورها لمجال إبرام العقود سواء مدنية كانت أو تجارية لما توفره من وحدة لمجلس العقد والتبادل المباشر للمعلومات بين الأطراف وإمكانية إفراغ العقود المبرمة في قالب مادي، بداية في جهاز الكمبيوتر إلى الحاسب اللوحي Tablette إلى Smartphone الهاتف الذكي وغيرها⁽¹⁾، فهي لا تزال تعرف تطورا متلاحقا ومتسارع.

المطلب الثاني

التطور التكنولوجي لأحكام العقود والإثبات

لقد أتاحت تكنولوجيا المعلومات بفضل ما تتميز به من سرعة وحداثة وسائل الاتصال إلى محاولة استغلال ذلك في إبرام العقود المدنية والتجارية وأمام كثرة هذه المعاملات الإلكترونية التي أثارته إشكالات حول الاعتراف التشريعي لها أمام القضاء

¹ - بشرطلال المومن، مشكلات التعاقد عبر الانترنت: دراسة مقارنة، عالم الكتب الحديث للنشر والتوزيع، الأردن، ط 01، 2004، ص: 105.

ومدى اعتبارها وسيلة لإثبات ما أدى إلى تلاحق القوانين المنظمة للتجارة الإلكترونية ومدى إمكانية حلها محل المستندات الورقية الرسمية من حيث القوة الثبوتية.

الفرع الأول: ملامح التكنولوجيا الحديثة

إن أهم ما يميز عصرنا الحالي هو تسارع وتيرة التطورات التكنولوجية والتي

أُقت بظلالها على نظرية التعاقد، ولهذا العصر عدة سمات وملامح تظهر في التالي:⁽¹⁾

- ❖ ارتكاز الدول على التقنيات الحديثة للتواصل.
- ❖ تشجيع التطور التكنولوجي واختراع تقنيات حديثة للتواصل.
- ❖ ظهور شركات إلكترونية تمارس نشاطها عن طريق شبكة الأنترنت.
- ❖ زيادة المنافسة العالمية في تطوير التقنيات الحديثة والابتكارات.
- ❖ انقسام الدول إلى مجموعتين: دول متطورة وقادرة على استخدام التكنولوجيات الحديثة ودول تحاول ركوب موجة التطور التكنولوجي.
- ❖ تحول العالم إلى قرية عن طريق شبكة الأنترنت.
- ❖ التدفق السريع والكثيف للمعلومات مع ظهور هياكل تنظيمية لإدارات إلكترونية دون أن تكون لها فروع على الأرض.
- ❖ ظهور عالم افتراضي غير واقعي يجمع مختلف الشعوب عبر العالم دون اللقاءات المادية الواقعية.

¹ - محمد أحمد نور، مدى حجية التوقيع الإلكتروني في عقود التجارة الإلكترونية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 2005، ص: 27.

الفرع الثاني: التطور التكنولوجي للمعاملات السائدة بين الأفراد

لقد أسهم العلم والتكنولوجيا بدرجة هائلة في رفاهية الإنسان ورخائه، من خلال ما تقدمه لنا التكنولوجيا الحديثة من تطبيقات تقنية تم الاستعانة بها واستثمارها في أغلب ميادين الحياة، فالثورة التكنولوجية باتت سمة من سمات العصر الذي نحياه الآن، بل إنها أصبحت جزءاً من حياتنا وأداة مساعدة لتسيير تلك الحياة، فاعتماد البشر حول العالم في كل تعاملاتهم اليومية على التطبيقات التكنولوجية، سواء في التواصل مع الآخرين أو إنجاز أعمالهم، أو حتى الترفيه، وبالتالي فإن توقف أو عرقلة عمل تلك التطبيقات من شأنه أن يقوض سير أنظمة اقتصادية واجتماعية في العديد من الدول.⁽¹⁾

وإذا كانت تلك الثورة التكنولوجية الحديثة ترتكن في الأساس على الذكاء البشري الذي حبى الله الإنسان به وجعله سمة يتصف بها وتميزه عن سائر المخلوقات الأخرى، فإنه وبمرور الوقت أدرك الإنسان أن ذكائه هو نقطة قوته وتميزه التي بإمكانه استغلالها واستعمالها في تعزيز رفاهيته من خلال محاولة نقل الذكاء البشري إلى آلات وتطبيقات تؤدي أعمال كان يقوم بها الإنسان بنفسه أو كان يأمل في القيام بها لولا محدودية إمكاناته، لتتحول تلك الآلات والتطبيقات من مجرد جماد أصم لا يصدر أي فعل إلا بناء على تدخل من الإنسان الذي كانت له كامل السيطرة، إلى آلة ذاتية الفعل والاستجابة تعمل في العديد من الأحوال بعيداً عن الإنسان ودون تدخل منه. فالتناغم

¹ - سبى موسى، تأثير جائحة كورونا على نمو التجارة الإلكترونية في العالم، دراسة تحليلية، مقال منشور بمجلة التنظيم والعمل، مج 09، ع 04، سنة 2021، ص: 120.

بين الحوسبة والمعلوماتية وما ينجم عنها من برامج وتطبيقات أكسبت الآلات قدرة على التفكير والتعامل خارج نطاق الكيان الإنساني من خلال برمجة أجهزة تحلل التغيرات المحيطة بها وتستجيب لها.⁽¹⁾

وتشكل تلك التكنولوجيات الحديثة وما تشمله من تطبيقات للذكاء الاصطناعي تحدياً قانونياً معاصراً ومستمرًا، وذلك لما تحمله تلك التقنيات من جديد كل يوم. فأى نشاط له تأثير على الإنسان وحياته، يحتاج بلا شك إلى إطار تشريعي فعال ينظم عمله ويحكم ما ينجم عنه من آثار وعليه، يواجه القانون بكافة فروعها في يومنا هذا العديد من التحديات التي تُنشئها التكنولوجيا الحديثة سواء في مجال العقود التي تنظم عمل تطبيقاتها أم في مجال المسؤولية بشقيها المدني والجنائي، كذلك تؤثر تلك التكنولوجيا على مختلف الأنشطة التجارية والاقتصادية والعلمية المصرفية وعلى عمل الجهات الإدارية والقضائية، خاصةً مع ظهور تطبيقات للذكاء الاصطناعي في مجال علم الجريمة والعدالة الجنائية، ناهيك عن تأثيراتها في الإعلام والاتصال والعلوم الشرعية والآداب والعلوم الإنسانية والاجتماعية والفن والتصميم وغير ذلك.⁽²⁾

إن الوضع الصعب طويل الأمد وغير الاعتيادي الذي فرضته الجائحة يجعلنا نفكر بجد ونعمل أيضا على التعايش معه بطريقة تسمح لنا بالخروج من هذه الحرب بأقل خسائر ممكنة ريثما تضع أوزارها وتعلن البشرية نصرها.

¹ - رضا عكاشة، تأثير وسائل الإعلام في التنشئة الاجتماعية، المكتبة العالمية للنشر والتوزيع، ط01، د ت ن، ص: 194.

² - عبد الرزاق بركات، حوكمة تكنولوجيا المعلومات: وسيلة للتحكم في مشاريع تكنولوجيا المعلومات، مجلة الناصرية للدراسة الاجتماعية والتاريخية، مج 12، ع 2، 2021، ص: 564.

أصبح الانتقال من العالم الورقي إلى الافتراضي الإلكتروني، وإن كان بشكل جزئي وتدرجي، ونسبي وحسب إمكانات كل دولة، أمرا لا بد منه.

عندما ننتقل إلى التعامل الإلكتروني يستطيع كل شخص وهو جالس في منزله أن يحصل على أي وثيقة يحتاجها أو يبرم أي عقد أو اتفاق يرغب به، ويشتري كل ما يلزمه من مواد وبضائع وحاجيات، دونما حاجة لخروج ودخول وركوب مواصلات واختلاط وتجمع وما إلى ذلك.

لقد أثبت تجربة العمل عن بعد كم هي ذات منفعة للمجتمعات والدول والبيئة. بالطبع لا نستطيع القول أنها تجربة مثالية وناجحة 100%، ولكنها بكل تأكيد حلت مشاكل كثيرة وخففت أعباء ثقيلة من على كاهل الشركات والمؤسسات، وستسهم بكل تأكيد إذا ما طبقت مستقبلا بطريقة مدروسة في اختصار كثير من النفقات عبر تقليص مساحة الأماكن المستأجرة أو المشتراة وكذلك وسائل المواصلات والمعدات والآليات وغيرها من الأمور اللوجستية الكثير.⁽¹⁾

ليس كل عمل يمكن أن ينفذ عن بعد ولا كل عامل أو موظف قادر على العمل من البيت، فالتفاصيل والجزئيات تختلف من عمل إلى آخر ومن شخص لآخر، لكن ذلك لا يمنع من الاستمرار في التجربة والعمل على تحسينها.

¹ - Ahmed Ghaouti, professionnalisation des formation supérieur et employabilité en Alger rapport de recherche, IRMAM-CNRS , aix Provence juin 2015, P 197.

الفرع الثالث: تكنولوجيا المعلومات والقانون

نعود إلى المعاملات الإلكترونية، حيث بدأت دول كثيرة بتطبيق شبة جديّ للتعامل الإلكتروني في المعاملات الرسمية والمحاکمات وكل ما يتصل بها من إجراءات، وفي العديد من المجالات والأماكن الأخرى، فنجحت في تحقيق نقلة نوعية في العلاقة بين المواطن والموظف، وساهمت في تقليل الاحتكاك بينهما وخففت الكثير من الوقت والجهد على الاثنین، في الوقت ذاته نجد أن بعض الدول لم تع أهمية التعامل الإلكتروني، أو على الأقل لم تبذل جهدا حقيقيا للانتقال إليه، إلا في مرحلة الجائحة بعد أن أدركت أنه لا مفر من ذلك لما فيه من فوائد تفوق بكثير الأضرار، إن وجدت.

إن ربط دوائر الدولة وهيئاتها بشبكة بيانات إلكترونية واسعة، وتهيئة موظفي الدولة ومواطنيها بطريقة التعاطي مع هذا النوع الجديد من الخدمات، أمر غاية في الأهمية، والأمر الأكثر أهمية قبل ذلك كله هو تنظيم هذا الموضوع وتأطيره في الشكل القانوني الصحيح، أو تفعيل التشريعات الإلكترونية النائمة وذلك بتوفير العوامل اللوجستية والتقنية و البنية التحتية التي تسهم في تطبيق النص القانوني في الحياة العملية.⁽¹⁾

فعلى سبيل المثال، لا نستطيع أن نفهم نصا قانونيا أو تعليمات تنفيذية شارحة لنص ما تسمح بتبليغ المدعى عليه في الدعاوى القانونية عبر الرسائل النصية أو رسائل البريد الإلكتروني في الوقت الذي تعاني منه مساحات كبيرة من البلد الذي سيطبق

¹ - سلاماني ليلي، القانون وتكنولوجيا المعلومات، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية، مج 58، ع 01، 2021، ص: 515.

فيه من غياب شبكة الهاتف الخليوي أو ضعفها وكذلك شبكة الإنترنت التي قد لا تصل لمناطق كثيرة في البلد وإن وصلت فسيعيبها بطء شديد يجعلها عالية على المستخدم لا وسيلة خدماتية.⁽¹⁾

وهكذا علينا أن نهئي عوامل النجاح، ثم نسن التشريعات القانونية التي تسمح بتطبيق التكنولوجيا الحديثة وتسخيرها في سبيل خير الإنسان وتطوره وحصوله على القدر الأكبر من العدالة التي يبحث عنها ويستحقها، فالتكنولوجيا ليس عليها أن تواكب القانون وتتبعه وإنما على القانون أن يواكب التكنولوجيا ويحميها ويبث الحياة فيها بشكل رسمي عبر اعتمادها والاعتراف بها في نصوصه ومواده.

لقد أبدعت التكنولوجيا وقدمت الكثير والكثير من الخدمات والآليات والمعدات والطرق الجديدة التي تسهم في توفير الوقت والجهد ومحاربة الفساد والروتين والبيروقراطية، والأهم من ذلك تخفيف التجمعات قدر المستطاع، وهذا ما نحتاجه بكل تأكيد في عصر الجائحة، وهنا يأتي دور التشريعات التي يجب أن تكون مرنة قابلة للتعديل، بشكل علمي ومنظم، كلما دعت الحاجة إلى ذلك.⁽²⁾

إن الأمثلة لا تعد ولا تحصى عن الخدمات التي وفرتها التكنولوجيا للقانون، حتى في مرحلة ما قبل الجائحة، فهنا هي كاميرات المراقبة في كل مكان تكشف هوية عدد كبير جدا من المجرمين، وكذلك صفارات الإنذار التي قد تمنع وقوع الجرم من أساسه،

¹ - فيصل مدلس ومحمد عتو، علاقة تكنولوجية المعلومات في تطوير أنظمة المعلومات وتحقيق جودة المعلومات، مقال منشور في مجلة الحوار المتوسطي، مع 09، ع 03، ديسمبر 2018، ص: 510.

² - سلاماني ليلي، المرجع السابق، ص 517.

وها هو اختبار الحمض النووي يسهم في منح الولد حقه وإلزام والده الحقيقي بالاعتراف به ومنحه لقبه إذا ما تمتع عن ذلك. وكذلك نجد البطاقات المصرفية تحل محل العملة الورقية وتتجه لتصبح الوسيلة الأولى للدفع عبر العالم.⁽¹⁾

أضف إلى ذلك العقود الإلكترونية وتطبيقاتها وكيف أصبحت حاجة ملحة وضرورية تحل مشاكل المسافات وتجعل إبرام أي صفقة مسألة ثوانٍ قليلة بعد الانتهاء من المفاوضات. ألم تتجه الدول إلى إبرام عقود الزواج إلكترونياً وكم معضلة ومشكلة حلها هذا التوجه، وليس بعيداً عن ذلك ألم تستطيع وسائل التواصل الاجتماعي والمنصات الإلكترونية أن تحل، ولو بشكل جزئي، مسألة إيقاف التعليم في المدارس والجامعات، وقبل ذلك هل نستطيع أن ننكر أنها خففت بشكل ملحوظ جداً من قلق الأهل وحزنهم عند غياب أولادهم في دول بعيدة، لعمل أو دراسة، وجعلتهم على تواصل يومي وعلى مدار الساعة مع الأولاد وأدخلت الطمأنينة إلى قلوبهم.

إذن، نستطيع أن نصل إلى نتيجة من كل ما سبق ألا وهي أن اتحاد التكنولوجيا والقانون سيمنح البشرية سلاحاً فتاكاً لا مثيل له فنضع بذلك يدنا بيد الأطباء (جنود الصفوف الأولى) ونصل إلى النتيجة المرجوة ألا وهي القضاء الكلي على هذا الفيروس اللعين وتحقيق نصر جماعي للبشرية قل نظيره على مر التاريخ، إن لم يكن الأول من نوعه على مر العصور والأزمنة.

¹ - ياسمينة طويل، مكاسب التجارة الإلكترونية في ظل جائحة كورونا، مجلة الباحث الاقتصادي، مج 09، ع 02، 2021، ص: 444.

خلاصة الفصل التمهيدي

إن ظهور نظام التعاقد عبر وسائل الاتصال الحديث لم يكن وليد الصدفة بل ظهر نتيجة للتطور التكنولوجي الذي مسّ مختلف المعاملات السائدة بين الأفراد.

وقد تم التوصل من خلال دراسة الفصل التمهيدي إلى أن تكنولوجيا المعلومات والاتصالات سمحت بإبرام العقود المدنية والتجارية أمام سرعة المعاملات وحدثتها خاصة في الآونة الأخيرة وما شهده العالم من تفشي لوباء كوفيد 19، حيث أثارت إشكالات عدة حول الاعتراف التشريعي لهذا النوع من العقود أمام القضاء واعتباره وسيلة يمكن إثبات التعاقد عن طريقها ما أدى إلى وجوب وضع أسس وقواعد تنظم هذا النوع من التعاقد المفروض علينا حالياً كما أن التطور التكنولوجي لوسائل الاتصال أثرى على كل المعاملات التعاقدية.

الباب الأول

أثر التطور التكنولوجي على

مرحلة إنشاء العقد

الباب الأول

أثر التطور التكنولوجي على مرحلة إنشاء العقد

لكي ينعقد العقد بصفة عامة، سواءً كان مبرماً عن طريق الوسائل التقليدية أو عن طريق الوسائل التكنولوجية الحديثة، لابد من توافر أركان أساسية وهي: الرضا، المحل، والسبب، والشكلية في بعض العقود؛ لذلك تخضع العقود الإلكترونية للقواعد العامة المنظمة لأحكام العقد وإن كانت هذه العقود في بعض جوانبها تحتاج إلى قواعد قانونية خاصة لمعالجتها، سنتطرق من خلال الباب الأول إلى ماهية التعاقد عبر التقنيات الحديثة للاتصال ووسائله (الفصل الأول)، وتأثير التكنولوجيا على مرحلة تكوين العقد (الفصل الثاني).

الفصل الأول

ماهية التعاقد عبر التقنيات

الحديثة للاتصال ووسائله

الفصل الأول

ماهية التعاقد عبر التقنيات الحديثة للاتصال ووسائله

عرفت الجزائر خلال الفترة الأخيرة خطوات معتبرة في تجسيد التعامل بالتجارة الإلكترونية، وهذا بالنظر للإجراءات الوقائية التي فرضتها السلطات من حجر صحي الذي حد في الأشهر الأولى من جائحة كورونا من تحركات المواطنين؛ فما كان إلا التوجه للفضاء الإلكتروني الذي يحافظ على التباعد الاجتماعي، فوجد الفرد نفسه مجبرا على إبرام العقود عبر وسائل الاتصال التكنولوجية التي تسمح له بالتكيف مع الظروف الاستثنائية السائدة حيث اكتشف أن بإمكانه العمل وإجراء الاجتماعات وعقد الصفقات والتواصل بطريقة تقنية تتطلب وسائط إلكترونية.⁽¹⁾

سنتناول في هذا الفصل ماهية التعاقد الحديث حيث سنتعرف من خلاله على مفهوم التعاقد الإلكتروني وخصائصه وأركانه وكل ما يتعلق بالتعاقد عبر الأنترنت ومختلف وسائل التواصل التكنولوجية (المبحث الأول)، كما سنعرض بعض وسائل الاتصال التكنولوجية وإن كانت تزداد تطورا يوما بعد يوم، إن لم نقل في ظرف أقل من ذلك (المبحث الثاني).

¹ - محمد بوكماش، كمال تواكشت، الآثار القانونية للتفاوض الإلكتروني، مجلة الدراسات القانونية والسياسية، ع 07، جانفي 2018، ص: 157.

المبحث الأول

مفهوم التعاقد الإلكتروني

يعتبر العقد الإلكتروني العصب الأساسي للتجارة الإلكترونية ومن أبرز أسباب ذلك ما يميزه من سهولة ومرونة من خلال وسائط إلكترونية تستوجب علينا محاولة التعرف على هذا النوع من العقود من خلال بيان خصوصياته ومجاله وبيان النظام القانوني والبحث عما إذا كانت النظرية العامة للتعاقد كافية لتنظيم أحكامه أم يحتاج إلى قواعد خاصة⁽¹⁾، قسمنا هذا المبحث إلى تعريف العقود الإلكترونية وخصائصها (المطلب الأول)، ومجال العقود الإلكترونية (المطلب الثاني).

المطلب الأول

تعريف العقود الإلكترونية وخصائصها

لقد اختلفت جهات النظر حول تحديد تعريف العقود الإلكترونية سواء من حيث تعريفها أو من حيث خصائصها التي تميزها عن غيرها من سائر العقود بصفة عامة، وذلك لتنوع العقود الإلكترونية التي تتم عبر شبكة الاتصالات الدولية وبما أن أول ظهور والأبرز لهذا النوع من العقود كان عقد التجارة الإلكترونية فإنه من الأجدر بنا تعريف العقد

¹ - جبارة نورة، أثر التحولات التكنولوجية على النظرية العامة للعقد: العقد الإلكتروني، مقال منشور ضمن مجلة بحثو جامعة الجزائر 01، ج 01، ع 14، ص: 151.

الإلكتروني عن طريقها، فهناك التي تتم عبر الأنترنت⁽¹⁾، وهناك من يقصرها على عقود البيع والشراء، وهناك من يعطي لها تعريفا موسعا.

بحيث يشمل كل العقود الإلكترونية الأخرى، فقد استند جانب من الفقه إلى صفة أطراف العلاقة القانونية في تعريفه لعقود التجارة الإلكترونية وعرفها بأنها تنفيذ بعض أو كل المعاملات التجارية في السلع وخدمات التي تتم بين مشروع تجاري وآخر أو بين تاجر ومستهلك، وذلك باستخدام تكنولوجيا المعلومات والاتصالات.⁽²⁾

إلا أنه أغلب الفقه قد وجه اهتمامه على الوسيلة التي تتم من خلالها إبرام العقد، وحصر التعريفات داخل بأنها عبارة عن اتفاق يتطابق فيه الإيجاب والقبول على شبكة دولية مفتوحة للاتصال عن بعد⁽³⁾، وذلك بوسيلة مسموعة ومرئية بفضل التفاعل بين الموجب والقابل.

بينما استند بعض الفقه على معايير الصفة الدولية التي تعتمد على التركيز المكاني في تنظيم تلك الآلية الجديدة حيث عرف العقد الإلكتروني ذات الطابع الدولي⁽⁴⁾، بأنه العقد الذي تتلاقى فيه عروض السلع والخدمات التي يعبر عنها الوسائط التكنولوجية المتعددة خصوصا شبكة المعلومات الدولية من جانب أشخاص متواجدة في دولة أو دول

¹ - محمد حسين منصور، المسؤولية العقدية، الإلكترونية، بحث مقدم للمؤتمر العلمي الأول، حول الجوانب القانونية والأمنية للعمليات الإلكترونية، أكاديمية 2014 شرطة دبي، الإمارات العربية المتحدة في الفترة من 26-28 أبريل 2003، مج2، ص: 214.

² - شرف الدين أحمد، العقد الإلكتروني وقواعد الإثبات ومقتضيات الأمان في التجارة الإلكترونية، القاهرة، 2000، ص: 17.

³ - أسامة أبو الحسن مجاد، خصوصية التعاقد عبر الأنترنت، المرجع السابق، ص: 39.

⁴ - Andrew. D Murray entring introtracts electronically, VSA, 2002, P 23.

مختلفة كقبول يمكن التعبير عنه خلال ذات الوسائط بإتمام العقد، وسنعرض من خلال هذا المطلب تعريف العقد الإلكتروني (الفرع الأول)، وخصائصه (الفرع الثاني).

الفرع الأول: تعريف العقد الإلكتروني

لقد عرفت المادة 1101 من القانون المدني الفرنسي العقد على أنه: اتفاق يلتزم بمقتضاه شخص أو عدة أشخاص في مواجهة شخص أو عدة أشخاص آخرين إما بإعطاء شيء أو القيام بعمل أو الامتناع عن عمل.⁽¹⁾

فالعقد الإلكتروني Electronic Contact يقصد به هو ذلك الاتفاق الذي يتلاقى فيه الإيجاب بالقبول على شبكة دولية مفتوحة للاتصال عن بعد وذلك بوسيلة مسموعة مرئية، بفضل التفاعل بين الموجب والقابل.⁽²⁾

وفي تعريف آخر بأنه: ارتباط الإيجاب الصادر من أحد المتعاقدين بقبول الآخر على وجه يثبت أثره في المعقود عليه والذي تم بوسيلة إلكترونية.⁽³⁾

¹ - لقد فرق بعض فقهاء القانون الفرنسي وانطلاقاً من المادة 1101 ق م ف بين العقد le contrat والاتفاق la convention على أساس أن الاتفاق، أعم وأشمل من العقد، وأن العقد أخص من الاتفاق، إذ هو اتفاق ينشئ التزامات، غير أن هذه التفرقة انتقدت من جانب كبير من العلماء لأنها تفرقة لا تترتب عليها نتائج قانونية، ولذلك كان من الأولى العدول عنها، واعتبار العقد والاتفاق لفظي مرادفين وعلى هذا يمكن تعريف العقد حسب ما ذهب إليه فقهاء القانون الفرنسي أنه توافق إرادتين على إحداث أثر قانوني أيا كان الأثر المقصود، أو هو تطابق إرادتين أو أكثر على إنشاء التزام أو نقله أو تعديله أو زواله، ولا تكاد تختلف نظرة رجال القانون عن نظرة جمهور علماء الفقه الإسلامي فيما يخص تعريف العقد.

« Le contrat est une convention par la quelle une ou plusieurs personnes s'obligent en vers une ou plusieurs autres à donner, à faire, ou à pas faire quelque chose ».

² - أسامة أبو الحسن مجاهد، خصوصية التعاقد عبر الانترنت، المرجع السابق، ص: 39.

³ - أحمد عبد الكريم سلامة، الانترنت والقانون الدولي الخاص: فراق أم تلاق، بحث مقدم لمؤتمر القانون والكمبيوتر والانترنت الذي نظمته كلية الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة في الفترة 12-13 ماي 2000، ص: 56.

كما عرف أنه الاتفاق الذي تم انعقاده بوسائل أو وسائط إلكترونية يلاحظ الخسائر المفاهيم والتعريفات السابقة بالوسيلة الإلكترونية التي يتم تلاقي الإيجاب والقبول من خلالها لاعتبار العقد إلكترونيا.⁽¹⁾

وتنقسم العقود الإلكترونية، من حيث مدى ارتباط العقد وتنفيذه من خلال الشبكة إلى قسمين:

أولاً: عقود تبرم وتنفيذ بواسطة الشبكة مباشرة، وهي العقود التي يكون محلها غير ملموس، والتي تكون إما مرئية، دون إمكان لمسها باليد مثل الحصول على معلومات أو برامج حاسب.⁽²⁾

ثانياً: عقود يتم إبرامها من خلال الشبكة، وتنفذ خارجها في العالم المادي (الملموس) وهي المبيعات التي يكون محلها سلها ملموسة.⁽³⁾

فالجدير بالذكر في الحالة الأولى يتم إبرام العقد وتنفيذه كاملاً على الشبكة وخصوصاً إذا تم أداء مقابل المبيع من خلالها أيضاً، بينما في الحالة الثانية لم تكن الشبكة سوى وسيلة للتعاقد.

وعليه فإنه يمكننا القول بأن كافة العقود التقليدية، من بيع إيجار وخدمات، يمكن إبرامها بواسطة الأنترنت، ما لم ينص القانون الذي يحكم العقد على ضرورة اتساع شكل معين، فإفراغ الإرادة التعاقدية في صورة مكتوبة أو التوقيع الخطي على مستند العقد.

¹ -charles R Merille, the lgal aspects of Electronic DATA interchange, P 125.

² -See Art, 11& 12 imcitrat Model, LAW. On électronique commerce of 1996, (see <http://www.imcitral.org/endex.htm>).

³ - مصطفى موسى أبو مندور، دور العلم بالبيانات عند تكوين العلاقة العقدية، جامعة القاهرة، ط 1، 2000، ص: 105.

يتضح مما سبق أن عقود التبادل الإلكتروني أيا كان محلها هي عقود عن بعد Distance contrats أي تتم بين طرفين لا يجمعهما مكان واحد، حيث تبرم بين غائبين كالتعاقد عبر الهاتف، الأمر الذي يدعو للتساؤل حول صحة التقاء والإرادات العقدية عبر شبكة الأنترنت، ومدى نسبة كل منها إلى صاحبا، مع إمكانية تداخل أطراف أجنبية عن العقد من خلال الشبكات المفتوحة، ومنا قد يجرون من تعديلات في البيانات المتبادلة.

أما المادة 122 من المشروع التمهيدي للتقنين المدني المصري فقد نصت على أن: "العقد اتفاق ما بين شخصين أو أكثر على إنشاء رابطة قانونية أو تعديلها أو إنهائها، إلا أنه قد تم حذف هذا النص من المشروع النهائي وذلك تماشيا مع السياسة التشريعية العامة التي تتجنب تقديم أو إعطاء تعريفات لأن هذا يعتبر من عمل الفقه"⁽¹⁾.

ما يستشف من المواد بأن العقد هو تلاقي إرادتين أو أكثر لإحداث أثر قانوني إما بإنشائه أو تعديله أو إنهائه.

أما ما جاء به المشرع وفقا لنص المادة 54 من القانون المدني الجزائري فالعقد اتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص آخرين بمنح أو فعل أو عدم فعل شيء ما.

فما نلاحظه على هذه المادة أنها ترجمة حرفية للنص الفرنسي فعرف العقد على أنه اتفاق كما أنه جعله مقصورا على إنشاء الحق فقط بما جاء به المشرع الفرنسي.

¹ - يرى المشرع الفرنسي أن العقد نوع من الاتفاق مقصور في أثره على إنشاء الإلتزام، ولكنهما العقد والاتفاق ليس متطابقين، ولكن سرعان ما نادى الفقهاء في الوقت الحاضر بنية التفرقة السابقة بين الاتفاق والعقد، فنجد إجماع لفقهاء خاصة في مصر يتفق على عدم التمييز بينهما، وقد كان المشروع التمهيدي للتقنين المدني المصري يرغب في تسجيل عدم التفرقة بين الاتفاق، والعقد بالنص في المادة 122 من المشروع على أن العقد اتفاق ما بين شخصين أو أكثر على إنشاء رابطة قانونية او تعديلها أو إنهائها ولكن حذف هذا النص إعمالا لمبدأ وجوب تجنب المشرع للتعريفات إذ أن مجالها مؤلفات الفقهاء.

فالعقد والاتفاق لفظان متداخلان مترادفان لمُدلول واحد هو توافق إرادتين أو أكثر على إحداث أثر قانوني أيا كانت طبيعة هذا الأثر سواء بإنشاء الحق (كعقد البيع) أو نقله (حوالة الحق وحوالة الدين) أو تعديله (تمديد أجل الوفاء) وإنهائه (كزوال الوفاء)، وهذا ما يترتب على توافق الإرادتين أو أكثر لإحداث هذا الأثر.⁽¹⁾

وإضافة إلى هذا كان على المشرع الجزائري أن يتجنب إعطاء تعريفات في القوانين الحديثة لذا نرى حذف المادة 54 من التقنين المدني الجزائري أو تعديلها لتصبح: «العقد توافق إرادتين أو أكثر على إنشاء حق أو نقله أو تعديله أو أنهائه».⁽²⁾

الفرع الثاني: خصائص العقد الإلكتروني

مما سبق نوضح أهم خصائص العقد الإلكتروني:

- أن العقد عبارة عن تطابق إرادتين ومن هنا التلاقي ينشأ التراضي الذي يمثل جوهر كل اتفاق، كما أن لا يشترط أن يتم الاتفاق على كل الشروط الدقيقة في العقد وإنما مجرد الاتفاق على المسائل الجوهرية مثلا: كالاتفاق على الشيء المبيع والثلث في عقد البيع ما لم يتبين من إرادة الأطراف تعليق قيام العقد ذاته على الاتفاق على هذه المسائل

¹ يرى بعض الفقهاء في فرنسا من شرح القانون الفرنسي القديم خاصة (بواتيه Pothier ودوما Domat جرى على التفرقة بين هذين الاصطلاحين، فيرى هؤلاء الفقهاء أن في الاتفاق توافق إرادتين أو أكثر على إنشاء الحق، أو على نقله (كالحوالة بنقلها من صاحبه إلى غيره) أو على تعديله (الاتفاق على تقسيط الدين، أو على مراحل الوفاء به)، أو على زواله (كالوفاء ينهي حق الدائن).

أما العقد فيرون فيه توافق الإرادتين لإنشاء الحق دون باقي الأمور وهي نقل الحق وتعديله وزواله، لذا فللعقد عندهم أخص من الاتفاق وأضيق مجالا، فهو بالنسبة للاتفاق، بعض من كل أو نوع من جنس.

² كان من الأفضل صياغة النص أن تكون كالتالي: (بإعطاء شيء، أو القيام بعمل أو الامتناع عنه).

الجوهريّة والتفصيلية، كما يلزم أن لا يكون هناك أي لبس أو غموض حول طبيعة العقد كأن تتجه إرادة أحد الأطراف إلى الإيجار والإرادة الطرف الآخر إلى البيع.

- يجب أن يكون تطابق إرادتي المتعاقدين على ترتيب آثار قانونية كالطبيب مثلا إذ أراد معالجة صديقه دون أجر، أو المحامي في الدفاع عن زميله لا تتجه إرادة كلاهما لإنشاء رابطة قانونية عن طريق التعاقد.

المطلب الثاني

مميزات العقد إلكتروني

من خلال التعريف يمكن تمييز العقد الإلكتروني بالتالي:⁽¹⁾

- عدم الالتقاء والتواجد المادي للأطراف لحظة تبادل التراقي حيث يتم إبرام العقد عاقدين لا يجمعهما مجلس عقد حقيقي، وإنما يتم تبادل الإيجاب والقبول الإلكتروني عبر الأنترنت.

صدور الإيجاب واقتران العرض به يتم بطريق سمعي بصري Audio visual⁽²⁾ عبر شبكة

المعلومات والاتصالات الدولية كالأنترنت بالتفاعل بين طرفين يضمهما مجلس واحد حكمي افتراضي

¹ -Michel vivant, les contrats du commerce électronique Ed, litec, Paris, 1999, P 31.

² -Le contrat se forme par la rencontre de l'effort et de la demande, cette rencontre par terminal interposé se traduit par une offre en ligne qui est l'émanation unilatéral de volonté adressé au public ou à une personnel déterminé, en vue de la conclusion du contrat .

Les conditions du contrat sont dans la plupart des contrat fixés par une partie qu'il impose a l'autre comme loi commune, ce qui a mené vers la généralisation des contrat d'adhésion à toute sorte de contrat depuis le contrat de travail qui est le contrat d'adhésion types ou contrat de vente au contrat de crédit.

وهنا يدخل العقد الإلكتروني في دائرة العقود التي تتم بين حاضرين في الزمان. وتطرقنا إلى عقد غير مثبت على دعامة مادية مستديمة (الفرع الأول)، والعقود الإلكترونية ومميزاتها (الفرع الثاني).

الفرع الأول: عقد غير مثبت على دعامة مادية مستديمة

إن أطراف العقد الإلكتروني يتواجدون في دول مختلفة، ويقومون بتنفيذ التزامهم إلكتروني عبر حدود تلك الدول، كما في عقود الخدمات المصرفية والاستشارات القانونية وغيرها، أو بطريق التسليم المادي للسلعة ويدخل العقد الإلكتروني في زمرة العقود التي تبرم بين غائبين من حيث المكان كما هو الحال في التعاقد بالتلفزيون.

وعرف قانون المعاملات الإلكترونية الأردني رقم 85 لسنة 2001 العقد الإلكتروني

بأنه: الاتفاق الذي يتم انعقاد بوسائل إلكترونية كلياً أو جزئياً.⁽¹⁾

وعرفه مشروع قانون التجارة الإلكترونية المصري لسنة 2001 بأنه: عقد تصدر فيه

إرادة أحد الطرفين أو كليهما أو يتم التفاوض بشأنه أو تبادل وثائقه كلياً أو جزئياً عبر

وسيط إلكتروني.⁽²⁾

أولاً - العقود الإلكترونية عقود رضائية:

إن مبدأ الرضائية مازال يسود العقود الإلكترونية على اختلاف أنواعها، وأن حرية

الأطراف المتعاقدة لم توضع لتكون مجرد الموافقة على الشروط المعدة لهما، فيجوز لأحد

¹ - محمد فتوح عثمان، أساليب التكنولوجيا والتجارة الإلكترونية، مجلة الأمن والقانون التي تصدرها شرطة دبي، السنة التاسعة، ع 2، 2001، ص: 484.

² - محمد حسين منصور، المسؤولية العقدية الإلكترونية، المرجع السابق، ص: 213.

الأطراف شراء سلعة من منتج أو مورد آخر إذا لم تعجبه الشروط المعروضة لأن هناك عدد كبير من البائعين والمشتريين الذين يتعاملون في السلعة.⁽¹⁾

ولبيان طبيعة العقود الإلكترونية، كما إذا كانت عقود رضائية أم عقود إذعان، يجب أن نميز بين الوسيلة التي يبرم بها التعاقد الإلكتروني:

أولاً: إذا كان التعاقد من خلال الوسائل السمعية المرئية أو من خلال البريد الإلكتروني أو برامج المحادثة فإن العقد هنا يكون عقدا رضائيا فهنا استطاع الطرفان أن يتبادلا الآراء ووجهات النظر فيما بينهم عبر الوسائل الإلكترونية، وبإمكان الموجه إليه الإيجاب التفاوض حول شروط التعاقد، وعلى ذلك فالعقود التي تبرم عن طريق هذه الوسائل تعد من قبيل عقود المساومة.

إذا كان العقد الإلكتروني لا يختلف من حيث أركانه أو مضمونه عن العقد التقليدي فإن تحديد طبيعة العقد محل النظر يثور التساؤل حول كون العقد مساومة يخضع لمبدأ سلطان الإرادة والتراضي الحر بين طرفيه، أم أنه عقد إذعان يستقل أحد طرفيه بوضع شروط لا يقبل مناقشتها ولا يكون للطرف الآخر سوى قبولها جملة واحدة أو رفضها.⁽²⁾

فإذا كان التراضي في عقد المساومة يقوم على أساس المساواة الفعلية والقانونية بين أطرافه بحيث يستطيع كل من المتعاقدين مناقشة شروط العقد ولا يتم إبرام العقد إلا

¹ - أحمد شرف الدين، عقود التجارة الإلكترونية "تكوين العقد وإثباته"، المرجع السابق، ص: 114.

² - عجالى خالد، النظام القانوني للعقد الإلكتروني في التشريع الجزائري، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه علوم، تخصص قانون، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، سنة 2014، ص: 54.

بعد مناقشة بنوده وقبولها، فإن عقد الإذعان كما عرفه بعض الفقه هو قد يتم تحديد شروطه كليا أو جزئيا بصورة مجردة عامة قبل إبرام العقد.⁽¹⁾

ثانيا- التعاقد من خلال مواقع الويب (Web):

غالبا ما تستخدم عقودا نموذجية تكون شروطها معدة مسبقا من جانب الموجب بحيث لا يكون هناك مجالاً للموجب له في المناقشة والمساومة تجاه هذه الشروط، وهنا لا يكون المتعاقدون على قدم المساومة نظرا لعدم التكافؤ في القدرة التعاقدية فإن العقد الإلكتروني والحال هكذا يكون عقد إذعان.⁽²⁾

وانطلاقا من المفهوم الحديث والواسع للإذعان الذي قد تطول من أجل حماية المستهلك في مواجهة مجتمعات الإنتاج الضخمة فإن المذعن وهو المستهلك في عقد البيع الإلكتروني يستطيع إذا تم التعاقد باستخدام عقود نموذجية شروطها معدة مسبقا أن يحتج في مواجهة البائع أو المورد بنص المادة 2/151 من القانون المدني التي تقضي بتفسير العبارات الغامضة في عقد الإذعان لمصلحة الطرف المذعن، كما له أن يستفيد من نص المادة 149⁽³⁾ مدني التي تقضي بأنه يجوز للقاضي إذا تم العقد بطريق الإذعان التدخل بتعديل الشروط التعسفية، أو أن يعفى الطرف المذعن منها.

¹ - عجالي خالد، المرجع نفسه، ص: 55.

² - أحمد عبد الرحمن الملحم، نماذج العقود ووسائل مواجهة الشروط المجحفة فيها، المرجع السابق، ص: 278 وما بعدها.

³ - محسن عبد الحميد البيه، مشكلتان متعلقتان بالقبول والسكوت والإذعان، المرجع السابق، ص: 151.

والجدير بالذكر في هذا الصدد، أن مشروع قانون التجارة الإلكترونية المصري قد تبنى ذلك⁽¹⁾، حيث ورد في الفصل السابع الخاص بحماية المستهلك، النص على اعتبار العقود الإلكترونية من عقود الإذعان من حيث تفسيرها لمصلحة الطرف المذعن وهو المستهلك وجواز إبطال ما يرد فيها من شروط تعسفية ويعتبر كل شروط من شأنه الإخلال بالتوازن المالي للتعهد من قبيل الشروط التعسفية ويجوز للمستهلك المطالبة بإبطالها.

الفرع الثاني: عقود التجارة الإلكترونية ومميزاتها

من اللازم المرور على مميزات تختلف بحسب اختلاف زاوية النظر إلى تلك العقود، فهي من حيث شروط الانعقاد فهي عقود رضائية، لا تتطلب شكلا خاصا عند التعبير عن الإرادة، ومن ثم تكون الكتابة الإلكترونية مطلوبة فقط للإثبات.

ومن حيث التنظيم القانوني لها يمكن تقسيمها إلى عقود مسماة وغير مسماة بحسب ما إذا كان هناك إطار قانوني ينظم تلك العقود من عدمه.

فهي عقود مسماة للدول التي أصدرت تشريعا ينظم أحكامها كالقانون الأردني رقم 85 لسنة 2001 والمسمى قانون المعاملات الإلكترونية، وقانونا إمارة دبي رقم 2 لسنة 2000 بشأن المعاملات والتجارة الإلكترونية، والقانون الأمريكي لسنة 2001 والقانون الفرنسي رقم 230 لسنة 2000 والقانون المصري رقم 15 لسنة 2004 بتنظيم التوقيع الإلكتروني وبإنشاء هيئة تنمية صناعة تكنولوجيا المعلومات.⁽²⁾

¹ - شحاتة غريب شلقامي، التعاقد الإلكتروني في التشريعات العربية، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، ط 2008، ص: 37 وما بعدها.

² - صالح المنزلاوي، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، دار الجامعة الجديدة، ط 2006، ص: 20.

وعقودا غير مسماة بالنسبة للدول التي لم تنظم تلك العقود في تشريع خاص.

وفيما يلي بيان خصائص تلك العقود:

أولا- عقود التجارة الإلكترونية:

من العقود التي تتم عن بعد مما لا شك فيه أن عقود التجارة الإلكترونية عقود تتم عن بعد حيث أن التفاوض والتكوين والتنفيذ بشأن العقود يتم بين أطراف لا يجمعهم مجلس عقد واحد.

وقد جرى الفقه على التمييز بين الاتصالات المتبادلة بين الأطراف الحاضرين في نفس المكان ونفس الزمان والاتصالات المتبادلة عن بعد، واستقر على أن عقود التجارة الإلكترونية تنتمي إلى فئة عقود التفاوض عن بعد أو العقود التي تبرم عن بعد والمقصود بالعقود التي تتم عن بعد كل:⁽¹⁾

عقد يتعلق بتقديم منتج أو خدمة يتم بمبادرة من الموردون حضور مادي متزامن للمورد والمستهلك، باستخدام تقنية الاتصال عن بعد بغية نقل عرض المورد وطلب الشراء من المستهلك.

¹ -Bourie- quenillet (M) : Les aspects juridique du commerce électronique sur l'internet : <http://www.nont.p2.Fr/pdf- 2011, P 07>.

ويقصد بها أيضا: كل بيع للأموال أو التعهد بتوريد خدمات يتم دون حضور مادي متزامن للأطراف بين المورد والمستهلك، من أجل إبرام العقد وباستخدام واحدة أو أكثر من تقنية الاتصال عن بعد.⁽¹⁾

فالتعاقد عن بعد كأساس تعاقد بين غائبين يثير بطبيعته العديد من الصعوبات والمشاكل القانونية مثل عدم تمكن أي من المتعاقدين من التحقق من شخصية المتعاقد الآخر وصفته في التعاقد أو أهليته أو من صحة التراضي والتعبير عنه فضلا عن ما يكشف العقد عن التنفيذ أو الإثبات من غموض.⁽²⁾

غير أن تلك المشاكل لا تثور فقط بشأن عقود التجارة الإلكترونية بل تطرحها أيضا عقود خدمات الأنترنت ذاتها، كعقود الحصول على موقع Contrat de site على الشبكة الدولية للإتصالات وعقود تحميل المواد الإعلانية Up Loading contacts وعقود اشتراك والدخول على الشبكة Contrats d'abornements ورغم كل ذلك فإن عقود التجارة الإلكترونية تتسم بسممة مشتركة مع باقي العقود التي تتم عن بعد في أنها تسمح بوجود افتراضي للأطراف وإجراء الحوار الشامل حول بنود وجود فارق زمني بين الإيجاب والقبول على الشبكة والوفاء بالالتزامات أيضا من خلالها.⁽³⁾

¹ - إكرام الرقبعي، خصوصية التوقيع الإلكتروني في العقد التجاري الإلكتروني على ضوء القانون رقم 05-18. مقال مجلة العلوم القانونية والسياسية، مج 10، ع 02، سبتمبر 2019، ص: 1678.

² - عبد الله الخشروم، عقود التجارة الإلكترونية عبر شبكة الانترنت، وفقا لأحكام الشريعة، بحث مقدم للمؤتمر العلمي الأول، حول الجوانب القانونية والأمنية للعمليات الإلكترونية، المرجع السابق، ص: 373.

³ - حليتييم سراح، خصوصية التوقيع الرقمي في توثيق العقود الإلكترونية، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، ع 13، جويلية 2018، ص: 739.

ويعرف توجيه البرلمان والمجلس الأوروبي رقم 97/7 الصادر في 20 مايو 1997

بالمادة 42 تقنية الاتصال عن بعد بأنها: كل وسيلة يمكن استخدامها تتيح وإبرام العقد بين أطراف وذلك دون الحضور المادي لكل من المورد والمستهلك.⁽¹⁾

فهذا التعريف وضع شرطاً يتعين توافره بوسيلة الاتصال عن بعد التي تستخدم

لإبرام العقد، وهو شرط عدم الوجود المادي والفوري للطرفين المجتمعين معا.

وقد تضمن ملحق تعليمات الاتحاد الأوروبي بشأن البيع عن بعد أمثلة لتقنيات

الاتصال عن بعد، منها المطبوعات الغير العنونة والمعنونة والخطابات الموحدة والدعاية مع

نموذج الطلب والكتالوجات والتيليفون مع تدخل إنساني، وكذلك التيليفون المرئي

"الفيزيفون" "Physiyophone"⁽²⁾ والفيديو تكس والميكرو كمبيوتر، والمراسلات الإلكترونية

وماكينات التصوير والتيلفيون.⁽³⁾

وبذلك تتميز عقود التجارة الإلكترونية التي تتم عبر الأنترنت عن البيع بواسطة

التيلفيون بوجود صفة التفاعلية والتي تسمح بوجود حوار مفتوح على الشبكة، وتحقيق

بعض الخدمات كالحصول على المعلومات حيث لا توجد هذه الصفة التيلفيون أو عبر

جهاز المينتيل.⁽⁴⁾

¹ -Deprez (P) et faut choix (V), loi contrats et usages du multimédias, Ed, Dixit <http://www.en.dorit.com/lois> et contrats usages multimédia. PDF. 2002, P 109.

² - هو عبارة عن كمبيوتر شخصي وشاشة تليفزيونية مع لوحة مفاتيح أو شاشة تعمل باللمس، أحمد شرف الدين، الإيجاب والقبول في التعاقد الإلكتروني، وتسوية منازعاته، بحث مقدم في المؤتمر العلمي الأول حول الجوانب القانونية والأمنية للعمليات الإلكترونية، المرجع السابق، ص: 13.

³ - حسينية شروم وصونيا مقري، التوقيع الإلكتروني كآلية لتوثيق المعاملات الإلكترونية، مجلة الإجهاد القضائي، مج 13، ع 02، أكتوبر 2021، ص: 215.

⁴ - صالح المنزلاوي، القانوني الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، المرجع السابق، ص: 24.

ثانيا- عقود التجارة الإلكترونية من عقود المساومة:

نظرا للوسيلة التي يتم بها التعاقد، فقد اختلفت الآراء بين المؤيد والمعارض لصفة عقود التجارة الإلكترونية بعقود الإذعان.

فعقد الإذعان يعرف بأنه: يسلم فيه القابل بشروط مقررة يضعها الموجب ولا يسمح بمناقشته فيها وذلك فيما يتعلق بسلع أو مرافق ضرورية، تكون محل احتكار قانوني أو فعلي أو تكون المناقشة محددة النطاق بشأنها.⁽¹⁾

ومن خلال هذا التعريف لابد من أن تتوافر ثلاث شروط في عقد الإذعان وهي:

- أن يتعلق العقد بسلع ضرورية تمس مصلحة حقيقية وتقدم خدمة لا يستطيع المستهلك الاستغناء عنها بسهولة.
- أن تكون السلعة محل احتكار، سواء من محتكر أو من محتكرين لنوع السلعة الذين يقومون بتحديد سعرها.
- أن يسلم أحد الطرفين بشروط الآخر دون مناقشة.

الفقرة الأولى: يذهب الرأي الأول للقول بأن العقود التجارية الإلكترونية عقود

إذعان:

استنادا لكون أن هذه العقود تعد مسبقا وينتقل بفرض شروطها وإملاء بنودها طرف واحد وهو الموجب دون التفاوض من الطرف الآخر "القابل"، بحيث لا يكون أمام

¹ - أسامة أحمد بدر، الوسائط المتعددة بين الواقع والقانون، دار النهضة العربية، د س ن، ص: 75.

L'offre commerciale électronique peut déborder sur un contrat, comme toute convention d'un contrat électronique passé par deux phases :- la formation du contrat et son exécution toute fois parce qu'il s'effectue dans l'univers virtuel des règles spécifique et/ou une adaptation de règle de l'univers matériel vers celui de l'immatérielle s'imposent.

الأخر سوى قبول هذه الشروط كلية أو رفضها كاملة دون تعديل، فلا يوجد بشأنها تفاوض أو مساومة.⁽¹⁾

وهذا الرأي يتوافق مع المادة (100) من التقنين المصري والتي تقضي بأن القبول في عقود الإذعان يقتصر على مجرد التسليم بشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل مناقشة فيها.⁽²⁾

وبإنزال شروط عقد الإذعان على عقود التجارة الإلكترونية المبرمة عبر شبكة الأنترنت، نرى عدم توافرها وتنفيذ حجج هذا الرأي الذي يرى في عقود التجارة الإلكترونية أنها عقد إذعان:⁽³⁾

1- بالنسبة لشروط أن يسلم أحد الطرفين بشروط الطرف الآخر دون مناقشة:

إن العقود الإلكترونية عامة والعقود التجارية الإلكترونية خاصة متماثلة مع العقود التقليدية وأن الاختلاف الوحيد هو في كيفية إبرامها والتي من نتائجها عدم الالتقاء المادي للطرفين.

وخاصة فيما يخص عقود التجارة الإلكترونية حيث لا يمكن للمستهلك معاينة المنتج بدقة، ومن ناحية أخرى وإن كانت معاينة المنتج الذي تم التعاقد عليه إلكترونياً هو أمر ليس يصعب إذ هو أمر يتحقق بعدة طرق منها طلب المستهلك من المورد تصوير المنتج

¹ - إبراهيم الدسوقي أبو الليل، إبرام العقد الإلكتروني في ضوء أحكام القانون الإماراتي والقانون المقارن، بحث مقدم للمؤتمر العلمي الأول، المرجع السابق، ص: 248.

² - أسامة أبو الحسن مجاهد، خصوصية التعاقد عبر الأنترنت، المرجع السابق، ص: 27.

³ - رمزي فريد محمد مبروك، حماية المستهلك في إطار مفهوم جديد لعقد الإذعان، مكتبة الجلاء الجديدة بالمقصورة، ط2002، ص: 38 وما بعدها.

حتى يتسنى له الوقوف على حقيقة المنتج وإذا كانت بعض أو الخدمات لا تتفق طبيعتها والتصوير للوقوف على جودتها فمن الممكن اللجوء إلى وسط لمراقبة الجودة والتأكد من المواصفات المدرجة في بيان المورد.

أما فيما يتعلق بالقبول دون مناقشة فلا يوجد مانع زمن اللجوء إلى المفاوضات والمناقشات بين طرفي التعاقد، إذ أن لهما في النهاية حرية وإرادة لقبول أو الرفض كما في العقود التقليدية.⁽¹⁾

2- شرط الاحتكار:

فشبكة الأنترنت شبكة عالمية تندثر فيها الحدود الجغرافية بين الدول وإزاء ذلك فلا يوجد احتكار لسلعة أو منتج بعينه وإذ توافر ذلك فرضاً فلا بد من توافر باقي شروط عقد الإذعان.

فقد قضت محكمة النقض المصرية في بيان المقصود بالسلع الضرورية بقولها:

السلع الضرورية هي السلع التي لا غنى عنها للناس، والتي لا تستقيم مصالحهم بدونها بحيث يكونون في ضغ يضطروهم إلى التعاقد بشأنها ولا يمكنهم رفض الشروط التي يضعها الموجب ولو كانت جائرة وشديدة، كما أن انفراد الموجب بإنتاج سلعة أو الإيجار

¹ - سمير برهان، إبرام العقد في التجارة الإلكترونية، بحث مقدم لمؤتمر الجوانب القانونية التجارة الإلكترونية والاتجاهات الحديثة في وسائل حسم المنازعات، مركز القاهرة الإقليمي للتحكم التجاري الدولي القاهرة، جامعة الدول العربية، الفترة من 12-13 يناير 2002، ص: 15.

فيها لا يعد احتكاراً يترتب عليه اعتبار العقد المبرم بشأنها من عقود الإذعان ما لم تكن السلعة من الضروريات الأولية للجمهور.⁽¹⁾

وحيث أن ما انتهت إليه المحكمة في توصيف السلع الضرورية بهذا الوصف ولما كانت شبكة الأنترنت البوابة التي يدخل من خلالها المستهلك إلى الأسواق المطروحة على الشبكة فتعدد السلع ومواصفاتها فهنا تنتهي حالة الضرورة التي ليست من السمات الأساسية للتعاقد عبر الشبكة الأنترنت.⁽²⁾

أما الجانب الآخر من الفقه فقد ذهب إلى القول بأن القول بأن عقود التجارة الإلكترونية ليست من عقود الإذعان:

فقد تمسك أصحاب هذا الرأي بحرفية الشروط التي تتطلبها القوانين الوطنية لإسباغ صفة الإذعان على تلك العقود وتناسوا أننا بصدد عقود ذات طبيعة دولية تختلف عن العقود الوطنية في المضمون والشكل ونتيجة لهذا الاختلاف فلا بد من تبني مفهوم مختلف للإذعان عن المفهوم الوطني له يتماشى مع صفة الدولية التي تتميز بها هذه العقود التي تتخطى الحدود الجغرافية والمفاهيم الوطنية.⁽³⁾

كما أن هناك من يرى أن عقد الإذعان "هو العقد الذي يتحدد مضمونه العقدي، كلياً أو جزئياً بصورة مجردة وعامة قبل الفترة التعاقدية سواء في صورة عقد نموذجي أو في صورة شروط عامة، مادام الطرف الآخر لا يملك إمكانية حقيقية لمناقشة مضمونه أو

¹ - السيد محمد السيد عمران، الطبيعة القانونية لعقود المعلومات (الحاسب الآلي، برامج، الخدمات)، المرجع السابق، ص: 62.

² - جمال عبد الرحمن علي، الخطأ في مجال المعلوماتية، دار النهضة العربية، د ط، دس ن، ص: 313.

³ - أحمد عبد الرحمن الملحم، نماذج العقود ووسائل مواجهة الشروط المحجفة فيها، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، السنة السادسة عشر، ع 1 و 2، مارس، يونيو 1992، ص: 147.

تعديله وذلك دون أن يشترط وجود احتكار قانوني أو فعلي، كما لا يشترط أن يكون محل التعاقد سلعة، أو خدمة ضرورية لا يمكن للمستهلك أن يصرف النظر عن التعاقد بشأنها".⁽¹⁾

ووفقا لهذا الرأي، فإن الشرط الجوهرى لعقد الإذعان هو قيام أحد الأطراف بصياغة شروط مسبقة للتعاقد مع عملائه وفرضها عليهم.

نرى أن تكييف العقد الإلكتروني في هذا الصدد لا يستند إلى معيار وجود احتكار من متعاقد لسلعة، أو خدمة معينة يفرض شروط التعاقد بشأنها، فهذا يسري على جميع عقود المحترفين والمهنيين والمحترفين أيا كانت وسيلة إبرامها سواء كانت عادية أو إلكترونية وهو أمر لا يستأثر به العقد الإلكتروني على وجه الخصوص، بل قد يكون هذا العقد خاليا من أي احتكار أو فرض شروط أو منع تفاوض ومناقشة، وقد يشتمل غالبا على التفاوض العقدية بحرية كاملة معه حق العدول أو التعديل في أي تعبير إرادى طالما لم ينعقد بصفة نهائية.

¹ - محسن عبد الحميد البيه، مشكلتان متعلقتان بالقبول والسكوت والإذعان، دار النهضة العربية، ط 01، ص: 163.

المبحث الثاني

أثر التطور التكنولوجي على مجال العقود الإلكترونية ووسائل إبرامها

يعتبر العقد الإلكتروني من أهم نواتج الثورة المعلوماتية التي نجمت عن الإدماج

بين التطور في مجال المعلوماتية والتطور في مجال تقنيات الاتصال عن بعد.

سنتطرق من خلال هذا المبحث إلى مجال العقود الإلكترونية (المطلب الأول).

ووسائل إبرامها (المطلب الثاني).

المطلب الأول

مجال العقود الإلكترونية

يخضع العقد الإلكتروني من حيث التنظيم للقواعد والأحكام العامة لنظرية العقد،

إلا أن طابعها الإلكتروني وتطابق الإيجاب والقبول فيها إلكترونيا على شبكة الأنترنت ميزها

عن العقود التقليدية فتستمد هذه العقود مشروعيتها وأحكامها من قوانين المبادلات

التجارية الإلكترونية، وفي حالة عدم كفاية القواعد وعجزها عن إيجاد حلول تتم الإحالة

للقواعد العامة وسوف نتطرق إليها بالتفصيل من خلال دراستنا.

الفرع الأول: التمييز بين العقد والاتفاق

يعتبر العقد جزء من الاتفاق، فالاتفاق هو تطابق إرادتين على إحداث أثر قانوني سواء تمثل هذا الأثر القانوني في إنشاء الالتزام كما في البيع أو نقله كما في الحوالة، أو تعديله كما في إضافة شرط وأجل جديد للالتزام أو في أنهائه كما في الوفاء.⁽¹⁾

إلا أنه قد وجه فقهاء القانون في فرنسا نقدا لهذه التفرقة إذ ليس لها قيمة عملية ولا يترتب عليها نتائج قانونية ولذلك استقر الفقه في مجموعة على نبذ لهذه التفرقة واستعمال العقد والاتفاق كلفظين مترادفين وذلك باعتبار أن الغرض من العقد ليس إنشاء الروابط القانونية فقط، بل وأيضا تعديلها أو نقلها وإسقاطها لأن ذلك يكون نتيجة لإنشاء الرابطة القانونية.⁽²⁾

سبق القول أن العقد هو تطابق لإرادتين أو أكثر على إحداث أثر قانوني، فهل يتسع مجال العقد فيشمل الحقوق الشخصية أو الالتزامات، والحقوق العينية والحقوق المالية، وهل يشمل دائرة روابط القانون العام أو يقتصر على روابط القانون الخاص؟.

يرى مجموعة من فقهاء القانون أن مجال أو نطاق العقد هو دائرة القانون الخاص،⁽³⁾ فلا تدخل في مجاله الاتفاقات والمعاهدات الدولية وكذلك الاتفاقات التي تبرمها الدولة وفروعها لوصفها صاحبة السيادة مع الأفراد، كما هو الشأن في تولي الوظائف العامة

¹ - المهم في العقد أن يكون هناك اتفاق على إحداث أثر قانوني يصبح انفاذه قضاء فإن لم يكن المراد إحداث هذا الأثر، فليس هناك عقد بالمعنى القانوني من هذه الكلمة وفقا لنص المادة 54 ق. م. ج.

² - ينظر السهوري، الوسيط، مصادر الإلتزام، المجلد الأول- العقد، ط3، 1981م، ص: 137 وما بعدها.

³ - إذا كان مجال العقد هو دائرة القانون الخاص، فإن بعض الفقه يرى أن نطاق العقد هو المعاملات المالية فقط.

والتزامات المرافق العامة التي تمنحها الدولة وفروعها بمقتضياتها إدارة مرفقا عام لفرد أو شركة.

إلا أن البعض الآخر يرى أن نطاق العقد هو المعاملات المالية فقط ويخرج عن نطاقه الأحوال الشخصية مثل الزواج فلا يعتبر عقدا بل هو نظام أو وضع قانوني،⁽¹⁾ إذ أن الأحوال الشخصية كالزواج، لا تولد حقوقا مالية فقط.

ويتضح لنا مما سبق أن عقود واتفاقات القانون العام لا يشملها نطاق العقد، كما لا يشمل أيضا هذا النطاق في دائرة القانون الخاص، فهو مقصور على المعاملات المالية. فنطاق العقد يشمل كل الاتفاقات المتعلقة بالمعاملات المالية كما يشمل أيضا الاتفاقات الخاصة بالأحوال الشخصية وعلاقات القانون العام، وإن اتسم في هذا المجال بطبيعة خاصة.⁽²⁾

الفرع الثاني: مجال العقد الإلكتروني

إن ما تميزت به التجارة الإلكترونية من إبرام للعقود عن بعد دون التقاء مادي للمتعاقدين في مجلس العقد، وقيامها على تعاقد رقمي دون وجود مستندات ورقية وهذا ما أثار العديد من التساؤلات حول صحة هذه العقود من ناحية ومدى الاعتراف بها وما يترتب عليها من آثار قانونية من ناحية أخرى.

ونظرا لما قامت به التجارة الإلكترونية من توفير وسائل تكنولوجية في التفاوض على العقود وإبرامها⁽¹⁾، عبر الفضاء الإلكتروني الذي لا يعرف الطابع التقليدي في إبرام العقود

¹ - جميل الشرقاوي، النظرية العامة للالتزام، الكتاب الأول، مصادر الإلتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، ص: 56.

² - سليمان مرقس، شرح القانون المدني، ج2، القاهرة، ط1، ص: 76.

الأمر الذي جعل المشرعين التنبه للأمر حيث شرعت بعض الدول للاعتراف بالعقود الإلكترونية وصحتها في قوانينها، ومن أبرز هذه الدول انجلترا عندما أصدرت قانون الاتصالات بتاريخ 2000/05/25 وسنغافورة بتاريخ 2000/02/14.⁽²⁾

كذلك تونس أصدرت القانون رقم 83 لسنة 2000 الخاص بالمبادلات التجارية والإلكترونية، والأردن عندما أصدرت قانون المعاملات الإلكترونية رقم 85 لسنة 2001 البحرين عندما أصدرت المرسوم رقم 28 لسنة 2002 بشأن المعاملات الإلكترونية، وإمارة دبي القانون رقم 2 لسنة 2002 الخاص بالمبادلات التجارية الإلكترونية.⁽³⁾

الجزائر وبعد تأخر طويل أصدرت قانون التجارة الإلكترونية رقم 05/18⁽⁴⁾

لقد ساوت التشريعات بين الكتابة والتوقيع العرفيين والكتابة والتوقيع الإلكترونيين، مع اختلافهما حول تحديد زمان ومكان إبرام هذا النوع من العقود وما يترتب من آثار قانونية كتحديد الاختصاص القضائي والقانون الواجب التطبيق وكيفية إثبات ذلك العقد المبرم بطريقة حديثة تكنولوجية والتصدي لكل المشاكل القانونية التي يفرزها العقد الإلكتروني هل يفترض أن نطبق القواعد العامة للعقد التي أسست بناء على التعاملات

¹ - إن التجارة الإلكترونية لا تتضمن فقط عملية بيع المنتجات إلى العملاء إلكترونياً، وإنما يتسع مداها ليشمل كافة الأنشطة التجارية التي يتم تنفيذها إلكترونياً.

² - توفيق شمبرور، مسائل قانونية خاصة بالتجارة الإلكترونية، اتخاذ المصارف العربية، العدد 224، مج التاسع عشر، أغسطس 1999، ص: 45 وما بعدها.

³ - عبد الله بن إبراهيم بن عبد الناصر، العقود الإلكترونية، بحث مقدم لمؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون في الفترة من 10-12 ماي 2003، المجلد الخاص، ص: 119 وما بعدها.

⁴ - القانون رقم 05/18 المؤرخ في 24 شعبان 1439 الموافق لـ 10 ماي سنة 2018 المتعلق بالتجارة الإلكترونية، ج ر العدد 28.

الورقية على التعاملات الإلكترونية خصوصاً عند البحث في الاعتراف القانوني بالتوقيع والعقود الإلكترونية؟

وهل نحن بحاجة إلى إحداث ثورة تشريعية تتوافق مع طبيعة وتقنية هذه العقود وتسمح بجعل هذا النوع من العقود لا يقل أهمية على المستندات الورقية.

إن التعاقد الإلكتروني بكل جوانبه القانونية قد كشف بالفعل قصور القواعد القانونية الكلاسيكية التقليدية في نظرية العقد وهذا ما يتفق عليه الباحثون والمختصون في مجال التعاقد الإلكتروني.

إن المشاكل القانونية التي تنشأ في البيئة الإلكترونية تحتاج إلى وضع قانون خاص مستقل ينظم المعاملات الإلكترونية أو قانون مدني ثري بقواعده فيما يخص مسألة ملائمة هذه القواعد لكي لا تتصادم مع تقنية التعاقد الحديثة.

وإذا طلب فلا مانع من إضافة بعض القواعد الخاصة بحيث لا تكون المعاملات الإلكترونية منفصلة ومستقلة عن باقي التعاملات سواء التجارية أو الأخرى.

كما أنه صدر على سبيل المثال القانون الفرنسي رقم 2000/230 بتاريخ 13 مارس 2000 بشأن تطوير قانون الإثبات المتعلق بالتوقيع الإلكتروني بتعديل نص المادة 13/6 من القانون المدني الفرنسي ليشمل الكتابة في مفهومها التقليدي الكتابة الإلكترونية المحررة على دعائم إلكترونية.⁽¹⁾

¹ -Issu à l'origine des travaux de la CNUDCI, le principe de neutralité technologique a été introduit dans de nombreuses législations nationales notamment en France de façon progressive par l'adoption de deux lois. La loi n° : 2000-230 du 13 mars 2000 a reconnu la force probante des actes passés par voie électronique alors que la loi n° : 2004-575 du 21 juin 2004

وعلى ذلك سرى التوجه الفرنسي بإضافة بعض التعديلات سعياً منها على عدم

فصل واستقلال التبادل الإلكتروني عن باقي التبادلات التجارية الأخرى.

وإضافة إلى تطور التعاقد الفوري، فقد كانت التعديلات التي جاء بها المشرع

الفرنسي خالية تماماً من تحديد مسألتين جوهريتين هما زمان ومكان انعقاد العقد عبر

الوسائل التكنولوجية الحديثة، لكن الطابع الافتراضي وغير الملموس لإبرام هذه التعاملات

الإلكترونية بإضافة للتعاقد الفوري لكثير من العقود يستلزم حقيقة استحداث قانون

جديد لمواجهة وتنظيم ذلك التطور.

إلا أنه ما يشوب هذه الخطوة من عقبات تعريض القواعد القانونية العامة لخطر

الجمود أمام مساندة التطور التكنولوجي التي بذلت من جانب رجال الفقه والقضاء في

مختلف دول العالم للتوسع في تفسير النصوص القانونية التقليدية كي تشمل المعاملات

الإلكترونية ومصطلحاتها الحديثة العهد ظلت عاجزة عن امتصاص مصطلحات جديدة

كالعقد الإلكتروني والتوقيع الإلكتروني والوكيل الإلكتروني... الخ في تعاملها.⁽¹⁾

pour la confiance dans l'Économie numérique (LCEN) a franchi pas supplémentaire en consacrant la validité des contrats électronique en insérant dans le code civil un chapitre 7 dans le titre 3 du livre 3 relatifs aux « contrat marine Lamotte, l'encadrement du contrat électronique : L'exemple français, université post doctorales faculté de droit, mémoire présenté à la faculté de droit en vue de l'obtention du grade LLM option droit des affaires, Août 2009, P 05.

¹ - شادي رمضان إبراهيم طنطاوي، النظام القانوني للتعاقد والتوقيع في إطار عقود التجارة الإلكترونية، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع، ط1، 2016، ص: 67 وما بعدها.

ولذلك ما يستلزم الآن هو إيجاد بيئة قانونية معينة تتفق مع اصطلاح العقد الإلكتروني ومتطلباته على غرار القوانين الوطنية الحديثة في مختلف دول العالم كالولايات المتحدة الأمريكية وبريطانيا والهند واليابان والصين وماليزيا والأردن وإمارة دبي.⁽¹⁾

ومن ناحية أخرى هناك العديد من الدول لا تزال تبحث مدى إمكانية الاعتراف بالعقود الإلكترونية، وبعضها لم يتعرض لهذا النوع من المواضيع من قبل بسبب عدم التقدم في المعلوماتية والاتصالات، أو الخوف من الدخول في عالم التقنيات.

ومن خلال ذلك انتهى إلى أنه ينطبق على العقد الإلكتروني ما ينطبق على العقود الأخرى من أركان وشروط، فلا ينعقد إلا بتوفر أركانه ولأنه لا خصوصية لأركان العقد الإلكتروني إلا فيما يتعلق بركن الرضا.

المطلب الثاني

وسائل إبرام العقود عبر تقنيات الاتصال الحديث

يقصد بوسائل الاتصال الحديثة كل إرسال أو استقبال للمعلومات والإشارات والخطوط المكتوبة والصور والتعاملات أيا كان نوعها ويستوي في هذا الاتصال أن يتم سلكيا أو لا سلكيا أو سمعيا أو بصريا أو أي نظام آخر، وقد عرف القانون الاتحاد الدولي للمواصلات السلكية واللاسلكية المعدل والمتمم بالمرسوم التنفيذي 162/07 بحيث أخضع كل من يرغب في استغلال هذا النشاط الواجب الحصول على رخصة مسبقة.

¹ - المؤتمر العلمي الأول، حول الجانب القانوني والأمني للعمليات الإلكترونية أكاديمية شرطة دبي، الإمارات العربية المتحدة في الفترة من 26- 28 أبريل 2005، ص: 102.

الفرع الأول: وسائل الاتصال الحديثة لإبرام العقود

لقد أدى التقدم التقني لوسائل الاتصال إلى التأثير الملحوظ في عالم المعاملات والتعاقد، حيث تترتب عليه ظهور أجهزة جديدة تتيح انتقال المعلومات بسهولة سريعة وفعالة خاصة وما يميز المعاملات التعاقدية من غزارة في المعلومات التي يحتويها العقد.

كما نظم المشرع الجزائري كل ما يتعلق بمجال الاتصالات في القانون رقم 03-2000 المؤرخ في 05 أوت 2000⁽¹⁾ يحدد القواعد العامة المتعلقة بالبريد بنظام الاستغلال المطبق على كل نوع من أنواع الشبكات بما فيها اللاسلكية الكهربائية وعلى مختلف خدمات المواصلات السلكية واللاسلكية المعدل والمتمم بالمرسوم التنفيذي 162/07⁽²⁾ بحيث أخضع كل من يرغب في استغلال هذا النشاط الواجب الحصول على رخصة مسبقة، إذ تنص المادة 02 من المرسوم 123-01 على التالي:

- يخضع للحصول على رخصة تمنح بموجب مرسوم تنفيذي إنشاء و/أو استغلال شبكات عمومية للمواصلات السلكية واللاسلكية و/أو توفير خدمات هاتفية بما فيها خدمات تحويل الصوت عبر الأنترنت.

أولاً- الهاتف:

إن هذه الوسيلة بالرغم من تطورها إلا أنها تحتاج إلى فترة زمنية لوصول الرسالة إلى المرسل إليه، الأمر الذي قد يتعارض مع متطلبات التجارة ونظراً لما تحتاجه من سرعة في

¹ - القانون رقم 03-2000، مؤرخ في 5 أوت 2000 المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالبريد والمواصلات السلكية واللاسلكية، ج ر العدد 48.

² - المرسوم التنفيذي رقم 162/07 المؤرخ في 30 ماي 2007 يعدل ويتمم المرسوم التنفيذي رقم 123/01 المؤرخ في 9 ماي 2001 والمتعلق بنظام الاستغلال المطبق على كل أنواع الشبكات بما فيها اللاسلكية الكهربائية وعلى مختلف خدمات المواصلات السلكية واللاسلكية.

التعامل وهو ما دفع بالعلماء في مجال الاتصال إلى بذل جهود مضمّنية بقصد تذليل الصعاب وإيجاد وسائل اتصال تتيح سرعة الإتصال وفوريته وقد بدأت أولى هذه المحاولات باختراع التلغراف ثم الهاتف ثم الفاكس ثم البث الإذاعي والتلفزيوني والتلكس والتيليتكس والتي الميني تل وهو ما سنتناوله في التالي من خلال أدوات التكنولوجيا والإتصال.

لقد تم اكتشاف الهاتف على يد غراهامبيل سنة 1875، حيث أثر على كل جوانب الحياة الإجتماعية كما أعطى هذا الاختراع بعدا جديدا للإتصالات وساهم في تسهيل التواصل بين الأشخاص في مختلف الأماكن فالهاتف هو من أقدم وسائل التواصل أكثرها انتشارا واستعمالا، إلا أنه عرف تطورا متلامزا ومتلاحقا عبر فترات من الزمن المختلفة سنسردها لاحقا.⁽¹⁾

- خصائص الهاتف:

من أبرز الخصائص التي تميز الهاتف التالي:⁽²⁾

- ❖ ملائم لحياة الفرد وعملي ويتناسب مع ظروف المعيشة
- ❖ ذو تكلفة منخفضة بالمقارنة مع وسائل الإتصال الأخرى ويساعد على التعاقد الفوري والمباشر، فالإيجاب يعقبه قبول مباشر من الأطراف إما بالتعاقد أو عدم التعاقد.
- ❖ من أكثر الوسائل انتشارا عبر العالم.

¹ - إبراهيم الدسوقي أبو الليل، الجوانب القانونية للتعاملات الإلكترونية، دراسة للجوانب القانونية للتعامل عبر أجهزة الاتصال الحديثة "التراسل الإلكتروني" مطبوعات مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، 2003، ص: 107.

² - سامح عبد الواحد التهامي، التعاقد عبر الانترنت، دراسة مقارنة، دار الكتب القانونية، مجلة الكبرى، 2008، ص: 158.

إلا أنه ما يعاب على الهاتف أنه لا يمكن أن يرسل نصا مكتوبا غير الرسائل القصيرة، ولا يوفر خدمة إرسال الوثائق أو إثبات إرسالها.

يعرف مارتين جيمس في مؤلفه الاتصالات والكمبيوتر والهاتف بأنه: جهاز لنقل المكالمات الشخصية من خلال الأسلاك التي تربط بين المرسل والمستقبل عن طريق تيار كهربائي باستخدام ذبذبات صوتية.

يعد الهاتف من أكثر وسائل الاتصال فاعلية، وقد عرفت المادة 16/8 من قانون 03/2000⁽¹⁾ السالف الذكر خدمة الهاتف على أنها: الاستغلال التجاري لفائدة الجمهور في مجال النقل الآلي المباشر للصوت عبر شبكة أو شبكات عمومية ويسمح لكل مستعمل ثابت أو متنقل باستعمال التجهيز الموصول بنقطة طرفية لشبكة قصد الاتصال بمستعمل آخر ثابت أو متنقل يستعمل تجهيزا موصولا بنقطة طرفية أخرى.

يمكن أن يستعمل الهاتف في التعاقد ويكون هذا الأخير تعاقدًا فورًا إذ يجتمع المتعاقدان في وقت واحد ولا يحتاج إلى وصول عن طريق الكلام أو اللفظ، فهو تعاقد مباشر حيث يستمع كل من المتعاقدين كلام الآخر مباشرة دون وساطة شخص آخر، فالتعبير عن الإرادة في التعاقد عن طريق الهاتف يتم شفاهة ولهذا يستحيل إثباته ما لم يتم تسجيل المكالمة.

¹ - المادة 16/08 من تنص على: "خدمة الهاتف: الاستغلال التجاري لفائدة الجمهور، في مجال النقل الآلي المباشر للصوت عبر شبكة أو شبكات عمومية، ويسمح لكل مستعمل ثابت أو متنقل باستعمال التجهيز الموصول بنقطة طرفية لشبكة قصد الاتصال بمستعمل آخر ثابت أو متنقل يستعمل تجهيزا موصولا بنقطة طرفية أخرى.

كما تجد الهاتف النقال والذي يعد أكثر انتشارا في عصرنا الحالي والذي إضافة
 لإمكانية الاتصال المباشر اللفظي، يتيح خدمة كتابة ورقية كلاسيكية كما يحدث عن طريق
 الفاكس فهو يقدم خدمة تبادل الرسائل التي يمكن التعاقد خلالها.
 كما يجدر الإشارة في هذا الصدد أن المشرع الجزائري قد سمح بالتعاقد عبر الهاتف
 وذلك من خلال المادة 64 ق م ج والتي تنص على:

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 ما يدل على أن الموجب
 قد عدل عن إيجابه في الفترة ما بين الإيجاب والقبول، وكان القبول صدر قبل أن ينقض
 مجلس العقد.⁽¹⁾

ما يستشف من هذه المادة أنها تسمح بصدور الإيجاب عبر الهاتف لكن هل يمكن
 أن نطبق هذه المادة على الهاتف النقال؟

إن القصد بالمادة 64 هو إلزامية الإيجاب الصادر في مجلس العقد ما لم ينقض، مع
 الملاحظة أنه تشترط شكلا معيننا لهذا الإيجاب بمعنى اعتبار المتعاقدين الحاضرين حكما،
 فهما حاضرين زمانا وغائبين مكانا، ينطبق ذلك على الهاتف النقال نجد أن عند التعاقد
 بالكلام أو لفظا في اجتماع مباشر يتحقق اعتبار المتعاقدين حاضرين حكما بالتالي هذه

¹ - وفقا لنص المادة 64 ق. م. ج: يشترط القبول أن يصدر فورا بعد الإيجاب إلا أنه يسبب نوع من الإضرار في القبول حيث
 لا توجد فترة اتخاذ القرار لذلك أجازت المادة للفقرة الثانية يجوز القبول أن يتأخر بعد الإيجاب شرط قبل انعقاد مجلس
 العقد، الموجب لم يتراجع عن إجابته- الموجب يقيد الإيجاب بمدة زمنية محددة يعني أن الإيجاب ملزم لا يسقط إلا إذا
 انقضت المدة (هذا يعني أن القابل أعرب عن الإيجاب).

الصورة تستوعبها المادة 64 لكن صورة تبادل الرسائل النصية فلا يتحقق الارتباط المباشر بين المتعاقدين وبالتالي يمكن اعتباره تعاقد بين حاضرين إذن لا تدخل هذه الصورة ضمن نص المادة 64 ق. م.

بالإضافة إلى مشكل تحديد زمان ومكان إبرام العقد الذي يتشابه فيه الأمر مع التعاقد عن طريق البريد الإلكتروني عبر شبكة الأنترنت.

ثانيا- التلكس:

في مطلع الألفية الثانية ظهر جهاز يقوم بإرسال مباشر لنص مكتوب على لوحة المفاتيح لآلة راقبة لمركز يقوم باستقبال الرسالة وهذا ما أطلق عليه اسم التلكس فهو اختصار لكلمة *telegraphe exchange* بمعنى تبادل البرقيات، فالهدف من اختراع هذا الجهاز هو تسريع الاتصال وإرسال النصوص مكتوبة من خلال شبكة إتصال.⁽¹⁾

هو جهاز تبادل البرقيات عن طريق الإرسال المزود بآلة طباعة إلكترونية، فهو جهاز لإرسال المعلومات عن طريق طباعتها وإرسالها مباشرة فلا يوجد فاصل زمني بين إرسال المعلومات والبيانات واستقبالها إلا إذا لم يكن هناك من يستقبلها وقت إرسالها، كما عرفته المادة 17/8 من قانون 03-2000⁽²⁾ أنه استغلال التجاري الآتي مباشرة عن طريق تبادل الإشارات ذات طابع برقي والمراسلات مرقونة بين مستعملين موصولين بنقاط طرفية

¹ - عباس العبودي، التعاقد عن طريق وسائل الاتصال الفوري وحجيتها في الإثبات المدني (دراسة مقارنة)، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان - الأردن، 1997، ص: 104-105.

² - خدمة التلكس: الاستغلال التجاري يكون بطريقة مباشرة عن طريق تبادل الإشارات بطابع برقي... " ج رع 48، ص: 06.

في إحدى شبكات المواصلات المكتوبة إلى نبضات كهرومغناطيسية يتم إرسالها سلكيا أو لا سلكيا عن طريق الجو حيث تتحول هذه النبضات إلى كلمات مطبوعة.

يتم إعداد رسائل التلكس قبل إرسالها على شريط مثقب أو شريط مغناطيسي ويمكن لكل من طرفي العقد الموجب والقابل إرسال رغبته في التعاقد عن طريق التلكس، ويتم التعاقد بمجرد إرسال لقابل قبوله برسالة تللكس.

يتميز التعاقد الذي يتم عن طريق التلكس بالسرعة والسهولة والسرية مع الاتفاق والوضوح، وأنه يترك أثرا ماديا مكتوبا للرسائل التي يقوم بإرسالها وهذا أمر سهل من عبء إثبات التعاملات التي تتم عن طريقه، لكن رسائل التلكس يبين فيها رقم المرسل والمرسل إليه وتاريخ الإرسال دون أن يحتوي توقيع من العميل فيمكن اصطناع هذا التلكس بسهولة مما يجعل حجيتها غير قوية.⁽¹⁾

لذلك ينص المشرع الجزائري في المادة 239 من التقنين المدني على أنه تكون للبرقيات هذه القيمة أيضا إذا كان أصلها المودع في مكتب التصدير موقعا عليه من مرسلها وتعتبر البرقية مطابقة لأصلها حتى يقوم الدليل على عكس ذلك.

فالتلكس كي يتمتع حجية في الإثبات ويمن وظيفة تقديم خدمة مشابهة لخدمة البريد الموصى عليه، يجب أن يتضمن توقيعها من مرسله.

- خصائص التلكس:

❖ التكلفة المساوية لتكلفة الحقائق فهو مكمل للهاتف.

¹ - محمود السيد عبد المعطي الخيال، التعاقد عن طريق التليفزيون، مطبعة النسر الذهبي، مصر، 2000، ص: 37.

❖ توفير دليل الإثبات في حالة النزاعات بين أطراف التعاقد.

❖ تسهيل عملية إرسال الوثائق عن بعد حيث يقوم بأداء خدمات البريد التقليدية في

أقصر وقت ممكن.

❖ يسمح بوجود نظام إجابة آلية لضمان التأكد من إرسال الوثائق حيث يضع في

نهاية الوثيقة المرسلة رمز يسمى (wrv) أي (who are you) (من أنت) الراقنة أو الآلة

المستقبلة بتقديم تعريف للهوية من خلال رمز يسمح للمرسل بالتأكد من أنه المستقبل

المطلوب.⁽¹⁾

إلا أنه يعتبر هذه الوسيلة الأقل انتشارا في العالم بسبب تكلفة شراء الآلة المرتفعة

مما يجعلها حكرا على المؤسسات فقط كما أنها تعجز على إرسال الصور والرسومات المركبة

والمعقدة وهذا ما أدى لظهور جهاز الفاكس.

ثالثا- الفاكس:

أو ما يسمى بجهاز النسخ ونقل السندات:

يمكن تعريف جهاز الفاكس بأنه جهاز لنسخ ونقل المستندات والصور عن بعد، إذ

يمكن عن طريقه نقل الرسائل والمستندات المطبوعة أو المخطوطة بخط اليد كما هي بأصلها

وبكامل محتوياتها، لذلك تشمل الرسائل الفاكسية الصور والتوقييع وغير ذلك من

مستندات.

¹ - سمير حامد الجمال، التعاقد عبر تقنيات الاتصال الحديثة، المرجع السابق، ص: 17.

تعمل رسائل الفاكس عن طريق شبكة الهاتف المركزي أو عبر الأقمار الصناعية ويعتمد الفاكس في ترأسله على جهاز الهاتف المدمج به، لذلك يتمتع التعاقد عن طريق الفاكس بالمزايا نفسها التي يتمتع بها التعاقد عن طريق الهاتف.

إن ما يميز بين التعاقد عن طريق الهاتف والفاكس هو أن الرسالة التي يتلقاها المرسل إليه هي نفسها ما أرسلها المرسل خاصة إذا كانت موقعة تكون لها قيمة الورقة العرفية في الإثبات.

ولا يكون هناك مجال لمنازعة المرسل في انسابها إليه أو اتكار ذلك هو ما اتجه إليه القضاء.

إن التعاقد عن طريق الفاكس يكون بواسطة التعبير عن الإرادة في التعاقد كتابة كما هو الحال بالنسبة للتلكس إلا أن الفرق بينهما يكمن في ان النسخة التي يرسلها الفاكس تكون نسخة من أصل المستند المرسل، كما أن التعاقد عبر الفاكس يتميز بالسرعة والدقة ولضمان لوصول الرسائل والمستندات مع المحافظة على سيرتها وعدم ضياعها.

لقد قرر القضاء الفرنسي أن التعبير عن الإرادة يمكن أن يتم عن طريق مراسلة تتم عبر جهاز الفاكس⁽¹⁾

كما أن محكمة النقض المصرية قررت أن الوثائق المرسلة عن طريق الفاكس والتي يحتفظ المرسل بأصلها لديه كما هو متبع في حالة إرسال الرسائل عن طريق الفاكس تعتبر

¹ - نقض تجاري فرنسي في 1997/12/07، نقلا عن: طاهر شوقي مؤمن، عقد البيع الإلكتروني، دار النهضة العربية، مصر، 2007، ص: 56.

مبدأ ثبوت الكتابة، ويجوز تكملته بشهادة الشهود أو بالقرائن القضائية، إلا أنه حتى يكتسب الفاكس حجية الإثبات يجب أن:

- تكون الرسالة واضحة ووجود رقم الفاكس الخاص بالمرسل.

- توقيع الرسالة من طرف المرسل باعتباره محررا عرفيا يحمل توقيع من صدر منه.

إن كلمة فاكس مشتقة من كلمة faximille وتعني عمل نسخة عن سند وإرساله عبر خطوط الهاتف وإلى أي وجهة في مكان آخر، فهو جهاز مستنسخ موصول بالهاتف يسمح بإرسال وثائق ومستندات بكل أنواعها مهما كانت طبيعتها وإلى أي جهاز فاكس آخر عبر العالم في وقت قياسي بسيط، فإنه يعتبر تدارك لعقبة التلكس.⁽¹⁾

وعلى الرغم من وسائل التواصل المتقدمة والمتطورة لا يزال الفاكس يكتسب مكانة في عالم التكنولوجيا ولا تكاد مؤسسة أن تخلو من جهاز فاكس لإبرام عقود أو صفقات أو إتفاقيات.

- خصائص الفاكس:

❖ كما سبق القول وكغيره من الوسائل المذكورة آنفا فإنه أقل تكلفة بالمقارنة مع ما يقدمه من خدمات.

❖ سهولة توفيره واستعماله فلا تخلو مؤسسة أو شركة من جهاز فاكس.

❖ السرعة والمرونة في الإستعمال فهو يمكن من استنساخ وإرسال النصوص، الرسومات والمخطوطات في وقت قياسي.

¹ - أسامة أحمد بدر، حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، ط 2000، ص: 107.

❖ لا يزال يعرف انتشارا واسعا رغم كل ما ظهر بعده من وسائل متطورة.

رابعاً- التبادل الإلكتروني للبيانات EDI Electronic DATA Interchange:

يمكن بموجبه للمؤسسة أو الإدارة من تبادل الوثائق والمعلومات دون الحاجة إلى وسيط بشري حيث تكون عملية التبادل بين أجهزة الكمبيوتر وقف نماذج معدة مسبقا لأوامر العقد والنموذج المعمول به كما ترسل المستندات والمعلومات عبر الشبكة الإلكترونية وتحول مباشرة من كمبيوتر آخر.⁽¹⁾

- خصائص التبادل الإلكتروني للبيانات:

❖ عملية تتم عبر شبكة اتصال عن طريق الحواسيب دون الحاجة للتدخل البشري.

❖ السرعة والأمانة في إرسال البيانات.

❖ انخفاض نسبة الوقوع في الخطأ لأن العملية تتم بطريقة إلكترونية.

❖ انخفاض التكاليف لعدم وجود العنصر البشري والمادي (كالوثائق الورقية).

خامساً- الأنترنت Internet: تتعدد تسمية الأنترنت حيث يطلق عليها أحيانا بالشبكة العنكبوتية أو الفضاء الافتراضي وغيرها من التسميات، فهي مجموعة من الحسابات مرتبطة في هيئة شبكة أو شبكات، وتلك الشبكات لها القدرة على الإتصال بشبكات أكبر ويسري الإتصال وفق بروتوكول ضبط الراسل الذي يتيح استخدام خدمات الشبكة على نطاق عالمي.⁽²⁾

¹ - حسن عبد الباسط جمعي، إثبات التصرفات القانونية التي يتم إبرامها عن طريق الأنترنت، دار النهضة العربية، ص: 112.
² - طارق عبد الرحمن، التعاقد عبر الأنترنت وأثاره "دراسة مقارنة" رسالة ماجستير غير منشورة، جامعة محمد الخامس بكلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، الرباط، 2003-2004، ص: 51.

سادسا - الأنترانت **Intranet**: هي بمثابة أنترنت صغيرة ولكن للإستعمالات الداخلية للمؤسسة فقط أي أنها شبكة محلية خاصة داخل المؤسسة أو الشركة أو الإدارة تعمل بنفس التقنية التي تعمل عليها شبكة الأنترنت.⁽¹⁾

سابعا- الإكسترنانت **Extranet**: هي شبكة تربط مؤسسات العمل الخارجي مع من لديهم الصلاحيات وغيرهم من الأطراف الذين يسمح لهم بالدخول إلى هذه الشبكات لأسباب استراتيجية أي أن هذه الشبكة تسمح بتوسيع الشبكة الداخلية للشركة لكي تتمكن من الإتصال بشبكات شركات ومؤسسات العمل.

وبعد التعرف على وسائل التكنولوجيا والإتصال يتبين لنا أنه كل هذه الوسائل لها جانب إيجابي وجانب سلبي ولهذا يجب أن تعمل كل هذه الوسائل بطريقة تكاملية لكي تتمكن من تبيد عراقيل الإتصال وتحسين وتطوير أسلوب التعاقد.

¹ - محمد موسى خلف الله، التعاقد بواسطة الأنترنت، مطبوعات القدس، جامعة القدس، فلسطين، ط1، 2004، ص: 102.

خلاصة الفصل الأول

إن العقد المبرم عن طريق وسائل الاتصال الحديث أصبح من إهتمام مختلف التشريعات الدولية وهذا بالنظر إلى ما فرضته تكنولوجيا الإعلام والاتصال والظروف التي يعيشها العالم، إذا أصبح من الضروري إيجاد بيئة تشريعية مناسبة وقوانين متطورة لتنظيم المعاملات الإلكترونية، وذلك لمعالجة هذا النوع من العقود وما ينجم عنه من إشكاليات وأساليب غير مألوفة، وهذا فضلا على الثقافة القانونية لدى المتعاملين بالوسائل التكنولوجية الحديثة خاصة في الدول النامية، فقد تم في هذا الفصل دراسة كل ما يتعلق بالعقد الإلكتروني والتركيز على مفهومه وخصائصه لمعرفة مدى إستجابة القواعد التشريعية لمعطيات التكنولوجيا الحديثة واستجابتها بطريقة تبعية.

الفصل الثاني

تأثير التكنولوجيا على مرحلة

تكوين العقد

الفصل الثاني

تأثير التكنولوجيا على مرحلة تكوين العقد

ينعقد العقد الإلكتروني عن بعد دون حضور مادي للمتعاقدين مما يثير التساؤل هل تعاقد بين حاضرين أم غائبين، مما يقتضي أن تعرض لدراسة التفاوض الإلكتروني وطريقة التعبير عن الإرادة للمتعاقدين عبر التقنيات الحديثة للاتصال وفي الأخير الحديث عن تكوين العقد حتى يتم تناول ما بقي من تفاصيله من خلال الباب الثاني للأطروحة.

تناولنا في هذا الفصل تأثير التكنولوجيا على مرحلة تكوين العقد وهي مرحلة ما قبل التعاقد حيث يعبر كل في الأطراف على إرادته في إبرام العقد عبر الوسائل التكنولوجية، وهذا ما يجعل لهذا النوع من العقود التمييز بخاصية معينة حول التعاقد، وسنتطرق إلى التطور التكنولوجي وأثره على مرحلة التفاوض (المبحث الأول)، وأثر التفاوض الإلكتروني من حيث الالتزامات (المبحث الثاني).

المبحث الأول

التطور التكنولوجي وأثره على مرحلة التفاوض

إن مرحلة ما قبل التعاقد لها أهمية بالغة من الناحية القانونية والعملية، نظراً لدقة هذه المرحلة وما يترتب عنها من نتائج تتحكم في مصير العقد، أما بالنسبة للعقود التي تتسم بالتركيب والتقييد الفني والقانوني تفرض نظاماً تشريعياً خاصاً⁽¹⁾، لهذا فضلنا تناول مفهوم التفاوض عبر التقنيات الحديثة للاتصال وتبيان خصائصه (المطلب الأول)، مع عرض أهم الوسائل المستعملة في التفاوض الإلكتروني (المطلب الثاني).

المطلب الأول

تعريف التفاوض الإلكتروني وخصائصه

إن مرحلة التفاوض تعتبر من أهم المراحل التي يمر بها إبرام العقد خاصة العقود التي تتم عن طريق وسائط إلكترونية حديثة، وسنحاول من خلال هذا المطلب الوقوف على تعريف المفاوضات بشكل عام، والتفاوض عبر الوسائل الإلكترونية بشكل خاص (الفرع الأول)، كما سنبين بعد هذا خصائص التفاوض الإلكتروني (الفرع الثاني).

الفرع الأول: تعريف التفاوض الإلكتروني

على غرار التشريعات الأخرى، فإن المشرع الجزائري لم يتعرض إلى المرحلة السابقة للتعاقد، ولا إلى إعطاء تعريف لعملية التفاوض في حد ذاتها، وإن كان في الحقيقة مسألة

¹ - فاروق الأباصيري، عقد الاشتراك في قواعد المعلومات الإلكترونية، دراسة تطبيقية، لعقود الانترنت، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003، ص: 34.

إعطاء التعريف ليس من مهام المشرع بالقدر ما هي مهمة الفقه⁽¹⁾، حيث يعرفه الفقه على أنه نوع من الحوار والتبادل الاقتراحات والدراسات بين أطراف العقد من أجل إبرام عقد في المستقبل ويعتبره جانب آخر من الفقه أن التفاوض بصفة عامة هو: التفاوض والمناقشة للوصول إلى اتفاق مشترك بين الطرفين للحصول على حل متفق عليه للحفاظ على مصالح الأطراف وحل ما بينهما من مشاكل تقرب وجهات نظرهم بأسلوب حضري.

ما يأخذ على التعريفين هو أنها جاءت تصف ما يتم بين أطراف العقد من خلال المفاوضات والنتائج المرجو الوصول إليها، إلا أنه يمكننا القول بأن المفاوضات حيث تعني مناقشة ومشاركة وتبادل الآراء بين الأطراف المعنية من أجل الوصول إلى اتفاق معين حول مصلحة أو مشكلة ما وذلك بطرح الجوانب الفنية والمالية والقانونية للعقد المزمع إبرامه.

إلا أنه الجدير بالذكر إذا كانت التعريفات تنصرف إلى المفهوم التقليدي للتفاوض فأنها تنطبق أيضا على التفاوض الإلكتروني مع وجود فارقين أساسيين هما:

أولا- يتمثل في غياب الوجود المادي للأطراف المتفاوضة.

ثانيا- في الاستعمال للوسائل الحديثة في التفاوض تكون في شكل بريد إلكتروني أو عن طريق برامج المحادثة والمشاهدة.

وبناء على هذا يمكن القول أن التفاوض الإلكتروني هو تبادل الاقتراحات والمساومات من قبل الأطراف المتفاوضة بوسائل إلكترونية بهدف التعرف على الصفة

¹ - فليب بروتون، ثورة الاتصال نشأة إيديولوجية جديدة، ترجمة هالة عبد الرؤوف مراد، دار المستقبل العربية، القاهرة، ص: 57.

المزمع إبرامها ومشملاتها بالإضافة إلى الآثار المترتبة عنها من حقوق والتزامات وكل ذلك في أحسن ظروف ممكنة تقوم على مبدأ حسن النية والتوازن في المصالح.

كما نرى أنه من الضروري وجود ثلاث عناصر تعد كعناصر أساسية في أي تعريف، وذلك حتى تكتمل ماهية التفاوض عبر التقنيات الحديثة، وهذا يتمثل في:⁽¹⁾

- وجود مصالح متعارضة بين طرفي العملية التفاوضية.

- التفاوض يكون عبر وسائل إلكترونية وتقنيات حديثة للاتصال إلى جانب غياب

الحضور المادي للأطراف على مائدة المفاوضات.

- السعي بجدية وإخلاص إلى إبرام العقد دون اشتراط أن تنتهي هذه المفاوضات

بإنجاح.

الفرع الثاني: خصائص التفاوض عبر التقنيات الحديثة

يحمل التفاوض عبر تقنيات لحديثة للاتصال خاصيتين نلخصهم في التالي:

أولاً- خاصية الطابع الاحتمالي للتفاوض الإلكتروني:

إن المفاوضات القائمة على التعاقد بصفة عامة هي عملية يفترض فيها وجود اتفاق

بين الطرفين على تنظيم مسار المفاوضات، إلا أنه في هذه المرحلة لا يلتزم الأطراف

بمقتضى هذا الاتفاق سوى الطابع الاحتمالي وبهذا لا يمكن كيف هذه المفاوضات

¹ -l'acceptation en ligne dans la rencontre forme le contrat doivent ainsi être strictement réglementé afin que le consommateur en ligne soit en mesure de consentir librement et expriment un une offre claire, compréhensible et précise les règles traditionnel du droit commun des contrats ont donne dû être adapté et complété par des déposition , la notion de neutralité technologique et ses implication concernant la conclusion de contrat électronique.

الاحتمالية على أنها عقد من العقود الاحتمالية، لكون أن المفاوضات مازالت قيد الأخذ والرد ولم تكتمل بعد.⁽¹⁾

إلا أنه لكل متفاوض الحرية الكاملة في العدول عن إبرام العقد، بشرط عدم الإخلال بمبدأ حسن النية الواجب في مرحلة التفاوض، وما يفرع عنها من التزامات أخرى، كالالتزام بالمحافظة على الأسرار التي يطلع عليها الأطراف والالتزام بالصدق.⁽²⁾

ثانيا- خاصية تأخر عملية تطابق الإرادتين:

تأخر عملية تطابق الإرادتين تكون خاصة في العقود المركبة المتعلقة بالصفقات الضخمة ذات المخاطر الاقتصادية على أطرافها والتي تحتاج إلى وقت طويل بأخذ ورد بين الأطراف تحتاج إلى مفاوضات قبل إبرامها⁽³⁾، وذلك لتفادي أي خسائر مالية لأحد الأطراف أو المساس بسمعته التجارية وبالأخص في حالة التعاقد عبر تقنيات الاتصال الحديث فإن التفاوض يكون حتميا في غالبيتها.

فالمفاوضات تتم مباشرة سواءً بطريقة ضمنية أو صريحة عن طريق كتابة ذلك في

محضر إلكتروني.

¹ - محمد المرسي زهرة، الحاسب الإلكتروني والقانون، مكتبة سعيد عبد الله وهبة، ط 01، القاهرة، ص: 123.

² - محمد حسين منصور، أحكام البيع التقليدية والإلكترونية والدولية وحماية المستهلك، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2006، ص: 67.

³ - محمد حسين الرفاعي العطاء، البيع عبر شبكة الانترنت، دراسة مقارنة في ضوء قانون التوقيع الإلكتروني، رقم 15، دراسة الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، سنة 2004، ص: 52.

المطلب الثاني

وسائل التفاوض عبر التقنيات الحديثة

تتمثل وسائل التفاوض الإلكتروني أساس في التفاوض عبر البريد الإلكتروني والتفاوض عبر نظام المحادثة والمشاهدة الإلكترونية، سنحاول من خلال هذا المطلب دراسة وسيلة التفاوض عبر البريد الإلكتروني (الفرع الأول)، والتفاوض عبر نظام المشاهدة والمحادثة الإلكترونية (الفرع الثاني).

الفرع الأول: وسيلة التفاوض عبر البريد الإلكتروني

لم يعرف المشرع الجزائري البريد الإلكتروني في القانون 04/15 المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكتروني واكتفى فقط بالإشارة له في حالة توجيه المعلومات إلى المهنيين، من أجل إبرام العقد أثناء التنفيذ بشرط أن يوافق المرسل إليه على استخدام بريدي الإلكتروني، بينما المشرع الفرنسي ومن خلال القانون الخاص بشأن الثقة في الاقتصاد الرقمي الصادر في جوان 2004 عرف البريد الإلكتروني على أنه كل رسالة سواء كانت نصية أو صوتية أو مرفق بها أو أصوات ويتم إرسالها عبر شبكة اتصالات عامة، وتخزن عند أخذ برامج الشبكة أو في معدلات الطرفية للمرسل إليه ليتمكن هذا الأخير من استعادتها ثانياً.⁽¹⁾

¹ - نضال سليم إبراهيم، أحكام عقود التجارة الإلكترونية، دار الثقافة للنشر، عمان، الأردن، ط01، ص: 88.

الفرع الثاني: وسيلة التفاوض عبر نظام المحادثة والمشاهدة الإلكترونية

فيقصد به تواجد شخصين أو أكثر في اتصال بشبكة الأنترنت يتبادلون أطراف الحديث لإبرام العقد ذلك في نفس الوقت سواء بالكتابة أو المحادثة الصوتية أو المرئية ويتم كل هذا بإيصال أجهزة الحاسوب الآلي بالكاميرات خاصة لدى الطرفين مما يتيح رؤية وسماع الأطراف لبعضهم بوضوح ويسمح لهم بتبادل الاقتراحات فيما بينها عندما يكون أحد الأطراف قد قدم إلى الطرف الآخر دعوى إلى التفاوض أو دعوى إلى التعاقد وذلك من اجل إبرام العقد المتفاوض بشأن العقد.

وهذه الوسيلة تمكن الأطراف المتفاوضة من الحديث المباشر والرد عليها فورا حيث يمكن القول أن الطرفان في مجلس عقد افتراض ومن هنا يتمكن الطرفان من التعرف أكثر على بعضهما البعض عن قرب والرفع من فرضية إبرام العقد، من خلال تقريب وجهات النظر المختلفة، ويتم ذلك عن طريق تبادل العروض والمقترحات، بحيث يقوم كل طرف بتقديم تنازلات من جانبه من خلال إجراء التعديلات اللازمة حتى يصل الطرفان إلى اتفاق حول إبرام العقد.⁽¹⁾

¹ -Les professeurs POULIN et TRUDEL ont proposé une définition de la neutralité technologique en ce sens « caractéristiquement d'une loi qui énonce les droits et obligation des personne de façon générique, sans égard aux moyen technologique par les quels s'accomplissent les activités visés la loi et désintéressé du cadre technologique spécifique mise en place.

المبحث الثاني

أثر التفاوض الإلكتروني من حيث الالتزامات

لا يمكن حصر التزامات التفاوض الإلكتروني إلا أنه سنحاول ذكرها في التالي حيث فضلنا الوقوف عندها من الناحية العملية والدور الذي تكتسبه في التفاوض عبر تقنيات الاتصال الحديث.

سنتطرق من خلال هذا المبحث إلى الالتزام بحسن النية والإعلام (المطلب الأول)، وأثر التطور التكنولوجي على مبدأ سلطان الإرادة (المطلب الثاني).

المطلب الأول

الالتزام بحسن النية والإعلام

إن معظم التشريعات لم تتطرق لمرحلة المفاوضات لذلك سنعمل على دراسة حسن النية والالتزام بالإعلام، إلتزام المتفاوض إلكترونياً بمبدأ حسن النية (الفرع الأول)، وموقف التشريع من مبدأ حسن النية (الفرع الثاني).

الفرع الأول: إلتزام المتفاوض إلكترونياً بمبدأ حسن النية

إن الهدف من مبدأ حسن النية أمر يستوجب منا عرض تعريفه وأهميته وكذا موقف المشرع منه.⁽¹⁾

¹ - إبراهيم بن سايح العقيل وسليمان بن محمد بن الشد، التوقيع الإلكتروني وأثره في إثبات الحقوق والالتزامات بين الشريعة الإسلامية والنظم والقواعد القانونية، بحث مقدم في ندوة التوقيع الإلكتروني المنعقدة في الرباط، المملكة المغربية، وان 2010، المنظمة العربية للتنمية الإدارية، أعمال المؤتمرات، ص: 208.

أولاً- تعريف مبدأ حسن النية:

على الرغم من أن مبدأ حسن النية يشكل في جوهره نقطة تقاطع بين القانون والأخلاق، إلا أنه هناك صعوبة في ضبط تعريف جامع مانع له، فقد يرى بعض الفقهاء أن مبدأ حسن النية هو الأمانة والاستقامة ويعني أيضا اتجاه نية المتصرف إلى إنشاء التزام وضبط قيم المجتمع في تصرف جائز قانونا.

وعلى هذا يمكن القول أن حسن النية يعتبر عنصرا داخليا يستند به بطريقة غير مباشرة، غير أنه إذا تحول إلى سلوك خارجي للعلن فأنها يأخذ تسمية أخرى من حيث إذا اتجه إلى إبرام تصرفات يطلق عليه بالإدارة أما إذا كانت سلوك مشين سمي بالخطأ.

وبالتالي توصلنا إلى أن حسن النية هو الرغبة في الالتزام بما نص عليه القانون من حدود معينة وقائمة على فكرة عدم الإضرار بالآخر.

ثانيا- أهمية حسن النية:

تتمثل أهمية حسن النية في التفاوض الإلكتروني في بذل العناية اللازمة لإنجاح هذه المرحلة والرقي بها إلى مرحلة إبرام العقد وتنفيذه، كما تساعد على استبعاد كل التصرفات التي تضر بمرحلة التفاوض مثلا شروع أحد المتعاقدين فيروس في شبكة المتعاقد الآخر يؤدي إلى تعطيل النظام المعلوماتي أو العمل على اختراق النظام المعلوماتي للطرف الآخر

من أجل سرقة معلومات أو بيانات تخص المتعاقدين أو تشويهها أو التجسس عليها واستخدامها في معاملات أخرى.⁽¹⁾

الفرع الثاني: موقف التشريع من مبدأ حسن النية في مرحلة التفاوض عبر التقنيات الحديثة

لقد أخذ المشرع الجزائري بمبدأ حسن النية بمفهومه الموضوعي في المادة 107 من قانون المدني ونصت على ضرورة تنفيذ الالتزامات وفق قاعدة حسن النية بقولها: "يجب تنفيذ العقد لما اشتمل عليه وبحسن نية..."⁽²⁾

إلا أنه حصرها هنا في مرحلة تنفيذ العقد ولا يوجد نص قانوني صريح يفرض حسن النية في العلاقة بين المتعاقدين في مرحلة التفاوض بما في ذلك قانون 04/15 المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين، مما يجعلنا نطرح التساؤل حول مدى إمكانية الأخذ بهذا المبدأ في مرحلة التفاوض فيما يتعلق بالمعاملات الإلكترونية.

إن مبدأ حسن النية في العقود المبرمة عن طريق التقنيات الحديثة له مجال واسع في مرحلة التفاوض، لما يميزه من خصائص تتطلب بذل عناية في هذه المرحلة فما الفائدة من فرض حسن النية في مجال تنفيذ العقد إذا لم يتم فرض ذلك في مرحلة إبرامه، فالعقد كيان واحد فمن الضروري أن يحكمه مبدأ حسن النية.

فإذا كان مبدئياً أن القاعدة هو يجب تنفيذ الالتزام بحسن نية وهذه القاعدة عامة تسري على كافة العقود بدون استثناء، وكيفما كانت الطريقة أو الوسيلة التي تم إبرامه بها

¹ - حسام الدين كامل الأهواني، المفاوضات في الفترة قبل التعاقدية ومراحل إعداد العقد، تقرير مقدم إلى ندوة الأنظمة التعاقدية للقانون المدني ومقتضيات التجارة الدولية، معهد قانون الأعمال الدولي، القاهرة، مصر، ص: 16.

² - مجيد العنبيكي، إنشاء العقد في القانون الإنجليزي، مجلة جامعة صدام، كلية الحقوق، مج 03، جويلية، 1999، ص: 65.

عادية كانت أو إلكترونية فإنه لا مانع من تقرير سريانها على مرحلة التفاوض على العقد على الرغم أن المشرع الجزائري ربط من خلال النصوص التشريعية الالتزام بتنفيذ التعهدات بحسن النية بمرحلة تنفيذ العقد دون المرحلة السابقة عليه، ومع ذلك فإنه يجب ألا يغيب عنا حسن النية كضابط أخلاقي للسلوك يعتبر أحد المبادئ العامة للقانون الوضعي، بحيث يفترض دائما احترام حسن النية في التصرفات.⁽¹⁾

لذا فإننا نرى بأن مبدأ حسن النية في العقود الإلكترونية يجد مجالات شاسعا في مرحلة التفاوض على هذه العقود، نظرا لما تتسم به هذه العقود من خصائص تتطلب بذل عناية في هذه المرحلة لإضفاء على هذه العقود طابعها وخروجها في قلب سليم يحقق المصلحة المشتركة للأطراف، وهذا ما أكده الفقه⁽²⁾ بقوله: "وما الفائدة من فرض حسن النية في مجال تنفيذ العقد، إذا لم يتم فرض ذلك في مرحلة إبرامه، فالعقد يشكل جسما واحدا، وبالتالي يكون من الضروري أن يحكمه مبدأ حسن النية".

أولا- الالتزام بالإعلام قبل التعاقد عبر شبكة الأنترنت:

إن الالتزام بالإعلام الإلكتروني قبل التعاقد يعد من أهم الضمانات القانونية لسلامة إرادة الأطراف المتفاوضة، وتزداد أهمية هذا الالتزام، في حالة أحد طرفي مهني ومحترف والآخر مستهلك ضعيف من حيث المعرفة في مجال التعاقد مما يجعله في حاجة إلى

¹ - جابر عبد الهادي سالم الشافعي، مجلس العقد في الفقه الإسلامي، والقانون الوضعي، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2001، ص: 201.

² - C. Dupont ; La négociation, situation- problématique- application, Dunod, Paris, 2000, P 18.

حماية قانونية، وحتى تتبين الصورة أكثر عن هذا التزام نتطرق إلى تعريفه ، وتحديد أساسه القانوني .

ثانيا- تعريف الالتزام بالإعلام الإلكتروني قبل التعاقد عبر شبكة الأنترنت:

يعد الالتزام بالإعلام في مرحلة التفاوض عبر الأنترنت التزام تبادلي يثقل كاهل كل من طرفي التفاوض، بحيث يلتزم كل منهما بإعلام الآخر عن كل ما يعلمه أو ما يكون بمقدوره ان يعلم، ويكون من شأنه التأثير على قرار المتفاوض الآخر بشأن عملية التفاوض.⁽¹⁾

ثالثا- الالتزام بالإعلام قبل التعاقد عبر التقنيات الاتصال الحديث:

يعد الالتزام بالالتزام بالإعلام من أبرز الضمانات القانونية لضمان سلامة الأطراف المتفاوضة خاصة إذا كان محتوى العقد بين مهني أو متحرف وطرف مستهلك حيث يعتبر هذا الأخير ضعيفا يحتاج إلى حماية قانونية.⁽²⁾

هو التزام تبادلي يقع على عاتق طرفي التفاوض، حيث يلتزم كل منهما بإعلام الآخر عن كل ما يعلمه أو ما يكون بمقدوره أن يعلم ويكون من شأنه التأثير على قرار المتفاوض الآخر بشأن عملية التفاوض فمنه هو التزام قانوني سابق على إبرام العقد الإلكتروني يلتزم بموجبه أحد الطرفين الذي يملك معلومات مهمة وجوهرية فيما يتعلق بالعقد وتقديمها عبر وسيط إلكتروني.

¹ - محمد حسن قاسم، التعاقد عن بعد، قراءة تحليلية في التجربة الفرنسية مع إشارة لقواعد القانون الأوروبي، دار الجامعة الجديدة للنشر، 2005، ص: 173.

² - محمد عبد الظاهر حسين، الجوانب القانونية للمرحلة السابقة للتعاقد، المؤسسة الفنية للطباعة والنشر، د ط، ص: 98.

المطلب الثاني

التعبير عن الإرادة عبر التقنيات الحديثة

كما هو معلوم أنّ مبدأ حرية التعاقد يقوم على عنصرين أساسيين، يتمثل الأول منهما في حرية المتعاقدين أن يختارا من يتعاقد منعه وتحديد مضمون العقد، ويتمثل الثاني في حرية أطراف العقد في التفاوض بهدف تحقيق مصالحهم وإن كان التعبير عن الإرادة في العقود التقليدية يتم شفاهة عن طريق الاتصال المباشر بين طرفي العقد فإن التعبير عن الإرادة في العقود الإلكترونية يكون عبر وسائل تقنية حديثة.⁽¹⁾

الفرع الأول: المقصود بمبدأ سلطان الإرادة

يعرف لدى الجميع أن العقد هو توافق أو تطابق إرادتين أو أكثر على إحداث أثر قانوني، ومن هذا التعريف، يتبين لنا أن أساس العقد هو الإرادة المشتركة لطرفيه، فهذه الإرادة هي التي تنشئة في ذاته⁽²⁾، وهي التي تحدد آثاره أيضا كقاعدة عامة، ثم يأتي القانون بعد ذلك، فيعمل على تحقيق الغاية التي قصدتها تلك الإرادة المشتركة.

بالتالي أن الإرادة لها سلطان ذاتي، فهي وحدها كافية لإنشاء العقد أو التصرف القانوني بوجه عام، وهذه هي قاعدة الرضائية⁽³⁾، كما أن الإرادة حرة في تحديد وتعيين الآثار التي ترتب على العقد أو التصرف القانوني، وقد أشارت معظم القوانين إلى هذا من بينهم القانون المدني الفرنسي في المادة 1134 منه على أن الإتفاقات التي تبرم على المصري في

¹ - محمد محفوظ، النظرية العامة للإلتزام (العقد)، منشورات مجمع الأطرش للكتاب المختص، تونس، ط01، 012، ص: 164.

² - محمد لبيب شنب، الوجيز في مصادر الإلتزام، د د ن، ط 03، مصر، ص: 191.

³ - نزيه محمد صادق مهدي، النظرية العامة للإلتزام، ج 01، مصادر الإلتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000، ص: 62.

المادة 147 منه التي تتطابق زمعها المادة 106 ق م ج التي تنص على أن العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه، ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب يقرها القانون.⁽¹⁾

أولاً- التعبير الإلكتروني عن الإرادة عبر التقنيات الحديثة:

نظراً لأن العقد الإلكتروني ينتمي لطائفة العقود التي تبرم عن بعد فقد أصبح المتعاملون في مجال المعاملات الإلكترونية في أمس الحاجة إلى آلية قانونية تتفق مع بيئة وطبيعة هذه المعاملات، فقد اعتمدت لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، قانوناً نموذجياً بشأن التجارة الإلكترونية في عام 1996⁽²⁾ الذي أجاز التعبير الإلكتروني عن الإرادة من خلال آلية رسائل البيانات، سواء في مجال التجارة المحلية أو التجارة الدولية، عبر وسائط غير ورقية مما يسميه رسائل البيانات مثل تبادل البيانات إلكترونياً التي يقصد بها نقل المعلومات إلكترونياً من حاسب آلي إلى آخر باستخدام معيار متفق عليه لتكوين المعلومات (مادة 2/ب من القانون النموذجي) وكذلك البريد الإلكتروني والفاكس والتلكس وانطلاقاً من مبدأ التنظير الوظيفي *Functional équivalence* الذي يعد أحد المبادئ الرئيسية التي يقوم عليها القانون النموذجي والذي بموجبه تتكافئ تقنيات الاتصال الإلكتروني مع المستخدمة الورقية طالما تؤدي نفس الوظائف من حيث الموثوقية والأمن

¹ - صبري السعدي محمد، شرح القانون المدني الجزائري- العقد والإدارة المنفردة، الكتاب الأول، المصادر الإدارية، دار الكتاب الحديث، ط1، ص: 44.

لقد بات التشريع تعبيراً عن مجموع إدارة الأفراد، كما أن النظام التعاقدى يميل إلى تجسيد القانون بأجمعه، ولا لما كان المبدأ بأن العقد يقوم مقام القانون بالنسبة لأطرافه، فسلطانه مستمد من إرادة الأفراد إلى حدّ إمكان مخالفة النص القانوني تحت طائلة تحفظ النظام العام، أي بعبارة أخرى "العقد أقوى من القانون" 1134 ق م ج على شاكلة مثيلها في نصوص التشريع المقارنة 1134 ق م ج تندرج تحت هذه الأرضية الإدارية وهذا يعني حرية الإرادة في تحديد وتعيين الآثار المترتبة على العقد.

² - يوسف أمير فرج، التجارة الإلكترونية (E. Commerce)، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ط1، ص: 64.

في إبرام العقد وإثباته لذلك رأى البعض⁽¹⁾ أن المعاملات الإلكترونية أصبحت تلعب دوراً محورياً في التجارة الدولية، بعدما اعترف القانون النموذجي بوسائل البيانات، إلا أن القانون النموذجي لم يفرض على أطراف التعامل استخدام وسائل الاتصال الإلكتروني في التعبير عن الإرادة العقدية وظهر هذا الأمر جلياً من نص المادة 1/11⁽²⁾ التي احتوت على عبارة ما لم يتفق الطرفان على غير ذلك:

مما يتيح لهما إمكانية اختيار أي وسيلة أخرى لإبرام العقد كما أجاز للدول التي ترغب في تبني أحكامه أن تستثني من حكم النص الحالات التي يفرض فيها قانونها شكليات معينة لتكوين العقود مثل شرط الكتابة.

وفي إطار تناولنا للتعبير الإلكتروني عن الإرادة، فإننا لن نتطرق إلى دراسة شروط صحة الإرادة طبقاً للقواعد العامة، ولكننا نولي وجهتنا نحو دراسة البيئة الإلكترونية وأثرها على صحة الإرادة ونسبتها إلى مصدرها، فالتعاقد في إطار العقود الإلكترونية يتم من خلال شبكات الاتصال الإلكترونية التي تتم بين غائبين.

فقد عرفت المادة الأولى من قانون تنظيم الاتصالات رقم 10 لسنة 2003 الاتصالات بأنها:⁽³⁾

"أية وسيلة لإرسال واستقبال الرموز، أو الإشارات أو الرسائل أو الكتابات أو الصور

أو الأصوات وذلك أياً كانت طبيعتها وسواء كان الاتصال سلكياً أو لا سلكياً".

¹ - محمد حسام محمود لطفي، الإطار القانوني للمعاملات الإلكترونية، المرجع السابق، ص: 11.

² - أحمد شرف الدين، عقود التجارة الإلكترونية "تكوين العقد وإثباته"، المرجع السابق، ص: 114.

³ - ممدوح محمد خيرى، مشكلات البيع الإلكتروني في القانون المدني- دراسة مقارنة- دار النهضة العربية، القاهرة، 2000، ص: 105.

مما تقدم فإن الأطراف المتعاقدة في العقود الإلكترونية غالباً لا يعرف كل متعاقد الآخر، فضلاً عن إمكانية حدوث الخطأ أو التحريف في نقل الإرادة عبر الشبكة الاتصال الإلكترونية، الأمر الذي يتطلب توافر الضوابط والمعايير التي تتضمن صحة الإرادة العقدية والتعبير عنها إلكترونياً ونسبتها إلى مصدرها ولما كانت التجارة الإلكترونية تعتمد بصفة رئيسية على التبادل الإلكتروني للبيانات والتي تعني تبادل البيانات المتعلقة بالأعمال التجارية.

1 - حرية واستقلال الإرادة:

إن إرادة الشخص مستقلة في إبرام أي نوع من العقود، فهي تقرر الالتزام من عدمه بمنأى عن أي عامل آخر يمكن أن يؤثر في استقلاليتها، هي إذا مصدر الالتزام كما هي مصدر الشروط التعاقدية تلتزم بما تشاء وترفض ما تشاء تجاه من تشاء.⁽¹⁾

غير أن الاستقلالية المخصصة غير موجودة بالمطلق، إنما توجد ضمن الظروف التي تضع خيارات أمام الإنسان فيختارها يراه مناسباً له وهذا ما يجب أن يفهم باستقلالية الإرادة.

ولكن هذه الاستقلالية تقابلها الطرف الآخر في العقد، ولا بد من التوفيق بين الاستقلاليين ليحصل الاتفاق بعد تقديم تنازلات متبادلة.

وقد نتج عن استقلالية الإرادة ما سمي سطاتها المطلق أي بقدرتها على الالتزام وتحديد إطاره ومداه.

¹ - محمد فتوح عثمان، أساليب التكنولوجيا والتجارة الإلكترونية، مجلة الأمن والقانون التي تصدرها شرطة دبي، السنة التاسعة، ع 02، يوليو 2001، ص: 484.

فالإرادة هي التي تنشئ وتعديل وتنقل وتنتهي وتنفذ الالتزامات والحقوق التي قررتها اتفاقاً مع إرادة أخرى.

كما وأن العقد يلزم القاضي الذي لا يستطيع أن يعدل شيئاً في مضمونه وعليه أن يفسره بما يظهر إرادة الفريقين من ورائه على هذا جاءت في نص المادة... (اللجوء للقانون المدني).⁽¹⁾

فلا يستطيع القاضي أن يحل مفهومه للعقد محل طرفيه بل أن تفسره للعقد يجب أن يكون عاكساً لإرادتهما المفترضة ومنطبقاً على روح العقد والغرض المقصود منه كما أن المشرع لا يتدخل في علاقات الأطراف ليحل محلهم بل لوضع ضوابط لحرية التعاقد بحيث لا تمس أطراف العقد أو حتى النظام العام والآداب العامة⁽²⁾، كما يتدخل المشرع لحماية الطرف الضعيف في العقد الذي يحتاج إلى حماية والمحافظة على الفائدة الاقتصادية من العقد وعلى حرية المنافسة حول استغلال أو احتكار فيبطل المشرع البنود المعطلة للحقوق الأساسية للأطراف في العقد أو المناهضة للسياسة الاقتصادية التي يقوم عليها مجتمع معين كما أن تدخل المشرع في العقود المسماة بالنقض على نظامها يكون على سبيل الاحتياط بمعنى أن القواعد التي يسنها لا تحد من حرية الأطراف في العقد ولكنها تكمل ما لم يلاحظه فيه، قواعد مكملة وليست آمرة.⁽³⁾

¹ - حميد عبد الرحمن، الوسيط في النظرية العامة للالتزامات، الكتاب الأول، المصادر الإدارية للالتزام والإدارة المنفردة، دار النهضة العربية، ط1، ص: 193.

² - حسين عبد الباسط الجمعي، عقود برام الحاسب الآلي، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، ط1، ص: 98.

³ - طوني عيسى ميشال، التنظيم القانوني لشبكة الانترنت، رسالة دكتوراه، جامعة بيروت، 2009، ص: 87.

والإرادة القادرة على إنشاء العقد قادرة أيضا على تعديله وعلى إنهائه بالاتفاق مع الإرادة الأخرى وإلا حصل خلل في المساواة بين المتعاقدين يترتب مسؤولية عقدية على عاتق المخل.

2- إلزامية العقد:

تشكل الجذور الدينية مصدر القوة الإلزامية للعقد، فكل الديانات السماوية أوصت بالوفاء بالعهد⁽¹⁾، إلا أنه ناهيك على الجانب الديني هناك مقومات أخلاقية مرتبطة بالصدق والأمانة وحسن التعامل مع الناس، فيرى بعض فقهاء القانون الخاص أن القوة الإلزامية للعقد تتبع من إرادة المدين نفسه بينما يرى البعض الآخر أن مصدر إلزامية العقد الثقة التي وضعها الدائن في شخص مدينه، بحيث يترتب على هذا الأخير أن لا يخيب الظن به ويخل بالثقة الممنوحة له.

كما رأى آخرون أن مبادئ الاستقرار في العلاقات المالية تفرض احترام أطراف العقد للالتزامات التي أقروها وألزموا أنفسهم بها، فالعقد وسيلة تبادل المنافع المادية وبالتالي أن من يتخلى عن شيء له الحق بأن يتلقى مقابلا له بصورة لا تنتقص معها ذمته المالية بخسارة الشيء الذي يخلي عنه دون مقابل.

هذه الاعتبارات إذا ما ضمت إلى وضعها إلى القول بأن القوة التنفيذية للعقد تتبع من إرادة الطرفين القادرة على وضع قواعد تعامل فيما بينها، هذه الإرادة تنشئ عبر العقد قواعد معينة يلتزم بها الطرفان تصبح بمثابة قانون الملزم لهما.

¹ - آية 34 سورة الإسراء.

إلا أنه يجب أن يسود العلاقات التعاقدية مصدر القوة الملزمة للعقد.

فمن خلال مبدأ القوة الملزمة للعقد المنصوص عليها في المادة 1134 من القانون

المدني الفرنسي نستخلص ثلاث نتائج رئيسية هي:

"العقد لا يمكن أن يتم نقضه بالإرادة المنفردة، ولا يمكن للقاضي أن يعدله، ويجب

أن ينقضه بالإرادة المنفردة، ولا يمكن للقاضي أن يعدله، ويجب أن ينقذ بحسن نية"⁽¹⁾

كما جاء في المادة 106 من القانون المدني الجزائري العقد شريعة المتعاقدين، فلا

يجوز نقضه أو تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقررها القانون.⁽²⁾

ونص أيضا في المادة 107 الفقرة الأولى من القانون ذاته "يجب تنفيذ العقد طبقا لما

اشتمل عليه وبحسن نية"⁽³⁾.

فحسن النية يعني التعامل بصدق واستقامة وشرف مع الغير بصورة تبقي ممارسة

الحق ضمن الغاية المفيدة والعادلة التي انشئت من أجلها والتزام بها كل من طرفي العقد

بحيث لا تؤدي هذه الممارسة إلى الأضرار بالغير دون مسوغ مشروع بل توصل كل ذي حق

حقه.

بالتالي فالقواعد التنفيذية للعقد تنبع من مبدأ حسن النية الذي يجب أن تقوم

عليه العلاقة التعاقدية، فيكون هذا المبدأ مبدأ قانونيا يدخل في صلب النظام القانوني

¹ -site : <http://www.avocat.consultant.com/news/display.cgi?sericle> Doit des contrats, la force obligatoire du contrat... » sans auteur » page 25-02-2019, « De ce principe de la force. Civil résultent trois conséquences principales : le contrat ne peut pas être unilatéralement révoqué le juge ne peut pas le modifier, le contrat doit être exécuté de bonne foi... ».

² - الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم ج ر ع 78 المؤرخة في 30 سبتمبر 1975، ص: 995/ تقابلها المادة 147 ق مدني مصري والمادة 1134 قانون مدني فرنسي.

³ - الأمر رقم 58 /75 المرجع السابق.

للعقد وليس فقط واقعا متغيرا لا يمكن ضبط تغييره مع ظرف كل قضية إلى جانب هذه الآراء التي تجعل من حسن النية مصدرا للقوة التنفيذية للعقد إذ يضع قاعدة إلزامية العقد وجزائها ولا يمكن للقضاء أن يأمر بإنقاذ عقد ما لم يكن متوافقا مع الأحكام القانونية ويخلص إلى القول بأن العقد ليس سوى قاعدة كسائر القواعد التي يخضع لها الناس.⁽¹⁾

فالعقد في الواقع هو التزام بين طرفيه، فإن الالتزام إما ينفذ طرف فتكون قوته التنفيذية تابعة من إرادة طرفيه مهما كان الباعث على هذه القوة وإما ينفذ جبرا بواسطة القضاء وهنا يتدخل القاضي ليس فقط لمنح العقد القوة التنفيذية بل أيضا لتوفير التنفيذ وفقا لمبادئ حسن النية بحيث يقرر التدابير التي تضمن حسن التنفيذ كالغرامة الإكراهي والتعويض عن التأخير أو عن سوء التنفيذ عند حصوله.⁽²⁾

3- فائدة العقد:

أن العقد وسيلة لتبادل المنافع، فإن ما يبرره هو الفائدة المادية التي يجنيها كل من طرفيه، فمالك قطعة الأرض يرضى بيعها لأنه يرغب في ثمنها، بينما الشاري يرغب في شرائها

¹ - ينظر: عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج 1، نظرية الإلتزام بوجه عام، مصادر الإلتزام، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، ط 2004، ص: 70.

² - Site : <http://www.plajmdroit.fr/ee/droit> du contrat la force obligatoire de contrat htm page ve lem 15/04/2020, sans autre p 01 : « c » est un instrument de prévision de sécurité juridique de sécurité économique une fois formé par un accord de volonté le contrat ne peut plus être modifié que par un nouvel accord de volonté... ».

لأنه يرغب في تملكها ويوافق على خروج قيمتها النقدية في ذمته المالية لتدخل ذمة البائع المالية.⁽¹⁾

فإذا انتقت الفائدة من العقد لم يعد له من مبرر ولا يتدخل القضاء في هذه الحال لإعطاء العقد القوة التنفيذية إلا لتكريس حقوق مادية نابعة من العقد، كما أن القانون الوضعي لا يعطي القوة التنفيذية للعقد إلا إذا كان مفيدا على الأقل لأحد طرفيه.

وهكذا ترد دعوى من يطلب تنفيذ حق مرور نحو الطريق العام صار التعاقد عليه بين مالكي عقارين مجاورين عندما تشق الطريق العام بمحاذاة عقار المدعي، إذا المدعاة بهذا الحق أصبحت دون فائدة، وما الإصرار على الادعاء إلا إساءة لاستعمال الحق النتائج عن العقد الأمر الذي يرفضه القضاء وبالتالي يستجيب لطلب العقد من قبل من ادعى عليه به لعدم الفائدة .

فالمصلحة في الإدعاء مرتبطة بالفائدة من العقود فإن افتقدت هذه الفائدة انتقت المصلحة في المدعاة وردت الدعوى.

وقد نصت المادة 05 من القانون المدني المصري على أن سوء استعمال الحق لا يتحقق فقط عند وجود قصد الإضرار بالغير أو عندما تكون المصالح المراد تحقيقها غير مشروعة بل أيضا عندما تكون هذه المصالح قليلة الأهمية بحيث لا تتناسب البيئة مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها.

¹ - علي فيلاي، الإلتزامات النظرية العامة للعقد، موفم للنشر والتوزيع، الجزائر، ط2، 2001، ص: 291.

بالإضافة إلى الفائدة الشخصية من العقد والتي يجنبها كل من طرفيه، فإن للعقد فائدة عامة كوسيلة تبادل في العلاقات المالية بحيث يحرص المشرع على توفير الثقة به من خلال إلزامية والحرص على سلامة التعامل بين المواطنين، بحيث يبطل كل عقد مخالف للنظام العام أو الآداب العامة.⁽¹⁾

4- عدالة العقد:

إن مبدأ العدالة يقتضي وجود التوازن البنود المنبثقة عن العقد بحيث لا تطغى مصلحة على أخرى أو يشغل طرف فيه على حساب الآخر دون وجه حق أو نتيجة للغلط أو الخداع أو استغلال عدم الخبرة أو البساطة أو الجهل بما يتطلبه تنفيذ الموجب من وسائل.⁽²⁾

ثانيا- نشأة وتطور مبدأ سلطان الإرادة:

لم يصل مبدأ سلطان الإرادة إلى القوانين المستمدة من القانون الروماني إلا بعد تطور طويل، خاصة فيما يتعلق بكفاية الإرادة في ذاتها لإنشاء التصرف دون ضرورة أن يأتي في شكل أو آخر.

في القانون الروماني، لم يكن يكفي لإبرام العقد، مجرد تطابق الإرادتين بل كان لابد من القيام، باتخاذ إجراءات شكلية لكي يتم إبرام العقد، وسادت هذه الفكرة في القانون

¹ - ينظر: ريماء فرح مكي، تصحيح العقد دراسة مقارنة، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، ط1، 2011، ص: 318-326.

² - محمد صديق محمد عبد الله، موضوعية الإدارة التعاقدية دراسة تحليلية مقارنة، دارالكتب القانونية، مصر، 2012، ص: 282.

الروماني في عصور المختلفة رغم ظهور العقود الرضائية التي لا تشترط الشكلية لإبرام العقد بل يكفي تطابق الإرادتين لانعقادها، إلا أن الرضائية اعتبرت استثناء لا أصلاً.⁽¹⁾

وقد واصل مبدأ رضائية العقود سيره، بعد زوال الدولة الرومانية ووجد في الكنسية خلال العصور الوسطى أكبر عون له، إذ كانت تنادي لاحترام العقود والمواثيق، فكان القانون المكتبي مهذا للرضائية، إذ قرر أن كل اتفاق يكون ملزماً ولو تجرد من الشكلية وقد عبر عن هذا المبدأ: إن الأبقار تفيد من قرونها، ولكن الرجال يقيدون بألسنتهم.

وقد وصل هذا المبدأ إلى دورة مجده في القرون الثلاثة الأخيرة، أي ابتداء من القرن السابع إلى أواخر القرن التاسع عشر، وكان سبب ازدهارها، ظهور المذهب الفردي خلال تلك الحقبة من الزمن، الذي قام على تبجيل واحترام الفرد واعتباره محور القانون وأساسه.

كما سجل مدونوا التقنين المدني الفرنسي هذا المبدأ في نص المادة 1134 والتي سبق ذكرها على أن هذا المبدأ بعد ازدهاره بدأ في التخلخ من القرن العشرين تحت تأثير المبادئ الاشتراكية والتغيرات الاقتصادية والسياسية كما سنوضح فيما بعد.

1- النتائج المترتبة على مبدأ سلطان الإرادة:

يترتب على نظرية سلطان الإرادة عدة نتائج نذكرها كالتالي:⁽²⁾

- الالتزامات الإرادية هي الأصل.

- حرية التعاقد.

- الحرية في تحديد آثار العقد.

¹ - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ص: 154.

² - علي خوجة خيرة، القوة القاهرة في القانون المدني الجزائري، مذكرة ماجستير كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2002، ص: 112.

- العقد شريعة المتعاقدين.

سنشرحها كالتالي:

- الالتزامات الإرادية هي الأصل لا يلزم الشخص بحسب الأصل إلا بإرادته، وإذا اقتضت حاجات المجتمع في بعض الأحوال إنشاء التزامات تفرض عليه بالرغم من إرادته، فيجب حصر هذه الحالات في أضيق الحدود.

إن تقرير الالتزامات غير الإرادية لا يكون إلا استثناء إذ أن الفرد أعلم بما يحقق مصالحه، ولذا فالتزاماته الإرادية تكون عادلة بالضرورة إذ أنه تحمل هذه الالتزامات بإرادته.

2- حرية التعاقد:

إرادة الفرد وحدها تكفي لإبرام العقود، وبالتالي تستطيع هذه الإرادة إنشاء الالتزامات العقدية، دون قيد على حرية الإنسان الكاملة ولا يحد زمن هذه الإلتزامات العقدية، دون قيد على حرية الإنسان الكاملة ولا يحد من هذه الحرية سوى إعتبارات النظام العام وحسن الآداب وإرادة الفرد لا تحتاج في إبرام العقود إلى قالب خاص، وهذا هو مبدأ رضائية العقود، كما أن حرية الفرد في التعاقد تشمل حريته أيضا في عدم التعاقد فلا إجبار أن يدخل في رابطة عقدية لا يريدتها.⁽¹⁾

¹ - محمد صبري السعدي، مصادر الإلتزام، المرجع السابق، ص: 47 وما بعدها.

3- الحرية في تحديد آثار العقد:

إذا دخل شخصان في رابطة عقدية، فإن لهما كامل الحرية في تحديد آثار هذه الرابطة، فلا التزام على كل منهما إلا بما أراد الالتزام به، فكل ما أراده يترتب على العقد الذي بينهما، فالفرد حر في أن يتعاقد وفقا لما يريد وبالشروط التي يريدها.

إن الإرادة التشريعية قد نظمت طائفة العقود من العقود، فإن ندخلها في هذا التنظيم يكون عادي عن طريق القواعد المفسرة أو المكملة لإرادة الطرفين، فالأفراد الحرية الكاملة في الأخذ بهذا التنظيم النموذجي الذي وضعته تلك الإرادة، ولهم أن يضعوا تنظيمات أخرى ولذا كانت الحكام المنظمة للعقود المسماة أحكاما مكملة، لا تطبق إلا إذا لك يتفق طرفا العقد على خلافهما إن كانت هناك قواعد أمرة في هذه العقود.

ثانيا- العقد شريعة المتعاقدين:

إن ما يراد بالعقد شريعة المتعاقدين أن يلتزم بالعقد كل من المتعاقدين حيث لا يمكن لأي منهما الانفراد بتعديل العقد أو بانهائه وكذلك لا يجوز للقاضي أن يقوم بذلك.⁽¹⁾

- تقلص مبدأ الإرادة والقيود الواردة عليه:

إن هذا المبدأ الذي تطور وبرز خلال القرن التاسع عشر، قد بدأ في أواخر ذلك القرن مع بداية القرن العشرين يفرض بعض القيود ومنها ما يمتد إلى أسس العقد ومن أبرز هذه القيود:

¹ - حدود ليلي، العقود النموذجية طبقا لأحكام القانون الخاص، ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2001، ص: 51.

ثالثا- القيد على حرية التعاقد وعدم التعاقد:

إن منطق سلطان الإرادة يقضي لحرية الفرد في التعاقد وحرية في عدم التعاقد إلا

أنه وردت القيود الآتية على هذه النتيجة ويتمثل ذلك فيما يلي:⁽¹⁾

- حرية التعاقد تجد قيودا خطرا في النظام العام والآداب، فإن ما أبرم يخالف

النظام العام والآداب في المجتمع فإنه يكون باطلا بطلانا مطلقا أي لا أثر له، وهذا القيد

موجود منذ زمن بعيد، ونص عليه في المادة السادسة من المجموعة المدنية الفرنسية، ولما

كانت فكرة النظام العام، هي نسبية ومتطورة، فإننا نجد في الوقت الحاضر توسعا كبيرا

في نطاقها، خاصة كلما ساد الاتجاه الاشتراكي في الدولة يزداد النظام العام اتساعا.

- تقييد حرية عدم التعاقد ظهرت صورة للعقود الجبرية، التي يجبر الشخص على

إبرامها كعقود التأمين الجبري من المسؤولية عن حوادث السيارات وعقود إيجار المساكن

السكنية.

- العقود الجبرية Contrats forcés أيضا إلزام الإرادة التشريعية في بعض الأحوال،

الأشخاص أو الهيئات التي تقدم خدمات للجماهير أو تباع السلع الضرورية بأن تتعاقد مع

كل من يطلب هذه الخدمة أو تلك السلعة، ففي كل الحالات السابقة سكون العقد،

مفروضا لا يستطيع المتعاقد رفضه.⁽²⁾

¹ - حلو عبد الرحمن مسلم أبو حلو، نظرية الاستغلال في الشريعة والقانون دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص، جامعة الجزائر، ص: 63.

² - عبد الحكم قدوة، تفسير العقد في القانون المدني المصري والمقارن، منشأة المعارف الإسكندرية، مصر، ط2، ص: 32.

وفيما يتعلق بحرية تحديد أثر العقد فلم يعد لطرفيه مجال في الاتفاق على آثاره إلى حد كبير.

الفرع الثاني: القيود الواردة على حرية تحديد آثار العقد

كان من تأثير الأفكار الاشتراكية، أن قامت القوانين بتحديد تلك الآثار في بعض العقود بقواعد أمر، ومن ذلك عقد العمل، فقد حددت التزامات الحقوق كل طرفيه وهما العامل ورب العمل تحديدا يكاد شبه كامل، ولذلك أيضا بالنسبة لعقدية للإيجار فقد نظمت القوانين علاقة المستأجر بالمؤجر.

وفيما يتعلق بقاعدة أن العقد شريعة المتعاقدين، فقد أجازت القوانين الحديثة تدخل المحاكم في كثير من الحالات لتعديل بنود العقود أو لإعفاء أحد طرفي العقد من بعض الشروط، أو لإنهائه بناء على طلبه، ومن ذلك نص المشرع الجزائري على تحويل القاضي تنفيذ العقد ظروف طارئة غير متوقعة من شأنها جعل التزامات المتعاقدين إذا وقعت أثناء تنفيذ العقد ظروف طارئة غير متوقعة من شأنها جعل التزامات أحدهما مرهقة، وهي نظرية الظروف الطارئة (م 3/107)، وأيضا المادة 110 التي تنص على إعطاء القاضي سلطة تعديل الشروط التعسفية في عقود الإذعان.

أولا- اتساع نطاق الالتزامات غير الإرادية:

إن ما واجهه مبدأ سلطان الإرادة من قيود جعله يهتز من أساسه وذلك باتساع نطاق الالتزامات غير الإرادية التي تنشأ عن مصادر أخرى غير الإرادية ومن ذلك الالتزامات الناشئة عن الفعل الضار وعن القانون فقد تطورت أحكام المسؤولية التقصيرية فبعد أن

كان الالتزام بالتعويض التي تتقرر بدون الحاجة إلى ثبوت خطأ في جانب السؤؤل، وذلك نتيجة الثورة الصناعية وانتشار استخدام الآلات الخطرة في المجتمعات الحديثة.⁽¹⁾

الفرع الثالث: تكوين العقد La formation du contrat

لقد عرفنا سابقا أن العقد توافق إرادتين أو أكثر على إحداث أثر قانوني معين، لذا فلكي ينشأ العقد لابد من وجود التراضي بين طرفيه، فالتراضي هو ركن أساسي في تكوين العقد.

ويجب أن يكون تراضي الطرفين موجودا حقيقة وأن ينصب هذا التراضي على شيء معين، إذ أن العقد يؤدي إلى إنشاء النظام أو حق، أو تعديل الالتزام، أو نقاط أو زواله، لذا يجب أن كون هذا الالتزام محل صالح للتعاقد، وهذا هو الشيء المعين الذي ينصب عليه التراضي، على أن تتوافر فيه الشروط القانونية وهذا هو ما يعرف بمحل التعاقد أو محل العقد.

وبالتالي لكي يشنأ العقد يجب أن تتوافر الأسس أو الأركان التالية:

1- التراضي.

2- المحل.

3- السبب.

كما قد يضيف المتعاقدان أو القانون ركن آخر للعقد وهو ركن الشكلية.

وفي العقود العينية وهي القرض والعارية والوديعة يستلزم القانون ركن التسليم.

¹ - عابد فايد عبد الفتاح فايد، تعديل العقد بالإرادة المنفردة، محاولة نظرية في قانون الإلتزامات المقارن، دراسة تطبيقية في عقود السفر والسياحة، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، ص: 205.

وقد اختلف الفقه في ركني المحل والسبب، فالبعض يرى أنهما ركنان في الالتزام دون العقد والبعض الآخر أن المحل ركن في الالتزام والسبب ركن في العقد، وطائفة أخرى من الفقه تعتبرهما ضمن عناصر الإرادة.⁽¹⁾

إلا أنه ما تم التوصل إليه أنه للالتزام محل وللعقد محل آخر كما أن للالتزام سببا وللعقد سبب آخر.

فالمحل والسبب يعتبر أن من عناصر الإرادة، سواء أكان اعتبارهما ركنين في الالتزام أو في العقد لأن الإرادة التي يعتد بها في القانون هي التي تكون على بنية من المحل وموجهة للسبب عندما تتجه إلى التعاقد، فإذا كانت الإرادة غير صحيحة لا يعتد بها القانون.

بناء على هذا لكي ندرس أثر التطور التكنولوجي على تكوين العقد لابد لنا من تناول أثر التطور التكنولوجي على أركان العقد ألا وهي التراضي والمحل والسبب، فإذا تخلف ركن من أركان العقد ترتب عليه البطلان وإذا انعدم التراضي أو انعدم وجود السبب أو المحل، أو إذا لم يتوافر في السبب والمحل الشروط القانونية كعدم المشروعية مثلا فإن العقد يكون باطلا.

وزيادة على وجود توافر أركان العقد للشروط القانونية، يجب أن تتوفر الأهلية في كل من طرفي العقد، كما يجب خلو إرادة كل منهما من عيوب الإرادة، إلا أنه إذا قام ناقص الأهلية بإبرام العقد أو شابت إرادة أحد الأطراف المتعاقدة عيب من عيوب الرضا كالغلط

¹ - عبد الحكم فودة، سلطة القاضي في تعديل التعويض الاتفاقي، دراسة مقارنة، ط1، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، المغرب، ص: 73.

أو الإكراه أو التدليس، كان العقد صحيحا، ولكنه يكون قابلا للإبطال إذا ما طلبه من تقرر لمصلحته الإبطال.⁽¹⁾

وبالتالي نجد أن توافر أركان العقد شرط لانعقاده وضرورة توافر الأهلية وسلامة الإرادة من العيوب شرط لصحة العقد، ومن ثم إذا تخلف أحد شروط الانعقاد هو البطلان المطلق، إلا أنه إذا تخلف شرط من شروط الصحة، فهو قابلية العقد للإبطال وهو ما يسميه الفقه بالبطلان النسبي.

أولا- التراضي:

لقد سبق القول أن العقد هو توافق إرادتين أو أكثر على إحداث أثر قانوني معين وتوافق الإرادتين وهو ما يعبر عنه بالتراضي أو الرضى وهو أساس إبرام العقد، فلا وجود له إذا لم يتوافر الرضا به.⁽²⁾

إن وجود الرضا لا يكفي فنشاء العقد صحيحا إذ لا بد من أن يكون الرضا سليما من العيوب وإلا اعترى الفساد بالرغم من قيامه ويكون مهددا بالزوال.

ثانيا- وجود التراضي:

التراضي هو توافق إرادتين: إن التراضي كما سبق القول هو أساس العقد، فلا يقوم بغير توافره، ويقصد بالتراضي هو اتجاه الإرادة إلى إحداث الأثر القانوني المطلوب، مثال: ارتض البائع البيع والمشتري ارتضى الشراء، وبالنسبة للعقد يعني توافق إرادتي

¹ - عبد المنعم موسى إبراهيم، حسن النية في العقود، منشورات زين الحقوقية، بيروت- لبنان، ط 2، ص: 113.

² - لعشب محفوظ، عقد الإذعان في القانون المدني الجزائري والمقارن، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، ط 2، ص: 63.

طرفيه على إحداث الأثر القانوني معين، وأن يخرج هذه الإرادة إلى العالم الخارجي بالتعبير عنها، وأن تتطابق مع إرادة أخرى.⁽¹⁾

وتوافق الإرادتين قد يتخذ بعض الصور الخاصة كما هو الحال في التعاقد بطريق المزايدة والتعاقد بالإذعان والوعد بالتعاقد والتعاقد بالعربون وعلينا نبين صور التراضي وأثر التطور التكنولوجي عليه.

¹ - أحمد شوقي محمد عبد الرحمن. تفسير العقد ومضمون الإلتزام العقدي وفقا لقواعد الإثبات، دراسة فقهية وقضائية، منشأة المعارف الإسكندرية، مصر، ط1، ص: 222.

خلاصة الفصل الثاني

إن تأثير بوسائل الاتصال الحديثة في مجال التعاقد سواءً من حيث التفاوض على إبرام العقد أو تكوينها وتنفيذها في بعض الحالات يفرض إيجاد دراسات قانونية متخصصة في الموضوع لإعطاء هذا النوع من المعاملات نصية في القواعد التشريعية لحل بعض المشكلات التي يطرحها نظام التفاوض عبر وسائل تقنية حديثة وفقا لعالم افتراضي غير مادي يستند إليه المتعامل عبر هذا النوع من العقود.

فالعقد الإلكتروني قد يكون عقدا داخليا إذا ما انعقد داخل إقليم الدولة وبين متعاقدين ينتمون إليها، كما قد يكون عقدا دوليا وفقا لأحد المعايير المذكورين في هذا الفصل.

الباب الثاني

أثر التطور التكنولوجي على مرحلة إبرام العقد

تنفيذه وإثباته

الباب الثاني

أثر التطور التكنولوجي على مرحلة إبرام العقد تنفيذه وإثباته

عرفت منذ القدم أشكال مختلفة للتعاقد، كالبيع عن طريق التليفزيون، والفاكس، والهاتف، والإنترنت، كما سبق لنا القول حيث شهدت الوسائل الحديثة للاتصال تقدماً تقنياً فاق الخيال، إذ مست كل ميادين الحياة بما فيها القانونية.

إنّ الوسائل المستخدمة في إبرام العقود في تطور مستمر نتيجة التطور التكنولوجي وكذا نظم الاتصالات السلكية واللاسلكية، وظهور الأقمار الصناعية، بحيث أصبح العالم على اتصال دائم ومستمر، فيقوم الفرد بممارسة كل التصرفات القانونية دون تكبد عناء كبير ومن أهم هذه التصرفات إبرام العقود التي لم يقيدتها لا الزمان ولا المكان، جعلت من عملية تنفيذ العقود وكذا إثباتها سهلة ومرنة.

لذلك ستناول من خلال هذا الباب تنفيذ العقد المبرم عن طريق التقنيات الحديثة للاتصال (الفصل الأول)، وأثر التغيرات التكنولوجية على إثبات العقد (الفصل الثاني).

الفصل الأول

تنفيذ العقد المبرم عن طريق

التقنيات الحديثة للإتصال

الفصل الأول

تنفيذ العقد المبرم عبر التقنيات الحديثة للاتصال

لقد ألقى تنوع أساليب التعاقد عبر الأنترنت بضلاله على موقف الفقه من طبيعة مجلس العقد الإلكتروني، فقد يتم التعاقد عبر الرسائل الإلكترونية المرسلة عبر البريد الإلكتروني E-MAIL وهذه قد لا يعلم بمضمونها المرسل إليه لحظة صدورها، كما قد يتم التعاقد من خلال الاتصال المباشر المسموع أو المقروء أو المرئي، ذلك بتزويد جهاز الحاسب الآلي لدى الطرفين بكاميرا تجعل كل طرف يرى الآخر ويسمعه في ذات الوقت مثال ذلك برنامج Massanger الذي يسمح لكل منهما في حالة تثبيت كاميرا بالجهازين أن يرى ويسمع الطرف الآخر في ذات الوقت، يمكن أيضا لكل منهما عندئذ أن يرى على شاشة جهازه ما يكتبه الطرف الآخر في الوقت نفسه، كما هو الحال في برنامج Multimedia، فهل نكون عندئذ بصدد تعاقد بين حاضرين أم تعاقد بين غائبين، وهل الغياب هنا يكون من حيث المكان أو الزمان أو هما معا.

سنجيب على هذه التساؤلات من خلال هذا الفصل، حيث تطرقنا إلى زمان ومكان إبرام العقد الإلكتروني (المبحث الأول)، وانهقاد العقد عبر التقنيات الحديثة (المبحث الثاني).

المبحث الأول

زمان ومكان إبرام العقد الإلكتروني

لقد حظيت مسألة تحديد مكان وزمان الانعقاد في العقود بشكل عام باهتمام كبير من الفقه والقضاء والتشريع، وذلك لأهمية النتائج التي تترتب على تحديد هذه المسألة.

أما مكان انعقاد العقد فينبني على تحديد معرفة المحكمة المختصة ينظر أن نزاع ينشأ عن هذا العقد، كما يفيد في تحديد القانون الواجب التطبيق في التشريعات التي تأخذ بمكان الانعقاد كأحد المؤشرات على تحديد هذا القانون.⁽¹⁾

الحقيقة أن وسائل الاتصال الحديثة تمتاز بأنها تصل بين أشخاص متباعدين مكانا فالعقود التي تبرم عبرها تكون عقودا بين غائبين من حيث المكان، ولكن يجب أن يكون مفهوما بأن عدم وجود المتعاقدين في نفس المكان لا يعني دائما أن التعاقد هو بين غائبين، فقد يبرم العقد عبر الهاتف، وبين أشخاص متباعدين ومع ذلك يعتبر العقد هنا عقدا بين حاضرين من حيث الزمان وبين غائبين من المكان، والعلة في هذا الحكم أنه لا يوجد فاصل زمني بين صدور القبول والعلم به عبر الهاتف.⁽²⁾

إن وسائل الاتصال الحديثة توفر للمتعاقدين التواصل المباشر وأني لا يفصل وقت أو زمن بين صدور القبول من أحدهما وغرف المحادثة (Chatting Rooms) وخدمة الويب Web Site فعندما ينقر المتعاقد على خانة القبول في عقد الويب يعلم المتعاقد الآخر فوراً

¹ - خوري حامد خاطر، زمان ومكان انعقاد العقد الإلكتروني، بحث مقدم إلى مؤتمر القانون والحاسوب، جامعة اليرموك، الأردن، 12-14 جويلية 2004، ص: 118.

² - محمود السيد عبد المعطي الخيال، المرجع السابق، ص: 168.

بهذا القبول، فإذا ما أبرم عقدا عبر الهاتف، عقدا بين حاضرين من حيث الزمان وبين غائبين من حيث المكان.⁽¹⁾

وسنتطرق من خلال دراسة هذا المبحث إلى النظريات التي سبقت مسألة زمان إبرام العقد الإلكتروني (المطلب الأول)، وموقف التشريعات من مسألة زمان ومكان إبرام العقود عبر الانترنت (المطلب الثاني).

المطلب الأول

النظريات التي سبقت مسألة زمان إبرام العقد الإلكتروني

فتحديد لحظة انعقاد العقد ينبنى عليها معرفة أهلية المتعاقدين لحظة الانعقاد، إضافة إلى أنه هذه اللحظة يصبح العقد ملزما للجانبين فلا يستطيع الموجب مثلا أن يسحب إيجابه أو أن يعدله، كما يفيد في معرفة هل تم القبول في المهلة التي حددها الموجب للقبول أم لا، ومن هذه اللحظة أيضا يرتب العقد آثاره فتنتقل الملكية ومن ثم يمكن تحديد من يتحمل تبعه الهلاك ومن خلالها أيضا يتحدد القانون الواجب التطبيق وهو القانون الساري وقت انعقاد العقد.

ومما يجدر ذكره أن مسألة تحديد زمان ومكان الانعقاد لا تثير أية إشكالية في التعاقد بين حاضرين، إذ يقترن القبول بالإيجاب في نفس اللحظة ونفس المكان، فينعقد العقد فوراً في هذه اللحظة ولكن المسألة لن تكون بهذه السهولة في العقود التي تبرم بين

¹ - نضال سليم إبراهيم، المرجع السابق، ص: 34.

غائبين فهذه العقود تمتاز بأن كلا من المتعاقدين يوجد في مكان مختلف عن المتعاقد الآخر، وبوجود فاصل زمني بين صدور القبول وعلم المتعاقد الآخر به.

وفي المقابل تتميز العقود المبرمة عن طريق وسائل التواصل الإلكتروني بوجود فاصل زمني في نقل الإرادات التعاقدية بين المتعاقدين خاصة عبر البريد الإلكتروني، كونها ليست خدمة تفاعلية يحتاج نقل القبول عبرها إلى فترة من الزمن، فإنه لا جدال بأن العقود التي تبرم عبر البريد الإلكتروني وفي هذه عقود بين غائبين من حيث الزمان والمكان.

وقد أعطى الفقه مسألة الزمان والمكان إبرام العقود بين غائبين واستقر الاجتهاد على أن العقد يتكون في لحظة توافق الإيجاب مع القبول وفي مكانه⁽¹⁾، أي بمعنى آخر أن العقد يبرم حيث يتكون وبالتالي لا يمكن البحث في مكان إبرام العقود بصورة منفصلة عن زمان إبرامها، وقد وضع الفقه عدة نظريات تحاول كل منها أن تحدد زمان ومكان إبرام العقود بين غائبية، وقد تباينت مواقف التشريعات في تبنيها هذه النظريات.

تبنى الفقه لقانون عدة نظريات يحدد بموجبها وقت انعقاد العقد بين غائبين، ومن ثم تحديد مكانه، وتستند هذه النظريات إلى لحظة اقتران القبول بالإيجاب ولكنها اختلفت فيما إذا كانت هذه اللحظة هي إعلان القبول أن تصدير القبول أن تسليم القبول أم العلم بالقبول.⁽²⁾

¹ - خوري حامد خاطر، المرجع السابق، ص: 102.

² - سلامة صابر عبد العزيز، العقد الإلكتروني، دار الهن للنشر، ط1، 2005، ص: 79.

ويرى البعض أن هذه النظريات يمكن دمجها في نظريتين رئيسيتين هما إعلان القبول (الفرع الأول)، وتصدير القبول (الفرع الثاني)، والتسليم بالقبول (الفرع الثالث)، والعلم بالقبول (الفرع الرابع).

الفرع الأول: نظرية إعلان القبول: Déclaration Rule

ومقتضى هذه النظرية بأن العقد ينعقد في الزمان والمكان الذين يعلن فيهما الموجب له قبوله للإيجاب، دون الحاجة إلى إرسال إلى الموجب أو حتى علم الأخير به.⁽¹⁾

فيكفي في هذه النظرية حتى ينعقد أن يقرأ المتعاقد رسالة بريد إلكتروني تتضمن إيجابا ويقول قبلت الإيجاب دون ان يقوم بأي تصرف كإرسال ورسالة غلى الموجب ليخبره بالقبول ودون أن ينتظر علم الموجب بهذا القبول، ويستوي أيضا في هذه النظرية أن يقرأ شخص رسالة نصية في غرف المحادثة Chatting Rooms تتضمن إيجابا ويعلن قبوله لهذا الإيجاب دون أن يرسل ردا للطرف الآخر.⁽²⁾

ويستند أنصار هذه النظرية إلى أن العقد هو توافق إرادتين، وأن هذا التوافق يتم بمجرد إعلان قبول مطابق للإيجاب من جميع النواحي دون الحاجة إلى علم الموجب بالقبول لأن القابل تعلق حقه بالعقد، لمجرد إعلانه للقبول فيتمتع على الموجب من ذلك الحين

¹ - محمد هيد الرحيم، التراضي في التعاقد عبر الانترنت "دراسة مقارنة، د م ن، عمان، ط01، ص: 102.

² - العبودي عباس، التعاقد عن طريق وسائل الاتصال الفوري وحجيتها في الإثبات المدني، دراسة مقارنة، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، ط1، ص: 97.

العدول عن إيجابه، وان هذه النظرية تتفق مع ما تقتضيه الحياة التجارية من سرعة في التعامل.⁽¹⁾

إن ما يأخذ على هذه النظرية أنها تجاهلت إرادة الموجب، فمن حق هذا الأخير أن يعدل عن إيجابه إذا لم يكن محدد المدة ولم يرتبط به قبول فعدم وصول القبول إلى الموجب يجعل من حقه أن يرجع عنه، حتى ولو كان المتعاقد الآخر قد أعلن قبوله، وذلك لأن القبول في نظر أنصار هذا المذهب يعتبر إرادة وإرادة لا تنتج أثرها إلا من وقت علم من وجهة إليه بها.

إضافة إلى ذلك هذه النظري تجعل من انعقاد العقد مسألة في يد القابل وحده، حيث يكون بإمكان هذا الأخير أن يعلن قبوله ولا يرسله ويتراجع عنه متى شاء دون أن يستطيع أحد إثبات ذلك، وخصوصا في بيئة إلكترونية أو رقمية كالأنترنت، وعليه فإن هذه النظرية بهذا السياق غير مناسبة للتعامل عبر شبكة الأنترنت، فالموجب قد يوجه إيجابه إلى الجمهور فلا يمكن أن نطلب منه في هذه الحالة أن يستنتج عدد الأشخاص الذين قبلوا لعرض، طالما لم يصله قبول إلا من عدد محدد، إضافة إلى أن الموجب قد يجد نفسه في الحالة الأخيرة أمام ملايين الدعاوي القضائية المقامة ضده من أشخاص أعلنوا قبولهم ولم يخبروه بذلك يطلبونه فيها بتنفيذ عقود هو نفسه لا يعلم بأنها قد أبرمت معه، وبالنتيجة فإن الأخذ بهذه النظرية لن يستقيم مع واقع التجارة والمعاملات الإلكترونية.⁽²⁾

¹ - محمد حسن العطار، البيع عبر شبكة الأنترنت دراسة مقارنة في ضوء القوانين الوضعية أو الاتفاقيات الدولية، ط 1، 2008، ص: 104.

² - بشار طلال الموني، مشكلات التعاقد عبر الأنترنت، دراسة مقارنة، ط 2، ص: 161.

الفرع الثاني: نظرية تصدير القبول: Expédition Rule

إن مفاد هذه النظرية أن العقد ينعقد في المكان والزمان الذين يصدر أو يرسل القابل قبوله، وعليه فلا يكفي لانعقاد العقد أني علق القابل عن قبوله بل لابد أن يرسل هذا القبول إلى الموجب، فأخراج القبول من حيازة القابل دليل على صدور القبول وفي هذا تلاف لعيوب نظرية الإعلان.⁽¹⁾

وتطبيقا لهذا النظرية فإن العقد ينعقد عندما يكتب القابل رسالة بريد إلكتروني تتضمن قبوله ويضغط على زر الإرسال send Button فتخرج بالتالي هذه الرسالة عن سيطرته ولا يعود بإمكانه التراجع عن لقبول، فيصبح قبوله باتا وتطبيقا لذلك أيضا ينعقد العقد عندما يرسل لقابل رسالة نصية تتضمن القبول إلى الطرف الآخر في خدمة غرف المحادثة وذلك من خلال الضغط على مفتاح لقبول Enter في لوحة مفاتيح الحاسوب، أو عندما يضغط القابل بالمؤشر المتحرك للحاسوب على خانة القبول في لعقود المعروضة على مواقع الويب Web Sites لأن الضغط عليها هنا يعتبر إرسالا للقبول إلى موقع الويب الذي يعرض الإيجاب.⁽²⁾

ويؤخذ على هذه النظرية أيها لا تختلف عن النظرية السابقة - إعلان القبول- من حيث أنها لا تتطلب وصول القبول إلى الموجب أو علمه به، بل يكفي أن يتم إرسال القبول إلى عنوان الموجب، بغض النظر عما يحصل لرسالة - سواء كانت إلكترونية أم عادية-

¹ - محمد موسى خلف، التعاقد بواسطة الانترنت (دراسة مقارنة تحليلية)، رسالة ماجستير، جامعة القدس، فلسطين، ص: 54.

² - أحمد أماني، التحديات القانونية للتجارة الإلكترونية، بحث منشور على الموقع الإلكتروني:

<http://www.F-law.net/LAW/forumdispalyphp?>, P 40.

وهذه المسألة محل نظر في التعامل عبر شبكة الأنترنت، إذ أن مقدم خدمة البريد الإلكتروني Mail service كشركة Yahoo مثلا والذي قد يتعامل معه الموجب قد يتعرض لخلل في أو اعتداء بالفيروسات مما يسبب توقفه عن العمل لعدة ساعات أو أيام فينتج عن ذلك تعطيل وصول الملايين من رسائل البريد الإلكتروني إلى الموجب وغيره ممن عرض إيجابه عبر هذه الشركة، وعندها سيتمسك القابل بأن العقد قد انعقد لأنه أرسل قبوله ولن يستطيع الموجب الاحتجاج بوجود الخلل الفني لدى مقدم خدمة البريد له، مما يجعل هذه النظرية أيضا غير مناسبة للمعاملات الإلكترونية.

الفرع الثالث: نظرية تسليم القبول Réception Role

وفقا لهذه النظرية أن العقد ينعقد في الزمان والمكان اللذان تسلم الموجب فيهما القبول أي وصل إليه القبول بغض النظر علم به أم لم يعلم به يعد.⁽¹⁾

وتطبيقا لهذه النظرية إذا ما تم استخدام رسائل البريد الإلكتروني في تبادل الإيجاب والقبول فإن العقد ينعقد في لحظة وصول الرسالة الإلكترونية التي تتضمن القبول إلى صندوق بريد الموجب والذي يتم تعيينه في الإيجاب⁽²⁾، بغض النظر عما إذا كان الموجب قد استعرض بريده الإلكتروني وقرأ رسالة القبول أم لم يطلع، عليه بعد، الشيء الأهم أن رسالة القبول قد وصلت إليه، وباستطاعته الإطلاع على مضمونها في الحال.

¹ - لقد أثبتت الدراسات أنه في بدايات استخدام شبكة الأنترنت كان يرسل عبرها 4 آلاف رسالة بريد إلكتروني في الثانية، وقد تضاعفت الرسائل إلى حد الآن، وهذا يوضح حجم المشكلة فيما لو تعطل مقدم بنظرية تسليم القبول بعض التشريعات كبلجيكا، لوكسمبورغ والدنمارك.

² - محسن شفيق، اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع، دار النهضة العربية، القاهرة، د. س ن، ص: 36.

فإذا تأخر عن الإطلاع عليها يعتبر مهملًا ويتحمل مسؤولية تقصيره وإهماله وعليه يكون مكان العقد هو المكان الذي وصلت فيه رسالة القبول إلى صندوق البريد الخاص بالموجب.⁽¹⁾

ويأخذ البعض على هذه النظرية أنها لا تزيد على النظريتين السابقتين شيئًا وذلك أنه مادام إعلان القبول وتصديره لا تنتج أثرها إلا بالعلم للموجب بها، فإن تسليم القبول لا يزيد على اعتباره واقعة مادية لا يوجد لها قيمة قانونية في إثبات علم الموجب بالقبول.

بالتالي فإن تسليم القبول لم يضيف شيئًا لإعلانه من الناحية القانونية فإما أن نبقى على إعلان القبول أو تشترط العلم به أننا التصدير والتسليم، فهما تزيد لا فائدة فيه.

ونحن نرى أن هذه الانتقادات لا ترد على هذه النظرية فيما لو استخدمت في بيئة إلكترونية كالإنترنت مثلاً، وذلك لأن أغلب المواقع التجارية على الشبكة والتي توجه عروضها إلى الجمهور وتنظر الرد عبر رسائل البريد الإلكتروني أو عبر الضغط على خانة القبول في نماذج العقود المطروحة على مواقعها لا تستخدم كوادر بشرية في التعامل مع هذه الرسائل ونماذج العقود، إنما تستخدم وسائط إلكترونية مؤتمتة تكون مبرمجة للتعامل مع هذه الرسائل ومعالجتها وتجهيز الطلبات، ويكون الدور البشري هو دور توجيه وإشراف على عمل هذه الوسائط.

¹ - من المحتمل أن يكون مرسل الإيجاب شخصاً عادياً وليس موقعاً إلكترونياً ولا يملك بالتالي أي وسائط مؤتمتة تنوب عنه في معالجة الرسائل التي تصل إليه ومن ثم لا يمكن القول أن هذا الشخص قد علم بالقبول لحظة وصوله، لأن جهاز الحاسوب الخاص به قد يكون مغلقاً وقد يعتبر هذا الغرض للوهلة الأولى عيباً أو مأخذاً على نظرية تسليم القبول ما في شبكة الإنترنت ومن ناحية أخرى إن وصول رسالة القبول إلى الموجب يفترض عليه أن يطلع على مضمونها مباشرة إذا كان جاداً في التعاقد، لأن القول بغير ذلك سيتك أمر التعاقد بيد الموجب.

إذن للوصول إلى رسائل الإللكترونية لصندوق البريد يؤدي إلى الإطلاع عليها مباشرة من قبل هذه الوسائط الإللكترونية والعلم بمضمونها وبما أن هذه الوسائط تعمل نيابة عن الموقع وصاحب الإيجاب أو الموجب يمكن القول أنه في بيئة الأنترنت يكون رسالة القبول متزامنا مع العلم بها.

هذا من ناحية ومن ناحية أخرى يمكن القول أن هذه النظرية لا تتجاهل إرادة كل من الموجب والقابل، فالموجب بوصول رسالة البريد الإلكتروني يستطيع أن يعلم بأنه قد أبرم عقدا من طرف ما، ويرتب أموره على هذا الأساس، والقابل يستطيع أن يعلم بأن رسالة القبول التي وجهها قد وصلت إلى الموجب، لأن مقدم خدمة البريد الإلكتروني الذي يتعامل معه سيؤكد له ذلك، فبعد أن يضغط القابل على زر الإرسال Send button ستظهر له بعد فترة وجيزة رسالة على شاشة الحاسوب تقول "لقد تم إرسال الرسالة بنجاح إلى العنوان"⁽¹⁾ وعندها سيتأكد من وصول رسالته وأن العقد قد انعقد ورتب آثاره من هذه اللحظة.

أما فيما يخص نقد هذه النظرية وفق وجهة نظرنا يتعلق بمكان تكوين العقد، لأن صندوق البريد التقليدي يكون في مكان محدد وهو أمام منزل الموجب أو مقر عمله أو مكتب البريد فيمكن تحديد مكان تسليم القبول بدقة أما في العقود التي تبرم عبر الأنترنت فإن صندوق البريد الإلكتروني غير موجود في مكان محدد، فيمكن للموجب أن يفتح صندوق بريده الإلكتروني في أي جهاز حاسوب مرتبط بشبكة الأنترنت، سواء أكان

¹ - يمكن أن يختلف مضمون الرسالة من مقدم خدمة إلى آخر، ولكن بالنتيجة ستظهر رسالة تؤكد للمرسل بأن رسالة وصلت للطرف الآخر على العنوان المطلوب.

هذا الجهاز موجودا في الجزائر أو دبي أو باريس أو في أي مكان آخر مما يصعب معه تحديد مكان تسليم الرسالة بدقة.

إلا أن هذه المشكلة لاقت اهتماما من مختلف التشريعات القانونية كالقانون النموذجي للتجارة الإلكترونية (الأونسرال) والقوانين التي سارت على نهجه.

حيث تم وضع عدة معايير لمعرفة مكان إرسال وتسليم رسالة المعلومات وبالتالي في اعتقادها أن هذه الإشكالية قد لاقت حولا عملية مناسبة لها.

والنتيجة المتوصل لها من هذه النظرية هي الأكثر ملائمة لطبيعة التعامل عبر شبكة الأنترنت وأنها توفر حولا عملية وتقنية للعيوب التي وجهت إلى النظريات السابقة، بالإضافة إلى كونها عادلة في تعاملها مع إرادة كلا الطرفين (الموجب والقابل) وبالتالي نفضل تبينها في تحديد زمان ومكان الانعقاد عبر الشبكة الأنترنت.

الفرع الرابع: نظرية العلم بالقبول information Rule

وفقا لهذه النظرية فإن العقد ينعقد في الزمان والمكان الذين يعلم فيهما الموجب بأن إيجابه قد م قبوله، حيث يستند أنصار هذه النظرية إلى أنها أفضل النظريات في الحفاظ على حقوق الموجب، فعلى سبيل المثال جاء في المذكرة الاتضاحية للقانون المدني المصري في تعليقها على النص الذي تبني فيه المشرع المصري نظرية العلم بالقبول وهو نص المادة (97) مدني مصري ومحاولة لتبرير هذا الاتجاه ما يلي: ولعل مذهب العلم هو أقرب المذاهب إلى رعاية مصلحة الموجب، ذلك أن الموجب هو الذي يتدئ التعاقد.⁽¹⁾

¹ - وقد أيد هذه النظرية اتجاه كبير من الفقهاء الذين بحثوا في مسألة إبرام العقود الإلكترونية عبر الأنترنت ومنهم:

فهو الذي يحدد مضمونه ويعين شروطه، فمن الطبيعي والحال هذه أن يتولى تحديد زمان التعاقد ومكانه، ومن العدل إذا لم يفعل أن تكون الإرادة المفروضة مطابقة لمصلحته عند عدم الاتفاق على ما يخالف ذلك، ويعد فإن مذهب العلم هو الذي يستقيم دون غيره مع مبدأ القاضي بأن التعبير عن الإرادة لا ينتج أثره، إلا إذا وصل إلى من وجه إليه، على نحو يتوافر مع إمكان العلم بمضمونه ومؤدى ذلك أن القبول بوصفه تعبيراً عن الإرادة، لا يصبح نهائياً إلا في الوقت الذي يستطيع فيه الموجب أن يعلم به، ولا يعتبر التعاقد تاماً إلا في هذا الوقت.⁽¹⁾

إذن يمكن أن وفقاً لهذه النظرية لانعقاد العقد، أن يعلن القابل قبوله، أو أن يرسله ولا حتى أن يصل القبول إلى الموجب، إنما يجب أن يعلم الموجب بأن التعاقد الآخر قد قبل إيجابه، وتطبيقاً لذلك لا يكفي أن تصل رسالة البريد الإلكتروني، المتضمنة القبول إلى صندوق البريد الإلكتروني الخاص بالموجب بل يجب أن يستعرض الموجب بريده الإلكتروني، ويقراً هذه الرسالة أن يستعرض الموجب بل يجب أن يستعرض الموجب بريده الإلكتروني، ويرقاً هذه الرسالة ليعلم أنها قبول لإيجابه ومن هذه اللحظة يرتب العقد آثاره.

كما لا يكفي الضغط على خانة القبول في نماذج العقود على مواقع الويب web site

يل يجب أن يصل القبول إلى الموجب ويعلم به.

Pacine, Carl Andreurs, Christine and Hillison, William, « Contracting in Cyber Space », op. cit pp 3-4 and see also Rawling Jane, « Electronic Contract - Part 1 » Credit Control, 1998, vol

¹ - المذكرة الإيضاحية للقانون المدني، مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، ج 02، ص: 53-54.

إن ما يأخذ على هذه النظرية بأنه لا يوجد فيها ما يلزم الموجب بالاطلاع على رسالة القبول والعلم به طالما أن وصول هذه الرسالة لا يكفي لانعقاد العقد، وبالتالي فإن هذه النظرية تترك أمر التعاقد بيد الموجب وحده، فمتى أراد أن يطلع على الرسالة ويعلم بالقبول انعقد العقد، ومتى رفض الاطلاع لا ينعقد العقد فإذا كان من المرفوض أن يترك أمر التعاقد بيد القابل وحده (فري نظرية إعلان القبول) فمن باب أولى أن يرفض ترك أمر التعاقد بيد الموجب وحده في هذه النظرية، وعليه نرى أن هذه النظرية لا تستقيم مع المعاملات التي تتم عبر الأنترنت.

وخلاصة للقول وبعد عرض هذه النظريات نرى أن وسائل التواصل التكنولوجية وخاصة الأنترنت لها جوانب تقنية تجعلها تختلف عن وسائل الاتصال التقليدية أو العادية، ويجب مراعاة هذه الجوانب التقنية في اختيار النظرية التي تحدد زمان ومكان إبرام العقد عبر الأنترنت، بما يتفق مع المنطق ويحقق العدالة ويراعي مصالح طرفي العقد (الموجب والقابل) وقد خالصنا بدورنا على أن أقدر النظريات على تحقيق ذلك هي نظرية تسليم القبول.

المطلب الثاني

موقف التشريعات من مسألة زمان ومكان إبرام العقود عبر الأنترنت

سنتناول من خلال هذه الجزئية موقف التشريعات الدولية (الفرع الأول).

وموقف التشريع الفرنسي (الفرع الثاني).

الفرع الأول: موقف التشريعات الدولية

سنتطرق من هذا إلى موقف اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولي لبضائع (فيينا 1980) لأهميتها على المستوى الدولي كونها تنظم عقود البيع الدولية التي تبرم بين الدول أو بين عدة أطراف من دول مختلفة، كما سنبحث موقف القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية (الاونسترال) باعتباره أحد مرتكزات هذه الدراسة.

أولاً- اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع (فيينا 1980):

لم يرد في اتفاقية فيينا للبيع الدولي للبضائع أي نص يتعلق بالعقود التي تبرم عبر الوسائل الإلكترونية، وإنما جاءت أحكام هذه الاتفاقية لتنظيم عقود البيع الدولي بغض النظر عن الوسيلة التي أبرمت من خلالها، فقد أجازت هذه الاتفاقية إبرام هذه العقود وسيلة وبالتالي فإن أحكامها تطبق على عقود البيع الدولية مهما كانت وسيلة إبرامها تقليدية أم إلكترونية.⁽¹⁾

وفي إطار تحديد وقت انعقاد العقد، أوردت الاتفاقية في نص المادة 23 منها ما يلي: "ينعقد العقد في اللحظة التي يحدث فيها قبول الإيجاب أثره وفقاً لأحكام هذه الاتفاقية" ومع أنه من الواضح بأن هذا النص يتحدث عن لحظة انعقاد العقد⁽²⁾، إلا أنه فعلياً لم يوضح ماهية هذه اللحظة فقد اكتفى بالقول، أنها هي اللحظة التي ينتج فيها قبول الإيجاب أثره، لكن ما هي اللحظة التي ينتج فيها قبول الإيجاب أثره؟

¹ - جاء في المادة 11 من هذه الاتفاقية أنه، لا يشترط أن يتم انعقاد العقد أو إثباته كتابة ولا يخضع لأي شروط شكلية.. وللتفصيل أكثر أنظر ص 18 وما بعدها من هذه الدراسة.

² - أحمد شرف الدين، الجوانب القانونية للتجارة الإلكترونية وآليات تسوية نزاعاتها، بحث مقدم إلى مؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون، مج 4، ص: 169.

لقد ترك النص السابق لبقية أحكام الاتفاقية تحديد هذه اللحظة وبالعودة إلى نص الفقرة الثانية من المادة 18 نجد فيها "يحدث قبول الإيجاب أثره من اللحظة التي يصل فيها الموجب إعلان يفيد الموافقة على إيجابه..." ومعنى أن يحقق قبول الإيجاب أثره هو انعقاد لعقد الاتفاقية قد أخذت بنظرية تسليم القبول أو وصوله؟

يمكن الإجابة عن ذلك من خلال نص المادة 24 من الاتفاقية والتي وضحت معنى وصول إعلان القبول فجاء فيها "في حكم هذا الجزء من الاتفاقية يعتبر الإيجاب أو الإعلان عن القبول أو أي تعبير آخر عن العقد قد "وصل" إلى المخاطب عند إبلاغه شفويا أو تسليمه إليه شخصيا بأي وسيلة أخرى أو تسليمه في مكان عمله أو في عنوانه البريدي، أو لدى تسليمه في مكان سكنه المعتاد إذا لم يكن له مكان عمل أو عنوان بريدي.⁽¹⁾

ويبدووا واضحا من النص الأخير أن اتفاقية فيينا قد تبنت فعلا نظرية تسليم القبول، أي أن العقد ينعقد عندما يتسلم الموجب رسالة تتضمن القبول بغض النظر فيما إذا علم الموجب بمضمون الرسالة أم لم يعلم.

وتطبيقا لذلك إذا أبرم عقد بيع دولي عبر الأنترنت بين دولتين منضمتين إلى الاتفاقية أو بين أفراد تلك الدولتين من خلال تبادل رسائل بريد إلكتروني، فإن العقد يعتبر قد انعقد في اللحظة التي تصل فيها إلى صندوق بريد الموجب رسالة بريد إلكتروني تتضمن قبولا للإيجاب بحيث تكون هذه الرسالة جاهزة لمعالجتها أي يمكن قراءتها دون الحاجة لفتحها ومعرفة مضمونها.

¹ - أرجيلوس رحاب، الإطار القانوني للتفاوض في العقد الإلكتروني مقال منشور في مجلة معالم الدراسات القانونية والسياسية ن ع 3، مارس 2018، ص: 54.

نبقى مسألة مكان انعقاد العقد وفقاً لاتفاقية فيينا، فحسب النظرية التي تبنتها هذه الاتفاقية فإن العقد في المكان الذي تم فيه تسليم القبول للموجب، وقد أعطى نص المادة 24 من الاتفاقية أكثر من مؤشر لتحديد هذا المكان، فحسب نص المادة المذكورة آنفاً فإن مكان العقد هو مكان تسليم القبول للموجب شفاهاً أو مكان عمل الموجب إذا تسلم رسالة القبول هناك أو عنوان الموجب البريدي، أو مكان سكنه المعتاد إذا تسلم القبول في مكان سكنه، بسبب عدم وجود مكان أو عنوان بريدي به.

ثانياً- موقف القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية (اليونسترال unucitreel):

لم يتطرق القانون النموذجي في كفة نصوصه إلى بحث مسألة زمان ومكان انعقاد العقد عبر الوسائل الإلكترونية، إنما اقتصر بحثه على مسألة زكان ومكان إرسال رسائل البيانات Data Message وذلك لأهميتها باعتبار أن هذه الرسائل هي التي تحمل الإيرادات التعاقدية (الإيجاب والقبول).⁽¹⁾

وقد نظم القانون النموذجي ذلك في نص المادة 15⁽²⁾ منه والتي جاءت بعنوان (زمان ومكان إرسال واستلام رسائل البيانات) وقبل الخوص في الأحكام الواردة في هذا النص نشير إلى أن المشرع في القانون النموذجي رسخ من خلال هذا النص مبدأ سلطان الإرادة بين

¹ - لقد عرف القانون النموذجي المنشئ في نص المادة الثانية والخاصة بالتعريفات حيث جاء في الفقرة (ج) فيها: يراد بمصطلح (منشئ) رسالة البيانات الشخص الذي يعتبر أن إرسال أو إنشاء رسالة البيانات قبل تخزينها، إن حدث قد تم على يديه أو نيابة عنه ولكنه لا يشمل الشخص الذي يتصرف كوسيط فيما يتعلق بهذه الرسالة، وعليه فإن مرور الخدمة الانترنت ومقدم خدمة البريد الإلكتروني mail server وهما الوسيطان في ربط المنشئ بخدمات الانترنت وإيصال رسائل الإلكترونية فلا يعتبر أي منهما منشئاً لرسالة البيانات.

² - جاء في المادة (د/2) من القانون النموذجي "...يراد بمصطلح المرسل إليه) رسالة البيانات الشخص الذي قصد المنشئ أن يتسلم البيانات، ولكنه لا يشمل الشخص الذي يتصرف كوسيط فيما يتعلق بهذه الرسالة.

الأطراف فتدرك لهم ابتداء الاتفاق على زمان ومكان الإرسال والاستلام ويكون اتفاقهما ملزما، أما في حال عدم وجود اتفاق مسبق بين الأطراف على تحديد هذه المسائل فتأتي هذه الأحكام لسد النقص في ذلك.

فقد حددت الفقرة الأولى من نص المادة 15 زمان إرسال رسالة البيانات حيث جاء فيها "ما لم يتفق المنشئ... والمرسل إليه..." على خلاف ذلك يقع إرسال رسالة البيانات عندما تدخل الرسالة نظام معلومات لا يخضع لسيطرة المنشئ أو سيطرة الشخص الذي أرسل الرسالة البيانات عن المنشئ.⁽¹⁾

إذن فلحظة إرسال رسالة البيانات هي اللحظة التي تدخل فيها هذه الرسالة إلى نظام معلومات لا يخضع لسيطرة المنشئ أو من أرسلها نيابة عنه أي معنى آخر هي اللحظة التي تخرج فيها رسالة البيانات عن سيطرة منشئ فلا يعود بإمكانه استرجاعها وتعديلها.

ولكن هل يستقيم مفهوم الإرسال بشكل عام مع ما ورد في الفقرة؟ المقصود هنا أن الإرسال يكون بقيام الشخص بالإجراء التقني الذي ينتج عنه إرسال الرسالة، أما خروج الرسالة والبيانات عن سيطرة المنشئ، ودخولها في نظام آخر، فمن المفترض بأنها واقعة لاحقة لإجراء الإرسال، وليست هي عملية الإرسال بذاتها.

ولقد انتهت لجنة اليونسترال أثناء إعدادها لصياغة القانون النموذجي إلى هذه المسألة، فجاء في تقريرها عن صياغة هذه المادة "أعرب عن قلق مثاره أنه ربما كان من غير

¹ - جاء في المادة (2/هـ) من القانون النموذجي "يراد بمصطلح (نظام المعلومات) النظام الذي يستخدم لإنشاء رسائل البيانات، أو إرسالها أو استلامها أو تخزينها أو تجهيزها على أي وجه آخر" ووفقا لهذا المفهوم يكون صندوق رسائل البريد الإلكتروني في شبكة الانترنت نظاما للمعلومات يمكن تحديده من خلال العنوان البريدي.

المناسب تحديد رسالة البيانات في الفقرة بالرجوع إلى الحادثة التي وقعت في الحقيقة بعد الإرسال أي اللحظة التي تدخل فيها الرسالة إلى نظام المعلومات.

لكن في معرض الرد على هذا الانتقاد اعتبر معظم أعضاء لجنة الصياغة بأنه من المتعذر في وسط إلكتروني إعطاء مكافئ دقيق لقاعدة صندوق البريد من النوع الموجود في قوانين وطنية كثيرة بخصوص وسائل الإبلاغ الورقية، يبدو أن القصد من وراء القاعدة الواردة في الفرقة حسب رأي أعضاء اللجنة هو الوفا في وسط إلكتروني بوظيفة قاعدة صندوق البريد أي توفير اليقين إزاء زمان إرسال رسالة البيانات، وإن الطريقة الموضوعية الوحيدة لتقرير زمان إرسال الرسالة هي المبينة في الفرقة الأولى.⁽¹⁾

وتطبيقاً لذلك تعتبر رسالة البيانات قد أرسلت في شبكة الأنترنت عندما تدخل رسالة البريد الإلكتروني باعتبارها رسالة بيانات إلى نظام لا يخضع لسيطرة المرسل للرسالة وهو هنا يدخلها في نظام المعلومات الخاص بمقدم الخدمة بالنسبة للبريد الإلكتروني mail server الذي يتعامل معه المرسل لأنها بذلك تخرج عن سيطرة المرسل فلا يعود بإمكانه استرجاعها أو تعديلها أو إلغاؤها.

أما وقت تسليم رسالة البيانات فقد حددته الفرقة الثانية من نص المادة 15 حيث جاء فيها ما لم يتفق المنشئ والمرسل إليه غير ذلك يتحدد وقت استلام رسالة البيانات على النحو التالي:

أ- إذا كان المرسل إليه قد عين نظام معلومات لغرض استلام رسائل البيانات يقع الاستلام.

¹ - تقرير لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي (الأونسيترال) عن أعمال دورتها التاسعة والعشرين 28 أيار- 4 حزيران 1996 الجمعية العامة للأمم المتحدة الوثائق الرسمية الدورة الحادية والخمسون، الملحق رقم 17 (51117)، ص 26.

1- وقت دخول الرسالة البيانات نظام المعلومات المعين.

2- وقت استرجاع المرسل إليه لرسالة البيانات إذا أرسلت رسالة البيانات إلى نظام

معلومات تابع للمرسل إليه ولكن ليس هو النظام لذي تم تعيينه.

ب- إذا لم يعين المرسل إليه نظام معلومات يقع الاستلام عندما تدخل رسالة

البيانات نظام معلومات تباعا للمرسل إليه.

وما يلاحظ على هذا النص أنه لم يتطرق إلى مسألة وقت انعقاد العقد إنما اقتصر

على تحديد لحظة استلام رسائل البيانات وحدد لذلك فرضين هما:

الفرض الأول: هو أن يقوم المرسل إليه بتحديد نظام معلومات محدد لاستقبال

رسائل البيانات الواردة إليه، وهنا تعتبر رسالة البيانات قد استلمت من قبل المرسل إليه

وقت دخولها إلى نظام المعلومات المحدد، حتى ولو يطلع عليها المرسل إليه، أما إذا أرسلت

الرسالة إلى نظام معلومات آخر تابع للمرسل إليه ولكنه يختلف عن النظام المحدد فإن

لحظة استلام لرسالة تكون في الوقت الذي يسترجع فيه المرسل إليه رسالة لبيانات من هذا

النظام.⁽¹⁾

أما الفرض الثاني: فهو أن لا يعين المرسل إليه نظام معلومات لاستقبال رسائل

البيانات فعندها تعتبر رسالة البيانات قد استلمت في قوت دخولها إلى أي نظام معلومات

تابع للمرسل إليه.

ولتوضيح الفرضين السابقين نسوق المثال التالي:

¹ - عبد الفضيل محمد أحمد، الإعلان عن المنتجات والخدمات من الجهة القانونية، مكتبة الجلاء الجديدة، د ط، د س ن، ص: 110.

لو فرضنا أن موقع مكتبة أمازون Amazon على الأنترنت يملك أكثر من عنوان بريد إلكتروني أحدها لدى شركة yahoo وهو Amazon@hotmail.com فإذا طرح موقع مكتبة أمازون عرضاً على صفحات موقعه الإلكتروني وطلب من الجمهور أن يرسلوا القبول على عنوانه البريدي الأول فكل رسالة بريد إلكتروني تتضمن لقبول من وقت دخولها في الصندوق البريدي، أما أية رسالة بريد إلكتروني تتضمن قبولاً تصل إلى البريد الآخر لدى شركة hotmail فلا تعتبر قد استلمت إلا من وقت قيام مكتبة أمازون باسترجاعها - أي استخراجها- من البريد الإلكتروني الآخر وبالعكس ذلك فلن تعتبر الرسالة قد استلمت حتى لو كانت قد دخلت في صندوق بريدها لدى شركة hotmail.⁽¹⁾

ويلاحظ من خلال نص المادة 15 الفرقة الثانية أن المشرع في القانون النموذجي يركز على فكرة دخول رسالة لبيانات إلى ناظم المعلومات تابع للمرسل إليه وقد وضح الدليل الإرشادي لسن القانون النموذجي المرفق بهذا القانون أن المقصود بدخول نظام المعلومات هو الوقت الذي تصبح فيه رسالة البيانات متوفرة وقابلة للمعالجة والعرض داخل نظام معلومات المرسل إليه، أما مجرد وصولها لنظام المعلومات التابع للمرسل إليه وكونها غير قابلة للمعالجة والعرض بمعنى حدوث خلل وظيفي في النظام يمنع عرضها فذلك يجعل هذه الرسالة وكأنها لم تصل.

¹ -http://house.dz.jumia.com.(consulté le : 17/08/2020).

وإضافة إلى هذا يشير الدليل الإرشادي أيضا في هذا الإطار بأن المقصود من النص السابق هو دخول الرسالة إلى نظام المعلومات، وليس وصولها إليه فقط⁽¹⁾، إذ يمكن أن تصل الرسالة إلى نظام معلومات يكون مغلقا في هذا الوقت وبالتالي ألا يتعامل معها وفي هذا الحالة لا تكون الرسالة قد دخلت النظام، وقد بين لدليل الإرشادي أن هدف المشرع في القانون النموذجي من ذلك هو أن لا يضع على عاتق المرسل إليه التزامان بأن يجهل نظامه عاملا في جميع الأوقات...⁽²⁾

ونلاحظ بعد هذا العرض للفقرتين الأولى والثانية من نص المادة 15 أن القانون النموذجي اكتفى من خلالها بتحديد وقت إرسال وتسلم رسائل المعلومات دون الخوض في مسألة زمان الانعقاد، وقد برر الدليل الإرشاد لسن القانون النموذجي هذا الموقف بأن القانون النموذجي تجنب تحديد وقت انعقاد العقد احتراماً لسيادة القوانين الوطنية كل حسب النظرية التي يتبناها فيما يتعلق بتحديد وقت انعقاد العقد ولكن هل لهذه الأحكام أية فائدة عملية في تحديد وقت الانعقاد في العقود الإلكترونية التي تجرى عبر الأنترنت؟ الحقيقية أن هذا النص يمثل أهمية خاصة بالنسبة للدول التي تتبنى نظريتي تصدير (إرسال) القبول وتسليم (وصول) لقبول⁽³⁾، فإذا ما تبنت أية دولة أحكام القانون النموذجي وكانت القواعد العامة فيها تأخذ بنظرية تصدير القبول، فإن زمان انعقاد العقد الإلكتروني

¹ - أحمد سعيد بيومي، النظام القانوني لإبرام العقد الإلكتروني على ضوء قانون التوقيع الإلكتروني والمعاملات الإلكترونية، دراسة مقارنة في ظل القوانين العربية والأجنبية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت- لبنان، ط01، 2016، ص: 81.

² - Djamilla Mahi-Deidet, l'obligation d'information dans les contrat du commerce électronique, thèse doctorat, université d'Avignon et des payes de vacluse, Marseille France 2011, P 72.

³ - le contrat électronique publier sur le lien [http://sabar.fr/droit/le contrat électronique](http://sabar.fr/droit/le%20contrat%20electronique).(consulté le : 19/06/2021).

عبر الأنترنت وفقا لأحكامها سيكون لحظة تصدير القبول، وهي هنا وفقا لنص الفقرة الأولى من المادة 15 لحظة دخول رسالة القبول إلى نظام خارج عن سيطرة المنشئ (القابل) أو من ينوب عنه، ويتحقق ذلك في خدمة البريد الإلكتروني بلحظة ضغط المرسل على زر الإرسال Send Button لأن الضغط هنا على هذا الزر سيخرج الرسالة منس سيطرة المنشئ (القابل) ويدخلها إلى نظام معلومات خارج عن سيطرته.⁽¹⁾

أما إذا تبينت دولة ما أحكام القانون النموذجي وكانت القواعد العامة فيها تأخذ بنظرية تسليم القبول؟، وهو هنا دخول رسالة البيانات التي تتضمن القبول إلى نظام المعلومات آخر تابع للمرسل إليه.

وأخيرا بالنسبة للدولة التي تأخذ بنظيرتي إعلان القبول أو العلم به فإن أحكام القانون النموذجي الواردة في المادة 15 بفقرتها الأولى والثانية لن تكون في الواقع مفيدة لهذه الدول لأن كلا من نظيرتي إعلان القبول أو العلم به لا تأخذان بعين الاعتبار لحظة إرسال رسالة البيانات أو تسليمها، ما عدا استثناء وحيدا على ذلك هو اتفاق المتعاقدين في هذه الدول على أن يعتبر العقد مبرما في لحظة تصدير القبول أو تسليمه.

تبقى مسألة مكان إبرام العقود الإلكترونية في القانون النموذجي، وقد تصدرت لهذه المسألة الفقرة الرابعة من المادة 15 أنفة الذكر حيث جاء فيها: "ما لك يتفق المنشئ والمرسل إليه على غير ذلك يعبر أن رسالة البيانات أرسلت من المكان الذي يقع فيه مقر

¹-Sinam elsahnatnawi, les conditions générales de ventes dans les contrat électroniques en droit comparé franco-jordanien, Thèse de doctorat en droit, université Riene-champagne ARDENNE ; France 2012, P 191.

عمل المنشئ ويعتبر أنها استلمت في المكان الذي يقع فيه مقر عمل المرسل إليه ولأغراض هذه الفقرة:⁽¹⁾

إذا كان للمنشئ أو المرسل إليه أكثر من مقر عمل واحد كان مقر العمل هو المقر الذي له أوثق علاقة بالمعاملة المعينة، أو مقر العمل الرئيسي إذا لم توجد مثل تلك المعاملة. إذا لم يكن للمنشئ أو المرسل إليه مقر عمل، يشار من ثم إلى محل إقامته المعتادة. إذن فمسألة تحديد مكان إرسال رسالة لبيانات ومكان تسلمها وفقا لهذا النص تكون ابتداء بيد العاقدين (الموجب والقابل) فإذا اتفقا على المكان الذي يعتبران أن رسالة البيانات قد أرسلت منه، والمكان الذي يعتبران أنها قد سلمت فيه فإن اتفقا لهما ملزم. أما إذا اختلفا في تحديد مكان الإرسال والتسليم فإن العبرة هنا في تحديد المكان هي للمكان الذي يوجد فيه مقر عمل المنشئ وإذا كان للمرسل إليه مقر عمل واحد فإن مكان لتسليم هو المكان الذي يوجد فيه مقر عمل المرسل إليه.

إما إذا كان للمنشئ أو المرسل إليه أكثر من مكان عمل واحد فإن العبرة في تحديد مكان إرسال وتسليم رسالة البيانات هي للمكان الذي يوجد فيه المقر الأوثق صلة بالمعاملة المعينة أي التي تم تبادل رسائل البيانات بشأنها وبطبيعة الحال فإن مسألة المقر الأكثر صلة بالمعلومة هي مسألة موضوع، لم يضع القانون النموذجي أي مؤشرات لتحديد ما فيختص القاضي الموضوع بتحديد المقر الأكثر صلة لعدم وجود ما يرجح ذلك، أو لعدم ارتباط المعاملة بأي مقر، فيصير في هذه الحالة إلى المكان الذي يوجد فيه مقر العمل

¹ - مراد محمود يوسف مطلق، التعاقد عن طريق وسائل الاتصال الإلكتروني، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، القاهرة- مصر، 2007، ص: 125.

الرئيسي للمنشئ بالنسبة لمكان إرسال الرسالة، وللمرسل إليه بالنسبة لمكان تسلم لمكان تسلم الرسالة، وفيما إذا لم يكن لدى كل من المنشئ أو المرسل إليه أو كليهما مقر عمل فإنه يصار إلى محل الإقامة المعتاد للمنشئ أو للمرسل إليه.⁽¹⁾

ولكن من الجدير بالملاحظة أن نتساءل قبل أن نختم الحديث عن موقف القانون النموذجي- لماذا جعل المشرع في القانون النموذجي المعيار الذي تبناه في تحديد مكان إرسال واستلام رسائل البيانات مختلفا عن المعيار في تحديد وقت إرسال واستلام رسائل البيانات؟ الواقع أن المشرع في القانون النموذجي حاول أن يضع الأحكام التي تتناسب مع التجارة الإلكترونية، فعندنا حدد زمان إرسال واستلام رسالة البيانات اختار نظام المعلومات كمعيار.

لذلك وعندما نظم مسألة مكان إرسال واستلام رسالة المعلومات لم يختار هذا المعيار، لأنه لا يتناسب مع الواقع للتجارة الإلكترونية، ونسوق مثالا لتوضيح ذلك، فصندوق البريد الإلكتروني الخاص بالمرسل إليه يعتبر نظام معلومات تابع له، ويستطيع المرسل إليه أن يدخل إلى صندوق بريده الإلكتروني من أي جهاز حاسوب مرتبط بالإنترنت وهي ملايين الأجهزة في كل أنحاء العالم، فإذا ما دخلت رسالة بريد إلكتروني إلى صندوقه فأنها ستدخل في وقت محدد بغض النظر عن موقع جهاز الحاسوب الذي دخل منه المرسل

¹ - بلاوي عبد القادر، النظام القانوني للمفاوضات في عقود التجارة الإلكترونية، مقال منشور في مجلة القانون والمجتمع، مج 8، ع 01، 2020، ص: 151.

إليه إلى صندوق بريده⁽¹⁾، ولكن هل يمكن تحديد مكان استلام هذه الرسالة من خلال اللجوء إلى المكان الذي يوجد فيه نظام المعلومات التابع للمرسل إليه والذي دخلت فيه رسالة البيانات؟

إن القول بذلك سيضطرنا في مثالنا السابق إلى أن نعتبر المكان الذي يوجد فيه كل جهاز حاسوب مرتبط بالإنترنت هو المكان الذي يوجد فيه نظام المعلومات الذي دخلت فيه رسالة البيانات، وهذا أمر لا يستقيم مع المنطق لذلك فضل لقانون النموذجي البحث عن معيار واضح ومحدد مكان إرسال واستلام رسالة البيانات، فجاءت الفقرة الرابعة من (المادة 15) لتختار مقر العمل كمكان لتحديد ذلك ونحن بدورنا نؤيد القانون النموذجي في هذا الاختيار.

الفرع الثاني: موقف التشريع الفرنسي

لم يرد في التشريع الفرنسي أي نص خاص يبحث في مسألة زمان ومكان إبرام العقد عبر الوسائل التقنية الحديثة ولا حتى في العقود التي تبرم بين غائبين، فجاء القانون المدني الفرنسي خالياً من أي نص يشير إلى هذه المسألة وحتى التعديل الذي ورد على بعض نصوص القانون المدني بموجب القانون رقم 230 الفقرة 2، اقتصر على مسألة الإثبات والتوقيع الإلكتروني ولم يرد فيه تحديد زمان ومكان إبرام العقد.⁽²⁾

¹ - رحمة بريق ومحمد دلاج، تأثير جائحة كورونا على تنفيذ الإلتزامات التعاقدية وعلى التجارة الإلكترونية، مقال منشور في مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، ع 03، أكتوبر 2020، ص: 69.

² - يسي هذا القانون (القانون رقم 230 لسنة 2000) بشأن تطويع قانون الإثبات لتكنولوجيا المعلومات والتوقيع الإلكتروني. Loi N° 200-230 du 13 mars 2000 portant adaptation du droit de la preuve aux technologies de l'information et relative à la signature électronique.

وألقى غياب النص التشريعي الحاسم بظلاله على موقف الفقه في فرنسا حيث انقسم الفقه إلى اتجاهين، الأول ذهب إلى الأخذ بنظرية إعلان القبول أي أن العقد ينعقد ويترتب آثاره لحظة إعلان القبول، وقد استند هذا الاتجاه ينعقد ويترتب آثاره لحظة إعلان لقبول، وقد استند هذا الاتجاه إلى نص الفقرة الثانية من المادة 1985 من القانون المدني الفرنسي والتي جاء فيها الرضا بالوكالة من قبل الوكيل قد يحصل ضمنا ويتحدث ذلك بقيام الوكيل بتنفيذ الوكالة.

ويرى أنصار هذا الاتجاه بأن هذا النص لم يشترط علم الموكل بقبول الوكيل، بل يكفي أن يعلق الوكيل قبوله بتنفيذ العقد.

بينما ذهب اتجاه آخر إلى الأخذ بنظرية العلم بالقبول أي أن العقد ينعقد عندهم لحظة علم الموجب بالقبول وليس من هذه المادة 932 مدني فرنسي والتي جاء فيها: الهبة لا تصح إلا إذا وصل رضا الموهوب له إلى علم الواهب..."

إلا أن البعض يرى بأن الاجتهاد الفقهي في فرنسا انتقد كلا الاتجاهين السابقين وذلك لأن أسانيدهم لم تكن حاسمة، ولأنه لا يمكن استخلاص مبدأ عام لزمان ومكان الانعقاد من تطبيقات خاصة ومتناقضة وفي موازاة ذلك بقي القضاء الفرنسي مترددا لفترة طويلة في الأخذ بأي من النظريات التي تحدد زمان ومكان إبرام العقد، فقد كانت محكمة

النقض الفرنسية ومنذ مدة طويلة تعتبر أن هذه المسألة هي مسألة واقع تخضع للسلطة التقديرية أي القاضي الموضوع دون رقابة عليه من محكمة النقض.⁽¹⁾

ولعدم وجود اجتهادات قضائية مستقرة في هذا الموضوع، بدأت المحاكم الأقل درجة بالتخبط في قراراتها في هذه المسألة فأخذت تارة بنظرية إعلان القبول وتارة أخرى بتصديره وأحيانا بتسليمه أو بالعلم به واستمر التخبط في ذلك إلى أن أصدرت محكمة النقض الفرنسية قرارا مرجعيا لها في هذه المسألة عام 1981، اعتبرت فيه أن المسألة تخضع أولا للاتفاق الطرفين فإن لم يجد مثل هذا الاتفاق فتحدد لحظة انعقاد العقد ومكانه في لحظة إعلان القبول، ومازال القضاء الفرنسي يأخذ بذلك لغاية الآن.⁽²⁾

ونستطيع أن نخلص مما سبق إلى أنه في حال إبرام عقد عبر الأنترنت في فرنسا فإن القضاء الفرنسي سيستند في تحديده لزمان ومكان إبرام العقد إلى نظرية إعلان القبول.

¹ - وقد استقرت محكمة النقض على ذلك منذ عام 1867 حين أصدرت قرارا لها جاء فيه تحديد الوقت الذي يصبح فيه العقد تاما، في الاتفاقيات المرتبطة ببعضها عن طريق المراسلة بين الفريقين هو عموما مسألة واقع بتوقف حلها على ظروف القضية، أشار إليه جاك غستان، في المطول في القانون المدني، تكوين العقد، ص: 362.

² - وتتلخص وقائع هذه القضية بأن شخصا وجه إيجابا بالتعاقد إلى شخص آخر وكان الإيجاب يأجل مدته ثلاثون يوما، وكان من وجه إليه الإيجاب قد أعلن قبوله للإيجاب وأرسل رضائه بخطاب إلى الموجب قبل انتهاء مدة الأجل بسبعة أيام، ولكنه لم يستطع أن يثبت أن الموجب قبل انتهاء مدة الأجل المتفق عليها البقاء الإيجاب قائما وهي مدة الثلاثين يوما، فأصدرت محكمة النقض قرارها بأن العقود التي تبرم بين غائبين لا تنعقد باستلام الموجب لقبول الطرف الآخر بل تنعقد بإعلان القبول ما لم يتفق على ذلك.

المبحث الثاني

انعقاد العقد عبر التقنيات الحديثة

ينعقد العقد عموماً سواء كان عبر تقنيات الحديثة أم التقليدية في اللحظة التي يقترن فيها القبول بالإيجاب، هذا الاقتران أما أن يكون حقيقياً وعندها يسمى بالتعاقد بين حاضرين أو يكون الاقتران حكماً ويسمى عندها بالتعاقد بين غائبين.

وتظهر الصعوبة في تحديد زمان ومكان انعقاد العقد عادة فاصل زمني بين صدور القبول وعلم الموجب به في أغلب الأحوال، وبما أن العقد الإلكتروني يدخل ضمن طائفة العقود المبرمة عن بعد والتي تنعقد دون الحضور المادي للطرفين في مجلس عقد واحد فإن مسألة تحديد زمان انعقاد العقد عبر التقنيات الحديثة ومكانة تعدد من أهم المسائل القانونية في التعاقد الإلكتروني، وهذا ما سيعالج في هذا السياق بما يتماشى مع طبيعة هذا النمط من التعاقد بعد تناول مجلس العقد في التعاقد بين حاضرين والتعاقد بين غائبين وعليه سنتناول اقتران الإيجاب بالقبول في العقود المبرمة عن طريق تقنيات التواصل الحديث (المطلب الأول)، أثر التطور التكنولوجي على عملية الدفع واستحداث مفهوم البوابة الإلكترونية (المطلب الثاني).

المطلب الأول

اقتران الإيجاب بالقبول في العقود المبرمة عن طريق تقنيات التواصل الحديث

أجمع الفقهاء أن التعاقد عبر الوسائل الحديثة لا يختلف عن التعاقد العادي، إلا أن التعاقد الإلكتروني يتم بين غائبين لا يجمعهما مجلس واحد في أغلب الحالات، وبوسائل إلكترونية، فالإيجاب والقبول يصدر بهذه الوسائل فينعقد عند تلاقي الإيجاب الإلكتروني المستكمل شروطه مع القبول الإلكتروني الموافق له، وبهذا التلاقي يتحقق التوافق بين الإرادتين المؤدي إلى انعقاد العقد، وعليه سنتطرق إلى مفهوم مجلس العقد وصوره (الفرع الأول)، وأثر التطور التكنولوجي على مجلس العقد (الفرع الثاني).

الفرع الأول: مفهوم مجلس العقد الإلكتروني وصوره

حظيت نظرية مجلس العقد بعناية فائقة من جانب الفقه والقانون فمجلس العقد هو فكرة إسلامية أصلية، حيث تبنت التشريعات العربية هذه النظرية أخذاً عن الفقه الإسلامي، كما يجدر القول أن نظرية مجلس العقد تجد مجال تطبيقها في إطار العقود التي تقتضي تطابق إرادتين هما الإيجاب والقبول.⁽¹⁾

وعليه سنتناول تعريف مجلس وصوره وتميز بين التعاقد بين حاضرين والتعاقد بين غائبين.

أولاً - تعريف مجلس العقد:

يعرف البعض مجلس العقد بأنه اجتماع المتعاقدين في زمان محدد ومكان محدد ومكان محدد بقصد الاتفاق على عقد والواقع أن هذا التعريف وإن كان يمتاز بالتركيز

¹ - جبارة نورة، أثر التحولات التكنولوجية على النظرية العامة للعقد: العقد الإلكتروني، المرجع السابق، ص: 175.

وبيان عناصر مجلس العقد إلا أنه يصدق فقط على مجلس العقد الحقيقي ولا يمتد ليشمل مجلس العقد الحكمي الذي يعبر عنه الفقه التشريعي بالتعاقد بين غائبين، ويعني ذلك عدم شمول هذا التعريف لمجلس العقد الإلكتروني الذي ينتمي وفقا للأغلبية الساحقة للفقه لطائفة التعاقد بين غائبين على الأقل من حيث المكان.⁽¹⁾

كما يرى الدكتور السهوري أن نظرية مجلس العقد لم تعالج علجا خاصا في الفقه الفرنسي، أما الفقه الإسلامي فقد صاغ لها نظرية بلغت من الاتقان مدى كبيرا، فلا يطلب من المتعاقد الآخر القبول فورا، بل له أن يتدبر بعض الوقت، ولكن من جهة أخرى لا يسمح له أن يمعن في تراخيه إلى حد الإضرار بالموجب بإبقائه معلقا مدة طويلة دون الرد على إيجابه، فوجب إذن التوسط بين الأمرين، ومن هنا نبتت نظرية مجلس العقد.

ثانيا- صور مجلس العقد:

مجلس العقد إما أن يحضره المتعاقدان، وإما أن يكون أحد المتعاقدين غير موجود به، ولما كان الأصل في التعاقد أن يكون بين حاضرين سمي المجلس الذي يحضره المتعاقدان بالمجلس الحقيقي، وسمي المجلس الذي لم يوجد فيه أحد المتعاقدين بالمجلس الحكمي، وعليه يمكن القول أن مجلس العقد ينقسم إلى نوعين مجلس عقد حقيقي أو فعلي ومجلس عقد حكمي أو افتراضي وفيما يلي سنتوسع في هذين النوعين:

¹ - سهى موسى، تأثير جائحة كورونا على نمو التجارة الإلكترونية في العالم، المرجع السابق، ص: 134.

ثالثا- مجلس العقد الحقيقي:

يمكن تعريف مجلس العقد الحقيقي بأنه ذلك المجلس الذي يكون المتعاقدان حاضرين فيه حضورا يقينيا معا وجها لوجه، ويسمى التعاقد في هذه الحالة بالتعاقد بين الحاضرين ويعرفه البعض أيضا بأنه التعاقد بين حاضرين بتوافق الإرادتين في مجلس واحد.

فعندما يجتمع الموجب والقابل في ذات المكان يكونان في مجلس واحد فيعتبر التعاقد بين حاضرين.

وجاء أيضا تعريف مجلس العقد الحكمي، بأنه المجلس الذي يكون فيه أحد المتعاقدين غير مجلس ثاني، وهو ما اتفق عليه الفقهاء بين غائبين، فالتعاقد بين غائبين هو التعاقد الذي يتم بين متعاقدين لا يضمهما مجلس واحد عن طريق الكتاب أو الرسول أو ما يشبههما وهو ما كان عليه الحال إلى وقت قريب إلى أن ظهرت الإلكترونيات وأصبح البذل في إظهار الرغبة في التعاقد من خلال عرض الإيجاب والمفضي إلى التعاقد من طرف الموجب.⁽¹⁾

الفرع الثاني: أثر التطور التكنولوجي على مجلس العقد

يعتبر مجلس العقد الإلكتروني من أهم مراحل العقود باعتبار أنها تكتسي طابعا خاصا وذلك لانتشار وسائل الاتصال الحديثة بمختلف أنواعها حيث أصبح عن طريقها لا حاجة لحضور المتعاقدين في مجلس واحد ويعد تحديد أثر التطور التكنولوجي على مجلس

¹ - مها نصيف جاسم، التفاوض الإلكتروني، مجلة مداد الآداب، مقال منشور ضمن العدد 15، د س ن، ص: 581.

العقد من أهم العناصر التي تتناولها دراستنا، حيث يتضح لنا أن الغرض من وجود مجلس عقد افتراضي هو تحديد المدة التي يصح أن نفصل الإيجاب عن القبول حتى يتمكن من عرض عليه الإيجاب من المتعاقدين أن يتدبر أمره فيقبل الإيجاب أو يرفضه.⁽¹⁾

كما أنه يعتبر المرحلة الأخيرة في مراحل الفترة السابقة للتعاقد، كما يمثل هذا الوقت مرحلة وسطى، تفصل بين المرحلة السابقة للتعاقد ومرحلة قيام العقد.⁽²⁾

المطلب الثاني

أثر التطور التكنولوجي على عملية الدفع واستحداث البوابة الإلكترونية

تسعى الجزائر كسائر البلدان إلى مواكبة المتغيرات العصرية التي أصبحت ضرورة حتمية في ظل التقدم السريع محاولة أن تصبح عنصرا فعالا في الاقتصاد الدولي وذلك بإعطاء قدر من الاهتمام للقطاع المصرفي ورقمته⁽³⁾. حيث بادرت بعض المؤسسات

¹ - محمد السعيد رشدي، التعاقد بوسائل الاتصال الحديثة ومدى حجيتها في الإثبات، مطبعة جامعة بنها، مصر، د ط، 2005، ص: 25.

² - مصطفى أبو عمرو، مجلس العقد في إطار التعاقد عبر الإنترنت، دراسة مقارنة، مطبعة جامعة طنطا، الكتاب الجامعي، مصر، د ط، 2008، ص: 68.

³ - تظهر أهمية العمل بالصرافة الإلكترونية في الجزائر على الاقتصاد بصفة عامة والنظام المصرفي الجزائري خصوصا. - تأثير الصيرفة الإلكترونية على زيادة تحسين الإدارة واقتصاد الوقت والتكلفة والاستفادة من خدمات بجودة عالية وبتكلفة وجهد أقل.

- تعمل الصيرفة الإلكترونية على زيادة تحسين الإدارة واقتصاد الوقت والتكلفة والاستفادة من خدمات بجودة عالية وبتكلفة وجهد أقل. - محاربة الاقتصاد الموازي: لقد فرض تأخر وسائل الدفع في المنظومة المصرفية الجزائرية على المتعاملين التجاريين التعامل خارج الدائرة المصرفية، هذا التعامل قد ساعد على تداول النقود خارج هذا الإطار الذي ساهم بدوره في بروز ظاهرة الاقتصاد الموازي، وتفشي ثقافة الاكتناز كلها عوامل ساعدت على ارتفاع السوق الموازية.

وهذا الأمر أصبح يهدد الاقتصاد الوطني، وبالتالي اعتماد الصيرفة الإلكترونية وإقامة أنظمة دفع إلكترونية سوف يسهل دخول المتداولة في السوق الموازي إلى دائرة السوق المصرفية وبالتالي المساهمة في التخفيف من حدة الاقتصاد الموازي. - إيجاد وتطوير التجارة الإلكترونية في الجزائر: إن أساس ظهور وتطور التجارة الإلكترونية يعود في الأصل إلى مدى انتشار استخدام وسائل الدفع الإلكترونية وفعالية الصيرفة الإلكترونية.

2- تأثير الصيرفة الإلكترونية في النظام المصرفي الجزائري سوف يتيح للنظام دخول العصرية من أبوابها الواسعة سواء تعلق الأمر بالبنوك التجارية أو بنك الجزائر المركزي أو المؤسسات المالية الأخرى، وهي تمنح عدة امتيازات مثل:

المصرفية والمالية بتطوير شبكات إلكترونية للدفع والتسديد بعد أن اعترف المشرع الجزائري صراحة في المادة 69 من قانون النقد والقرض 03-11 والمادة 03 من القانون 05-06 المتعلق بمكافحة الإرهاب وتبييض الأموال بإمكانية استعمال وسائل الدفع الإلكتروني، كذلك اهتمت الجزائر بمجال آخر لا يقل أهمية عن القطاع المصرفي وهو قطاع الصفقات العمومية باستحدثاته لمفهوم البوابة الإلكترونية في التعاقد مع الإدارة.

نتطرق من خلال هذا المطلب إلى الوفاء الإلكتروني (الفرع الأول)، ووسائل الوفاء

الإلكتروني (الفرع الثاني)، كما تناولنا أنظمة الدفع الإلكتروني (الفرع الثالث).

الفرع الأول: الوفاء الإلكتروني

يقصد بالدفع الإلكتروني⁽¹⁾ ذلك نظام الدفع الآلي ومن بينه الذي يتم عبر الشبكة المعلوماتية، وهو نتيجة إلزامية للتطور التكنولوجي على إثر اتساع استخدام شبكة الأنترنت، وفي إطار الوفاء بمبلغ من النقود للوفاء الإلكتروني معنيان: المعنى الواسع والمعنى الضيق.

- تخفيض النفقات التي تتحملها المصارف في أداء الخدمات وإنشاء فروع جديدة في مناطق مختلفة، فالتواجد على الأنترنت يكفل الوصول إلى عدد كبير من لُزبائن وتقديم خدمات جيدة ومتنوعة وبتكلفة أقل، إضافة إلى إمكانية تسويق خدماتها المصرفية، فضلا عن التعاملات بين المصارف والمبادلات الإلكترونية.

- إن استخدام الأنترنت في المصارف الجزائرية يشكل نافذة إعلامية لتعزيز الشفافية وذلك من خلال التعريف بهذه المصارف وترويج لخدماتها والإعلام بتطورات المؤشرات المالية.

- تفعيل دور بورصة القيم المنقولة بالجزائر من خلال إقامة سوق مالية إلكترونية وإقامة أنظمة دفع إلكتروني تساهم في تطور أدائها وترقيتها.

- مواكبة المصارف الجزائرية للتطورات العالمية في ميدان الخدمات المصرفية الإلكترونية.

¹ - في معنى آخر، لكلمة الدفع معنيين، معنى قانوني وآخر اقتصادي، من الناحية القانونية هو تسوية الدين ومن ثمة فهو يعد طريقا من طرق انقضاء الإلتزام إلى جانب المقاصة وتجديد لدين والإبرام والتقادم واتحاد الذمة، أمام المعنى الاقتصادي يعني مجموعة الآليات القانونية التي تسمح للمدين بطريقة مباشرة وسريعة بنقل مبلغ من النقود، على ذلك فالوفاء الإلكتروني تصرف قانوني يكون الهدف منه تسوية دين ثابت في ذمة شخص ما لدى شخص آخر نتيجة معاملة بينهما وذلك باستخدام إما وسائل موجودة تم تطويرها كالشيك الإلكتروني أو بوسائل دفع مستحدثة كبطاقات وفاء ونقود إلكترونية. ينظر: سامي عبد الباقي أبو صالح، المرجع السابق، ص: 21.

فنقصد بالوفاء الإلكتروني بمعناه الواسع كل عملية دفع لمبلغ من النقود بأسلوب غير مادي لا يعتمد على دعائم ورقية وذلك بالرجوع إلى آليات إلكترونية، أما الوفاء الإلكتروني بالمعنى الضيق، فينحصر فقط في عمليات الوفاء التي تتم دون وجود اتصال مباشر بين الأشخاص الطبيعيين⁽¹⁾، والوفاء الإلكتروني هو الوفاء بالالتزام نقدي بوسيلة إلكترونية وأنظمة خاصة تستخدمها لهذا الوفاء .

الفرع الثاني: وسائل الوفاء الإلكتروني

جاء المشرع الجزائري في نصوص التقنين التجاري بوسائل دفع جديدة تتخذ شكلا إلكترونيا، وهي بطاقة السحب وبطاقة الدفع، تضمنتها المادة 543 مكرر 23 من القانون التجاري الجزائري.

أما عن الطبيعة القانونية لهذه البطاقات، فلقد اعتبرها المشرع الجزائري أوراق تجارية جديدة إضافة إلى الأوراق التجارية الكلاسيكية وهي السفتجة والشيك والسند لأمر إلى جانب كل من سند الخزن وسند النقل وعقد تحويل الفاتورة.

المشرع لم يعرف بطاقتي السحب والدفع بل اعتبرهما بطاقات صادرة عن البنوك أو مؤسسات مالية مؤهلة قانونا، كل ما نص عليه أن الالتزام بالدفع المعطى بموجب بطاقة الدفع لا رجوع فيه ولا يمكن لاعتراض عليه إلا في حالة ضياع أو سرقة البطاقة لمصرح بهما قانونا أو في حالة التسوية القضائية أو إفلاس المستفيد.⁽²⁾

¹ - قادري عبد المجيد، الوفاء الإلكتروني، مجلة العلوم القانونية كلية الحقوق، جامعة باجي مختار، ع 12، عنابة، جوان 2008، ص: 157.

² - ينظر نص المادة 543 مكرر 24 القانون التجاري الجزائري.

أما قانون البنكي الجزائري فإنه لم ينص على أي وسيلة للدفع الإلكتروني⁽¹⁾، وعليه سنعتمد في التعرض إليها على الفقه والقانون المقارن، على عكس أنظمة الدفع والتي تعرض إليها المشرع الجزائري في نظام البنك المركزي رقم 05-04 المؤرخ في 13 أكتوبر 2005⁽²⁾، وكذا نظام البنك المركزي رقم 05-06 المؤرخ في 15 ديسمبر 2005⁽³⁾.

أشار المشرع الجزائري إلى بعض أنواع وسائل الدفع الإلكتروني، في القانون التجاري كالسفتجة والشيك الإلكترونيين، وتولى القانون البنكي تحديث بعضها الآخر كالتحويل الذي أصبح تحويلًا إلكترونيًا، وتعرف التشريعات المقارنة أنواعًا عديدة من وسائل الدفع وهي سريعة التطور وتشمل بطاقات الدفع والنقود الإلكترونية .

أولاً- بطاقات الدفع:

يلزم لكي نكون بصدد دفع أن تكون البطاقة صادرة من بنك أو مؤسسة انتمائية⁽⁴⁾ تسمح لحاملها سحب نقود أو وفاء للتجار الذين يتعامل معهم، وتختلف وسائل الدفع

¹ - إلا أنه نجد في ملحق نظام البنك المركزي 05-06 المتعلق بمقاصة الصكوك وأدوات الدفع الأخرى الخاصة بالجمهور تعريفًا لمصطلحات استخدمها في النظام من بينها البطاقة المصرفية وهي وسيلة دفع غير مادية تحددها تعليمات تصدر عن بنك الجزائر.
² - نظام رقم 05-04 المؤرخ في 13 أكتوبر 2005 المتعلق بنظام التسوية الاجمالية الفورية للمبالغ الكبيرة والدفع المستعجل.
³ - نظام رقم 05-06 المؤرخ في 15 ديسمبر 2005 يتعلق بمقاصة الصكوك وأدوات الدفع الأخرى الخاصة بالجمهور العريض، ج ر ج عدد 26/2006.

⁴ - إلا أنه يجوز أن تصدر هذه البطاقات من شركات ومؤسسات تجارية لتستخدم من قبل زبائنها فمثلاً أعطى المشرع الفرنسي لشركات البترول والشركات الكبرى إلى جانب البنوك والمؤسسات الانتمائية حق إصدارها بشرط أن يقتصر استعمالها على سداد ضمن البضائع لمشتريات منها فقط، أنظر في ذلك د. سامي عبد الباقي أبو صالح، مرجع سابق، ص: 54، فنجد مثلاً محطات البنزين أو الفنادق والمطاعم الضخمة تقوم بطرح بطاقات لتمكين زبائنها من الشراء وطلب الخدمات من أي نوع من الأنواع المستخدمة في فروعها وذلك للمحافظة على زبائنها بحيث الاستفادة من هذه البطاقة يحصل على ميزات أخرى كتخفيض الأسعار والأولوية في تقديم الخدمات، ينظر: جلال عايد الشورة، وسائل الدفع الإلكتروني، دار الثقافة، الأردن، 2008، ص: 32.

الإلكتروني بحسب الأساس الذي يمكن أن نستند إليه عند تقسيمها⁽¹⁾. ويمكن أن نورد ما يلي من البطاقات:

1- بطاقة الوفاء:

هي بطاقة تسلم بناء على عقد بين البنك أو مؤسسة مالية وشخص يسمى حامل البطاقة يكون قد فتح حسابا جاريا لديها، وأنه قد أودع في رصيده مبلغا لا يقل عن الحد الأقصى المسموح له بالشراء في حدوده، هذه البطاقة تخول حاملها سداد قيمة سلع وخدمات من تجار يقبلون التعامل بها بموجب اتفاق بينهم وبين الجهة المصدر البطاقة.⁽²⁾ وهي بطاقات ذات ذاكرة تمكن من معرفة مدى كفاية الرصيد ووجود أو عدم وجود معارضة في الوفاء، فإن كان الرصيد كافيا ولا وجود لأي معارضة قررت قبول العملية بإرسال بياناتها إلى غرفة المقاصة لنقل بياناتها من حساب المشتري إلى حساب البائع، وإن كان الأمر خلاف ذلك فسترفض المعاملة⁽³⁾. ويتم الوفاء بهذه البطاقة بإحدى الطريقتين:

- الطريقة غير المباشرة Off-Line في هذه الطريقة يقوم عميل البنك المشتري

بتقديم بطاقته التي تحوي اسم المؤسسة المصدرة لها وشعارها واسمه وتوقيعه ورقم

¹ - فبحسب الجهة المصدرة توجد بطاقات ترعاها منظمات عالمية ويشارك في إصدارها عدة بنوك على مستوى العالم، مثل بطاقة فيزا، ماستركارد، وأخرى تصدرها مؤسسة آية واحدة، مثل أميركان اكسبريس، كذلك تختلف بالنظر للطرق الفنية المستخدمة في صناعتها ما بين بطاقات بلاستيكية وذات أشرطة ممغنطة، وثالثة ذات دوائر إلكترونية كذلك تختلف بحسب المزايا التي تمنحها لحاملها فمنها عادية أو فضية وهذا النوع من البطاقات يعطي حدا من الائتمان منخفضا نسبيا ويمنح لمعظم العملاء عندما يتوافر الحد الأدنى من الشرط وتوفر لحاملها الشراء من التجار والسحب النقدي من البنوك وأجهزة الصراف الآلي، وأخرى ذهبية هذا النوع من البطاقات يعطي حدا من الائتمان منخفضا نسبيا ويمنح لمعظم العملاء عندما يتوافر الحد الأدنى من الشروط وتوفر لحاملها الشراء من التجار والسحب النقدي من البنوك وأجهزة الصراف الآلي وتختلف هذه البطاقات فيما بينها في حدود الائتمان والمزايا الإضافية التي يتمتع بها حاملها، ينظر: جلال عايد الشورة، المرجع السابق، ص: 32.

² - بلال عبد المطلب بدوي، البنوك الإلكترونية (ماهيتها، معاملاتها، المشاكل التي تثيرها)، دار النهضة العربية، مصر، 2006، ص: 36.

³ - سامي عبد الباقي أبو صالح، المرجع السابق، ص: 57.

البطاقة وتاريخ انتهاء العمل بها إلى التاجر الذي يقوم بتدوين تفاصيل عن مشتريات حامل البطاقة ومعلومات عن بطاقته على عدة نسخ يوقعها حامل البطاقة ليتم تسديدها والتي بدورها تقوم بإرسال كشف إلى حامل البطاقة في ميعاد دوري محدد ليتم تسديد قيمة هذه المشتريات من قبله أو أن تقوم بقيده هذه المبالغ المستحقة في حسابه إذا كانت الجهة المصدرة بنكا، ويحتفظ العميل عادة بحساب مصرفي في إحدى البنوك من أجل أن يتم قيد المبالغ المستحقة على العميل في هذا الحساب بناء على تفويض منه لبنكه.⁽¹⁾

- الطريقة المباشرة On-Line يقوم العميل بتسليم بطاقته إلى محاسب المحل الذي يقوم بتمرير البطاقة على جهاز للتأكد من وجود رصيد كاف لهذا العميل في بنكه لتسديد قيمة مشتريات هذا العميل والذي لا يتم إلا بعد أن يدخل هذا العميل رقما سريا في الجهاز.⁽²⁾

فإذا قام العميل بإدخال هذا الرقم وفوض البنك بتحويل المبلغ المطلوب من حسابه إلى حساب التاجر فلان عملية التحويل هذه تتم بشكل مباشر وفي نفس اللحظة في قيود بنك العميل وبنك التاجر، وبذلك فأنها تكون بمثابة دفع فوري بواسطة ترحيل المبلغ من حساب العميل إلى حساب التاجر أي أنها مقاصة إلكترونية.⁽³⁾

إن مثل هذه البطاقات لا تعتبر في الحقيقة باقاة ائتمان، وذلك لعدم تعهد البنك مصدر البطاقة أية تسهيلات ائتمانية لعملائه حاملي البطاقة، حيث أن كل ما يقوم به

¹ - محمد فواز المطالة، الوجيز في عقود التجارة الإلكترونية، دار الثقافة، عمان، الأردن، ص: 93.

² - مصطفى موسى العجارمة، التنظيم القانوني للتعاقد عبر شبكة الأنترنت، دار الكتاب، مصر العربية، 2010، ص: 176.

³ - نضال سليم إبراهيم، المرجع السابق، ص: 113.

البنك هنا هو تسوية الدين بين حامل البطاقة والتاجر إذا كان هناك رصيد دائن لحامل البطاقة.

بالنسبة للجزائر عرضت شركة SATIM وهي شركة النقد الآلي والعلاقات التلقائية بين البنوك في 2009 نظام دفع إلكتروني يعرف بـ AURES وهو نظام هدفه تسوية عملية الدفع بين التاجر والبائع عبر الأنترنت، مع الملاحظة أنه تقتصر فئة التجار الذين يتعاملون بهذا النظام على الشركات الضخمة فقط.⁽¹⁾

وعلى كل تتلخص مراحل الدفع عبر الأنترنت في:

- الاتصال بموقع الويب التجاري.
- تحديد العرض باتباع الإرشادات على لموقع للوصول إلى الصفحة التي تظهر طريقة الدفع.
- اختيار طريقة الدفع عبر البطاقة البنكية بالنقر على شعار CIB الظاهر على صفحة الموقع.
- التوجيه تلقائيا إلى نظام AURES.
- ظهور صفحة للمصادقة تحتوي على الكمية وتاريخ ووقت المعاملة.
- ظهور صفحة للملأ تحتوي على المعلومات التالية:⁽²⁾

- رقم البطاقة.
- CVV2 وهي الثلاث أرقام الأخير الموجودة على ظهر البطاقة البنكية بشكل مائل.
- تاريخ نهاية صلاحية البطاقة.

¹ - كمتعامل الهاتف النقال "OORIDOO" الذي يعرض خدمة الشراء عبر الأنترنت باستخدام البطاقة البنكية يمكن للاطلاع على كيفية الدفع على الموقع Pl.ooridoo.dz.

² - مهلولي فاتح، تنفيذ عقود التجارة الإلكترونية، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، مج 11، ع 01، 2015، ص: 311.

• اللقب، الاسم، العنوان، الرمز البريدي، ثم الضغط على زر التأكيد.

- ظهور صفحة تتضمن البيانات المدخلة لتأكيدا أو تعديلها إذا ورد بها خطأ.

- بعد التحقق من المعلومات تظهر صفحة فيها:

• رقم البطاقة الخفي.

• حيز لإدخال كلمة السر.

• ظهور صفحة لتأكيد كلمة السر.

- طلب الترخيص من شبكة SATIM.

- إرسال خادم نظام AURES للزبون إجابة مركز الترخيص.

- إشعار التاجر بإجابة خادم نظام AURES وإذا كانت الإجابة بالقبول لكلا الطرفين

سيتم إتمام عملية الشراء والدفع بين المشتري والتاجر.

2- بطاقة ضمان الشيكات:

ظهر هذا النوع من البطاقات نتيجة رغبة بعض الدول خاصة في أوروبا الغربية في

تشجيع الوفاء بالشيك خاصة وأن صور بطاقات الدفع الأخرى تمثل خطورة وتكلفة⁽¹⁾، تعد

هذه البطاقة وسيلة لضمان التاجر أو مقدم لخدمة على المقابل الذي تم تسويته عن طريق

الشيك، ومؤدى ذلك أن حامل هذه البطاقة يتعين عليه إبرازها مع الشيك حيث يقوم

¹ - بلال عبد المطلب بدوي، المرجع السابق، ص: 40.

التاجر بتدوين بياناتها الرئيسية، غالباً على ظهر الشيك، وبموجب ذلك يضمن الحصول على قيمة هذا الشيك من البنك مصدر البطاقة والشيك.⁽¹⁾

ويبدو الاختلاف واضحاً بين هذا النوع من البطاقات وبطاقة الوفاء فهذه الأخيرة تعد وسيلة وفاء، أما بطاقة الضمان، فالفرض أن وسيلة الوفاء هي الشيك، وتستخدم البطاقة كوسيلة ضمان الوفاء بقيمة هذا الأخير، ومؤدى ذلك أنها لا تستخدم استقلالاً عن الشيك إنما تعمل إلى جانبه.

3- بطاقة السحب الآلي:

تعطي هذه البطاقة لحاملها إمكانية سحب مبلغ نقدية من حسابه يومي أقصى متفق عليه من خلال أجهزة خاصة حيث يقوم العميل بإدخال البطاقة في فتحة خاصة في هذا الجهاز الذي يطلب منه إدخال الرقم السري (P.I.N) فإذا كان هذا الرقم صحيحاً فإن الجهاز يطلب من العميل تحديد المبلغ المطلوب سحبه بالضغط على مفاتيح في هذا الجهاز، فإذا كان للعميل رصيد لدى البنك فإن الجهاز سوف يصرف المبلغ آلياً للعميل ويعيد له البطاقة ويسجل هذا المبلغ في الجانب المدين من حساب هذا العميل مباشرة (On-Line) ولا يحصل العميل عادة على ائتمان وفق لهذه البطاقة حيث إن الجهاز سيرفض الصرف إذا لم يكن هناك رصيد كاف للعميل لدى البنك، ولكن ذلك لا يمنع البنك من أن يوفر لعميله

¹ - قادري عبد المجيد، مرجع سابق، ص: 163، والبنك هنا يلتزم بالوفاء بقيمة الشيك بغض النظر عما إذا كان للعميل رصيد كاف أم لا وأنه لا يملك الرجوع على المستفيد لعدم حصوله على قيمة الشيك من العميل لأي سبب، ينظر في ذلك: عبد الراضي كيلاني، النظام القانوني لبطاقة الضمان والوفاء، دار النهضة العربية، مصر، 1988، ص: 51.

غطاء معيناً وفقاً لاتفاق خاص بحد معين متفق عليه يتم إدخاله في الكمبيوتر المنظم لهذا الجهاز.

يلاحظ أن بطاقة السحب الآلي لا تعتبر بطاقة ائتمان لعدم توفير تسهيل ائتماني للعميل في المادة وإنما ما كل ما في الأمر أن البنك يقوم بتنفيذ التزامه برد المبلغ المودع لديه لعميله بطريق السحب الآلي.

يعتبر إدخال العميل البطاقة مع الرقم السري أمراً للبنك بصرف المبلغ المطلوب وتفيضا له في الوقت نفسه لقيده في حسابه.

يتميز المشرع الجزائري بين نوعين من هذه البطاقات⁽¹⁾، بطاقة لسحب وبطاقة الدفع.

تعد بطاقة لسحب أول بطاقات للدفع الإلكتروني التابعة للمؤسسات المالية والبنوك في الجزائر حيث تم إنشاء باقة السحب الخاصة بكل مصرف، فقد أنشأت شركة ما بين المصارف الثمانية وهي: البنك الوطني الجزائري، بنك الفلاحة والتنمية الريفية، بنك الجزائر الخارجي، الصندوق الوطني للتوفير والاحتياط، القرض الشعبي الجزائري، بنك التنمية المحلية، الصندوق الوطني للتعاون الفلاحي، بنك البركة الجزائري، هذه المصارف

¹ - حيث تنص المادة 543 مكرر 23 من القانون التجاري الجزائري على أنه: "تعتبر بطاقة دفع كل بطاقة صادرة عن البنوك والهيئات المالية المؤهلة قانوناً، وتسمح لصاحبها بسحب أو تحويل الأموال، تعتبر بطاقة سحب كل بطاقة صادرة عن البنوك أو الهيئات المالية المؤهلة قانوناً، وتسمح لصاحبها فقط بسحب الأموال".

أنشأت في سنة 1995 هذه الشركة وهي شركة ذات أسهم رأسمالها 267 مليون دينار جزائري.⁽¹⁾

تقوم هذه الشركة بصنع البطاقات المصرفية الخاصة بالسحب حسب المقياس المعمول به دوليا وطبع الإشارة السرية، وتنشأ هذه الخدمة عن طريق عقد يبرمه المصرف مع شركة SATIM⁽²⁾ الذي يحدد التزام الطرفين خاصة فيما يتعلق بآجال وإجراءات التسليم بالإضافة إلى عملية الربط بين الموزعات الآلية ومصالح SATIM بواسطة شبكة اتصال حيث تسمح بالقيام بعمليات لسحب سواء كانت داخلية أو محولة بالإضافة إلى سجل متصل بهيئة المقاصة لتصفية الحسابات ما بين المصارف.

في سنة 1996 أعدت شركة SATIM مشروعا لإيجاد حل للنقد بين المصارف، وأول مرحلة لهذا المشروع الذي بدأ في العمل سنة 1997 تمثلت في إعداد شبكة نقدية إلكترونية بين المصارف في الجزائر، هذه الشبكة لا تغطي إلا الخدمات المتعلقة بإصدار البطاقات المصرفية الخاصة بالسحب من الموزع الآلي محليا وبالتالي يمكن للمصارف الوطنية والأجنبية الخاصة والعامة أن يقدموا إلى كل زبائنهم خدمة سحب الأموال بواسطة الموزع الآلي، كما تعمل SATIM على ضمان حسن سير عملية السحب وتكامل الموزعات الآلية مع

¹ - الهدف من هذا الاتحاد هو:

- تحديث وسائل الدفع للنظام المصرفي الجزائري.
- تطوير وتسيير التعاملات النقدية ما بين المصارف.
- تحسين الخدمة لمصرفية وزيادة حجم تداول النقود.
- وضع الموزعات الآلية في المصارف والتي تشرف عليها الشركة.

² - satim : société algérienne d'automatisations des transactions interbancaires et de monétique

شركة النقد الآلي والعلاقات التلقائية بين البنوك.

عدد من المصارف، هذا بالإضافة إلى تأمين قبول البطاقة في جميع مصارف المشاركين، وإجراء عمليات المقاصة لصفقات السحب بين المصارف هذا بالإضافة إلى تأمين قبول البطاقة في جميع مصارف لمشاركين، وإجراء عمليات المقاصة لصفقات السحب بين المصارف هذا بالإضافة إلى تأمين تبادل التدفقات المالية بين المشاركين والمؤسسة المسؤولة عن المقاصة، كذلك تعمل هذه الشركة على مراقبة البطاقات المزورة وكشف كل التلاعبات.

كما تشرف شركة SATIM على مركز المعالجة النقدية بين المصارف وتعمل على ربط مراكز التوزيع مع مختلف المؤسسات المشاركة لوظيفة السحب، حيث يتولى هذا المركز ربط الموزع الآلي بمقدم الخدمة بواسطة خطوط عبر الشبكة الوطنية ومركز للاعتراض على البطاقات الضائعة أو المزورة.

فعملية السحب تتم بطلب ترخيص يوجه إلى مركز الترخيص بالوكالة الذي يقبل أو يرفض الطلب، وفي حالة القبول يراقب المركز السقف المسموح به أسبوعياً لكل زبون، كما يراقب هذا المركز الإشارة السرية، كما أن السحب الذي يتم بالبطاقة لا يمكن الرجوع فيه، بعد ذلك وعلى الساعة الصفر يقوم المركز بمعالجة كل الصفقات التي قامت في ذلك اليوم وتنظمها حسب كل مصرف موجود في الشبكة بين المركز وجميع المصارف المشاركة وتسجل العمليات لدى جميع المصارف ويتم إجراء عملية المقاصة في مركز الصكوك البريدية التي لها كل حسابات المصارف.⁽¹⁾

¹ - عملية السحب تتم في أسلوب نصف مباشر فتوجد شبكة بين المصارف وشركة ساتيم، وهذا ما يخلق نوعاً من المخاطر، إضافة إلى إجهاد الناس على التعامل بها فالإقبال عليها ضعيف لأسباب عديدة منها كثرة الأعطاب والأخطاب، والإحجام عن إظهار أية ملومات أمام الناس، إضافة إلى التوزيع غير الجيد للموزعات الآلية.

4- بطاقة الائتمان: (1)

هي بطاقة مستطيلة من البلاستيك، تحمل اسم المؤسسة المصدرة لها وشعارها وتوقيع حاملها، رقمها، اسم حاملها، رقم حسابه وتاريخ انتهاء صلاحيتها. يستطيع بواسطتها صاحبها أن يحصل على ما يحتاجه من سلع وخدمات دون أن يقوم بالوفاء فوراً بل يكفي بتقديمها للتجار لتدوين بياناتها بصورة يدوية أو إلكترونية، بالتالي خصم قيمة الدين من الجهة المصدرة لها. (2)

تخول بطاقة الائتمان حاملها الحق في الحصول على سئيل ائتماني من مصدر هذه البطاقة فحامل البطاقة يقوم بتقديمها للتاجر ويحصل على مشتريات أو خدمات يتم دفع ثمنها من قبل الجهة المصدرة التي لا تعود مباشرة على حامل البطاقة وإنما تمنحه أجلاً متفقاً عليه لسداد مشترياته على دفعات وفي حدود سقف معين سلفاً يتحدد بمقدار مشترياته ومدفوعاته.

لذلك فإن هذه البطاقة على خلاف بطاقة الوفاء التي يلزم بموجبها حاملها من الحصول على ائتمان حقيقي يتمثل في تغطية مشترياته بسقف معين لمدة معينة بغض النظر عن وجود رصيد كاف في حسابه، والفارق الأساسي بين بطاقة الوفاء وبطاقة الائتمان أنه في الأولى يتم الخصم مباشرة من حساب حامل البطاقة، أما في الحالة الثانية فإن المؤسسة

¹ يرى البعض أنه قد لا يكون مصطلح الائتمان دقيقاً في التعريف بهذه التقنية الشرائية الحديثة، ولكن هذا ما اصطلح عليه عربياً، والائتمان في اللغة هو عملية مبادلة ذات قيمة في الحاضر، مقابل وعد بالدفع في المستقبل، وبطاقة الائتمان هي البطاقة الخاصة التي يصدرها المصرف لعميله تمكنه من الحصول على السلع والخدمات من محلات معينة عند تقديمه لهذه البطاقة الخاصة، أنظر في ذلك: ناجي الزهراء، مرجع سابق.

² محمد أحمد عبابنة، جرائم الحاسوب وأبعادها، دار الثقافة، الأردن، 2005، ص: 62.

المالية التي أصدرت البطاقة هي التي تتولى الدفع، فكأنها بمثابة وسيط بين من أصدرت له البطاقة والشركة المتعمدة عليها والتي تلقى منها حامل البطاقة لسلعة أو الخدمة.⁽¹⁾

وتقوم هذه الوسيلة على أن إحدى المؤسسات المالية أو شركات الاستثمار تصدر بطاقات مصنعة ذات تصميم عالي التقنية، ويصعب العبث بها، ويمكن لحاملها أن يقدمها للبائع عندما يشتري بعض السلع ليقوم هذا الأخير بتدوين بيانات البطاقة على فاتورة يصدرها ويوقعها حامل البطاقة لترسل إلى البنك كمعتمد لتلك البطاقة ليتم الوفاء بالمشتريات تم يقوم حامل البطاقة بسداد دفعة البنك مع الفوائد خلال أجل متفق عليه، ولا تمنح البنوك هذه البطاقات إلا بعد التأكد من ملائمة العميل أو الحصول منه على ضمانات عينية أو شخصية كافية.⁽²⁾

هناك بطاقات تشبه بطاقات الائتمان هي بطاقات الدفع الشهري، وفي البطاقة لا يقوم الحامل بالدفع المسبق للبنك في صورة حساب جاري كما و الحال في بطاقة الوفاء، وهي بذلك أقرب إلى بطاقة الائتمان إلا أنها تختلف عنها في أن محاسبة حاملها تتم بصورة

¹ - قادري عبد المجيد، المرجع السابق، ص: 164.

² - وأمثلة هذه الشركات نجدها في الدول المتطورة كالولايات المتحدة الأمريكية، فتعتمد شركات "أمريكن إكسبريس" و"سي تي" و"ديمسفر" و"ماستر كارد" و"فيزا" الحصص الكبرى في أسواق بطاقات الائتمان في العالم، حيث وصلت العائدات السنوية لشركة "أمريكن إكسبريس" في نهاية سنة 2005 من 29.1 مليار دولار أمريكي، وققت "ماستر كارد أنترناشيونال" نتائج قياسية خلال سنة 2004 في كافة قطاعات الانفاق، وتعد "فيزا أنترناشيونال" تجمعا لأكثر من 21 مؤسسة مالية تتخصص في إطلاق وتسويق بطاقات "فيزا" التي بدأ إصدارها سنة 1976، وتتميز "فيزا" عن بقية الشركات المانحة أنها تصدر بطاقات الحسم الفوري "فيزا الكتورن" تمكن المستهلكين باستخدام الدفع من حساباتهم دون الحاجة إلى حمل مبالغ مالية نقدية، إضافة إلى سحب المبالغ النقدية من أجهزة الصراف الآلي في جميع أنحاء العالم بشكل آمن ومرح وبعيدا عن أي إجراء معقدة، تصدر البطاقات بأنواعها من مؤسسات عالمية أهمها مؤسسة الفيزا العالمية، مركزها لوس أنجلوس بولاية كاليفورنيا بالولايات المتحدة الأمريكية، ومؤسسة "ماستر كارد" ومركزها سانت لويس بولاية نيويورك بالولايات المتحدة الأمريكية، مؤسسة "أمريكان إكسبريس" ومركزها الولايات المتحدة الأمريكية، والجزائر لم تنظم بعد إلى هذه الهيئات وهناك مفاوضات للإنضمام إلى مؤسسة "ماستر كارد". ينظر في ذلك: ناجي الزهراء، المرجع السابق، ص: 110.

شهرية وذلك عن طريق إرسال البنك المصدر كشفًا شهريًا يشتمل على تفاصيل المبالغ المستحقة من مسحوباته من آلات السحب النقدي أو المبالغ التي دفعها للشراء، ويطلب البنك السداد خلال مدة تتراوح بين 25 إلى 40 يوم، وإذا لم يتم الحامل بالسداد يفرض عليه البنك فائدة نتيجة التأخير، فهذا النوع من البطاقات يعطي ائتمانًا قصير المدة.⁽¹⁾

5- البطاقة الذكية:

هي عبارة عن بطاقة ذكية تحتوي معالج دقيق يسمح بتخزين الأموال من خلال البرمجة الأمنية، وهذه البطاقة تستطيع التعامل مع بقية الكمبيوترات، ولا تتطلب تفويض أو تأكيد صلاحية البطاقة من أجل بطاقته إلى البائع، فإن المعالج الدقيق الموجود في مسجل النقد الإلكتروني للبائع يتأكد من جودة لبطاقة الذكية من خلال قراءة التوقيع الرقمي المخزن في معالج البطاقة.⁽²⁾

يتم تكوين هذا التوقيع الرقمي من خلال برنامج يسمى الخوارزمية الشفوية، وهذه الأخيرة عبارة عن برنامج أمن يتم تخزينه في معالج البطاقة⁽³⁾، هذا البرنامج يؤكد لمسجل النقد الإلكتروني بأن البطاقة الذكية أصلية ولم يتم العبث بها أو تحويلها، ولذلك فإن نظام البطاقات الذكية المفتوح لتحويلات الأموال الإلكترونية، فإن صاحب البطاقة لا يحتاج أن يثبت هويته من أجل البيع والشراء، فمثل الأموال المعدنية فإن مستخدم البطاقة الذكية يستطيع أن يظل مجهولاً.

¹ - سميحة القليوبي، المرجع السابق، ص: 68.

² - ناجي الزهراء، المرجع السابق، ص: 112.

³ - مولاي حفيظ علوي قادري، إشكالات التعاقد في التجارة الإلكترونية، الشركة المغربية للنشر والتوزيع، الدار البيضاء، ط01، 2013، ص: 64.

عندما يستخدم صاحب البطاقة بطاقته الذكية فإن قيمة الشراء يتم قصها بطريقة أتوماتيكية من بطاقة المشتري ويتم إيداع هذه القيمة في أجهزة إلكترونية طرفية للبائع ومن ثم يستطيع البائع أن يحول ناتج عمليات البيع والشراء لليوم إلى بنكه عن طريق الوصلات التلفونية، وتعتبر بطاقة الموند (Mondes Cards) مثال للبطاقة الذكية، وتتسم بمرونة كبيرة في الاستخدام، حيث تجمع بين مميزات النقود الورقية التقليدية وطاقات الدفع الإلكترونية الحديثة، ويمكن استخدامها كبطاقة ائتمانية أو بطاقة خصم فوري طبقاً لرغبة العميل، أي كبديل للنقود في كافة عمليات الشراء⁽¹⁾، تتيح هذه البطاقة لحاملها إجراء العمليات المصرفية دون اللجوء إلى فروع البنك، حيث يمكن التحويل من رصيد البطاقة إلى رصيد بطاقة أخرى والسحب من رصيد الحساب الجاري للعميل إلى رصيد البطاقة من خلال آلات الصرف الذاتي.

وهكذا يوجد نوعين من البطاقات، النوع الأول يسمح لحاملها بالوفاء بقيمة السلع والخدمات التي يحصل عليها بدلاً من الوفاء النقدي، وذلك في حدود مبلغ معين دون أن يمنحه الائتمان، ومن ذلك البطاقة الزرقاء في فرنسا (Carte bleue) وبطاقة الفيزا إلكترون (Visa Electron) في دولة الإمارات، أما النوع الثاني فيعطي لحاملها ائتمان فعلياً من البنك

¹ -Le paiement du contrat électronique dans le contrat classique, la formation du conditionne le paiement dans le contrat électronique, c'est le paiement qui conditionne la formation du contrat, le paiement s'effectue soit immédiatement par carte bancaire soit à la livraison du bien lors de l'exécution de la prestation par virement bancaire par chèque ou en espèces.

Lorsqu'il passe sa commande, le consommateur doit être informé de la possibilité d'exercer son droit de rétractation, selon lequel il dispose d'un délai de 7 jours pour se rétracter, sans avoir à se justifier et sans avoir payer de pénalités à l'exception des frais de retour du produit.

Le vendeur est tenu de rembourser la totalité des sommes versées, montant de la commande et frais de livraison au plus tard dans les 30 jours suivant la date de rétractation.

المصدر لهذه البطاقة بحيث لا يلتزم فوراً بالسداد، إنما له الحق في تسهيلات ائتمانية يتفق على شروطها من حيث وقت الخصم والمبلغ المسموح به ومواعيد الوفاء وغيرها، وهذا النوع من البطاقات البلاستيكية تسمى بطاقات الائتمان مثل ماستر كارد وأمريكن إكسپريس⁽¹⁾.

ثانيا- النقود الإلكترونية:

النقود الإلكترونية هي "وسيلة للتخزين الإلكتروني لقيمة نقدية على دعامة تقنية، تستخدم على نطاق واسع لتسوية مدفوعات مستحقة المتعهدين غير من أصدرها، وذلك من دون الحاجة إلى استناد التسوية على حساب بنكي لحظة إجراء الصفقة، وتعد وسيلة في يد حاملها مدفوعة مسبقاً"⁽²⁾. واضح من هذا التعريف أن النقود الإلكترونية عبارة عن وحدات مخزنة بطريقة إلكترونية في بطاقات بلاستيكية أو أقراص صلبة بداخل الكمبيوتر الشخصي للعميل⁽³⁾، ومن ثمة فهي تختلف عن النقود الائتمانية التي لا تخزن على أي دعامات وإنما هي عبارة عن وحدات نقدية مطبوعة يكون لها قيمة نقدية، ومن ثمة فلها قوة إبراء فورية ولا محل لمشكلة الرجوع في أمر الدفع من قبل الأمر، كما لا ترتبط على

¹- ناجي الزهراء، المرجع السابق، ص: 117.

²- تعريف قدمه البنك المركزي الأوروبي في تقرير له حول النقود الإلكترونية، نقلا عن:

Farouk Weshahi, le droit face à l'objectif de sécurité du paiement dans le commerce électronique, étude comparative franco-égyptienne, thèse de doctorat, Marseille 2004, P 106.

³- مصطلح النقود الإلكترونية يشمل الصور التالية: صورة بطاقة مدفوعة مسبقا التي يمكن استخدامها لأغراض متعددة يطلق عليها اسم البطاقة المخزنة القيمة أو محفظة النقود الإلكترونية.

صورة ثانية هي آليات الدفع مخزنة القيمة أو سابقة الدفع التي تسمح بالدفع من خلال شبكة الحاسوب الآلية المتعارف عليها باسم نقود الشبكة أو النقود السائلة الرقمية.

يمكن القول أن النقود الرقمية تعبير يستخدم في الأساس لوصف مجموعة متنوعة من آليات الدفع محدودة القيمة ومسددة مسبقا في بطاقات أو مخزنة داخل كمبيوتر، ينظر: جلال عابد الشورة، وائل الدفع الإلكتروني، دار الثقافة الأردن، 2008، ص: 85.

خلاف بطاقات الزرقاء بتحويل مصرفي، بل هي وحدات ذات قيمة نقدية تتناقض ككلمة استخدمت في سداد الديون فإذا نفذ المخزون أعيد شحنها من طرف المصدر.⁽¹⁾

إزاء الطبيعة القانونية للنقود الإلكترونية، انقسم الفقه إلى قسمين، قسم لا يرى فيها إلا أموالا مكتوبة تدار بطريقة إلكترونية، وهي لا تظهر في صورة مادية، إنما هي وحدات مرقمة في جانب الأصول من حساب الدائن التاجر الذي قبلها وسيلة لسداد ماله من حقل في مواجهة الغير، وفي جانب الخصوم من حساب المستهلك الذي استخدمها لسداد ما عليه من التزامات ثابتة في ذمته المالية.⁽²⁾

يستقر الفريق الثاني على أن النقود الإلكترونية لا هي ورقية ولا هي مكتوبة إنما نوع جديد من النقود ابتدع خصيصاً لتسوية الديون الناشئة عن المعاملات التجارية الإلكترونية ومرتكز هذا الرأي أمرين أولهما أن هذه النقود تؤدي نفس الوظائف التي تؤديها النقود بصفة عامة فهي تشكل وحدة نقدية (دولار، أورو،... الخ) تمثل مبلغاً معيناً من النقود

¹ - للنقود الرقمية تقسيمات مختلفة منها: من حيث متابعتها ورقابتهما: تنقسم حسب هذا التقسيم إلى نقود إلكترونية محددة، تمتاز هذه الأخيرة بإمكانية التعرف على الشخص الذي قام بسحب النقود من البنك شأنها في ذلك شأن بطاقة الائتمان، نقود إلكترونية غير اسمية وهذا النوع من النقود يتم التعامل به دون معرفة هوية المتعامل فهي كالأوراق النقدية في التعامل وليس لها علاقة بمن يتعامل بها ولا يمكن التعرف على هوية مستخدمها. من حيث أسلوب التعامل بها: وتنقسم إلى نقود إلكترونية عن طريق الشبكة ويتم سحب هذا النوع من البنك أو المؤسسة المالية وتوضع على أداة معدنية داخلية في جهاز الحاسب الشخصي، وفي حال إرسال هذه النقود عبر الشبكة ليس على المستخدم إلا الضغط على الفأرة لهذا الجهاز إلى الشخص المستفيد من هذه النقود ويتم هذه العملية في ظل إجراءات تضمن للمتعاملين حداً كبيراً من الأمان والسرية، وهي نقود حقيقية إلا أنها رقيمة وتتطلب معظم الأنظمة المستخدمة لمثل هذه الطريقة اتمام الاتصال بين طرفي التعامل والمصدر من أجل التحقق من سلامة هذه النقود للتقليل من الغش والتزوير والاحتيال، نجد أيضاً نقود إلكترونية خارج الشبكة: هذا النوع لا يستدعي الاتصال المباشر مع المصدر فهي عبارة عن استخدام البطاقة التي تحتوي على قيمة مخزنة بداخلها وتخصص كل قيمة تخرج من حوزتها بعد انتهاء من أي عملية تسديد، أنظر هذه الأنواع كل من: محمد سعدو الجرف، "النقود الإلكترونية وأثارها على المصارف المركزية" وما بعدها، أحمد جمال الدين موسى، "النقود الإلكترونية وتأثيرها على دور المصارف المركزية في إدارة السياسة النقدية" عن أعمال المؤتمر العلمي السنوي لكلية الحقوق لجامعة بيروت بعنوان الجديد في أعمال المصارف من الوجهتين القانونية والاقتصادية، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2002، ص: 121.

² - جلال عايد الشورة، المرجع السابق، ص: 61.

بالتالي تشكل وسيلة وفاء يترتب على استعمالها انقضاء الالتزام على عاتق مستعملها فوراً. كما تختلف عن النقود الورقية والنقود المكتوبة من ناحية عدم تمتعها بالقبول العام من قبل الجمهور واختلاف وضع مصدرها عن وضع مصدر النقود المكتوبة فعادة ما يطلب البائع من المصدر بعد تلقيه لهذه النقود الإلكترونية من جانب المشتري تحويلها إما إلى نقود ورقية أو نقود مكتوبة فهي دائماً بحاجة إلى هذين النوعين من النقود ولا تتمتع بذاتية مستقلة عنهما.⁽¹⁾ أما عن خطوات إصدار النقود الإلكترونية فهي:

- قيام العميل بإيداع مبلغ من المال لدى المصدر، في حساب عادي أو يتم فتحه خصيصاً لهذا الغرض.

- قيام المصدر بإصدار دعامة إلكترونية تحمل مبلغاً من النقود مساوياً للمبلغ الذي تم إيداعه.⁽²⁾

- حصول العميل من الجهة المصدرة على برنامج خاص بإدارة النقود الإلكترونية.⁽³⁾

تكون وظيفته استقبال وإرسال الوحدات النقدية الإلكترونية وإدارة الرصيد.

¹ - سامي عبد الباقي أبو صالح، المرجع السابق، ص: 66.

² - وقد تجسد الدعامة الإلكترونية في كارت يتم تزويده بذاكرة إلكترونية تسمح بتخزين النقود عليها يطلق عليها Carte Puce وفي قرص صلب مثبت بالكمبيوتر الشخصي تخزن عليها هذه الوحدات الإلكترونية الحاملة لمبلغ المال الذي قدمه العميل للبنك المصدر ينظر:

André Prum, « les paiements en ligne », colloque international du droit du commerce électronique, a Nice le 06 et 07 novembre 2003, litec, Paris, P157.

³ - ويعرف أيضاً أنه تحريك للنقود من حساب آخر يتم بوسيلة إلكترونية، وهو إجراء يكون من أثره التقليل بشكل كلي أو جزئي من استخدام المستندات المكتوبة سواء في إصدار أو تنفيذ أوامر النقل، ينظر: شريف محمد غنام، مسؤولية البنك عن أخطاء الكمبيوتر في النقل الإلكتروني للنقود، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2006، ص: 10. ولا يمكن استخدام النقود الإلكترونية من قبل المشتري إلا مع بائع مشترك في أحد البنوك التي تتعامل بالنقود الإلكترونية والتي تقوم بتزويده ببرنامج مشابه للبرنامج الذي تم تزويد العميل به. ينظر: محمود أحمد إبراهيم الشرقاوي، مفهوم الأعمال المصرفية الإلكترونية وأهم تطبيقاتها، مؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون، كلية الشريعة والقانون جامعة دبي، من 10 إلى 12 ماي 2003، ص: 32، وينظر: سامي عبد الباقي أو الصالح، المرجع السابق، ص: 69.

الفرع الثالث: أنظمة الدفع الإلكتروني

هي أنظمة تسمح بتحويل الأموال إلكترونياً، ويقصد بالتحويل الإلكتروني للأموال استخدام تقنيات إلكترونية في خطوة أو أكثر من خطوات العملية التي كانت تتم فيما مضى لإتمام التحويل باستخدام الورقية أي إرسال أمر التحويل إلى بنك من خلال رسالة إلكترونية.⁽¹⁾

لا وجود لعملية التحويل المصرفي إلا بوجود حسابين تنقل النقود من إحداهما صوب الآخر، وتبدأ عملية التحويل المصرفي بأمر يصدر من شخص يسمى الأمر إلى البنك الذي يوجد له فيه حساب، يأمره بموجبه نقل مبلغ من النقود من حسابه إلى حساب آخر قد يكون باسم ذات الشخص الأمر أو باسم شخص آخر يسمى المستفيد.

التحويل الإلكتروني لا يختلف عن التحويل التقليدي، سوى أن الأمر بالتحويل يتم بطريقة إلكترونية، ولا تشكل الكتابة هنا أية مشكلة لسببين، يتمثل الأول في اعتراف معظم المشرعين في كل أنحاء العالم بالمساواة بين المستندات المكتوبة الورقية والمستندات الإلكترونية، ويكمن السبب الثاني في عدم وجود شرط يستلزم صدور أمر التحويل مكتوباً على الورق.

هناك عدة أنظمة للدفع الإلكتروني وقد تبني القانون الجزائري في النظام الصادر عن البنك المركزي والحامل لرقم 04-05 المؤرخ في 13 أكتوبر 2005 في مادته الأولى نظام التسويات الخام في الوقت الحقيقي للمبالغ الكبيرة والوفاء المستعجل والذي يسمى

¹ - بلال عبد المطلب بدوي، المرجع السابق، ص: 66.

اختصارا ARTS، ثم جاء بنظام مقاصة الشيكات ووسائل الدفع الأخرى ذات قيمة كبيرة بموجب نظام البنك المركزي رقم 05-06 المؤرخ في 15 ديسمبر 2005 ويسمى اختصارا ACTI، وقبل ذلك أشير إلى هذا النظام إلى جانب نظام آخر هو SWIFT في النظام 05-05 المؤرخ في 15 ديسمبر 2005 يتعلق بالوقاية من تبييض الأموال وتمويل الإرهاب ومكافحتها⁽¹⁾، بالضبط في المادة 16 من الباب السادس الذي جاء تحت عنوان التحويلات الإلكترونية ووضع الأموال تحت التصرف بنصها على ما يلي: "يتعين على البنوك والمؤسسات المالية والمصالح المالية لبريد الجزائر في إطار التحويلات الإلكترونية مهما كانت الوسيلة المستعملة (Swift, Arts, Acti) و/ أو وضع الأموال تحت التصرف أن تتحقق بدقة من هوية الأمر بالعملية والمستفيد بالإضافة إلى عنوانهما". وقد تم إلغاء هذا النظام بموجب المادة 28 من النظام رقم 12-03 مؤرخ في 14 محرم عام 1434 الموافق 28 نوفمبر سنة 2012 يتعلق بالوقاية من تبييض الأموال وتمويل الإرهاب ومكافحتهم⁽²⁾ وقد نصت المادة 17 منه على ما يلي: "يتعين على المصارف والمؤسسات المالية والمصالح المالية لبريد الجزائر في إطار التحويلات الإلكترونية مهما كانت الوسيلة المستعملة (SWIFT, ARTS, ATCI... إلخ) و/ أو وضع الأموال تحت التصرف أن تسهر على التحقق بدقة من هوية الأمر بالعملية والمستفيد بالإضافة إلى عنوانهما

¹ - ج. ج. ج. عدد 26 / 2006.

² - ج. ج. ج. عدد 13 / 2013.

يجب أن يحوز مسيرو نظام الدفع والمتعاملون المباشرون أو غير المباشرين على جهاز آلي لاكتشاف الزبائن والعلميات ويتعلق الأمر بالهيئات او الأشخاص المسجلين في القوائم المعدة مسبقاً⁽¹⁾.

حسب هذه المادة الأخيرة وفي إطار مكافحة تبيض الأموال وتمويل الإرهاب فإنه يتعين على مستوى أنظمة الدفع وهو بنك الجزائر المركزي والمتعاملون المباشرين والغير مباشرين معه وهم كل من البنوك والخزينة و بريد الجزائر بعد الانخراط في النظام⁽¹⁾، أن يحزوا أجهزة آلية لاكتشاف عمليات لزبائن مسجلين في قوائم معدة مسبقاً⁽²⁾.

¹ - مثلا حسب المادة 17 من نظام رقم 05- 06 تنص على: "فضلا عن بنك الجزائر، إن الانخراط في نظام أتكى مفتوح لكل من البنوك والخزينة و بريد الجزائر".

² - تم مثلا بموجب مرسوم تنفيذي رقم 13- 84 مؤرخ في 6 فبراير سنة 2013 يحدد تنظيم وتسيير البطاقية الوطنية لمرتكبي أعمال الغش ومرتكبي المخالفات الخطيرة للتشريعات والتنظيمات الجبائية والتجارية والجمركية والبنكية والمالية وكذا عدم القيام بالإيداع القانوني لحسابات الشركة، الجريدة الرسمية 09/ 2013 استحداث البطاقية الوطنية لمرتكبي أعمال الغش وهي قاعدة معطيات ممرضة للمعلومات المتعلقة بمرتكبي المخالفات الخطيرة للتشريعات والتنظيمات الجبائية والتجارية والجمركية والبنكية والمالية وكذا عدم القيام بالإيداع القانوني لحسابات الشركة، يتم تزويد هذه البطاقية من طرف المصالح المؤهلة للوزارة المكلفة بالمالية والوزارة المكلفة بالتجارة وبنك الجزائر، وتمثل المصلحة المؤهلة بإعداد هذه البطاقية في مصلحة الضرائب طبقا للمادة التاسعة من نفس المرسوم: "تتولى مصالح المديرية العامة للضرائب تنظيم وتسيير البطاقية الوطنية لمرتكبي أعمال الغش وتكلف بما يأتي:

- إجراء تسجيل وشطب الأشخاص الطبيعيين والمعنويين مرتكبي المخالفات الخطيرة للتشريعات والتنظيمات الجبائية والتجارية والجمركية والبنكية والمالية وكذا الذين لم يقوموا بالإيداع القانوني لحسابات الشركة.
- إنشاء قاعدة المعطيات الممرضة للبطاقية الوطنية لمرتكبي أعمال الغش وتحينها وإدارتها.
- حفظ المعطيات على دعائم مغناطيسية ومادية.
- وضع المعطيات المحينة للبطاقية الوطنية لمرتكبي أعمال الغش تحت تصرف الإدارات والهيئات والمؤسسات المؤهلة.
- إعلام كل شخص طبيعي أو معنوي بوضعيته تجاه البطاقية الوطنية لمرتكبي أعمال الغش.
- اتخاذ التدابير التي تسمح بتفادي كل استخدام سيء أو تدليسي لوثائق ودعائم المعلومة المتعلقة بالبطاقية الوطنية لمرتكبي أعمال الغش.
- ضمان أمن وإدارة الوصول إلى البطاقية لمرتكبي أعمال الغش.

تحدد إجراءات التسجيل والشطب من البطاقية الوطنية لمرتكبي أعمال الغش وكذا الكيفيات التقنية لتسييرها بقرار مشترك بين الوزير بين الوزير المكلف بالمالية والوزير المكلف بالتجارة والوزير المكلف بالعدل.

في إطار تحديث وعصرنة النظام المصرفي الجزائري، لاسيما من حيث أنظمة الدفع، بادر بنك الجزائر بالتعاون مع وزارة المالية وبمساعدة البنك العالمي في إنجاز نظام دفع إلكتروني متطور هو نظام التسوية الإجمالية الفورية، ولا يقبل هذا النظام إلا المبالغ التي تتجاوز مبلغ 1 مليون دج، لذلك أوجد البنك المركزي نظاما آخر بموجب نظام رقم 05-06 يعالج به الأقل من 1 مليون دج هو نظام مقاصة الشيكات.

أولا- نظام التسوية الإجمالية الفورية ARTS:

يهدف هذا النظام إلى تحسين الخدمة المصرفية لاسيما من حيث أنظمة الدفع وذلك رغبة في الوصول إلى المستوى الدولي، وهو نظام تسوية المبالغ الإجمالية في وقت حقيقي ويتم فيه سير التحويلات بصفة مستمرة وعلى الفور بدون تأجيل وعلى أساس إجمالي، كما يعرف أيضا أنه نظام مركزي إلكتروني يعمل على أساس فوري إجمالي نهائي ومستمر لتنفيذ أوامر التحويل الدائنة ويوفر نقطة تسوية لأنظمة التصفية العاملة في بلد ما من خلال الحسابات المركزية للمصارف.

نظام ARTS يقوم على مبادئ التالية:

المشاركين: المشاركة في النظام مفتوحة لكل مؤسسة لها حساب تسوية في بنك الجزائر، فيمكن أن ينظم إلى النظام زيادة على بنك الجزائر كمسير وحامل لتسوية مجموعة المؤسسات المصرفية والمالية، الخزينة العمومية، بريد الجزائر.⁽¹⁾

¹ - قادري عبد المجيد، المرجع السابق، ص: 166.

1- العمليات التي يعالجها النظام:

يعالج النظام مختلف العمليات المصرفية بين المؤسسات المالية والمصرفية

والمشاركين عامة، وذلك على النحو التالي:

- عمليات ما بين المصارف: حيث يتم من خلال هذا النظام تحويلات بين المصارف

أو حسابات الزبائن والتي تكون فيها المبالغ هامة أو مستعجلة.

- عمليات بنك الجزائر: إن بنك الجزائر هو المشارك الوحيد القادر في حدود

اختصاصاته توجيه وإصدار الأوامر للقرض أو الخصم من حسابات المشتركين.

أ- تسوية المبالغ عن طريق المقاصة الإلكترونية:

إن المبالغ المدنية والدائنة الناتجة عن طريق المقاصة الإلكترونية تعالج بهذا النظام

قرضا ودينا في نفس الوقت وفي حسابات المشاركين تعمل على أساس مبدأ "الكل أو لا شيء"

وفي حالة استحالة تطبيق العملية ترفض من قبل غرفة المقاصة الإلكترونية وعلى الراغب

أن يعيد العملية وفي وقت لاحق.

ب- حساب التسوية:

إن بنك الجزائر الذي يشرف على إدارة النظام يفتح في سجلاته باسم كل مشارك

حسابات تسوية، تقسم إلى حسابات فرعية، وهذه الحسابات تحول حسب الحالات في زيادة

أو نقص مبالغ الحسابات الجارية للمشاركين والتي تضبطها المحاسبة العامة لبنك الجزائر

والتسويات التي تتم عن طريق النظام حيث تتم بصفة مستمرة وفي وقت حقيقي، وبعد

التأكد الآلي بوجود محزون كافي في حساب المشارك المعنى، يطبق في هذا المبدأ "أول من يدخل أول من يخرج"⁽¹⁾

كما أن تسوية الحسابات المعنية تتم بصفة لا رجعة فيها، حيث بمجرد قبولها من طرف نظام ARTS لا يمكن إلغاؤها لاحقا بحيث تكون الغاية من التسويات مضمونة بصفة دائمة على مدى يوم المبادلة.

ثانيا- نظام المقاصة عن بعد:

إن عملية عصرنة نظام الدفع عرفت دفعة جديدة بإنشاء نظام مكمل لنظام ARTS هو نظام ACTI هذا النظام يختص بالمعالجة الآلية لوسائل الدفع العام، صكوك، تحويل، اقتطاع، عمليات السحب والدفع بالبطاقات البنكية، وذلك باستعمال وسائل متطورة مثل المسحات الضوئية، والبرمجيات المختلفة، ويمثل هذا النظام القسم الثاني من أنظمة الدفع المتطورة ووفق المعايير الدولية بهذا الهدف التحسين النهائي للخدمات البنكية المقدمة للزبائن.

دخل النظام حيز التنفيذ باشتراك: بنك الجزائر، كل البنوك، اتصالات الجزائر، بريد الجزائر، جمعية البنوك والمؤسسات المالية (ABEF) مع كل فروعها ومكاتبها عبر كامل التراب الوطني.

¹ - مع الأخذ بعين الاعتبار الأولويات المبينة فيما يلي:
الأولوية الأولى: عمليات بنك الجزائر.
الأولوية الثانية: المبالغ المخصصة للمقاصة.
الأولوية الثالثة: أوامر مستعجلة بطبيعتها.

يعتمد هذا النظام على نظام التبادل المعلوماتي للبيانات الرقمية والصور، لقد دخل حيز التنفيذ يوم 15 ماي 2006 في أول يوم للتبادلات وكانت البداية بمعالجة الصكوك على أن تتطور العملية لتمثل باقي وسائل الدفع نهاية 2006.⁽¹⁾

لقد كانت سنة 2006 سنة عصريّة أنظمة الدفع وما نتج عنه من تطوير الوساطة البنكية الفعالة والمؤمنة لخدمات بنكية ذات جودة تخدم الزبائن في إطار مضمون ومضبوط.

ثالثا- بعض الأنظمة الدولية:

وعلى المستوى الدولي، توجد أنظمة تحويل مصرفي إلكتروني عالمية، وضعتها بنوك عالمية ليستفيد منها عملاء في مختلف أنحاء العالم، ويعد نظام First virtual ونظام Kline من أبرز الأنظمة التي ظهرت في مجال تحويل ونقل النقود بين الحسابات المختلفة والتي تستخدم طريقا لتسوية الديون الناشئة عن المعاملات التجارية بصفة عامة وتلك التي تجري عبر شبكة الأنترنت بصفة خاصة.

¹ - يهدف هذا النظام إلى:

- التسيير المحاسبي اليومي وإعطاء نظرة شاملة وحقيقة عن وضعية الخزينة في السوق المالية والوطنية.
 - تقليص آجال المعالجة، قيم قبول أو رفض العملية في أجل أقصاه 5 أفضاه 5 أيام على أن يتم اختزال هذه المدة إلى 3 أيام ثم 48 ساعة.
 - تأمين أنظمة الدفع العام.
 - إعادة الثقة للزبائن في وسائل الدفع خاصة الصكوك.
 - مواجهة عملية تبييض الأموال في الجزائر.
- وقد عالج نظام ACTI 71933 في شهر ماي 2006 بما قيمته 51.12 مليار دينار و489436 عملية في ديسمبر من نفس السنة (2006) بقيمة 303.17 مليار دينار.

1- نظام first virtual :

يفترض استخدام هذا النظام أن يكون كل من العميل والتاجر مسجلين لدى أحد المكاتب للشركة الأمريكية التي تسمى holding first virtual first virtual وبعد أن يرسل العميل إلى الشركة المذكورة رقم حسابه المصرفي ورقم بطاقته الائتمانية يتم تزويده برقم شخصي، ثم يقوم بإرسال هذا الرقم للتاجر ليتأكد به من كفاية الرصيد الموجود في حساب العميل لتسوية العملية، والتاجر يقوم بإرسال بيانات العملية مع الرقم السري للشركة بالتأكد بتمام العملية بعدها تقوم هذه الشركة بإرسال المعلومات عبر الشبكة التي تربط البنوك ببعضها البعض ليتم نقل المبلغ من حساب العميل إلى حساب الشركة لتقوم هي بالوفاء للتاجر.⁽¹⁾

باعتبار أن الوفاء بقيمة العملية بين الطرفين يتم بالتحويل المصرفي ترتبط لحظة تمام عملية التحويل المصرفي بلحظة تمام الوفاء وقد اختلف الرأي في هذا الصدد ففريق يقرر أن الوفاء لا يتم إلا بتمام قيد المبلغ في الجانب المدين من حساب الموفي وهناك فريق ثالث يقدر أن الوفاء لا يتم إلا بعد إجراء مقاصة عامة بواسطة عرفة المقاصة.⁽²⁾

الرأي الغالب هو اعتبار عملية التحويل المصرفي تتم بقيام البنك بقيد المبلغ في حساب المستفيد ومن ثمة يكون الوفاء قد تم من هذه اللحظة وتبرا ذمة المدين وعلى هذا

¹ - نادر الفرد فاحوش، العمل المصرفي عبر الانترنت، الدار العربية للعلوم، مكتبة الرائد العلمية، ط01، عمان- الأردن، 2000، ص: 84.

² - سامي عبد الباقي أبو صالح، المرجع السابق، ص: 33.

الرأي سار المشرع الجزائري بحيث يقرر في المادة 543 مكرر 2/20 ت ج يعتبر التحويل نهائيا ابتداء من تاريخ دخول المبلغ المحول إلى حساب المستفيد.⁽¹⁾

يعد تحديد لحظة تمام عملية التحويل المصرفي أمرا هاما خصوصا عند إفلاس الأمر بالتحويل أو البنك القائم بالتحويل فيثور عندئذ عدم نفاذ العملية في مواجهة جماعة الدائنين لأي منها، أما إذا تبين وقوع الإفلاس بعد تمام عملية التحويل فلا أثر له على أمر التحويل، كذلك لتحديد مدى حق العميل في الرجوع عن الأمر من عدمه.

بموجب هذا النظام تتم تسوية العملية عن طريق قيد المبلغ محل الدين في الجانب الدائن من حساب المستفيد بدلا من أن يتم الوفاء نقدا، وأنه يجنب على المتعاملين الإفصاح عن رقم بطاقة الائتمان الخاصة بهم الأمر الذي يبعد عنهم خطر استعماله من قراصنة الأنترنت، كما أن تشغيله لا يستلزم استخدام برنامج محدد أو القيام بعملية التشفير، إلا أنه يعاب على هذا النظام أنه يقتصر على المنظمين إلى أحد البنوك الأمريكية هذا ما يجعله غير مناسب للعلاقات الدولية التي تتخطى حدود الدول.

2- نظام Kline:

اقترحت شركة Kline وهي شركة فرنسية أسلوبا لإدارة عملية تسوية الديون في نطاق العلاقات التجارية، فهنا يجب على التاجر فقط أن يسجل لدى الشركة الوسيطة

¹ - طبقا لنص المادة 543 مكرر 1/20 ق ت ج الأمر بالتحويل غير قابل للرجوع فيه ابتداء من تاريخ الاقتطاع من حساب الأمر بالتحويل وهذا يعني أنه قبل عملية الاقتطاع يجوز الرجوع عن الأمر بالتحويل كما نص عليه المشرع المصري مثلا في المادة 1/332 من قانون التجارة بنصها على ما يلي: "يمتلك المستفيد القيمة محل النقل المصرفي من وقت قيدها في الجانب الدائن من حسابه، ويجوز للأمر الرجوع في أمر النقل إلى ان يتم هذا القيد".

التي تحمل اسم هذا النظام، وعلى عكس النظام الأول يلزم هذا النظام المتعامل المستفيد بأن يزود حسابه ببرنامج للدفع الآمن.⁽¹⁾

يلاحظ أن تدخل شركة Kleline لإتمام عملية الوفاء لا يكون بناء على عقد سابق بين العميل والشركة عدا رخصة استعمال برنامج الأمان وإنما يتم تدخل هذه الشركة لإتمام عملية الوفاء عن طريق توكيل يصدر لها من التاجر، والعمل يستطيع الوفاء أما بواسطة البطاقة المصرفية المسماة في فرنسا البطاقة الزرقاء أو عن طريق فتح محفظة نقود افتراضية أو في رواق إلكتروني وهو موقع إلكتروني يجمع عدة تجار⁽²⁾، ويعاب على هذا النظام أنه غير دولي، لكن يمكن لأي مستهلك ولو لم يكن فرنسيا استخدامه وهو يسمح بالتسوية بعملات مختلفة⁽³⁾، كما أنه يتسم بتعقيدات وأنه نظام مكلف مما يؤدي إلى الإحجام عن التعامل به. بالمقابل له ميزتان أساسيتان هما:

- ضمان الأمان لعميات الوفاء.

- ضمان الوجود الفعلي للتاجر الذي يجب أن يكون أصلا مسجلا لدى الشركة.⁽⁴⁾

¹ - تجري عملية التحويل ومن ثمة عملية تسوية الدين على النحو التالي:

- قيام العميل بإرسال طلبه بشراء سلعة ما للتاجر. - يقوم التاجر بدوره بأرسال تذكرة الدفع الإلكتروني لشركة Kleline. - تقوم الشركة بإرسال تذكرة الدفع إلى العميل المشتري. - بمجرد قبول العميل لهذه التذكرة تصدر الشركة قسيمة خزينة bon de caisse لمصلحة التاجر.

² - ينظر: عدنان إبراهيم سرحان، الوفاء الإلكتروني، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، ع01، مج3، 2005، ص: 237.

³ - فهي حديثا تعرض خدماتها حتى على التجار الأجانب ينظر: سميحة القليوبي، وسائل الحديثة، بحث مقدم إلى مؤتمر الجديد في أعمال المصارف من الوجهتين القانونية والاقتصادية المنعقد في كلية الحقوق في جامعة بيروت، ج01، منشورات الحلبي الحقوقية، 2002، ص: 59، وينظر: سامي عبد الباقي أبو الصالح، المرجع السابق، ص: 36.

⁴ - ينظر: عدنان إبراهيم سرحان، المرجع السابق، ص: 238.

3- نظام SWIFT:

وهو نظام للتصريح بالمعاملات المالية الدولية عبر العالم يستخدم للإخطار في شأن التحرك الفعلي للأموال أو التصريح به، وفي نهاية الأمر باستخدام أحد أنظمة التحويل غرف المقاصة لنظام الدفع الدولي Chips أو نظام التحويلات البرقية المحلية⁽¹⁾ فهو نظام دولي خاص بالحوالات الإلكترونية الدولية.⁽²⁾

يجب على معظم البنوك استخدام نظام Swift وذلك بالتصريح بإجراء المعاملات المالية أي استخدام نظام المراسلة لإتمام عملية التحويل، ووفقا لنظام Swift فإن البنك الذي يقوم بتنفيذ التحويل لا يعلم الغرض من عملية التحويل ذاتها.

وبالتالي فإن المصرح هو وحده الذي يقع عليه واجب التحري من غرض العميل من هذا الاستخدام وعليه فإن التحويلات الصادرة من بنوك أجنبية غالبا ما تكون خالية من اسم العميل المنشئ إذ تقتصر على ذكر عبارة "إن يرغب في تحويل...إلى عميلكم". أما بخصوص آخر ما تم تكريسه في المجال المصرفي في الجزائر هو: الصيرفة على الخط الذي يشار إليه اختصارا بـ AEBS.⁽³⁾

¹ - عبد الفتاح بيومي حجازي، جريمة غسيل الأموال عبر شبكة الانترنت، دار النهضة العربية، مصر، 2009، ص: 82.

² - أشرف توفيق شمس الدين، الحماية الجنائية للمستند الإلكتروني، دار النهضة العربية، مصر، 2006، ص: 77.

³ - التعريف بـ "الجزائر لخدمات الصيرفة الإلكترونية"، نتجت هذه الشركة عن اتفاق شراكة بين المجموعة الفرنسية EDI DIAGRAM الرائدة في مجال البرمجيات المتعلقة بالصيرفة الإلكترونية وأمن تبادل البيانات المالية، وثلاث مؤسسات جزائرية هي: MAGACT MULTIMEDIA و SOFT ANGINERING ومركز البحث في الإعلام العلمي والتقني CERIST لتنشأ شركة مختلطة سميت الجزائر لخدمات الصيرفة الإلكترونية تقدم هذه الشركة خدماتها المتعلقة بالمصارف عن بعد وتسيير أمن تبادل البيانات المالية لجميع البنوك والمؤسسات المالية باختلاف أصناف زبائنها (مؤسسات كبرى، مجموعات شركات، تاجر، مهنيين، خواص) بتقديم تشكيلة من الخدمات بدرجة عالية من الأمن وسلامة في أداء العمليات، أنشئت هذه الشركة في جانفي 2004، في البداية ركزت على عمليات تطوير وتدعيم موجهة جهودها بصفة رئيسية نحو عصرنة الخدمات البنكية وأنظمة الدفع الإلكترونية. عن طريق برمجيات متعددة (DES PROGICIELS).

خلاصة الفصل الأول

يمكن أن يتم تنفيذ العقود المبرمة عبر وسائل الاتصال الحديث مادامت الخدمة أو السلعة محل التعاقد تسمح بذلك، كما يمكن أن يكون التنفيذ كذلك خارج لشبكة الانترنت فيما إذا كانت السلعة محل العقد مادية، ففي الواقع تتم عملية التنفيذ للعقود الإلكترونية وفقا لما تمليه القواعد العامة والتي تقرر ضرورة قيام كل طرف بتنفيذ ما وقع عليه في إلزام ناتج عن إبرام العقد.

أما فيما يتعلق بعملية الدفع الإلكتروني فهناك عدة طرق للوفاء كانت واردة ومألوفة من قبل لكن تم تطويرها مؤخرا واستحداث استخدام التكنولوجيا المتطورة لوسائل الاتصال طرق جديدة وتم تطوير عملية الوفاء.

الفصل الثاني

أثر التغيرات التكنولوجية على

إثبات العقد الإلكتروني

الفصل الثاني

أثر التغيرات التكنولوجية على إثبات العقد

لقد حضي نظام الإثبات في العقود الإلكترونية باهتمام الفقه والتشريع نظرا لما يميز هذا النوع من العقود المبرمة عن طريق وسائل الاتصال الحديث من مرونة وسرعة فمسألة الإثبات في العقود الإلكترونية لا تتضح إلا بإيجاد قواعد تشريعية منظمة لها، كما منح المشرع حجية المحررات الإلكترونية الرسمية والعرفية في الإثبات في المواد التجارية والمدنية فيجب تحديد شروط وضوابط تحقق حجية المحررات الإلكترونية والتقنية لا سيما الكتابة عن طريق الوسائل التكنولوجية الحديثة وهذا ما سنتطرق إليه في هذا الفصل من خلال الإثبات في العقود التجارية الإلكترونية (المبحث الأول)، والتوقيع الإلكتروني وأثره على التعاقد (المبحث الثاني).

المبحث الأول

الإثبات في العقود التجارية الإلكترونية

يعتبر الإثبات أهم عوائق التجارة الإلكترونية ونموها، بحكم أن التجارة الإلكترونية لا يعتمد على وسائل إثبات مادية تقليدية حيث يتطابق الإيجاب والقبول في محيط إلكتروني لنجد أنفسنا أمام نوع جديد من الكتابة والتوقيع بأسلوب إلكتروني عن طريق أجهزة اتصال حديث غير مألوف لدى المتعاقدين.

وسنتناول من خلال هذا المبحث مفهوم الكتابة الإلكترونية في العقود التجارية (المطلب الأول)، تحديات ومعايير الاعتراف بالكتابة الإلكترونية (المطلب الثاني).

المطلب الأول

مفهوم الكتابة الإلكترونية في العقود التجارية

إن عقود التجارة الإلكترونية تقوم وفقا لوسائل ودعائم تكنولوجية، فإن نوع الكتابة يكون مناسباً للوسيلة التي يتم عبرها إبرام العقد.

تنبني العقود أساساً على مبدأ الرضائية فبمجرد تطابق الإرادتين ينعقد العقد ما

لم يشترط القانون شكلاً معيناً للعقد أو صبه في قالب شكلي.⁽¹⁾

سنتطرق من خلال هذا المطلب إلى تعريف الكتابة الإلكترونية (الفرع الأول)،

شروط الكتابة الإلكترونية (الفرع الثاني).

¹ - مصطفى أبو مندور موسى، الجوانب القانونية لخدمات التوثيق الإلكترونية، دار النهضة العربية، 2004، ص: 55.

الفرع الأول: تعريف الكتابة الإلكترونية

لقد قدمت التجارة الإلكترونية شكلاً جديداً للكتابة حيث يتم وضع البيانات في صورة رقمية تخزن كبيانات إلكترونية على شرائط ممغنطة، أو أقراص بشكل دائم أو لفترة محددة في قواعد بيانات لأجهزة الحاسب حتى يتمكن الأطراف من الوصول للبيانات وإجراء أي تعديل أو إضافة أو إلغاء⁽¹⁾، إلا أنه التساؤل المطروح هو ما مدى أن يعتدى بهذه الكتابة الرقمية في الإثبات؟.

إن المفهوم العام للكتابة لا يتعدى على أنها رموز تعبر عن فكرة أو قول أو إرادة حيث لا يشترط المشرع وسيط معين ومحدد في التعبير عن الإرادة للمتعاقد⁽²⁾.

وبالتالي لا علاقة لنوع الكتابة بالوسيلة المستعملة في التعبير للتدوين عليه بشكل خاص، ذلك أن أيّ كان الوسيط المستعمل في الكتابة ما دامت تعبر عن إرادة المتعاقدين فإنه يمكن اعتمادها في الإثبات فالمحرر هو مجموعة من المعلومات والبيانات المدونة على دعامة مادية بشكل دائم، بحيث يسهل قراءتها مباشرة عن طريق الإنسان، أو باستخدام آلة أو جهاز مخصص لذلك.

فالتشريعات والقوانين والاتفاقيات لم تهتم بنوع الوسيط الحامل للمعلومات والبيانات المكتوبة لإثبات العقد، لأن أي كانت الوسيلة فالهدف منها هو حفظ ما تم التعاقد عليه، وهذا ما أكدته المادة 1/6 من قانون الأونسترال النموذجي بشأن التجارة

¹ - نادر فاحوش، المرجع السابق، ص: 90.

² - نبيل محمد أحمد صبيح، بعض الجوانب القانونية لبطاقات الوفاء والائتمان المصرفية، مجلة الحقوق جامعة الكويت، ع 01، 27 مارس 2002، ص: 267-268.

الإلكترونية عندما نصت على أنه: عندما يشترط القانون أن تكون المعلومات مكتوبة، تستوفي رسالة البيانات ذلك الشرط إذ تيسر الاطلاع على البيانات الواردة فيها على نحو يتيح استخدامها بالرجوع إليها لاحقاً.

والمعلومات التي يتم إنشاؤها أو إرسالها، أو استلامها أو تخزينها بوسائل الإلكترونية أو ضوئية أو برسائل أو وسائل مشابهة لها بما في ذلك على سبيل المثال لا الحصر تبادل البيانات الإلكترونية، أو البريد الإلكتروني، أو البرقية، أو التلكس، أو النسخ.

وبالتالي نجد أن الغاية من الكتابة هو الإثبات، وانعدام ارتباطها قانونياً مع الكتابة الورقية أو أن تكون وفق شكل معين فالأساس هو الغاية وليس الوسيلة المستخدمة أو الشكل إلا أنه يجب توافرها على شروط معينة.

أعطى المشرع الجزائري السندات الإلكترونية نفس الحجية مع نظرتها العادية، لكنه لم يعرف الكتابة الإلكترونية بل عرف الكتابة عموماً بشكل يتضمن معنى الكتابة الإلكترونية، ثم حدد شروط الكتابة الإلكترونية لتمتع بحجية قانونية في الإثبات.⁽¹⁾

تعد الكتابة من أهم طرق الإثبات، لأن إعدادها وقت حصول التصرف القانوني يقربها من الحقيقة، يجعل ما يدون بها أقوى إلى احتمال الصدق منه للكذب، خاصة وأن تطور العلاقات، وتشابكها أدى إلى عجز ذاكرة الإنسان على استيعاب التفاصيل، لاشك أن الكتابة خير وسيلة لقطع الشك باليقين حول شروط ما تم الاتفاق بشأنه بين الأطراف، لأنها تعد مقدمات يعني من وقت حدوث الواقعة القانونية وقبل وقوع أي نزاع بشأنها

¹ - هالة جمال الدين محمد محمود، أحكام الإثبات في عقود التجارة الإلكترونية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2013، ص: 56.

واحتياطها لهذا النزاع، ومنه تعد الكتابة الوسيلة الأكثر فعالية وأمان للأفراد في إثبات ما لهم من حقوق وما عليهم من التزامات على نحو واضح ودقيق، حتى إذا تقادم العهد على الوقعة المثبتة يجعلها في مأمن مما قد يطرأ من نسيان أو وفاة، وبهذا ظهرت الحكمة الإلهية في الأمر بالكتابة بنص القرآن في آية المدائنة لحفظ الحقوق.⁽¹⁾

تتكون الكتابة من بيانات واردة على دعامة، قد تكون ورقية أو أي دعامة أخرى ولكن بشرط أن تؤدي وظيفتها في الإثبات مع التنويه بأن الدعامة الإلكترونية تطرح بعض الصعوبات نظرا لخصوصيتها التقنية.

تعني الكتابة بمعناها الواسع مجموعة الرموز المرئية التي تعبر عن القول أو الفكر، فهي أسلوب للتعبير تتشكل من حروف وبيانات في شكل مادي ظاهر، أو حتى بالرموز المختصرة مادامت مفهومة للمتعاقدين، أو يحتفظان بمفاتيح لهذه الرموز معتمدة منهما.

أما اصطلاحاً فهي تعني فكرة مترابطة صادرة من الشخص الذي نسبت إليه، وقد اتجه الفقه بوجه عام في تعريف الكتابة إلى الأخذ بالمنهج الوظيفي لها، حيث اتجه البعض إلى أن الكتابة تحقق المحافظة على أثر أو دلالة الوقائع أو التصرفات التي يراد تأكيدها، وفي ذات الاتجاه عرف اتجاه آخر من الفقه الدليل الكتابي بأنه ذلك الدليل الذي ينشأ عن أي نوع من المحررات، سواء كانت مخصصة لدى تحريرها لإثبات واقعة قانونية أو لا.⁽²⁾

¹ - الآية 381 من سورة البقرة.

² - حسام الدين عبد الغني، تفسير اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقد البيع الدولي للبضائع، رسالة دكتوراه منشورة على الموقع الإلكتروني:

<http://cisw3:law.pace.edu/cisgarabic/middeast/interperation.htm>.

أما المشرع الجزائري تناول مفهوم الكتابة في المادة 323 مكرر من التقنين المدني الجزائري على أنها مجموعة حروف أو أوصاف أو رموز تحمل مدلولاً معيناً بغض النظر عن الدعامة التي تحملها أو وسيلة انتقالها.

ما يأخذ عن هذا التعريف أنه يحمل في مضمونه معنى الكتابة الإلكترونية طالما أن المشرع لم يضع تعريفاً للدعامة التي تدون عليها الكتابة، المهم أن تكون ذات المعنى والمفهوم، ثم أنه سمح بإرسال الكتابة بأي وسيلة ومنها وسائل التواصل الإلكترونية في القديم وقبل ظهور وتطوير تقنيات المعلومات الحديثة لم هناك وجود للكتابة دون توفر وسائل كلاسيكية قديمة كالورق ولعل المشرع عند صياغة نصوص الإثبات قد تأثر في تلك الفترة بالاعتقاد السائد أن الكتابة تعني الورق، وقد ترتب على هذا الاعتقاد حدوث لبس بين التصرف القانوني وأداة إثباته، كالخلط الحاصل بين الدليل الكتابي والورق، في حين أن الورق لا يمثل سوء دعامة فقط.⁽¹⁾

بعد ظهور وسائل الاتصال الحديثة تغير شكل الكتابة من تقليدية إلى عصرية إلكترونية عليه ظهرت الحاجة لتحديد مفهوم الوثيقة الإلكترونية، فقد عرفها المشرع التونسي على أنها: "هي الوثيقة المتكونة من مجموعة أحرف وأرقام أو أي إشارات رقمية أخرى بما في ذلك تلك المتبادلة عبر وسائل الاتصال، تكون ذات محتوى يمكن فهمه ومحفوظة على حامل إلكتروني يؤمن قراءتها والرجوع إليها عند الحاجة".⁽²⁾

¹ - أبو العزلي أحمد، التجارة الإلكترونية وأحكامها في الفقه الإسلامي، دار النفائس، عمان، ط1، 2008، ص: 99.

² - سامح عبد الواحد، التعاقد الإلكتروني، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، ط1، 2006، ص: 113.

هذا التعريف يستند إلى العناصر المميزة للوثيقة الإلكترونية فمنها ما يتعلق بفحوى

الوثيقة الإلكترونية ومنها ما يتعلق بحفظها شروط تقبل الكتابة كدليل فثبات التعاقد.

الفرع الثاني: شروط الكتابة الإلكترونية

للكتابة دورا هام في الإثبات، لذلك أجمع الفقه والقضاء على وجوب استيفائها

مجموعة من الشروط حتى يمكن الاعتداد بها كدليل كتابي وهي:

أولا- أن تكون الكتابة واضحة:

يشترط في الكتابة أن تدون على حامل أو وسيط يسمح بالكتابة عليه، وأن تكون

مقروءة، وبمعنى أن يكون المحرر الكتابي مدونا بحروف أو رموز أو إشارات معروفة أو

يسهل فكها أو قراءتها، وينصب مضمونها على الواقعة المراد إثباتها حتى يمكن الاحتجاج

بمضمون المحرر المكتوب في مواجهة الغير.⁽¹⁾

يجب أيضا أن تكون الكتابة مفهومة لمن يحتج عليه بها، بحيث يمكن لصاحب

الشأن الوصول إلى إدراك مضمون الكتابة وقراءته بسهولة ويسر، فالقراءة هي عملية فهم

للنص وتأويله لذلك يجب أن يكون المحرر الكتابي مدونا بحروف أو رموز مقروءة ومفهومة

للشخص الذي يراد الاحتجاج عليه بمضمون هذا المحرر.⁽²⁾

تستلزم الكتابة المقروءة الاطلاع على مضمون المحرر بشكل كامل ومباشر، والمعول

عليه في هذا هو قدرة الإنسان على قراءة الكتابة بكل يسر حتى يكون ملما بمضمون المحرر،

¹ - محمد سعيد الرملاوي، التعاقد بالوسائل المستحدثة في الفقه الإسلامي، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ط1، 2007، ص: 176.

² - عباس العبودي، التعاقد عن طريق وسائل الاتصال الفوري وحجيتها في الإثبات المدني، "دراسة مقارنة" مكتبة دار الثقافة، للنشر والتوزيع، ط1، ص: 97.

والجدير بالذكر أن الكتابة على دعامة ورقية تستوفي الإشتراط الخاص بسهولة الاطلاع ولا تحتاج إلى تدخل وسيط، عكس الكتابة في الشكل الإلكتروني التي تطلب استخدام جهاز الحاسوب الآلي وفك التشفير مع استخدام إحدى تقنيات تخزين الكتابة.

أن تكون ثابتة يشترط للاعتداد بالكتابة حتى تؤدي وظيفتها في الإثبات أن يتم تدوينها على وسيط يسمح بثباتها عليه، وحفظها بصورة مستمرة، حتى يمكن لأصحاب الشأن الرجوع إليها إذا لزم الأمر، ويشمل مدلول الثبات بالإضافة إلى مفهوم الدوام، إن فكرتي الاستقراء والبقاء، وبعبارة أخرى يرتبط مفهوم ثبات الكتابة بفكرة حفظ المعلومات لمدة طويلة، وهذا الشرط متوافر في الوسيط الورقي بحكم تكوينه المادي، حيث تعتبر الكتابة المدونة على هذا الوسيط دائمة وثابتة عادة، فضلا على الاحتفاظ بالمعلومات لمدة طويلة.

ثانيا- عدم قابلية الكتابة للتحريف:

لإضفاء حجية الإثبات على المحرر الكتابي التقليدي ألا يقبل التحريف أو التعديل، أو أن يكون خاليا من أي تعديل أو تغيير يطرأ في مضمون المحرر الكتابي الكلاسيكي سواء بالكشط أو بالمحور أو بالتحشير، وغير ذلك من العيوب المادية التي تفقد هذا المحور قيمته القانونية، تحديدا حجيته في الإثبات، أو على الأقل ينقصها بحيث لا يرقى إلى درجة الدليل الكتابي التقليدي الكامل.⁽¹⁾

¹ - أبو الحسن مجاهد، التعاقد عبر الانترنت، دار الكتب القانونية، مصر، ط1، ص: 76.

تعتبر خاصية عدم قابلية الكتابة للتعريف من وسائل تعزيز عنصرَي الأمان والثقة في المحرر الكتابي ومنحه الحجية القانونية، وبالنسبة للدعامة الورقية فإنه من الصعب إدخال تحريف في الكتابة المدونة عليها، دون أن يترك ذلك أثر عليها، يمكن المتشافه بالمناظرة بالعين المجردة، أو من خلال الاستعانة بالخبرة.⁽¹⁾

لقد اختلف الفقه في تحليل طبيعة خاصة عدم قابلية الكتابة التقليدية للتحريف ومدى اعتبارها من وظائف الكتابة، فالبعض ذهب إلى أن تلك الخاصية ليست شرطاً مطلقاً، بدليل أنه يمكن قبول المحررات المكتوبة بقلم الرصاص في مجال الإثبات في بعض الأنظمة القانونية، بالرغم من أنه يمكن محو الكتابة دون أن تتحرك أثراً على الدعامة الورقية، فمثلاً قضت محكمة استئناف Expovance الفرنسية بالاعتراف بصحة الوصية الخطية المحررة والموقعة بقلم الرصاص متى كان من الثابت أن الكتابة والتوقيع كليهما كانتا بيد الموصي وهو راعي فقير لم يكن يملك سوى قلم رصاص لكتابة وصيته وقد بدأت محكمة النقض الفرنسية هذا الاتجاه في حكم حديث لها بخصوص الكفالة المحررة بقلم الرصاص، حيث قضت بأنه لا يوجد مبدأ أو نص في القانون يحد من استخدام قلم الرصاص في محرر عرفي.⁽²⁾

أكد جانب آخر من الفقه على هذا الاتجاه حين ذهب غلى اعتبار عدم القابلية للتحريف بمثابة شرط لفاعلية الكتابة، ولا يعد ذلك من وظائف الكتابة، لأن هذا الشرط

¹ - محمد فواز، الوجيز في عقود التجارة الإلكترونية، أركانه، إثباته، القانون الواجب التطبيب حمياته "التشفير التوقيع الإلكتروني، دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ط1، ص: 82.

² - محمد نجيب المغربي، أسس التعاقد بالوسائل المستحدثة دراسة مقارنة" في الفقه الإسلامي والقانون المدني، دار النهضة العربية، القاهرة، ط1، ص: 106.

يتصل بموثوقية البيانات وتوثيقها، ولا يتعلق بماهية الكتابة، وحتى بالنسبة للكتابة التقليدية فإن خاصية عدم التعديل أو عدم التحريف، بالرغم من دورها في إطار فعالية الكتابة في مجال الإثبات، فإن ذلك لا يرجع إلى طبيعة الكتابة، وإنما مرد ذلك الخصائص المميزة للدعامة الورقية.⁽¹⁾

ثالثا- أن يكون المحرر الكتابي مقروءا:

يجب أن يكون المحرر مفهوما وواضحا ومقروءا سواء كان حروف أو رموز حيث يمكن الاستناد إليه لاحقا في مواجهة الآخرين، فالمحرر الإلكتروني يتم تحريره عن طريق وسائط وألات إلكترونية يتم عن طريقها تحويل الحروف إلى رموز يتم نقلها بشكل مقروء ومفهوم.⁽²⁾

رابعا- الاستمرارية:

يجب أن يتمتع هذا المحرر بالاستمرارية حتى لا يتسنى الرجوع إليه عند الحاجة وهذا ما أشارت إليه المادة 10 الفقرة 01 من قانون الأونسيترال وهي بصدد ذكر الشروط الواجب توافرها في المستند الإلكتروني للإعتدافية، في أن الاطلاع على المعلومات الواردة فيها على نحو يتيح استخدامها في الرجوع إليها لاحقا.

¹ - حوحيمة، عقد البيع الإلكتروني، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه في العلوم، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، السنة الجامعية 2011 / 2012، ص: 05.

² - محمد ابراهيم أبو الهيجاء، عقود التجارة الإلكترونية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ط03، 2017، ص 127.

وبالنظر إلى ما يميز المستندات الإلكترونية في القدرة على الاحتفاظ بالبيانات المخزنة لفترات طويلة تسمح بالرجوع لها كلما تطلب الأمر على عكس المحررات الورقية المعرضة للتلف والحرق والتآكل والرطوبة مما قد يفقدها المعلومات المخزنة فيها.

خامسا- الإثبات:

هذه الميزة تعني حفظ المحرر بدون تعديلات أو حذف أو إضافة حتى يعتد بالمحرر الإلكتروني على حفظ البيانات بالشكل الذي أنشئت عليه واتفاق الطرفين.

إلا أن طبيعة المحررات الإلكترونية تجعلها عرضة للتعديل أو الحذف دون أثر لهذا اشترطت مجموع من التشريعات على ضرورة توافر مجموعة من الضوابط لحماية المحرر الإلكتروني وذلك بـ:

1- تقديم نسخة أصلية أو عقد أو مستند أو وثيقة محررة إلكترونيا وحفظها بالشكل الذي تم الاتفاق علي وعدم إجراء أي تعديل في محتوى العقد.

2- عملية الحفظ تجعل المحرر قابل الرجوع إليه وقت الحاجة دون أي حواجز أو ضوابط.

3- تقييد وقت إرسال المحرر وتاريخه وشكل إرساله وتسلمه.

والأمر الجدير بالإشارة هو شرط التوقيع الذي يسمح بالاستناد للمحرر الإلكتروني كدليل إثبات كامل، لهذا لا بد أن يكون ممهورا بتوقيع من يحاج عليه بالسند، ويأخذ شكل إلكتروني يتوافق مع طبيعة المحرر.

المطلب الثاني

تحديات ومعايير الاعتراف بالكتابة الإلكترونية

عند تطبيق الشروط السابقة على الكتابة الإلكترونية نجد بعض الصعوبات بالمقابل يقترح الفقه بعض المعايير للاعتراف بالكتابة الإلكترونية واعتبارها من قبيل الكتابة المعدة للإثبات.

سنحاول من خلال هذا المطلب دراسة صعوبات استخدام الكتابة الإلكترونية (الفرع الأول)، وعرض أهم المعايير للاعتراف بالكتابة الإلكترونية (الفرع الثاني).

الفرع الأول: صعوبات استخدام الكتابة الإلكترونية

تتسم الكتابة بعدد من خصائص، تثير بعض الصعوبات في التطبيق تجعلها لا تستجيب لقواعد نظام الإثبات التقليدية المنظمة لأحكام الدليل الكتابي الكامل، وهي: عدم وجود الدعائم المادية يتميز المحرر الإلكتروني بأن الكتابة المدونة ترد على وسيط أو دعامة مادية للمحرر الإلكتروني، بخلاف المحرر التقليدي الذي يدون على دعامة ورقية ذات طابع مادي ملموس.⁽¹⁾

أما إذا كان المحرر ينشأ من ارتباط الكتابة بالدعامة، ويمكن ملاحظة ذلك بكل وضوح بالنسبة للمحرر التقليدي أو الورقي، حيث هناك ارتباط وثيق الصلة بين الكتابة التقليدية والدعائم وأدوات التخزين وهي في الغالب تكون عبارة عن أوراق.⁽²⁾

¹ - عمر خالد زريقات، عقود التجارة الإلكترونية عقد البيع الإلكتروني دراسة تحليلية، دار حامد، ط01، 2007، ص: 109.

² - أسامة أحمد بدر، حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة للنشر والتوزيع، ص: 182.

إن المحرر الإلكتروني يفترض نوعاً من استقلالية للكتابة عن الدعائم لغير المادية المدونة عليها، ذلك أن مضمون المحرر يسجل في البداية على دعامة محددة كالذاكرة الإلكترونية للحاسوب أو الأقراص المدمجة أو المرنة أو الضوئية... الخ، ولكن من وقت لآخر يمكن أن ينفصل مضمون المحرر عن أداة التخزين الرئيسية، وينتقل إلى أداة أو دعائم أخرى.⁽¹⁾

أولاً- إمكانية تعديل وتغيير الكتابة الإلكترونية دون ترك الأثر:

إن الكتابة الإلكترونية تتيح إمكانية تعديل مضمونها بكل سهولة سواء بالإضافة أو الحذف أو حتى التغيير عن طريق وسائل تقنية متعددة لبرامج معالجة البيانات، وكذلك من المخاطر التي تهدد سلامة تخزين البيانات والمعلومات المتضمنة في المحرر الإلكتروني، كما يمكن تحريف كل أو بعض تلك المعلومات دون ترك أي أثر ملحوظ حتى يكشف عن هذا التلاعب وخاصة إذا قام بذلك خبير أو مهني متمكن في المعلوماتية وأيضا يمكن أن يتم حذف معلومات المحرر كلها أو بعضها بسبب الخلل الفني أو التقني في الأجهزة المستعملة التي تهدد سلامة تخزين المعلومات، أو بفعل فاعل مثل إطلاق الفيروس عن البرنامج المعلوماتي لاختراقه أو لتدميره.⁽²⁾

¹ - يزيد أنيس نصير، التطابق بين القبول والإيجاب في القانون الأردني والمقارن، مجلة الحقوق، مجلس النشر العلمي، 04ع، ديسمبر 2009، ص: 75.

² - السهوري عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، مج 01، نظرية الإلتزام بوجه عام، ص: 231 وما بعدها.

ثانيا- قابلية الكتابة للتلف بسرعة:

يشترط للاعتداد بالكتابة كدليل كامل في مجال الإثبات، أن تسمح لدعائم المدونة عليها بثباتها أو الإبقاء عليها وحفظها كما هي، وبصورة مستمرة لكي يستثني الرجوع إليها عند الحاجة، ولكن لا يعني ذلك أن تستمر الدعامة للأبد وإنما يجب أن تدوم الكتابة المدة اللازمة لانقضاء الالتزام بالتقادم ولكن هذه الخاصية لا تتوافر في الكتابة الإلكترونية، لأن الدعائم الإلكترونية بوجه عام تتسم بالحساسية الشديدة، مما يجعلها عرضة للتلف وتدمير ما عليها من بيانات ومعلومات، سواء لأسباب فنية بحتة، كسوء التخزين أو حدوث أعطال، أو بسبب مخاطر الخطأ الفني في إدخال البيانات وتصميم البرامج ونقل المعلومة من دعامة إلى أخرى.⁽¹⁾

الفرع الثاني: معايير الاعتداد بالكتابة الإلكترونية

هناك عدة مبادئ أساسية أهمها، مبدأ عدم التمييز القانوني ضد الوسائل الإلكترونية وهو واضح بذاته، ثم مبدأ نهج النظر الوظيفي ومبدأ الحياد التقني.

أولاً- مبدأ النظر الوظيفي:

إن مفهوم الكتابة الإلكترونية يجب أن يتم تحديده في ضوء وظيفة الكتابة أو الغرض منها، وليس على نوع الدعائم أو شيء آخر، ولا بشكل الحروف والرموز المستخدمة، وهو ما يشار إليه بمبدأ النظر الوظيفي الذي يقوم على التحليل الدقيق لأغراض القواعد القانونية المنظمة للكتابة الورقية، ثم البحث في كيفية تحقيق هذه الأراض أو أداء تلك

¹ - منصور الصرايرة، الإطار القانوني للعقد المبرم عبر وسائل الاتصال الإلكترونية دراسة في التشريع الأردني، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، مج 25، ع 2، ص: 42.

الوظائف عند استخدام وسائل التقنيات الحديثة للاتصال الإلكتروني، أي يهدف مفهوم النظر الوظيفي إلى تحليل الوظائف التي تؤديها الكتابة الخطية، ثم نقلها لأي دعامة أخرى قابلة لإنتاج ذات الوظائف.⁽¹⁾

يعتمد منهج النظر الوظيفي على إبراز الوظائف الأساسية كشرط قانوني للمحرر الورقي، وذلك بهدف إيجاد معايير موضوعية محددة، ثم البحث في مدى إمكانية أن تلبى إحدى التقنيات الكتابة في الشكل الإلكتروني تلك المعايير، وإذا تمكنت إحدى مخرجات الحاسب الآلي من استيفائها، فأنها تمنح المستوى ذاته من الاعتراف الذي يتمتع به المحرر الورقي المقابل الذي يؤدي الوظيفة ذاتها، ولتوضيح ذلك فإن وظائف المحرر الورقي تتحدد في أن يكون مقروءاً للجميع، واستنساخه لعدة نسخ بيد كل طرف نسخة، ثم إبقاء المحرر سليماً خالياً من أي تحويل في مضمونه إلى حين انقضائه بالتنفيذ أو بالتقادم فإن مخرجات الحواسيب الآلية ودون تحديد لأي شكل إلكتروني معين مكافئ لأي سند ورقي إذا استطاعت أي منها أن تنهض بهذه الوظائف، فأنها توفر نفس المستوى من الأمان والثقة اللذان يوفرهما الورق، وبالتالي تكتسب الحجية التي يحظى بها المحرر الورقي طالما تكفل وباستمرار تحقيق تلك الوظائف في البيئة الإلكترونية.⁽²⁾

إن إتباع منهج النظر الوظيفي للمحركات الإلكترونية بالإضافة إلى أنه بمقدورها أن تؤدي إلى وظائف المحرر الورقي كاملة، فأنها توفر في لغالب درجة أكبر من الموثوقية

¹ - محمد السعدي رشدي، التعاقد بوسائل الاتصال الحديثة مع التركيز على البيع بواسطة التليفزيون، مطبوعات جامعة الكويت، ص: 98.

² - محمد حسن قاسم، التعاقد عن بعد، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، دار الجامعة الجديدة، كلية الحقوق جامعة الإسكندرية، ع 02، ص: 81.

والسرعة، خاصة ما يتعلق بتحديد مصدر البيانات ومضمونها إذا استوفت عددا من الشروط القانونية والتقنية، ولكن يجب ألا يؤدي ذلك إلى فرض معايير فنية على مستخدمي الوسائل التقنية أشد مما تفرضه الإشتراطات القانونية للتعامل بالمستندات الورقية.

ثانيا- مبدأ الحياد التقني:

يهدف هذا المبدأ إلى اتباع منهج مرن فيما يتعلق بالتقنيات المستخدمة في الكتابة أو التوقيع، وذلك في عدم تفضيل تقنية معينة، حتى ولو حققت درجة أكبر من الأمان والثقة، وذلك بغرض إتاحة الفرصة لاستيعاب ما سيتم تطويره في مجال تقنيات الكتابة ودعمها في المستقبل، كما أن مضاد هذا المبدأ أيضا عدم التمييز ضد أي نوع من الكتابة على أساس الدعامة التي تقع عليها، وهو ما يسمى بمبدأ الحياد بين الوسائط، أي جميع التقنيات "التكنولوجيات" ستنال نفس الفرصة لاستيفاء الشروط اللازمة للاعتراف القانوني بها، وبالتالي ينبغي ألا يكون هناك اختلاف في المعاملة بين تقنيات أو دعامة الكتابة شريطة أن تستوفي الشروط الأساسية لأداء وظيفة الكتابة.⁽¹⁾

كما اتجه أحد الفقهاء إلى أنه يمكن ضبط مبدأ الحياد التقني بالنسبة بتعريف الكتابة من زاويتين، تتمثل الأولى في أن هذا المفهوم يفترض بداية عدم البحث عن تفصيل لتقنية عن أخرى، فالتقنيات الحديثة تقابل الورق والعكس صحيح، وأما الثانية فإنه

¹ -Mathieu Berguid, L'usurpation d'identité sur internet mémoire de DESS, 2000-2001, Université, Paris II, (panthéon-Assas), P 07.

يعتقد أن المعالجة الآلية لمحرر ما تستقل عن الدعامة المستخدمة، ويجب أن تأول وتقيم قانونا بالإشارة لطبيعة محتواها وبدون الإشارة المباشرة لدعامةها.

المبحث الثاني

التوقيع الإلكتروني وأثره على التعاقد

يحتل التوقيع الإلكتروني مجالاً واسعاً في فروع القانون المختلفة سواءً في مسائل القانون العام أو القانون الخاص، كما أن عوامل التطور وما مسها من تحول رقمي مبني على دائم إلكترونية خاصة مع ظهور الحواسيب، والوسائط المتعددة والأنترنيت لا يتفق في الواقع العملي مع فكرة التوقيع التقليدي، لأن معظم المعاملات المالية والتجارية تتم عن طريق وسائل الاتصال التكنولوجية معتمدة في ذلك على الكتابة الإلكترونية والمحركات الإلكترونية، لهذا من المهم توثيق هذه المحررات من طرف المتعاقدين بواسطة التوقيع الإلكتروني لهذا سنقسم هذا المبحث إلى مطلبين مفهوم التوقيع الإلكتروني (المطلب الأول)، قدرة التوقيع الإلكتروني في نقل التعبير عن إرادة الموقع (المطلب الثاني).

المطلب الأول

مفهوم التوقيع الإلكتروني

لم يحدد المشرع مفهوماً واضحاً للتوقيع على الرغم من أهميته في الإثبات حيث أنه لم يحدد أشكالاً معينة يتم بموجبها التوقيع على المحررات وهذا دليل على اهتمام المشرع بوظيفة التوقيع لا على شكله، فالمعاملات الإلكترونية كما سبق القول أنها تتم بين

أشخاص عن بعد وقد لا يعرف بعضهم الآخر. لهذا يجب توفير ضمانات تحدد هوية المتعاملين ما أوجد التوقيع الإلكتروني الناتج عن اتباع إجراءات محددة تؤدي في النهاية إلى إبرام العقد سنتناول من خلال هذا المطلب تعريف التوقيع الإلكتروني (الفرع الأول)، ونتحدث عن صورته وفهم شروطه (الفرع الثاني)، وحجية التوقيع الإلكتروني (الفرع الثالث).

الفرع الأول: تعريف التوقيع الإلكتروني

إن ما نعيشه من تطور تكنولوجي يفرض علينا اتباع المستهلك بأن هناك قانون يحميه ويحافظ على مصالحه جراء إبرامه لمختلف العقود والصفقات عبر وسائل الاتصال الحديثة لتوفير جانب من الشقة والخصوصية لهذه الوسيلة المستحدثة والتشجيع على المعاملات الإلكترونية خاصة في الآونة الأخيرة ونظرا لصعوبة المعاملات المباشرة في ظل تفشي وباء كوفيد19.⁽¹⁾

أولا- تعريف التوقيع الإلكتروني في التشريعات الدولية:

لقد أورد التوجيه الأوروبي في نصوصه مستويين للتوقيع الإلكتروني:

المستوى الأول: يعرف بالتوقيع الإلكتروني البسيط، وهذا التوقيع حسب نص المادة

2 من التوجيه يعرف بأنه: "معلومة يأخذ شكلا إلكترونيا تقترن بشكل منطقي ببيانات

أخرى إلكترونية، والذي يشكل أساس منهج التوثيق".⁽²⁾

¹ - حسينية شروم وصونية مقري، المرجع السابق، ص: 618.

² - إكرام الرفيعي، المرجع السابق، ص: 1676.

المستوى الثاني: فهو التوقيع الإلكتروني المسبق أم المتقدم، وهو توقيع يرتبط بشكل غير قابل للفصل بالنص الموقع ولكي يتصف التوقيع الإلكتروني بأنه توقيع متقدم، يجب أن يلبي الشروط التالية:

- 1- أن يرتبط وبشكل منفرد بصاحب التوقيع.
- 2- أن يتيح كشف هوية صاحب التوقيع.
- 3- أن ينشأ من خلال وسائل موضوعه تحت رقابة صاحب التوقيع.
- 4- أن يرتبط بالبيانات التي وضع عليها التوقيع إلى درجة أن أي تعديل لاحق للبيانات يمكن كشفه.

أما قانون الأنسترال النموذجي بشأن التوقيعات الإلكترونية فقد جاء في نص المادة الثانية: أن التوقيع الإلكتروني يقصد به:

بيانات في شكل إلكتروني درجة برسالة أو مضافة عليها أو مرتبطة بها منطقياً، حيث يمكن أن تستخدم لبيان هوية الموقع بالنسبة لهذه الرسالة ولبيان موافقته على المعلومات الواردة في الرسالة.⁽¹⁾

المأخوذ على هذا التعريف أن قانون الأنسترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية أنه لم يعرف التوقيع الإلكتروني، وذلك باعتداد التجارة الإلكترونية قائم على تعامل افتراضي يعتمد على توقيع إلكتروني، لأنه يشير إلى وظائف التوقيع، لذا نصت المادة

¹ - حليتم سراج، المرجع السابق، ص: 744.

السابقة في فقرتها الأولى على التالي: "عندما يشترط القانون وجود توقيع من شخص، يستوفي ذلك الشرط بالنسبة لرسالة البيانات إذا:

- استخدمت طريقة لتعيين هوية ذلك الشخص، والتدليل على موافقة ذلك الشخص على المعلومات الواردة في رسالة البيانات.

- كانت تلك الطريق جديرة بالتعويل عليها بالقدر المناسب للغرض الذي أنشئت أو أبلغت من أجله رسالة البيانات، وفي كل الظروف بما في ذلك أي اتفاق متصل بالأمر.

فالجدير بالملاحظة أنه من خلال هذه المادة فقد وضع القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية البنية الأساسية التي يقوم عليها التوقيع الإلكتروني.⁽¹⁾

ثانيا- تعريف التوقيع الإلكتروني في التشريعات الوطنية:

لقد كان التحول من التوقيع التقليدي إلى التوقيع الإلكتروني أثرا إيجابيا على التشريع الجزائري، فقد اعترف المشرع الجزائري اعترافا صريح بمسألتني:

أولا- تعديله للقانون المدني بموجب القانون لرقم 05-10 المؤرخ في 20/05/2006 المعدل والمتمم للأمر رقم 58/75 المؤرخ في 26/09/1975 والمتضمن القانون المدني المعدل والمتمم وهذا بالإضافة للمواد 323 مكرر، 323 مكرر1، والمادة 327.

بالإضافة إلى إصدار مرسوما تنفيذيا رقم 162/07 المؤرخ في 30/05/2007 المعدل والمتمم للمرسوم التنفيذي رقم 01-123 المؤرخ في 09/05/2001 والمتعلق بنظام الاستغلال المطبق على كل نوع من أنواع الشبكات بها فيها اللاسلكية الكهربائية وعلى مختلف خدمات

¹ - إكرام الرفيعة، المرجع السابق، ص: 1679.

المواصلات السلوكية واللاسلكية، وقد جاء من خلال نص المادة 31 مكرر من هذا المرسوم

تعرف صراحة كل من التوقيع الإلكتروني وكذا التوقيع الإلكتروني المؤمن بقولها:

التوقيع الإلكتروني هو معطي ينجم عن استخدام أسلوب عمل ستجيب للشروط

المحدد في المادتين 323 مكرر و323 مكرر 1 من المرقم 58/73 المتضمن القانون المدني.

يعرف التوقيع الإلكتروني في المادة 2 الفقرة 1 من القانون 04-15⁽¹⁾، بأنه بيانات

إلكترونية في شكل إلكتروني، مرفقة أو مرتبطة منطقياً ببيانات إلكترونية أخرى، تستعمل

كوسيلة توثيق، في حين عرفت المادة 7 التوقيع الإلكتروني الموصوف بأنه: التوقيع

الإلكتروني الموصوف هو التوقيع الإلكتروني الذي تتوفر فيه المتطلبات الآتية:

- أن ينشأ على أساس شهادة تصديق إلكتروني موصوفة.

- أن يرتبط بالموقع دون سواه.

- أن يمكن من تحديد هوية الموقع.

- أن يكون مصمماً بواسطة آلة مؤمنة خاصة بإنشاء التوقيع الإلكتروني.

- أن يكون منشأ بواسطة وسائل تكون تحت التحكم الحصري للموقع.

- أن يكون مرتبطاً بالبيانات الخاصة به، بحيث يمكن الكشف عن التغييرات اللاحقة

بهذه البيانات.

¹ - قانون رقم 04-15 مؤرخ في 1 فبراير 2015، يحدد لقواعد العامة المتعلقة بالتوقيع وتصديق الإلكترونيين، ج ر ج ع 06، الصادر في 2015/02/10.

الفرع الثاني: شروط التوقيع الإلكتروني

يقصد بالتوقيع العلامة الخطية التي يضعها شخص على سند مكتوب حيث يعبر عن طريقها عن انصراف إرادته إلى ما هو بصدد الانعقاد عليه، فهو الإشارة المدرجة بشكل إلكتروني وتكون إما على شكل حرف أو رمز أو رقم أو غير ذلك من البيانات التي لا تدع مجالاً للشك في نسبتها لمن صدرت عنه.

وبالتالي نجد أن التوقيع الإلكتروني يحتوي على مجموعة عناصر أو الشروط لا تختلف عن التوقيع التقليدي ليعتد به في الإثبات⁽¹⁾.

أولاً- أن يكون التوقيع خاص بصاحبه:

فالتوقيع يدل على صاحبه حتى يحقق غايته في الإثبات، وهو ما جاء ضمن قانون الاونيسترال في معرض حديثه عن الشروط التي من الواجب توافرها في التوقيع على العقد: وفقاً لنص المادة 7 الفقرة أعلى "أن" إذا ما استخدمت طريقة لتعيين هوية ذلك الشخص.

ثانياً - أن يكون التوقيع مقروءاً ومستمراً:

بما أن التوقيع هو شكل من أشكال الكتابة فهو يخضع لذلك لشروط هذه الأخيرة ومن أبرزها ان يكون مقروءاً أو مستمراً إما بشكل مباشر أو عن طريق آلة أو وسيط إلكتروني.

¹ - شادي رمضان إبراهيم الطنطاوي، المرجع السابق، ص 273 وما بعدها.

ثالثا- أن يكون مرتبطا بالعقد:

يجب أن يتصل التوقيع مباشرة مع العقد وكامل جرى عليه العرف أن يكون التوقيع

في آخر المحرر أو العقد دليلا على رضا المتعاقد على ما سبق تحريره في العقد.

الفرع الثالث: حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات

لتبيان التوقيع الإلكتروني من الواجب علينا عرض أشكال التوقيع الإلكتروني كالتالي:

أولا- الرقم السري والبطاقات الممغنطة في التوقيع:

وكانت من خلال استخدام أجهزة الصرف الآلية لسدادا قيمة المشتريات عن طريق

التحويل المباشر من حساب المشاري إلى حساب البائع، وتكون البطاقة برقم سري خاص

بصاحبها فبمجرد إدراج ذلك الرقم السري يتمكن البنك من القيام بعملية السحب.

ثانيا- التوقيع الإلكتروني بخط اليد:

فهي تنسخ صورة التوقيع باستخدام ماسح ضوئي حيث يحفظ التوقيع في جهاز

الحساب الخاص بالموقع أو على قرص مرن والقيام بعدها بنسخ صورة التوقيع على العقد

أو المحرر إلا أن هذا النوع من التوقيع، حيث لا يوجد أي حماية قانونية يستند إليها في

إثبات التزوير لهذا لا يمكن أن يعتد بهذا التوقيع كدليل كامل للإثبات¹⁰.

ثالثا- النقر على أحد المفاتيح الإلكترونية على خانات تفيد قبول التعاقد أو عدم التعاقد:

فبمجرد النقر على هذا الزر التي تحويه لوحة المفاتيح إما ينعقد العقد أو يلغى

التعاقد، وهذا يعتبر نوع من التوقيع الذي يضمن تنفيذ العقد.

¹ - شادي رمضان ابراهيم الطنطاوي، المرجع السابق، ص275.

رابعاً- التوقيع البيومتري:

يحمل هذا النوع من التوقيع على ميزات مرتبطة بالشخص كالبصمة والصوت وبصمة الشبكية العين أو الإصبع فهي تتعلق بالمظهر الخارجي للإنسان، إلا أن اللجوء إلى هذا التوقيع ذو تكلفة باهظة حيث من الصعب استعماله في كل العقود الإلكترونية التجارية الذي يتطلب توافر نفس المعدات والأجهزة للمستهلكين، فهذا يستعمل غالباً في الإدارات والمؤسسات الكبرى⁽¹⁾

خامساً- التوقيع الرقمي:

وفقاً لما جاء في نص المادة 4 من مشروع القواعد الموحدة للتوقيعات الإلكترونية، قيمة تصميم بها رسالة البيانات بحيث تجعل من الممكن تحديد موقع صاحب التوقيع بدقة مع ضمان حفظ المحرر دون تدخل الغير وهو ما يحقق شروط قانونية يعتد به في الإثبات.

المطلب الثاني

قدرة التوقيع الإلكتروني في نقل التعبير عن إرادة الموقع

يحب على التوقيع أن يعكس إرادة الموقع وإرادته في إبرام العقد وهذا لضمان صحة المحرر والعقد الإلكتروني، فلا بد أن يحتوي التوقيع الإلكتروني على نقل إرادة المتعاقد الحقيقية إذا ما تم اتباع الأساليب الأمنية لحماية إرادة المتعاقد أثناء نقلها من جهاز لآخر⁽²⁾.

¹ - محمد ابراهيم أبو الهيجاء، المرجع السابق، ص 133.

² - شادي رمضان إبراهيم الطنطاوي، المرجع السابق، ص 277.

لقد ظهر مصطلح إلكتروني لأول مرة في القانون المدني الجزائري في 2005 بمناسبة تعديل المشرع لهذا القانون، وكان ذلك في المادتين 323 مكرر 1 و327 منه ويستفاد من هذه المواد اعتراف المشرع الصريح بالسندات الإلكترونية وإلحاقها بنظرية من السندات العادية في مسألة الحجية في إثبات وكذا اعترافه بفكرة التوقيع الإلكتروني.

نشير أيضا إلى أن المشرع الجزائري في المادة 69 من قانون النقد والقرض 11-03 اعترف بإمكانية استعمال كافة وسائل الدفع التي تسمح للأشخاص بتحويل أموالهم مهما كانت الدعامة أو الطريقة المستعملة في ذلك.

فيعتبر القانون 15-06 المتضمن الموافق على الأمر 11-03 المتعلق بالنقد والقرض أول قانون جزائري تضمن التعامل الإلكتروني الحديث في القطاع المصرفي، وبعد ذلك وبصدر الأمر 05-06 المؤرخ بتاريخ 23 أوت 2005 المتعلق بمكافحة التهريب وفي مادته الثالثة استعمل صراحة مصطلح وسائل الدفع الإلكتروني حيث اعتبرها المشرع من بين التدابير والإجراءات الوقائية لمكافحة التهريب.

حيث انتقل المشرع من مصطلح مهما يكن السند أو الأسلوب التقني المستعمل الوارد في نص المادة 69 من قانون النقد والقرض إلى مصطلح أكثر دقة المتمثل في "وسائل الدفع الإلكتروني" الوارد في النص 036 من الأمر 05-06 المذكور أعلاه وأخيرا استحدث المشرع الجزائري لفكرة البوابة الإلكترونية في مادة الصفقات العمومية.

سنحاول من خلال هذا المطلب دراسة الاعتراف الصريح بالسندات والتوقيع الإلكترونيين (الفرع الأول)، حجية السند الإلكتروني (الفرع الثاني).

الفرع الأول: الاعتراف الصريح بالسندات والتوقيع الإلكترونيين

أخذت الكتابة من بين الأدلة القانونية منزلة متقدمة وتحديدا في المسائل والتصرفات العقدية، ففي النظام اللاتيني المتمثل في القانون الفرنسي والقانون المصرفي والجزائري تمثل الكتابة أقوى الأدلة، في حين بقي للشهادة الشهود هذه المنزلة في النظام الأنجلو أمريكي ونموذجيه المتمثلين في القانون الأمريكي والبريطاني بدرجات متفاوتة بينهما. وعلى ضوء استخدام الدعامات الإلكترونية بدل الورق، ظهر مفهوم السندات الإلكترونية أو الكتابة الإلكترونية، وبالنسبة للمشرع الجزائري تبنى صراحة مفهوم الكتابة والتوقيع الإلكتروني في إثبات العقد على النحو التالي:

" نص المادة 323 مكرر 1 من التقنين المدني الجزائري ما يلي:

" يعتبر الإثبات بالكتابة في شكل الإلكتروني كالإثبات بالكتابة على الورق، بشرط إمكانية التأكد من هوية الشخص الذي أصدرها وأن تكون معدة ومحفوظة في ظروف تضمن سلامتها.

- نص المادة 2/327 من التقنين المدني الجزائري ما يلي: "ويعقد بالتوقيع الإلكتروني

وفق الشروط المذكورة في المادة 323 مكرر 1 أعلاه".

عند استقراء هاتين المادتين، نجد أن المشرع الجزائري بين الكتابة الإلكترونية والورقية في الإثبات، وبين شروط الاعتداد بالكتابة الإلكترونية دون أن يقدم تعريفا لها، كما أنه اعترف بالتوقيع الإلكتروني كذلك.

إلحاق السندات الإلكترونية بنظيرها من السندات العادية في مسألة الحجية في الإثبات:

- يكون الإثبات في المواد المدنية بالكتابة كقاعدة عامة إلا ما استثنى لأسباب معقولة أو لتعذر الحصول على الكتابة، غير أن التطور التقني لوسائل الاتصال وتكنولوجيا المعلومات أدى إلى ظهور كتابة على دعوات غير مادية، غير أن هناك صعوبات تقنية يطرحها استخدام هذا الشكل الجديد للكتابة في سبيل تحقيقها لوظائف الكتابة التقليدية، وهو أمر دعا المشرع إلى إعادة النظر في القواعد التقليدية للإثبات لاستيعاب التقنيات الحديثة للكتابة.

الفرع الثاني: حجية السند الإلكتروني

جاء قبول الكتابة في الشكل الإلكتروني في المادة 323 مكرر 1 ق م ج وترتيباً على ذلك لا يجوز للقاضي أن يرفض ما ورد في المحرر الإلكتروني لمجرد أنه ورد في الشكل الإلكتروني، وبذلك يكون القانون الجزائري قد اعتمد منهج النظير الوظيفي فيما يتعلق بقبول الكتابة، وقد استهدف المشرع من وراء هذا النص إزالة كل ما من شأنه أن يثير الشكوك حول القيمة القانونية للكتابة الإلكترونية، بالإضافة إلى أن هذا الاعتراف القانوني للكتابة الإلكترونية قد حقق نوعاً من التقارب مع الوظائف التقليدية للكتابة الورقية، بهدف نقلها واستخدامها في البيئة الإلكترونية.⁽¹⁾

إن السندات الإلكترونية لا بد أن تستوفي مجموعة من الشروط حتى تكون لها الحجية الإثبات وهي شروط عامه (أولاً) وشروط خاصة (ثانياً) كما سنتطرق إلى السندات الإلكترونية وقيمتها الثبوتية (ثالثاً).

¹ -Barbant (y) et Pottier (L), sécurité authentification et dématérialisation de la preuve dans les transactions juridique (1^{er} partie), la problématique juridique des échanges électronique face à la preuve, Gaz, pal 4 avril 2012 , P 74.

أولاً- الشروط العامة للسندات الإلكترونية:

وتتمثل في قابلية السندات الإلكترونية للقراءة والاطلاع عليه كما أن الحفاظ على سلامه البيانات الإلكترونية بشكل يحميها من أي تحريف أو تعديل في بياناته يعتبر من أهم الشروط العامة.⁽¹⁾

ثانياً- الشروط الخاصة:

للسندات الإلكترونية بعد أن يحقق السند الإلكتروني شروط قبوله أمام القضاء والاعتداء به والاعتداد به كدليل يتم البحث في مدى تأثيره وقدرته في الإثبات لهذا وجب أن يكون هناك إمكانية لتحديد هوية المنشئ للسنة الإلكترونية وإن شاء هذا الأخير وحفظه في ظروف تضمن سلامته.⁽²⁾

ثالثاً- السندات الإلكترونية وقيمتها الثبوتية:

تصنف إلى سندات الكترونية عادية (أولاً) أو سندات إلكترونية رسمية (ثانياً).

1- حجية السندات الإلكترونية العادية:

فهي السندات الإلكترونية الموقعة توقيعاً رقمياً حيث يعتبر الوسيلة التي تعطي القيمة والقوة الثبوتية للسند الإلكتروني دليل لإثبات التعاقد.⁽³⁾

¹ - علي رحال، حجية المحررات الإلكترونية في الإثبات على ضوء التشريع الجزائري والتشريع المقارن، مجلة طبنة للدراسات العلمية والأكاديمية، مج 04، ع 02، ص: 299.

² - نفس المرجع، ص: 310.

³ - بركات رياض وسيكة محمد الصغير، حجية المحررات التوثيقية في القانون الجزائري وطرق الطعن فيها، مجلة القانون العقاري والبيئة، مج 10، ع 01، 2022، ص: 399.

2- حجية السندات الإلكترونية الرسمية:

وهي السندات الإلكترونية التي تكتسي طابعا رسميا بمجرد التوقيع الإلكتروني عليها متى كان ظاهره يدل على أنه سند رسمي يبقى محتفظا بصفته الرسمية ما لم يثبت ذو المصلحة انتفاء صفة الرسمية عنها لكونه مشوبا بالبطلان أو بالطعن أو بعد الطعن فيه بالتزوير ويترتب على بطلان السند الإلكتروني الرسمي تحوله لسند إلكتروني عادي⁽¹⁾.

وعليه يمكن القول أن السند الإلكتروني يتمتع بذات الحجية التي تتمتع بها حجية السندات الورقية.

¹ - بركات رياض وسيكة محمد الصغير، نفس المرجع، ص: 405.

خلاصة الفصل الثاني

لقد كان للتطور تأثيرا بارزا على مختلف الأنظمة التشريعية في شتى المجالات، إلا أن أثره على قواعد العقود والإثبات خاصة هو الأساسي في جميع القواعد المنظمة للتشريعات المعلوماتية باعتبارها الأصل الذي تتفرع عنه جل القواعد الأخرى، ويعتبر هذا المجال أوسع وأشمل لجميع المجالات في التعاملات الإلكترونية، وعلى ذلك تحتل التشريعات المنظمة لأحكام العقود والإثبات الإلكتروني الصدارة من خلال توالي التشريعات والاتفاقيات المنظمة لذلك.

خاتمة

لقد كان للتطور التكنولوجي وثورة المعلومات أثرا بالغاً على مختلف العلاقات القانونية عامة والعلاقات العقدية خاصة، لهذا سعت الجزائر جاهدة من خلال توجه نحو اعتماد رقمنة الميادين وتدعيمها بالوسائل الإلكترونية كخطوة لتعميم تقنيات المعلومات في كل الميادين، كما ساهم التطور في السنوات الأخيرة، وما نتج عن تفشي وباء كوفيد 19 الذي كاد أن يقطع كل العلاقات والمعاملات لولا ما وصلت إليه وسائل التواصل التكنولوجي وتطوير للتجارة الإلكترونية وترسيخ لوسائل الدفع الإلكتروني عبر مختلف التصرفات القانونية من خلال تعديل قانون التجارة سنة 2005 وتجسيد ذلك في قانون المالية لسنة 2018 بموجب المادة 111 منه التي ألزمت على كل متعامل اقتصادي ضرورة توفير وسائل الدفع الإلكتروني لفائدة المستهلك أو المستفيد من الخدمات، تحت طائلة توقيع غرامة مالية وجاء ذلك موازاة مع تطوير المفهوم الرقمي للجباية الإلكترونية في المعاملات التجارية لاسيما ما بعد التحفيزات التشريعية للتجارة الإلكترونية، وإنشاء البوابة الإلكترونية للخدمات الجبائية بالجزائر تسمى بوابة جيباتك (Jibatek).

وكان تنظيم المعاملات الإلكترونية من خلال تحديد الاعتراف لكتابة الإلكترونية والتوقيع الإلكتروني كدليل إثبات ولهذا في تعديل قانون المدني 2005، قد وسع رقم 04-15 المتعلق بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين، والمراسيم التنظيمية اللاحقة له من مفهوم التوقيع الإلكتروني وتبيان أنواعه وقوته الثبوتية.

إلا أنه لم يحدد نوع المعاملات القانونية الجائز إبرامها إلكترونياً لاسيما في ظل التأخر التطبيقي لتجسيد العقود الإلكترونية بمختلف الصرقات القانونية على أرض الواقع.

وقد برز أرتطور التكنولوجيا خاصة في التفاوض الإلكتروني والكتابة أما من حيث التنفيذ والإثبات فهناك تأثير لوسائل التواصل التكنولوجية.

وبعد عرض لنتائج الدراسة وجب علينا طرح بعض الاقتراحات المتعلقة بعدة جوانب: أهمها الجانب القانوني والمعلوماتي والجانب العملي.

ومن بين أهم الاقتراحات التي يمكن طرحها التالي:

- تحفيز اعتماد التكنولوجيات الحديثة في تنمية العلاقات العقدية وإيجاد هياكل أساسية تنظم المعاملات بين الأفراد.

- وضع سياسات لجذب الأدمغة وذلك بناء على القدرات البشرية المتخصصة في التكنولوجيات الحديثة.

- تخصيص الموارد المالية الجازمة لتشجيع المؤسسات الوطنية على الاستثمار في التكنولوجيات والمساهمة في المعاملات العقدية.

- دعم البحث وتطوير القواعد القانونية المنظمة للعلاقات العقدية وإيجاد ضمانات لحقوق الأطراف المتعاقدة.

- تعزيز رأس مال المخاطر وإنشاء صناديق الضمان لتحفيز الاستثمار وتسهيل العمليات الناشئة عن العقود الإلكترونية.

- بناء هياكل أساسية تكنولوجية لتحفيز ونشر الوعي حول المعاملات الإلكترونية

خاصة في ظل الأزمات التي يشغلها العالم (تفشي وباء كوفيد 19).

- لكي تنجح المعاملات العقدية الإلكترونية يجب استثمار رأس المال البشري في

الهيكل الأساسية العامة وضمان وصول الجميع إلى شبكة الأنترنت بجودة عالية ووضع

الأطر التنظيمية التي تساهم في بناء الثقة في التعامل وتعزيز المهارات الرقمية في إبرام

العقود.

وختاما فإنه من خلال دراسة وضعية التشريع الجزائري مقارنة مع مختلف

التشريعات المتطورة في النظام المعلوماتي المعتمد في المعاملات التعاقدية، فإنه وعلى الرغم

من تأخره في هذا المجال إلا أنه تدارك ذلك مؤخرا خاصة ما شهده العالم عند تفشي وباء

كورونا وما عرضته الحالة الصحية من قطع العلاقات الاجتماعية والتعاملات المباشرة بين

المتعاقدين وقطع للحدود والتنقلات وفرض حجر كلي على الأشخاص وتجسيد قواعد

قانونية عملية للرقمنة كمحاولة للإسراع بركوب موجة المعلوماتية وتكنولوجيا الاتصال في

أقرب وقت ممكن.

قائمة المصادر والمراجع

قائمة المصادر والمراجع:

أولاً- الكتب (مرتبة هجائياً):

أ- كتب قانونية عامة:

1. إبراهيم الدسوقي أبو الليل، الجوانب القانونية للتعاملات الإلكترونية، دراسة للجوانب القانونية للتعامل عبر أجهزة الاتصال الحديثة "التراسل الإلكتروني" مطبوعات مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، 2003.
2. أبو الحسن مجاهد، التعاقد عبر الأنترنت، دار الكتب القانونية، مصر، ط1. د س ن.
3. أبو العز علي أحمد، التجارة الإلكترونية وأحكامها في الفقه الإسلامي، ط1، عمان، دار النفائس، 2008.
4. أحمد شرف الدين، عقود التجارة الإلكترونية "تكوين العقد وإثباته"، ط01، د س ن.
5. أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، تفسير العقد ومضمون الالتزام العقدي وفقاً لقواعد الإثبات، دراسة فقهية وقضائية، منشأة المعارف الإسكندرية، مصر، ط1.
6. أسامة أبو الحسن مجاهد، خصوصية التعاقد عبر الأنترنت، دط، د س ن.
7. أسامة أحمد بدر، الوسائط المتعددة بين الواقع والقانون، دار النهضة العربية، بدون سنة نشر.
8. أسامة أحمد بدر، حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، ط 2000.

9. أسامة أحمد سوقي المليجي، استخدام مستخرجات التقنيات العلمية الحديثة وأثره على

قواعد الإثبات المدني، دار النهضة العربية، القاهرة.

10. أشرف توفيق شمس الدين، الحماية الجنائية للمستند الإلكتروني، دار النهضة

العربية، مصر، 2006.

11. بشر طلال المومن، مشكلات التعاقد عبر الأنترنت: دراسة مقارنة، ط أولى، الأردن،

عالم الكتب الحديث للنشر والتوزيع، 2004.

12. بلال عبد المطلب بدوي، البنوك الإلكترونية (ماهيتها، معاملاتها، المشاكل التي تثيرها)،

دار النهضة العربية، مصر، 2006.

13. جابر عبد الهادي سالم الشافعي، مجلس العقد في الفقه الإسلامي، والقانون الوضعي،

دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2001.

14. جاك غستان، في المطول في القانون المدني، تكوين العقد.

15. جلال عايد الشورة، وسائل الدفع الإلكتروني، دار الثقافة، الأردن، 2008.

16. جمال نادر، أساسيات ومفاهيم للتجارة الإلكترونية، الطبعة الأولى، الأردن، دار الإسراء

للنشر والتوزيع، 2005.

17. جميل الشرقاوي، النظرية العامة للالتزام، الكتاب الأول، مصادر الالتزام، دار النهضة

العربية، القاهرة.

18. حسن عبد الباسط جميعي، إثبات التصرفات القانونية التي يتم إبرامها عن طريق

الأنترنت، دار النهضة العربية.

19. حسين عبد الباسط الجميعي، عقود برامج الحاسب الآلي، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، ط1.

20. حلو عبد الرحمن مسلم أبو حلو، نظرية الاستغلال في الشريعة والقانون دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص، جامعة الجزائر.

21. حمد إبراهيم موسى، سندات الشخص الإلكتروني بين الواقع والمأمول، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، طبعة 2005.

22. حميد عبد الرحمن، الوسيط في النظرية العامة للالتزامات، الكتاب الأول، المصادر الإدارية للالتزام والإدارة المنفردة، ط1، دار النهضة العربية.

23. سليمان مرقس، شرح القانون المدني، ج2، القاهرة، ط1.

24. صبري السعدي محمد، شرح القانون المدني الجزائري- العقد والإدارة المنفردة، الكتاب الأول، المصادر الإدارية، دار الكتاب الحديث، ط1

25. سهيل حسين الفتلاوي، تاريخ القانون، دراسة في فلسفة النظم القانونية والسياسية عبر التاريخ، مكتبة الذاكرة بغداد، العراق، ط1، 2010.

26. عبد الحكم قدوة، تفسير العقد في القانون المدني المصري والمقارن، منشأة المعارف الإسكندرية، مصر، ط2.

27. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، منشورات الحلبي، بيروت، لبنان، ط2، 1998.

28. علي فيلالي، الالتزامات النظرية العامة للعقد، موفم للنشر والتوزيع، الجزائر، ط2،
2001.

29. فايز محمد حسين، تاريخ القانون (مبادئ القانون الروماني، القانون الروماني والواقع
الاجتماعي في مصر الرومانية، تطبيق الشريعة الإسلامية في مصر تكوين النظام القانوني
المصري الحديث، دار المطبوعات الإسكندرية، مصر، 2015.

30. محمد صبري السعدي، مصادر الالتزام، القسم الأول، النظرية العامة للالتزامات
القانون المدني الجزائري، الكتاب الأول، المصادر الإدارية، العقد والإرادة المنفردة، دار
الكتاب الحديث، 2009.

31. محمد لبيب شنب، الوجيز في مصادر الالتزام، بدون دار نشر، الطبعة الثالثة، مصر.

32. محمد محفوظ، النظرية العامة للالتزام (العقد)، منشورات مجمع الأطرش للكتاب
المختص، الطبعة الأولى، تونس، 2012.

33. نزيه محمد صادق مهدي، النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول، مصادر الالتزام، دار
النهضة العربية، القاهرة، 2000.

ب- كتب قانونية متخصصة:

34. خالد إبراهيم ممدوح، إبرام العقد الإلكتروني، دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي
بالإسكندرية، طبعة 2006.

35. رامي محمد علوان، التعبير عن الإرادة عن طريق الأنترنت، وإثبات التعاقد الإلكتروني، دط.

36. رمزي فريد محمد مبروك، حماية المستهلك في إطار مفهوم جديد لعقد الإذعان، مكتبة

الجلء الجديدة بالمقصورة، طبعة 2002.

37. ريماء فرح مكي، تصحيح العقد دراسة مقارنة، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، ط1،

2011.

38. سامح عبد الواحد التهامي، التعاقد عبر الأنترنت، دراسة مقارنة، دار الكتب القانونية،

مجلة الكبرى، 2008.

39. سامح عبد الواحد، التعاقد الإلكتروني، دراسة مقارنة، ط1، القاهرة، دار النهضة

العربية، 2006.

40. سلامة صابر عبد العزيز، العقد الإلكتروني، ط1، دون مكان نشر، دار الهنئ للنشر،

2005.

41. شادي رمضان إبراهيم طنطاوي، النظام القانوني للتعاقد والتوقيع في إطار عقود

التجارة الإلكترونية، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع، ط1، 2016.

42. شحاتة غريب شلقامي، التعاقد الإلكتروني في التشريعات العربية، دراسة مقارنة، دار

الجامعة الجديدة، طبعة 2008.

43. شرف الدين أحمد، العقد الإلكتروني وقواعد الإثبات ومقتضيات الأمان في التجارة

الإلكترونية، القاهرة، 2000.

44. صالح المنزلاوي، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، دار الجامعة

الجديدة، طبعة 2006.

45. طاهر شوقي مؤمن، عقد البيع الإلكتروني، دار النهضة العربية، مصر، 2007.
46. عابد فايد عبد الفتاح فايد، تعديل العقد بالإرادة المنفردة، محاولة نظرية في قانون الالتزامات المقارن، دراسة تطبيقية في عقود السفر والسياحة، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر.
47. عباس العبودي، التعاقد عن طريق وسائل الاتصال الفوري وحجيتها في الإثبات المدني، دراسة مقارنة، مكتبة درا الثقافة للنشر والتوزيع، 1997، عمان - الأردن.
48. عبد الحكم فودة، سلطة القاضي في تعديل التعويض الاتفاقي، دراسة مقارنة، ط1، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، المغرب.
49. عبد الراضي كيلاني، النظام القانوني لبطاقة الضمان والوفاء، دار النهضة العربية، مصر، 1988.
50. عبد الفتاح بيومي حجازي، جريمة غسل الأموال عبر شبكة الأنترنت، دار النهضة العربية، مصر، 2009.
51. عبد الفتاح بيومي حجازي، مقدمة في التجارة الإلكترونية العربية، الكتاب الأول، شرح قانون المبادلات التجارية الإلكترونية التونسي، دار الفكر الجامعي الإسكندرية، طبعة 2003.
52. عبد المنعم موسى إبراهيم، حسن النية في العقود، منشورات زين الحقوقية، بيروت، لبنان، ط 2.

53. العبودي عباس، التعاقد عن طريق وسائل الاتصال الفوري وحجيتها في الإثبات المدني،

دراسة مقارنة، ط1، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع.

54. عمر خالد زريقات، عقود التجارة الإلكترونية عقد البيع الإلكتروني دراسة تحليلية،

دار حامد، الطبعة الأولى، 2007.

55. فاروق الأباصيري، عقد الاشتراك في قواعد المعلومات الإلكترونية، دراسة تطبيقية،

لعقود الأنترنت، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003.

56. فليب بروتون، ثورة الاتصال نشأة إيديولوجية جديدة، ترجمة هالة عبد الرؤوف مراد،

دار المستقبل العربية، القاهرة.

57. لعشب محفوظ، عقد الإذعان في القانون المدني الجزائري والمقارن، المؤسسة الوطنية

للكتاب، الجزائر، ط2.

58. محسن شفيق، اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع، دار النهضة العربية،

القاهرة، د. سنة نشر.

59. محسن عبد الحميد البيه، مشكلتان متعلقتان بالقبول والسكوت والإذعان، دار

النهضة العربية، ط الأولى.

60. محمد إبراهيم أبو الهيجاء، عقود التجارة الإلكترونية، دار الثقافة للنشر والتوزيع،

الطبعة الثالثة، سنة 2017.

61. محمد أحمد عبابنة، جرائم الحاسوب وأبعادها، دار الثقافة، الأردن، 2005.

62. محمد السعدي رشدي، التعاقد بوسائل الاتصال الحديثة مع التركيز على البيع بواسطة التليفزيون، مطبوعات جامعة الكويت.

63. محمد المرسي زهرة، الحاسب الإلكتروني والقانون، مكتبة سعيد عبد الله وهبة، الطبعة الأولى، القاهرة.

64. محمد بهجت عبد الله أمين قايد، الوسيط في شرح قانون التجارة البحرية، الجزء الثاني، دار النهضة العربية، الطبعة الثانية، 2007.

65. محمد حسام لطفي، الإطار القانوني للمعاملات الإلكترونية، دار النهضة العربية، طبعة 2002.

66. محمد حسام محمود لطفي، استخدام وسائل الاتصال الحديثة في التفاوض على العقود وإبرامها، القاهرة، 1993.

67. محمد حسن العطار، البيع عبر شبكة الأنترنت دراسة مقارنة في ضوء القوانين الوضعية أو الاتفاقيات الدولية، ط 1، 2008.

68. محمد حسين الرفاعي العطاء، البيع عبر شبكة الأنترنت، دراسة مقارنة في ضوء قانون لتوقيع الإلكتروني، رقم 15، دراسة الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، سنة 2004.

69. محمد حسين منصور، أحكام البيع التقليدية والإلكترونية والدولية وحماية المستهلك، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2006.

70. محمد سعيد الرملاوي، التعاقد بالوسائل المستحدثة في الفقه الإسلامي، ط 1، الإسكندرية، دار الفكر الجامعي، 2007.

71. محمد صديق محمد عبد الله موضوعية الإدارة التعاقدية دراسة تحليلية مقارنة، دار

الكتب القانونية، مصر، 2012.

72. محمد عبد الرحيم، التراضي في التعاقد عبر الأنترنت "دراسة مقارنة، الطبعة الأولى،

عمان، دون دار نشر.

73. محمد عبد الظاهر حسين، الجوانب القانونية للمرحلة السابقة للتعاقد، المؤسسة

الفنية للطباعة والنشر، دون طبعة .

74. محمد فواز، الوجيز في عقود التجارة الإلكترونية، أركانه، إثباته، القانون الواجب

التطبيق حمايته "التشهير التوقيع الإلكتروني، دراسة مقارنة، ط1، عمان، دار الثقافة

للنشر والتوزيع.

75. محمد موسى خلف الله، التعاقد بواسطة الأنترنت، مطبوعات القدس، جامعة القدس،

فلسطين، ط 1، 2004.

76. محمد نجيب المغربي، أسس التعاقد بالوسائل المستحدثة دراسة مقارنة" في الفقه

الإسلامي والقانون المدني، ط1، القاهرة، دار النهضة العربية.

77. محمود السيد عبد المعطي الخيال، التعاقد عن طريق التليفزيون، مطبعة النسر

الذهبي، مصر، 2000.

78. مدحت عبد الحلیم رضاني، الحماية الجنائية للتجارة الإلكترونية، دار النهضة

العربية، طبعة 2001.

79. مصطفى أبو مندور موسى، الجوانب القانونية لخدمات التوثيق الإلكترونية، دار النهضة العربية، 2004.

80. مصطفى موسى أبو مندور، دور العلم بالبيانات عند تكوين العلاقة العقدية، جامعة القاهرة، 2000، ط 1.

81. مصطفى موسى العجارمة، التنظيم القانوني للتعاقد عبر شبكة الأنترنت، دار الكتاب، مصر العربية، 2010.

82. ممدوح محمد خيري، مشكلات البيع الإلكتروني في القانون المدني- دراسة مقارنة- القاهرة، دار النهضة العربية، 2000.

83. مولاي حفيظ علوي قادري، إشكالات التعاقد في التجارة الإلكترونية، الشركة المغربية للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، الدار البيضاء، 2013.

84. نادر الفرد فاحوش، العمل المصرفي عبر الأنترنت، الدار العربية للعلوم، مكتبة الرائد العلمية، الطبعة الأولى، عمان- الأردن، 2000.

85. نضال سليم إبراهيم، أحكام عقود التجارة الإلكترونية، دار الثقافة للنشر، عمان، الأردن، الطبعة الأولى.

86. هالة جمال الدين محمد محمود، أحكام الإثبات في عقود التجارة الإلكترونية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2013.

87. يوسف أمير فرج، التجارة الإلكترونية (E-Commerce)، ط 1، الإسكندرية دار المطبوعات الجامعية.

ثانيا- الرسائل العلمية:

أ- أطروحات الدكتوراه:

88. حليس لخضر، مكانة الإرادة في ظل تطور العقد، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في

القانون، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2016.

89. حوحو يمينة، عقد البيع الإلكتروني، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه في العلوم، جامعة

الجزائر 1، كلية الحقوق، السنة الجامعية 2011 / 2012.

90. سمير حامد الجمال، التعاقد عبر تقنيات الاتصال الحديثة، أطروحة دكتوراه، كلية

الحقوق جامعة القاهرة، سنة 2005.

91. طوني عيسى ميشال، التنظيم القانوني لشبكة الأنترنت، رسالة دكتوراه، جامعة

بيروت، 2009.

92. عجالي خالد، النظام القانوني للعقد الإلكتروني في التشريع الجزائري، دراسة مقارنة،

أطروحة دكتوراه علوم، تخصص قانون، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، سنة 2014.

93. عليان عدة، فكرة النظام العام وحرية التعاقد في ضوء القانون الجزائري والفقهِ

الإسلامي، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان،

2016.

94. محمد أحمد نور، مدى حجية التوقيع الإلكتروني في عقود التجارة الإلكترونية،

أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 2005.

ب- رسائل الماجستير:

95. بوسماحة ماجدة، تقنيات ترجمة العقود التوثيقية في الجزائر، مذكرة ماجستير في

الترجمة، معهد الترجمة، جامعة وهران 1، أحمد بن بلة، 2015/2014.

96. بومعزة رشيد، الشكلية الرسمية في العقود، مذكرة ماجستير في القانون، جامعة الحاج

لخضر، باتنة، 2005.

97. حدوم ليلي، العقود النموذجية طبقا لأحكام القانون الخاص، ماجستير، كلية الحقوق،

جامعة الجزائر، 2001.

98. طارق عبد الرحمن، التعاقد عبر الأنترنت وأثاره "دراسة مقارنة" رسالة ماجستير غير

منشورة، جامعة محمد الخامس بكلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية،

الرباط، 2004-2003.

99. علي خوجة خيرة، القوة القاهرة في القانون المدني الجزائري، مذكرة ماجستير كلية

الحقوق، جامعة الجزائر، 2002.

100. محمد موسى خلف، التعاقد بواسطة الأنترنت (دراسة مقارنة تحليلية)، رسالة

ماجستير، جامعة القدس، فلسطين.

ثالثا- المقالات والبحوث العلمية:

101. إبراهيم الدسوقي أبو الليل، إبرام العقد الإلكتروني في ضوء أحكام القانون

الإماراتي والقانون المقارن، بحث مقدم للمؤتمر العلمي الأول. د س ن.

102. إبراهيم بن سايح العقيل وسليمان بن محمد بن الشد، التوقيع الإلكتروني وأثره في إثبات الحقوق والالتزامات بين الشريعة الإسلامية والنظم والقواعد القانونية، بحث مقدم في ندوة التوقيع الإلكتروني المنعقدة في الرباط، المملكة المغربية، وان 2010، المنظمة العربية للتنمية الإدارية، أعمال المؤتمرات.

103. أحمد جمال الدين موسى، "النقود الإلكترونية وتأثيرها على دور المصارف المركزية في إدارة السياسة النقدية" عن أعمال المؤتمر العلمي السنوي لكلية الحقوق لجامعة بيروت بعنوان الجديد في أعمال المصارف من الوجهتين القانونية والاقتصادية، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2002.

104. أحمد سعيد بيومي، النظام القانوني لإبرام العقد الإلكتروني على ضوء قانون التوقيع الإلكتروني والمعاملات الإلكترونية، دراسة مقارنة في ظل القوانين العربية والأجنبية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت- لبنان، ط01، 2016.

105. أحمد شرف الدين، الإيجاب والقبول في التعاقد الإلكتروني، وتسوية منازعاته، بحث مقدم في المؤتمر العلمي الأول حول الجوانب القانونية والأمنية للعمليات الإلكترونية.

106. أحمد شرف الدين، الجوانب القانونية للتجارة الإلكترونية وآليات تسوية نزاعاتها، بحث مقدم إلى مؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون، مج 4.

107. أحمد عبد الرحمن الملحم، نماذج العقود ووسائل مواجهة الشروط المجحفة فيها، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، السنة السادسة عشر، العدد الأول والثاني، مارس، يونيو 1992.
108. أحمد عبد الكريم سلامة، الأنترنت والقانون الدولي الخاص: فراق أم تلاق، بحث مقدم لمؤتمر القانون والكمبيوتر والأنترنت الذي نظمته كلية الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة في الفترة 12-13 ماي 2000.
109. أرجيلوس رحاب، الإطار القانوني للتفاوض في العقد الإلكتروني مقال منشور في مجلة معالم الدراسات القانونية والسياسية، ع 3، مارس 2018.
110. إكرام الرقيعي، خصوصية التوقيع الإلكتروني في العقد التجاري الإلكتروني على ضوء القانون رقم 05-18، مقال مجلة العلوم القانونية والسياسية، مج 10، ع 02، سبتمبر 2019.
111. بركات رياض وسيكة محمد الصغير، حجية المحررات التوثيقية في القانون الجزائري وطرق الطعن فيها، مجلة القانون العقاري والبيئة، مج 10، ع 01، 2022.
112. بلاوي عبد القادر، النظام القانوني للمفاوضات في عقود التجارة الإلكترونية، مقال منشور في مجلة القانون والمجتمع، مج 8، ع 01، 2020.
113. بهلولي فاتح، تنفيذ عقود التجارة الإلكترونية، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، مج 11، ع 01، 2015.

114. توفيق شمبور، مسائل قانونية خاصة بالتجارة الإلكترونية، اتخاذ المصارف العربية، العدد 224، المجلد التاسع عشر، أغسطس 1999.
115. جبارة نورة، أثر التحولات التكنولوجية على النظرية العامة للعقد: العقد الإلكتروني، مقال منشور ضمن مجلة بحث جامعة الجزائر 01، ج 01، ع 14.
116. جمال عبد الرحمن علي، الخطأ في مجال المعلوماتية، دار النهضة العربية، د ط، دس ن.
117. حسام الدين كامل الأهواني، المفاوضات في الفترة قبل التعاقدية ومراحل إعداد العقد، تقرير مقدم إلى ندوة الأنظمة التعاقدية للقانون المدني ومقتضيات التجارة الدولية، معهد قانون الأعمال الدولي، القاهرة، مصر.
118. حسينية شروم وصونيا مقري، التوقيع الإلكتروني كآلية لتوثيق المعاملات الإلكترونية، مجلة الإجتهد القضائي، مج 13، ع 02، أكتوبر 2021.
119. حليتييم سراح، خصوصية التوقيع الرقمي في توثيق العقود الإلكترونية، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، ع 13، جويلية 2018.
120. خوري حامد خاطر، زمان ومكان انعقاد العقد الإلكتروني، بحث مقدم إلى مؤتمر القانون والحاسوب، جامعة اليرموك، الأردن، 12-14 جويلية 2004.
121. رحمة بريق ومحمد دلّاج، تأثير جائحة كورونا على تنفيذ الإلتزامات التعاقدية وعلى التجارة الإلكترونية، مقال منشور في مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، ع 03، أكتوبر 2020.

122. رضا عكاشة، تأثير وسائل الإعلام في التنشئة الاجتماعية، المكتبة العالمية للنشر والتوزيع، ط01، د ت ن.

123. سلاماني ليلي، القانون وتكنولوجيا المعلومات، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية، مج 58، ع 01، 2021.

124. سميحة القليوبي، وسائل الحديثة، بحث مقدم إلى مؤتمر الجديد في أعمال المصارف من الوجهتين القانونية والاقتصادية المنعقد في كلية الحقوق في جامعة بيروت، الجزء الأول، منشورات الحلبي الحقوقية، 2002.

125. سمير برهان، إبرام العقد في التجارة الإلكترونية، بحث مقدم لمؤتمر الجوانب القانونية للتجارة الإلكترونية والاتجاهات الحديثة في وسائل حسم المنازعات، مركز القاهرة الإقليمي للتحكم التجاري الدولي القاهرة، جامعة الدول العربية، الفترة من 12-13 يناير 2002.

126. سهى موسى، تأثير جائحة كورونا على نمو التجارة الإلكترونية في العالم، دراسة تحليلية، مقال منشور بمجلة التنظيم والعمل، مج09، ع 04، سنة 2021.

127. السيد محمد السيد عمران، الطبيعة القانونية لعقود المعلومات (الحاسب الآلي، برامج، الخدمات)، مؤسسة الثقافة الجامعية، د ط، دس ن.

128. عبد الرزاق بركات، حوكمة تكنولوجيا المعلومات: وسيلة للتحكم في مشاريع تكنولوجيا المعلومات، مجلة الناصرية للدراسة الاجتماعية والتاريخية، مج 12، ع 2، 2021.

129. عبد الفضيل محمد أحمد، الإعلان عن المنتجات والخدمات من الجهة القانونية،

مكتبة الجلاء الجديدة، د ط، د س ن.

130. عبد الله الخشروم، عقود التجارة الإلكترونية عبر شبكة الأنترنت، وفقا لأحكام

الشرعية، بحث مقدم للمؤتمر العلمي الأول، حول الجوانب القانونية والأمنية للعمليات الإلكترونية.

131. عبد الله بن إبراهيم بن عبد الناصر، العقود الإلكترونية، بحث مقدم لمؤتمر

الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون في الفترة من 10-12 ماي 2003
المجلد الخاص.

132. عدنان إبراهيم سرحان، الوفاء الإلكتروني، مجلة الحقوق، العدد الأول، المجلد

الثالث، جامعة الكويت، 2005.

133. عقد مؤتمرين للقمة العالمية لمجتمع المعلومات في جنيف 2003 وتونس سنة 2005

حيث شارك فيهما عدة دول من قطاع خاص وعام ناقشت أهم قضايا تكنولوجيا المعلومات والاتصالات وتأثيرها على البنية الاجتماعية ككل، خاصة في الدول النامية وكيفية استخدامها من أجل بناء مجتمع المعلومات وتحقيق تنمية مستدامة.

134. علي رحال، حجية المحررات الإلكترونية في الإثبات على ضوء التشريع الجزائري

والتشريع المقارن، مجلة طبنة للدراسات العلمية والأكاديمية، مج 04، ع 02.

135. فيصل مدلس ومحمد عتو، علاقة تكنولوجيا المعلومات في تطوير أنظمة المعلومات وتحقيق جودة المعلومات، مقال منشور في مجلة الحوار المتوسطي، مج09، ع03، ديسمبر2018.
136. قادري عبد المجيد، الوفاء الإلكتروني، مجلة العلوم القانونية كلية الحقوق، جامعة باجي مختار، العدد 12، عنابة، جوان 2008.
137. مجيد العنكي، إنشاء العقد في القانون الإنجليزي، مجلة جامعة صدام، كلية الحقوق، المجلد الثالث، جويلية، 1999.
138. محمد بوكماش، كمال تواكشت، الآثار القانونية للتفاوض الإلكتروني، مجلة الدراسات القانونية والسياسية، ع07، جانفي 2018.
139. محمد السعيد رشدي، التعاقد بوسائل الاتصال الحديثة ومدى حجيتها في الإثبات، مطبعة جامعة بنها، مصر، د ط، 2005.
140. محمد حسن قاسم، التعاقد عن بعد، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، دار الجامعة الجديدة، كلية الحقوق جامعة الإسكندرية، العدد الثاني.
141. محمد حسين منصور، المسؤولية العقدية، الإلكترونية، بحث مقدم للمؤتمر العلمي الأول، حول الجوانب القانونية والأمنية للعمليات الإلكترونية، أكاديمية 2014 شرطة دبي، الإمارات العربية المتحدة في الفترة من 26-28 أبريل 2003، المجلد الثاني.
142. محمد فتوح عثمان، أساليب التكنولوجيا والتجارة الإلكترونية، مجلة الأمن والقانون، التي تصدرها شرطة دبي، السنة التاسعة، العدد الثاني، يوليو 2001.

143. محمود أحمد إبراهيم الشرقاوي، مفهوم الأعمال المصرفية الإلكترونية وأهم تطبيقاتها، مؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون، كلية الشريعة والقانون جامعة دبي، من 10 إلى 12 ماي 2003.
144. مراد محمود يوسف مطلق، التعاقد عن طريق وسائل الاتصال الإلكتروني، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، القاهرة- مصر، 2007.
145. مصطفى أبو عمرو، مجلس العقد في إطار التعاقد عبر الانترنت، دراسة مقارنة، مطبعة جامعة طنطا، الكتاب الجامعي، مصر، دط، 2008.
146. منصور الصرايرة، الإطار القانوني للعقد المبرم عبر وسائل الاتصال الإلكترونية دراسة في التشريع الأردني، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد 25، ع 2.
147. مها نصيف جاسم، التفاوض الإلكتروني، مجلة مداد الآداب، مقال منشور ضمن العدد 15، د س ن.
148. المؤتمر العلمي الأول، حول الجانب القانوني والأمني للعمليات الإلكترونية أكاديمية شرطة دبي، الإمارات العربية المتحدة في الفترة من 26- 28 أبريل 2005.
149. نبيل محمد أحمد صبيح، بعض الجوانب القانونية لبطاقات الوفاء والائتمان المصرفية، مجلة الحقوق جامعة الكويت، العدد الأول 27 مارس 2002.
150. ياسمينة طويل، مكاسب التجارة الإلكترونية في ظل جائحة كورونا، مجلة الباحث الإقتصادي، مج 09، ع 02، 2021، ص: 444.

151. يزيد أنيس نصير، التطابق بين القبول والإيجاب في القانون الأردني والمقارن، مجلة

الحقوق، مجلس النشر العلمي، العدد الرابع، السنة السابعة والعشرون، ديسمبر 2009.

رابعاً- النصوص القانونية:

- النصوص القانونية الدولية:

152. اتفاقية إنشاء المنظمة العربية لتكنولوجيا الإتصال والمعلومات. المحرر بالقاهرة في

13 فيفري 2002 المصادق عليها بموجب المرسوم الرئاسي رقم 16/ 111. المؤرخ في 22

مارس 2016 ج ر ع 19 لسنة 2016 المؤرخة في 27 مارس 2016.

153. الاتفاقية العربية لمكافحة جرائم تقنية المعلومات المحررة في القاهرة بتاريخ 21/ 12/

2010 صادقت عليها الجزائر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 14/ 252 المؤرخ في 08

سبتمبر 2014 ج ر ع 57 لسنة 2014.

154. القرار رقم 167/ 78 الصادر بتاريخ 18 ديسمبر 2013 عن الجمعية العامة للأمم

المتحدة في دورتها الثامنة والستون البند 79 ب من جدول الأعمال المتعلق بالحق في

الخصوصية في العصر الرقمي.

155. قانون تعزيز الثقة في التجارة الإلكترونية: المسائل القانونية الخاصة باستخدام طرائق

التوثيق والتوقيع الإلكترونية على الصعيد الدولي، لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري

الدولي منشورات الأمم المتحدة بين الأمم المتحدة 2009. .

156. القانون العربي الاسترشادي للإثبات بالتقنيات الحديثة اعتمده مجلس وزراء العدل

العرب في قرار رقم 771/ 24 المؤرخ في 27/ 11/ 2008.

157.Loi N° 200-230 du 13 mars 2000 portant adaptation du droit de la preuve aux technologies de l'information et relative à la signature électronique

158.القانون في الجريدة الرسمية الفرنسية في العدد رقم 62 تاريخ 14/ آذار/ 2000 في

الصفحة 3968 وهو منشور أيضا في موقع وزارة العدل الفرنسية على شبكة الأنترنت

وهو: <http://www.justice.gouve.fr>

159.قانون الاونسيترال النموذجي وفقا لتقرير لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي

(الأونسيرال) عن أعمال دورتها التاسعة والعشرين 28 أيار- 4 حزيران 1996 الجمعية

العامة للأمم المتحدة الوثائق الرسمية الدورة الحادية والخمسون، الملحق رقم 17

. (51117)

- النصوص القانونية الوطنية:

الدساتير:

160. التعديل الدستوري لسنة 2016 الصادر بالقانون رقم 16 0 1. المؤرخ في 6 مارس

.2016

161. التعديل الدستوري في سنة 2016 الصادر بالمرسوم الرئاسي رقم 96 438 الموافق لي

7 ديسمبر 1996.

162. تعديل الدستور المصادقة عليه في استئناف 28 روج 1996 الجريدة الرسمية العدد

76 مؤرخ في 8 ديسمبر 1996

- القوانين:

163. القانون رقم 230 لسنة 2000، بشأن تطويع قانون الإثبات لتكنولوجيا المعلومات

والتوقيع الإلكتروني.

164. القانون رقم 05/18 المؤرخ في 24 شعبان 1439 الموافق لـ 10 ماي سنة 2018 المتعلق

بالتجارة الإلكترونية، ج ر العدد 28.

165. القانون رقم 62-157 المؤرخ في 31 ديسمبر 1962، المتعلق بتمديد العمل بالقوانين

الفرنسية، ج ر ع 02 مؤرخة في 11 جانفي 1963، الملغى بالأمر رقم 73-29 المؤرخ في

05 جويلية 1973، ج ر ع 62 .

166. القانون رقم 03-2000، مؤرخ في 5 أوت 2000 المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالبريد

والمواصلات السلكية واللاسلكية، ج ر العدد 48.

167. نظام رقم 05-04 المؤرخ في 13 أكتوبر 2005 المتعلق بنظام التسوية الإجمالية

الفورية للمبالغ الكبيرة والدفع المستعجل.

168. نظام رقم 05-06 المؤرخ في 15 ديسمبر 2005 يتعلق بمقاصة الصكوك وأدوات الدفع

الأخرى الخاصة بالجمهور العريض، ج ر ج ج عدد 26 / 2006.

169. القانون رقم 15-04 المؤرخ في أول فيفري 2015، يحدد القواعد العامة المتعلقة

بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين، ج ر ع 06، مؤرخة في 10 فيفري 2015.

170. القانون رقم 05/18 المؤرخ في 10/2018 المتعلقة بالتجارة الإلكترونية في الجريدة

الرسمية العدد 28 مؤرخ في 16 مايو 2018.

- الأوامر:

171. الأمر رقم 70- 91 المؤرخ في 15 ديسمبر 1970، المتضمن تنظيم مهنة التوثيق للعقود (ملغى).

172. الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم ج ر ع 78 المؤرخة في 30 سبتمبر 1975

- المراسيم:

173. المرسوم التنفيذي رقم 257 /98. المؤرخ في 25 اوت 1998 المتعلق بضبط وكيفية اقامه خدمات الانترنت. الجريدة الرسمية العدد 63 في سنة 1998 .

174. مرسوم تنفيذي رقم 13- 84 مؤرخ في 6 فبراير سنة 2013 يحدد تنظيم وتسيير البطاقة الوطنية لمرتكبي أعمال الغش ومرتكبي المخالفات الخطيرة للتشريعات والتنظيمات الجبائية والتجارية والجمركية والبنكية والمالية وكذا عدم القيام بالإبداع القانوني لحسابات الشركة، الجريدة الرسمية 09 /2013 .

175. المرسوم التنفيذي رقم 162/07 المؤرخ في 30 ماي 2007 يعدل ويتمم المرسوم التنفيذي رقم 123/01 المؤرخ في 9 ماي 2001 والمتعلق بنظام الاستغلال المطبق على كل أنواع الشبكات بما فيها اللاسلكية الكهربائية وعلى مختلف خدمات المواصلات السلكية واللاسلكية.

- النصوص القانونية لبعض الدول العربية:

- النصوص التشريعية لدولة الامارات العربية المتحدة:

176. القانون الاتحادي رقم 8 لسنة 2017 الصادر في 23 6 2017.

177. القانون الاتحادي رقم 1 لسنة 2006 بشأن المعاملات والتجارة الإلكترونية. جريدة

الرسمية العدد 442 لسنة 2006.

178. قانون إمارة دبي. الخاص بالمعاملات التجارية الإلكترونية الجريدة الرسمية لحكومة

دبي العدد 277 لسنة 2002.

- النصوص التشريعية لجمهورية مصر العربية:

179. قانون التوقيع الالكتروني المصري. رقم 15 سنة 2004. المؤرخ في 21 أبريل 2004.

180. قرار رقم 109. لسنة 2005 المؤرخ في 15 ماي 2005 المتعلق بإصدار اللائحة

التنفيذية في قانون التوقيع الالكتروني. وانشاء هيئه تنميه صناعه تكنولوجيا المعلومات.

- النصوص التشريعية لدوله تونس:

181. القانون عدد 73 لسنة 2000 المؤرخ في 9 اوت. المتعلق بقانون الخاص في المبادلات

والمعاملات التجارية الإلكترونية التونسي. سنة 2022.

خامسا- المراجع باللغة الأجنبية:

182. Andrew. D Murray entring introtracts electronically, VSA, 2002.

183. Arrêt ministeriel du 30 decembre 1842, qui réglemente l'exercice et la dixipline de la profession de notaire en Algérie collection complète. Des lois, décrets,

- ordonnances et règlement et avis du conseil d'état. Société du recueil sirey Paris, France, 1844, P 590, Disponible sur le lien : (consulté le 18/04/2019).
184. Barbant (y) et Pottier (L), sécurité authentification et dématérialisation de la preuve dans les transactions juridique (1^{er} partie), la problématique juridique des échanges électronique face à la preuve, Gaz, pal 4 avril 2012 .
185. Bourie- quenillet (M) : Les aspects juridique du commerce électronique sur l'internet : <http://www.nont.p2.fr/pdf>- 2011.
186. C. Dupont ; La négociation, situation- problématique- application, Dunod, Paris, 2000.
187. charles R Merille, the lgal aspects of Electronic DATA interchange.
188. Deprez (P) et faut choix (V), loi contrats et usages du multimédias, Ed, Dixit [http://www.en.dorit.com/lois et contrats usages multimédia. PDF](http://www.en.dorit.com/lois%20et%20contrats%20usages%20multimedia.pdf). 2002.
189. Issu à l'origine des travaux de la CNUDCI, le principe de neutralité technologique a été introduit dans de nombreuses législations nationales notamment en France de façon progressive par l'adoption de deux lois. La loi n° : 2000-230 du 13 mars 2000 a reconnu la force probante des actes passés par voie électronique alors que la loi n° : 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'Economie numérique (LCEN) a franchi pas supplémentaire en consacrant la validité des contrats électronique en insérant dans le code civil un chapitre 7 dans le titre 3 du livre 3 relatifs aux « contrat marine Lamotte, l'encadrement du contrat électronique : L'exemple français, université post doctorales faculté de droit, mémoire présenté à la faculté de droit en vue de l'obtention du grade LLM option droit des affaires, Août 2009, P 05.
190. Mathieu Berguid, L'usurpation d'identité sur internet mémoire de DESS, 2000-2001, Université, Paris II, (panthéon- Assas.
191. Michel vivant, les contrats du commerce électronique Ed, litec, Paris, 1999.

192. satim : société algérienne d'automatisations des transactions interbancaires et de monétique

193. -Pacine, carl Andreurs, christine and hillison, william, « contractiong in cyber spar space », op. cit pp 3-4 and see also rawling jane, « Elewtronic contrat- part1 » cridit control, 1998, vol.

194. -Ahmed Ghaouti, professionnalisation des formation supérieur et employabilité en Alger rapport de recherche, IRMAM-CNRS , aix Provence juin 2015.

- le contrat électronique publier sur le lien [http :sabar.fr/droit/le contrat électronique](http://sabar.fr/droit/le_contrat_electronique).(consulté le : 19/06/2021).

- Djamilla Mahi-Deidet, l'obligation d'information dans les contrat du commerce électronique, thèse doctorat, université d'Avignon et des payes de vacluse, Marseille France 2011.

- Sinam elsahnatnawi, les conditions générales de ventes dans les contrat électroniques en droit comparé franco-jordanien, Thèse de doctorat en droit, université Riene-champagne ARDENNE ; France 2012.

سادسا- المواقع الإلكترونية:

195. أحمد أماني، التحديات القانونية للتجارة الإلكترونية، بحث منشور على الموقع

[http://www.F-law.net/LAW/forumdispalyphp ?](http://www.F-law.net/LAW/forumdispalyphp?) الإلكتروني:

196. حسام الدين عبد الغني، تفسير اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقد البيع الدولي

للبيضاء، رسالة دكتوراه منشورة على الموقع الإلكتروني:

<http://cisw3:law.pace.edu/cisgarabic/middeast/interperation.htm>.

197. Farouk Weshahi, le droit face à l'objectif de sécurité du paiement dans le commerce électronique, étude comparative franco- égyptienne, thèse de doctorat, Marseille 2004, P 106.

198. See Art, 11& 12 incitrat Model, LAW. On électronique commerce of 1996, (see <http://www.imcitrail.org/endex.htm>).
199. site : <http://www.avocat.consultant.com/news/display.cgi?sericle> Doit des contrats, la force obligatoire du contrat... »sans auteur » page 25-02-2019, « De ce principe de la force. Civil résultent trois conséquences principales : le contrat ne peut pas être unilatéralement révoqué le juge ne peut pas le modifier, le contrat doit être exécuté de bonne foi... ».
200. Site : <http://www.plajmendroit.frée.fr/droit> du contrat la force obligatoire de contrat htm page ve lem 15/04/2020, sans autre p 01 : « c »est un instrument de prévision de sécurité juridique de sécurité économique une fois formé par un accord de volonté le contrat ne peut plus être modifié que par un nouvel accord de volonté... ».
201. <http://books.google.dz/books?id=×5RCAQAMADJ=L%27arr%c3%AAT+du+Ministre+de+la+Guerre+du+30+decembre+1842>.
202. <http://house.dz.jumia.com>.

فهرس الموضوعات

فهرس الموضوعات

مأثورات

شكر وتقدير

إهداء

قائمة المختصرات

02	مقدمة.....
08	الفصل التمهيدي: العقد والتطور التكنولوجي.....
09	المبحث الأول: ماهية التطور التكنولوجي.....
09	المطلب الأول: ظهور تكنولوجيا المعلومات والاتصالات.....
11	الفرع الأول: مفهوم تكنولوجيا المعلومات والاتصالات.....
12	أ- التكنولوجيا التقنية.....
13	ب- تكنولوجيا المعلومات وتكنولوجيا الاتصالات.....
14	الفرع الثاني: مميزات وخصائص التطور التكنولوجي.....
14	أ- الإنتشار.....
14	ب- العالمية.....
14	ج- السرعة.....

- د- التفاعل.....15
- ه- عدم التركيز.....15
- المطلب الثاني: بروز التكنولوجيا كقاعدة للتعاقد.....16
- الفرع الأول: نظام التعاقد في القانون الروماني.....16
- أولاً- مرحلة صارمة مشددة في إجراءات وأحكام الشكلية.....17
- ثانياً- مرحلة تقلص الشكلية في القانون الروماني.....17
- الفرع الثاني: نظام التعاقد في بلاد الرافدين.....18
- الفرع الثالث: نظام التعاقد وفقا للقانون الكنسي.....19
- الفرع الرابع: العقد وفقا لأحكام الشريعة الإسلامية.....20
- الفرع الخامس: نظام التعاقد في القانون الجزائري.....21
- أولاً- مرحلة الدولة العثمانية.....21
- ثانياً- مرحلة الإحتلال الفرنسي.....21
- ثالثاً- مرحلة ما بعد الإستقلال لغاية 1970.....23
- رابعاً- بعد مرحلة 1970 ولغاية هذا اليوم.....23
- المبحث الثاني: تطور وسائل الاتصال التكنولوجي وتأثيرها على العلاقات القانونية.....25

- 25.....المطلب الأول: التطور التكنولوجي لوسائل التعاقد
- 26.....الفرع الأول: وسائل الإتصال في العصر القديم
- 27.....الفرع الثاني: وسائل الاتصال المعتمدة على الأجهزة الإلكترونية والذكية
- 27.....المطلب الثاني: التطور التكنولوجي لأحكام العقود والإثبات
- 28.....الفرع الأول: ملامح التكنولوجيا الحديثة
- 29.....الفرع الثاني: التطور التكنولوجي للمعاملات السائدة بين الأفراد
- 32.....الفرع الثالث: تكنولوجيا المعلومات والقانون
- 35.....خلاصة الفصل التمهيدي
- 37.....الباب الأول: أثر التطور التكنولوجي على مرحلة إنشاء العقد
- 39.....الفصل الأول: ماهية التعاقد عبر التقنيات الحديثة للاتصال ووسائله
- 40.....المبحث الأول: مفهوم التعاقد الإلكتروني
- 40.....المطلب الأول: تعريف العقود الإلكترونية وخصائصها
- 42.....الفرع الأول: تعريف العقد الإلكتروني
- 45.....الفرع الثاني: خصائص العقد الإلكتروني
- 46.....المطلب الثاني: مميزات العقد الإلكتروني
- 47.....الفرع الأول: عقد غير مثبت على دعامة مادية مستديمة

- 47أولاً - العقود الإلكترونية عقود رضائية
- 49ثانيا- التعاقد من خلال مواقع الويب (Web)
- 50الفرع الثاني: عقود التجارة الإلكترونية ومميزاتها
- 51أولاً- عقود التجارة الإلكترونية
- 54ثانيا- عقود التجارة الإلكترونية من عقود المساومة
- 551- بالنسبة لشروط أن يسلم أحد الطرفين بشروط الطرف الآخر دون مناقشة
- 562- شرط الاحتكار
- 59المبحث الثاني: أثر التطور التكنولوجي على مجال العقود الإلكترونية ووسائل إبرامها
- 59المطلب الأول: مجال العقود الإلكترونية
- 60الفرع الأول: التمييز بين العقد والاتفاق
- 61الفرع الثاني: مجال العقد الإلكتروني
- 65المطلب الثاني: وسائل إبرام العقود عبر تقنيات الاتصال الحديث
- 66الفرع الأول: وسائل الاتصال الحديثة لإبرام العقود
- 66أولاً- الهاتف
- 70ثانيا- التلكس

72	ثالثا- الفاكس.....
75	رابعا- التبادل الإلكتروني للبيانات EDI Electronic DATA Interchange.....
75	خامسا- الأنترنت Internet.....
76	سادسا – الأنترنت Intrenet.....
76	سابعاً- الإكسترانت Extranet.....
77	خلاصة الفصل الأول.....
79	الفصل الثاني: تأثير التكنولوجيا على مرحلة تكوين العقد.....
80	المبحث الأول: التطور التكنولوجي وأثره على مرحلة التفاوض.....
80	المطلب الأول: تعريف التفاوض الإلكتروني وخصائصه.....
80	الفرع الأول: تعريف التفاوض الإلكتروني.....
82	الفرع الثاني: خصائص التفاوض عبر التقنيات الحديثة.....
82	أولاً- خاصية الطابع الاحتمالي للتفاوض الإلكتروني.....
83	ثانياً- خاصية تأخر عملية تطابق الإرادتين.....
84	المطلب الثاني: وسائل التفاوض عبر التقنيات الحديثة.....
84	الفرع الأول: وسيلة التفاوض عبر البريد الإلكتروني.....

- 85.....الفرع الثاني: وسيلة التفاوض عبر نظام المحادثة والمشاهدة الإلكترونية.
- 86.....المبحث الثاني: أثر التفاوض الإلكتروني من حيث الالتزامات.
- 86.....المطلب الأول: الالتزام بحسن النية والإعلام.
- 86.....الفرع الأول: إلتزام المتفاوض إلكترونيا بمبدأ حسن النية.
- 87.....أولاً- تعريف مبدأ حسن النية.
- 87.....ثانيا- أهمية حسن النية.
- الفرع الثاني: موقف التشريع من مبدأ حسن النية في مرحلة التفاوض عبر التقنيات الحديثة.
- 88.....
- 89.....أولاً- الالتزام بالإعلام قبل التعاقد عبر شبكة الأنترنت.
- 90.....ثانيا- تعريف الالتزام بالإعلام الإلكتروني قبل التعاقد عبر شبكة الأنترنت.
- 90.....ثالثاً- الالتزام بالإعلام قبل التعاقد عبر التقنيات الاتصال الحديث.
- 90.....المطلب الثاني: التعبير عن الإرادة عبر التقنيات الحديثة.
- 91.....الفرع الأول: المقصود بمبدأ سلطان الإرادة.
- 91.....أولاً- التعبير الإلكتروني عن الإرادة عبر التقنيات الحديثة.
- 1 - حرية واستقلال الإرادة.
- 92.....

94	2- إلزامية العقد.....
96	3- فائدة العقد.....
98	4- عدالة العقد.....
100	ثانيا- نشأة وتطور مبدأ سلطان الإرادة.....
101	1- النتائج المترتبة على مبدأ سلطان الإرادة.....
102	2- حرية التعاقد.....
103	3- الحرية في تحديد آثار العقد.....
103	ثانيا- العقد شريعة المتعاقدين.....
104	ثالثا- القيد على حرية التعاقد وعدم التعاقد.....
105	الفرع الثاني: القيود الواردة على حرية تحديد آثار العقد.....
105	أولا- اتساع نطاق الالتزامات غير الإرادية.....
106	الفرع الثالث: تكوين العقد La formation du contrat.....
108	أولا- التراضي.....
108	ثانيا- وجود التراضي.....
110	خلاصة الفصل الثاني.....

112.....	الباب الثاني: أثر التطور التكنولوجي على مرحلة إبرام العقد تنفيذه وإثباته.....
114.....	الفصل الأول: تنفيذ العقد المبرم عبر التقنيات الحديثة للاتصال.....
115.....	المبحث الأول: زمان ومكان إبرام العقد الإلكتروني.....
116.....	المطلب الأول: النظريات التي سبقت مسألة زمان إبرام العقد الإلكتروني.....
118.....	الفرع الأول: نظرية إعلان القبول: Déclaration Rule.....
120.....	الفرع الثاني: نظرية تصدير القبول: Expédition Rule.....
121.....	الفرع الثالث: نظرية تسليم القبول Réception Role.....
124.....	الفرع الرابع: نظرية العلم بالقبول information Rule.....
126.....	المطلب الثاني: موقف التشريعات من مسألة زمان ومكان إبرام العقود عبر الأنترنت.....
127.....	الفرع الأول: موقف التشريعات الدولية.....
127.....	أولاً- اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع (فيينا 1980).....
129.....	ثانياً- موقف القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية (اليونسترال unucitreel).....
138.....	الفرع الثاني: موقف التشريع الفرنسي.....
141.....	المبحث الثاني: انعقاد العقد عبر التقنيات الحديثة.....
	المطلب الأول: اقتران الإيجاب بالقبول في العقود المبرمة عن طريق تقنيات التواصل
142.....	الحديث.....

142.....	الفرع الأول: مفهوم مجلس العقد الإلكتروني وصوره
142.....	أولاً - تعريف مجلس العقد
143.....	ثانياً- صور مجلس العقد
144.....	ثالثاً- مجلس العقد الحقيقي
144.....	الفرع الثاني: أثر التطور التكنولوجي على مجلس العقد
145.....	المطلب الثاني: أثر التطور التكنولوجي على عملية الدفع واستحداث البوابة الإلكترونية
146.....	الفرع الأول: الوفاء الإلكتروني
147.....	الفرع الثاني: وسائل الوفاء الإلكتروني
148.....	أولاً- بطاقات الدفع
149.....	1- بطاقة الوفاء
152.....	2- بطاقة ضمان الشيكات
153.....	3- بطاقة السحب الآلي
157.....	4- بطاقة الائتمان
159.....	5- البطاقة الذكية
161.....	ثانياً- النقود الإلكترونية

- 164.....الفرع الثالث: أنظمة الدفع الإلكتروني.
- 167.....أولا- نظام التسوية الإجمالية الفورية ARTS.
- 168.....1- العمليات التي يعالجها النظام.
- 168.....أ- تسوية المبالغ عن طريق المقاصة الإلكترونية.
- 169.....ب- حساب التسوية.
- 169.....ثانيا- نظام المقاصة عن بعد.
- 170.....ثالثا- بعض الأنظمة الدولية.
- 171.....1- نظام first virtual.
- 172.....2- نظام Kleline.
- 174.....3- نظام SWIFT.
- 175.....خلاصة الفصل الأول.
- 177.....الفصل الثاني: أثر التغيرات التكنولوجية على إثبات العقد.
- 178.....المبحث الأول: الإثبات في العقود التجارية الإلكترونية.
- 178.....المطلب الأول: مفهوم الكتابة الإلكترونية في العقود التجارية.
- 179.....الفرع الأول: تعريف الكتابة الإلكترونية.
- 183.....الفرع الثاني: شروط الكتابة الإلكترونية.

- 183.....أولاً- أن تكون الكتابة واضحة.
- 184.....ثانياً- عدم قابلية الكتابة للتحريف.
- 186.....ثالثاً- أن يكون المحرر الكتابي مقروءاً.
- 186.....رابعاً- الاستمرارية.
- 187.....خامساً- الإثبات.
- 188.....المطلب الثاني: تحديات ومعايير الاعتراف بالكتابة الإلكترونية.
- 188.....الفرع الأول: صعوبات استخدام الكتابة الإلكترونية.
- 189.....أولاً- إمكانية تعديل وتغيير الكتابة الإلكترونية دون ترك الأثر.
- 190.....ثانياً- قابلية الكتابة للتلف بسرعة.
- 190.....الفرع الثاني: معايير الاعتراف بالكتابة الإلكترونية.
- 190.....أولاً- مبدأ النظرير الوظيفي.
- 192.....ثانياً- مبدأ الحياد التقني.
- 193.....المبحث الثاني: التوقيع الإلكتروني وأثره على التعاقد.
- 193.....المطلب الأول: مفهوم التوقيع الإلكتروني.
- 194.....الفرع الأول: تعريف التوقيع الإلكتروني.

- 194.....أولاً- تعريف التوقيع الإلكتروني في التشريعات الدولية.
- 196.....ثانياً- تعريف التوقيع الإلكتروني في التشريعات الوطنية.
- 198.....الفرع الثاني: شروط التوقيع الإلكتروني.
- 198.....أولاً- أن يكون التوقيع خاص بصاحبه.
- 198.....ثانياً - أن يكون التوقيع مقروءاً ومستمراً.
- 199.....ثالثاً- أن يكون مرتبطاً بالعقد.
- 199.....الفرع الثالث: حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات.
- 199.....أولاً- الرقم السري والبطاقات الممغنطة في التوقيع.
- 199.....ثانياً- التوقيع الإلكتروني بخط اليد.
- 199.....ثالثاً- النقر على أحد المفاتيح الإلكترونية على خانات تفيد قبول التعاقد أو عدم التعاقد.
- 200.....رابعاً- التوقيع البيومترى.
- 200.....خامساً- التوقيع الرقمي.
- 200.....المطلب الثاني: قدرة التوقيع الإلكتروني في نقل التعبير عن إرادة الموقع.
- 203.....الفرع الأول: الاعتراف الصريح بالسندات والتوقيع الإلكترونيين.
- 203.....الفرع الثاني: حجية السند الإلكتروني.

204.....	أولاً- الشروط العامة للسندات الإلكترونية
204.....	ثانياً- الشروط الخاصة
204.....	ثالثاً- السندات الإلكترونية وقيمتها الثبوتية
204.....	1- حجية السندات الإلكترونية العادية
205.....	2- حجية السندات الإلكترونية الرسمية
206.....	خلاصة الفصل الثاني
208.....	خاتمة
212.....	قائمة المصادر والمراجع
238.....	فهرس الموضوعات

أدى التطور التكنولوجي إلى استخدام وسائل تقنية متعددة ومتنوعة في التعاقد، فأصبح التعاقد بين الأفراد في مختلف أنحاء العالم ممكناً وذلك دون التقاء أطراف العقد، وظهرت في سنوات مضت شبكة الأنترنت الناتجة عن مزج شبكة الاتصالات الدولية والكمبيوتر والتي تعد ثورة علمية حقيقية شهدها العالم اليوم تسمى بثورة المعلومات أو المعلوماتية، إذ أصبحت عاملاً أساسياً في المعاملات العقدية خاصة ما شهده العالم من تفشي لوباء كوفيد 19 الذي قطع العلاقات والمعاملات المباشرة بين الأفراد وليجد الفرد نفسه حبيس تعامل افتراضي أمام وسائل تقنية وتكنولوجية.

الكلمات المفتاحية: وسائل إلكترونية- تكنولوجية الإعلام والاتصال- العقد الإلكتروني- الإيجاب الإلكتروني- القبول الإلكتروني- التجارة الإلكترونية- مجلس العقد الإلكتروني.

Résumé: L'impact du développement technologique sur la théorie des contrats

Le développement technologique a conduit à l'utilisation de moyens techniques multiples et divers dans la passation de marchés. La passation de marchés entre des individus dans différentes parties du monde est devenue possible sans que les parties au contrat se rencontrent. Le réseau international de communication et l'informatique, qui est une véritable révolution scientifique dont le monde a été témoin aujourd'hui. On l'appelle une révolution. L'information ou l'informatique, car elle est devenue un facteur clé dans les transactions contractuelles, surtout ce que le monde a vu depuis l'épidémie de l'épidémie de Covid 19, qui a coupé les relations et les échanges directs entre individus, et l'individu se retrouve piégé dans un commerce virtuel face aux moyens techniques et technologiques.

Mots-clés : Moyens électroniques - médias et technologies de la communication - contrat électronique - offre électronique - acceptation électronique - commerce électronique - conseil du contrat électronique.

Summary: The impact of technological development on contract theory

Technological development has led to the use of multiple and diverse technical means in contracting. Contracting between individuals in different parts of the world became possible without the parties to the contract meeting. In the past years, the Internet emerged as a result of the blending of the international communication network and the computer, which is a real scientific revolution that the world has witnessed today. It is called a revolution. Information or informatics, as it has become a key factor in contractual transactions, especially what the world witnessed from the outbreak of the Covid-19 epidemic, which cut off relations and direct dealings between individuals, and the individual finds himself trapped in a virtual interaction in front of technical and technological means.

Keywords: Electronic means - media and communication technology - electronic contract - electronic offer - electronic acceptance - electronic commerce - electronic contract council.