وزارة التعليم العالي و البحث العلمي

جامعة الجيلالي ليابس بسيدي بلعباس

كلية الحقوق و العلوم السياسية(19 مارس 1962)

التعاقد عبر الانترنت دراسة

مقارنة بين قانون الأونيسترال والقانون الجزائري

أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم

تخصص.....قانون خاص.....فرع.....قانون مدني.....

تحت إشراف الأستاذ الدكتور:

.....بودالي محمد.....

إعداد الطالب(ة)

.....بلحاج بلخير.....

لجنـة المناقشــة

د/ تيزي عبد القادر	أستاذ محاضر أ	جامعة سيدي بلعباس	رئيسا
أ.د/ بودالي محمد	أستاذ التعليم العالي	جامعة سيدي بلعباس	مشرفا و مقررا
د/ بوربابة صورية	أستاذ محاضرة أ	جامعة بشار	عضوا مناقشا
د/ جامع مليكة	أستاذ محاضرة أ	المركز الجامعي تندوف	عضوا مناقشا

السنة الجامعية 2020/2019م/1442/1441هـ

كلمة شكر

الشكر و الحمد الله من قبل ومن بعد

من لم يشكر الناس لا يشكر الله

كل الشكر و التقدير للأستاذ الدكتور بودالي محمد لصبره معي كل هذه السنين أستاذا

و أبا لحرصه أن يكون هذا البحث في أبهى حلله

كما أخص بالشكر كل من ساندني و مد لي يد العون و المساعدة من أجل أن يرى هذا البحث النور كل باسمه و صفته و قدره

كما أتوجه بشكري الخالص إلى السادة الأفاضل أعضاء لجنة المناقشة الموقرة بتشريفهم لي قبول مناقشة هذه الرسالة، وتحملهم عناء قراءتها، فلهم مني جزيل الشكر و العرفان.

قائمة المختصرات

1/ قائمة المختصرات باللغة العربية

ص: الصفحة.

ق م ج: القانون المدني الجزائري.

ج، ر، ع: الجريدة الرسمية العدد.

د، ت: دون تاريخ نشر.

ط: الطبعة.

2/ قائمة المختصرات باللغة الأجنبية

P:Page.

V :Voir.

A:Article.

Dcc. :Direct client _ to _ client

Irc. :Internet relay chat

مقدمة

إنطلاقا من فكرة أن القانون ظاهرة إجتماعية فهو لا يتصور إلا في مجتمع، لأن هدف القانون هو تنظيم العلاقات والوقائع الناشئة عن تعايش أكثر من شخص في مجتمع ما، فالقانون لم يوجد إلا لتنظيم العلاقات الإجتماعية بين الأفراد في المجتمع، وبالتالي فيجب على القانون أن ينظم هذه العلاقة في كل وقت وحين، ومهما حدث من تطور في شكل أو مضمون العلاقات الإجتماعية، مما يحتم على القانون أن يظل قادرا على تنظيم هذه العلاقات بتطورها الحديث، أو بمعنى آخر يجب أن يتطور القانون بتطور المجتمع، بحيث أنه لا يجوز أن يحدث تطور في أي ميدان من ميادين الحياة الإجتماعية ويظل القانون بعيدا عنه، وإلا حدث إنفصال بين القانون والمجتمع وأصبح القانون تراثا ثقافيا قديما[1].

وفي خضم الثورة الرقمية، والصحوة المعلوماتية التي يعرفها العالم اليوم، حيث تكنولوجيا المعلومات أصبحت تشكل الجهاز العصبي للمجتمعات الحديثة، شهد العالم فيضا من التحولات شمل المجالات الإقتصادية والسياسية والثقافية إختصت بعدة ملامح إنفردت بها في ظل ما إصطلاح على تسميته بالعولمة[2].

ولعل أبرز سمات الثورة الرقمية أو المعلوماتية في مجال المعاملات قدرتها الفائقة على خلق فرص متنامية للمعاملات الإنسانية عن بعد، الأمر الذي أوجد في الواقع المنظور طائفة من المعاملات تتم عن طريق أجهزة الحاسوب، وتجري وقعاتها عبر شبكة الأنترنت، تلك الشبكة العملاقة التي بدأت مسيرة العمل كوسيلة إتصال وتبادل للمعلومات، ثم أضحت بوابة المعرفة وفضاء إتصالي مفتوح على مصرعيه يزيل الحدود الجغرافية، ويجعل من العالم أشبه بقرية إلكترونية صغيرة.

ولقد فتحت شبكة الأنترنت أفاقا رحبة أمام الأفراد، وسمحت لهم بالرغم من إختلاف مواقعهم وتباعدهم، وإختلاف ثقافتهم ولغاتهم بالدخول إليها، وتبادل المعلومات بحرية دون أدنى إعتبار للحدود الجغرافية بين الدول، كما غيرت الأنترنت وجه عالم التعاقدات والأعمال، ولم تعد مجرد وسيلة لتبادل

---

[1]. سامح عبد الواحد محمد التهامي، التعاقد عبر الأنترنت، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الزقازيق، مصر، 2006، ص1.

[2]. سعاد عبد الحميد فالح أبو طالب، أحكام العقد الإلكتروني في القانون المدني الأردني(دراسة مقارنة)، رسالة لنيل شهادة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، مصر، 2013، ص1.

المعلومات، أو للحصول عليها فقط بل أصبحت مجالا للعديد من الأنشطة الإقتصادية، وشهدت أسواق العالم لتبادل السلع والخدمات والأموال تطورات جذرية فيما يتعلق بوسائل أو قنوات إنجاز الصفقات والتعاقدات، وخلقت بيئة جديدة للأعمال أتاحت للمتعاقدين وسائل متطورة للإعلان عن السلع والخدمات، ومن ثم التعاقد عليها وتنفيذها أحيانا عبر الشبكة، ودون الحاجة إلى التواجد المادي للأطراف، كما ساهم الأنترنت في تحقيق الوجود الفعلي للتجارة الإلكترونية، وساعدت في تقريب المسافات، وإزالة الحواجز بكافة أشكالها بين المنتج والعميل، بما في ذلك حاجز اللغة، وأصبح من السهل إيصال أي منها إلى الأخر مباشر، ودون تدخل وسيط بينهم خلال تجول العميل بين ملايين المواقع والمتاجر الإلكترونية على الشبكة، ومشاهدة آلاف المنتجات على الشبكة دون أن يبرح الشخص مكانه[1].

فلقد باتت العقود الإلكترونية تشكل نسبة كبيرة من حجم التجارة الدولية والداخلية، فيمكن للشخص أن يصل إلى كل ما يرغب فيه من خلال العروض الهائلة على شبكة الأنترنت من خلال مفتاح الإختيار الموجود على لوحة المفاتيح المرتبطة بشبكة الأنترنت، وذلك من خلال إستعمال هذه اللوحة والضغط على مفاتيحها، حيث يستطيع أي شخص ملم بهذه المهارة الولوج إلى عالم آخر يختلف عن عالمنا التقليدي، يكتشف فيه أحدث أنواع التسوق موفرا الوقت والجهد معا[2].

وإذا كان التعاقد التقليدي يحظى بنظام قانوني ثابت، فإن التعاقد عبر الأنترنت وقواعد إثباته لا تحظى بهذا القدر من الثبات حيث يبدو القصور في تنظيمه القانوني أكثر وضوحا، ومن هنا بات من الطبيعي أن تزداد أهمية الإتجاه نحو وضع تنظيم قانوني يحكم هذه التعاقدات ويحدد قواعد إثباتها، حيث يبدو من الواضح أن القواعد الموضوعية في ظل ثقافة الورق لم تعد قادرة بمفردها على الوفاء بعصر المعلوماتية[3].

---

[1]. محمد عامر عامر كريم، إثبات العقد المبرم عن طريق لأنترنت، رسالة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، مصر، 2015، ص 1.

[2]. شحاته غريب شلقامي، التعاقد الإلكتروني في التشريعات العربية(دراسة مقارنة)، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2015، ص 10.

[3]. تامر محمد سليمان الدمياطي، إثبات التعاقد لإلكتروني عبر الأنترنت (دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية، مصر، 2009، ص 3.

ومع إزدياد وتيرة إستخدام شبكة الأنترنت في التعاملات التجارية، ظهر ما يعرف بالمعاملات الإلكترونية أو التجارة الإلكترونية، التي أصبحت واقعا يفرض نفسه على صعيد التجارة والتعاملات اليومية، ومن هنا بدأ إهتمام المشرع على الصعيدين الدولي والداخلي بتنظيم أحكام التجارة والمعاملات الإلكترونية، وخصوصا ما يتم منها عبر الأنترنت[1].

وقد إقتضت هذه التطورات على مستوى التجارة الإلكترونية، وشبكات الأنترنت والمعاملات الإلكترونية إلى تطوير وتحديث التشريعات كي تتلائم مع هذه التطورات وإيجاد نصوص قانونية تكفل الإستفادة من الوسائل التقنية الحديثة في إبرام الصفقات التجارية[2].

ومن منطلق هذا الإهتمام القانوني الكبير بمسائل التعاقد عبر الأنترنت، بادرت لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي(الأونسيترال) إلى وضع قانون نموذجي، بشأن التجارة الإلكترونية سنة 1996، متضمنا دعوة الدول الأعضاء في الأمم المتحدة للأخذ به سواء عند إصدار تشريعات خاصة بالمعاملات والتجارة الإلكترونية، أم عند إجراء تعديلات على قوانينها الداخلية[3].

وبعد دراسة مضنية جاءت لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي الأونسيترال بإصدار القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية لسنة 1996، الذي يحتوي على مجموعة من القواعد والإرشادات التي تهدف إلى تهيئة بيئة قانونية أكثر ملائمة للتجارة الإلكترونية[4]، وهو قانون يقوم على مبدأ التنظير الوظيفي أو المعادل الوظيفي، بمعنى التكافؤ بين الكتابة والمحررات الإلكترونية، والكتابة والمحررات الورقية من حيث الوظائف[5]، كما صدر قانون الأونسيترال النموذجي التوقيع الإلكتروني لسنة 2001 والذي يهدف إلى الإعتراف بحجية التوقيع الإلكتروني وبيان الشروط والمتطلبات اللازمة لذلك.

---

[1]. محمود عبد الرحيم الشريفات، التراضي في تكوين العقد عبر الأنترنت، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2009، ص 15.

[2]. أيسر صبرى إبراهيم، إبرام العقد عن الطريق الإلكتروني وإثباته (دراسة مقارنة)، دار الفكر الجامعي، مصر، 2015، ص 7.

[3]. مجد الدين محمد إسماعيل السوسوة، إبرام عقد البيع عبر الأنترنت (دراسة مقارنة بين القوانين الوضعية والفقه الإسلامي)، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، مصر، 2010، ص 3.

[4]. بلقاسم حامدي، إبرام العقد الإلكتروني، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2015/2014، ص (أ).

[5]. خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني (دراسة مقارنة)، دار الفكر الجامعي، مصر، 2011، ص 10.

استجابة لهذه المتطلبات العديد من التنظيمات الدولية والإقليمية، كالإتحاد الأوروبي الذي أصدر التوجيه رقم 1997/7/EC الخاص بالتجارة الإلكترونية، كذلك أصدرت العديد من الدول الأجنبية والعربية قوانين خاصة بالمعاملات والتجارة الإلكترونية[1].

ومن أجل دعم الثقة في المعاملات الإلكترونية، ساير المشرع الجزائري كباقي مشرعي دول العالم هذا التطور، وذلك بإقراره هذه المعاملات في نصوص متفرقة إلى غاية إصداره للقانون المتعلق بالتوقيع والتصديق الالكترونيين، بموجب القانون رقم 04/15 المؤرخ في 2015/02/01 إلى جانب ذلك إصداره لقانون التجارة الإلكترونية رقم 05/18 المؤرخ في 24 شعبان عام 1439 الموافق ل 10 مايو سنة 2018، بعد إنتظار دام طويلا، حيث قام المشرع في هذين القانونيين إيراد مجموعة من التعريفات تشمل أهم الأدوات المتعلقة بالمعاملات الإلكترونية، كتعريف التوقيع الإلكتروني والتجارة الإلكترونية والعقد الإلكتروني والمستهلك الإلكتروني ....الخ.

فموضوع التعاقد عبر الأنترنت من الموضوعات القانونية الجديدة، التي أملاها التحول الهائل والإنتقال في أسلوب التعاقد من الأسلوب المادي إلى الأسلوب الإلكتروني.

وقد تناولت في هذه الدراسة التعاقد عبر شبكة الأنترنت، وبالتالي التصدي لهذا النوع من التعاقد، وذلك من خلال التعرض لماهية العقد الإلكتروني وتمييزه عن غيره من العقود، ومدى جواز التعبير عن الإرادة وتطابقها بإستخدام رسائل البيانات الإلكترونية، وكذا تحديد مكان وزمان إنعقاده، وكيفية الحماية القانونية للأطراف المتعاقدة سواء في المرحلة السابقة واللاحقة على التعاقد، وكما سنسعى إلى دراسة الآليات التي تكفل إثبات التعاقد عبر الأنترنت، وذلك من خلال دراسة الكتابة الإلكترونية والتوقيع الإلكتروني، كما وضعت الدراسة نصب أعينها أن ازدهار التعاقدات الإلكترونية يتوقف على حرياتها في وسط قانوني يكفل الأمن للمعاملات ويحمي حقوق وحريات أطرافها، ويحيط المصالح المتعلقة بالنظام العام ـ سواء الداخلية أو الدولية ـ بسياج متين من الحماية في ضوء الممارسات غير المشروعة التي يمكن أن تتعرض لها البيانات المتبادلة عبر النترنت.

---

[1]. على سبيل المثال فيما يخص التشريعات العربية، صدر قانون المبادلات و التجارة الإلكترونية التونسي رقم 83 لعام 2000، قانون المعاملات الإلكترونية الأردني رقم 85 لسنة 2001 كما صدر اخر قانون وهو القانون رقم 15 لسنة 2015، قانون التجارة الإلكترونية البحريني رقم 28 الصادر في 14 سبتمبر سنة 2002، قانون التوقيع الإلكتروني والمعاملات العراقي رقم 78 لسنة 2012.

مما لا شك فيه أن أية ظاهرة حديثة أو جديدة وخاصة في مجال إبرام التصرفات، تثير الإهتمام وعدم الأمان الكافي لها لعدم توافر المقومات القانونية اللازمة لتنظيم هذه التصرفات وآليات إبرامها، من خلال ما قد تحمله من مستجدات جديدة وغير معهودة للأفراد من قبل، قد تحملهم على عدم الإقدام عليها والتعامل فيها إلا بعد توافر عناصر الأمن القانوني.

كما لا يخفى على أحد أن لهذا الموضوع أهمية عملية تتجلى في كون أن عقود التجارة الإلكترونية أصبحت تفرض نفسها بقوة على المجتمع نظرا لما تمتاز به التجارة الإلكترونية من إبرام العقود في بيئة رقمية غير ملموسة دون التواجد المادي للمتعاقدين في مجلس العقد، إضافة إلى ذلك أن هذه العقود أصبحت واقعا ملموسا على الصعيد الدولي، نظرا لتنامي وتزايد عددها يوما بعد آخر نتيجة إنخفاض تكلفة إستخدام الأنترنت وما توفره هذه العقود من وقت وجهد.

أما الأهمية العلمية للموضوع محل الدراسة فتتجسد في إيجاد وسائل للتنظيم القانوني لعملية التعاقد عبر الإنترنت نتيجة زيادة الصفقات والتعاملات التجارية التي تتم إلكترونيا، بأنواعها المختلفة سواء المقروءة منها أو المرئية أو المسموعة أو المرئية المسموعة، وما يستلزم ذلك من تبادل الخطابات وإبرام العقود والتوقيع عليها، بغية حماية وتوعية المتعاملين في هذا المجال بالآثار القانونية للتعامل عبر هذه الوسيلة الحديثة، وتزداد هذه الأهمية في ظل غياب النصوص القانونية المنظمة لهذا النوع من المعاملات التي حتى وإن وجدت إلا أنه يشوبها نقص وغموض مما يحتم على المتعاقدين الرجوع دائما إلى القواعد العامة لنظرية العقد.

ونظرا لكون أن القانون يعبر عن إحتياجات المجتمع، وينظم ما قد ينشأ فيه من علاقات، لذا ينبغي على رجال القانون إمعان النظر في كل ما هو جديد، لتوفير البيئة القانونية الملائمة لمواكبة التطور العلمي، بهدف إيجاد القواعد والأحكام التي تتناسب مع الشيء الجديد[1]، من هنا يمكن القول أن الأسباب التي دفعتنا لإختيار موضوع التعاقد عبر الأنترنت في القانون الجزائري وقانون الأنسترال دراسة مقارنة هو ما يلي:

[1]. بشار طلال أحمد مومني، مشكلات التعاقد عبر الأنترنت، دراسة مقارنة، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، 2003، ص 5.

1 ـ صدور قانون التجارة الالكتروني الجزائري رقم 05/18، الذي لم يغطي بشكل كبير جميع جوانب العقود الإلكترونية، وهو ما أتاح لنا الفرصة لكتابة هذا البحث لعل الباحث ينال شرف المساهمة في توضيح بعض المسائل لهذه العقود الإلكترونية وكيفية إثباتها.

2 ـ إعتبار موضوع التعاقد عبر الأنترنت من المواضيع الحديثة التي أفرزتها التقنية الحديثة.

3 ـ محاولة إزالة اللبس والغموض الذي يكتنف هذا الموضوع من حيث إبرامه وإثباته، مما يوفر الأمن القانوني للمتعاقدين.

وتبدو إشكالية هذه الدراسة في الوقوف على التطورات المتلاحقة والمتسارعة في التكنولوجيا المعلوماتية التي أصبحت وسيلة إتصال مباشر في المجتمع من خلال إيجاد قواعد قانونية، لذلك حاولنا معالجة هذا الموضوع من خلال طرح الإشكالية التالية: ما مدى كفاية الأحكام التي جاء بها كل من القانون رقم 05/18 المتعلقة بالتجارة الإلكترونية والقانون 04/15 المتعلق بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين لإزالة الإشكالات القانونية المتعلقة بالتعاقد عبر الأنترنت في شقيه الإبرام والإثبات، أم الأمر يستدعي الرجوع إلى الأحكام العامة في نظرية العقد ؟.

وتندرج ضمن هذه الاشكالية أسئلة فرعية تتمثل فيما يلي:

1 ـ ما المقصود بالعقد الإلكتروني، وما هي خصوصياته؟.

2 ـ كيف يتم التعبير عن الإرادة في مجال البيئة الرقمية؟.

3 ـ كيفية التحقق من هوية المتعاقد وأهليته؟.

4 ـ كيف يمكن حماية رضا المستهلك من المخاطر التي تحبط به في التعاقد عبر الأنترنت بإعتباره الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية؟.

5 ـ كيفية إثبات العقد المبرم عبر الأنترنت في ظل غياب الكتابة الخطية وغياب المستند الورقي في مفهومه التقليدي؟.

6 ـ مدى الحاجة للتوقيع الإلكتروني ومفهومه وكفايته للإثبات؟.

وللإجابة عن هذه الإشكالية اقتضت طبيعة موضوع الدراسة أن يتبع الباحث عدة مناهج مجتمعة متداخلة لا متنافرة، وذلك على النحو التالي:

1 ـ المنهج الوصفي: الذي يعتمد على المعلومات والحقائق عن موضوع معين ووضعها في قالب محكم ومكتمل، وذلك من خلال وصف ظاهرة التعاقد عبر الأنترنت، والذي بدأ يفرض نفسه بقوة على فقهاء القانون في ظل التطورات والمستجدات الراهنة، في محاولة منا الوصول لبعض النتائج ومعالجة بعض المشاكل التي قد يثيرها هذا التعاقد.

2 ـ المنهج التأصيلي: والمتمثل في محاولة رد الفروع والجزئيات إلى أصولها العامة في القانون المدني حتى يسهل فهم وإستيعاب جوانب هذا الموضوع، فرغم ما يتسم به موضوع التعاقد عبر الأنترنت من خصوصية، إلا أننا فضلنا الإستناد إلى القواعد العامة في القانون المدني في معالجة أي فصل من فصول الدراسة بإعطاء حكم القواعد العامة أولا، ثم إبراز خصوصية هذا التعاقد.

3 ـ المنهج المقارن: فالبحث في موضوع الدراسة يعتمد أساسا على مقارنة القانون الجزائري مع القوانين الأخرى والإتفاقيات الدولية في هذا المجال، والتي من خلالها سنبين أوجه الإختلاف والإتفاق بين القوانين مع بيان القصور الذي رافق المشرع الجزائري عند وضعه قانون التوقيع والتصديق الإلكترونيين، وقانون التجارة الإلكترونية، إذ أن من دواعي إتباعنا المنهج المقارن هو الوصول إلى تلك النتائج، والإطلاع على تجارب القوانين المقارنة للإستفادة منها، وأملنا في النهاية أن نضع أفضل النتائج والحلول أمام أعين المشرع الجزائري ليستعين بها إذا ما أراد تعديل القوانين القائمة أو تشريع قوانين جديدة.

وفي ضوء ما تقدم وبلوغا للهدف المنشود، جرى تقسيم هذا البحث بعد المقدمة إلى بابين وخاتمة.

وقد خصص الباب الأول لدراسة إنعقاد العقد عبر الأنترنت وتم تقسيم هذا الباب إلى فصلين على النحو التالي:

الفصل الأول: مفهوم العقد الالكتروني وآلية إبرامه.

الفصل الثاني: حماية المستهلك في التعاقد عبر الانترنت.

أما الباب الثاني فقد خصص لدراسة إثبات التعاقد عبر الأنترنت، وتم تقسيم هذا الباب إلى فصلين على النحو التالي:

الفصل الأول: الكتابة الإلكترونية.

الفصل الثاني: التوقيع الإلكتروني.

وأما الخاتمة فقد تضمنت أهم النتائج والتوصيات الخاصة بهذا البحث.

الباب الاول: انعقاد العقد عبر الأنترنت

يعتبر العقد الإلكتروني الشريان الحيوي للتجارة الإلكترونية، التي يتم من خلالها ترويج تبادل السلع والخدمات وابرام العقود من خلال تلك الوسائط الإلكترونية، فالعقود الإلكترونية تسمح بتبادل التراضي مباشرة بين الأطراف المتعاقدة من خلال أدوات أو وسائل متطورة في مجال الإعلام والإتصال، والتي تعمل بطريقة إلكترونية تتيح لهم فرصة ابرام عقودهم دون ان يكون تواجدهم الفعلي والواقعي ضروري بالنسبة لهم، فهذه التصرفات تتم في مجال افتراضي خاص لا يتقيد بالحدود الجغرافية التي تفصل بين الدول[1].

إضافة الى ذلك فإن العقد الإلكتروني يمثل ترجمة قانونية لتلاقي إرادتي البائع أو مقدم الخدمة من جهة، والمشتري أو مستهلك الخدمة من جهة أخرى، وهو يستند على الثقة ويتطلب وسطا قانونيا ملائما، يحيطه بسياج من الضمانات ضد المخاطر التي تتعرض لها المعاملات المبرمة عن بعد[2].

ونظرا لإنتشار ظاهرة التسوق عبر شبكة الأنترنت من جهة، وظهور التكتلات الإقتصادية الكبيرة في السوق الإلكترونية من جهة أخرى، تنبهت العديد من الدول[3]، للاسراع في وضع قواعد تكفل أن يكون رضا المستهلك في العقود التي تتم عبر الأنترنت راضاءا مستنيرا[4].

وبناءا على ما تقدم، سوف نقسم هذا الباب الى فصلين:

---

[1]. العيشى عبد الرحمان، ركن الرضا في العقد الالكتروني، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2017/2016، ص 11.

[2].الياس ناصيف، العقود الدولية، العقد الالكتروني في القانون المقارن منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الاولى، 2009، ص 35، 36.

[3]. خلوي (عنان) نصيرة، الحماية القانونية للمستهلك عبر الانترنت، دراسة مقارنة، رسالة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2013، ص 3.

[4]. سامح عبد الواحد محمد التهامي،مرجع سابق ، ص 46.

الفصل الاول: مفهوم العقد الإلكتروني وآلية إبرامه.

الفصل الثاني: حماية المستهلك في التعاقد عبر الانترنت.

الفصل الأول: مفهوم العقد الإلكتروني وآلية إبرامه.

يعتبر العقد الإلكتروني نوعا جديدا من العقود التي أفرزها عصر المعلوماتية، ويتميز بأنه يتم في إطار فضاء إلكتروني عن طريق شبكة الأنترنت، كما أن العالم يشهد تزايد كبير في استخدام العقد الإلكتروني حيث بات يمثل نسبة هائلة من حجم التجارة والسبب في ذلك يرجع إلى السرعة التي يتميز بها في إبرامه[1].

و بمعنى آخر فإن التقدم العلمي في المجال الإلكتروني، وما تبعه من تنمية معلوماتية، واتجاه التجارة الدولية إلى التجارة الإلكترونية الدولية التي تقوم على السرعة في إبرام العقود وتنفيذها وتغير مفهوم التجارة الكلاسيكية، إذا أصبحت عبارة عن منظومة معلوماتية تربط بين المنتج والمستهلك، ونشأ نتيجة لذلك ما يعرف بالمعاملات الإلكترونية[2].

وهو ما يدعوا إلى محاولة التعرّف على ماهية العقد الإلكتروني من خلال بيان أوجه الخصوصية فيه، وتتمثل في طريقة انعقاده من خلال شبكة إتصال دولية ومن أهمها الأنترنت وذلك بغرض وضع تنظيم هيكلي له، حيث أن القواعد العامة للتعاقد، والمستمدة من النظرية العامة في الالتزامات وضعت لتنظيم التعاقد في الشكل التقليدي دون الإلكتروني، وكذلك لبيان النظام القانوني له،

---

[1]. أرجليوس رحاب، الإطار القانوني للعقد الالكتروني، دراسة مقارنة، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه الطور الثالث في الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أحمد درارية، أدرار، 2018/2017، ص8.

[2]. عصام عبد الفتاح مطر، التجارة الالكترونية في التشريعات العربية والأجنبية، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2014، ص133.

وهل تكفي النظرية العامة للتعاقد لتنظيم أحكامه، أم أن له أحكام خاصة ناتجة عن طبيعته، وكونه يبرم في بيئة إلكترونية[1].

وبناءا على ما تقدم سوف نقسم هذا الفصل إلى ثلاثة مباحث على النحو التالي:

المبحث الأول: ماهية وخصائص العقد اللإلكتروني.

المبحث الثاني: الية ابرام التعاقد عبر الأنترنت وصحته.

المبحث الثالث: زمان ومكان ابرام التعاقد عبر الأنترنت.

المبحث الأول: ماهية وخصائص العقد الإلكتروني.

لقد احدث التعاقد عبر شبكات الانترنت ثورة في مجال التسوق أو تسويق السلع والخدمات، ولقد اتجه الافراد والمؤسسات الخاصة مثلهم في ذلك مثل الهيئات العامة إلى التعامل عبر هذه الشبكة، لتحقيق العديد من المزايا واكتساب الفوائد العملية من سرعة وسهولة، واهتمام بوسائل الحماية[2].

فالتعاقد عبر الوسائل الحديثة، وخاصة شبكة الأنترنت له مفهوم وخصائص معينة، تجعله يتميز عن باقي العقود وعلى ذلك سوف نقسم هذا المبحث إلى ما يلي:

المطلب الأول: تعريف العقد الإلكتروني.

المطلب الثاني: خصائص العقد الإلكتروني.

---

1. خالد ممدوح إبراهيم، إثبات العقود والمراسلات الالكترونية، الدار الجامعية، مصر، 2010، ص09.
2. شحاتة شلقامي غريب، مرجع سابق، ص19.

المطلب الثالث: تمييز العقد الإلكتروني عن غيره من العقود.

المطلب الأول: مفهوم العقد الإلكتروني.

ليس هناك تعريف موحد للعقد الإلكتروني، سيما لو أخذنا بعين الاعتبار تعدد الجهات والمحافل التي أوردت هذه التعاريف من جهة، ونوع التقنية التي تستعمل في إبرامه من جهة أخرى[1].

وكان نتيجة لما سبق ظهور تعريفات عديدة للعقد الإلكتروني، أو العقد المبرم عبر الأنترنت، سواء الواردة في التشريعات الخاصة ببعض الدول، أو التعريف الوارد في القانون النموذجي للأمم المتحدة، او تلك التعريفات التي قال بها بعض الفقهاء[2].

وعليه سيتم تناول هذا المطلب في فرعين، الفرع الاول: مخصص للتعريف بالعقد بصفة عامة، أما الفرع الثاني: فهو لتعريف العقد الالكتروني وذلك على النحو الآتي:

الفرع الأول: تعريف العقد بصفة عامة.

يراد بالعقد في اللغة من الناحية المادية، الربط والشد والتوثيق والقوة ونقيضه الحل، كما استعمل فعل العقد من الناحية المعنوية للدلالة على الربط بين الكلاميين أو المتعاهدين[3].

ومن معاني العقد، العهد يقال عقدت له بمعنى عاهدته، ويؤيد ذلك قوله تعالى" يا أيها الذين ءامنوا أوفوا بالعقود"[4]، وهي جمع عقد بمعنى العقود، وهو تأكيد على العهود[5].

---

[1]. ابو عجيلة عقيلة علي نصر، حماية المستهلك في مجال التعاقد عبر الأنترنت، رسالة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، مصر، 2015، ص22.

[2]. لزهر بن سعيد، النظام القانوني لعقود التجارة الالكترونية، دار هومه، الجزائر، 2012، ص40.

[3]. مندر الفضل، الوسيط في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام وأحكامها، دار الثقافة، الأردن، 2012، ص39.

[4]. سورة المائدة الآية (1).

[5]. عبد الحي القاسم عبد المومن، مفهوم العقد الالكتروني وخصائصه، مجلة جامعة بخت الرضا العلمية، العدد 13 ، ديسمبر 2014، السودان، ص202.

ويقصد به أيضا التوثيق والتأكد والإلتزام، ومنه قوله تعالى:" ولكن يؤاخذكم بما عقدتم الايمان"[1]، أي أكدتموه.

أما العقد اصطلاحا هو توافق ارادتين أو أكثر على إحداث أثر قانوني، فتكون الإرادة هي قوام العقد ، أما أركان العقد في فقه القانون هي التراضي والمحل والسبب، كما تعتبر أيضا شروط انعقاد[2].

وقد عرّف المشرّع الجزائري العقد في القانون المدني بأنه:" العقد اتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص آخرين بمنح أو فعل أو عدم فعل شيء ما"[3].

أما المشرّع التمهيدي للقانون المدني المصري فقد أشار إلى اتحاد مفهوم الإتفاق والعقد، حيث كانت المادة 122 منه تنص على أن:" العقد اتفاق ما بين شخصين او أكثر على إنشاء رابطة قانونية أو تعديلها أو إنهائها" إلا أنه تم حذف هذه المادة من المشروع النهائي للقانون وذلك رغبة من المشرّع في عدم الاكثار من التعريفات القانونية، التي هي من صميم عمل الفقه وليس المشرّع[4].

الفرع الثاني: تعريف العقد الإلكتروني.

يعد العقد الإلكتروني بمثابة القلب النابض للتجارة الإلكترونية، حيث انه يمثل ترجمة قانونية لتلاقي الإرادات بين البائع أو مقدم الخدمة ـ من ناحية ـ والمشتري أو مستهلك الخدمة ـ من ناحية أخرى ـ ويتند هذا العقد على الثقة ويتطلب وسطا قانونيا قويا يحيطه بسياج من الضمانات التي تعمل

1. سورة المائدة الآية (89).
2. عبد الحي القاسم عبد المومن، مرجع سابق، ص203.
3. المادة 54 من الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395، الموافق لـ 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم بالقانون رقم 10/05 المؤرخ في 20 يونيو 2005، ج، ر، ع 44، ص21.
4. دريد محمود علي، النظرية العامة للالتزام، القسم الأول، مصادر الالتزام، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2012، ص38.

على تدارك المخاطر التي تتعرض لها المعاملات المبرمة عن بعد، ويواكب التطور المتنامي في مجال التجارة الإلكترونية، والتي أصبحت حقيقة قائمة، ولا تقف آفاقها إمكاناتها عند حد[1].

وسنذكر بشيء من الاختصار بعض التعريفات التي وردت بشأن العقد الإلكتروني.

أولا: التعريف الفقهي للعقد الإلكتروني.

ذهب الفقهاء إلى تعريف العقد الإلكتروني إلى اتجاهات متعددة[2].

فقد ذهب بعض الفقه إلى تعريفه بأنه:" اتفاق يتلاقى فيه الإيجاب بالقبول على شبكة دولية مفتوحة للإتصال عن بعد وذلك بوسيلة مسموعة مرئية، بفضل التفاعل بين الموجب والقابل"[3].

ويتّضح من هذا التعريف أن العقد يتم بين أطراف متباعدين لا يجمعهما مجلس عقد واحد، كما في العقد التقليدي، فإنهم متباعدين مكانا، ولكنهم متقاربين من حيث الزمان، ولا يتوافر لهم الالتقاء المادي المحسوس[4].

وذهب البعض الآخر إلى أن " العقد الالكتروني هو العقد الذي يتم إبرامه عبر الأنترنت"، والملاحظ على هذا التعريف أنه حصر وسيلة ابرام العقد الإلكتروني في شبكة الأنترنت متجاهلا الوسائل الأخرى لإبرامه مثل التيليكس والفاكس والمنيتيل في فرنسا[5].

---

1. سمير حامد عبد العزيز الجمال، التعاقد عبر تقنيات الاتصال الحديثة، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، مصر، 2005، ص64.
2. ضاري تمران طلاق الشمري، الجوانب القانونية لتنفيذ و اثبات العقد الإلكتروني، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، ع4، السنة الخامسة، العدد التسلسلي 20، ديسمبر 2017، ص68.
3. أسامة أبو الحسن مجاهد، خصوصية التعاقد عبر الأنترنت، دار النهضة العربية القاهرة، مصر، 2003، ص39.
4. قدري محمد محمود، حماية المستهلك في العقد الإلكتروني، دار النهضة العربية، مصر، 2014، ص14.
5. مناني فرح، العقد الالكتروني وسيلة اثبات حديثة في القانون المدني الجزائري، دار الهدى، الجزائر، 2009، ص22.

كما عرّف جانب من الفقه الأمريكي العقد الإلكتروني بأنه:" هو ذلك العقد الذي ينطوي على تبادل للرسائل بين البائع والمشتري، والتي تكون قائمة على صيغ معدة سلفا ومعالجة إلكترونيا، وتنشئ التزامات تعاقدية"[1].

ويعرّفه البعض الآخر بأنه:" العقد الذي يتم انعقاد بوسيلة إلكترونية، كليا أو جزئيا وتتمثل الوسيلة الإلكترونية في كل وسيلة كهربائية او مغناطيسية أو ضوئية أو إلكترو مغناطيسية أو أية وسيلة أخرى متشابهة، صالحة لتبادل المعلومات بين المتعاقدين[2].

إن تنوع التعريفات السابقة للعقد الإلكتروني، يضفي قدرا من المرونة في تحديد مفهوم تلك العقود، كما يتيح للمشتغلين تطبيق القانون بالملاءمة بين تلك المفاهيم المستحدثة، وبين ما ستجد من ظروف[3].

ثانيا: التعريف التشريعي للعقد الإلكتروني.

قبل اعتماد الدول والمنظمات تشريعات تنظم التعاقد عبر الأنترنت، لم يكن هناك أي تعريف قانوني يوضح المقصود باصطلاح العقد الإلكتروني، إلا ان ظهور التجارة الإلكترونية ونموها، دفع العديد من الدول إلى تحديد مفهوم العقد الإلكتروني عبر الأنترنت[4].

وعليه سيتم عرض أهم التعريفات بشأنه في المواثيق الدولية ثم تلك التي جاءت بها القوانين المقارنة.

أ ـ التعريف الوارد في المواثيق الدولية.

---

1. خالد ممدوح ابراهيم، إبرام العقد الالكتروني ، مرجع سابق، ص73.
2. محمد أمين الرومي، التعاقد الالكتروني عبر الأنترنت، دار المطبوعات الجامعية الاسكندرية، مصر، 2004، ص49.
3. بلقاسم حامدي، مرجع سابق، ص28.
4. عمرو عبد الفتاح علي يونس، جوانب قانونية للتعاقد الالكتروني في إطار القانون المدني، دراسة مقارنة، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه، كلية الحقوق جامعة عين شمس، مصر، 2009، ص133.

نكتفي في هذا المجال بالتطرق إلى التعريف الذي جاء به القانون النموذجي للأمم المتحدة حول التجارة الإلكترونية، نظرا لكونه أهم وثيقة دولية في هذا المجال، ثم نتطرق بعد ذلك إلى التعريف جاء في التوجيه الاوربي.

1 ـ أ ـ التعريف الوارد في القانون النموذجي للأمم المتحدة حول التجارة الإلكترونية.

بعد الاطلاع على نصوص قانون الاونيسترال النموذجي[1]، بشأن التجارة الإلكترونية، نجد انه لم يعرف العقد عبر شبكة الأنترنت بشكل مباشر على الرغم من أن المادة (1/2) منه عرفت مصطلح رسالة البيانات" بما يلي: يراد بمصطلح "رسالة البيانات" المعلومات التي يتم إنشاؤها أو إرسالها، او استلامها او تخزينها بوسائل إلكترونية أو ضوئية أو بوسائل مشابهة، بما في ذلك على سبيل المثال لا الحصر تبادل البيانات الالكترونية، أو البريد الالكتروني، أو البرق، أو التلكس، أو النسخ البرقي" كما عرفت المادة(2/ب) من القانون النموذجي مصطلح تبادل البيانات الالكترونية" بما يلي:" يراد به نقل المعلومات الكترونيا من حاسوب إلى حاسوب آخر باستخدام معيار متفق عليه لتكوين المعلومات"[2].

وواضح مما تقدم، ان الأنترنت حسب هذا القانون ليست الوسيلة الوحيدة لإتمام عملية التعاقد والتجارة الالكترونية، بل تشاركها وسائل أخرى مثل جهازي التليكس والفاكس كما يلاحظ ان قانون الاونيسترال النموذجي بشان التجارة الالكترونية، لم يعرف العقد الالكتروني، إلا انه توسع في سرد وسائل إبرام هذه العقود[3].

2 ـ أ ـ التعريف الوارد في الوثائق الأوربية.

---

[1]. صدر هذا القانون في 1996/6/12 عن لجنة الامم المتحدة للقانون التجاري الدولي، وتم إقراره بناءا على التوصية الصادرة عن الجمعية العامة للامم المتحدة رقم 162/51 في 16 ديسمبر 1996، ويتكون هذا القانون من 17 مادة قابلة للزيادة في المستقبل، وهذه المواد مقسمة إلى بابين، الباب الأول يعالج موضوع التجارة الالكترونية بصفة عامة في المواد من 1 إلى 10، أما الباب الثاني فيتكون من فصل واحد متعلق بعقود نقل البضائع والمستندات في المادتين 16 و17، ويوجد بهذا القانون ملحق داخلي يوجه خطابا للدول الأعضاء بكيفية إدماجه ضمن تشريعاتها الداخلية، راجع الموقع: .www.uncitrol.org

[2]. مصطفى موسى العجارمة، التنظيم القانوني للتعاقد عبر شبكة الأنترنت، دار الكتب القانونية، مصر، 2010، ص53،54.

[3]. أبو عجلية عقلية على بصر، مرجع سابق، ص24.

صدر التوجيه الأوربي رقم 7/97 بتاريخ 20 مايو 1997، المتعلق بعقود البيع عن بعد، حيث عرفت المادة الثانية منه عقد البيع عن بعد بأنه:" كل عقد يتعلق بأموال أو خدمات، يبرم بين المورد والمستهلك ضمن إطار نظام بيع او تقديم خدمة عن بعد ينظمه المورد باستخدام عدة جمل تقنية للإتصال عن بعد وصولا إلى إبرام العقد وتنفيذه"، كما عرف هذا التوجيه في المادة الثانية منه وسائل الإتصال عن بعد وهي:" كل وسيلة تستخدم للاتصال عن بعد بدون حضور مادي متزامن لمقدم الخدمة والمستهلك وتؤدي إلى إبرام العقد بين هذه الأطراف[1].

يلاحظ مما سبق أن التوجيه الأوربي لم يتضمن تعريف العقد عبر شبكة الأنترنت، وإنما أشار لتعريف العقد عن بعد، ومن المعلوم أن العقد عبر شبكة الأنترنت ينتمي لطائفة العقود التي تبرم عن بعد[2].

ب ـ التعريفات الواردة في التشريعات العربية.

وعلى صعيد التشريع العربي، فقد عرّف قانون المبادلات التجارية والإلكترونية رقم 83 لسنة 2000 التونسي، الصادر في 09 اوت 2000 في الفصل 28 منه: " ينشأ العقد الإلكتروني بعنوان البائع وفي تاريخ موافقة هذا الأخير على الطلبية بواسطة وثيقة إلكترونية ممضاة وموجهة للمستهلك ما لم يتفق الطرفان على خلاف ذلك"، أي أن القانون التونسي اعتبر الوثيقة الإلكترونية بمثابة عقد إلكتروني، يعتد بها في التعاقد بين الأطراف[3].

يتبين من خلال هذا التعريف أن المشرع التونسي، قام بتعريف العقد الإلكتروني بطريقة ضمنية، حيث عرّف المبادلات الإلكترونية على أنها العمليات التجارية التي تتم بواسطة الوسائل الإلكترونية[4].

---

[1] سمير حامد عبد العزيز الجمال، مرجع سابق، ص64.

[2] مصطفى موسى العجارمة، مرجع سابق، ص55.

[3] مخلوفي عبد الوهاب، التجارة الالكترونية عبر الانترنت، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، الجزائر،2012،2011، ص53.

[4] شحاتة غريب شلقامي، مرجع سابق، ص31.

أما المشرّع الاماراتي فقد عرّف العقد الإلكتروني تحت مسمى" المعاملات الإلكترونية" حيث نصت المادة الثانية من القانون رقم (2) لسنة 2002 الخاص بالمعاملات والتجارة الالكترونية، والصادر عن إمارة دبي في 2002/2/12 على أن المعاملات الإلكترونية هي:" أي تعامل أو عقد أو اتفاقية يتم إبرامها أو تنفيذها بشكل كلي أو جزئي بواسطة المراسلات الإلكترونية"، كما عرّف المشرّع الإتحادي الإماراتي العقد الإلكتروني بذات التعريف في المادة الأولى من القانون الإتحادي رقم (1) لسنة 2006 في شان المعاملات التجارية الإلكترونية، في حين عرف المراسلة الإلكترونية بأنها:" معلومات إلكترونية ترسل أو تستلم بوسائل إلكترونية أيا كانت وسيلة استخراجها في المكان المستلمة فيه[1].

ويلاحظ أن المشرّع الاماراتي لم يضع تعريفا خاصا بالعقد الإلكتروني، وإنما ضمن العقد الإلكتروني خلال تعريفه للمعاملات الإلكترونية[2].

أما المشرّع الأردني فقد عرف العقد الإلكتروني بأنه:" الإتفاق الذي يتم انعقاده بوسائل الكترونية كليا أو جزئيا"[3]، كما ورد بذات القانون أنه:" يعتبر السجل الإلكتروني والعقد الإلكتروني والرسالة الإلكترونية والتوقيع الإلكتروني منتجا للآثار القانونية ذاتها المترتبة على الوثائق والمستندات الخطية بموجب أحكام التشريعات النافذة من حيث الزامها لأطرافها أو صلاحيتها في الاثبات"[4].

مما سبق يتضح أن المشروع الأردني اهتم على عكس غيره من التشريعات العمومية بوضع تعريف مريح ومباشر للعقد الإلكتروني، حيث حدد المقصود بالعقد المبرم عبر شبكات الأنترنت فهو عقد كغيره من العقود التقليدية، لكنه يكتسب الطابع الإلكترونية من خلال الطريقة التي ينعقد بها، ومن

---

[1] ابراهيم عبيد علي آل علي، العقد الإلكتروني، دراسة مقارنة، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه، كلية الحقوق، جامعة حلوان، مصر، 2010، ص73،74.

[2]. صفوان حمزة إبراهيم عيسى الهواري، الأحكام القانونية لعقود التجارة الالكترونية، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، الطبعة الثالثة، مصر، 2016، ص29.

[3]. المادة الثانية من قانون المعاملات الالكترونية الأردني رقم 85 لسنة 2001.

[4]. المادة السابعة فقرة (أ) من قانون المعاملات الالكترونية الأردني رقم 85 لسنة 2001.

خلال الوسيلة التي يتم إبرامه[1]، كما أنه أخذ بالأسلوب الموسع للعقد الإلكتروني بدليل أن استخدم عبارة" بوسائل إلكترونية" الواردة في التعريف[2].

أما في ما يخص المشرّع الجزائري فقد عرّف العقد الإلكتروني في القانون المتعلق بالتجارة الإلكترونية[3]، في المادة السادسة بقوله " يقصد في مفهوم هذا القانون بما يأتي: العقد الإلكتروني بمفهوم القانون 02/04 المؤرخ في 05 جمادى الاولى عام 1425 الموافق لـ 23 يونيو سنة 2004 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية ويتم إبرامه عن بعد، دون الحضور الفعلي والمتزامن لأطرافه باللجوء حصريا بتقنية الإتصال الإلكتروني".

وبالرجوع إلى القانون 02/04 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات[4]، التجارية نجده يعرف العقد في المادة الثالثة الفقرة الرابعة منه:" كل اتفاق أو اتفاقية تهدف إلى بيع سلعة أو تأدية خدمة، حرر مسبقا من أحد أطراف الإتفاق مع إذعان الطرف الآخر بحيث لا يمكن لهذا الأخير إحداث تغيير حقيقي فيه".

ما يلاحظ ان المشرع الجزائري عرف العقد الالكتروني بالنظر إلى الوسيلة التي يتم من خلالها إبرامه، حيث لم يحصره في نوع محدد من العقود، وذلك سعيا منه لاحتواء جميع التصرفات التي يتم إبرامها عبر شبكة الأنترنت بوسائل إلكترونية.

المطلب الثاني: خصائص العقد الإلكتروني.

يتميز العقد الالكتروني لخصائص عديدة تميزه عن غيره من العقود والتي يتم إبرامها بين متعاقدين يجمعهما مجلس العقد، فالعقد الالكتروني يتم باستخدام وسائل أو وسائط إلكترونية، وغالبا ما

---

1. شحاتة غريب شلقامي، مرجع سابق، ص36.
2. العيشي عبد الرحمان، مرجع سابق ، ص17.
3. القانون رقم 05/18 المؤرخ في 24 شعبان عام 1439هـ الموافق 10 مايو سنة 2018، ج، ر، ع، 28 المؤرخة في 30 شعبان 1439هـ الموافق لـ 16 مايو سنة 2018.
4. القانون 02/04 المؤرخ في 05 جمادى الاولى عام 1425هـ الموافق لـ 23 يونيو سنة 2004م، ج ، ر، ع، 41، المؤرخة في 09 جمادى الأولى عام 1425هـ الموافق 27 يونيو سنة 2004م، المعدل والمتمم.

يتم بين متعاقدين كل منهما في بلد أي هناك تباعد مكاني بينهما، ويكون هناك تواجد زمني، كما يتم الوفاء في هذا النوع من العقود إلكترونيا، ويتم التعاقد بطريقة إلكترونية، كذلك نصوص وبنود العقد الالكتروني تكون محررة في محرر إلكتروني وليس في محرر ورقي[1]، كما هو معروف في العقود التقليدية لذلك ومن خلال هذا المطلب سوف نقوم بدراسة خصائص العقد الإلكتروني من خلال الفروع التالية:

الفرع الاول: العقد الإلكتروني أحد العقود التي تبرم عن بعد.

يتطلب التعاقد بين حاضرين وجود أطراف العقد في مجلس العقد وذلك من أجل الاتفاق على جميع المسائل الجوهرية المتعلقة بالعقد المراد إبرامه، إلا أن العقد الإلكتروني لا يوجد فيه مجلس عقد بالمعنى التقليدي أو مفاوضات تقليدية للإتفاق على شروط التعاقد، ففي العقد التقليدي تكون هناك مواجهة بين طرفي العقد[2].

فالموجب والقابل في العقد الإلكتروني لا يلتقيان معا أومن ينوب عنهما أو عن أحدهما التقاء جسديا فعليا، والواقع أن هذه السمة من سمات هذا العقد وإن كانت تؤدي لتسيير إبرام العقود ونمو النشاط التجاري وزيادة أعداد التصرفات القانونية، لعل أهمها عدم القدرة على التأكد من شخصية الطرف الآخر واهليته وجديته في التعاقد[3]، ويمكن تعريف الاتصال عن بعد بأنه:" مجموعة من الإجراءات الفنية ـ المسموعة والمرئية ـ لإرسال واستقبال المعلومات عن بعد"[4].

كما يعرف توجيه البرلمان والمجلس الأوربي رقم 7/97 الصادر في 20 ماي 1997 في المادة الثانية فقرة (1) العقد الإلكتروني بأنه:" كل عقد يتعلق بالبضائع أو الخدمات، أبرم بين مورد ومستهلك

---

1. ماجد محمد سليمان أبا الخيل، العقد الالكتروني، مكتبة الرشد، الطبعة الأولى، الرياض، المملكة العربية السعودية، 2009، ص33.
2. لزهر بن سعيد، مرجع سابق، ص44.
3. مصطفى أحمد أبو عمرو، مجلس العقد في إطار التعاقد عبر الأنترنت، دراسة مقارنة، جامعة طنطا، مصر 2008، ص35.
4. قدري محمد محمود، مرجع سابق، ص42.

في نطاق نظام لبيع أو تقديم خدمات عن بعد نظمه المورد الذي يستخدم، لهذا العقد فقط تقنية أو أكثر للإتصال عن بعد لإبرام العقد وتنفيذه"[1].

هذا وقد عرف المشرع الفرنسي الإتصال عن بعد في المادة الثانية فقرة (1) من قانون تنظيم حرية الاتصالات الصادرة في 30 ديسمبر 1986 بأنه " كل انتقال أو إرسال أو استقبال الرموز أو إشارات أو كتابة أو أصوات أو معلومات أيا كانت طبيعتها بواسطة ألياف بصرية أو طاقة لاسلكية أو أية أنظمة إلكترو مغناطيسية أخرى"[2].

ويشترك العقد الإلكتروني في صفة الإبرام عن بعد مع بعض العقود مثل التعاقد بالمينيتل Minitel، أو بالتلفزيون، أو بالتليفون أو بالمراسلة كإرسال كتالوج، ولكنه يتميز عن تلك العقود بتلاقي الأطراف بصورة مسموعة مرئية عبر الأنترنت ويسمح بالتفاعل بينهم[3].

واعتبار العقد الالكتروني من العقود المبرمة عن بعد يتطلب أن يتمتع ببعض القواعد الخاصة التي سوف نشير إليها لاحقا ولا نجد لها مثيلا في العقود المبرمة بالطرق التقليدية، فالأمر يكون سهلا بالنسبة للعقود التي تبرم بالحضور المادي للأطراف الذي يسمح بضمان بعض المسائل القانونية أهمها[4]:

ـ استطاعة كل من الطرفين التحقق من أهلية الآخر وصفته في التعاقد.

ـ التحقق من تلاقي الإرادتين، إذا تم ذلك بشكل متعاصر بحيث يتم صدور الإيجاب من أحدهما يتبعه صدور قبول من الطرف الآخر.

ـ التحقق من مكان وزمان إبرام التصرفات والمستندات.

---

[1]. بلقاسم حامدي، مرجع سابق، ص29.

[2]. خالد ممدوح ابراهيم، ابرام العقد الالكتروني، مرجع سابق، ص75.

[3]لزعر وسيلة، تنفيذ العقد الالكتروني، رسالة لنيل شهادة الماجيستير، كلية الحقوق بن عكنون، جامعة الجزائر،2011، ص22.

[4]. مناني فراح، مرجع سابق، ص40.

ـ الإعداد المسبق لأدلة الاثبات.

ـ إعتماد مجموع هذه العناصر وذلك بتوقيع المتعاقدين.

وكما أشرنا سابقا أن العقد المبرم عبر شبكة الأنترنت يتم بتبادل الايجاب والقبول عن بعد وذلك من خلال تواجد كل طرف من أطراف العقد في مكان يبعد من الطرف الآخر، فإنه يمكن تنفيذ العقد الإلكتروني عن بعد أيضا، فيقوم كل طرف بتنفيذ التزاماته العقدية إلكترونيا، وهذا يعني أن بعض العقود تنعقد وتنفد على الشبكة نفسها، أي أن العقد يتم بأكمله على الخط، وخصوصا إذا تم الوفاء بالطرق الإلكترونية من خلال وسائل الدفع الالكتروني عبر شبكة الأنترنت[1].

ويترتب على اعتبار العقد المبرم عبر الأنترنت من العقود المبرمة عن بعد بعض الآثار لعل أهمها يدول حول فكرة حماية المستهلك عن بعد وذلك بإعتبار أن المستهلك هو الطرف الضعيف في العلاقة التي تربطه بالمهني أو المحترف والتي تتمثل بصفة أساسية في الالتزام بإعلام المستهلك المتعاقد عن بعد من ناحية وحقه في العدول عن العقد من ناحية أخرى فضلا عن ضرورة تهيئة الدليل على وجود العقد المبرم عن طريق الشبكة ومضمونه تحسبا لما قد يثور شيئا أنه من منازعات، لما يتسم به ذلك العقد من طبيعة لا مادية[2].

يتضح مما سبق أن الابرام عن بعد هو السمة الأساسية لهذا النوع من التعاقد، لذلك يمكن إدراج العقد الالكتروني ضمن طائفة العقود التي يتم إبرامها عن بعد، حيث يتسم بعدم الحضور المادي لأطرافه، لأن إبرامه يتم باستخدام وسيلة من وسائل الاتصالات الحديثة ـ الأنترنت ـ التي تحول دون تواجد مادي معاصر لطرفي العقد الالكتروني عبر الأنترنت[3].

---

1. مصطفى موسى العجارمة، مرجع سابق ، ص82.
2. ثامر محمد سليمان الدمياطي، مرجع سابق، ص44.
3. عمرو عبد الفتاح علي يونس، مرجع سابق، ص149.

الفرع الثاني: الطابع الدولي للعقد الإلكتروني عبر الأنترنت.

العلاقات القانونية الناشئة عن التجارة الدولية ليست قاصرة على مكان معين او دولة محددة ولكنها تنساب عبر حدود الدول في حرية وترفض الخضوع لأي سيطرة سياسية أو التقيد بحدود جغرافية معينة[1].

فالعقد الإلكتروني أضحى اليوم عقد متعدى الحدود السياسية والجغرافية للدول إلى إقليم وقانون دولة أخرى، فالتعاقد الإلكتروني يتم على شبكات الأنترنت الدولية كشبكة عنكبوتية عالمية، تربط كل متعاقد بآخر ولو كان خارج إقليم دولة كل منهما[2].

من ذلك تتضح أهمية تقنيات الإتصال الالكترونية في كونها بددت فرقة العالم وألغت الحدود السياسية بين الدول بحيث أصبحت المعلومات تنساب بحرية عبر حدود الدول المختلفة، وهو الأمر الذي ينبغي أن يضعه المشرع في اعتباره عند وضعه لتشريع ينظم مثل هذه المعاملات، وذلك حتى يضمن للقواعد القانونية ان تكون فعالة في تنظيم المعاملات الالكترونية، وإحاطتها بسياج من الضمانات يضفي عليها الثقة والطمأنينة في التعامل[3].

كما ينبغي أن يوضع في الاعتبار أن استخدامات تقنيات الإتصال عن بعد غير متماثلة، وتختلف من دولة إلى أخرى، فعلى سبيل المثال يستخدم غالبية الانجليز الأنترنت لإبرام عقود البيع وتنفيذها، بينما يستخدمه غالبية الألمان لمراقبة ومعرفة أحوال حساباتهم في البنوك، في حين يستخدمه غالبية الفرنسيين لإجراء المناقشة والحوار[4].

---

1. المرجع نفسه، ص150.
2. أحمد عبد التواب محمد بهجت، إبرام العقد الالكتروني، دراسة مقارنة بين القانون المصري والفرنسي، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، الطبعة الاولى، 2009، ص44.
3. قدري محمد محمود، مرجع سابق، ص48.
4. عبد الفتاح بيومي حجازي، النظام القانوني لحماية التجارة الالكترونية، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، مصر، 2002، ص22.

والعقد الإلكتروني قد يكون عقدا داخليا إذا ما انعقد داخل إقليم الدولة وبين متعاقدين ينتمون لذات الدولة، وقد يكون عقدا دوليا وفقا لأحد المعيارين:[1].

البند الأول: المعيار القانوني.

ووفقا له يكون للعقد طابع دولي إذا كان المتعاقدون يتواجدون وينتمون إلى دول مختلفة.

البند الثاني: المعيار الإقتصادي.

ووفقا له يكون للعقد طابع دولي إذا ما تعلق بمصالح التجارة الدولية، وذلك بأن يترتب عليه تدفق السلع والمنتجات والخدمات عبر الحدود.

وإذا نظرنا إلى العقد الالكتروني يتبين أننا أمام إحدى حالتين:[2].

الأولى: إما أن يجعل مقدم العرض عرضه مقصورا داخل حدود دولة معينة ومثال ذلك أن يعرض تاجر بيع سلعة معينة بثمن معين على شبكة الانترنت ويحدد عرضه على العملاء المنتمين لدولته فقط، ففي هذه الحالة تتمركز جميع عناصر العقد في دولة واحدة حيث لا يوجد أي عنصر أجنبي، سواء تعلق ذلك بالنظام القانوني، أو بأطراف العلاقة أو جنسياتهم، أو مكان إبرام أو تنفيذ العقد، وطبقا للمعيار القانوني لا يكن هذا العقد عقدا دوليا، وذلك لخلوه من العنصر الأجنبي، كما أنه لايعتبر عقد دوليا بالنظر إلى المعيار الإقتصادي، لأن هذا الاخير يتطلب انتقال الأموال والسلع عبر الدول في حين أن محل هذا العقد تتمركز جميع مبادلاته في دولة واحدة ومن التحليل السابق يعد هذا العقد داخليا لعدم تطابقه مع المعيار القانوني أو المعيار الإقتصادي.

الثانية: وهي أن يجعل مقدم العرض عرضه عاما أو متاحا لكل الدول بلا تحديد دولة دون أخرى، وفي هذه الحالة يكون هذا العقد دوليا تطبيقيا للمعيار القانوني لا توفره على عنصر أجنبي متمثلا في اختلاف جنسية أطراف العقد او مكان تواجدهم وبالتالي خضوعهم لأكثر من نظام قانوني، كما يكون العقد دوليا تطبيقا للمعيار الاقتصادي كونه تضمن انتقال الأموال والسلع عبر الدول.

---

1. سمير حامد عبد العزيز الجمال، مرجع سابق الحقوق، ص74،75.
2. عمرو عبد الفتاح علي يونس، مرجع سابق، ص151، 152.

وعلى الرغم من الطابع الدولي الذي تمتاز به كثيرا من العقود عبر شبكة الأنترنت، إلا ان ذلك لا يمنع من جواز قيام التعاقد عبر شبكة الأنترنت بين أطراف ينتمون إلى دولة واحدة، فيمكن ان يتم هذا التعاقد ضمن مفهوم وحكم العقد الداخلي، ولا يتسم بالطابع الدولي[1].

ومما سبق يتبين أن شبكة الانترنت بطبيعتها عابرة للحدود، والعقود التي تبرم من خلالها لا تدخل في حدود دولة معنية، ويتوافر معيار الدولية في ظل العلاقات التي تتم بين وطنيين داخل دولة واحدة عبر الشبكة لوجود أطراف أخرى في العلاقة، كمقدم الخدمة، أو ناقل البيانات، أومعالجتها، إضافة إلى أن المجال الذي تعمل من خلاله الشبكة ذو طبيعة عالمية، الأمر الذي يتيح لأي شخص الإتصال بهذه الشبكة، وللانتفاع بالخدمات التي تقدمها، وينبني على ذلك أن الطابع الدولي للعقود الإلكترونية، أصبح مسألة واقع، وهذه الحقيقة أكدتها عقود التجارة الدولية في ظل السماح للأطراف بكل حرية في اختيار القانون الواجب التطبيق على عقودهم[2].

الفرع الثالث: الطابع التجاري للعقود الإلكترونية.

يتّسم العقد الإلكتروني بالطابع التجاري ولذلك يطلق عليه عادة تسمية:" عقد التجارة الإلكترونية". وهو يدور غالبا في نطاق عقود البيع او تقديم الخدمات أو الإجارة أو الوساطة أو السمسرة، أو الضمان، أو القرض وسواها من العقود[3]، كما أن العقد الإلكتروني يتسم بطابع الإستهلاك لأنه غالبا ما يتم بين تاجر أو مهني ومستهلك، فهو من عقود الإستهلاك[4].

ولذلك يخضع العقد الإلكتروني، عادة للقواعد الخاصة بحماية المستهلك على نحو ما جاء بالتوجيه الأوربي بشأن حماية المستهلك رقم 97/7 وكذا قانون الاستهلاك الفرنسي، والتي تفرض على التاجر المهني، باعتباره الطرف القوي في التعاقد العديد من الواجبات والإلتزامات القانونية تجاه المستهلك، باعتباره الطرف الضعيف في العقد، ومن أهم هذه الإلتزامات الإلتزام العام بالإعلام،

---

[1] مصطفى موسى العجارمة، مرجع سابق، ص101،102.

[2] يحي يوسف فلاح حسن، التنظيم القانوني للعقود الالكترونية، رسالة لنيل شهادة الماجستير، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، فلسطين، 2007، ص23.

[3] إلياس ناصيف، العقود الدولية، مرجع سابق، ص43.

[4] بلقاسم حامدي، مرجع سابق، ص32.

ويستفاد ذلك من نص المادتين 111-1،111-2 من قانون الإستهلاك الذي أوجب على كل شخص محترف أن يحيط المستهلك علما بكافة البيانات والمعلومات المتعلقة بسعر البيع وبكافة الشروط المحددة أو المعفية من المسؤولية، فأول ما يهم المستهلك معرفته في التعاقد الالكتروني، لكونه يتم عن بعد ولا تكون السلعة تحت يده كما في التعاقد التقليدي، هو البيانات والمعلومات التي تتصل بالخصائص الأساسية والسمات الجوهرية الذي يسعى إلى الحصول عليه[1].

الفرع الرابع: العقد الإلكتروني عقد اذعان أو عقد مساومة.

إذا كان العقد الإلكتروني لا يختلف في تركيبه او مضمونه عن العقد التقليدي، إلا أن الأمر يدق بشأن طبيعة هذا العقد، حيث يثور التساؤل بشأنه، هل هو عقد مساومة يخضع لمبدا سلطان الإرادة والتراضي بين الأطراف المتعاقدة، أم هو عقد إذعان لا يكون للمستهلك فيه حرية الإرادة التي تمكنه من التفاوض حول شروط العقد ولا يكون له إلا الاستجابة والتسليم بالشروط الموضوعة من الطرف الآخر دون أن يملك مناقشتها أو التعديل فيها أو حتى الإعتراض عليها، مما يقربه إلى عقد الإذعان مثل عقد النقل والغاز والكهرباء[2].

ويعرّف عقد الإذعان بأنه:" العقد الذي يسلم فيه القابل بشروط مقدرة يضعها الموجب ولا يسمح بمناقشة فيها، وذلك فيما يتعلق بمبلغ أو مرافق ضرورية، تكون محل احتكار قانوني وفعلي، أو تكون المنافسة محدودة النطاق بشأنها"[3].

مقتضى هذا التعريف أن عقد الاذعان يستلزم أن تتوافر به ثلاثة شروط مجتمعة، وهي أن يتعلق العقد بسلعة ضرورية ـ تمس مصلحة حقيقية وتقدم خدمة لا يستطيع المستهلك الاستغناء عنها

---

1. خالد ممدوح إبراهيم، إثبات العقود والمراسلات الالكترونية، مرجع سابق، ص19.
2. خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الالكتروني، مرجع سابق، ص83.
3. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، نظرية الالتزام، بوجه عام، مصادر الالتزام، المجلد الاول، دار النهضة العربية، مصر، 1981، ص293.

بسهولة ـ وأن تكون محل احتكار سواء من محتكر وحيد أو من عدد قليل من المحتكرين لهذه السلعة الذين يقومون بتحديد سعر بيعها ـ بالإضافة إلى أن يسلم أحد الطرفين بشروط الآخر دون مناقشة[1].

إن التفرقة بين عقود الاذعان وعقود المساومة ذات أهمية بالغة فالأصل في عقود المساومة انها تتم برضا حر كل من المتعاقدين، بعد أن يضع كل منهما شروطه، ويترتب على ذلك إنها تخضع للقواعد العامة فلا يجوز للقاضي أن يعدل في شروطها أو أن يعفي أحد المتعاقدين منها، لأن العقد شريعة المتعاقدين عملا بأحكام المادة 106من القانون المدني الجزائري، كما أن الشك فيها يؤول لمصلحة المدين المادة 1/112 من القانون المدني الجزائري[2].

أما عقود الاذعان فتسري عليها قاعدة أن للقاضي أن يعدل الشروط التعسفية بل وله أن يعفى الطرف المذعن المادة 110من القانون المدني الجزائري، سواء كان الدائن أو المدين، كما أن الشك يفسر لمصلحة الطرف المذعن وهذا مانصت عليه المادة 2/112 من القانون المدني الجزائري[3].

ويصدر الإيجاب فيه للناس كافة في شكل صيغة محددة مطبوعة تحتوي على شروطه، ويكون أكثرها لمصلحة الموجب، فهي تارة تخفف من مسؤولية التعاقدية وأخرى تشدد من مسؤولية الطرف الآخر[4].

ومن خلال ذلك نطرح سؤال مفاده هل مثل هذه العقود التي يكون المستهلك طرفا فيها وتبرم عبر شبكة الأنترنت عقود اذعان أم عقود مساومة؟

وللإجابة عن هذا السؤال اختلف الفقهاء بشان هذه الطبيعة، فمنهم من رأى العقد الإلكتروني هو من عقود الاذعان، في حين ذهب رأي ثاني إلى اعتباره من عقود الاذعان، وفيما يلي نبين مضمون كل توجه وحججه.

---

[1]. إيمان مأمون أحمد سليمان، إبرام العقد الالكتروني وإثباته، الجوانب القانونية لعقد التجارة الالكترونية، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 2008، ص64.

[2]. علي علي سليمان،النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، الطبعة السابعة، ديوان المطبوعات الجامعية، 2003، ص26.

[3]. لزعر وسيلة، مرجع سابق، ص17.

[4]. عبد الرزاق السنهوري الوسيط، الجزء الأول، مرجع سابق، ص293.

الإتجاه الأول: العقود الإلكترونية من عقود الاذعان.

يذهب أنصار هذا الاتجاه إلى اعتبار العقود الالكترونية من تطبيقات عقود الاذعان، ويتمثل هذا الاتجاه من جانب الفقه الانجليزي والفرنسي الحديث وكذلك اتجاه بعض التشريعات المنظمة للتجارة الالكترونية، كالمشروع المصري لقانون التجارة الالكترونية الذي ينص في المادة 18 منه على أنه:" تعتبر العقود النمطية (النموذجية) المبرمة إلكترونيا من عقود الاذعان في مفهوم القانون من حيث تفسيرها لمصلحة الطرف المذعن وجواز إبطال ما يرد فيها من شروط تعسفية ويعد شرطا تعسفيا كل شرط يتضمن حكما لم يجر به العرف"[1].

والواقع أن هناك مفهوم تقليدي لعقد الاذعان والذي أشرنا له سابقا وآخره حديث، بيد أن الرأي السائد في الفقه[2]، وهو المفهوم الحديث الذي يميل إلى عدم التشدد في تحديد فكرة عقود الاذعان ولا يشترط تعلق العقد بالسلع او الخدمات الضرورية، أو أن تكون هذه السلع والخدمات محل إحتكار فعلي أو قانوني، بل يكفي أن يكون العقد قد تم تجهيزه مسبقا بواسطة أحد المتعاقدين (الموجب)بحيث لا يقبل أي مناقشة للشروط الواردة به، أو أن يوجد أحد طرفي العقد في موقع يتفوق فيه على الطرف الآخر من حيث القدرة الإقتصادية أو الخبرة المهنية[3].

ومن جانب آخر فإن القول بعدم اشتراط الإحتكار في عقد الاذعان يتفق مع نصوص التشريعات العربية بهذا الصدد لم تتعرض لتعريف عقد الاذعان، ولم تستلزم وجود الاإحتكار للقول يتوافر صفة الاذعان، بل اكتفت بالقول بأن عقد الاذعان يتم بمجرد أن يرتضي أحد المتعاقدين ويسلم بشروط العقد التي وضعها الطرف الآخر سلفا، ولم تنتشر ـ التشريعات العربية ـ لا من قريب ولا من

---

[1] لزعر وسيلة، مرجع سابق، ص18.

[2]. خالد ممدوح إبراهيم، إثبات العقود والمراسلات الالكترونية، مرجع سابق، ص28.

[3]. ثروت عبد الحميد، التوقيع الالكتروني، مكتبة الجلاء، مصر، 2001، ص67.

بعيد إلى مسألة الإحتكار[1]، فالمشرع الجزائري نص في المادة 70 من القانون المدني الجزائري التي جاء نصها كما يلي:" يحصل القبول في عقود الاذعان بمجرد التسليم لشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل مناقشة فيها " نستنتج أن عقد الاذعان يوجد بمجرد التسليم بشروط يضعها الموجب ولا يقبل مناقشة فيها فلم يشترط الاحتكار بنوعيه القانوني والفعلي، كما لم يتطلب تعلق عقد الاذعان بسلع او خدمات تعد ضرورية بالنسبة للمستهلكين.

ولما كانت الشروط العامة لعملية البيع عبر الانترنت، هي الالتزام الذي يفرضه أحد أطراف التعاقد على الطرف الآخر كالتزام مشترك، لذلك فإن الفقه في القانون الانجليزي ذهب الى اعتبار عقد التجارة الالكترونية من قبيل عقود الاذعان، إلا أنه في حالة توافر الشروط العامة للمبيع بموقع البائع، بحيث لا يكون امام المستهلك أو المشتري إلا ان يقبلها كاملة او يرفضها ولا يقبل إبرام التعاقد[2].

وبإعمال هذه الشروط على عقد التجارة الالكترونية المبرم عبر شبكة الانترنت يمكننا القول بعدم توافرها كما يمكن تفنيد حجج الطرف الذي يرى في العقد الالكتروني عقد إذعان كالآتي:

ـ يؤخذ على هذا الاتجاه على أنه تجاهل أمر هام، وهو أن التفاوض قائم وخاصة في حالة التعاقد من خلال البريد الالكتروني، حيث نجد الموجب على سبيل المثال يرسل عرض يتضمن سلعة معينة ومبلغا محددا، فيرد عليه الموجب له بأنه يوافق بشروط معينة وهو إما الحصول على نسبة خصم معينة، او الحصول على قطعة إضافية مجانية من المنتج المباع، فتبدأ عملية المساومة بين الطرفين[3].

ـ فبالنسبة لشرط أن يسلم فيه أحد الطرفين أي المستهلك بشروط الطرف الآخر دون مناقشة، فإن عقد التجارة الالكترونية يماثل عقد التجارة التقليدية وأن الاختلاف هو وسيلة إبرامه والتي من

---

[1]. رباحي أحمد، الطبيعة القانونية للعقد الالكتروني، مجلة الاكاديمية للدراسات الاجتماعية والانسانية، قسم العلوم الاقتصادية والقانونية، العدد10، جوان 2013، ص101.

[2]. عمرو عبد الفتاح علي يونس، مرجع سابق، ص161.

[3]. بلقاسم حامدي، مرجع سابق، ص34.

نتائجها عدم الالتقاء المادي للطرفين، وبالتالي عدم قدرة المستهلك على معاينة المنتج معاينة دقيقة بشخصه[1].

بيد أن معاينة المنتج الذي تم التعاقد عليه إلكترونيا هو أمر متحقق بعدة طرق، من تلك الطرق، ان يطلب المستهلك من المنتج تصوير المنتج تصويرا ثلاثي الأبعاد، ومن خلاله تتضح مواصفات المنتج وأبعاده وإذا كانت بعض السلع لا تتفق طبيعتها والتصوير ثلاثي الأبعاد لتحديد جودتها، فيكون للمستهلك أن يلجأ إلى وسيط لمراقبة الجودة والتأكد من مطابقة المواصفات المدرجة في بيان المورد[2].

ـ فيما يخص شرط الضرورة فقد أوضحته محكمة النقض المصرية في حكم لها بتاريخ 12 مارس 1974 والذي جاء فيه" أنه من خصائص عقد الاذعان أنها تتعلق بسلع أو مرافق تعتبر من الضروريات بالنسبة للمستهلكين أو المنتفعين ويكون فيها إحتكار الموجب للسلعة أو المرافق إحتكارا قانونيا أو فعليا او تكون سيطرته عليها من شانها أن تجعل المنافسة فيها محدودة النطاق، وأن يكون صدور الإيجاب منه إلى الناس كافة وبشرط واحد ولمدة غير محدودة، والسلع الضرورية التي لا غنى للناس عنها، والتي لا تستقيم مصالحهم بدونها بحيث يكونون في وضع يضطرهم إلى التعاقد بشأنها، ولا يمكنهم رفض الشروط التي يضعها الموجب ولو كانت جائزة وسديدة، كما أن انفراد الموجب بإنتاج سلعة ما او الإتجار فيها لا يعد إحتكار لا يترتب عليه اعتبار العقد المبرم بشأنها من عقود الاذعان مالم تكن السلع الضروريات الاولية للجمهور بالمعنى المتقدم"[3].

وبالنظر إلى ما جاء بهذا الحكم، يتبين أن وصف الضرورة، لا يعد من الخصائص الأساسية في التعاقد عبر الأنترنت، لان المشتري أو المستهلك يستطيع من خلال الولوج إلى شبكة الأنترنت الحصول على نوع واحد من السلع من عدة موردين[4].

---

1. مخلوفي عبد الوهاب، مرجع سابق ، ص61.
2. إيمان مأمون أحمد سليمان، مرجع سابق، ص65.
3. عنادل عبد الحميد المطر، التراضي في العقد الالكتروني، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، مصر، 2009، ص54.
4. عمرو عبد الفتاح يونس، مرجع سابق، ص163.

ـ أما بالنسبة لشرط الإحتكار فهو أمر نادر فكما تعلم أن شبكة الأنترنت هي شبكة عالمية وتجهل الحدود الجغرافية بين الدول، كما انها شبكة مفتوحة ـ أي متاحة ـ لكل مورد وبالتالي من النادر، أن يوجد إحتكار لسلعة ما على مستوى العالم، وفي حالة توافر هذه الفرض النادر، فيلزم معه توافر باقي شروط عقد الاذعان[1].

الإتجاه الثاني: العقود الإلكترونية عقود مساومة.

بينما يذهب اتجاه ثاني إلى أن العقد الإلكتروني عقد رضائي، فعملية المساومة مازالت تسود العقود الإلكترونية على اختلاف أنواعها، وأن الموجب له لا يقتصر دوره على مجرد الموافقة على الشروط المعدة سلفا بل له كمستهلك مطلق الحرية في التعاقد مع أي منتج أو مورد آخر إذا لم تعجبه الشروط المعروضة على شاشة الأنترنت ويستطيع الانتقال من موقع إلى آخر واختيار ما يشاء وترك ما يشاء أي أن الرضائية هي التي تسود في العقود الإلكترونية[2].

وقد يبدو من الوهلة الأولى أن العقد الالكتروني ذو طبيعة إذعانية، حيث لا يملك المستهلك سوى الضغط على خانة الموافقة الموجودة في موقع الموجب، ولا يملك المناقشة أو التفاوض على شروط العقد[3].

وبحسب رأيهم تعتبر العقود الإلكترونية هي من تطبيقات عقود المساومة التي يمكن التفاوض في شروطها ومناقشتها، وتوضع هذه الشروط بحرية إرادة الطرفين.

وحجتهم في ذلك أنه ليس من الضروري أن تكون العقود الإلكترونية من عقود الاذعان دائما، على الرغم من أنه قد تكون تفاصيل التعاقد وشروطه العامة مثبتة مسبقا في الموقع الإلكتروني للتاجر على الشبكة، لان هذا ليس بالخاصية الوحيدة لعقود الاذعان، بل يفترض أن يكون العقد متعلقا

[1] إيمان مأمون أحمد سليمان، مرجع سابق، ص66.

[2]. خالد ممدوح إبراهيم، إثبات العقود، مرجع سابق، ص30.

[3]. رباحي أحمد، مرجع سابق، ص100.

بالسلعة أو الخدمة الضرورية، وبالتالي يكون محلا للإحتكار أو المنافسة الضيقة ولا تتوافر هذه السمات المميزة لعقود الاذعان في العقود الإلكترونية المبرمة عبر شبكة الأنترنت دائما[1].

ويرى جانب من الفقه أنه في بيان طبيعة العقد الإلكتروني هل هو عقد رضائي أو عقد إذعان أنه يكون بحسب الوسيلة المستخدمة في إبرامه.

فإذا تم التعاقد بواسطة البريد الإلكتروني، أو من خلال برامج المحادثة أو باستخدام الوسائل السمعية المرئية، فالعقد هنا يكون رضائيا، فالطرفان يتبادلان الآراء ووجهات النظر عبر الرسائل الإلكترونية، والموجه إليه الإيجاب يستطيع التفاوض حول شروط العقد والمفاضلة بين الحلول المطروحة عليه بحرية، حتى يصل إلى أنسب الشروط وأفضلها بالنسبة إليه، والعقود التي تبرم بهذه الوسائل تكون من عقود المساومة[2].

أما إذا تم التعاقد عبر مواقع الويب والتي تستخدم غالبا عقود نموذجية تكون شروطها معدة سلفا من قبل الموجب ولا يترك معها للموجب له وهو المستهلك في الغالب ـ مجالا للمساومة والمناقشة في هذه الشروط وبالتالي لا يكون المتعاقدون على قدم المساواة لعدم التكافؤ في المقدرة التعاقدية، فالعقد الالكتروني يكون عقد اذعان[3].

مما سبق يمكن القول أن العقد الالكتروني يتم باستخدام الوسائل الالكترونية والمعاملات التي تتم من خلالها ليست كلها تتعلق بسلع ضرورية، فتختلف حالة الضرورة من مستهلك إلى آخر فما يراه الاول ضرورة لا يراه الثاني كذلك كما أن التجارة الإلكترونية توفر البدائل اللازمة حيث تجد نفس السلع معروضة في أكثر من محل تجاري افتراضي والاحتكار أمر نادر، لأن شبكة الأنترنت عالمية لا تعترف بالحدود الجغرافيا ، مما يسهل على المتعاقدين إلكترونيا الترجيح و المفاضلة فيما بين العروض قبل الاقدام على التعامل والانتقال من موقع ويب إلى آخر بحرية، إذ يكفي وجود عقد

---

1. لزعر وسيلة، مرجع سابق، ص18.
2. يحي يوسف فلاح حسن، مرجع سابق، ص20.
3. خالد ممدوح إبراهيم، إثبات العقود، مرجع سابق، ص31.

نموذجي سابق الاعداد لإسياغ الحماية المقررة بموجب القانون في مواجهة عقود الاذعان[1]، و عليه فالعقد الالكتروني عقد مساومة.

المطلب الثالث: تمييز العقد الإلكتروني عن غير من العقود.

نتيجة تطور وسائل الإتصال الحديثة ودخول الإتصالات الإلكترونية مجال المعاملات التجارية أصبح التعاقد عابرا للقارات وللحدود ، وهو ما أدى إلى ظهور التعاقد عن بعد أو التعاقد عبر المسافات، حيث يتم التعاقد آليا باستخدام وسائل الإتصال الحديثة التي أفرزتها ثورة التكنولوجيا كالفاكس والتلكس و التليفزيون عبر الأقمار الصناعية والكمبيوتر كوسيلة لنقل الارادة والمعلومات عن بعد[2].

وإن كانت هذه العقود تتدفق وتتشابه فيما بينها من حيث كونها عقود عن بعد، إلا انها تختلف عن العقد الإلكتروني عبر الأنترنت، وذلك من حيث طريقة إنعقاد كل منها، وكذلك تختلف عن العقود التي تتم من خلا شبكة الأنترنت ولازمة لعملية التجارة الإلكترونية[3].

وسنوضح ذلك من خلال الفرعين التاليين:

الفرع الأول: التمييز من حيث أسلوب التعاقد.

يتفق العقد الإلكتروني مع العقود التقليدية من نواحي عديدة ويختلف عنها في أسلوب إبرامه وهو ما يجعله يستقل عنها ببعض الأحكام خصوصا في الدول التي عدلت قانونها المدني بإضافة بعض الأحكام الخاصة بهذا النمط التعاقدي الحديث ومنها فرنسا أو الدول التي سنت تشريعات مستقلة

1. بلقاسم حامدي، مرجع سابق، ص35.
2. خالد ممدوح ابراهيم، ابرام العقد الالكتروني، مرجع سابق، ص91.
3. مخلوفي عبد الوهاب، مرجع سابق، ص63.

لتنظيم المعاملات الالكترونية كالإمارات العربية وتونس والأردن[1]....إلخ، وسنعرض فيما يلي لتمييز العقد الالكتروني عن غيره من العقود التي تختلف عنه في أسلوب إبرامها.

أولا: التعاقد الإلكتروني والتعاقد التقليدي:يعرف العقد بأنه:" توافق إرادتين على إحداث أثر قانوني، سواء كان هذا الأثر هو إنشاء التزام، نقله، تعديله أو إنهائه"[2]، كما يتطلب توافر أركان العقد والمتمثلة في الرضا والمحل والسبب والشكلية في العقود التي تطلب المشرع، إفراغها في قالب رسمي.

كما جاء تعريفه في نص المادة 54 من القانون المدني الجزائري" العقد اتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص نحو شخص أو عدة أشخاص آخرين بمنح أو فعل أو عدم فعل شيء ما"

وتجدر الاشارة أن عقد البيع التقليدي يعد من العقود المسماة التي تم تصنيفها للعقود بالنظر إلى طبيعة ونوع العملية التعاقدية من خلال التنظيم التشريعي لها، وهو أيضا من العقود الرضائية والتي لم يشترط القانون شكل خاص لانعقادها ويكفي فيه تراضي المتعاقدين لإنعقاده[3].

وقد عرّفه المشرّع الجزائري في المادة 351 من القانون المدني الجزائري بقوله" البيع عقد يلزم بمقتضاه البائع أن ينقل للمشتري ملكية شيء أو حقا ماليا آخر في مقابل ثمن نقدي"، وقد ورد تعريف له بالقانون المدني المصري[4]، بأنه عقد يلتزم فيه البائع أن ينقل للمشتري ملكية شيء أو حقا ماليا آخر في مقابل ثمن نقدي" كما عرفه المشرع الفرنسي في المادة 1582 من القانون المدني الفرنسي بأنه:" عقد بمقتضاه يلتزم شخص بتسليم شيء إلى شخص آخر يدفع له ثمن".

نستخلص من التعريفات السابق ذكرها والتي وردت في شأن عقد البيع التقليدي أن العقد الإلكتروني يتفق مع هذا الأخير في كونه يندرج تحت طائفة العقود المسماة حيث تم وضع العديد من التشريعات التي تنظم عملية إبرام التعاقد عبر الأنترنت، كما يعد عقد البيع الإلكتروني عقد رضائيا لأنه ينعقد بتوافق إرادتي المتعاقدين، أي تطابق الايجاب والقبول، وهو ناقل للملكية.

---

1. مصطفى أحمد أبو عمرو، مرجع سابق، ص44.
2. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط الجزء الأول، مرجع سابق، ص118.
3. عمرو عبد الفتاح علي يونس، مرجع سابق، ص180.
4. راجع المادة 418 من القانون المدني المصري.

يعتبر أيضا من العقود الملزمة للجانبين لما يترتب من التزامات متقابلة على عاتق كل من الطرفين، وهو أيضا من العقود المعاوضة[1]، حيث يأخذ فيه كل من المتعاقدين مقابلا لما أعطاه في أخذ البائع ثمن المبيع الذي يعطيه للمشتري، وهذا الأخير يأخذ الشيء المبيع في مقابل الثمن الذي يدفعه كما يعتبر عقد البيع الإلكتروني من العقود المحددة والتي يعرف فيها كلا من المتعاقدين مقدار ما يعطي ومقدار ما يأخذ عند التعاقد.

على أن خصوصية العقد الإلكتروني تتجلى في الوسيلة التي تستخدم في نقل إرادة كل طرف للآخر أو التفاوض بشأن بنود العقد، ففي العقد التقليدي وبسبب توافر عناصر مجلس العقد الحقيقي يستطيع كل طرف أن يتأكد من شخصية الطرف الآخر، ويتعرف على مدى جديته في التعاقد، كما يتيح التعاقد التقليدي أيضا التعرف على محل التعاقد بسهولة بينما قد لا تتوافر هذه الإمكانية بذات الدرجة في التعاقد الإلكتروني[2].

كما أن العقد الإلكتروني يختلف عن العقد التقليدي كون هذا الأخير يتم بين شخصين حاضرين من حيث الزمان والمكان حيث يتم تبادل الإيجاب والقبول في مجلس العقد في المواجهة، وهو يعبر عنه بالتواجد المادي لكل من طرفي التعاقد في مكان واحد، في حين أن التعاقد الإلكتروني لا يتحقق فيه التواجد المادي لطرفي العقد لكون المتعاقدين موجودين في مكانين منفصلين، بل قد يفصل بينهما مئات أو ألاف الأميال[3].

ومن تم يعد مجلس العقد الالكتروني مجلسا حكوميا كونه من العقود التي تبرم عن بعد ومن طبيعة خاصة[4].

ثانيا: التعاقد الإلكتروني والتعاقد بواسطة الهاتف.

---

1. علي علي سليمان، مرجع سابق، ص17.
2. مصطفى أحمد أبو عمرو، مرجع سابق، ص44.
3. خالد ممدوح ابراهيم، إبرام العقد الالكتروني، مرجع سابق، ص92.
4. بلقاسم حامدي، مرجع سابق، ص36.

يعرف الهاتف بأنه" وسيلة لنقل المكالمات الشخصية من خلال الأسلاك التي تربط بين نقطتين (المرسل والمستقبل) يمر فيها تيار كهربائي وفق ذبذبات صوت المتكلم"[1].

كما يعد الهاتف من أكثر وسائل الإتصال أهمية، وخصوصا بعد اكتشاف الهاتف الجوال، الذي انتشر بصورة فائقة لسهولة حمله ونقله، وتزداد أهمية الهاتف كونه عنصرا أساسيا لقيام بعض وسائل الإتصال الاخرى بعملها والتي تعتبر أكثر تقدما منه كالفاكس، وكذلك يقوم الهاتف بدور فعال بربط جهاز الحاسوب بشبكة الأنترنت في الإتصال المنزلي[2].

ويتميز جهاز التليفون بسرعة الإتصال، وسهولة الإستخدام، ويكون التعاقد عن طريقه فوريا ومباشرا، حيث أن الايجاب يعقبه مباشرة قبول من الطرف الآخر، وذلك في حالة الموافقة[3].

قد تناول القانون المدني الجزائري حالة الايجاب عن طريق الهاتف حيث نص على أنه[4]:" إذا صدر الايجاب في مجلس العقد لشخص حاضر دون تحديد أجل القبول، فإن الموجب يتخلل من إيجابه غذا لم يصدر القبول فورا وذلك إذا صدر الايجاب من شخص إلى لآخر بطريق الهاتف أو بأي طريق مماثل" والايجاب في التعاقد عن طريق الهاتف هو إيجاب موجه لشخص معين، ولا يعتبر إيجاب عام، وذلك لان الموجب يقوم بالاتصال بالمتعاقد الآخر مثل الاتصال بالزبون في منزله.

التعاقد عن طريق الهاتف هو تعاقد بين حاضرين من حيث الزمان ، وغائبين من حيث المكان، ففي هذا التعاقدلا تفصل فترة من الزمن بين صدور القبول وعلم الموجب، فهو يعتبر تعاقدا بين حاضرين حكما، ولكن يضل أطراف العقد متباعدين من حيث المكان وبالتالي فهو يدخل في طائفة العقود عن بعد[5].

---

[1] . علاء محمد الفواعير، العقود الالكترونية، التراضي، التعبير عن الإرادة، دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع،الأردن، الطبعة الأولى، 2014، ص75.

[2]. مصطفى موسى العجارمة، مرجع سابق، ص88.

[3]. لزهر بن سعيد، مرجع سابق، ص61.

[4]. المادة 1/64، من الامر 58/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المعدل والمتمم المتضمن القانون المدني الجزائري.

[5]. سامح عبد الواحد محمد التهامي، مرجع سابق، ص29.

ويشترك التعاقد عن طريق الهاتف والتعاقد عبر الانترنت في صفة الإبرام عن بعد، وفي تحقيق التزامن والتعاصر في تبادل الايجاب والقبول، ويختلف عنه في جوانب عدة منها، أن التعاقد عبر شبكة الأنترنت يوفر إلى جانب خدمة الصوت ـ التي يقتصر عليها التعاقد عن طريق الهاتف ـ خدمة الصورة والحركة والكتابة، فضلا عن أنه لا يحتاج التعاقد عبر الأنترنت إلى صدور تأكيد كتابي من الموجب كما هو الحال في التعاقد عن طريق الهاتف[1]، كونه تعاقد شفوي قد يتطلب صدور تأكيد كتابي من الموجب البائع في حالة عقد البيع مثلا، يرسله إلى المتعاقد الآخر (المشتري) في موطنه نظرا لصعوبة إثبات التعاقد بالتليفون، ولا ينعقد العقد الإ بتوقيع المشتري وفقا للقانون الفرنسي الصادر في 23 جويلية 1989[2].

كما أنه في التعاقد الإلكتروني يمكن رؤية الرسالة الإلكترونية المرسلة على جهاز الحاسب الآلي، وكذلك يمكن طباعتها والحصول على نسخة منها كما يمكن تخزين الرسائل بالإحتفاظ بها في الجهاز بينما في التعاقد عن طريق الهاتف تكون الرسالة شفوية[3].

ثالثا: التعاقد الإلكتروني عبر الانترنت والتعاقد عن طريق التليفزيون.

يعرف البعض التعاقد عن طريق التليفزيون بأنه عبارة عن " طلب سلعة أو منتج بواسطة التلفون أو المنيتل، تاليا على عرض المنقول بوساطة رسائل الاتصال السمعية المرئية" التليفزيون"[4].

والبث التلفزيوني هو نشر متزامن للبرامج والمعلومات الترفيهية أو التعليمية المصورة والموجهة لجمهور كبير من المشاهدين عبر القنوات التلفيزيونية المرئية محليا، او دوليا من خلال الأقمار الصناعية"[5].

---

1. علاء محمد الفواعير، مرجع سابق، ص76.
2. بلقاسم حامدي، مرجع سابق، ص36.
3. خالد ممدوح إبراهيم، ابرام العقد الإلكتروني، مرجع سابق، ص93.
4. لما عبد الله صادق سلهب، مجلس العقد الالكتروني، رسالة لنيل شهادة الماجستير، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، فلسطين، 2008، ص32.
5. مراد محمود يوسف مطلق، مرجع سابق، ص24.

وقد نظم المشرع الفرنسي البيع عن طريق التلفزيون بالقانون رقم 21/88 الصادر في 6 يناير 1988 والذي اعتبره نوعا من العقود التي تبرم عن بعد والتي تتضمن رخصة رجوع المنتج المبيع، وقد عهد إلى اللجنة الوطنية للاتصال والحريات (C.N.C.L) بتنظيم بث برامج التسوق عن طريق التيليفزيون من حيث تحديد المدة الزمنية لبرامج التسوق عن طريق التلفزيون، وتحديد توقيت بث هذه البرامج[1].

وبالتالي نلاحظ أن التعاقد لا يتم كله عن طريق التليفزيون، بل يقوم مقدم البرنامج بعرض السلع والخدمات مع تحديد الاوصاف والاسعار، ثم يقوم المشاهد بالاتصال تلفونيا بالبرنامج ويبدي قبوله بشراء السلعة أو الاشتراك في الخدمة وعليه فالقبول لا يتم من خلا التليفزيون بل يكون من خلال الهاتف[2]، أما في التعاقد الإلكتروني فإن التعبير عن القبول يتم عبر التبادل الإلكتروني عن طريق لوحة مفاتيح الكمبيوتر الخاص بالعميل أو بأية وسيلة أخرى من وسائل التعبير الإلكتروني عن القبول[3].

كما يتفق التعاقد الإلكتروني مع التعاقد بواسطة التليفزيون من حيث أن الإيجاب فيهما يكون غالبا موجها للجمهور الذي يرغب في التعاقد بشان إحدى السلع أو الخدمات، على أنهما يتميزان من حيث أن مدة العرض وأسلوب التعاقد تختلف بشأن كلا منهما، ففي التعاقد بواسطة التليفزيون قد تكون مدة عرض الايجاب هي عدة ثواني وهي مدة الاعلان التجاري الخاص بالسلعة أو الخدمة محل الايجاب، فإذا أراد المتعاقد التعرف على تفاصيل التعاقد أو رغب في إبرام العقد فإن عليه الاتصال بالموجب أو الانتقال لمقر عمله أو أحد فروعه، أما في حالة التعاقد الالكتروني فإن الموجب يستطيع أن يتعرف على كافة معلومات التعاقد، وبنوده من خلال الموقع التجاري الالكتروني للموجب، كما يمكنه التفاوض وإبرام العقد بل وتنفيذه أحيانا إلكترونيا، دون الحاجة للاتصال التليفوني أو الانتقال الفعلي المادي لمقر تجارة الموجب أو لموطنه[4].

---

1. سمير حامد عبد العزيز الجمال، مرجع سابق، ص40.
2. سامح عبد الواحد محمد التهامي، مرجع سابق، ص31.
3. خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، مرجع سابق، ص94.
4. مصطفى أحمد أبو عمرو، مرجع سابق، ص47.

وتفتقد هذه الوسيلة في التعاقد الصفة التفاعلية التي توفرها انواع أخرى كالتعاقد عبر الأنترنت التي تسمح بحضور افتراضي متعاصر بين أطراف التعاقد على خلاف استخدام التلفزيون الذي يستطيع القابل التفاعل مع هذا العرض بشكل مباشر[1].

رابعا: التعاقد الإلكتروني عبر الأنترنت والتعاقد عن طريق الفاكس والتلكس.

كلمة فاكس هي اختصار لكلمة فاكسيميلي (Fac_similé) وهي تعني صورة طبق الأصل، ويطلق هذا المصطلح على نقل الصورة الثابتة من مكان آخر عبر شبكة الهواتف، وقد تتمثل هذه الصورة في رسالة مكتوبة أو خريطة طقس، أو نص لغوي تصعب كتابته بالطرق التقليدية مثل: اللغة الصينية[2].

فالتعاقد يتم عن طريق تبادل مستندات العقد، فيقوم المتعاقد بإرسال إيجابه في صورة مستند كامل، يتلقاه المتعاقد الآخر ويقوم بإعلان قبوله وذلك بالتوقيع عليه، وإعادة إرساله مرة أخرى إلى الموجب، فينعقد العقد عند علم الموجب بصدور القبول وذلك بقراءة المستند بعد التوقع عليه[3].

وقد أشار القانون النموذجي للأمم المتحدة بشأن التجارة الإلكترونية الصادر عام 1996 في المادة 1/2 إلى الفاكس باعتباره من الوسائل التي يمكن استخدامها في إبرام العقود عن بعد.

في حين يعرف التلكس بأنه جهاز لإرسال البيانات عن طريق طباعتها وإرسالها مباشرة، إذ لا يوجد فاصل زمني ملحوظ بين إرسال البيانات واستقبالها إلا إذا لم يكن هناك من يرد على البيانات لحظة إرسالها[4].

غير أن الفارق بين العقد الإلكتروني ونظيره الذي يتم بواسطة جهاز الفاكس أو التلكس، يتمثل في أن الفاكس والتلكس مجرد وسيلة لتبادل المستندات أو المحررات الخاصة بالتعاقد في شكل ورقي، يعني ذلك أن الوجود المادي للمحرر التقليدي يتحقق حال التعاقد بواسطة الفاكس أوالتلكس، لذلك فإن

---

1. علاء محمد الفواعير، مرجع سابق، ص77.
2. سمير حامد عبد العزيز الجمال، مرجع سابق، ص37.
3. سامح عبد الواحد محمد التهامي، مرجع سابق، ص35.
4. لزهر بن سعيد، مرجع سابق، ص58.

الرسائل المتبادلة عن طريق الفاكس لا تحتاج إلى معالجة بياناتها بلغة الكمبيوتر وكل ما يحتاجه الطرف المستقبل للرسالة هو طباعتها على الورق، أما في ما يخص التعاقد الإلكتروني فإن التفاوض وإبرام العقد وتبادل المحررات الخاصة به يتم إلكترونيا، بحيث تتخذ المستندات التقليدية وما يرد عليها من توقيعات الشكل الالكتروني، أن يتميز بالطبيعة غير المادية المثبتة على دعامة إلكترونية لا على دعامة ورقية ممهورة بتوقيع الأطراف[1].

ومن ناحية أخرى فإنه من السهل التأكد من أصل وصحة رسائل الفاكس عن الرسائل الالكترونية لكون الأصل ثابت على دعائم ورقية كما يستطيع مكتب التلغراف، على الأقل من الناحية النظرية التعرف على هوية المرسل[2].

نستنتج مما سبق أن العقود يتم إبرامها عبر الانترنت تستمد أحكامها في الأساس من قانون المعاملات الإلكترونية بشكل خاص ومن القواعد العامة لنظرية العقد بشكل عام، كما يتم إخضاع العقد لأحكام مغايرة تؤخذ بعين الإعتبار الحضور الافتراضي المتعاصر، وهذه الخصوصية تتوفر في العقود المبرمة عن بعد لأن التعاصر يكون ما بين الايجاب والقبول يكون من الناحية الزمنية، غير أن البعد المكاني الذي يفصل الموجب عن القابل يبقى واقعا مؤثرا لا يمكن تجاوزه، وخاصة ما يتعلق بمسألة التحقق من أهلية المتعاقد وصفته في التعاقد هذا من جهة ومن جهة أخرى يكون لعدم الحضور المادي لأطراف العقد في مجلس العقد عدم قدرة المشتري من معاينة السلعة محل العقد، وعليه فإن العقد الإلكتروني نوع جديد من العقود فهو وليد التقدم التكنولوجي، الأمر الذي يتطلب تطبيق أحكام التعاقد عن بعد عليه، لما له من خصوصية وذاتية مستقلة تميزه عن أساليب التعاقد الأخرى.

الفرع الثاني: تمييز العقد الإلكتروني عن العقود المحيطة به في البيئة الإلكترونية.

[1] حامدي بلقاسم، مرجع سابق، ص37.

[2]. خالد ممدوح ابراهيم، ابرام العقد الإلكتروني، مرجع سابق، ص96.

يقصد بالبيئة الإلكترونية ذلك العالم الافتراضي cyber space، الذي تمارس فيه العديد من الأنشطة الإلكترونية، او المجتمع المعلوماتي كما يطلق عليها بعض الكتاب[1].

فالعقد الإلكتروني، او عقود التجارة الإلكترونية ليست هي الوحيدة التي تبرم في البيئة الإلكترونية، هناك عقود أخرى تتم في هذا المحيط، وتكون مرتبطة بالعقد الإلكتروني ومتلازمة معه، بحيث تكون هي الأساس الذي يرتكز عليه هذا العقد، وبالتالي يمكن القول بانها تلك العلاقات العقدية المتنوعة التي تنشأ لتحقيق عقد التجارة الإلكترونية دون أن تكون محلا له، ويطلق عليها البعض عقود الخدمات الإلكترونية، ويقصد بها العقود الخاصة بتقديم خدمات الأنترنت والمستفيدين منها[2].

وأغلب هذه العقود تتفق مع العقد الإلكتروني في كونها ذات طابع دولي أن مستخدم الأنترنت يكون قد يكون مقيم في دولة، ومقدم خدمة الإشتراك في دولة ثانية، وشركة تكنولوجيا معالجة البيانات وتحميلها على شبكة الانترنت في دولة ثالثة[3].

وعقود الخدمات الإلكترونية تتنوع إلى العديد، فمنها ما يلي:

أولا: عقد الدخول إلى شبكة الأنترنت:

في البداية يتعين الإشارة إلى أنه لا يوجد نموذج وحيد لعقد الدخول، وإنما توجد صور عديدة للعقود مثلما يوجد أنواع مختلفة من متعهدي الدخول، و تتطلب مباشرة التجارة الإلكترونية إمكانية الدخول إلى شبكات الإتصال عن طريق أحد موردي خدمات الدخول إلى الشبكة، وهو ما يتطلب بدوره إبرا م عقد الدخول إلى شبكات الاتصال، وقد يترتب على ربط شبكات الإتصال أن الدخول إلى إحداها يعني الدخول للشبكة العالمية للإتصالات أي شبكة الأنترنت[4].

ويقصد به ذلك العقد الذي يلتزم بمقتضاه مقدم الخدمة بتمكين العميل من الدخول على الأنترنت من الناحية الفنية، وذلك بإتاحة الوسائل التي تمكنه من ذلك، وأهمها برنامج الإتصال الذي يحقق

1. عنادل عبد الحميد المطر، مرجع سابق، ص76.
2. لزهر بن سعيد، مرجع سابق، ص51.
3. خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، مرجع سابق، ص99.
4. إيمان مأمون أحمد سليمان، مرجع سابق، ص70.

الربط بين جهاز الحاسوب والشبكة، والقيام ببعض الخطوات الفنية الضرورية لتسجيل العميل الجديد، وذلك مقابل التزام العميل سداد رسوم الإشتراك المقررة[1].

وهذا العقد ملزم الجانبين، فيقع على عاتق مقدم الخدمة إلتزام أساسي بتقديم خدمة الدخول على الشبكة وهو إلتزام بتحقيق نتيجة، كما يلتزم بإعطاء العميل اسم المستخدم وكلمة السر والعنوان البريدي، وهناك إلتزام تكميلي يدخل في الإطار العقدي وهو خدمة المساعدة التليفونية المسماة بالخط الساخن والتي تهدف إلى حل المشكلات الفنية التي قد يواجهها المشترك عن طريق التليفون، اما الالتزام الذي يقع على عاتق مستخدم الأنترنت فيتمثل في سداد قيمة الاشتراك وذلك في مقابل الدخول والإبحار في شبكة الأنترنت والإستفادة من كل أو بعض خدماتها، ويحق لمقدم الخدمة إنهاء العقد في حالة عدم سداد العميل للمقابل المادي، ويكون الانهاء عادة بحرمان العميل من دخول الشبكة[2].

أما مسؤولية مقدم الخدمة وهي مسؤولية تعاقدية، وتقوم حال عدم تنفيذ إلتزامه، ولكنه لا يعد مسؤولا على محتوى المادة أو المعلومة التي يتم عرضها على الشبكة، أو ما تحمله من أخطاء وعيوب، لأنه لا يملك الوسائل الفنية التي تمكنه من رقابة صحة هذه المعلومات، أما إذا أخطأ مقدم الخدمة في إبلاغ المعلومة أو الرسالة الإلكترونية إلى المرسل إليه، وثبت أن ذلك يرجع إليه أو إلى أحد العاملين لديه، فحينئذ تتحقق مسؤوليته، وهذا ما نصت عليه معظم التشريعات المقارنة للمعاملات الإلكترونية[3].

وتقوم مسؤولية مقدم خدمة الأنترنت، بالإضافة إلى القواعد العامة عند وقوع خطأ أو تعريف في إبلاغ الرسالة الإلكترونية إلى المرسل إليه ناتج عن سبب راجع إليه، أو إلى أحد العاملين لديه، كما

---

[1]. ميكائيل رشيد علي، العقود الإلكترونية على شبكة الأنترنت، دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، دار الجامعة الجديدة، الأسكندرية، مصر،2015/2014، ص125.

[2]. خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، مرجع سابق، ص 99،100.

[3]. نصت على ذلك المادة 10 من قانون سنغافورة، والمادة 18 من قانون البحرين، وقانون الاستهلاك الفرنسي، وقانون الاتصالات الأمريكي، علاء محمد الفواعير، مرجع سابق، ص54.

تقوم مسؤوليته إذا أنتهك سرية المراسلات والمكتبات والإتصالات الإلكترونية مالم يكن تدخله تبرره الضرورة الفنية لتشغيل الشبكة[1].

أما القانون الواجب التطبيق على عقد الدخول إلى شبكة الأنترنت فقد أشار القانون الموحد لمعاملات معلومات الكمبيوتر في الولايات المتحدة الامريكية في القاعدة العامة للمتعاقدين اختيار القانون المطبق بنص صريح في العقد، وفي حالة غياب اتفاق على ذلك يخضع العقد لقانون المكان الذي يقع فيه موطن أعمال المورد أو الملتزم بصفة عامة، أي قانون موطن الملتزم[2].

ثانيا: عقد الإيواء (عقد الإيجار المعلوماتي).

يقصد بعقد الإيواء هو ذلك العقد الذي يتم بين طرفين، يلتزم أحدهما(مقدم الخدمة) بأن يضع تحت تصرف الآخر(المشترك) جانبا من الإمكانيات الفنية التي يملكها من أجل تيسير تحقيق المشترك لمصالحه وانتفاعه بهذه الإمكانيات، وذلك كقيام مقدم الخدمة بتحديد مساحة بالقرص الصلب الذي يملكه للمشترك، بحيث يتمكن هذا الأخير من الدخول على الشبكة واستخدام الموقع الذي خزن فيه معلوماته[3].

ويعرفه البعض أنه: إلتقاء إرادتين على إبرام عقد محل معلوماتي أي بيانات ورسائل يتم تداولها بين مستخدمي هذه المعلومات وإرسالها إلى الغير بأية وسيلة كانت، سواء اكانت تقليدية أم إلكترونية[4].

فأساس هذا العقد يقوم على توافر بيانات ومعلومات يتم نقلها إلى الغير وتتكون المعلومة من عنصرين هما:

1 ـ أن يتم صياغة المعلومات والبيانات، بحيث تكون متناسقة ومرتبطة مع بعضها البعض ومؤدية لإحداث آثار نتيجة لتبادل البيانات.

---

1. مخلوفي عبد الوهاب، مرجع سابق، ص70،71.
2. بلقاسم حامدي، مرجع سابق، ص40.
3. شحاتة غريب شلقامي، مرجع سابق، ص68،69.
4. ميكائيل رشيد علي، مرجع سابق، ص127.

2 ـ القيام بنقل المعلومات إلى الجميع أو إلى من وجهت إليه المعلومات بلا قيود زمنية او مكانية.

هذا العقد هو احد العقود التي يقوم منها المزود او مقدم الخدمة بتقديم الخدمات ووضعها تحت تصرف المستخدم والمشترك، وأغلب ما تكون هذه الخدمات إتاحة الانتفاع بمساحة على القرص الصلب بأحد أجهزة الحاسوب، أو إتاحة مكان على شبكة الأنترنت أو تقديم أي جزء من المعلومات ليتم الإنتفاع بها، يتيح هذا العقد للمستخدم إمكانية استخدام البريد الإلكتروني، وإذا تمت إتاحة الفرصة بمستخدم الأنترنت للقيام بإنشاء بريد إلكتروني على أحد المواقع المتواجدة على الشبكة، فإن هذا التصرف يمنح المستخدم حرية التصرف بالمعلومات المتوافرة على المواقع وحجز مكان لسعة الموقع، كل هذه التصرفات تكون لفترة محدودة بمقابل مادي يدفع إلى ملك هذه المنفعة، وفي حالة انتهاء مدة العقد يكون من حق المالك استرداد كافة البيانات والأدوات التي منحها إلى المستخدم سواء كانت برامج أو جهاز المودم، كما أن هذا العقد يرتبط ارتباطا وثيقا بالأنترنت، وهو قائم على ضرورة مرور الفني الإلزامي المستقل عبر الأنترنت، فيأخذ العامل موقع على الشبكة وعلى أساس هذا الموقع يتمكن العامل من التعامل مع الغير والاطلاع على الأعمال والخدمات التي ينوي الحصول عليها او يريد عرضها على المستهلكين، حيث يتمكن من فتح متجر أو مؤسسة تجارية يعرض منتجها للجمهور شرط ان تتبع نظاما معينا يبرمجه ويفرضه مقدم الخدمة [1].

ويتم تحديد التزامات مقدم الخدمة في عقد الإيواء، حيث يمكن أن يلتزم بأداء خدمات إضافية، مثل الإلتزام بالمساعدات، أو تزويد العميل بالمعلومات، مقابل إلتزام العميل بالوفاء بالمبلغ المتفق عليه بالعقد، وذلك يشترط ان يلتزم العميل باستخدام هذه الادوات على نحو صحيح ومشروع، وأن لا يسبب أي أضرارا بالأجهزة المستخدمة له، مع ضرورة مراعاة واحترام القوانين والأعراف المعمول بها[2].

1. إلياس ناصيف، مرجع سابق، ص51.
2. عمرو عبد الفتاح علي يونس، مرجع سابق، ص194.

ويكيف جانب كبير من الفقه[1]، هذا العقد على أنه عقد إيجار أشياء لأن غايته إتاحة الفرصة للمستخدم من الانتفاع بالعين المؤجر، في حين تبقى ملكية الشيء المؤجر لصاحبها[2].

ومما يترتب اعتبار عقد الإيواء من قبيل عقود إيجار الأشياء أن مسؤولية مقدم الخدمة تتحد طبقا لمدى إحتفاظ مقدم الخدمة بحيازته للأجهزة التي تقدم من خلالها للقواعد التي تنظم المسؤولية عن حراسة الأشياء[3].

المبحث الثاني: آلية إبرام التعاقد عبر الأنترنت وصحته.

طبقا للقواعد العامة في إبرام العقود فإنه يشترط توافر الأركان الأساسية للعقد، وهي:التراضي، والمحل، والسبب حتى يكون العقد صحيحا ومنتجا لآثاره فضلا عن أن بعض العقود تتطلب الشكلية اللازمة لإبرامها.

وبما أن العقود التي يتم إبرامها عبر الأنترنت لا تخرج عن القواعد العامة في إبرام العقود من حيث المبدأ، غير أن الخصوصية في العقود التي يتم إبرامها عبر الأنترنت تولد عنها خضوع هذه العقود لبعض الأحكام الخاصة ووفقا لذلك تكاد تنحصر خصوصية التعاقد عبر الأنترنت في الأحكام الخاصة بركن واحد فقط وهو ركن التراضي، أما فيما يتعلق بركني السبب والمحل فإنه تكاد تنعدم فيهما خصوصيات هذه العقود إلى حد كبير[4].

وسيتم دراسة التراضي وصحته من خلال الإيجاب والقبول عبر الأنترنت وفق ثلاث مطالب من هذا المبحث، بحيث نتناول الإيجاب عبر الأنترنت في المطلب الأول، أما المطلب الثاني فنخصصه للقبول عبر الأنترنت، في حين نتناول صحة التعاقد الالكتروني في المطلب الثالث على النحو الآتي.

---

1. علاء محمد الفواعير، مرجع سابق، ص55.
2. نظام المشرع الجزائري أحكام عقد الإيجار في المواد 467، 507 مكرر 01 القانون المدني.
3. راجع أحكام المسؤولية عن حراسة الأشياء في المواد 140،138 مكرر 1 من القانون المدني.
4. تامر محمد سليمان الدمياطي، مرجع سابق، ص 56.

المطلب الأول: الإيجاب عبر الأنترنت.

تتميز شبكة الأنترنت بكثرة العروض التي تقدم عبر خدماتها المختلفة، وقد تطرح عبرها بعض العروض الموجهة الى جمهور مستخدمي الشبكة، مما يجعل الشخص الذي ينوي إبرام عقد ما حائر أمام هذه العروض فيما إذا كانت تشكل إيجابا أم أنها مجرد إعلان أو دعوة إلى التعاقد[1].

فالإيجاب إذن يعد أول عناصر الرضا اللازمة لإبرام كافة العقود سواء في العقود التقليدية أو في العقود الإلكترونية، فهو الإرادة الأولى التي تظهر في العقد وهو المنطلق الذي يؤسس عليه، فلانعقاد العقد يجب أن يصدر إيجابا من أحد المتعاقدين ليقابله قبول من الطرف الآخر يتطابق معه، إلا أنه في مجال التعاقد بالوسائل الإلكترونية يتسم بالإيجاب بنوع من الخصوصية[2]، وفي إطار دراسة الإيجاب عبر الأنترنت، فإنه سيتم تناول تعريف الإيجاب عبر الأنترنت وخصائصه في الفرع الأول، ثم نفرد لشروط الإيجاب الفرع الثاني، ثم نخصص الفرع الثالث لدراسة صور الإيجاب الإلكتروني.

الفرع الأول: تعريف الإيجاب الإلكتروني وخصائصه.

تعددت التعاريف بخصوص الإيجاب الإلكتروني باعتبار تمامه بوسائط تقنية مستحدثة كالأنترنت والهاتف والفاكس، تمخضت عن هذه التعاريف مجموعة من الخصائص والمعطيات[3].

أولا: تعريف الإيجاب الإلكتروني.

سنتعرض لتعريف الإيجاب بصفة عامة ثم بصفة إلكترونية على النحو الآتي:

الإيجاب بصفة عامة.

---

[1]. محمود عبد الرحيم الشريفات، مرجع سابق، ص128.

[2]. بومسلة عبد القادر، خصوصية الايجاب والقبول في المعاملات الالكترونية، مجلة الدراسات القانونية والسياسية، جامعة الأغواط، الجزائر، المجلد الرابع، ع، 2 ،جوان 2018، ص325.

[3]. بولمعالي زكية، خصوصية الإيجاب الالكتروني، مجلة الدراسات القانونية، جامعة يحي فارس المدية، 2015، ص1.

لم يتناول القانون المدني الجزائري ولا المصري تعريفا للإيجاب وترك هذه المهمة للفقه والقضاء.

يعرّف الإيجاب بأنه تعبير لازم بات عن إرادة شخص يتجه به إلى شخص آخر يعرض عليه رغبته في إبرام عقد معين بقصد الحصول على قبول هذا الأخير، فإذا حصل على هذا القبول انعقد العقد[1].

وعرّفه البعض الآخر بأنه:" عرض جازم وكامل للتعاقد وفقا لشروط محددة، يوجهه شخص إلى آخر أو إلى أشخاص معينين أو إلى الكافة"[2].

ويعرّفه البعض الآخر بأنه" تعبير عن الإرادة واجب التسليم يعرض به شخص على آخر إبرام عقد بحيث لا يتوقف تمام العقد إلا على موافقة الطرف الآخر"[3]. كما عرفه البعض أنه :" التعبير البات عن إرادة شخص يعرض على آخر أن يتعاقد معه"[4].

ونتيجة لعدم وجود تعريف للإيجاب في القانون المدني المصري وتفصيل المشرع ترك هذه المهمة للفقه والقضاء، فقد عرفت محكمة النقض المصرية الإيجاب بأنه : هو العرض الذي يعبر به الشخص الصادر منه على وجه جازم عن إرادته في إبرام عقد معين بحيث إذا ما اقترن به قبول مطابق له انعقد العقد"[5].

أما محكمة النقض الفرنسية، فقد عرفته بأنه:" عرض يعبر به الشخص عن إرادته في إبرام عقد معين بحيث يكون ملتزما به في حالة قبوله من المتعاقد الآخر"[6]

---

[1]. رمضان أبو السعود، مصادر الإلزام، دار الجامعة الجديدة، للنشر، الإسكندرية، مصر، 2005، ص67.

[2]. أسامة أبو الحسن مجاهد، مرجع سابق، ص68.

[3]. مصطفى أحمد ابراهيم نصر، التراضي في العقود الالكترونية، دار النهضة العربية، مصر، 2010، ص115.

[4]. يحي عبد الودود، الموجز في النظرية العامة للالتزامات، المصادر، الأحكام، الإثبات، دار النهضة العربية، مصر، 1994، ص36.

[5]. خالد عبد المنعم ابراهيم مصطفى، حماية المستهلك في التعاقد الالكتروني، دراسة مقارنة، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس،2011، ص423.

[6]. مرزوق نور الهدي، التراضي في العقود الالكترونية، رسالة لنيل شهادة الماجيستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2012، ص94.

وقد جاء في المادة (101) من مجلة الأحكام العدلية:

الإيجاب : أو كلام يصدر من أحد العاقدين لأجل إنشاء التصرف، وبه يوجب ويثبت التصرف[1].

وعلى مستوى التشريعات الوطنية فقد نصت المادة 1/91 من القانون المدني الأردني والتي عرفت الإيجاب بأنه:" الإيجاب والقبول كل لفظين مستعملين عرفا لإنشاء العقد وأي لفظ صدر أولا فهو الإيجاب والثاني قبول" وهذا التعريف يظل قاصر وغير دقيق لأنه يقصر التعبير عن الإيجاب على اللفظ دون الوسائل الاخرى للتعبير عن الإرادة وهذا ما يتناقض مع نص المادة 93 في نفس القانون والتي اعتبرت بأن التعبير عن الارادة لا يكون باللفظ فقط، وإنما قد يتم بغيره من الوسائل فقد ورد فيها" التعبير عن الإرادة يكون باللفظ وبالكتابة وبالإشارة المعهودة عرفا ولو من غير الأخرس، وبالمبادلة الفعلية الدالة على التراضي وباتخاذ أي مسلك آخر لا تدع ظروف الحال شكا في دلالته على التراضي"[2].

ومن جانبه فإن القانون المدني الكويتي ووفقا للمادة 39 منه يعرف الإيجاب بأنه:" العرض الذي يتضمن عزم صاحبه على إبرام العقد بمجرد أن يقبله الموجب"[3]، له ويلزم أن يتضمن في الأقل طبيعة العقد المراد إبرامه وشروطه الأساسية أما القانون المدني العراقي فقد عرف الإيجاب في الفقرة الأولى من المادة (77) على أن : " الإيجاب والقبول كل لفظين مستعملين عرفا لإنشاء العقد، وأي لفظ صدر أولا فهو الإيجاب والثاني قبول" ويلاحظ هنا أن المشرع العراقي قد حصر طرق التعبير عن الإيجاب في اللفظ" وإن كان من الأفضل أن يترك هذا الأمر إلى القاعدة العامة المنصوص عليها في

---

[1]. أحمد محمد علي داود، أحكام العقد في الفقه الإسلامي والقانون المدني، الجزء الاول، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الاردن، 2011، ص35.

[2]. محمود عبد الرحيم الشريفات، مرجع سابق، ص129.

[3]. مصطفى أحمد أبو عمرو، مرجع سابق، ص157.

المادة 79 من القانون نفسه، والتي لا تشترط مبدئيا شكلية معينة للتعبير عن الايجاب، فيصبح التعبير عنه بأية طريقة سواء كانت باللفظ أو غيره[1].

هذا فيما يتعلق بالإيجاب بشكل عام، أما عن الإيجاب الإلكتروني، فإن معظم التشريعات في مجال العقود الإلكترونية لم تعط تعريفا محددا للإيجاب الالكتروني، وحيث أن العقد الالكتروني يدرج ضمن طائفة التي تبرم عن بعد[2].

فإن تعريف الإيجاب فيه يجب أن يتم في ظل تعريف الإيجاب في هذه العقود.

قد أجار قانون الأمم المتحدة النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية الأونيسترال الصادر بتاريخ 16 ديسمبر 1996 استخدم رسائل البيانات لإبداء الإيجاب، حيث تنص المادة 11 منه على أن:

" في سياق تكوين العقود، ومالم يتفق الطرفان على غير ذلك، يجوز استخدام رسائل البيانات للتعبير عن العرض وقبول العرض، وعند استخدام رسالة البيانات في تكوين العقد، لا يفقد ذلك العقد صحته أو قابليته، لمجرد استخدام رسالة بيانات لذلك الغرض"[3].

هذا وقد تضمن البند 3 فقرة 2 من العقد النموذجي الخاص بالمعاملات الإلكترونية والملحق بقانون الأونيسترال النموذجي مايلي:" تمثل الرسالة إيجابا إذا تضمنت إيجابا لإبرام عقد مرسل إلى شخص واحد أو عدة أشخاص ما دامو معرفين على نحو كاف وكانت تشير إلى نية مرسل الإيجاب أن يلتزم في حالة القبول ولا يعتبر إيجابا الرسالة المتاحة إلكترونيا بوجه عام مالم يشر إلى ذلك"[4].

---

[1]. بسمان نواف الراشدي، عقود التجارة الالكترونية وقواعد إبرامها، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2014، ص146، 147.

[2]. خالد صبري الجنائي، التراضي في عقود التجارة الالكترونية، دراسة مقارنة، دار قنديل للنشر والتوزيع، الأردن، 2013، ص46،47.

[3]. عتيق حنان، مبدأ سلطان الإرادة في العقود الالكترونية، رسالة لنيل شهادة الماجيستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة البويرة، 2012، ص46.

[4]. حوحو يمينة، عقد البيع الالكتروني، دراسة مقارنة، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر،2012/2011، ص56.

ويعرفه التوجيه الأوربي رقم (97/7/EC) الخاص بحماية المستهلكين في العقود المبرمة عن بعد بأنه:" كل إتصال عن بعض يتضمن كل العناصر اللازمة بحيث يستطيع المرسل إليه أن يقبل التعاقد مباشرة، ويستبعد من هذا النطاق مجرد الإعلان"[1]، وينسجم هذا الموقف مع نص المادة 11 من الإتفاقية الخاصة باستخدام الخطابات الإلكترونية في العقود الدولية لسنة 2007، عندما ذهبت إلى أن:" أي إقتراح يقدم لإبرام عقد بواسطة خطاب إلكتروني واحد أو أكثر ولا يكون موجها إلى طرف معين واحد أو أكثر بل يتيسر الإطلاع عليه للأطراف التي تستخدم نظم المعلومات، بما في ذلك الإقتراحات التي تستخدم تطبيقات تفاعلية لتقديم طلبات من خلال نظم معلومات من ذلك القبيل يعتبر مجرد دعوة إلى تقديم عروض مالم يدل بوضوح على أن مقدم الإقتراح ينوي الإلّتزام به في حال قبوله"[2].

وتعرف الدائرة التجارية والصناعية لباريس عرض التعاقد أو الإيجاب الإلكتروني على النحو التالي:" كل إتصال عن بعد يحتوي على كل العناصر اللازمة التي تمكن المرسل من الموافقة مباشرة على الدخول في عقد". ومؤدى ذلك أنه يجب أن يكون العرض فعليا وواضحا لكي تتم الموافقة عليه، وبالتالي تكوين العقد[3].

ويلاحظ على التعريف الصادر من الغرفة التجارية والصناعية لباريس أنه لم يحصر فقط في التعاقد عبر الأنترنت، بل أنه يدخل كل أنواع العقود التي تتم عن بعد، كالتعاقد عن طريق المراسلة وكذا التعاقد عن طريق التلفاز والهاتف إلى غير ذلك من أنواع العقود[4].

وعلى مستوى التشريعات الوطنية، فقد نصت المادة 15/أ من القانون اليمني رقم 40 لسنة 2006 بشأن أنظمة الدفع والعمليات المالية والمصرفية الإلكترونية على أنه:" تعتبر رسالة المعلومات

---

1. مصطفى موسى العجارمة، مرجع سابق، ص273.
2. أقدس صغاء الدين رشيد البياتي، التعبير عن الارادة في التعاقد الإلكتروني، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني العراق، المجلد 13، ع 01، 2016، ص56.
3. صفوان حمزة إبراهيم الهواري، مرجع سابق، ص84.
4. بوطالبي زينب، الايجاب والقبول في التعاقد الالكتروني، مذكرة لنيل شهادة الماجيستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بومرداس، 2014، ص13.

وسيلة من وسائل التعبير عن الارادة المقبولة قانونا لإبداء الإيجاب أو القبول بقصد إنشاء إلتزام تعاقدي"[1].

ونصت المادة الأولى من القانون التونسي رقم 83 سنة 2000 المتعلق بالمبادلات والتجارة الإلكترونية على أنه:" يجرى على العقود الإلكترونية نظام العقود الكتابية من حيث تعبير عن الإرادة ومفهومها القانوني وصحتها، وقابليتها للتنفيذ فيما لا يتعارض وأحكام هذا القانون"[2].

وفي القانون البحريني الصادر في 14 سبتمبر 2002 بشأن التجارة الإلكترونية، تنص المادة العاشرة منه على أنه :" في سياق إبرام العقود ويجوز التعبير كليا أو جزئيا عن الإيجاب والقبول وكافة الأمور المتعلقة بإبرام العقد والعمل بموجبه، بما في ذلك أي تعديل أو عدول أو إبطال للإيجاب أو القبول عن طريق السجلات الالكترونية مالم يتفق الطرفان على غير ذلك"[3].

ونصت المادة 13 من القانون الإماراتي رقم 2 لسنة 2002 على أنه:لأغراض التعاقد يجوز التعبير عن الإيجاب والقبول جزئيا أو كليا بواسطة المراسلة الالكترونية".

أما القانون العراقي لم يرد تعريفا للإيجاب الإلكتروني في قانون التوقيع الإلكتروني والمعاملات الإلكترونية المرقم 78 لسنة 2012 وإنما أشار من خلال المادة 18 أولا إلى جواز التعبير عن الإيجاب باستعمال الوسائل الإلكترونية، فنصت بأنه:" يجوز ان يتم الإيجاب والقبول في العقد بوسيلة إلكترونية"[4].

---

[1]. عصام عبد الفتاح مطر، مرجع سابق، ص146.

[2]. أيسر صبرى إبراهيم، مرجع سابق، ص61.

[3]. سمير حامد عبد العزيز الجمال، مرجع سابق، ص104.

[4]. نوزت جمعة حسن الهسنياني، التعاقد بواسطة الشبكة الالكترونية (الأنترنت) وحماية المستهلك، رسالة لنيل شهادة الماجيستير، كلية الحقوق، جامعة، المنصوررة، 2014، ص93.

أما المشرّع الجزائري لم يعرف الإيجاب لا في القانون المدني شأنه في ذلك شأن القانون 04/15 المحدد للقواعد المتعلقة بالتوقيع والتصديق الالكترونيين[1]، الإ أنه و بصدور قانون التجارة الإلكتروني أشار الى ذلك في المواد 10،11 منه.

ويستخلص مما سبق أن قوانين ومشاريع قوانين التجارة الإلكترونية محل البحث لم تورد تعريف خاصا للإيجاب يختلف في مضمونه عن الإيجاب التقليدي إلا في الوسيلة المستخدمة للتعبير عن الإرادة، فلفظة إلكتروني إذا ما أضفيت إلى الإيجاب فلا تنال من أصله المتمثل في المعنى المراد منه وفقا للنظرية العامة في الإلتزامات وقانون العقد[2].

ولم تشترط أي من التشريعات المدنية المنظمة لأحكام العقد عموما شكلية معينة للإيجاب، بل أجازت التعبير عنه بالوسيلة المناسبة للموجب التي لا تثير شكا في دلالته على التراضي، سواء كانت هذه الوسيلة هي اللفظ أو الكتابة أو رسالة البيانات وغيرها ولكن شبكة الأنترنت وما توفره من خدمات متنوعة بالإرسال والإستقبال في ذات الوقت على وسائل مسموعة ومرئية تكون أكثر ملاءمة للتعبير عن الإيجاب[3].

ب/ خصائص الإيجاب الإلكتروني.

أول ما يمكن أن نذكره كخاصية وميزة لهذا الإيجاب، هو أنه يتم في بيئة إلكترونية، بوسائل إلكترونية من حيث التعبير عن الإرادة، ومن حيث رؤية المبيع، ودفع الثمن وكافة تفاصيل العرض، كما أنه عرض موجه إلى الجمهور، فهو يتسم بالعمومية في عرض الإيجاب، وذلك في أغلب الأحيان من حيث المكان والزمان، والأفراد المتعاملين، كما أنه يتم في أغلب الأحيان في صورة نماذج معدة سلفا من قبل شركات العرض، كما أن الإيجاب عبر الشبكة يتم في أغلب الأحيان بلغة قد تختلف عن

[1]. محمد بوكماش، كمال تكواشت، عقد البيع المبرم عبر الأنترنت، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، العدد الثاني عشر، جانفي 2018، ص210.

[2]. أسامة أحمد بدر، حماية المستهلك في التعاقد الالكتروني، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، مصر، 2005، ص179.

[3]. لما عبد الله صادق سلهب، مرجع سابق، ص73.

لغة القابل الأصلية، كما أن هناك خاصية في غاية الأهمية وهي أن هذا الإيجاب قد يحمل أخطار تشوه الحقيقة بما يعرضه من صور بأبعاد مجسمة، وطريقة عرض خلابة[1].

1 ـ ب/ الإيجاب الإلكتروني يتم عبر وسيط إلكتروني.

يتطلب الإيجاب الإلكتروني وجود وسيط إلكتروني هو مقدم خدمة الأنترنت[2].

والذي لا يمكن أن يعبر عن هذا الإيجاب ولكن طالما تم التعبير عنه إلكترونيا على هذا الوجه أصبح له وجود قانوني شأن كل إيجاب آخر[3]، ويقترب والإيجاب في التعاقد الإلكتروني من الايجاب في التعاقد عن طريق التلفاز في أنه في كلتا الحالتين لا توجد دعامة ورقية، ورغم هذا التشابه فإن الإيجاب الإلكتروني يتميز بأنه يتضمن استمرارا معينا، بحيث أن الموجب له يستطيع دائما أن يعود ليقرأ مرة أخرى الكتالوج أو الإعلان الموجود على الموقع الالكتروني أو المرسل إليه عبر البريد الإلكتروني بينما يتميز الإيجاب في التعاقد عن طريق التلفزيون بوقتية الرسالة المعروضة عبر شاشة التليفزيون، فمدة البث عبر التلفزيون تكون محدودة وتتميز بالسرعة والإختصار[4].

وفي حالة ما إذا تم سحب الإيجاب من شبكة الأنترنت، فهذا التصرف يعد إنهاء له واعتباره كأن لم يكن بالرغم من بقاء الإيجاب لدى الموجب لأن الوسيط لم يتيح إمكانية الاطلاع عليه للمتعاقدين من خلال العروض وبالتالي لا يمكن معرفة ما داخل النفس البشرية من أفكار، أما في حالة اختفاء الإيجاب لأسباب ناتجة عن خلل فني في الشبكة أو جهاز حاسب المستخدم، فهذه الأسباب لا علاقة للموجب بها ولا تمنع بقاء الإيجاب قائما لأن الخلل في وسائل معالجو البيانات التي

---

[1]. أحمد عبد الله محمد، التراضي في العقود التي تتم عبر الأنترنت، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، مصر، 2013، ص121.

[2]. شاذي رمضان إبراهيم طنطاوي، النظام القانوني للتعاقد والتوقيع في إطار عقود التجارة الالكترونية، مركز الدراسات العربية للنشر، مصر، 2015، ص173.

[3]. أحمد شهاب أزغبيب، حماية المستهلك في عقود الاستهلاك الالكترونية، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، مصر، 2016، ص294.

[4]. ماجد محمد سليمان أبا الخيل، مرجع سابق، ص44.

يتم من خلالها إرسال الإيجاب ليس إنهاء للإيجاب وبالتالي لا ينعدم الأثر القانوني للإيجاب طيلة فترة سحبه أو اختفاءه من الموقع في هذه الحالة[1].

2 ـ ب/ الإيجاب الإلكتروني إيجابا دوليا:

يتم الإيجاب الإلكتروني باستخدام وسائط إلكترونية وعبر شبكة دولية للإتصالات والمعلومات، لذلك فهو لا يتقيد بحدود الدول السياسية والجغرافية ويكون الإيجاب الإلكتروني تبعا لذلك إيجابا دوليا نظرا لما تتسم به شبكة الأنترنت من الانفتاح والعالمية[2].

ومع ذلك لا يوجد ما يمنع من قصر الإيجاب الالكتروني على منطقة جغرافية محددة، مما يجعل له نطاق جغرافي ومكاني معين، بحيث لا يسري هذا الإيجاب خارج هذا النطاق وقد يتعلق هذا القيد بمكان تسليم المبيع[3]، ومثال ذلك ما تقرره الولايات المتحدة الأمريكية من خطر توجيه الإيجاب للدول الموقع عليها عقوبات اقتصادية مثل كوريا الشمالية وكوبا والسودان، مما يعني أن الإيجاب يمكن أن يكون دوليا أو إقليميا وبهذا يلتزم الموجب بإبرام العقود أو تسليم المنتجات في النطاق الجغرافي الإقليمي أو الدولي المحدد[4].

وقد أشار البند الرابع من العقد النموذجي الفرنسي للتجارة الإلكترونية في فقرتيه الثالثة والرابعة إلى تحديد المنطقة الجغرافية التي يغطيها الإيجاب، وكذلك المنطقة الجغرافية التي يغطيها التسليم ، لما ورد في التعليق عليه فائدة أخرى لهذا التحديد الجغرافي وذلك لأن بعض القوانين الأجنبية قد تتضمن حالات يخطر فيها التعامل أو قيود أخرى وفقا لتصورها الخاص بشأن حماية المستهلكين،

---

[1]. حميدي محمد أنيس، صحة العقد المبرم عبر الأنترنت، رسالة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2016، ص13.

[2]. عبد الحميد بادي، الإيجاب والقبول في العقد الإلكتروني، رسالة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر ـ 1 ـ 2012/2011، ص13.

[3]. أحمد شرف الدين، قواعد تكوين العقود الالكترونية، دراسة في القوانين النموذجية والاتفاقيات الدولية والقوانين المحلية، جامعة عين شمس، مصر، 2008، ص64.

[4]. لما عبد الله صادق سلهب، مرجع سابق، ص87.

ولذلك يفصح التاجر الفرنسي أن يجدد مقدما النطاق الجغرافي الذي يعطيه الإيجاب تجنبا لوقوعه في هذه المشكلة[1].

ويلاحظ أن الشرط الذي يحدد النطاق الجغرافي للتسليم يقوم بدور مماثل ولكن يجب تمييزه عن شروط "التغطية للعرض" لأنه لا يتعلق بتحديد المنطقة الجغرافية التي قد يكون الإيجاب صالحا فيها ولكن بمسالة لاحقة لانعقاد العقد وهي كيفية تنفيذه، مثال ذلك ما أشار له العقد النموذجي الفرنسي للتجارة الإلكترونية والذي أشرنا له سابقا، وبذلك تقترب كثيرا أثار هذا الشرط من شرط النطاق المحدد للإيجاب ومفاد ذلك أن العميل الذي لا يقع في النطاق الجغرافي الذي يتاح فيه التسليم سوف يتردد كثيرا في قبول العرض[2].

إلا أنه لا يجوز أخذ هذا الأمر على إطلاقه من حيث التطابق بين الشرطين السابقين" شرط النطاق المحدد للإيجاب والنطاق المحدد للتسليم"، لأنه في حالة الشرط الأول لا ينعقد العقد أساسا، كون الشخص يقع مكانه خارج النطاق الجغرافي المحدد للإيجاب إذ لن يصادف القبول إيجابا صالحا، أما في حالة الشرط الثاني، فإنه على فرض قبول العميل للإيجاب في تلك الحالة فإن العقد ينعقد دون أدنى التزام على البائع إلا بتسليم المشترى الشيء المبيع في الأماكن التي تعهد بالتسليم فيها[3]

3 ـ ب/ الإيجاب عبر الانترنت يتم عن بعد.

نظرا لأن العقد الإلكتروني ينتهي إلى طائفة العقود عن بعد ومن ثم فإن الإيجاب الإلكتروني ينتمي إلى تلك الطائفة[4].

وعلى هذا الأساس فهو يخضع للقواعد الخاصة بحماية المستهلك في العقود المبرمة عن بعد والتي من شأنها أن تفرض على التاجر أو المتعاقد عدة التزامات وواجبات تجاه المستهلك ومنها تحديد هوية البائع وعنوانه والمركز الرئيسي له، وعنوانه البريد اللإلكتروني وخصائص المنتج والخدمات

---

1. أسامة أبو الحسن مجاهد، خصوصية التعاقد، مرجع سابق، ص77،78.
2. عمرو عبد الفتاح يونس، مرجع سابق، ص268،269 .
3. المرجع نفسه، ص269.
4. خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الالكتروني، مرجع سابق، ص322.

المعروضة، وأثمانه ووسائل الدفع أو السداد وطريقة التسليم وخيار المستهلك في الرجوع عن التعاقد ومدة الضمان، هذه الالتزامات أشار إليها التوجيه الأوربي رقم 97/7 المتعلق بحماية المستهلك في العقود عن بعد[1].

ويمكن القول أن هذا الإتجاه غير صحيح على الإطلاق، وفق الحجج التالية:[2].

الأولى: لا يوجد ـ من الناحية الفنية والقانونية ـ إيجاب يطلق عليه إيجابا إلكترونيا، فالإيجاب والذي يعتبر أحد عنصري القصد المشترك للمتعاقدين، عبارة عن عرض جازم يتضمن النقاط الجوهرية للعقد المزمع إبرامه، سواء تم هذا العرض من خلال الوسائل التقليدية، أو الوسائل الإلكترونية.

الثانية: أن الإلتزامات عقدية، تقررت بنصوص تشريعية، وأن هذه الإلتزامات أو أشخاصا تثقل كاهل المهني، أو المورد بصفته متعاقدا مع شخص أو أشخاص يكتسبون صفة المستهلك بغض النظر عما إذا كان المتعاقد تم من خلال وسائل تقليدية، أو عن طريق وسائل تقنية كشبكة الأنترنت، ومعنى هذا أن هذه الإلتزامات تقع على كاهل المهني، أو المورد بغض النظر عن وسيلة التعاقد.

الثالثة: أن ربط هذه الإلتزامات بفكرة التعاقد عن بعد معناه حرمان المستهلك الذي يتعاقد مع مهني من خلال الوسائل التقليدية، من حق الرجوع على هذا الأخير بالتعويض عن الضرر الذي أصابه من جراء الإخلال بأحد الالتزامات السابقة وهذا لم يقل به أحد من رجال القانون، فهذا النص جاءت عبارته عامة، الأمر الذي يتطلب صرف حكمها إلى كل من يكتسب صفة المستهلك بغض النظر عن وسيلة التعاقد، وهل تعتبر من الوسائل التقليدية، أم من الوسائل الإلكترونية.

الفرع الثاني: شروط الإيجاب الإلكتروني.

نستنتج من النصوص القانونية، وأحكام القضاء و التعاريف الفقهية للإيجاب السابق الإشارة إليها، أنه يشترط في الإيجاب الملزم قانونا مجموعة من الشروط هيا على النحو الآتي:

---

1. مخلوفي عبد الوهاب، مرجع سابق، ص94.
2. عنادل عبد الحميد المطر، مرجع سابق، ص217،218.

1 ـ يجب ان يكون العرض جازما: ويقصد بذلك أن يكون نهائيا أو باتا بمعنى أن تتجه نية صاحبه بصورة قاطعة إلى إبرام العقد، بحيث يبرم هذا العقد بمجرد اقتران هذا الإيجاب بالقبول الصادر من المخاطب به أي بالإيجاب[1].

ويصدق هذا التكييف على الإيجاب البات عبر الأنترنت الموجه إلى شخص من محدد من خلال بريده الإلكتروني مثلا[2].

2 ـ أن يتضمن العرض المسائل الجوهرية في التعاقد : حتى يرقى العرض إلى مرتبة الإيجاب فإنه يجب أن يتضمن طبيعة العقد المراد إبرامه وشروطه الجوهرية، بحيث لا يبقى لإنعقاد العقد سوى صدور قبول مطابق، فلو أن العقد المراد إبرامه عقد بيع مثلا فإن الإيجاب ينبغي أن يتضمن تعيين المبيع تعيينا كافيا إضافة إلى تحديد الثمن[3].

وإذا كانت شروط إيجاب الإلكتروني لا تختلف مبدئيا عن الشروط المذكورة في القواعد العامة، إلا أنها تتصف بنوع من الخصوصية من جهة، وتضاف إليها بعض الشروط الخاصة من جهة أخرى[4].

لقد تناولت هذه الشروط المادة 25 من القانون التونسي رقم 2000/83 المتعلق بالمبادلات والتجارة الإلكترونية، كما تطرقت إليها المادة 10 من التوجيه الأوربي رقم 8/98 المتعلق بالبع عن بعد والمادة 10 من التوجيه الأوربي رقم 31/2000 المتعلق بالتجارة الإلكترونية، وكذا المواد 111،

---

[1]. ثروت فتحي اسماعيل، النظرية العامة للالتزام، الكتاب الأول، مصادر الالتزام، جامعة عين شمس، مصر، 2017/2016، ص93،94 ، بلحاج العربي، النظرية العامة للإلتزام في القانون الجزائري (الجزء الأول)، التصرف القانوني العقد والارادة المنفردة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2001، ص69.

[2]بشار طلال أحمد مومني، مرجع سابق ، ص59.

[3]. دريد محمود علي، مرجع سابق، ص73 ـ كذلك رمضان أبو السعود، مرجع سابق، ص68، كذلك زكريا سرايش، الوجيز في مصادر الالتزام، العقد ولإرادة المنفردة، دار هومة، الجزائر، 2013، ص45.

[4]. مرزوق نور الهدى، مرجع سابق، ص112.

114، 18/121 من قانون الإستهلاك الفرنسي[1]، والمادة 11 من القانون رقم 05/18[2]، المتضمن قانون التجارة الإلكترونية الجزائرية.

ومن خلال هذه المواد يمكن تقسيم هذه الشروط إلى شروط خاصة بالشكل وأخرى خاصة بمضمون الإيجاب.

أولا: الشروط الشكلية:

إن صدور الإيجاب الإلكتروني عبر وسائل الإتصال الحديثة بمقتضى توفر بعض الشروط الشكلية المتعلقة بالوسيلة المستعملة واللغة والأسلوب المستعمل[3].

1ـ الوسيلة المستعملة:

ووفقا للقواعد العامة لا توجد طريقة معنية يمكن تحديد البضاعة بواسطتها، إنما يمكن أن تتم بكافة الطرق السائدة في التعامل الدولي بما فيها وسائل الإتصال الفوري الحديثة[4]، إلا أنه على مقدم الخدمة أو المنتوج أن يقوم بإعلام المستهلك باستعمال وسائل مناسبة وفعالة تسمح بقراءة وفهم مضمون الإيجاب بكل سهولة وبعيد عن كل غموض[5].

---

1. بولمعالي زكية، مرجع سابق، ص11.
2. القانون رقم 05/18 المؤرخ في 24 شعبان عام 1939 الموافق 10 مايو سنة 2018 المتعلق بالتجارة الالكترونية، ج. ر. ج. ع 28 المؤرخة في 30 شعبان عام 1439،16 مايو 2018م، ص4.
3. بوملسة عبد القادر، مرجع سابق، ص328.
4. مرزوق نور الهدى، مرجع سابق، ص113.
5. سمير حامد عبد العزيز الجمال، مرجع سابق، ص111.

2 ـ الأسلوب المستعمل:

يستحسن أن يتم الإيجاب بشكل مكتوب، يسمح بحفظ الشروط التعاقدية الواردة فيه، واسترجاعها عند الضرورة، ولا يمكن في العقد الإلكتروني إلا أن يتم الإيجاب كتابة على شبكة الأنترنت، طالما أنه يتم عن بعد وبطريقة الأنترنت[1].

3 ـ اللغة المستعملة:

تتسم العقود الدولية بالطابع الدولي، ويتم في أغلب الأحيان إبرام هذا النوع من العقود بين أطراف من دول مختلفة، تختلف تبعا لذلك لغاتهم، فقد يجمع عقد بيع بين أردني يتحدث اللغة العربية وشركة صينية لغتها الصينية، ويضاف إلى ذلك أن نظام المعلومات في وسائل الإتصال الحديثة على وجه الخصوص هو الحاسوب الذي يعتمد اعتمادا كبيرا على اللغة الإنجليزية، لذلك توجب العديد من النصوص القانونية في الأردن استخدام اللغة العربية في مقدمتها المادة 2 من دستور المملكة الأردنية الهاشمية، كما اشترطت المادة (15/أ/1)من قانون العمل تنظيم عقد العمل باللغة العربية[2].

كما أوجب القانون الفرنسي"Toubon" رقم 345/94 الصادر في 4 أوت 1994 الخاص باستعمال اللغة الفرنسية ضرورة إستعمال اللغة الفرنسية في التعبير عن الإيجاب للسلع والخدمات الموجه للمستهلكين الفرنسيين بحيث تمتد لشمل كافة المستندات المستخدمة في المعاملات التجارية[3]، وإذا كان القانون الفرنسي قد اشترط أن يكون الإيجاب باللغة الفرنسية إلا أنه حدث تطور بعد ذلك وأصبح ممكنا عرض الإيجاب بأي لغة على أن يترجم للفرنسية[4].

وتجدر الاشارة إلى أن المشرّع الجزائري ومن خلال قانون حماية المستهلك وقمع الغش رقم 03/09 المؤرخ في 25 فيفري 2009 قد نص على شرط اللغة العربية من خلال نص المادة 18 والتي جاء فيها" يجب أن تحرر بيانات العقد وطريقة الإستخدام ودليل الإستعمال وشروط ضمان

---

1. إلياس ناصيف، مرجع سابق، ص94.
2. علاء محمد الفواعير، مرجع سابق، ص132.
3. بلقاسم حامدي، مرجع سابق، ص70.
4. شحاتة غريب شلقامي، مرجع سابق، ص92،93.

المنتوج وكل معلومة أخرى منصوص عليها في التنظيم الساري المفعول باللغة العربية أساسا وعلى سبيل الإضافة يمكن استعمال لغة أوعدة لغات أخرى سهلة الفهم من المستهلكين وبطريقة مرئية ومقروءة ومتعذر محوها"يفهم من نص المادة أن المشرّع جعل اللغة العربية لتحرير الموسم المتضمن لطريقة الاستعمال وشروط ضمان المنتوج وذلك حماية للمستهلك، كما أجار استخدام لغات أخرى وذلك تيسير على المستهلك[1].

ثانيا: الشروط الخاصة بالمضمون.

لاشك أن ممارسة هذه الحرية الإقتصادية تكون في إطار منظم من عدة جوانب حماية للطرف الضعيف الذي هو المستهلك، بتحديد البيانات الخاصة بالمضمون، هوية البائع، ووصف المنتوج أو الخدمة ومدة الإيجاب وتحديد الثمن.

أ ـ تحديد هوية البائع أو المهني.

بحيث يكون من الواجب على الموجب (المهني) في نطاق مبدأ حسن النية والثقة أن يعلم المستهلك بكافة بياناته التي تحدد شخصيته بطريقة قاطعة[2]، ولتحقيق عنصر الأمان في التعاقد الإلكتروني وخلق بيئة آمنة محل ثقة في المعاملات بحيث تسهم في تنظيم العلاقات التعاقدية الإلكترونية في كافي المناحي، مما يضفي مزيدا من الإطمئنان والشفافية التي تشجع هذا التعاقد الذي يتم عن بعد، وهو ما اشترطه القانون الفرنسي رقم 575 ـ 2004 الصادر في 21 يونيو 2004 بشأن الثقة في الإقتصاد الرقمي بموجب المادة 19 منه، والمادة الرابعة من قانون حماية المستهلك رقم 67 لسنة 2006[3].

كما أوجب المشرّع التونسي بموجب الفصل 25 من القانون رقم 83 لسنة 2000 الخاص بالمبادلات والتجارة الإلكترونية، وبناء على هذه النصوص يستوجب على البائع تحديد دقيقا وواضحا،

---

1. بولمعالي زكية، مرجع سابق، ص12.
2. لزهر بن سعيد، مرجع سابق، ص79.
3. شادي رمضان إبراهيم طنطاوي، مرجع سابق، ص176.

سواء اسمه ولقبه وعنوانه ورقم هاتفه[1]، حتى يمكن الإتصال به في أي لحظة وخارج الخط، وإذا كان شخصا معنويا مثل الشركة يتعين تحديد اسمها وعنوان مقرها ومعلومات حول نشاطها التجاري، ويعد هذا البيان من مستحدثات التعاقد عبر الشبكة[2].

فهذا الشرط ضروري و جد هام أمام تعاقدات لا يعرف أحد أطرافها الآخر، وأنها تتم بين لحظة وضحاها، فكان لابد من تقرير هذا الشرط والحث على عدم مخالفته وإلا عوقب مقدم الخدمة هذا من ناحية ومن ناحية أخرى يلزم على المستهلك ألا يقدم على إبرام أية عقود يكون فيها صاحب الموقع أو التاجر ليس له هوية كاملة وعنوان يمكن الرجوع إليه فيه[3].

ب ـ وصف السلعة أوالخدمة محل التعامل.

ويقصد بها الخصائص الأساسية أو المسائل التفصيلية المرتبطة بالسلعة أو الخدمة التي ينبغي أن تصل لعلم من وجه إليه الإيجاب قبل أن يعلن قبوله[4].

يتعين على الموجب وصف المنتج أو الخدمة محل التعاقد وصفا دقيقا يتحقق بموجبه علم المستهلك بمحل العقد علما كافيا نافيا للجهالة[5]، حيث تلزم المادة الرابعة والخامسة من القانون 02/04 المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية البائع بإعلام الزبائن بأسعار وتعريفات السلع والخدمات وشروط البيع[6].

1. المادة 11 من القانون رقم 05/18 المتعلق بالتجارة الالكترونية الجزائري.
2. حوحو يمينة، مرجع سابق، ص80.
3. مصطفى أحمد ابراهيم نصر ، مرجع سابق، ص156.
4. عجالي خالد، مرجع سابق، ص175.
5. لزهر بن سعيد، مرجع سابق، ص79.
6. بوطالبي زينب، مرجع سابق، ص24.

كما ألزم المشرع في المادة 17 من قانون 03/09 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش كل متدخل أن يعلم المستهلك بكل المعلومات المتعلقة بالمنتوج عن طريق الوسم ووضع علامات أو بأية وسيلة أخرى مناسبة[1].

وقد أكد المشرّع التونسي على البيانات التي يلتزم بها البائع الإلكتروني تجاه المستهلك وذلك من خلال الفصل 25 من قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية، وفي نفس الاتجاه نجد الفقرة الثانية من شروط العقد النموذجي الفرنسي للتجارة الإلكترونية الصادر في 21 يونيو 2004 على أنه يجب تطبيقا لأحكام القانون أن تكون العروض مفصلة بحيث تعرض بأمانة صفات المنتجات المعروضة من حيث الكم والكيف، وبحيث نحيط العميل علما بصفة خاصة بأبعاد المنتجات ووزنها وتسميتها وطبيعتها ودرجة جودتها كلما كان ذلك ممكنا، ويجب أن تكون الصور الفوتوغرافية الإيضاحية أمينة ومتفقة مع حقيقة المنتج[2].

وجاء تقرير هذه التشريعات لهذه المعلومات الضرورية التي يتعلق بعضها بمرحلة قبل التعاقد والبعض الآخر بالمرحلة التالية لها والمتمثلة في تنفيذ بنود العقد، بصيغة قواعد قانونية آمرة وذلك لحماية المستهلك في التعاقد عن بعد[3].

ج/ تحديد الثمن:

يجب أن يتضمن كل ما على القابل دفعه من ثمن وملاحقته، ولقد فرض الواقع العملي وما أنتجه التقدم العلمي في صورة الأنترنت إقبالا كبيرا على التعاقد بهذه الوسيلة، وخاصة في مصر لما يتيحه الأنترنت من سرعة في التداول وكثرة المنتجات أمام المستهلك، فكان لابد من تقرير ضرورة بيان الثمن بكل دقة في كل إعلان عن المنتج على أن يكون هذا الثمن شاملا كافة المصاريف المطلوبة، أما ما يحدث الآن من خلال المواقع الإلكترونية عبر الأنترنت فهو بيان الثمن فقط وعند البدء في تنفيذ العقد والموافقة من المستهلك، يظهر أمامه أنه لابد له من دفع مبلغ كمصاريف الشحن والنقل

---

[1]. بومسلة عبد القادر، مرجع سابق، ص 330، ـ راجع المادة 11 من قانون رقم 05/18 المتعلق بالتجارة الالكترونية الجزائري.

[2]. بوطالبي زينب، مرجع سابق، ص25.

[3]. بسمان نواف الرشدي، مرجع سابق، ص153.

وأيضا ضريبة مقررة وغيرها، فيجد المستهلك نفسه أمام مبالغ مختلفة يجب سدادها، وأنه لو علم بهذه المبالغ قبل الموافقة لما أقدم على التعاقد[1].

ويجب أن يتضمن الإيجاب الإلكتروني بيان الثمن بوضوح وبيانا عما إذا كان يشمل أسعار النقل والرسوم الجمركية من عدمة وبيان طرق الدفع[2].

وجاءت المادة 14 من المرسوم الصادر في 3 ديسمبر 1987 والمتعلق بإعلام المستهلك بالسعر الذي وضع فيه المشرع الفرنسي قواعد صارمة، والتي جاء نصها كالآتي:" يجب أن يشار على نحو دقيق الثمن كل منتج أو خدمة تقدم للمستهلك وفقا لتقنيات الإتصال عن بعد، وذلك بكل وسيلة ممكنة قبل إبرام العقد" وعلى ذلك ينبغي على المهني أن يشير بأي وسيلة قبل إبرام العقد بطريقة محددة لا لبس فيها إلى سعر أي منتج أو خدمة قبل إبرام العقد[3].

وقد أكد المشرع هذا المسلك بمقتضى المادة 19 من قانون الثقة في الإقتصاد الرقمي إذا لزم البائع بإعلام المستهلك بشأن الثمن مؤكدا على أنه ينبغي على كل من يمارس التجارة الإلكترونية أن يذكر الثمن بطريقة واضحة دون لبس، وأن يوضح بصفة خاصة ما إذا كان هذا الثمن متضمنا الضرائب ونفقات التسليم أم لا[4].

ونص المشرّع الجزائري في هذا الصدد على إعلام الزبائن بأسعار السلع والخدمات وذلك في نص المادة 04 من القانون رقم 02/04 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، بحيث نصت على" يتولى البائع وجوبا إعلام الزبائن بأسعار وتعريفات السلع والخدمات، وبشروط البيع[5].

---

1. مصطفى أحمد إبراهيم نصر، مرجع سابق، ص150.
2. سمير حامد عبد العزيز الجمال، مرجع سابق، ص115.
3. Jean A et Auloyet S, *prix des produits et services*, droit de la consommation, précis dolloz 4éme édition, Paris, 1996, p, 39.

.

4. أسامة أبو الحسن مجاهد، الوسيط في قانون المعاملات الالكترونية وفقا لأحداث التشريعات في فرنسا، مصر، الأردن، دبي، البحرين، دار النهضة العربية، مصر، 2007، ص270،269.
5. بومسلة عبد القادر، مرجع سابق، ص331.

د ـ تحديد مدة الإيجاب.

الأصل في الإيجاب التقليدي أنه غير ملزم قبل وصوله إلى علم الموجه إليه، للموجب أن يعدل طالما لم يقترن به قبول، غير أنه يكون الإيجاب ملزما إذا عين ميعاد للقبول من طرف الموجب، فيكون هذا الأخير ملزما بالبقاء على إيجابه إلى أن ينقضي هذا الميعاد[1].

فإذا حدد التاجر مدة الصلاحية عرضه، فيظل هذا الإيجاب قائما طوال المدة وإذا لم يحدد مدة العرض، فيحق له إلغاء العرض في أي وقت، على أن يكون في مدة معقولة[2].

وفي هذا الصدد يوجد حكم المحكمة العليا الصادر سنة 1990 حيث جاء نص في حيثيات القرار الصادر عن المحكمة العليا في 1990/04/02 أنه: "حيث ان بن علي صالح لم يعدل عن إيجابه قبل 17 أوت أي التاريخ الذي أطلع فيه على قبول عبد القادر محمد وعليه فإن القضاة بقضائهم بصحة البيع فإنهم أصابوا في تطبيق نص المادة 63 من ق. م. ج"[3].

وخروجا عن الأصل العام في المادة 63 من القانون المدني الجزائري، فإن القواعد الحديثة، اشترطت في الإيجاب الإلكتروني أن يتضمن تحديدا دقيقا لوقت صلاحية الإيجاب، وان يقوم الموجب بإعلام الموجب له بهذا التوقيت[4].

المشرّع من خلال هذا الشرط يهدف الى حماية المستهلك واستقرار المعاملات الإلكترونية، وتوفير الثقة في التعامل، فإلزام الموجب بإيجابه ولو لمدة محددة يمكن الموجب له من تدبر أموره وترتيب شؤونه بالرد بالقبول أو الرفض[5].

[1] Vincent H, *la vente internationale de marchandise*, droit uniforme, delta, Paris, 2000, p159.

[2]. أحمد عبد الله، مرجع سابق، ص113.

[3]. بوطالبي زينب، مرجع سابق، ص27.

[4] Thibault V, *commerce électronique*, le nouveau cadre juridique, ed lancier, Bruxelles, 2004, p91.

[5]. مرزوق نور الهدى، مرجع سابق، ص120.

الفرع الثالث: صور الإيجاب الإلكتروني.

تتنوع طرق التعبير عن الإرادة بتنوع وسائل إتصال إلكترونية مختلفة ومتعددة الأشكال والأنماط، تتمثل في ثلاث طرق رئيسية متوفرة حتى في وقتنا الحاضر، وهي البريد الإلكتروني، ومواقع الويب والمحادثة، ونظرا لما يتصف به الإيجاب الإلكتروني من خصوصية وهي أنه يتم التعبير عنه من خلال وسائل إتصال إلكترونية، فهو غالبا ما يكون موجعا من مهني إلى طائفة من المستهلكين أو إلى عامة الناس وبالتالي فهو يخضع في كثير من الأحيان للقواعد الخاصة بحماية المستهلك التي تفرض على المهني العديد من الإلتزامات التي تصب في مصلحة المستهلك باعتباره الطرف الضعيف في المعادلة العقدية[1].

أولا: الإيجاب عبر مواقع الويب.

تعمد كثير من الشركات إلى عرض سلعها وخدماتها على شبكة المواقع web وتقوم بتصوير السلعة بطريقة ثلاثية الأبعاد مع تسجيل سعرها ومواصفاتها، ويكون ذلك من خلال موقع خاص بالشركة، وفي المقابل يقوم الراغب في التعاقد بالبحث عن السلعة أو الخدمة التي يريد عن طريق استخدام الرمز الذي يساعد في الوصول إلى هذه السلعة أو الخدمة، وعند اقتناعه بها وبالشركة العارمة لها ومعرفة سعرها ومواصفاتها يقوم بالتعاقد على الشراء بعد التأكد من السعر الفردي والاجمالي وذلك بالنقر على مفتاح الموافقة فيظهر العقد بالشراء والمعد من قبل الشركة العارضة، المتضمن آلية الدفع وشروط العقد وكيفية التسليم والقانون الواجب التطبيق على العقد، وغير ذلك من الشروط[2].

---

[1]. ابراهيم عبيد علي آل علي، مرجع سابق، ص131.

[2]. عبد الله بن براهيم بن عبد الله الناصر، العقود الالكترونية، دراسة فقهية تطبيقية مقارنة، بحث مقدم إلى المؤتمر العلمي حول الأعمال المصرفية الالكترونية بين الشريعة والقانون، جامعة الإمارات، 10 ـ 12 مايو 2003، المجلد الخامس، ص2122،2123.

وما يميز الإيجاب في هذه الصورة أنه يكون موجها إلى الجمهور فلا يكون مقصورا على أشخاص محددة[1]، فيمكن لأي شخص أينما وجد أن يدخل على مواقع المتاجر الافتراضية المنتشرة على الشبكة ليطلب سلعة أو خدمة معروضة من خلال هذه المواقع، وفي هذه الحالة يوجه المستهلك قبوله عبر الشبكة، وذلك بالضغط على أيقونة القبول المبينة في الموقع، بعد ان يعطي بيانات عن هويته وبطاقة ائتمانه المصرفية، وفي هذه الحالة ينعقد العقد باتباع الخطوات المبينة في الموقع مالم يحتفظ الموجب بحقه في الرجوع عن العقد بعد إنعقاده[2].

إلا أن هناك عدة تساؤلات تثار حول وجود بعض الاشارات في العروض عبر صفحة الويب web من بينها " يبقى العرض ساريا إلى نفاذ المخزون" وهذه العبارة تؤثر على الإيجاب الإلكتروني لأنه يمكن الإلتفاف حول طابعه الجازم، لأغراض معينة لمصلحة التاجر، حيث يمكنه الإحتفاظ بإمكانية الرجوع عن إيجابه، حيث لا يكون ملتزما بموجب هذا العرض الذي كان سيكفي مجرد قبوله لإبرام العقد لولا تحفظ التاجر بإمكانية الرجوع فيه[3].

كما أن هناك اختلاف بين الفقهاء، في تحديد معنى التحفظ في العرض، فالتحفظ النسبي هو التحفظ الذي يبديه من أصدر العرض في مواجهة أشخاص محدودين، والتحفظ المطلق يكون في مواجهة الكافة فالتحفظ النسبي لا يؤثر على الايجاب فيكون باتا، أما التحفظ المطلق فيغير العرض من إيجاب إلى دعوة للتفاوض[4].

ويرى بعض الشراح أن الإيجاب المطروح عبر شبكة الويب قد يعتد مجرد دعوة للتعاقد ولو تضمن هذا الإيجاب الشروط الجوهرية للعقد المراد إبرامه، وضرب هذا الجانب مثالا لذلك بالحالات التي تكون فيها شخصية المتعاقد محل اعتبار لدى الموجب كما هو الحال في الإعلان عن طلب"

[1] .أيسر صبري ابراهيم، مرجع سابق، ص76.
[2]. ابراهيم عبيد علي آل علي، مرجع سابق، ص134.
[3]. العيشي عبد الرحمان، مرجع سابق، ص147.
[4]. حميدي محمد أنيس، مرجع سابق، ص17.

عمالة" إذ يستطيع الموجب في هذه الحالة –وفق ما يراه هذا الفريق من الشراح – رفض إبرام العقد ولو صادف إيجابه قبول مطابق إذا لم تلق شخصيه القابل رضى لديه[1].

ثانيا: الإيجاب عبر البريد الإلكتروني.

يعتبر البريد الإلكتروني من أحد وسائل الإتصال التي تستخدم في إبرام العقود الإلكترونية، وهنا يكون العرض موجه إلى شخص محدد، والذي يمكنه معرفة مضمون هذا العرض بدخوله إلى بريده الإلكتروني، حيث تسمح هذه التقنية العلم بالعروض التقنية بكل سهولة، كما تسمح بتحقيق الشروط المطلوبة في الإيجاب دون صعوبة كبيرة، وهكذا ينبغي أن تحرر الرسالة الإلكترونية على النحو الذي يجعلها بمثابة الإيجاب وهو مالا يتحقق إلا إذا تضمنت جميع الإلتزامات التي سيتم الإلتزام بها[2].

والإيجاب عبر البريد الإلكتروني يحقق ميزة استهداف العرض لأشخاص معينين، عندما يرغب التاجر أن يخص بمنتجاته بعض الأشخاص الذين يهتمون بمنتجاته دون غيرهم، والمرسل إليهم يعلمون بالعرض عندما يفتحون صندوق بريدهم الالكتروني، حيث تبدأ فعالية الايجاب[3].

وعلى ذلك فإن البريد الإلكتروني،ونظرا لتمتعه بهده التقنية الهائلة والرائعة، تجعل من السهل العلم بجميع العروض التعاقدية وتسمح بتحقيق جميع الشروط التي تتطلبها التشريعات في الإيجاب، وعلى ذلك يجب أن تحرر الرسالة الإلكترونية على النحو الذي يجعلها بمثابة إيجاب وذلك بتضمينها جميع المسائل التي يتطلبها الايجاب[4].

ومن أجل ذلك تدخل المشرّع الفرنسي بالقانون الصادر في 21 يوليو 2004 الخاص بالثقة في الإقتصاد الرقمي والذي أعطى للحكومة سلطة إصدار الأوامر الخاصة بتعديل النصوص المطبقة بهدف الوصول إلى ابرام العقود بالطرق الإلكترونية وإعمالا بذلك صدر المرسوم 674 في 16 يونيو

---

1. عنادل عبد الحميد المطر، مرجع سابق، ص226.
2. عمرو عبد الفتاح علي يونس ، مرجع سابق، ص264.
3. رضا متولي وهدان، النظام القانوني للعقد الإلكتروني والمسؤولية على الاعتداءات الإلكترونية، دار الفكر والقانون، المنصورة، مصر،2013، ص45.
4. أسامة أبو الحسن مجاهد، خصوصية التعاقد عبر الأنترنت، مرجع سابق، ص71.

2005، الذي سمح بإتمام بعض الشكليات التي يستلزمها القانون بالطرق الإلكترونية، وأصبح البريد الإلكتروني معترفا به من الناحية التشريعية، إذ نص المشرّع في المادة 8/1369 من القانون المدني على أن الخطابات الخاصة بإبرام العقد أو تنفيذه يمكن إرساله بالبريد الإلكتروني[1].

وينظر عادة للبريد الإلكتروني على أنه مكافئ للبريد العادي، ولذلك فإنه في مجال البريد الإلكتروني يمكن تطبيق القواعد الخاصة بالبريد العادي، لأنك عندما تضع الرسالة العادية داخل صندوق البريد تفقد السيطرة عليها ولا تستطيع استردادها، فكذلك الحال فيما يتعلق بالبريد الإلكتروني، حيث تفقد السيطرة عليها ولا تستطيع استردادها، فكذلك الحال فيما يتعلق بالبريد الإلكتروني، ثم إن طريقة التعبير عن الارادة عبر البريد الإلكتروني هي الكتابة ولا تختلف الكتابة في جوهرها عن الكتابة العادية المستخدمة في البريد العادي[2].

في هذه الحالة يكون الإيجاب موجها غالبا من طرف شخص إلى شخص آخر تحديدا، فتكون أمام حالة شبيهة بالإيجاب الصادر عبر الفاكس أو البريد العادي، فيكون الموجب بحاجة إلى فترة زمنية فاصلة لاستلام الإجابة[3].

وبالتالي يكون الإيجاب قائما غير ملزم، إلا في حالة إذا تضمن إلتزاما من طرف الموجب بالبقاء على إيجابه لفترة محددة، ويمكن معرفة هذه المادة من طبيعة الإيجاب والعرف، وهو ما نصت عليه المادة 63 من القانون المدني الجزائري، فإذا كان إيجابا غير ملزم تم به العقد متى كان باتا وجازما وكلاما محددا، كما يمكن أن يسقط في حالة رفضه عن طريق البريد الإلكتروني أو عند التعديل فيه، أو تكراره، أو انقضاء المدة في حالة كان ملزما، كما يستطيع الرجوع عن الإيجاب عبر نفس الوسيلة، أو عن طريق وسيلة أخرى كالهاتف مثلا[4].

---

[1]. أيسر صبرى ابراهيم، مرجع سابق، ص75.

[2]. أحمد شهاب أزغيب، مرجع سابق، ص301.

[3]. بادي عبد الحميد، الايجاب والقبول في العقد الالكتروني، مرجع سابق، ص15.

[4]. عقوني محمد، الايجاب والقبول في العقد الالكتروني، مجلة البحوث والدراسات القانونية، جامعة المسيلة الجزائر، ع7، 2017، ص96.

2 ـ في حالة الإتصال بالكتابة مباشرة:

وتقترب هذه الصورة من الإيجاب عبر التلكس الذي يوفر الاتصال المباشر في إيجابه وقبوله، وهنا يكون أقرب إلى مجلس العقد، ولا تخرج عن القاعدة الواردة في المادة 64 من القانون المدني الجزائري، ويكون للموجب العدول عن إيجابه في هذه الحالة بأي فعل أو قول الذي يدل على الرفض، كما يكون للقابل رفض هذا الايجاب، ويحدث هذا في حالة انتقال هذا الأخير إلى موقع آخر غير موقع الموجب، فيكون بذلك قد عبر عن رفضه واعتراضه على التعاقد[1].

ثالثا: الإيجاب عبر المحادثة الإلكترونية.

يستطيع مستخدمي الأنترنت، ومن خلال برنامج المحادثة IRC[2]، التحدث مع شخص آخر في وقت واحد عن طريق الكتابة أو من خلال إرسال صور فيديو للتعبير عن الحركة، شريطة أن يكون الطرفان متصلين بأحد أجهزة خدمة IRC حيث يقوم هذا البرنامج بتقسيم الصفحة الرئيسية إلى قسمين، فيقوم أحد الطرفين بكتابة أفكاره على شاشة جهازه الشخصي في الجزء الأول ويرى ما يكتبه الطرف الآخر إليه في الجزء الثاني وفي ذات اللحظة، حيث يتم تبادل الأفكار بين الطرفين لحظيا، وتستخدم هذه الوسيلة في عقد المؤتمرات بين عدة أشخاص في دول مختلفة في ذات الوقت[3].

فالإيجاب في هذه الصورة إذا كان واضحا في عبارته وجازما ومحددا للعناصر الأساسية في التعاقد، عد ايجابا حقيقيا وليس دعوة إلى التعاقد، فالموجب والقابل في حوار حقيقي كالحوار والمجلس الذي يحدث في التعاقدات التقليدية بين الحاضرين من حيث الزمان ويوجه أحدهما كلامه إلى الآخر ويرد عليه الطرف الآخر[4].

فنكون في هذه الحالة أمام حضور إفتراضي لطرفي العقد في مجلس عقد واحد، وينطبق على هذا النوع من الإيجاب القواعد العامة في التعاقد بين حاضرين الذي يجمعهما الزمان ويفرقهما المكان،

---

[1]. بوطالبي زينب، مرجع سابق، ص36.

[2]-Internet relay chat

[3]. ابراهيم عبيد علي آل علي، مرجع سابق، ص135.

[4]. أيسر صبري إبراهيم، مرجع سابق، ص77.

والمنصوص عليه في المادة 64 من القانون المدني الجزائري، فالإيجاب وفقا لأحكام هذه المادة يكون غير ملزم مالم يحصل القبول فورا، وللموجب حينئذ الحق في الرجوع عن إيجابه ويترتب على ذلك سقوط الإيجاب ولا يتم العقد إطلاقا، وإذا ما صدر قبول بعد ذلك فلا يعتد به وإنما يعتبر إيجابا جديدا[1].

غير أنه في حاله عدم عدول الموجب عن إيجابه يظل الإيجاب قائما ولا يسقط، فالإيجاب يظل قائما، لكن يشترط صدور قبول قبل انقضاض مجال العقد[2].

ولكن ماذا يحدث لو انقطع الإتصال لسبب من الأسباب الفنية، فهل يؤثر ذلك على الإيجاب الصادر؟.

إذا انقطع الإتصال لسبب من الأسباب الفنية، كالتوقف عن متابعة تحميل الأنترنت لخلل أو انقطاع الكهرباء أو الإصابة بفيروس، فيجب عند إعادة الإتصال أن يعيد الموجب إيجابه مرة أخرى، لأن ما حدث يعد تفرقا مكانيا و زمانيا عن مجلس العقد، ويجب أن يتبع ذلك قبول من القابل[3].

وفي كل الأحوال يلزم أن يتوافر الإيجاب المطروح عبر منتديات المجادلة أن يستكمل كافة الشروط اللازمة لصحة الإيجاب وإلا فقد صفته وهبط إلى مستوى الدعوة إلى التعاقد أو حتى مجرد أعمال العرض والدعاية[4].

وفي الأخير نلاحظ إختلاف صور الإيجاب الإلكتروني، غير أن القاسم المشترك بينها هو احتواءه على جميع العناصر الجوهرية للعقد المراد إبرامه، حتى يكون إيجابا حقيقيا منتجا لآثاره القانونية[5].

---

1. حميدي محمد أنيس، مرجع سابق، ص18.
2. المادة 64 من القانون المدني الجزائري.
3. مصطفى أحمد إبراهيم نصر، مرجع سابق، ص131.
4. عنادل عبد الحميد المطر، مرجع سابق، ص228.
5. العيشى عبد الرحمان، مرجع سابق، ص149.

المطلب الثاني: القبول عبر الأنترنت.

لا يكفي لإبرام العقود بوجه عام، وجود الايجاب وحده، بل لابد أن تقابله إرادة عقدية أخرى تتضمن قبولا لهذا الايجاب، فالعقود الالكترونية شأنها شأن العقود التقليدية تتطلب بدورها صدور قبول إلكتروني مطابق للإيجاب الإلكتروني حتى تنعقد وتترتب آثارها، إلا أن وجه الخصوصية فيها يمكن في الوسيلة المستعملة للتعاقد والتي أضفت بعض الخصوصية على هذا القبول شأنه في ذلك شأن الإيجاب[1].

ولبيان خصوصية القبول عبر الأنترنت، نرى تقسيم هذا المطلب إلى الحديث عن تعريف القبول وشروطه في الفرع الأول، ونتناول طرق القبول عبر الأنترنت في الفرع الثاني، ثم سنتعرض لمدى صلاحية السكوت للتعبير عن القبول عبر الأنترنت في الفرع الثالث

الفرع الأول: تعريف القبول عبر الأنترنت وشروطه.

نتناول في هذا الفرع تعريف القبول الإلكتروني أولا، ثم تحديد شروطه القانونية ثانيا.

أولا: تعريف القبول عبر الأنترنت.

القبول هو التصرف الذي بمقتضاه يعلن الموجب له إرادته بالموافقة على التعاقد، أي أن من وجه إليه الإيجاب يعلن صراحة أو ضمنا عن موافقته على ماتم توجيهه إليه، ويجب أن يصدر القبول والإيجاب قائما، فالعقد لا ينعقد إلا بتلاقي الإرادتان والتوافق والتطابق بينهما[2].

كما يعرف بأنه التعبير الذي يصدر من المخاطب بالإيجاب معبرا عن إرادته بقبول الإيجاب وبالتالي انعقاد العقد[3].

---

1. عتيق حنان، مرجع سابق، ص55.
2. شحاتة غريب شلقامي، مرجع سابق، ص94.
3. ثروت فتحي اسماعيل، مرجع سابق، ص80.

وتقليديا هو الإرادة الثانية في العقد بصرف النظر عن الذي صدرت منه، فقد تصدر من البائع كموافقة للإيجاب الذي صدر من المشتري[1].

ولم يتضمن القانون المدني الجزائري نصا يعرف القبول غير أن القانون المدني الأردني عرف القبول في المادة 1/91 منه بأنه:" الايجاب والقبول: كل لفظين مستعملين عرفا للإنشاء العقد وأي لفظ صدر أولا وهو الإيجاب والثاني قبول"[2].

وعرفه المشرّع العراقي في المادة 1/77 من القانون المدني بأنه:" اللفظ الثاني الذي يستعمل عرفا لإنشاء العقد، في حين لم يتضمن القانون المدني المصري نصا يعرف فيه القبول[3].

كما أهتمت الإتفاقيات الدولية بإرادة القابل حيث نصت المادة 18 من إتفاقية فينا لسنة 1980 بشأن البيع الدولي للبضائع على أنه:" يعد قبولا أي بيان أو أي تصرف اخر صادر عن المخاطب يفيد الموافقة"[4].

أما مجلة الأحكام العدلية فقد عرفت القبول في المادة 102 بأنه: ثاني كلام يصدر من أحد العاقدين لأجل إنشاء التصرف وبه يتم العقد"[5].

والواقع أن القبول في التعاقد الإلكتروني، لا يختلف عن القبول في العقد التقليدي سوى أنه يتم عن طريق وسائل الإتصال الإلكتروني، ولذلك فهو يخضع بحسب الأصل للقواعد التي تنظم القبول في نظرية العقد، غير أنه يتصف بشيء من الخصوصية تجعله جديرا بالبحث والتنظيم، فمن حيث المبدأ لا يخضع القبول باعتباره تعبيرا عن الإرادة، لشكل معين فلكل متعاقد أن يفصح عن إرادته بالوسيلة التي يختارها ، ولا يهم نوع هذه الوسيلة طالما أنها تعبر عن الإرادة[6].

---

1. أسامة أحمد بدر، مرجع سابق، ص204.
2. خالد صبري الجنائي، مرجع سابق، ص70.
3. أيسرى صبري ابراهيم، مرجع سابق، ص78.
4. حوحو يمينة، مرجع سابق، ص87.
5. علاء محمد الفواعير، مرجع سابق، ص136.
6. عجالي خالد، مرجع سابق، ص180.

وعلى الرغم من تأكيد التشريعات المنظمة للتجارة الإلكترونية على جواز التعبير عن القبول من خلال رسالة البيانات، إلا أنه لم يحط بتعريف في القانون النموذجي الصادر عن الأونيسترال المتعلق بالتجارة الإلكترونية[1]، غير أنه تعرض لمفهومه في العقد النموذجي للمعاملات الإلكترونية في نص المادة 3 الفقرة 02 منه والتي نصت على أنه:" تعتبر المعاملة الإلكترونية قد انعقدت بإرسال الرسالة قبولا لإيجاب تم قبوله حسب ما هو محدد في البند(2 ـ 3 ـ 4)"[2].

أما بالنسبة للقوانين المقارنة، نجد قانون المبادلات الإلكتروني التونسي يعرف القبول في عقد التجارة الإلكترونية في الفصل الأول والثاني منه بأنه التعبير عن الإرادة إزاء الموجب الذي وجه للقابل تعبيرا معينا عن إرادته قصد إحداث أثر قانوني معين بحيث ينشأ القبول إذا قبل من وجه إليه هذا التعبير[3].

كما نص قانون إمارة دبي للمعاملات والتجارة الإلكترونية في الفقرة الأولى من المادة السادسة منه على أنه:" ليس في هذا القانون ما يتطلب شخص أن يستخدم أو يقبل معلومات بشكل إلكتروني، إلا أنه يجوز استنتاج موافقة الشخص من سلوكه الإيجابي"، يستفاد من هذه الفقرة إمكانية التعبير عن القبول الإلكتروني صراحة أو ضمنيا وذلك من خلال إستنتاجه من أي سلوك إيجابي يقوم المتعاقد بأدائه ويفيد ذلك[4].

أما التشريع البحريني الخاص بالمعاملات الإلكترونية رقم 28/ 2002، نصت المادة 10 منه على أنه:" في سياق إبرام العقود يجوز التعبير كليا أو جزئيا، عن الإيجاب والقبول وكافة الأمور

---

1. عبد الحق ماني، التنظيم القانوني لقيام التراضي في العقود الإلكترونية على ضوء مشروع القانون المتعلق بالتجارة الإلكترونية، مجلة العلوم القانونية والسياسية، جامعة الوادي، الجزائر، المجلد التاسع، ع الثاني، جوان 2018، ص144.
2. الياس ناصيف، مرجع سابق، ص96.
3. عقوني محمد، مرجع سابق، ص101.
4. بسمان نواف الراشدي، مرجع سابق، ص164.

المتعلقة بإبرام العقد والعمل بموجبه في ذلك أي تعديل أو عدول أو إبطال للإيجاب أو القبول، عن طريق السجلات الإلكترونية مالم يتفق الطرفان على غير ذلك[1].

وبالنسبة لقانون المعاملات الإلكترونية الأردني لسنة 2001، فقد نصت المادة 13 منه على رسالة المعلومات تعتبر وسيلة من وسائل التعبير عن الإرادة لإبداء الإيجاب أو القبول بقصد إبرام العقد، وبالتالي فإن القبول وفقا للتشريع الأردني يمكن أن يتم عبر شبكات الأنترنت من خلال رسالة المعلومات، وهذه الأخيرة عبارة عن المعلومات التي يتم إنشاؤها أو إرسالها أو تسلمها أو تخزينها بوسائل إلكترونية أو بوسائل مشابهة بما في ذلك تبادل البيانات الإلكترونية أو البريد الإلكتروني[2].

ثانيا: شروط القبول عبر الأنترنت.

حتى يكون القبول الإلكتروني منتجا لأثره في إبرام العقد الإلكتروني يجب أن يتوافر على جملة من الشروط، وذلك بأن يصدر والإيجاب لا يزال قائما، وأن يكون باتا وجازما وأن يكون مطابقا للإيجاب إضافة إلى وجوب أن يكون صريحا وواضحا[3]، وبيان ذلك فيما يلي:

1 ـ أن يصدر القبول و الإيجاب لازال قائما.

لكي يتحقق التطابق الكامل بين الإيجاب، لابد أن يكون صدور هذا القبول في الوقت الذي يكون فيه الإيجاب مازال قائما، فإذا تم القبول بعد زوال الإيجاب بسقوطه، أو انتهاء المدة الملزمة، أو بعدول الموجب عنه، لا يتم العقد وذلك لعدم وجود إرتباط أو توافق كامل بين الإيجاب والقبول[4].

---

[1]. روابحي امينة، التحكيم الإلكتروني في تسوية منازعات التجارة الإلكترونية، رسالة لنيل شهادة الماجيستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مستغانم، الجزائر،2017/2016، ص34.

[2]. شحاتة غريب شلقامي، مرجع سابق، ص95،96.

[3]. لزعر وسيلة، القبول في التعاقد الإلكتروني، مجلة العلوم القانونية والاجتماعية، جامعة زيان عاشور الجلفة، الجزائر، ع، التاسع، 2016، ص374.

[4]. أيسر صبري ابراهيم، مرجع سابق، ص81، يحي يوسف فلاح حسن، مرجع سابق، ص54.

ويمكن إستخلاص هذا الشرط من نص المادة 96 من القانون المدني الأردني[1]، التي تطلبت أن يتم قبول الإيجاب في مجلس العقد، أي أثناء تواجد كلا المتعاقدين في مجلس واحد حقيقة أو حكما، وقبل أن يرجع الموجب عن إيجابه أو برفضه الموجب له[2].

ولذلك إذا جاء القبول بعد سقوط الإيجاب، فإنه يكون قبولا متأخرا، لا يؤدي إلى انعقاد العقد، وإن كان يمكن اعتباره إيجابا يستلزم قبولا من الطرف الآخر (الموجب الأصلي) حتى ينعقد العقد، وإن كان الموجب الأصلي لا يلتزم بقبول ذلك الإيجاب (القبول المتأخر)، فله حرية قبوله أو رفضه[3].

ويبقى الإيجاب قائما في شبكة الأنترنت في عدة حالات منها إذا حدد موعد لقبول الإيجاب فيجب أن يرتبط القبول بالإيجاب في هذا الموعد فإذا ما تأخر القبول عن هذا الموعد فلن يعتد به وهذا ما أكده مشروع العقد النموذجي بشأن المعاملات الإلكترونية والذي أعدته لجنة الأونيسترال حيث جاء في البند (2 ـ 3 ـ 4) منه:" يعتبر القبول مقبولا إذا تسلم مرسل هذا الايجاب قبولا غير مشروط للإيجاب، خلال التوقيت المحدد"[4].

أما في حالة عرض الموجب إيجابه عبر خدمات الإتصال المباشر عبر الأنترنت كغرف المحادثة وهاتف الأنترنت، فإن القبول يجب أن يصدر مباشرة أو أثناء المحادثة وقبل اتمامها، فإذا ما انتهت المحادثة دون قبول الإيجاب، ينقضي الإيجاب ولا عبرة بالقبول الذي يصدر بعده[5]، وهذا ما أكدته إتفاقية فينا للبيع الدولي للبضائع على وجوب قبول الإيجاب الشفوي مباشرة إلا إذا تبين من الظروف خلاف ذلك[6].

---

1. تقابلها المادة 63 و64 من القانون المدني الجزائري، وكذا المادة 94 من القانون المدني المصري.
2. محمود عبد الرحيم الشريفات، مرجع سابق، ص149.
3. ثروت فتحي اسماعيل، مرجع سابق، ص82.
4. محمود عبد الرحيم الشريفات، مرجع سابق، ص149.
5. رامي علوان، التعبير عن الارادة عن طريق الأنترنت وإثبات التعاقد الإلكتروني، مجلة الحقوق ،ع الرابع، ديسمبر 2002، ص251، مشار له لدى عتيق حنان، مرجع سابق، ص62.
6. جاء في نص المادة (2/18) من اتفاقية فينا للبيع الدولي للبضائع لعام 1980:" ويلزم قبول الإيجاب الشفوي في الحال مالم يتبين من الظروف خلاف ذلك.

ولكن ما هو القول إذا صدر إيجاب من الموجب عبر غرف المحادثة صوتا فقط أو صوتا وكتابة، ثم بعد صدوره وأثناء قيام القابل بالرد أو قبله مباشرة إنقطع خط الإتصال بين الطرفين لسبب تقني أو فني؟

في هذه الحالة فإن الإيجاب يسقط لعدم اتحاد مجلس العقد هنا وعلى الموجب إذا عاود الإتصال بالقابل أن يعيد عليه إيجابه مرة أخرى ، وينتظر الرد من القابل.

وهناك حالة أخرى، إذا كان الموجب قد حدد مدة لإيجابه، يكون ملزما بالبقاء على إيجابه طول هذه المدة، أما إذا لم يحدد مدة معينة يبقى الموجب على إيجابه الفترة المعقولة، أو حتى يقوم بسحب إيجابه، وتحدث هذه الحالة عادة إذا تم الإيجاب عبر البريد الإلكتروني أو عبر صفحات الويب[1].

2 ـ أن يكون القبول باتا وجازما.

يجب أن تتجه إرادة القابل إلى الالتزام بالعقد، فالقبول هو التعبير عن الإرادة تماما كالإيجاب وعليه يجب أن تكون هذه الإرادة جازمة متجهة إلى تكوين العقد والإلتزام به[2].

بمعنى أنها إرادة نهائية وواضحة الدلالة على قبول التعاقد، دون تسويق أو تأجيل، كأن يذكر المتعاقد بأنه قد قبل النظر في الأمر وعلى المتعاقد معه إنتظار الرد ـ فهو ليس بقبول ينعقد به العقد، أو أن يدعي المتعاقد بأنه يقبل العرض حين يبدي رغبته قريبا أو حين ميسرة[3] ـ وذلك دون أن يتضمن أي تحفظ، أو أن يكون معلقا على شرط أو مضافا إلى أجل وإلا اعتبر إيجابا جديد يحتاج إلى قبول[4].

---

1. مصطفى أحمد ابراهيم نصر، مرجع سابق، ص186.
2. خالد صبري الجنائي، مرجع سابق، ص81.
3. أحمد عبد التواب محمد بهجت، مرجع سابق، ص158.
4. المادة 66 من القانون المدني الجزائري.

3 ـ أن يكون القبول صريحا وواضحا.

يجب ان يكون القبول واضح الدلالة على مراد العاقدين، فتكون الألفاظ المستعملة في كل عقد تدل لغة أو عرفا على نوع العقد المقصود للعاقدين، لأن الإرادة الباطنة خفية، ولأن العقود يختلف بعضها عن بعض في موضعها وأحكامها[1].

وهذا الموضوع ضروري، سواء تم القبول عن طريق عرف المحادثة chat، أو بالكتابة عن طريق إرسال القبول كتابة عبر البريد الإلكتروني أو غير ذلك من الوسائل، وليس ضروريا أن يتم القبول بلغة معينة، بل يصح التعاقد وفقا للقواعد العامة وعملا بأحكام المادة 60 من القانون المدني الجزائري، بأية لغة طالما أن المتعاقد الآخر يعرفها ويفهمها.

ولا يختلف هذا الشرط لكون القبول تم بوسائل إلكترونية عبر رسالة بيانات نقلت عن طريق تبادل البيانات إلكترونيا من خلال نظام معلومات عبر شبكة الأنترنت بين المنشيء والمرسل إليه[2].

4 ـ أن يطابق القبول الإيجاب

ويقصد بذلك أن يكون القبول موافقا للإيجاب، بأن يرد على كل ما أوجبه الموجب وبما أوجبه، أي على كل محل العقد، ومقدار العوض في عقود المعاوضات سواء كانت الموافقة حقيقية أو ضمنية[3].

من هنا يظهر أن قيام العقد يتطلب المطابقة التامة بين الإيجاب والقبول[4]، وهذا الحكم جاء بنص المادة 59 من القانون المدني الجزائري بقولها:" يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتين دون الاغلال بالنصوص القانونية"، وهو ما أقره المشرع المصري في المادة 89 من القانون المدني المصري.

---

1. سعد بن حامد بن صالح المطرفي، دلالات الإيجاب والقبول في البيوع بين الإسلام والقانون الدولي، ذو الحجة 1429، ص40، متاح على الموقع الإلكتروني،:www.almatrfi.com/ar/books
2. مصطفى أحمد ابراهيم نصر، مرجع سابق، ص185.
3. سعد بن حامد بن صالح المطرفي، مرجع سابق، ص40.
4. لما عبد الله صادق سلهب، مرجع سابق، ص98.

ولا يقصد بالمطابقة اي المطابقة التامة في الصيغ والألفاظ بل المطابقة بالموضوع من خلال صدور القبول بالموافقة على جميع البنود التي وضعها الإيجاب بدون زيادة أو نقصان[1]، أو تعديل وإلا فإنه يعتبر إيجابا جديدا[2].

وهذا ما أكدته المادة 66 من القانون المدني الجزائري بقولهما:" لا يعتبر القبول الذي يغير الإيجاب إلا إيجابا جديدا"[3].

ولا يشترط كي يتطابق القبول والإيجاب الإتفاق على المسائل الجوهرية، والتفصيلية معا، بل يشترط الإفاق على المسائل الجوهرية فقط، ويمكن إرجاء النظر في المسائل التفصيلية التي تختلف باختلاف اتفاق الطرفين، اما إذا لم تكن بهذا القدر من الأهمية، فإن العقد ينعقد ويتولى القاضي أمر الفصل فيها[4].

لكن إذا جعل المتعاقدان الإتفاق على هذه المسائل التفصيلية شرطا لإتمام العقد، فإن العقد لا ينعقد إلا إذا تم الاتفاق على هذه المسائل[5]، ولقد واجهت المادة 65 من القانون المدني الجزائري هذه الفرض بقولها:" إذا اتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية في العقد واحتفظا بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد ولم يشترطا أن لا أثر للعقد عند عدم الإتفاق عليها اعتبر العقد منبر ما وإذا قام خلاف على المسائل التي لم يتفق عليها، فإن المحكمة تقضي فيها طبقا لطبيعة المعاملة ولأحكام القانون والعرف والعدالة"[6].

وبتطبيق ذلك على الأنترنت يمكن تناول الزيادة أو النقصان او تعديل الإيجاب المعروض عبر الشبكة في حالتين من حالات التعاقد عبر الأنترنت وهما التعاقد عبر البريد الإلكتروني والتعاقد عن

---

1. أيسرى صبري ابراهيم، مرجع سابق، ص80.
2. عجالي بخالد، مرجع سابق، ص184.
3. يقابل هذا النص المادة 96 من القانون المدني المصري، والمادة 2/99 من القانون المدني الأردني، والمادة 1/19 من اتفاقية فينا للبيوع الدولية للبضائع لعام 1980.
4. علاء محمد الفواعير، مرجع سابق، ص137.
5. ثروت فتحي اسماعيل، مرجع سابق، ص82.
6. يقابل المادة هذا النص المادة 95 من القانون المدني المصري، والمادة 100 من القانون المدني الأردني.

طريق المحادثة المباشرة والمشاهدة المرئية، فبالتعاقد عبر البريد الإلكتروني يوجه الموجب له للموجب رسالة تتضمن إنقاص ثمن البضاعة وبالتالي لا تتحقق المطابقة وتكون أمام رفض يتطلب إيجابا جديدا، مما يدل على تصور تعديل الإيجاب زيادة أو نقصانا[1].

إلا أن أغلب العقود التي تبرم عبر شبكة الأنترنت لا تتم عبر تبادل رسائل البريد الإلكتروني أو المحادثات، بل يتم إبرامها بين مواقع الويب الإلكترونية، وبين جمهور مستخدمي الشبكة عبر نماذج العقود التي تطرحها هذه المواقع، حيث تتضمن بنودها كافة المسائل الجوهرية والتفصيلية التي يراها صاحب موقع الويب مناسبة له، وليس أمام المتعاقد إذا ما رغب في التعاقد إلا الضغط على خانة القبول في هذا العقد النموذجي معبرا على قبوله بالتعاقد، وبالتالي سيكون قبوله في هذه الحالة مطابقا للإيجاب مطابقة تامة وفي كافة المسائل الجوهرية والتفصيلية[2].

الفرع الثاني: طرق التعبير عن القبول عبر الأنترنت.

يتم التعبير عن القبول صراحة أو ضمنا، سواء بالكتابة أو باللفظ، أو بالإشارة التي لا تدع شكا في دلالتها على القبول، وفي ذلك لا تشترط القواعد العامة شكلا معينا للتعبير عن القبول[3].

إلا أن طبيعة التعامل الإلكتروني فرضت إستخدام أساليب ـ حديثة ـ للتعبير عن القبول فيها من هذه الأساليب على سبيل المثال، إرسال كلمة مرور إلى التاجر أو ما يثبت هوية المتعاقد، أو تثبيت الطلبية بالبريد الإلكتروني، مباشرة الخطوات اللازمة لإتمام الدفع عن بعد، أو إرسال رقم بطاقة الإئتمان أو التأشير بواسطة (الفارة) على شاشة الحاسوب أو الضغط أو ملامسة مفاتيح لوحة الحاسوب أو ملامسة أيقونة القبول....إلخ،[4]والتي نوجزها في الآتي:

---

[1]. بشار طلال المومني، مرجع سابق، ص67.

[2]. محمود عبد الرحيم شريفات، مرجع سابق، ص155.

[3]. لزعر وسيلة، القبول في التعاقد الإلكتروني، مرجع سابق، ص375.

[4]. هبة ثامر محمود عبد الله، عقود التجارة الالكترونية (دراسة مقارنة)، منشورات زين الحقوقية، 2011، ص178.

أولا: القبول عن طريق البريد الإلكتروني.

يعد البريد الإلكتروني الأكثر شيوعا، واستخداما من طرف المنتجين وزبائنهم، ويقترب لأن يكون بريدا عاديا، غير أن البريد الإلكتروني يوفر سرعة عالية وكفاية أكبر ودقة متناهية في التواصل عبر الأنترنت، كما أن البريد الإلكتروني يشبه البريد العادي في أن كليهما يتضمن عنوانا محدد، وأن كليهما يمكن أن يضيع قبل أن يصل إلى العنوان المطلوب وكليهما يستعين بطرف ثالث يكون وسيطا لإيصال الرسالة، ففي الرسالة التقليدية يعهد ذلك إلى هيئة البريد، أما في البريد الإلكتروني فيعهد ذلك لمقدم الخدمة أو صاحب الخدمة الوسيطية، وتظهر أهم نقطة اختلاف بينهما هي الخصوصية التي يتميز بها البريد الإلكتروني، كونه يستغرق دقائق معدودة إن لم نقل ثوان فقط[1].

وفي هذه الصورة يتم فيها القبول بقيام المرسل إليه (القابل) الذي وجه إلى بريد خطاباته الإلكتروني ايجابا من قبل المنشئ بإرسال قبوله على شكل رسالة إلكترونية تتضمن كافة العناصر اللازمة لإتمام التعاقد والتي تجعلها في توافق تام مع إيجاب المنشئ، وبتعبير آخر هذه الصورة تكتمل بتوافر رسالتين إلكترونيتين، رسالة إلكترونية تتضمن الايجاب، وبعد ذلك رسالة إلكترونية ثانية تتضمن الرد بالقبول على الرسالة الأولى، بحيث تكون النتيجة الحتمية المترتبة بوجود هاتين الرسالتين انعقاد العقد[2].

ويخضع صدور القبول عبر الوسائل الإلكترونية في تنظيمه للقواعد المنظمة للقبول بواسطة الكتابة، فقد أقرت المادة 60 من القانون المدني الجزائري بحرية التعبير عن الإرادة وصدورها من خلال الكتابة مهما كان نوعها سواء كانت تقليدية أو إلكترونية خصوصا وأن المشرّع الجزائري قد أعتمد الكتابة الإلكترونية ومنح لها الحجية في الإثبات[3]، وهو ما يمكن استنتاجه أيضا من القانون الفرنسي في مادة الجديدة 1/1316 المضافة بالقانون رقم 2000/230 والصادر في 13 مارس 2000 المتعلقة بتطوير قانون الإثبات لتكنولوجيا المعلومات والتوقيع الإلكتروني، والذي اعترف بقبول

1. مناني فراح، مرجع سابق، ص93.
2. بشار محمد دودين، مرجع سابق، ص138.
3. حوحو يمينة، مرجع سابق، ص101.

الكتابة الإلكترونية وحجيتها كوسيلة للإثبات كالكتابة على دعامة ورقية شرطية أن يكون في الإمكان تعيين الشخص الذي صدرت عنه، وأن تعد وتحفظ في ظروف تضمن سلامتها[1].

وقد سمحت المادة 12 من قانون الأونيسترال النموذجي لعام 1996 والمادة 13 من قانون المعاملات الإلكترونية الأردني رقم 85 لسنة 2001 بالتعبير عن الارادة (الايجاب والقبول) من خلال رسائل البريد الإلكتروني[2]، كما أن القبول على حسب رأي البعض وسيلة مكتوبة عبر تقنيات الإتصال السريعة يضفي على العقد نوعا من الثقة والطمأنينة للمتعاقدين، حيث يمكن إثبات هذا القبول بورقة مكتوبة[3].

ثانيا: القبول عن طريق غرف المحادثة والمشاهدة.

يقصد بها التحدث مع شخص آخر في وقت واحد عن طريق الكتابة أو عن طريق الوسائل المسموعة المرئية، وهو يمثل التعاصر الزمني لتبادل الأفكار بين الطرفين، كما تعتبر وسيلة فعالة لعقد المؤتمرات بين عدة أشخاص في نفس الوقت، ويمكن إضافة كاميرا بطريقة تسمح لكل طرف مشاهدة الطرف الأخير، فيصبح التعاقد عن طريق المشاهدة والمحادثة صوت وصورة في وقت واحد مثل(skype)[4].

وإذا كان المستهلك[5]، يريد خصوصية ما فيكون ذلك من طريقين: الأول باستخدام الرسائل الخاصة عن طريق أوامر Irc /quevyأو Ircmsg،والثاني باستخدام بروتوكول الحوار المباشر باسم :(Dcc)[6].

---

1. نوزت جمعة حسن الهسنياني، مرجع سابق، ص117.
2. بلقاسم حامدي، مرجع سابق، ص84.
3. إلياس ناصيف، مرجع سابق، ص104.
4. نوزت جمعة حسن الهسنياتي، مرجع سابق، ص117،118.
5. أسامة أحمد بدر، مرجع سابق، ص206.
6. direct client _ to _ client

ثالثا: القبول عن طريق التحميل المباشر للبرامج محل التعاقد.

هناك صورة أخرى للتعبير عن القبول في بيئة التجارة الإلكترونية وعقودها وهي عملية التحميل عن بعد (Down load) وتعني نقل أحد البرامج أو هذه المعلومات دون حاجة إستعمال الوسيلة العادية لوضع البرنامج على جهاز الكومبيوتر عن طريق القرص المرن أو أسطوانة الليزر، ومن الواضح أن هذه الصورة تمثل الصورة المثلى لإبرام العقد (عقد بيع البرنامج أو المعلومات) وتنفيذه على الخط أو على الشبكة ذاتها دون اللجوء للعالم الحقيقي خارج الشبكة[1].

وتتضح المسألة أكثر بالمثال العملي الخاص بشركة oracle التي تمنح على موقعها على الشبكة فرصة للتجربة المجانية لأحد برامج الكومبيوتر وذلك لمدة تسعين يوما مع تنبيه مستعمل الأنترنت أن هذه التجربة تخضع لشروط الترخيص التي لا تظهر للعميل إلا بعد تحميل هذا البرنامج والتي تتضمن شرطا ينص على أن تحميل البرنامج يعد قبولا للشروط التالية[2].

وهذا النوع من التقنية يثير سؤالين على قدر من الأهمية وهما:[3] ما مدى اعتبار مجرد تحميل أو نسخ البرنامج محل التعاقد قبولا للعقد؟.

للإجابة عن ذلك، نقول أنه لا يعد مجرد النسخ قبولا للعقد، ولا ينعقد العقد إلا بالضغط على أيقونة القبول، لأن ذلك يؤكد إطلاع المستهلك على البرنامج، أو شروط العقد ثم يقرر القبول في ضوء مايراه محققا لمصلحته.

أما السؤال الثاني فيتعلق بمدى إلتزام المستهلك بالشروط التي لم يكن على علم بها وقت التعاقد؟

---

1. هبة ثامر محمود عبد الله، مرجع سابق، ص183.
2. أسامة أبو الحسن مجاهد، خصوصية التعاقد عبر الأنترنت، مرجع سابق، ص87.
3. نوزت جمعة حسن الهسنياني، مرجع سابق، ص118.

فالأمر هنا يتوقف على طبيعة الشروط التي لم يكن المستهلك على علم بها وقت التعاقد، فإذا كانت جوهرية فإن العقد لا ينعقد بدون الاتفاق عليها، أما إذا كانت الشروط ثانوية فإن العقد ينعقد، ويلزم المستهلك بها إذا كانت من مقتضيات العقد أو جرى العرف والعادة على ذلك.

رابعا: القبول عن طريق الضغط على الإيقونة أو النقر على الفأرة.

أدى التطور الهائل في عمليات البرمجة إلى وضع أيقونات تعبر عن مضمون معين، فبدلا من أن يقوم الشخص بكتابة بعض العبارات التي من خلالها يعبر عن معنى معين، قام مصممو البرامج بتخزين عبارات مستخدم باستمرار للقيام ببعض المهام واستبدلوها برموز بمجرد الضغط على رمز من هذه الرموز يعطي نفس الأمر الذي تشير إليه العبارات المخزنة فيه، فمثلا في برنامج الويندوز بدلا من إعطاء أمر بفتح سلة المهملات يتم الضغط مباشرة على رمز سلة المهملات دون كتابة هذا الأمر، وبمجرد الضغط على هذا الرمز يتعرف البرنامج على هذا الأمر ويقوم بفتح سلة المهملات[1].

إلا أن هذه التقنية انتقلت لتطبيق في مجال ابرام العقود عبر الأنترنت من خلال برامج المتاجر الإفتراضية فبدلا من قيام الشخص بالتعبير عن إرادته في قبول التعاقد من خلال كتابة العبارات الدالة على القبول قام مصممو برامج المتاجر الإفتراضية بوضع كلمات تعبر عن الموافقة في ابرام العقد[2]، واستبدلوها بأيقونة معينة بمجرد الضغط عليها يقوم البرنامج بتحويلها إلى لغة مفهومة ـ عبارات تدل على الموافقة في التعاقد ـ ويوصلها إلى الطرف الآخر[3].لقد شكل التعبير عن القبول عبر الأنترنت بالنقر أو اللمسة الواحدة لزر القبول نقطة قانونية في موضع للجدل والنقاش، إذا أثار هذا الأسلوب تساؤلا يتعلق بالإثبات، أي تحقق القبول من عدمه وكيفية اثبات أن اللمسة صدرت من شخص المتعاقد نفسه أم لا؟[4].

---

[1]. مجد الدين محمد اسماعيل السوسوة، ابرام عقد البيع عبر الأنترنت،دراسة مقارنة بين القوانين الوضعية والفقه الاسلامي، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، مصر، 2010 ، ص332.

[2]. تستخدم المواقع الإلكترونية العربية عبارة "أنا موافق"،أما مواقع الويب باللغة الفرنسية تستعمل عبارات مثل عبارة d'accord j'accepte l'offre، أما مواقع الويب باللغة الإنجليزية فتستخدم عبارة lagrée و ok

[3]. مجد الدين محمد اسماعيل السوسوة ، مرجع سابق، ص332.

[4]. علاء محمد الفواعير، مرجع سابق، ص143.

من الناحية النظرية لا يجد مانع من تنفيذ القبول بمجرد الضغط على أيقونة القبول، لكن ذلك لن يكون حاسما أو قاطعا بالنظر لعدم إمكانية القطع أو الجزم بشخص من ضغط على أيقونة الموافقة عبر شبكة الأنترنت، وهذا سيؤدي إلى مشاكل معروفة، منها إمكانية الإعاء بأن الضغط على زر القبول كان على سبيل الخطأ، لا بقصد ترتيب آثار قانونية، أو أن ضغط على الزر قاصدا أمرا آخر في دهن مستعمل الشبكة غير القبول بالتعاقد[1].

إن معظم التشريعات الخاصة بالتجارة الإلكترونية لم تورد خاصا بهذه الطريقة في التعبير عن القبول، لكن نص قانون كندا الموحد للتجارة الإلكترونية (UE CA)لسنة 1999 في المادة (1/20) منه على أن اللمس أو النقر لزر أو مكان معين بشكل ملائم على شاشة الحاسوب بعد طريقة للتعبير عن القبول، هذا ما أكدته أيضا المادة (1/10) من مشروع إتفاقية الأونيسترال للتعاقد الإلكتروني بجواز التعبير عن الايجاب وعن قبول الإيجاب بما في ذلك على سبيل المثال لمس أو ضغط زر أو مكان معين على شاشة الحاسوب مالم يتفق الطرفان على خلاف ذلك[2].

وقد أثارت مسألة حجية النقر على الأيقونة المخصصة للقبول تساؤلات أمام القضاء بالولايات المتحدة الأمريكية ومدى اعتبار هذا النقر تعبير كافيا عن القبول؟.

أجاب القضاء الأمريكي باعتبار هذا الفعل بمثابة قبول، غير أنه يجب أن يكون هذا التعبير حاسما، لذلك يجب أن يتضمن العقد ما يسمى برسالة القبول النهائي، و ذلك لتجنب الوقوع في أخطاء تلقائية أو عفوية[3]، قد تصدر من اليد أثناء العمل على جهاز الكمبيوتر وقد تأتي هذه الرسالة على شكل تساؤلات مثل " هل تؤكد القبول" ويكون الجواب بـ "نعم أو لا " أو على شكل طلب بالتعبير عن القبول بإحداث نقرتين متتاليتين على الأيقونة المخصصة لذلك، بدلا من نقرة واحدة، هذا فضلا عن وجود العديد من الوسائل التي يمكن اتباعها من أجله التغلب على الشك والوصول إلى اليقين الكامل في المسألة المتعلقة بتأكيد القبول من خلال وثيقة أمر إلكتروني بالشراء على شكل رسالة إلكترونية[4]،

---

1. خالد صبري الجنائي، مرجع سابق، ص87.
2. بلقاسم حامدي، مرجع سابق، ص85.
3. مخلوفي عبد الوهاب، مرجع سابق، ص107.
4. طاهر شوقي مؤمن، عقد البيع الإلكتروني، دار النهضة العربية، مصر، 2007، ص43.

أو على شكل قائمة أو نموذج تعبئة بيانات، ويتعين على مستخدم هذا الموقع المشترى أن يحررها على الشاشة ويضغط على زر معين لإرسالها، وهو ما يؤكد سلوكه الإيجابي في هذا الشأن[1].

وتأكيدا لضرورة الضغط مرتين على الأيقونة المخصصة للقبول، أكد البعض أن مجرد الملامسة أو الضغط على أيقونة القبول لمرة واحدة، قد يكون على سبيل الخطأ، وبالتالي لا يعطي الدلالة القاطعة على توافر القبول، فيجب الضغط مرتين على الأيقونة Double clic حتى يتأكد القبول، او إدخال الرقم الخاص ببطاقة الوفاء والتوقيع الإلكتروني[2].

وقد أشار العقد النموذجي الفرنسي للتجارة الإلكترونية في البند السابع بعنوان (قبول العرض) إلى أن موافقة المشتري يجب أن تتضمن تحديد لبعض العناصر وهي الشيء أو الخدمة المتعاقد عليها والثمن وطريقة الوفاء وطريقة التسليم والطريقة التي تتم بها خدمة ما بعد البيع[3]، وذلك لضمان تطابق القبول مع الإيجاب[4].

ومن أجل تأكيد القبول فإن مجلس الدولة الفرنسي أشار إلى وضع مرحلتين: المرحلة الأولى وهي مرحلة المعلومات الواضحة دون أن تحيل رابطة النصوص الكثيرة إلى الشروط العامة للبيع، أما المرحلة الثانية وهي قبول الإيجاب قبول الثمن، وقبول الشروط الأخرى في العقد، ليتم الاعلان النهائي للرضاء المؤكد بواسطة البريد الالكتروني مع الإلتزام بحفظ الرسالة أو بواسطة نقرتين مختلفتين لتأكيد الطلب[5].

أما فيما يتعلق بمدى إمكانية التعرف على شخص القائم بعملية الضغط على الأيقونة هل هو المتعاقد ذاته أم شخص آخر، وكذا امكانية التعرف على مصداقية المتجر، هل هو فعلا متجر معترف

---

[1]. عادل علي المقدادي، ابرام العقد الإلكتروني وفقا لقانون المعاملات الإلكترونية العماني (دراسة مقارنة)، 2013، ص 214، متاح علي الموقع الإلكتروني http://platfrorm almanhal .com

[2]. شحاتة غريب شلقامي، مرجع سابق، ص102.

[3]. هبة تامر محمود عبد الله، مرجع سابق، ص180.

[4]. أسامة أبو الحسن مجاهد، خصوصية التعاقد عبر الأنترنت، مرجع سابق، ص80.

[5]- Guinhar S, Hari C et Tourdonnet R, *internet pour le droit*, éd (6), montchrestien, 1999, p209.

به يقول بعملية البيع عبر الأنترنت، أم أنه عبارة عن متجر وهمي يمارس النصب والإحتيال فقد أمكن التغلب على هذه الاشكالية من خلال إيجاد جهات توثيق محايدة تتوسط المتعاقدين[1].

في ضوء ما تقدم، فإننا نؤيد الرأي الذي يرى أنه من الضرر أن يتدخل المشرع في هذا المجال والنص صراحة على صحة التعبير عن القبول من خلال النقر أو اللمسة الواحدة، وذلك بغية توفير اليقين القانوني لدى مستخدمي هذه الطريقة للتعبير عن القبول، ويطمئن المتعاقد بأن هذه المسائل محسومة بنصوص قانونية صريحة ولا تكون خاضعة كليا للسلطة التقديرية للقاضي[2].

الفرع الثالث: مدى صلاحية السكوت للتعبير عن القبول عبر الأنترنت.

إن أساس أي تصرف قانوني هو الإرادة، فلا يمكن أن ينشأ من دونهما، ولا يمكن الإعتداد بها إلا إذا تم الإفصاح عنها، حتى تظهر إلى العالم الخارجي بانصرافها لإحداث أثر قانوني، وقد يكون التعبير عن الإرادة صريحا أو ضمنيا، بطرق تقليدية أو إلكترونية، إلا أنه قد يحدث أن تبين المتعاقد إرادته في قبول إبرام التصرف من عدمه، فيسكت بشأن ذلك مما يجعل الوصول إلى المقصود من موقفه أمرا يصعب تحديده[3]،وهو ما يطرح التساؤل حول مدى صلاحية السكوت للتعبير عن القبول خصوصا في التعاقد عبر الأنترنت؟

للإجابة عن هذا السؤال، يفترض أن الرسالة الإلكترونية والتي هي عادة وسيلة للتعبير عن إرادة الموجب قد نصت على أنه إذا لم يقم الموجب بالرد عليها خلال مدة معينة فذلك يعود قبولا[4].

---

1. مجد الدين محمد اسماعيل السوسوة، مرجع سابق، ص337.
2. بسمان نواف الراشدي، مرجع سابق، ص171.
3. لزعر وسيلة، القبول في التعاقد الالكتروني، مرجع سابق، ص377.
4. إيناس هاشم رشيد، التعبير عن الارادة في العقود الالكترونية، مجلة رسالة الحقوق، المجلد الأول، العدد الثاني، 2009، ص194.

فالأصل أن السكوت في حد ذاته مجرد من أي ظرف ملابس له، لا يصلح أن يكون تعبيرا عن الإرادة، فالإرادة عمل إيجابي والسكوت شيء سلبي، وليس إرادة ضمنية، لأن هذه الإرادة تستخلص من ظروف إيجابية تدل عليها[1].

بالرجوع إلى الفقه الاسلامي نلاحظ أن السكوت المجرد، أي الخالي عن كل قرينة تدل على الرضا أنه والعدم سواء، والسبب في ذلك يرجع إلى أن السكوت المجرد لا يعتبر إرادة ضمنية، وإنما هو موقف سلبي لا يعول عليه، فلا يمكن أن يفيد شيئا ايجابيا، فإذا أفاد شيئا فالأصل أن يفيد الرفض[2]، وهو ما أكده القانون الوضعي من خلال نص المادة 1/81 من القانون المدني العراقي بقوله:"لا ينسب للساكت قول"[3]، وفي ذات السياق نصت الفقرة الأولى من المادة 18 من اتفاقية فيينا للبيع الدولي للبضائع عام 1980 صراحة على أن السكوت أو عدم القيام بأي تصرف لا يعد أي منهما في ذاته قبولا".

واستثناء من هذه القاعدة قرر الفقه، ونص التشريع على إعتبار السكوت قبولا إذا كان سكوتا ملابسا اقترنت به ظروف دلت على القبول[4]، والأصل أن تقرير هذه الظروف الملابسة للسكوت وما تحتويه من دلالة على القبول يعتبر مسألة موضوعية تدخل في السلطة التقديرية لقاضي الموضوع، وليس لمحكمة النقض الرقابة على ذلك[5].

وفي هذا الإطار نصت المادة 68 من القانون المدني الجزائري على مايلي:" إذا كانت طبيعة المعاملة، أو العرف التجاري، أو غير ذلك من الظروف تدل على أن الموجب لم يكن ينتظر تصريحا بالقبول فإن العقد يعتبر قد تم، إذا لم يرفض الإيجاب في وقت مناسبً.

1. ماجد محمد سليمان أبا الخيل، مرجع سابق، ص52.
2. مجد الدين محمد اسماعيل السوسوة ، مرجع سابق، ص339.
3. أيسر صبري ابرهيم، مرجع سابق، ص85.
4. عجالي بخالد، مرجع سابق، ص182، إلياس بن ساسي، التعاقد الالكتروني والمسائل المتعلقة به، مجلة الباحث، العدد الثاني، جامعة ورقلة الجزائر، 2003، ص62.
5. أيسر صبري ابرهيم، مرجع سابق، ص86.

ويعتبر السكوت في الرد قبولا، إذا اتصل الإيجاب بتعامل سابق بين المتعاقدين، أو إذا كان الإيجاب لمصلحة من وجهه إليه"[1].

فمن هذه المادة يتبين أن السكوت يعتبر قبول في الحالات الآتية:

1 ـ وجود تعامل سابق بين المتعاقدين واتصال الإيجاب بهذا التعامل.

2 ـ إذا كان الإيجاب لمصلحة من وجه إليه.

3ـ إذا كانت طبيعة المعاملة أو العرف التجاري أو غير ذلك من الظروف تدل على أن الموجب لم يكن ينتظر تصريحا بالقبول.

كما أكد القضاء الفرنسي في بعض أحكامه الصادرة على ذات الإستثناء، واعتبر السكوت قبولا ـ السكوت الملابس ـ إذا اقترنت به ظروف معينة كالتعامل السابق مثلا، فقد قضت محكمة بوردو في حكم لهما بتاريخ 1867/6/3 بأنه:" إذا اعتاد عميل على أن يطلب كتابة إلى أحد التجار إرسال البضائع التي يريدها فيرسلها له دون أن يعلن قبوله من عدمه، فكلما طلب العميل بضاعة وظل التاجر ساكتا كالمعتاد فإن سكوته يعد قبولا[2].

أما فيما يتعلق بمدى صلاحية السكوت للتعبير عن القبول في العقود التجارية المبرمة عبر شبكة الأنترنت، نجد أنه على خلاف القواعد العامة لم تأت معظم التشريعات المنظمة للتجارة الالكترونية بنصوص قانونية صريحة بهذا الخصوص[3]، ونظرا لخصوصية التعاقد عبر الأنترنت،

---

[1]. يقابل هذا النص المادة 98 من القانون المدني المصري، والمادة 2/81 من القانون المدني العراقي والمادة 44 من القانون المدني الكويتي.

[2]. عادل جبري محمد حبيب، قيمة السكوت في الاعلان عن الإرادة، دار الفكر الجامعي، 2003، ص53، مشار له لدي: مصطفى أحمد إبراهيم نصر، مرجع سابق، ص231.

[3]. بسمان نواف الراشدي، مرجع سابق، ص172.

كونه يبرم عن بعد بحضور إفتراضي لا مادي، فالقبول الإلكتروني لا يمكن أن يخضع هو الآخر لهذه الإستثناءات[1]، وإزاء ذلك ظهر ثلاثة أراء نوردها في الآتي:

يرى بعض الفقهاء تطبيقا للقواعد العامة إن سكوت أحد المتعاقدين في التعامل السابق بينهما عبر تقنيات الإتصال الحديثة يمكن أن يستنتج منه القبول، شأنه في ذلك شأن القبول التقليدي، وأن إستعمال الوسيلة الإلكترونية لا ينبغي أن يمثل مبررا للخروج عن تطبيق القواعد العامة[2].

بينما يرى آخرون أنه لا يمكن تساوي السكوت مع القبول العادي في إطار عقد التجارة الإلكترونية، وذلك لكون الإستثناء التشريعي بشأن السكوت يتم قبوله في أحوال معينة، وهذا لا ينسجم مع التعاقد عبر الأنترنت، فالسكوت قد ينتج بسبب عطل مفاجئ في جهاز الحاسب أو في عملية الإتصال بالشبكة، فلا يمكن أن يفسر السكوت هنا على أنه قبول، وعليه فإنه بموجب هذا الرأي ليس هناك مجال لتطبيق فكرة السكوت عبر الأنترنت على التعاقدات الإلكترونية[3].

وذهب رأي ثالث من الفقه ـ ونحن بدورنا نؤيده ـ إلى القول أن حالات السكوت الملابس هي حالات استثنائية، لابد أن تواجه بمنتهى الحذر في خصوص القبول عبر الأنترنت، فلا يمكن القول بأن العرف يلعب دورا فعليا في التعاقد عبر الأنترنت، نظرا لحداثة هذا التعاقد ولعدم وجود معاملات كثيرة ومستقرة تصل إلى مرحلة العرف، أما حالة تمخض الايجاب لمنفعة من وجه إليه، لا يمكن قبول في مجال التعاقد الإلكتروني، لأنها تتضمن أعمال التبرع، وهي حالة غير مألوفة في مثل هذه العقود، وأما عن حالة التعامل السابق بين المتعاقدين، فهي الحالة التي تصادفنا كثير في عقود التجارة الإلكترونية والأكثر شيوعا، سواء بالبريد الإلكتروني أو على صفحات الويب، فتعد هذه الحالة من الحالات النموذجية لوجود التعامل السابق، إلا أنه لا ينبغي إغفال حقيقة هامة، وهي أن سهولة إرسال الإيجاب عبر البريد الإلكتروني في الوقت الحالي، قد يؤدي إلى فرض التعاقد على المستهلك الذي أعتاد التعامل مع متجر إفتراضي عبر الأنترنت، وذلك بمجرد إرسال التاجر مثلا لرسالة إلكترونية

---

[1]. نوزت جمعة حسن الهسنياني، مرجع سابق، ص125.

[2]. الياس ناصيف، مرجع سابق، ص103، بشار محمود دودين، الإطار القانوني للعقد المبرم عبر شبكة الأنترنت، دار الثقافة للنشر والتوزيع،الأردن، 2006، ص118.

[3]. بشار طلال أحمد مومني، مرجع سابق، ص70.

تتضمن اعتبار عدم الرد خلال مدة معينة بمثابة قبول، وعليه فإنه لا يجوز استنتاج قبول العميل هنا من مجرد سكوته في حالة التعامل السابق، بل لابد أن يقترن هذا السكوت بظرف آخر يرجح دلالة السكوت على قبول العميل للتعاقد[1].

المطلب الثالث: صحة التراضي في التعاقد عبر الأنترنت.

يعتبر التراضي قوام العقد، وأن تبادل التعبير عن إرادتين متطابقتين هو دعامة ذلك التراضي، ولهذا فإن وجود هذا التراضي ـ على هذا النحو ـ هو شرط لانعقاد العقد، وبالتالي يترتب على تخلفه عدم إنعقاده أو بطلانه بطلانا مطلقا، ولكن وجود التراضي لا يكفي لاستقرار العقد بصفة نهائية، وإنما يتعين بالإضافة إلى ذلك أن يكون هذا التراضي صحيحا وبالتالي يكون خارج دائرة الإبطال[2]. والتراضي لا يكون صحيحا إلا إذا أستوفى شرطين، الاول منهما أن تصدر الإرادة عن شخص ذي أهلية للتعاقد والثاني أن تكون إرادته سليمة من العيوب التي قد تعتريها[3].

ولا يختلف الحال بالنسبة للعقد الإلكتروني إذ لا بد أن تصدر الإرادة فيه من طرفين ذوي أهلية وان تكون إرادة كل منهما إرادة صحيحة خالية من عيوب الرضا خاصة وان العقد الإلكتروني ينعقد بين متعاقدين دون حضور مادي، الأمر الذي يثير العديد من الصعوبات وفي مقدمتها كيفية التأكد من شخصية المتعاقد الآخر، وأهليته للتعاقد، والتحقق من سلامة إرادته وخلوها من عيوب الإرادة خاصة وأن هذا النوع من التعاقد يتم عبر وسائل إتصال حديثة لا تتقيد بحدود جغرافية أو قوانين وطنية[4].

ولذلك تكاد تتفق التشريعات الوضعية على شروط صحة العقد والتي لا يسمح بدونها إبرام العقد سواء العقد التقليدي أو العقد المبرم عن طريق وسائل الإتصال الإلكتروني[5].

---

1. أسامة ابو الحسن مجاهد، خصوصية التعاقد عبر الأنترنت، مرجع سابق، ص82،83.
2. ثروت فتحي اسماعيل، مرجع سابق، ص131.
3. عجالي بخالد، مرجع سابق، ص206،207.
4. ابراهيم عبيد علي آل علي، مرجع سابق، ص222.
5. مراد محمود يوسف مطلق، مرجع سابق، ص183.

لذلك سوف نتناول في هذا المطلب:

الأهلية القانونية في التعاقد عبر الإنترنت في الفرع الأول.

عيوب الإرادة في التعاقد عبر الأنترنت في الفرع الثاني.

الفرع الأول: الأهلية القانونية في التعاقد عبر الأنترنت.

إن معرفة أهلية المتعاقد عن بعد عموما، وعبر الانترنت خصوصا، يثور عدة تساؤلات لاحتمال أن يكون أحد المتعاقدين غير كامل الأهلية[1]، وللوقوف على خصوصية الأهلية في التعاقد عبر الأنترنت لابد لنا من التعرض إلى مفهوم الأهلية بشكل عام، ومن ثم نختص بالتقنيات الحديثة للتحقق من الاهلية، وذلك على النحو الآتي:

أولا: مفهوم الأهلية القانونية.

تنقسم الأهلية إلى أهلية وجوب وأهلية أداء ويقصد بأهلية الوجوب صلاحية الإنسان لثبوت الحقوق له ولوجوب الإلتزامات عليه، وتثبت هذه الأهلية للشخص بمجرد ولادته حيا[2]، بل انها تثبت للجنين قبل ولادته "الحمل المستكين" إذ يتمتع بأهلية وجوب ناقصة تجعله أهلا لاكتساب بعض الحقوق كالميراث والوصية[3].

وتستمر أهلية الوجوب باستمرار الوجود القانوني للشخص الطبيعي، فلا تنتهي إلا بالوفاة، وقد تستمر أحيانا إلى ما بعد وفاته إلى حين تصفية تركته وتسديد الديون المترتبة عليه، وتثبت أهلية الوجوب أيضا للأشخاص المعنويين ولكن ضمن حدود القانون والغاية التي نشا الشخص المعنوي من أجلها[4].

---

1. أيسر صبري ابراهيم، مرجع سابق ، ص97.
2. راجع المادة 25 من القانون المدني الجزائري.
3. دريد محمود علي، مرجع سابق، ص120.
4. الياس ناصيف، مرجع سابق، ص122.

أما أهلية الأداء فهي صلاحية الشخص لاستعمال الحق، ويقع أن تتوافر للشخص أهلية الوجوب دون أهلية الأداء فيكون مستمتعا بالحق، وهذه هي أهلية الوجوب دون أن يستطيع إستعماله بنفسه، وهذه هي أهلية الأداء ويتبن من ذلك أنه يمكن فصل أهلية الوجوب عن أهلية الأداء فصلا تاما[1].

والأهلية التي نقصدها في مجال الدراسة هي أهلية الأداء وهي القدرة على مباشرة التصرفات القانونية، والتي تستوجب أن يصدر التصرف عن إرادة سليمة وواعية مدركة ومميزة لأبعاد التصرف وآثاره القانونية، ومن هنا فإن أهلية الأداء لا تثبت للجميع، ولا توجد بمجرد توافر الشخصية القانونية كما هو الحال بالنسبة للأهلية الوجوب[2].

وقد عمل المشرع الجزائري على تنظيم أحكام الأهلية في المواد 40، 42، 43، 44، 45 من القانون المدني الجزائري، والمواد من 81 إلى 107 من قانون الأسرة الجزائري.

وترتيبا على ذلك فإن مناط أهلية الأداء هو الإدراك والتمييز، والذي تدور معه وجودا وعدما، لأن فاقد التمييز يكون فاقدا للإرادة وبالتالي فاقد للأهلية، وناقص التمييز يكون ناقصا للأهلية، وكامل التمييز يكون كامل الأهلية، وعندما يكون الإنسان عديم الأهلية لا يحق له إجراء أي شكل من أشكال التصرفات القانونية بما فيها العقود، وتكون جميع تصرفاته، باطلة مهما كان نوعها سواء تلك التصرفات التي يجريها وتعود له نفعا محضا أو تلك الدائرة بين النفع والضرر أو التصرفات الضارة ضررا محضا[3]، وأن سن التمييز وفق القانون العراقي هو سبع سنوات كاملة[4].

لذلك فمن لم يبلغ الثالثة عشر كاملة لا يمكنه أن يبرم مثلا عقد البيع أو الإيجار، وإن قام بها تعد باطلة بطلانا مطلقا، وذلك من أجل حماية الصبي غير المميز، وهذا ما نصت عليه المادة 82 من قانون الأسرة الجزائري، ولكن عندما يبلغ الشخص سن التمييز وهو 13 سنة، ولم يتم سن الرشد

---

1. عبد الرزاق أحمد السنهوري، نظرية الالتزام بوجه عام، مرجع سابق ص268.
2. عمار بوضياف ، النظرية العامة للحق وتطبيقاتها في القانون الجزائري، جسور للنشر والتوزيع،2010، ص57.
3. بسمان نواف الراشدي، مرجع سابق، ص113.
4. المادة 2/97 من القانون المدني العراقي، والتي تقابل المادة 42 من القانون المدني الجزائري والتي حددت سن التمييز 13 كاملة.

المدني وهو 19 سنة كاملة، وطبقا للمادة 83 من قانون الأسرة الجزائري، فإن تصرفاته تكون نافذة إذا كانت نافعة له، وتكون باطلة إذا كانت ضارة بالنسبة له، وتتوقف على إجازة الولي أو الوصي إذا كانت تدور بين النفع والضرر وفي حالة حدوث نزاع يرفع الأمر للقاضي[1].

ومتى بلغ الشخص سن الرشد وهي 19 سنة كاملة، وكان متمتعا بقواه العقلية ولم يحجر عليه، فإنه يصبح كامل الأهلية، وأهلا للقيام بكل التصرفات وهو ما نص عليه المشرع في المادة 40 من القانون المدني الجزائري، وأسباب الحجر تترتب على عوارض الأهلية والتي هي الجنون والعته، والسفه والعقلة[2].

وتذهب الكثير من القوانين المدنية إلى النص على مبدأ جوهري ضمن الأحكام العامة للأهلية مفاده أن الأصل في الشخص أن يكون كاملا للأهلية مالم يوجد نص يقضي بخلاف ذلك، ولقد تأكد هذا المبدأ في القانون المدني الجزائري بالمادة 78 المعدلة بالقانون 05 ـ 10 حيث جاء بها" كل شخص أهل للتعاقد مالم يطرأ على أهليته عارض يجعله ناقص الأهلية أو فقدها بحكم القانون"وبالرجوع إلى نص المادة 45 من القانون المدني الجزائري تعتبر أحكام الأهلية من النظام العام، بحيث لايجوز لأحد التنازل عنها أو تعبير أحكامها إلا بمقتضى نص في القانون[3].

ثانيا: خصوصية الأهلية في التعاقد عبر الأنترنت.

أما عن الأهلية في التعاقد عبر الأنترنت فقد تثير بعض المشاكل وأهمها أنه سيكون من الصعب على البائع عن بعد التحقق من أهلية المتعاقد الآخر على الشبكة، وهي شبكة حقيقية تظهر دائما في العقود التي تبرم دون حضور مادي للأطراف كما هو الحال بالنسبة للعقود الإلكترونية[4].

---

1. عمار بوضياف، مرجع سابق، ص59،60.
2. علي علي سليمان، مرجع سابق، ص51.
3. بن خدة حمزة، مظاهر تأثر القانون المدني الجزائري بالشريعة الإسلامية، التصرف القانوني نموذجا، رسالة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق، والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، الجزائر، 2007، 2008، ص.34
4. أسامة أبو الحسن مجاهد، خصوصية التعاقد عبر الأنترنت، مرجع سابق، ص112.

ونظرا للطبيعة الخاصة من التعاقد عبر الأنترنت وعالميتها وعدم خضوعها لنظام قانوني موحد فإنها تتيح المجال للدخول إلى شبكة الأنترنت والاتصال عبر شبكات المعلومات مع أي شخص آخر في دولة أخرى، ويظهر المتعاقد بمظهر الشخص كامل الأهلية ويستخدم أحيانا مواقع أو بطاقات دفع الأشخاص يتبع لهم[1].

وعلى غرار ذلك نصت معظم التشريعات الدولية والوطنية على ضرورة وجوب تمتع العاقدين بالأهلية الكاملة عند إبرام العقود الإلكترونية، وذلك رعاية وحماية لمصلحة كلا المتعاقدين ومصداقية للتجارة الإلكترونية حيث أكدت المادة (1/4)من التوجيه الأوربي رقم 97 ـ 7 ـ 1997 بشأن البيع عن بعد، فإنه عند إبرام العقد عن بعد عبر تقنيات الإتصال تحديد هوية الأطراف المتعاقدة بما في ذلك بيان الأهلية القانونية[2].

كما حرص قانون الأونيسترال النموذجي للتجارة الإلكترونية على تحقيق الأمان في المعاملات الإلكترونية عن طريق التأكد من هوية الطرفين عندما نصت المادة 13 منه على أن[3]:

1 ـ تعتبر رسالة البيانات صادرة عن المنشئ إذا كان المنشئ هو الذي أرسلها بنفسه.

2 ـ في العلاقة بين المنشئ والمرسل إليه تعتبر رسالة البيانات أنها صادرة عن المنشئ إذا أرسلت، من شخص له صلاحية التصرف نيابة عن المنشئ فيما يتعلق برسالة البيانات".

ورغم تأكيد كل هذه النصوص القانونية والقواعد العامة على أن يكون العاقدان كاملي الأهلية لإبرام العقد وقت انعقاده، ولكن على من تقع المسؤولية إذا تعاقد عديم الأهلية أو ناقص الأهلية مع المتعاقد الآخر كامل الأهلية وهو يظهر نفسه بأنه كامل الأهلية[4].

ولقد أثبت الواقع العملي أن العديد من مستخدمي الأنترنت والمتعاملين عبر هذه الشبكة من المراهقين وصغار السن، أي ناقصي الأهلية ومع ذلك يقومون بإجراء تصرفات قانونية، ويتعمدون

1. مراد محمود يوسف مطلق، مرجع سابق، ص187.
2. ميكائيل رشيد علي، مرجع سابق، ص491.
3. عجالي بخالد، مرجع سابق، ص211.
4. ميكائيل رشيد علي، مرجع سابق، ص492.

إخفاء نقص الأهلية، وهو الأمر الذي يتعلق بإشكاليات صحة وقانونية هذه التصرفات وما يزيد الأمر تعقيدا أن يكون احد المتعاقدين كامل الأهلية حسب قانون بلده، في حين يكون ناقص الأهلية حسب قانون المتعاقد الآخر[1]، إذ قد يحدث أن يقوم الصغير بالتعاقد عن طريق الأنترنت أو أن تتم سرقة بطاقة الائتمان وتصبح في يد حائز غير شرعي ويقوم باستعمالها[2].

لعلاج هذه المشكلة يرى جانب من الفقه ـ نؤيده ـ أنه ينبغي التوسع في الأخذ بنظرية الوضع الظاهر وترجيح مصلحة المهنيين، فإذا استعمل قاصر بطاقة إئتمان خاصة بأحد والديه، واستخدمها في إبرام عقد مع أحد التجار عن طريق شبكة الأنترنت، فيجوز لهذا التاجر أو مقدم الخدمة أن يتمسك بأن القاصر قد توافر به مظهر صاحب البطاقة المصرفية ومن تم مظهر الشخص الراشد، وذلك حماية لمصلحة التاجر من إهمال الرشديين في مراقبة القصر في هذا الشأن، كما يستطيع من تعاقد مع القاصر بحسن نية الرجوع على هذا القاصر وعلى أساس قواعد المسؤولية التقصيرية وليس العقدية في القانون الأمريكي[3].

تجدر الإشارة إلى أن الأخذ بنظرية الوضع الظاهر يتوافق مع التشريع التقليدي فالمادة 1307 من القانون المدني الفرنسي، تنص على أن القاصر الذي يخدع الغير لإخفاء نقص أهليته لا يحق له استرداد ما دفعه تنفيذا لما تعهد به، وهذا الحكم يمتد ليشمل كل فاقدي الأهلية، وبالتالي فإن تصرفات فاقد الأهلية تبقى قابلة للتعويض رغم بطلانها[4].

كما أنه وفقا للمادة 18/21 من قانون الإستهلاك الفرنسي، فإنه يلزم إجراء التحقق من شخصية الأطراف المتعاقدة على نحو يحقق الأمان والثقة في المعاملات المتبادلة، حيث يلتزم التاجر أو مقدم الخدمة بأن يتيح لعمليه كافة البيانات التي تفصح عن هويته، بما في ذلك أهليته القانونية وعلى النمط

---

1. عمرو عبد الفتاح علي يونس، مرجع سابق، ص310.
2. إيمان عبد الجواد مصطفى ابراهيم، إبرام التعاقد الالكتروني وإثباته، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، مصر، 2016، ص220.
3. أسامة أبو الحسن مجاهد، خصوصية التعاقد عبر الانترنت، مرجع سابق، ص113.
4. حميدي محمد أنيس، مرجع سابق، ص41.

ذاته يلتزم العميل بأن يرشد التاجر عن اسمه، أهليته القانونية وكافة عناصر تحديد شخصيته سواء المادية أو الإلكترونية[1].

وبمقتضى القانون الإنجليزي فإن الأصل هو أن للقاصر أهلية إبرا م عقود الضروريات، والعقود التي تتمخض عن منفعة له، وما عدا ذلك من العقود فإنه يكون باطلا أو قابلا للإبطال، إذ أنه إذا ارتكب ناقص الاهلية غشا بأن أقر للبائع بسن أكبر من سنه الحقيقي، فإنه يكون للتاجر في هذه الحالة الحق في استرداد البضاعة، إذا لم تكن من الضروريات، ويبقى هذا الحق قائما طالما ظلت البضاعة في جوزة القاصر، وكان من الممكن تحديد ذاتيتها، بيد أنه لا يجوز للتاجر الرجوع على ناقص الأهلية بالعقد بصورة غير مباشرة[2].

وفي محاولة صوب تحقيق التوازن بين المصلحتين، ميز القضاء الإنجليزي بين مسألتين هما:

1 ـ العقود البسيطة وهي العقود التي تكون أثمانها قليلة، كالأطعمة وغيرها، فإن مثل هذه العقود التي يبرمها الصغير تكون صحيحة.

2 ـ العقود ذات القيمة المالية الكبيرة وهي العقود التي يكون مقابلها المالي باهضا كالعقارات فإن صحة هذه العقود من عدمها يراعى فيها مصلحة القاصر، مما يدل على الحكم ببطلانها في الغالب العام[3].

وهذا المبدأ قد أخذ به أيضا القانون المدني المصري، ولكنه جعل حكم العقد قائما على البطلان النسبي، حيث نصت المادة 119 من القانون ذاته على أنه " يجوز لناقص الأهلية أن يطلب إبطال العقد، وهذا مع عدم الإخلال بالتزامه بالتعويض إذا لجأ إلى طرق احتياله ليخفي نقص أهليته"[4].

---

1. بلقاسم حامدي، مرجع سابق، ص128.
2. إلياس ناصيف، مرجع سابق، ص126.
3. علاء محمد الفواعير، مرجع سابق، ص169.
4. تقابلها المادة 134 من القانون المدني الأردني إذا تنص على أنه:
1 ـ يجوز لناقص الأهلية أن يطلب إبطال العقد.
2 ـ غير أنه إذا لجأ إلى طرق إحتيالية لإخفاء نقص أهليته لزمه التعويض".

وفي القانون المدني الجزائري تنص المادة (1/10) أنه: يسري على الحالة المدنية للأشخاص وأهليتهم قانون الدولة التي ينتمون إليها بجنسيتهم.

ومع ذلك ففي التصرفات المالية التي تعقد في الجزائر وتنتج آثارها فيها إذا كان أحد الطرفين أجنبيا ناقص الأهلية، وكان نقص أهليته يرجع إلى سبب فيه خفاء لا يسهل تبينه على الطرف الآخر، فإن هذا السبب لا يؤثر في أهليته وفي صحة المعاملة"[1].

يبدو مما تقدم أنه نظرا للطابع الخاص للعقد المبرم عبر الأنترنت، فإن ناقص الأهلية، متى اتخذ مظهر الشخص البالغ الراشد، وكان المتعاقد الآخر غير عالم بهذه الحالة، فإنه ينبغي العمل على حماية هذا المتعاقد عملا بنظرية الوضع الظاهر، وذلك من أجل توفير الثقة والأمان لدى المتعاقدين عبر الأنترنت، وحفاظا على إستقرار المعاملات حتى لا يفاجئ المتعاقد حسن النية ببطلان العقد لسبب لا يعمله هو، ولم يكن في مقدوره أن يتنبه وقت إبرام العقد، كما نهيب أنه من الضروري على المشرع الجزائري إيراد نص مماثل لنص المادة 119 من القانون المدني المصري والمادة 134 من القانون المدني الأردني، والتي تلزم ناقص الأهلية بالتعويض طالما أنه هو من أخفى أهليته بطرق احتيالية عن المتعاقد الآخر.

ثالثا: الوسائل التقنية المستخدمة للتحقق من الأهلية.

تعتبر مسألة التحقق من أهلية المتعاقد في التعاقد عبر الأنترنت مسألة فنية دقيقة، وتحتاج إلى تكاثف علماء التقنية المتخصصين، وفقهاء القانون المهتمين بهذا المجال، بغية إيجاد تقنيات متطورة تسهم في حل هذه المشكلة، وبالرغم من أنه لا توجد حتى الآن وسائل تقنية حاسمة في هذا المجال، إلا أنه توجد وسائل إحتياطية وتحذيرية يمكن استخدامها، وهذه الوسائل قد تتمثل في: البطاقات الإلكترونية، الإستعانة بوسيط إلكتروني أو استخدام وسائل تحذيرية[2]، وفيما يلي تفصيل ذلك.

1 ـ البطاقة الإلكترونية: وهي عبارة عن كروت ذكية تتشابه من حيث الحجم والشكل بكروت الإئتمان أو الخصم الفوري، مصنوعة من السيلكون، ولكنه مزود بكمبيوتر صغير به ذاكرة تسمح

[1]. يقابلها نص المادة 1/11 من القانون المدني المصري.

[2]. سمير حامد عبد العزيز الجمال، مرجع سابق، ص157.

بتخزين بيانات يمكن استدعاؤها بطريقة منظمة، ويمكن من خلالها تخزين بيانات حاملها مثل: اسمه وسنه ومحل إقامته والبنك المصدر له وأسلوب الصرف المبلغ المتصرف، تاريخه وتاريخ حياة العميل المصرفية، وجميع المعاملات الخاصة بهذه البطاقة، كما أنها مزودة بالرقم السري الخاص بها والتي تتيح لحاملها إجراء معاملاته المالية بيسر وسهولة على مدار الساعة، ويسمح أيضا بتخزين نقود إلكترونية في وحدات يتم إستخدامها في سداد المعاملات التي يجريها العميل دون أن ترتبط بحساب معين للعميل، وهذه البطاقة محمية من التزيف والتزوير وسوء الإستخدام في حالة سرقتها، أو محاولة تقليدها، لأنها مزودة برقم سري مخزون في الشريط الممغنط بحيث لا يعرفه إلا صاحبها[1]، وتستخدم هذه البطاقات على نحو واسع في الدول الأوربية، الولايات المتحدة الأمريكية واليابان، يمكن إستخدامها كبطاقة لتعريف الهوية أو كبطاقة إلكترونية تملأ وتفرغ بالنقود[(2)].

وعلى الرغم من الاحتياطات من قبل المتعاملين بمثل هذه الوسيلة لتأمين المعلومات الخاصة ببطاقتهم الإلكترونية[(3)]، إلا أنها لم تعد الحل المناسب ذلك لأن رقم البطاقة يمكن الحصول عليه بسهولة بوسائل غير مشروعة، فقد يحصل عليها من لا يملك الأهلية اللازمة للتعاقد وبالتالي توجد صعوبة في معرفة الهوية الحقيقية للزائر أو المستخدم[(4)].

2 ـ الإستعانة بجهات التصديق الإلكتروني:

قد يقوم أطراف التعاقد باللجوء إلى طرف ثالث محايد يتخذ مهمته في التحقق من هوية الأطراف المتعاقدة وأهليتهم القانونية، وإصدار شهادات مصدق عليها تتعلق بأطراف التعاقد الإلكتروني.

وقد نظمت أغلب التشريعات التجارية الإلكترونية تنظيم خدمة التوثيق الإلكتروني ومنها:

[1]. ميكائيل رشيد علي، مرجع سابق، ص495.

[2]بلقاسم حامدي، مرجع سابق، ص130.

[3]. علاء محمد الفواعير، مرجع سابق، ص175

[4]. إيناس هاشم رشيد، مرجع سابق، ص190.

أ ـ قانون الأمم المتحدة النموذجي بشأن التوقيعات الإلكترونية لعام 2001، حيث نصت المادة الثانية (هـ/ على تعريف مقدم خدمات تصديق بأنه:" شخص يصدر الشهادات و يجوز لأن يقدم خدمات أخرى ذات صلة بالتوقيعات الإلكترونية"، كما عرفت هذه الشهادة من ذات المادة (ب) بأنها:" رسالة بيانات أو سجلا آخر، يؤكدان الإرتباط بين الموقع وبيانات إنشاء التوقيع"[1].

ب ـ التوجيه الأوربي رقم 99/93 بشأن التوقيع الإلكتروني، فقدعرف جهة التوثيق الإلكترونية في المادة الثانية بأنها:" كل شخص قانوني طبيعي أو معنوي يقوم بتقديم شهادات توثيق إلكترونية للجمهور أو يقدم خدمات مرتبطة بالتوقيعات الإلكترونية "[2]، والمقصود بالخدمات المرتبطة بالتوقيع الإلكتروني، التقنيات التي تسمح بإصدار توثيق مؤرخ، أو خدمات النشر، الإطلاع والخدمات المعلوماتية الأخرى كالحفظ في الأرشيف[3].

ج ـ القانون التونسي رقم 83 لسنة 2000 بشأن المبادلات والتجارة الإلكترونية، حيث عرف الفصل الثاني هذه الجهات بأنه :" كل شخص طبيعي أو معنوي يحدث أو يسلم ويتصرف في شهادات المصادقة ويسدي خدمات أخرى ذات علاقة بالإمضاء الإلكتروني" أما شهادة التصديق فتم تعريفها بأنها " الوثيقة الإلكترونية المؤمنة بواسطة الإمضاء الإلكتروني للشخص الذي أصدرها والذي يشهد من خلالها أثر المعاينة على صحة البيانات التي تتضمنها "[4].

د ـ قانون التوقيع الإلكتروني والمعاملات الإلكترونية العراقي، عرف المشرّع العراقي شهادة التصديق الإلكتروني في القانون رقم 87 لسنة 2012 بشأن التوقيع الإلكتروني والمعاملات الإلكترونية بأنها" الشهادات التي تصدرها جهة التصديق وفق أحكام هذا القانون والتي تستخدم لإثبات نسبة

---

1. نوزت جمعة حسن الهسنياني، مرجع سابق، ص153

2. علاء محمد الفواعير، مرجع سابق، ص176.

3. ثروت عبد الحميد، التوقيع الالكتروني، ماهيته، مخاطره وكيفية مواجهتها، مدى حجيته في الاثبات، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2007، ص163.

4. حيث نظمت أهدافها واختصاصاتها من خلال الفصول (9 ـ 24) ومنها منح التراخيص، السهر على مراقبة واحترام مزود الخدمات وتحديد المواصفات، إبرام إتفاقيات مع الأطراف الأجنبية.

التوقيع الإلكتروني إلى الموقع " كما عرف جهة التوقيع الإلكتروني بأنها " الشخص المعنوي المرخص له إصدار شهادات تصديق التوقيع الإلكتروني وفق أحكام هذا القانون"[1].

هـ ـ القانون رقم 04/15 المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين الجزائري، حيث تم إنشاء" السلطة الوطنية للتصديق الإلكتروني"، حيث نصت المادة 1/16 بين الفصل الثاني، القسم الأول، تنشأ لدى الوزير الأول سلطة إدارية مستقلة تتمتع بالشخصية المعنوية والاستقلال المالي، تسمى السلطة الوطنية للتصديق الإلكتروني وتدعى في صلب النص "السلطة"[2]، كما عرف شهادة التصديق الإلكتروني في المادة 7/2 من الفصل الاول تحت باب الأحكام العامة بقوله: هي وثيقة في شكل إلكتروني تثبت الصلة بين بيانات التحقق من التوقيع الإلكتروني والموقع."

وتحتوي شهادة المصادقة الإلكترونية على بيانات تتعلق بمالك المفتاح العمومي، واسم مالك الشهادة وتاريخ انتهاء الصلاحية للمفتاح العام، واسم الجهة التي اصدرت الشهادة والرقم التسلسلي للشهادة والتوقيع الرقمي للمصدر، إلا أن هناك شهادات مصادقة رقمية أكثر قبولا شكلا والتي تحمل القياسات الدولية التي يرمز لها بالرمز (x)، ويوجد نوعان رئيسيان من الشهادات الرقمية وهي:

أ ـ شهادات الخادم: وهي تسمح لزوار الموقع بنقل معلوماتهم الشخصية مثل بطاقات الائتمان والحسابات المصرفية بأمان ودون قلق من السرقة أو العبث.

ب ـ شهادات شخصية: وهي تسمح لصاحب الموقع من التحقق من هوية الزائر او الدخول إلى مواقع محددة بموجب هذه الشهادة، أي باعتبارها شهادة مرور لبعض المواقع، كما تستخدم لإرسال وإستقبال البريد الإلكتروني والحصول عل المعلومات الخاصة بالمستخدم[3].

3 ـ الوسائل التحذيرية: يتم من خلال هذه الوسيلة وضع تحذيرات على الأنترنت، تنبه إلى عدم الدخول إلى مواقع الأنترنت، الإ من قبل شخص يتمتع بالأهلية القانونية، ويلتزم هذا الشخص قبل الدخول إلى الموقع، بالكشف عن هويته، والإفصاح عن عمره، وذلك من خلال ملئ نموذج معلومات

---

1. أيسر صبري إبراهيم، مرجع سابق، ص102، 103.
2. حيث حدد مهام هذه السلطة وتشكيلها في المواد 18، 19 من ذات القانون.
3. إبراهيم عبيد علي آل علي، مرجع سابق229، 230.

معروض على الأنترنت، فإذا كان هذا الشخص متمتعا بالأهلية القانونية، فإنه يستطيع دخول الموقع وإبرام العقود وعلى العكس من ذلك فهو لا يستطيع الدخول إلى الموقع، إذا لم يقم بملأ المعلومات، أو إذا اتضح منها عدم أهليته، وتعتبر هذه الوسائل من أكثر الوسائل استخداما في الوقت الحاضر[1].

إلا أن هذه الوسائل التحذيرية محفوفة بالمخاطر، إذ قد يقوم المستخدم بالإدلاء بيانات تخالف الحقيقة بشأن أهليته، وهو يتطلب ضرورة تضافر جهود فقهاء القانون والمتخصصين في مجال نظم الإتصالات والمعلومات لحل هذه المشكلة[2].

مما تقدم ما ينبغي الأخذ في الاعتبار عند التعاقد الإلكتروني، لأنه ليس من اليسير في الوقت الحاضر إيجاد حلول ناجحة لهذه المسألة، على الرغم من أن التقنيات الحديثة التي تحاول حل هذه المسألة، إلا أنها مازالت في بدايتها، ولكن هذا لا يمنع من القيام ببعض المحاولات، ومنها التوقيع الإلكتروني أو البطاقة الذكية أو ربما إيجاد حلول أكثر فاعلية في المستقبل القريب، كأن يلزم الطرف الذي يرغب التعاقد بالكشف عن هويته، والإفصاح عن عمره، وفي حالة إغفاله ذلك، فلن يسمح له بالمضي في إبرام العقد، أو كإيجاد نص صريح على شكل نماذج إلكترونية بحيث لا يقبل التعاقد لمن لم يبلغ سن الرشد أو ينبه الزبون من قبل المنتج أو المزود المستخدم على ضرورة قراءة النماذج قبيل إبداء الرغبة في التعاقد[3].

الفرع الثاني: عيوب الإرادة في مجال التعاقد عبر الأنترنت.

إن جودة الإرادة وتطابقهما إيجابا وقبولا غير كافية لانعقاد العقد بل لابد أن تكون صادرة من إرادة سليمة غير معيبة، وهذه الإرادة إماأن تكون معدومة أي غير موجودة أصلا فهي لا تنتج أي أثر وبالتالي بطلان العقد بطلانا مطلقا، أو أن تكون الإرادة معيبة أي هي موجودة أصلا وصادرة من شخص كامل الأهلية، ولكن لحقها عيب من عيوب الإرادة فجعل من التصرف قابل للإبطال، وهذه

---

[1]. الياس ناصيف، مرجع سابق، ص128.

[2]. سمير حامد عبد العزيز الجمال، مرجع سابق، ص160.

[3]. محسن البيه النظرية العامة للإلتزامات، الجزء الأول، المصادر الإرادية، مكتبة الجلاء الجديدة بالمنصورة، مصر، 2004، بند 154، ص285،284، مشار له لدى : نوزت جمعة حسن الهسنياني، مرجع سابق، ص156.

الإرادة هي التي محل دراستنا لذا سنحاول من خلال هذا الفرع أن نتعرف على الدور الذي يمكن أن تلعبه نظرية عيوب الإرادة في مجال التعاقد عبر الأنترنت وتنحصر عيوب الإرادة، طبقا للقانون المدني الجزائري، في أربعة عيوب، الغلط، التدليس والإكراه، الإستغلال، وسوف نعرضها على الوجه التالي:

أولا: الغلط.

الغلط هو وهم يقوم في ذهن الإنسان يجعله يتصور الأمر على غير حقيقته، فيرى في الأمر شيئا غير موجود فيه في الواقع، أو يعتقد أنه خاليا من صفة معينة وهي متوافرة في الأمر في الحقيقة ومثال ذلك أن يتقدم شخص لشراء لوحة معينة بمعتقد أنها من رسم فنان معين وهي ليست ذلك أو يشتري شخص من أخر شيئا معتقدا أنه مالكه، ثم يتضح أنه قد اشترى من غير مالك[1].

وعرفت المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني الغلط بأنه " حالة تقوم بالنفس تحمل على التوهم غير الواقع بأن تكون هناك واقعة غير صحيحة يتوهم الإنسان صحتها أو واقعة صحيحة يتوهم عدم صحتها" وهذا التعريف يصدق على كل تصور دهني، ولكن ما يعنينا في هذا المجال هو الغلط المصبوغ بالصبغة القانونية أو بمعنى آخر هو الغلط الذي يرتكب عند إيقاع تصرف قانوني وعلى وجه الخصوص عند إبرام عقد معين[2].

ومن التعريف المتقدم للغلط نجده يتسع ليشمل كل أنواع الغلط، فإن الذي يعنيننا ـ في هذا الصدد ــ هو الغلط الذي يعيب الإرادة، ولهذا يجب أن نميز بين ثلاثة أنواع للغلط وذلك على الوجه التالي:

1. رمضان أبو السعود، مرجع سابق، ص107.
2. عبد القادر الفار، مصادر الالتزام، مصادر الحق الشخصي في القانون المدني، دار الثقافة، الأردن، 2014، ص79.

1 ـ الغلط المانع: هو ذلك الغلط الذي يحول دون انعقاد العقد، ذلك لأنه يؤدي إلى انعدام الرضا وليس إلى مجرد تعيبه ومتى انعدام الرضا أمتنع انعقاد العقد[1]، ولهذا يكون الغلط مانعا في الحالات الآتية:

أ ـ الغلط في ماهية العقد: كأن يتسلم شخص عينا على أنها عارية فيعتقد أنها هبة، أو أن يعطي شخص إلى آخر مبلغا من المال على سبيل القرض فيعتقد هذا الأخير أنه على سبيل الهبة[2].

ب ـ الغلط في محل العقد: يقع هذا الغلط في محل العقد، كما لو تعاقد شخص عبر شبكة الأنترنت لشراء برامج تعليمية خاصة بالحاسوب الآلي لتعليم اللغة الإنجليزية، ولكنه يتفاجأ بحصوله على برامج لتعليم اللغة الاسبانية مثلا وهنا لا ينعقد العقد لعدم تطابق الإرادتين[3].

ج ـ الغلط في سبب الإلتزام: ويمكن أن يحدث هذا الغلط في سبب الإلتزام كأن يوفي شخص دينا مورثه ثم يتبين أن المورث قد وفاه، أو كمن يلتزم بدفع تعويض عن ضرر كان يعتقد أنه أحدثه ثم يتبين أن لابد فيه، وهذا الغلط نادر الوقوع في التعاقد عبر الانترنت.

2 ـ الغلط غير المؤثر: قد لا يكون الغلط مؤثرا في إرادة المتعاقد وعندئذ فإنه لا يعتبر عيبا يشوب الإرادة، ومثال ذلك أن يتفق المتعاقدان في عقد بيع عبر الأنترنت على كل المسائل المتعلقة بالمبيع والثمن ثم يحدث الغلط في حساب الثمن الإجمالي أو في حساب الأرقام أثناء تحرير العقد[4]، ويظل العقد صحيحا منتجا لآثاره القانونية شريطة تصحيح هذا الغلط المادي طبقا لما نصت عليه المادة 84 من القانون المدني الجزائري[5].

3 ـ الغلط المعيب للإرادة: وهو الغلط المعيب الذي يدور حول أمر جوهري مرغوب به في محل العقد، ولكن غلط به المتعاقد، بحيث لم يتوفر هذا الأمر ويشترط لتحقيق هذه الصورة من الغلط

---

1. ثروت فتحي اسماعيل، مرجع سابق، ص137.
2. دريد محمود علي، مرجع سابق، ص133.
3. بلقاسم حامدي، مرجع سابق، ص132.
4. دريد محمود علي، مرجع سابق، ص133،134.
5. حيث نصت المادة 84 ق. م. ج. على أنه:" لايؤثر في صحة العقد مجرد الغلط في الحساب ولا غلطات القلم، ولكن يجب تصحيح الغلط."

المعيب، أن يكون الغلط جوهريا: أي أن يكون دافعا للتعاقد بمعنى أن يكون على درجة من الجسامة بشكل كان سيمنع من التعاقد لو علم به الشخص قبل التعاقد، والمعيار الذي يحدد على أساسه هذا الغلط هو معيار شخصي ذاتي يقوم على تقدير المتعاقد لأمر معين يبلغ من الأهمية تكفي لأن تجعله يقدم على التعاقد، فالغلط الجوهري قد يقع في صفة الشيء أو شخص المتعاقد أو قيمة الشيء[1]، كما يشترط اتصال المتعاقد الآخر بالغلط[2]، حتى لا يتفاجأ المتعاقد الآخر بطلب بطلان العقد لسبب لا يعلمه هو، وهذا من أجل إستقرار المعاملات.

كذلك يقرر المشرع الجزائري، أن من وقع في الغلط ليس له أن يتمسك به على وجه يتعارض مع ما يقضي به حسن النية في تنفيذ العقود عملا بأحكام المادة 85 من القانون المدني الجزائري.

وبالرجوع إلى القواعد العامة في الغلط يمكن القول أنها تستوعب الغلط الواقع في العقد المبرم عبر الأنترنت، ومثال ذلك إذا نبين للمشتري الذي أبرم العقد عبر الأنترنت عند تسلمه المبيع أنه ليس متفقا مع ما توقعه أو أنه ليس صالحا للإستعمال الذي اشترط من أجله، فهنا يستطيع المطالبة بإبطال العقد استنادا لنظرية الغلط في القواعد العامة[3].

إضافة إلى ذلك أنه في حالة إبطال العقد الإلكتروني بسبب الوقوع في غلط، فإن المشتري لن يتحمل مصاريف النقل حيث يتحملها البائع في هذه الحالة، وبالتالي فإن رخصة الرجوع المقرر للمستهلك في العقود المبرمة عن بعد قد لا تحقق في الكثير من الحالات الفوائد التي يحققها التمسك بالإبطال بسبب عيب الغلط[4].

هذا وكثيرا ما يقع الغلط في العقود الإلكترونية بسبب العرض الناقص للمنتجات، كما لوكان العرض غير واضح ولا مفهوم[5]، لهذا ألزم التوجيه الأوربي رقم 31/2000 بشأن التجارة الإلكترونية في المادة 11 منه، مقدمي الخدمات أن يقوموا بعرض الخدمة على العميل بالتفصيل الدقيق، وأن

---

1. مراد محمود يوسف مطلق، مرجع سابق، ص201.
2. المادة 120 من القانون المدني المصري، كما يستفاد هذا الشرط من نص المادة 2/82 من القانون المدني الجزائري.
3. اسامة ابو الحسن مجاهد، خصوصية التعاقد عبر الانترنت، مرجع سابق، ص111.
4. سمير حامد عبد العزيز الجمال، مرجع سابق، ص164.
5. الياس ناصيف، مرجع سابق، ص130.

يقوموا بإعلامه بذلك وسائل مناسبة وفعالة، وسهلة البلوغ وعلى نحو يمكنه من فهم المعطيات الإلكترونية، الأمر الذي يكفل عدم وقوع العميل في غلط[1].

إلا أنه قد يصعب إثبات هذا الغلط، حيث أن العرض الناقص للمنتجات والذي قد يتم على صفحة الويب"web" مثلا قد يتم تغييره أو تعديله في وقت لاحق بوسيلة الكترونية، وهذه التقنية لا تترك أثرا ماديا ملموسا[2].

غير أنه يمكن التغلب على مثل هذه الصعوبات، بأن يتم تسجيل مثل هذه البيانات على دعامة إلكترونية بأسلوب يسمح لحفظها واسترجاعها عند الضرورة أو الإستعانة بوسيط إلكتروني معتمد لتوثيق مثل هذه المعاملات الإلكترونية[3].

ثانيا: التدليس.

فالتدليس هو استعمال طرق احتيالية من شأنها أن تخدع المدلس عليه وتدفعه إلى التعاقد، فهو إذن يفترض قيام عنصرين، عنصر مادي، وهو استعمال حيل، وعنصر شخصي، وهو أن تكون هذه الحيل من الجسامة لولاها ما أبرم المدلس عليه العقد، والحيل وسائل أو مظاهر خداعة، مثل إبراز أوراق مزورة أو كتابة منشورات أو إعلانات كاذبة[4].

وتنص المادة 86 من القانون المدني الجزائري على أنه:

" يجوز إبطال العقد للتدليس إذا كانت الحيل التي لجأ إليها أحد المتعاقدين أو النائب عنه من الجسامة بحيث لولاها لما أبرم الطرف الثاني العقد.

---

1. عمرو عبد الفتاح، مرجع سابق، ص321.
2. لزهر بن سعيد، مرجع سابق، ص101.
3. سمير حامد عبد العزيز، مرجع سابق، ص165.
4. علي علي سليمان، مرجع سابق، ص60،61.

ويعتبر تدلسيا السكوت عمدا عن واقعة أو ملابسة إذا ثبت أن المدلس عليه ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو هذه الملابسة"[1].

وتنص المادة 87 من القانون ذاته:" إذا صدر التدليس من غير المتعاقدين، فليس للمتعاقد المدلس عليه أن يطلب إبطال العقد، مالم يثبت أن المتعاقد الآخر كأن يعلم، أو كان من المفروض حتما أن يعلم بهذا التدليس"[2].

يتضح من نص المادتين 86 و87 من القانون المدني أنه يجب لإبطال العقد بسبب التدليس توافر ثلاثة شروط هي: استعمال طرق احتيالية، أن يكون التدليس دافعا إلى التعاقد وأخيرا أن يتصل التدليس بالمتعاقد الآخر.

وعلى ذلك فإن للتدليس طريقتين، الأولى إيجابية، وتتمثل في القيام بوسائل احتيالية بغرض إيقاع المتعاقد في غلط يدفعه إلى التعاقد، والثانية سلبية وهي سكوت أحد المتعاقدين عن ذكر بيانات معنية إذا كان من شأن العلم بها إحجام المتعاقد الآخر عن ابرام العقد[3].

ولعل ثورة الإتصالات وتقنية العرض الإنتاجي للمستهلك عبر الأنترنت مع ما توفره هذه التقنية من وسائل ما يفتح المجال واسعا للغش والتدليس بجمهور المتعاقدين الأمر الذي يحتاج إلى تطبيق القواعد القانونية من أجل توفير حماية للمستهلك والمتعاقدين

ولما كان الأصل في القانون أن الكذب وحده لا يكفي لتكوين عنصر الحيلة في التدليس، بل يلزم وجود مظاهر خارجية تدعم الكذب وخروجه عن المألوف في التعامل، إلى جانب ضرورة توافر القصد المعنوي للتدليس من تضليل وخديعة لذلك نجد أن الكذب في الإعلانات الالكترونية للسلع

1. تقابلها المادة 125 من القانون المدني المصري.
2. تقابلها المادة 126 من القانون المدني المصري.
3. لزهر بن سعيد، مرجع سابق، ص102.

والمنتجات التي يعلن عنها عبر الأنترنت يدخل حتما في نطاق التدليس طالما تجاوز الحد المألوف وكان مؤثرا في إرادة المستهلك ودافعا له للتعاقد[1].

ونتيجة لذلك فقد حكمة محكمة استئناف AIXEN PROVINCE بإبطال عقد إيجار وذلك للتدليس الذي حث نتيجة الدعاية الكاذبة بشأن مواصفات فيلا سياحية للإيجار تطل على البحر المتوسط، وذلك لإخفاء الشركة مكان الفيلا والتي كانت كائنة بجانب موقع البناء[2].

وقد عرفت فرنسا في السنوات الأخيرة انتشارا كبيرا لاستخدام الطرق الإحتيالية، وخاصة فيما يتعلق بالبطاقة المصرفية وسوء الائتمان بصورة أصبحت تهدد التجارة الإلكترونية، وهو الأمر الذي دفع بالمشرع الفرنسي لإصدار القانون رقم 1062/2001 بتاريخ 15 نوفمبر 2001، والمتعلق بأمن وحماية حامل البطاقة المصرفية، ووفقا لنص المادة 132 من هذا القانون يتم إعفاء حامل البطاقة المصرفية من أية مسؤولية في حالة الوفاء الذي يتم غشا عن بعد من الغير، دون استخدام البطاقة استخداما ماديا، وكذا في حالة الوفاء الذي يتم بتقليد البطاقة أو تزويرها، كما شدد هذا القانون العقوبات المقررة لجرائم الإحتيال والتزوير والتزييف لا سيما تلك المتعلقة بالبطاقات المصرفية[3].

وتقتضي الإشارة إلى أن الطبيعة غير المادية للمعلومات والبيانات التي يتم نقلها عبر تقنيات الإتصال الحديثة، تطرح مشكلة بشأن إثبات الخداع الذي يقع عبر تقنيات، ولاسيما أن مرتكب أفعال الاحتيال غالبا ما يسعى إلى إخفاء عملياته الإحتيالي، وإزالة آثارها بأساليب تقنية، بحيث يعجز من وقع عليه عن اكتشاف هذا الخداع وإثباته، وخصوصا أن إزالة البيانات والمعطيات التي يحتويها الجهاز المستخدم، وحتى البرامج المعلوماتية ذاتها لا تترك أثرا ماديا ملموسا، على خلاف المستندات الورقية التي تتم بصورة مادية، بحيث يمكن إثباتها بسهولة[4].

---

[1]. عمرو عبد الفتاح علي يونس، مرجع سابق، ص325.

[2]. هالة جمال الدين محمد محمود، أحكام الاثبات في عقود التجارة الالكترونية، دار النهضة العربية، مصر، 2013، ص198.

[3]. سمير حامد عبد العزيز الجمال، مرجع سابق، ص169.

[4]. الياس ناصيف، مرجع سابق، ص133.

ويزيد الأمر صعوبة إذا كانت المعلومات العقدية عبر الأنترنت، والتي عبث بها، هي بيانات صادرة من متعاقد موجود بدولة أخرى، مما يتعذر ملاحقته وتفتيش مكانه، لتستره وراء سيادة الدولة الموجودة بها والتي يحمل جنسيتها[1].

غير أنه يمكن الحد من ظاهرة الغش والتدليس في التعاقد الإلكتروني عن طرق تنشيط دور جهات التوثيق الإلكتروني، أو مقدم خدمات التوثيق، فدورها ليس قاصرا على مجرد التأكد من صحة ونسبة صدور الإرادة التعاقدية الإلكترونية إلى منشئها، بل التأكد من جدية هذه الارادة وبعدها عن وسائل الغش والتدليس[2].

ويكون ذلك عن طريق قيام هذه الجهات بتتبع المواقع التجارية عبر الأنترنت للتحري عنها وصحتها ومصداقيتها في التعامل فإذا تبين عدم جدية أحد المواقع، فإنها تقوم بتحذير المتعاملين عبر الشبكة عن طريق إرسال رسائل تحذيرية تبين فيها عدم مصداقية هذا الموقع، وأن الموقع وهمي لا وجود له[3].

الأمر الذي دفع التشريعات الحديثة في مجال التعاملات الإلكترونية ومن أجل حماية المستهلكين، أوجبت إعلام وتزويد المستهلكين بالمعلومات الضرورية حتى يقوم بالتعاقد عندما يتم إبرام العقد عن بعد[4]، وهذا ما أورده القانون التونسي بشأن المبادلات والتجارة الإلكترونية في الفصل 25 بإلزام البائع بأن يوفر للمستهلك بطريقة واضحة ومفهومة قبل إبرام العقد، هوية وعنوان البائع، طرق المنتوج أو الإبدال، إمكانية العدول عن الشراء وأجله....إلخ، وهو الأمر ذاته أشار له المشرّع الجزائري في القانون رقم 05/18 والمتعلق بالتجارة الإلكترونية في نصوص المواد، 11، 13، 23.

---

1. أحمد عبد التواب محمد بهجت، مرجع سابق، ص201.
2. خالد ممدوح ابراهيم محمد، ابرام العقد الالكتروني، مرجع سابق، ص143.
3. لزهر بن سعيد، مرجع سابق، ص104.
4. محمد حازم عبد الستار ، الحماية المدنية للمستهلك في العقد الالكتروني، رسالة لنيل شهادة الماجستير، جامعة الشرق الأوسط، الأردن، 2018، ص43.

ثالثا: الإكراه.

يمكن تعريف الإكراه على أنه تهديد المتعاقد دون حق بخطر يبعث في نفسه رهبة تحمله على التعاقد وعليه قد يتعاقد شخص لآخر مختارا، بل بسبب الضغط على إرادته بطريقة التهديد الذي يولد في نفسه رهبة وخوف، يخاف فيهما على نفسه أو ماله أو شرفه أو نفس أو مال أو شرف أحد أقربائه[1].

فالعمل الذي يقوم به المكره تحت تأثير الإكراه لا يمكن أن يعزى إلى إرادته لأن المكره لولا الإكراه لما قام به، فالذي يفسد الرضا ليست هي الوسائل المادية التي تستعمل في الاكراه بل هي الرهبة التي تقع في نفس المتعاقد، علما أنه يستوي في الإكراه أن يقع من أحد المتعاقدين على الآخر أو من الغير، فإذا وقع من الغير مستوفيا لشروطه كان مفسدا للتصرف كالإكراه الواقع من أحد المتعاقدين وتلحق به الإجازة[2].

ولذلك نص القانون المدني الجزائري في المادة 88 على أنه:

"يجوز إبطال العقد للإكراه إذا تعاقد شخص تحت سلطان رهبة بينة بعثها المتعاقد الآخر في نفسه دون حق".

وتعتبر الرهبة قائمة على بينة إذا كانت ظروف الحال تصور للظرف الذي يدعيها أن خطرا جسيما محذقا يهدده هو، أو أحد أقاربه، في النفس،أو الجسم أو الشرف، أو المال.

ويراعى في تقدير الإكراه جنس من وقع عليه هذا الاكراه، وسنه وحالته الإجتماعية، الصحية، وجميع الظروف الأخرى التي من شانها أن تؤثر في جسامة الإكراه".

وتنص المادة 89 "إذا صدر الإكراه من غير المتعاقدين فليس للمتعاقد المكره أن يطلب إبطال العقد، إلا إذا أثبت أن المتعاقد الآخر كان يعلم أو كان من المفروض حتما أن يعلم بهذا الاكراه".

---

[1]. دربال عبد الرزاق، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، دار العلوم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2004، ص27.

[2]. عبد القادر الفار، مرجع سابق، ص73.

ومن هذه النصوص يتبين بأنه يشترط في الإكراه الذي يعد عيبا في الإرادة، أن يتم التعاقد تحت سلطان رهبة بينة يبعثها المتعاقد الآخر في نفسه دون وجه حق، وأن تكون هذه الرهبة بعثت في نفس المتعاقد بفعل المتعاقد الآخر، أو أن يكون عالما بها إذا بعثت من غيره، وأخيرا يشترط أن تكون هذه الرهبة هي الدافع إلى التعاقد[1].

ولقد أكدت محكمة النقض المصرية في حكم لها على أنه: وإن كان يشترط في الإكراه الذي يعتد به سببا لإبطال العقد أن يكون غير مشروع وهو ما أشارت إليه المادة (1/127) من القانون المدني، إذ نصت على أنه:" يجوز إبطال العقد للإكراه إذا تعاقد شخص تحت سلطان رهبة بعثها المتعاقد الآخر في نفسه دون حق وكانت قائمة على أساس...."،مامفاده أن يجب في الرهبة أن يكون المكره قد بعثها في نفس المكره بغير حق ـ على ذلك فإن الدائن الذي يهدده مدينه بالتنفيذ عليه إنما يستعمل وسيلة قانونية للوصول إلى غرض غير مشروع، كما إذا استغل المكره صغر المكره ليستمد منه ما يزيد عن حقه، فإن الاكراه في هذه الحالة واقعا بغير حق[2].

والإكراه بهذا المفهوم يصعب تصوره في مجال العقود الإلكترونية، لأنه غالبا ما يتم عرض المنتجات عبر الأنترنت، ونظرا لوقوع العقد دائما بين غائبين وفي أماكن متباعدة وعبر وسائل ووسائط متعددة[3]، ومجلس العقد الذي يجمعهما هو مجلس حكمي افتراضي وليس حقيقيا، لدى فإن المستخدم هو الذي يتصرف بالجهاز الإلكتروني، فيمكنه غلق الاعلان الذي يبث عبر الموقع الإلكتروني أو البريد الإلكتروني، أو أن يغلق الجهاز، فالمبادرة ترجع إليه دائما[4].

ومع ذلك فقد يحصل الإكراه في مجال العقد الإلكتروني بسبب التبعية الإقتصادية، حيث يضطر المتعاقد إلى ابرام العقد تحت ضغط العوز الإقتصادي وبالتالي يمكن تصور الإكراه بسبب

---

[1]. عجالي بخالد، مرجع سابق، ص219.

[2]. مراد محمود يوسف مطلق، التعاقد عن طريق وسائل الإتصال الإلكترونية، دراسة مقارنة، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، مصر، ص213.

[3]. رضا المتولي وهدان، مرجع سابق، ص78.

[4]. ميكائيل رشيد علي، مرجع سابق، ص502.

الإحتكار واضطرار المتعاقد إلى التعاقد بشروط مجحفة تحت تأثير الرهبة والخوف بسبب تهديد مصالحه، عندما يقبل على التعاقد بالرغم من الإجحاف اللاحق به، بسبب تهديد مصالحه[1].

ومن جهة أخرى فإن التعاقد الإلكتروني الذي يتم من خلال عزف المحادثة المزودة بكاميرا، بحيث يستطيع كل من المتعاقدين رؤية الآخر من خلال الكاميرا، ففي مثل هذه العقود، قد يستخدم المتعاقد بيانات ووثائق تحت يده، ويراها المتعاقد الآخر، ويكره على إبرام العقد، كما يتصور حدوث الإكراه من خلال قيام المتعاقد بتحميل بيانات خاصة بالمتعاقد الآخر، وإرسالها له عبر البريد الإلكتروني، مهدد إياه بهذه البيانات لحمله على قبول التعاقد[2].

رابعا: الإستغلال.

الإستغلال عبارة عن اختلال فاحش في الأداءات نتيجة إستغلال متعاقد ما في المتعاقد الثاني من ضعف نفسي[3].

فالإستغلال إذن هو أن يقدم شخص على إستغلال ما في المتعاقد الآخر من طيش بين أو هوى جامح لدفعه إلى إبرام تصرف ينطوي على غبن فادح لهذا المتعاقد، وذلك بالحصول على مزايا دون مقابل أو على مزايا لا تتناسب اطلاقا مع ما يحصل عليه المتعاقد الآخر، ومن أمثلة الإستغلال، إستغلال الزوجة الشابة لجمالها وذلك لدفع زوجها العجوز على أن يهب لها ماله، فيندفع إلى تحقيق مطلبها وهو تحت تأثير هوى جامح بولده في نفسه جمال زوجته، أو استغلال تاجر السيارات لشاب صغير طائش ورث حديثا مبلغا كبيرا من المال ودفعه لشراء سيارة يرغبها بثمن باهظ[4].

أما الغبن فيقصد به عموما عدم التعادل بين ما يأخذه المتعاقد وما يعطيه، فهو غابن إذا أخذ أكثر مما أعطى ومغبون إذا أعطى أكثر مما أخذ[5].

---

1. الياس ناصيف، مرجع سابق، ص 135. ، أحمد عبد التواب محمد بهجت، مرجع سابق، ص202.
2. علاء محمد الفواعير، مرجع سابق، ص206.
3. دربال عبد الرزاق، مرجع سابق، ص29.
4. رمضان أبو السعود، مرجع سابق، ص135.
5. دريد محمود علي، مرجع سابق، ص163.

إلا أنه يجب عدم الخلط بين ما يسمى الغبن والإستغلال ، فثمة تفرقة بينهما، فالغبن هو عدم التعادل بين ما يعطيه العاقد وما يأخذه وقت إبرام العقد، فمعيار الغبن معيار مادي بحث، يقوم على مجرد عدم التعادل بين الارادات المتبادلة إلى الحد الذي يخل بالتوازن الاقتصادي للعقد عند تكوينه، دون بحث فيما إذا كانت إرادة المتعاقد المغبون معيبة أو سليمة، فالعبرة في الغبن بالقيمة المادية للشيء الذي لا بالقيمة الشخصية للمتعاقد، لذلك فهو عيب في العقد أكثر منه عيب في الارادة، في حين أن الاستغلال يقصد به استفادة أحد المتعاقدين من حالة الضعف النفسي التي اعترت المتعاقد معه إلى الحد الذي يؤدي إلى عدم التعادل أو التوازن بين قيمة ما يعطيه المتعاقد وما يأخذه[1].

وتنص المادة 90 من القانون المدني الجزائري على أنه:

"إذا كانت أحد التزامات المتعاقدين متفاوتة كثيرا في النسبة مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد أو مع إلتزامات المتعاقد الآخر، وتبين أن المتعاقد المغبون لم يبرم العقد إلا أن المتعاقد الآخر قد استغل فيه طيشا بينا أو هوى جامحا، جاز للقاضي بناءا على طلب المتعاقد المغبون، أن يبطل العقد أو أن ينقص التزامات هذا المتعاقد".

ويجب أن ترفع الدعوى بذلك خلال سنة من تاريخ العقد، وإلا كانت غير مقبولة ويجوز في عقود المعاوضة أن يتوفى الطرف الآخر دعوى الإبطال إذا عرض ما يراه القاضي كافيا لرفع الغبن".

وقد نصت المادة 91 من القانون المدني الجزائري أيضا على أن:" يراعى في تطبيق المادة 90 عدم الإخلال بالأحكام الخاصة بالغبن في بعض العقود".

وقد أكدت محكمة النقض المصرية على أنه: من المقرر في قضاء هذه المحكمة أن يكون المتعاقد المغبون لم يبرم العقد لأن المتعاقد الآخر قد إستغل فيه طيشا بينا أو هوى جامعا بمعنى أن يكون هذا الإستغلال هو الذي أوقع المتعاقد المغبون في التعاقد، وإذا كان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاء برفض دعوى الطاعن المبينة على الفنية على أنه لم يدع أن المطعون ضده قد استغل فيه هوى جامحا أو طيشا بينا، وأن ما ذهب إليه الطاعن من أن الأخير قد استغل فقط حاجته وعدم خبرته

[1]. ثروت فتحي اسماعيل، مرجع سابق، ص185.

بفرض صحته لا يعتبر عبثا في مفهوم المادة 129 من القانون المدني فإنه يكون قد التزم صحيح القانون[1].

ويقوم الإستغلال كما يظهر من نص القانون على عنصرين: عنصر مادي، وهو عدم تعادل إلتزامات الطرفين مطلقا، ولا يكفي أن يكون عدم التعادل ضئيلا فهذا يحدث يوميا في البيع والشراء فيكون الثمن أكثر بعض الشيء من قيمة الشيء المبيع، بل يجب أن يكون عدم التعادل فادحا، ويخضع تقدير هذا العنصر المادي للقضاء بحسب الظروف والملابسات التي أطاحت بالتعاقد، أما العنصر الثاني في الإستغلال فهو عنصر شخصي وهو إستغلال طيش بين، أو هوى جامح أي متسلط على الإرادة[2]، يقصد بالطيش البين الخفة الزائدة والتسرّع الذي يؤدي بالشخص إلى سوء التقدير وعدم الإكتراث بالتصرف الذي يبرمه، أما الهوى الجامح فيقصد به تعلق شخص بشيء معين أو بشخص معين[3].

وفي التعاملات الإلكترونية، فإن تطبيقات الإستغلال قد تكاثرت نتيجة شيوع إستخدام وسائل الإتصال الإلكترونية في إبرام العقود، وانعدام الخبرة لدى أغلب المتعاملين بها، فالأكيد أن من يتعامل عبر تقنيات الإتصال الحديثة لإبرام عقد واحد أو عدة عقود يكون أقل خبرة ممن يحترف إجراء العقود باستخدام نفس الوسيلة[4]، ولحماية هذه الفئة وغيرها بدأت مختلف التشريعات العامية المنظمة للتجارة الإلكترونية تهتم بشكل كبير المستهلكين[5].

ولعل التشريع التونسي كان من أفضل التشريعات العربية التي تصدرت إلى هذه الحماية حيث نص في المادة (50) على أنه: " يعاقب كل من إستغل ضعف أو جهل شخص في إطار عمليات البيع الإلكتروني بدفعه للالتزام حاضرا أو آجلا بأي شكل من الأشكال، بخطية تتراوح بين 1000، 2000 دينار، وذلك إذا ثبت من ظروف الواقعة أن هذا الشخص غير قادر على تمييز أبعاد تعهد

---

1. مراد محمود يوسف مطلق، مرجع سابق، ص217.
2. علي علي سليمان، مرجع سابق، ص67،68.
3. دربال عبد الرزاق، مرجع سابق، ص30.
4. عجالي. بخالد، مرجع سابق، ص221،220.
5. لزهر بن سعيد، مرجع سابق، ص107.

أنه، أو كشف الحيل، أو الخدع المعتمدة بالإلتزام أو ثبت أنه كان تحت ضغط مع مراعاة أحكام المجلة الجنائية"[1].

ويتضح من هذا النص أن المشرع التونسي حاول حماية المشتري في عقد البيع الالكتروني، على أساس أن دفع المستهلك للتعاقد واستغلال عدم مقدرته على تمييز تعهداته التي يلتزم بها ينطوي على غبن، ويلحظ هنا أن الغبن كعيب من عيوب الإرادة يؤدي إلى قابلية العقد للإبطال، إلا أن المشرّع التونسي رتب جزاءا جنائيا نظرا لأن الطرف الآخر إستخدم وسائل وطرق إحتيالية، خدع بها المستهلك مما دفعه إلى التعاقد[2].

مما سبق يمكن القول بأنه إذا كانت نظرية عيوب الإرادة لها تطبيقات على درجة متفاوتة في عقود التجارة الإلكترونية مقارنة بتطبيقاتها في العقود التقليدية المبرمة في العالم المادي، غير أن هذا لا يعني التقليل من أهميتها في البيئة الإلكترونية، بل أن هذه النظرية تحتفظ بأهميتها شأنها في ذلك شأن بقية القواعد العامة الراسخة في النظام القانوني للعقد، إضافة إلى ذلك أن الطبيعة الجوهرية للعقد والقواعد التي يقوم عليها في العالمين المادي والإفتراضي لم تتغير رغم إختلاف الوسيلة المستخدمة في إبرام العقد[3].

المبحث الثالث: زمان ومكان إبرام العقد عبر الأنترنت:

يترتب على تحديد زمان ومكان إبرام العقد سواء في شكله التقليدي أو في شكله الإلكتروني العديد من النتائج، والتي من أهمها تحديد الآثار التي تترتب على إبرام العقد من ناحية تنفيذ الإلتزامات المتبادلة التي تقع على أطراف العملية التعاقدية، ومن ناحية أخرى تحمل تبعة حدوث خلل في عملية تنفيذ العقد[4].

1. مراد محمود يوسف مطلق، مرجع سابق، ص218.
2. خالد ممدوح إبراهيم محمد، إبرام العقد الالكتروني، مرجع سابق، ص147.
3. بسمان نواف الراشدي، مرجع سابق، ص139.
4. صفوان حمزة إبراهيم عيسى الهواري ،مرجع سابق ، ص125.

وتعد مشكلة تحديد زمان ومكان إبرام العقد الإلكتروني من أهم وأدق المشاكل التي يثيرها التعاقد الإلكتروني عبر شبكات الاتصال والمعلومات لاسيما وأن قانون الأونيسترال النموذجي الخاص بالتجارة الإلكترونية لعام 1996 وكذلك التوجيه الأوربي رقم 7/97 لعام 1997 والمتعلق بحماية المستهلكين في التعاقد عن بعد، وكذلك المرسوم الفرنسي رقم 471 لسنة 2001 الصادر إعمالا له لم يتضمن تحديد صريحا لزمان إبرام العقد ومكانه مما قد يؤدي إلى اختلاف الدول في تبني مفهوم موحد في المقام[1].

ويبدون أن التعاقد عبر شبكة الأنترنت قد أعاد من جديد لهذه المسألة أهميتها في نظرية العقد، خصوصا أن هذا التعاقد قد يتم بين أفراد ينتمون إلى دول مختلفة من كافة أرجاء العالم، وعادة لا يعرف المتعاقد الطرف الآخر في عملية التعاقد، وقد لايعرف جنسيته أيضا، وكذلك سهولة تمام عملية التعاقد عبر شبكة الأنترنت وسرعتها، فكل هذه العوامل جعلت دراسة زمان انعقاد العقد عبر شبكة الأنترنت ومكانه تتجدد وتبرز أهميتها للعموم مرة أخرى[2]، وإن بحث الموضوع يقتضي منا تحديد لحظة زمان إنعقاد العقد، تم تحديد مكان إنعقاد العقد عبر شبكة الأنترنت، وهو ما نبحثه في مطلبين.

المطلب الأول: زمان إبرام العقد عبر شبكة الأنترنت.

يثور التساؤل عن وقت إبرام عقد التجارة الإلكترونية، فهل يعد العقد قد أبرم عند دخول الرسالة الإلكترونية المتضمنة للقبول نظام الحاسوب الخاص بالموجب؟ أم عندما يصل القبول نظام الحاسوب الخاص بالموجب ويسجلها الحاسوب؟ أم عندما يصل القبول لنظام المعلومات الخاص بالموجب ويقوم بالاطلاع عليها ومعالجتها وتفسيرها[3].

وتكمن صعوبة تحديد وقت إبرام العقد الإلكتروني نتيجة لصعوبة تحديد زمان وصول القبول والإيجاب إلى الطرف الآخر، ذلك أنه عندما يتم نقل التعبير عن الإرادة إلكترونيا عن طريق الضغط

---

[1]. موقف حماد عبد، الحماية المدنية للمستهلك في عقود التجارة الالكترونية، دراسة مقارنة، مكتبة السنهوري، بغداد، العراق، 2011، ص176.

[2]. مصطفى موسى العجارمة، مرجع سابق ، ص305.

[3]. شادي رمضان إبراهيم طنطاوي، مرجع سابق ، ص215.

على أزرار لوحة مفاتيح جهاز الكمبيوتر، فإن هذه الإرادة الالكترونية تنقل عن طريق ترددات كهربائية يتم تشفيرها إلى ومضات إلكترونية تصل إلى جهاز الكمبيوتر لدى المرسل إليه يصعب تحديد تاريخ وصول الومضات الالكترونية إلى الطرف الآخر[1].

فالبحث في هذا الموضوع يتطلب منا توضيح أهمية تحديد زمان إبرام العقد عبر شبكة الأنترنت، إضافة إلى تحديد لحظة إبرام العقد مع تبيان موقف التشريعات الدولية والوطنية من ذلك، وهو ما نبحثه في الفروع الآتية:

الفرع الأول: أهمية تحديد زمان إنعقاد العقد عبر الأنترنت.

لا تخفى أهمية تحديد زمان إنعقاد العقد، فمعرفة زمان إنعقاد العقد، له من الأهمية البالغة في الأمور الآتية:

1 ـ تحديد أهلية المتعاقدين: فلو أن الموجب كان قاصرا وقت صدور الإيجاب، ثم صار بالغا رشيدا عنه علمه بالقبول، كان العقد صحيحا في هذه الحالة، حيث أن العبرة هي بأهلية المتعاقدين وقت إبرام العقد[2].

2 ـ للموجب الحق في الرجوع عن إيجابه طالما يقترن به قبول، كما أن لمن وجه إليه الإيجاب الحق في العدول عن قبوله قبل تمام العقد، ولذلك تبدو أهمية تحديد وقت انعقاد العقد، فهو الوقت الذي يمتنع بعده على كل أطراف العقد العدول عنه أو التحليل منه[3].

---

[1]. خالد ممدوح إبراهيم، إثبات العقود والمراسلات الالكترونية، مرجع سابق، ص105.

[2]. أيمن ابراهيم العشماوي، مجلس العقد الالكتروني، دراسة مقرنة، دار النهضة العربية، مصر، 2009، ص112.

[3]. رمضان أبو السعود، مرجع سابق، ص85.

3 ـ معرفة بدء سريان تقادم الإلتزامات المترتبة على العقد، ففي الإلتزامات المنجزة يبدأ سريان التقادم من وقت تمام العقد، لأن الدين حينئذ يكون مستحق الأداء ولهذا فإن تحديد وقت انعقاد العقد مسألة بالغة الأهمية، إذ به يبدأ ميعاد التقادم في السريان[1].

4 ـ يتوقف تحديد نطاق سريان القوانين الجديدة على العقود على تاريخ إبرامها، فالعقود التي تتم بعد العمل بالقانون الجديد تخضع له بلا نزاع، أما العقود التي تنعقد قبل العمل بالقانون الجديد فلا تخضع له فيما يتعلق بشروط انعقادها وصحتها، ولا فيما يتعلق بأثارها التي لا تتصل بالنظام العام[2].

5 ـ تحديد الوقت الذي تترتب فيه أثار العقد، فالقاعدة أن العقد يرتب آثاره بمجرد انعقاده مالم يتفق الطرفان على تأجيلها، فلوكان العقد بيعا مثلا، تنتقل الملكية إذا كان المبيع منقولا معينا بالذات ويستحق البائع الثمن[3].

6 ـ كذلك بالنسبة للعقود التي يبرمها التاجر الذي أشهر إفلاسه حيث يتوقف مصيرها على معرفة وقت انعقادها[4].

الفرع الثاني: تحديد لحظة إبرام العقد.

إن تحديد لحظة انعقاد العقد قد لا يثير أي إشكال في التعاقد بين حاضرين، إذ يقترن الإيجاب والقبول في نفس اللحظة، لكونهما يجمعها مجلس عقد واحد، فلا يوجد فاصل زمني بين قبول القابل

---

[1]. بن خضرة زهيرة، الطبيعة القانونية للعقد الالكتروني، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر(1)، 2016/2015، ص44.

[2]. أحمد عبد الله محمد، مرجع سابق، ص21.

[3]. أيمن ابراهيم العشماوي، مرجع سابق، ص113.

[4]. ميكائيل رشيد علي، مرجع سابق، ص465.

وصدور القبول[1]، أما في التعاقد ما بين غائبين فإن القبول يصدر ثم تمضي فترة من الزمن هي المدة اللازمة لوصول القبول إلى علم الموجب، ومن ثم يختلف وقت صدور القبول عن وقت العلم به[2].

وبصدد هذا الغرض هناك أربع نظريات لإنتاج التعبير عن الارادة أثره القانوني، والتي وضعت من قبل الفقه، ولهذا يمكن القول أنه من الضروري أن نبين هذه النظريات والتي أسست لتحديد الوقت الذي يتم فيه إبرام العقد بين الطرفين، مع الاشارة إلى موقف التشريعات الدولية والوطنية على النحو الآتي:

أولا: النظريات الفقهية لتحديد زمان إنعقاد العقد.

طرح الفقه أربع نظريات تقليدية لحل هذه المسألة على النحو الآتي:

أ ـ نظرية إعلان القبول.

يذهب أنصار هذه النظرية إلى ان العقد يتم بمجرد أن يعلن من وجه إليه الإيجاب قبوله له، ففي هذا الوقت يتم التوافق بين الإرادتين فيتم العقد دون ان يتوق على علم الطرف الآخر أو عدم علمه، ومن مزايا هذا الرأي أنه يساعد على تحقيق السرعة في المعاملات، وهذا أمر مرغوب فيه بالنسبة للمعاملات التجارية[3].

ففي التعاقد بين غائبين يتم العقد بإعلان القبول، والموجب بعد إرساله الإيجاب بأي طريقة كانت انتهى أمره وأصبح الأمر للطرف الآخر الذي إذا قبل تم العقد، وكانت هذه اللحظة هي وقت

---

[1]. غادة جواد مسودي، التنظيم القانوني للعقد الالكتروني في فلسطين، رسالة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق والإدارة العامة، جامعة بيرزيت، فلسطين، 2007، ص97.

[2]. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، مرجع سابق، ص237.

[3]. رمضان أبو السعود، مرجع سابق،ص86،87.

وزمان إنعقاد العقد[1]،وقد أخذت بهذه النظرية بعض من القوانين المدنية العربية منها القانون المدني السوري في المادة (98)[2]، والقانون المدني الأردني في المادة (101)[3].

وتطبيقا لتلك النظرية إذا قام العميل أو المشتري أثناء تصفحه للمواقع التجارية عبر الأنترنت التي تعد عروضها ايجابيا لساع المعلن عنها وقام العميل بالضغط على الأيقونة المخصصة للقبول هنا في هذه اللحظة يتحقق وجود العقد الالكتروني لاقتران الايجاب بالقبول وتطابقهما وفقا لنظرية إعلان القبول[4].

أما في مجال العقود التي يتم ابرامها عبر البريد الالكتروني فإن اللحظة التي يمكن القول فيها بانعقاد العقد هي تلك اللحظة التي يعلن فيها من وجهت إليه الرسالة الإلكترونية عبر البريد الإلكتروني قبوله، وقيامه بإعداد رسالة إلكترونية تتضمن قبول هذا الإيجاب ويتحدد هنا وفقا لنظرية إعلان القبول وقت قبول الضغط على زر الإرسال لرسالته التي تحمل القبول[5].

وبالتحري عن مدى إمكانية تطبيق الحل الذي أوردته هذه النظرية على التعاقد في عقود التجارة الإلكترونية من خلال رسائل البيانات المتبادلة إلكترونيا والذي تجرى فيه عمليات الإدخال والتخزين والإسترجاع إلكترونيا[6].

نجد أن الأخذ بهذه النظرية تجعل من إنعقاد 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 كالأنترنت، وعليه فإن هذه النظرية بهذا السياق غير مناسبة للتعامل عبر

---

1. شحاتة غريب شلقامي، مرجع سابق، ص117.

2. نصت المادة 98 من القانون المدني السوري رقم 84 لعام 1949 على أنه:" يعتبر التعاقد ما بين الغائبين قد تم في المكان وفي الزمان الذي صدر فيهما القبول، مالم يوجد اتفاق أو نص قانوني يقصى بغير ذلك".

3. نصت المادة 101 من القانون المدني الأردني رقم 43 لعام 1976 على أنه:" إذا كان المتعاقدان لا يضمهما حين العقد مجلس واحد يعتبر التعاقد قد تم في المكان وفي الزمان الذي صدر فيهما القبول مالم يوجد اتفاق أو نص قانوني يقضي بغير ذلك".

4. خالد ممدوح إبراهيم ، إبرام العقد الالكتروني، مرجع سابق، ص296.

5. عمرو عبد الفتاح على يونس، مرجع سابق، ص344.

6. بسمان نواف الراشدي، مرجع سابق، ص184.

شبكة الأنترنت، فالموجب قد يوجه إيجابه إلى الجمهور فلا يمكن أن نطلب منه في هذه الحالة أن يستنتج عدد الأشخاص الذين قبلوا العرض، طالما لم يصله قبولا إلا من عدد محدد إضافة إلى أن الموجب قد يجد نفسه الحالة الأخيرة أمام ملايين الدعاوى القضائية المقامة ضده من أشخاص أعلنوا قبولهم ولم يخبروه بذلك، يطالبونه فيها بتنفيذ عقود هو نفسه لا يعلم بأنها قد أبرمت معه، وبالنتيجة فإن الأخذ بهذه النظرية لن يستقيم مع واقع التجارة والمعاملات الإلكترونية[1].

إضافة إلى ذلك يؤخذ على هذه النظرية خروجها على القواعد العامة من ناحتين، فليس من الضروري أن تكون الإرادتان متوافقتين بإعلان القبول، إذ يجوز أن يعدل الموجب ولا يصل عدوله إلى القابل إلا بعد صدور القبول، كذلك ليس من الصحيح أن القبول ينتج أثره بمجرد صدوره، فالقبول إرادة، والارادة لا تنتج أثرها إلا من وقت العلم بها[2].

لا يكفي لتمامها مجرد تطابق الإرادتين بل يلزم فضلا عن ذلك استيفاء شكل قانوني معين كالكتابة[3].

ب ـ نظرية تصدير القبول.

يتفق أنصار هذه النظرية مع النظرية الأولى في أن العقد ينعقد من وقت إعلان القبول، ولكنهم يشترطون في إعلان القبول أن يكون نهائيا لا يملك القابل الرجوع فيه، ولا يصبح القبول بهذا الشكل إلا إذا تم البرق أو تبليغه إلى رسول ينطلق به إلى الموجب[4].

جاءت هذه النظرية لتجنب الإنتقاد العملي الموجه لنظرية الإعلان بقولها: مادام يخشى من الأخذ بنظرية إعلان القبول، ألا يستطاع اثبات صدور القبول، ولا تعيين وقت صدوره، فإن الحل هو

---

1. محمود عبد الرحيم الشريفات، مرجع سابق، ص165.
2. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام مرجع سابق، ص241.
3. مصطفى أحمد أبو عمرو، مرجع سابق، ص116.
4. دريد محمود علي، مرجع سابق، ص94،عبد القادر الفار، مرجع سابق، ص51.

بالاعتماد على الوقت الذي يثبت فيه تصدير القبول بصفة قاطعة كإرسال الخطاب بالبريد الذي يمكنه إثباته من خلال تاريخ إيصال البريد، وختمه[1].

ويأخذ القانون السويسري بهذه النظرية في المادة 1/10[2]، من قانون الإلتزامات التي تنص على أن:" العقد الذي يبرم بين غائبين ينتج أثره من وقت تصدير القبول" أما في فرنسا وعلى الرغم من أن القانون المدني الفرنسي لم يتضمن نصا تشريعيا في هذا الشأن، إلا أن محكمة النقض الفرنسية قد أخذت بنظرية إرسال القبول، حيث قضت في حكم صادر لها بتاريخ 7 جانفي 1981 بأنه: " مالم يوجد إتفاق مغاير بين الأطراف فإن العقد ينعقد ليس بتسلم الموجب لقبول الطرف الآخر، ولكن بإرسال القابل لقبوله"[3].

وإذا ما طبقا هذه النظرية على التعاقد من خلال برامج البريد الإلكتروني، فنجد على سبيل المثال أنه إذا رغب الموجب له في إرسال قبوله عن طريق البريد الإلكتروني، فينعقد العقد في لحظة إرسال الرسالة الإلكترونية (سواء كانت هذه الرسالة نصية أو صوتية أو مرئية)، ويتم الإرسال بالضغط على أيقونة (send)، وعندما تدخل هذه الرسالة تحت سيطرة مزود الخدمة المشترك لديه المرسل (القابل)، الذي بدوره يقوم عن طريق جهازه الخادم بإيصال هذه الرسالة إلى مزود الخدمة المشترك لديه المرسل إليه(الموجب)[4].

ولكن يؤخذ على هذه النظرية إمكانية استرداد القابل لرسالته قبل وصولها للموجب، وإن كان هذا أمرا من الصعب تصوره في العقود الإلكترونية التي تتم بالبريد، لأن الرسالة الإلكترونية تصل فورا وفي الحال لمن وجهت إليه، ولكن رغم ذلك، المشكلة تكمن في عدم علم الموجب بهذه الرسالة أو عدم

---

1. بشار طلال أحمد مومني، مرجع سابق، ص74.

2. علي علي سليمان، مرجع سابق، ص34.

3 Cass, com, 7 Janv, 1981, Bull, Civ, iv, n°14, p.11.

مشار إليه لدي: سمير حامد عبد العزيز الجمال، مرجع سابق، ص138.

4. مجد الدين محمد اسماعيل السوسوة، مرجع سابق، ص668.

فتحه لصندوق بريده الإلكتروني لمدة معينة، وبالتالي لا يتوافر لديه العلم بقبول من وجه إليه الايجاب حتى يعد نفسه لتنفيذ العقد والوفاء بالتزاماته[1].

إضافة إلى ذلك تقوم نظرية تصدير القبول على أساس أن هناك فارقا زمنيا محسوسا بين تصدير القبول وتسلمه وهذا الفارق وإن كان متحققا عندما يتم التعاقد بين غائبين من خلال الوسائل التقليدية، إلا أنه غير متحقق في التراسل عبر الأنترنت من خلال برامج البريد الإلكتروني، أو من خلال برامج المتاجر الافتراضية، حيث أن إرسال الرسالة الإلكترونية وتسلمها أو رفضها يتم في زمن لا يكاد يكون محسوسا[2].

فالفرض الذي قد يطرح ليس هو وجود فارق زمني بينهما، ولكن المتصور هو عدم تسلم الرسالة الإلكترونية لسبب فني مثلا، وفي هذه الحالة فإن المانع الفني من التسلم يعني أيضا أن الارسال لم يتم هو الآخر بمعنى أن الرسالة التي تتضمن القبول مازالت حبيسة جهاز الكمبيوتر الخاص بالقابل، وبذلك نبقى في نطاق إعلان الإيجاب دون إرساله أو تصديره، وليس في نطاق تصديره دون تسلمه وهو ما دفع بعض الفقه إلى القول أن: كل ما يقال في هذا الشأن في القانون التقليدي عن وجود فاصل زمني بين التصدير والوصول هو على وشك الاندثار، لإنه لا يوجد على الأنترنت هذا التفاوت في الزمن بين الإيجاب والقبول، فالتصرفات الالكترونية هي تصرفات عن بعد ولكنها فورية ومتعاصرة[3].

ج ـ نظرية تسليم القبول.

يذهب أنصار هذه النظرية إلى أن القبول لا يكون نهائيا إلا إذا وصل إلى الموجب سواء علم به أو لم يعلم به، ويعد وصول القبول إلى الموجب قرينة على علمه به، وبالتالي فإنه وفقا لهذه

1. شحاتة غريب شلقامي، مرجع سابق، ص118.
2. مجد الدين محمد اسماعيل السوسوة، مرجع سابق، ص669،670.
3. أسامة أبو الحسن مجاهد، خصوصية التعاقد عبر الأنترنت، مرجع سابق، ص93.

النظرية، فإن وقت انعقاد العقد هو وقت وصول الرسالة المتضمنة للقبول إلى الموجب، والمقصود بالوصول هنا هو السيطرة الفعلية للموجب على الرسالة المتضمنة للقبول[1].

وقد أخذت بهذه النظرية إتفاقية فيينا الخاصة بالبيع الدولي لسنة 1980 حيث نصت في المادة 2/18 منها على أنه: " يحدث القبول أثره في اللحظة التي يصل فيها إلى الموجب ما يفيد الموافقة، ولا يحدث القبول أثره إذا لم يصل إلى الموجب خلال المدة التي اشترطها أو خلال مدة معقولة في حالة عدم وجود مثل هذا الشرط، على أن يؤخذ في الإعتبار ظروف الصفقة وسرعة وسائل الاتصال التي استخدمها الموجب، ويلزم قبول الإيجاب الشفوي في الحال مالم يتبين من الظروف خلاف ذلك[2].

في حين عينت المادة 24 من الإتفاقية نفسها بتوضيح المقصود من (وصول إعلان القبول إلى الموجب) حيث نصت على أنه: " يعتبر الإيجاب أو الإعلان عن قبول أو أي تعبير آخر عن نية المتعاقد قد وصل إلى المخاطب إذ أبلغ شفويا أو سلم إليه بأية وسيلة للإتصال شخصيا أو في مكان مقر عمله أو على عنوانه البريدي، أو في محل إقامته المعتاد إذا لم يكن له مقر عمل أو عنوان بريدي[3].

كما أن مبادئ عقود التجارة الدولية الصادرة في روما عن المعهد الدولي لتوحيد قواعد القانون الخاصUNID ROIT عام 1994، قد أخذت بنظرية الوصول، حيث أعلنت أن قبول الإيجاب يحدث أثره عندما يصل إلى الموجب ما يشير إلى ذلك[4].

---

1. لزهر بن سعيد، مرجع سابق، ص113.
2. ابراهيم عبيد علي آل علي، مرجع سابق، ص203.
3. سمير حامد عبد العزيز الجمال، مرجع سابق، ص138،139.
4. مجد الدين محمد اسماعيل السوسوة، مرجع سابق، ص672.

ومن مزايا هذه النظرية توزيع المخاطر بين الموجب والقابل بصورة عادلة، فيتحمل القابل مخاطر عدم إنعقاد العقد في حالة تأخر القبول بالرغم من وصوله للموجه إليه، فهذه النظرية لا تستند إلى الخطأ بل إلى المخاطر[1].

بمقتضى هذه النظرية ينعقد العقد الإلكتروني إعتبارا من وقت دخول رسالة البيانات التي تتضمن القبول إلى نظام المعلومات للمرسل إليه الخاص باستقبال رسائل البيانات أونظام الذي تم تعينه من قبل المرسل إليه لهذا الغرض، حتى ولم يطلع الموجب على محتوى تلك الرسالة، فينعقد العقد مثلا من الوقت التي تدخل الرسالة إلى حقل الوارد في صندوق البريد الإلكتروني دون أن يأخذ بعين الإعتبار العلم الفعلي للموجب بمحتوى القبول الإلكتروني[2].

إلا أنه يثار تساؤل في حالة لو وصلت رسالة القبول إلى مقدم خدمة الأنترنت ولم تصل إلى الموجب في الوقت المحدد، فلو فرضا أن الموجب قد حدد لإيجابه فترة زمنية تنتهي في تمام الساعة الثانية مساء، وأرسل الموجه إليه الإيجاب قبوله قبل الموعد المحدد ولكن لوجود عيب تقني في شبكة الإتصالات قام مقدم خدمة الأنترنت بتوصيل الرسالة ولكن بعد الميعاد المحدد أي بعد الساعة الثانية مساء، فهل ينعقد العقد في هذه الحالة؟ أم أن الموجب غير ملزم بإبرام العقد لأن الرسالة وصلت بعد انتهاء الميعاد المحدد سلفا؟[3].

يذهب بعض الفقهاء إلى أن الموجب في هذا الغرض ملزم بإبرام العقد ولا يكون أمامه إلا الرجوع على مقدم خدمة الأنترنت طبقا لقواعد المسؤولية المقررة قانونا[4].

وقد أخذ على هذا الرأي أن وصول القبول ما هو إلا واقعة مادية ليس لها دلالة قانونية، إذ أن الوصول ليس بقاطع في علم الموجب بالقبول، وبالتالي لا تتحقق في هذه اللحظة تلاقي الإرادتين

---

[1] صفوان حمزة ابراهيم عيسى الهواري، مرجع سابق، ص129.

[2]. بن خضرة زهيرة، مرجع سابق، ص39.

[3]. عمرو عبد الفتاح على يونس، مرجع سابق، ص349.

[4]. خالد ممدوح ابراهيم محمد، ابرام العقد، مرجع سابق، ص298.

ولذلك إذا كان وصول القبول بعد قرينة على العلم به، إلا أن تلك القرنية قابلة لإثبات العكس فهي ليست بقاطعة في هذا الصدد[1].

فبالرغم من أنها توفر حلولا عملية وتقنية للعيوب التي وجهت إلى النظريات السابقة، إلا أن هذه النظرية لا يمكن إعتبارها ملائمة لطبيعة التعامل عبر شبكة الأنترنت.

د ـ نظم العلم بالقبول.

يرى أنصار هذه النظرية إن انعقاد العقد يرتبط بعلم الموجب بقبول من وجه الإيجاب إليه، ففي هذا الوقت يتحقق اقتران القبول بالإيجاب وينعقد العقد، وتتأسس هذه النظرية على ضرورة معرفة الموجب بموافقة الطرف الآخر حتى يتمكن الحديث عن إنعقاد العقد[2].

وهذه النظرية تتفق مع المنطق السليم كما يرى ذلك أنصارها، لأن الإيجاب تعبير إستشاري يقصد به الموجب إستشارة المخاطب على التعاقد، وله أن يعلم برد المخاطب على إيجابه، كما أنه يتفق مع مقتضيات التعامل ويبعث على استقراراه بين الناس، لأن الموجب سيطمئن إلى تمام العقد بعد أن يعلم بقبول المخاطب، مما يترتب على ذلك عدم عدول كلا الطرفين عن تعبيره بعد ذلك[3].

وقد أخذت معظم التشريعات المدنية العربية بنظرية العلم بالقبول[4]، ومنها القانون المدني الجزائري، حيث نصت المادة 61 منه على أنه:" ينتج التعبير عن الارادة أثره في الوقت الذي يتصل فيه بعلم من وجه إليه، ويعتبر وصول التعبير قرينة على العلم به مالم يقم الدليل على عكس ذلك".

---

1. رمضان أبو السعود، مرجع سابق، ص87.
2. دريد محمود علي، مرجع سابق، ص95.
3. عبد الواحد كرم علي، التعاقد بين غائبين في تشريعات الدول العربية، مجلة الادارة العامة، المجلد 41، العدد الثاني، يوليو 2001م ، ص359. ـ مشار إليه لدي: العيشى عبد الرحمان، مرجع سابق، ص224.
4. من التشريعات العربية التي أخذت بهذه النظرية نجد القانون المدني المصري في المواد (91،97)، المادة 97 مدني ليبي، المادة87 مدني عراقي، المادة 49 مدني كويتي.

كما تنص أيضا المادة 67 منه، فيما يتعلق بالتعاقد بين الغائبين على أنه:" يعتبر التعاقد ما بين الغائبين قد تم في المكان والزمان اللذين يعلم فيهما الموجب بالقبول مالم يوجد إتفاق أو نص قانوني يقضي بغير ذلك.

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

ما يستفاد من النصين السابقين أن المشرّع الجزائري قد أخذ بنظرية العلم بالقبول ثم أصبغ عليها بعض المرونة بما يحقق التوازن بين مصالح الطرفين، كما فتح المجال أمام اتفاق الأطراف أو النصوص الجماعية التي تأتي استجابة لهذا الهدف، وبيان ذلك أن عجز المادة61 وكذلك الفقرة الثانية من المادة 67 يقرر قرينة لصالح القابل مفادها أن إستلام الموجب للقبول يعد قرينة على العلم به، وبهذا يتم الحفاظ على التوازن بين مصالح الموجب والقابل، أما عجز المادة فقد أجاز للأطراف الإتفاق على تحديد زمان ومكان إنعقاد العقد غير وقت ومكان العلم بالقبول[1].

هذا وقد صدر عن محكمة النقض المصرية حكما مؤيدا لذلك، عندما اعتبرت وصول التعبير قرينة على العلم به، وإن كانت تقبل إثبات العكس هذا مالم يكن المتعاقدان قد اتفقا من قبل على تعيين زمن إبرام العقد ومكانه، وهذه من المسائل الموضوعية التي يختص بها قاضي الموضوع دون رقابة عليه من محكمة النقض[2].

أما العلم بالقبول الإلكتروني فإنه يتوقف على أسلوب التعاقد عبر الأنترنت، فإذا كان الإتصال والتفاعل مباشرا بين الموجب والموجب له عبر الخط فإن العلم اليقيني يتحقق فورا وأثناء التفاعل المباشر بين المتعاقدين حيث لا تنقضي ثمة فترة بين صدور القبول والعلم به[3].

وبتطبيق هذه النظرية أيضا على حالة التعاقد من خلال برامج البريد الإلكتروني فإنه يمكن القول بأن العقد ينعقد في لحظة علم الموجب بالقبول المرسل إليه من القابل، بأن يفتح صندوق بريده

1. بلقاسم حامدي، مرجع سابق، ص117.
2. نقص مدني1964/6/2، م.م.ف، س15، ق139، ص 895، مشار إليه لدي: نوزت جمعة حسن الهسنياني، مرجع سابق، ص142.
3.. مصطفى أحمد أبو عمرو، مرجع سابق، ص134.

الإلكتروني ويطلع على الرسالة الإلكترونية التي تتضمن القبول، ولما كان العلم بالقبول يعد أمرا شخصيا يصعب إثباته، لذا وبموجب هذه النظرية ينعقد العقد عند التراسل من خلال البريد الإلكتروني الخاص بالموجب، وهذه القرينة تقبل اثبات العكس بأن يثبت الموجب أنه لم يفتح صندوق بريده الإلكتروني، أو أنه لم يعلم بأمر القبول بالرغم من دخوله إلى صندوق بريده الإلكتروني[1].

وقد إنتقد البعض هذه النظرية على أساس أن علم الموجب بالقبول ليس شرط لانعقاد العقد، بل هو شرط لزوم ونفاذ، أي مجرد علم الموجب بالقبول سوف يلتزم بتنفيذ العقد ومطالبة الطرف الآخر بحقوقه[2].

كما يلاحظ على هذه النظرية أنها تترك عملية التعاقد في يد الموجب لوحده، إذ لا يوجد ما يلزمه بالإطلاع على رسالة القبول والعلم بها، كون أن وصول الرسالة لا يكفي لإنعقاد العقد، فإن أراد هو أن يطلع على الرسالة ويعلم بالقبول حينها ينعقد العقد، أما إذا رفض الإطلاع فإن العقد لا ينعقد[3]، كما أن القابل لا يملك دليل للإثبات علم الموجب بالقبول والتزامه قيام هذه النظرية على أساس أن إستلام البريد الإلكتروني يعتبر نهائيا لانتفاء القدرة على استرداده بعد دخوله إلى صندوق الموجب فإن هذه الفرضية قد سقطت مادام القابل يستطيع استرداد الرسالة من صندوق البريد الإلكتروني للموجب قبل أن يطلع عليها، وذلك باستخدام برنامج مايكروسوفت أوت لوك، إضافة إلى ذلك وبما أن العقد الإلكتروني عبر الأنترنت وفقا لهذه النظرية ينعقد بمجرد دخول الرسالة الإلكترونية التي تحمل القبول إلى صندوق الوارد الخاص بالموجب، فإن هذا الأمر يلغي أية إمكانية لعدول القابل عن قبوله سواء عن طريق المكالمة الهاتفية، أو أية وسيلة من وسائل الإتصال الفوري الأخرى[4].

ورغم هذه الإنتقادات، إلا أنها لا ترد على هذه النظرية فيما لو استخدمت في بيئة إلكترونية كشبكة الأنترنت، وذلك لأن أغلب المواقع التجارية على الشبكة والتي توجه عروضها إلى الجمهور وتنتظر الرد عبر رسائل بريد إلكتروني أو عبر الضغط على خانات القبول في نماذج العقود

1. مجد الدين محمد اسماعيل السوسوة، مرجع سابق، ص676.
2. شحاتة غريب شلقامي، مرجع سابق، ص121.
3. محمود عبد الرحيم الشريفات، مرجع سابق، ص171.
4. لما عبد الله صادق سلهب، مرجع سابق، ص127،128.

المطروحة على مواقعها لا تستخدم كوارد بشرية في التعامل مع هذه الرسالة ونماذج العقود، أنها تستخدم وسائط إلكترونية مؤتمتة تكون مبرمجة للتعامل مع هذه الرسائل ومعالجتها وتجهيز الطلبيات، ويكون الدور البشري هو دور توجيه وإشراف على عمل هذه الوسائط، وبالتالي فإن وصول رسائل البريد الإلكتروني إلى صندوق البريد سيؤدي إلى الاطلاع عليها مباشرة من قبل هذه الوسائط الإلكترونية والعلم بمضمونها، ويكون وصول رسالة القبول متزامنا مع العلم بها، أما في حالة ما إذا كان مرسل الإيجاب شخصا عاديا وليس موقعا إلكترونيا ولا يملك وسائط مؤتمتة تنوب عنه في معالجة الرسائل التي تصل إليه، ومن تم لا يمكن القول أن هذا الشخص قد علم بالقبول لحظة وصوله فعلا، كون جهاز الحاسوب الخاص به كان مغلقا، بل يفترض عليه أن يطلع على مضمونها مباشرة إذا كان جادا في التعاقد لأن القول بغير ذلك سيترك أمر التعاقد بيد الموجب[1]، بالعقد، مما قد يعطي الفرصة للموجب بأن يدعي عدم علمه بالقبول، إذا دعته الظروف لذلك[2].

الفرع الثاني: موقف قوانين المعاملات والتجارة الإلكترونية الدولية والوطنية من تحديد لحظة إنعقاد العقد عبر الأنترنت.

نتيجة للأهمية المتزايدة لمسألة تحديد زمان إنعقاد العقد التجاري الإلكتروني عبر الأنترنت، نظرا لخصوصيته من حيث إبرام هذا النمط من العقود دون الحضور المادي للطرفين المتعاقدين في مكان واحد[3]، فقد اهتمت الدول التي أصدرت تشريعات خاصة بالمعاملات الإلكترونية، بتحديد زمان انعقاد العقد الإلكتروني[4].

لهذا سنتناول موقف التشريعات الدولية أولا، ثم سنبحث في موقف التشريعات الوطنية من ذات المسألة.

---

1. محمود عبد الرحيم الشريفات، مرجع سابق، ص168.
2. خالد ممدوح ابراهيم ، ابرام العقد الالكتروني، مرجع سابق، ص298.
3. بسمان نواف الراشدي، مرجع سابق، ص191.
4. شحاتة غريب شلقامي، مرجع سابق، ص123.

أولا: موقف التشريعات الدولية.

1 ـ موقف القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية لعام 1996(الأونيسترال) لم يناقش القانون النموذجي مسألة تحديد زمان إنعقاد العقد عبر الوسائل الإلكترونية، ولكن إقتصرت نصوصه على مسألة زمان إرسال رسائل البيانات، لأنها هي التي تحمل ارادات المتعاقدين أي الإيجاب والقبول[1].

إذ تقرر المادة (1/15)[2]،من القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية إن وقت إرسال الرسالة هو الوقت الذي تدخل فيه نظام المعلومات" كأن يكون موقع على الشبكة" يكون خارجا عن سيطرة المرسل أو سيطرة الشخص الذي أرسل الرسالة نيابة عنه[3].

فهذه المادة تحدد واقعة الإرسال لرسالة البيانات فإنها تحدث متى دخلت الرسالة إلى نظام معلومات كمبيوتر أو أرسلت على شبكة الأنترنت بحيث خرجت عن سيطرة المنشئ لها إذا لم يكن للمنشئ استرجاعها مرة أخرى من جهاز المعلومات، أما إذا أمكن بوسيلة فنية استرجاع الرسالة قبل وصولها إلى المرسل وهي في طريق الإرسال فإن الرسالة لا تكون قد خرجت عن سيطرة المنشئ، هذا مالم يتفق المنشئ والمرسل إليه على تحقيق واقعة الارسال بطريقة أخرى، الأمر الذي يفهم منه أن هذه الأحكام هي أحكام مكملة لإرادة المتعاقدين وليست آمرة، ومن ثم يجوز الاتفاق على مخالفتها، وإن معيار الإعتداد بوقت إرسال واستقبال رسالة البيانات يقوم على فكرة دخولها نظام المعلومات[4]، وأن نظام المعلومات هذا لا يخضع لسيطرة منشئ الرسالة أو من أرسلها نيابة عنه[5].

---

1. غادة جواد مسودي، مرجع سابق، ص106.

2. نصت المادة 1 من قانون الأونيسترال النموذجي1/5، لعام1996 بقولها" مالم 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 رسالة البيانات نيابة عن المنشئ".

3. موفق حماد عبد، مرجع سابق، ص187.

4. عرفت المادة الثانية من القانون النموذجي للتجارة الالكترونية لسنة 1996 نظام المعلومات بأنه:" النظام الذي يستخدم لإنشاء رسائل البيانات أو إرسالها أو استلامها أو تخزينها أو لتجهيزها على أيه وجه آخر".

5. خالد عبد المنعم ابراهيم، ص 496.

ولتحديد وقات استلام رسالة البيانات، وفقا للقانون النموذجي، فقد نصت المادة 2/15 منه على أنه:" مالم يتفق المنشئ[1]. والمرسل إليه[2]، على غير ذلك يتحدد وقت استلام رسالة البيانات على النحو التالي:

أ ـ إذا كان المرسل إليه قد عين نظام معلومات لغرض استلام رسالة البيانات يقع الاستلام:

1 ـ وقت دخول رسالة البيانات نظام المعلومات المعين.

2 ـ أو وقت إسترجاع المرسل إليه لرسالة البيانات، إذا أرسلت رسالة البيانات إلى نظام معلومات تابع للمرسل إليه، ولكن ليس هو النظام الذي تم تعيينه.

ب ـ إذا لم يعين المرسل إليه نظام معلومات، يتم الإستلام عند ما تدخل رسالة البيانات نظام معلومات تابع للمرسل إليه."

نلاحظ أن القانون النموذجي يفرق بين حالتين:

الحالة الأولى: في حالة تعيين نظام معلومات لاستلام الرسالة.

عندما يقوم المرسل إليه بتحديد نظام معلومات معين يتلقى الرسائل منه، كأن يقوم بتحديد عنوان بريد الكتروني معين، ففي هذه الحالة يتحدد وقت الاستلام بدخول الرسالة إلى هذا الموقع، فإذا ما أرسلت الرسالة عبر موقع.

[1]. وقد عرف القانون النموذجي المنشئ في نص المادة الثانية الخاصة بالتعريفات، حين 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"

[2]. جاء في المادة 2/د:" يراد بمصطلح "المرسل إليه" رسالة البيانات الشخص الذي قصد المنشئ أن يتسلم رسالة البيانات، ولكنه لا يشمل الشخص الذي يتصرف كوسيط فيما يتعلق بهذه الرسالة"

ـ يعتبر وقت إستلامها هو وقت إستخراج المرسل إليه الرسالة من ذلك الموقع إذا كان الموقع تابعا للمرسل إليه[1].

الحالة الثانية: وتتحقق عندما لا يعين المرسل إليه نظام معلومات محدد التسليم الرسائل الإلكترونية، وفي هذه الحالة يتحدد وقت تسلمها بوقت دخولها نظام معلومات تابع للمرسل إليه[2].

أما إذا لم ترسل الرسالة إلى المرسل إليه مباشرة بل أرسلت إلى وسيط يتولى إرسالها بعد ذلك إلى المرسل إليه فإن الرسالة لا تعتبر وصلت بدخولها إلى موقع الوسيط، وإنما تكون وصلت بدخولها إلى موقع تابع للمرسل إليه [3].

ولتوضيح الحالتين السابقتين نضرب المثال التالي: لوفرضنا أن موقع مكتبة امازون(Amazoon) على الأنترنت يملك أكثر من عنوان بريد إلكتروني أحدها لدى شركة ياهو(yahoo) وهو Amazon@yahoo.com، والعنوان الآخر لدى شركت هوت ميل(Hotmail)AmazonHotmail.com، فإذا طرح موقع مكتبة عرضا على صفحات موقعه الالكتروني وطلب من الجمهور أن يرسلوا القبول على عنوانه البريدي الأول، فكل رسالة بريد إلكتروني تتضمن القبول تدخل في صندوق بريده الإلكتروني الموجود لدى شركة (yahoo) تعتبر قد استلمت من وقت دخولها في الصندوق البريدي.

أما أية رسالة بريد إلكتروني ـ تتضمن قبولا ـ تصل إلى العنوان البريدي الآخر الموجود لدى شركة (Hotmail) فلا تعتبر قد استلمت إلا من وقت فقيام مكتبة أمازون باسترجاعها ـ أي إستخراجها ـ من البريد الإلكتروني الآخر، وبعكس ذلك فلن تعتبر الرسالة قد استلمت حتى ولو كانت قد دخلت في صندوق بريدها لدى شركة (Hotmail)[4].

---

1. هبة ثامر محمود عبد الله، مرجع سابق، ص210.
2. المادة 2/15/ب من القانون النموذجي للتجارة لعام 1996.
3. موفق حماد عبد، مرجع سابق، ص186،187.
4. بلقاسم حامدي، مرجع سابق، ص108.

ما يمكن ملاحظته من خلال ما سبق أن القانون النموذجي يركز على فكرة دخول رسالة البيانات إلى نظام المعلومات التابع للمرسل إليه، بمعنى أن تكون رسالة البيانات متوفرة وقابلة للمعالجة والعرض داخل نظام معلومات المرسل إليه، أما مجرد وصولهما إلى هذا النظام مع عدم إمكانية عالجتها، كحالة وجود خلل وظيفي في النظام يجعل منها كأنها لم تصل، كما أن المقصود باستلام الرسالة هو دخولها إلى النظام الخاص بالمرسل إليه، وليس مجرد وصولها، إذ يمكن أن تصل، ولا تدخل لكون النظام مغلق وقت وصولها، وبذلك لا تكون الرسالة قابلة للمعالجة[1].

ونلاحظ بعد هذا العرض للفقرتين الأولى والثانية من نص المادة (15) أن القانون النموذجي اكتفى من خلالهما بتحديد وقت إرسال وتسلم رسائل المعلومات دون الخوض في مسألة زمان الانعقاد، وقد برر الدليل الاسترشادي لسن القانون النموذجي هذا الموقف بأن القانون النموذجي تجنب تحديد وقت إنعقاد العقد احتراما لسيادة القوانين الوطنية، ومنعا لتعارض بينها وبين القانون النموذجي في حالة تبنيه لنظرية معينة، فهو بذلك يترك المسألة للقوانين الوطنية كل حسب النظرية التي يتبناها في ما يتعلق بتحديد وقت إنعقاد العقد[2].

مما تقدم نصل إلى نتيجة مفادها أن القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية لعام 1996، قد أخذ بنظرية تسلم القبول، فوقت إرسال وتسلم رسائل البيانات يتحدد باللحظة التي يتم فيها تسلم القبول، فلا تتحدد اللحظة بإعلان القبول أو تصديره، إنما بتسلمه أي بدخول رسالة البيانات لنظام المعلومات ومعالجتها بعد ذلك[3].

2 ـ التوجيه الأوربي الخاص بالتجارة الإلكترونية الصادرة في 8 جوان 2000.

1. مرزوق نور الهدى، مرجع سابق، ص181.
2. محمود عبد الرحيم الشريفات، مرجع سابق، ص179.
3. شحاتة غريب شلقامي، مرجع سابق، ص125.

على الرغم من الأهمية المرتبطة بتحديد زمان ومكان إنعقاد العقد في حالة إبرامه عن بعد، فقد جاء التوجيه الأوربي رقم 7/97 المتعلق بحماية المستهلكين في مجال التعاقد يعد خاليا من أية إشارة بشأن هذا التحديد[1].

أما عن توجيه التجارة الإلكترونية فقد كان يقترح أن يكون نص المادة (11) منه كالآتي:" عدا كون الأطراف من المهنيين أو إتفاقهم على غير ذلك، أ ـ يعقد العقد إذا كان ملتقي الخدمة قد تلقى بالطريق الإلكتروني من جانب المؤدى علم الوصول.

ب ـ ويعتبر علم الوصول قد تم تسلمه وتعتبر التأكيد قد تم، إذا كان الأطراف المخاطبين به يستطيعون الوصول إليه.

ج ـ علم أو استلام المؤدي وتأكيد المرسل إليه يتم إرسالها في أقصر وقت".

وبهذا النص الذي كان مقترحا يعتبر زمان إنعقاد العقد هو الوقت الذي يتلقى فيه القابل بالطريق الإلكتروني من الموجب ما يفيد علمه بوصول القبول، ولم يترك أمر إرسال ذلك التأكيد من الموجب وفقا على إرادته بل اعتبر النص أن علم الوصول قد تم تسليمه والتأكيد قد تم إذا كان الأطراف المخاطبين به يستطيعون الوصول وهو أمر حسن[2].

إلا أن هذه الأحكام لم ترد في الصياغة النهائية للتوجيه الذي تم إقراره في 8 جوان 2000 فقد تمت صياغة المادة (1/11) على النحو التالي:

" تعمل الدول الأعضاء على أنه في الحالة التي يعلن فيها المرسل إليه الخدمة عن طلبه بالوسائل التكنولوجية، مالم يتفق الأطراف من غير المستهلكين على غير ذلك، على تطبيق المبادي الآتية:

1. محمد حسن قاسم، مراحل التفاوض في عقد الميكنة المعلوماتية، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، مصر، د، ت، ص77. مشار له لدي:
كوثر سعيد عدنان خالد، حماية المستهلك الالكتروني، دار الجامعة الجديدة الاسكندرية، مصر، 2016، ص462.
2. كوثر سعيد عدنان خالد، مرجع سابق، ص463.

ـ يجب أن يرسل المؤدي علما باستلام الطلب إلى المرسل إليه دون مدة غير مبرر بالطريق الإلكتروني، كما أن طلب وعلم الوصول يعتبر قد تم استلامهما عندما يستطيع الأطراف المخاطبين الوصول إليهما"[1].

مما تقدم يمكننا القول أن التوجيه قد أخذ بنظرية استلام القبول وتصدير علم الوصول بواسطة الموجب ويجوز للمتعاقدين المهنيون اختيار لحظة إبرام العقد[2]، و تنص المادة (2/11) من توجيه التجارة الالكترونية على أنه:

تراعى الدول الأعضاء، أن يضع المؤدى تحت تصرف المخاطب بالخدمة الوسائل التقنية الملائمة، الفعالة، التي يمكن الوصول إليها والتي تسمح له بتحديد الأخطاء المرتكبة في تحديد وتلقي المعطيات وتصحيحها، وذلك قبل تقديم الطلب، مالم يتفق الأطراف من المستهلكين على خلاف ذلك"[3].

3 ـ إتفاقية الأمم المتحدة بشان إستخدام الإلكترونية في العقود الدولية.

لم تتعرض إتفاقية الأمم المتحدة بشان إستخدام الخطابات الإلكترونية كما فعل قانون الأونيسترال النموذجي لمسألة زمان إنعقاد العقد، وإنما استعاطت عن ذلك بتنظيم مسالة وقت إرسال الخطابات الإلكترونية وثقليها، وذلك نظرا لأهمية هذه المسألة في تطبيق قواعد أخرى ولدقتها عند إستخدام تقنيات الإتصال الإلكتروني[4].

ووفقا للمادة العاشرة من هذه الإتفاقية، فإن وقت تلقي الخطاب الإلكتروني هو الوقت الذي يصبح فيه ذلك الخطاب قابلا للإستخراج من جانب المرسل إليه على العنوان الإلكتروني المعين، ووقت تلقي الخطاب على العنوان الإلكتروني الآخر للمرسل إليه هو الوقت الذي يصبح فيه الخطاب قابلا للإستخراج من جانب المرسل إليه على ذلك العنوان ويصبح المرسل إليه على علم بأن الخطاب

---

1. بلقاسم حامدي، مرجع سابق، ص109.
2. كوثر سعيد عدنان خالد، مرجع سابق، ص464
3. بلقاسم حامدي، مرجع سابق، ص110.
4. خالد عبد المنعم ابراهيم مصطفى، مرجع سابق، ص499.

الإلكتروني قد أرسل إلى ذلك العنوان، ويفترض أن يكون الخطاب الإلكتروني قابلا للإستخراج من جانب المرسل إليه عندما يصل ذلك الخطاب إلى العنوان الإلكتروني للمرسل إليه[1].

وعليه تكون الإتفاقية قد أخذت بنظرية تسلم الموجب للقبول في حالة وجود عنوان إلكتروني معين، كما أخذت بلحظة علم الموجب للقبول في حالة وجود عنوان إلكتروني آخر للمرسل إليه[2].

وجدير بالذكر أن إتفاقية الأمم المتحدة سالفة الذكر مثلها في ذلك مثل قانون الأونيسترال النموذجي، فهي لم تتعرض لمسألة وقت انعقاد العقد، بتحديد وقت تلاقي القبول بالإيجاب، بل تركت تنظيم هذه المسألة للقوانين الوطنية إحتراما منها لسيادة الدول المعنية بهذه المسألة والتي قد تختلف قوانينها في تنظيمها[3]، كما رأينا سابقا، حيث نصت على أنه:" ولم تدرج في الإتفاقية قاعدة محددة بشأن وقت تكوين العقود ومكانه في الحالات التي يجرى فيها تقديم عرض أو قبول عرض بواسطة خطابات إلكترونية، وذلك من أجل عدم التداخل مع القانون الوطني المنطبق على تكوين العقود..."[4].

ثانيا: موقف التشريعات العربية.

1 ـ القانون التونسي.

يتبين من القانون رقم 83 لسنة 2000 بشان المبادلات والتجارة الإلكترونية، ان هذا الأخير لم يتعرض صراحة لمسألة تحديد زمان إنعقاد العقد الإلكتروني، ولذلك لا مفر من الرجوع إلى القواعد العامة في القانون المدني التونسي لمعرفة اللحظة التي يتم فيها العقد[5].

---

[1]. عمرو عبد الفتاح علي يونس، مرجع سابق، ص354، مخلوفي عبد الوهاب، مرجع سابق، ص128.

[2]. طاهر شوقي مؤمن، مرجع سابق، ص44،45.

[3]. خالد عبد المنعم ابراهيم مصطفى، مرجع سابق، ص500.

[4]. المذكرة الايضاحية لاتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة باستخدام الخطابات الالكترونية في العقود الدولية، ص47، بند130.

[5] شحاتة غريب شلقامي، مرجع سابق، ص129.

ويتجلى ذلك من خلال الفقرة الثالثة من الفصل الأول والتي جاء نصها كالآتي:" يجري على العقود الالكترونية نظام العقود الكتابية من حيث التعبير عن الارادة ومفعولها القانوني وصحتها وقابليتها للتنفيذ فيما لا يتعارض وأحكام هذا القانون".

إلا أنه وبالرجوع إلى الفصل 28 من هذا القانون والذي يقرر أنه:" ينشأ العقد الإلكتروني بعنوان البائع في تاريخ موافقة هذا الأخير على الطلبية بواسطة وثيقة إلكترونية ممضاة وموجهة للمستهلك، مالم يتفق الطرفان على خلاف ذلك". يستفاد من هذا النص أن المشرّع التونسي قد إنتهج نظرية العلم بالقبول[1].

هذا يعني أن المشرّع التونسي جعل زمان إنعقاد العقد متوقف على موافقة البائع على"الطلبية"، وفي ذلك مخالفة للقواعد العامة، إذا من المعلوم أنه بوصول القبول إلى علم الموجب ينعقد العقد، ولا يحتاج إلى قبول آخر من الموجب، هذا ما يؤدي إلى القول أن عرض البائع الموجه إلى المستهلك القابل سواء عبر البريد الإلكتروني، أو عبر الويب، ما هو إلا دعوة إلى التعاقد يوجهها البائع إلى جمهور المتعاملين عبر الشبكة، ويكون قبول المستهلك أو بمعنى أدق إستجابة المستهلك لهذا العرض إيجابا يوجهه إلى البائع، ويكون رد البائع هو القبول الذي ينعقد به العقد[2].

2 ـ القانون الاردني:

أخذ المشرّع الأردني في قانون المعاملات الإلكترونية الأردني رقم85 لسنة 2001 بما أخذ به القانون النموذجي في هذا الخصوص إذ نصت المادة 17 منه على أنه:" أ ـ تعتبر رسالة المعلومات قد أرسلت من وقت دخولها إلى نظام معالجة معلومات لا يخضع لسيطرة المنشئ أو المرسل إليه على غير ذلك.

ب ـ إذا كان المرسل إليه قد حدد نظام معالجة معلومات لتسلم رسائل المعلومات فتعتبر الرسالة قد تم تسلمها عند دخولها إلى ذلك النظام، فإذا أرسلت الرسالة إلى نظام غير الذي تم تحديده فيعتبر إرسالها قد تم منذ قيام المرسل إليه بالإطلاع عليها لأول مرة.

---

1. بلقاسم حامدي، مرجع سابق، ص117.
2. أحمد عبد الله محمد، مرجع سابق، ص234.

ج ـ إذا لم يحدد المرسل إليه نظام معالجة معلومات لتسلم رسائل المعلومات فيعتبر وقت تسلم الرسالة عند دخولها لأي نظام معلومات تابع للمرسل إليه[1].

والقاعدة العامة التي يمكن إستنتاجها من النص السابق أن تحديد وقت إرسال رسالة المعلومات واستلامها يخضع لإتفاق الأطراف، أي المنشئ والمرسل إليه، فإذا وجد مثل هذا الإتفاق فإنه هو الذي يطبق وحده دون غيره، اما إذا لم يتفق الأطراف على تحديد هذه المسألة، فيتم تطبيق نص المادة (17) المذكور سابقا على التعاملات الالكترونية، فنص هذه المادة يجوز للأطراف الإتفاق على مخالفته، لاعتباره نصا مكملا[2].

وبالإنتقال إلى مفهوم الرسالة الإلكترونية، فإنه بمجرد دخولها إلى نظام معالجة المعلومات الخاص بالمرسل إليه، والذي سبق وحدده المرسل، في هذه الحالة يعتبر المرسل إليه قد استلم الرسالة الإلكترونية، فالمهم الإستلام وليس العلم، وعليه يمكن القول أن الإرسال والإستلام يتم في فترة زمنية واحدة، لأنه وبمجرد الضغط على زر الإرسال تدخل الرسالة إلى نظام المعلومات الخاص بالمرسل إليه، ومسألة زمان ومكان انعقاد العقد الإلكتروني[3].

3 ـ قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية الإماراتي.

لقد حرص المشرّع الإماراتي على التصدي لمسألة تحديد زمان انعقاد العقد الإلكتروني من خلال قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية الخاص بإمارة دبي، والقانون الإتحادي، وذلك منخلا تنظيم مسألة زمان إرسال وتسلم الرسائل الإلكترونية التي يتم من خلالها التعبير عن الإرادة في العقد الإلكتروني[4].

---

1. لما عبد الله صادق سلهب، مرجع سابق، ص143.
2. مصطفى موسى العجارمة، مرجع سابق، ص328.
3. خالد صبري الجنابي، مرجع سابق، ص100.
ـ مع الاشارة إلى أنه تم تعديل المادة 17 بمقتضى القانون رقم 15 لسنة 2015 الخاص بالمعاملات الالكترونية.
4. إبراهيم عبيد علي آل علي، مرجع سابق، ص210.

لكن دراستنا هنا سوف تقتصر على النصوص الواردة في القانون الإتحادي رقم (1) لسنة 2006 في شأن المعاملات والتجارة الإلكترونية.

وبالرجوع إلى نص(15) من القانون الإتحادي تحت عنوان" زمان ومكان إرسال واستلام الرسائل الإلكترونية"، التي جاء نصها كالآتي:

أولا: مالم يتفق المنشئ والمرسل إليه على غير ذلك:

1 ـ يكون إرسال الرسالة الإلكترونية قد تم عندما تدخل نظام معلومات لا يخضع لسيطرة المنشئ او الشخص الذي أرسل الرسالة نيابة عن المنشئ.

2 ـ يتحدد وقت استلام الرسالة الإلكترونية على النحو الآتي:

أ ـ إذا كان المرسل إليه قد عين نظام معلومات لغرض استلام الرسالة الإلكترونية، يكون الإستلام قد تم وقت دخول الرسالة الإلكترونية نظام المعلومات المعين، أو وقت استخراج المرسل إليه الرسالة الالكترونية، إذا كانت قد ارسلت إلى نظام معلومات تابع له غير نظام المعلومات المعين لإستقبال الرسالة.

ب ـ إذا لم يعين المرسل إليه نظام معلومات، يقع الاستلام عندما تدخل الرسالة الإلكترونية نظام معلومات تابع للمرسل إليه..."

فالمادة تشير بداية إلى أن قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية الإماراتي لم يتطرق لمسألة زمان انعقاد العقود الإلكترونية، أما ما ورد في البند(خامسا)من الفصل الرابع من هذا القانون تحت عنوان زمان ومكان إرسال الرسائل الإلكترونية فلا يتعلق بزمان انعقاد العقود الإلكترونية، أي وقت اقتران القبول والإيجاب[1].

[1]. علي هادي العبيدي، زمان انعقاد العقد الإلكتروني في التشريع الإماراتي، مؤتمر المعاملات الإلكترونية(التجارة الإلكترونية، الحكومة الإلكترونية)،2008، ص380.

وبالنظر إلى المادة أعلاه نجد أن المشرع الإماراتي في القانون الاتحادي بشأن المعاملات الإلكترونية قد تبنى ذات النظرية التي اعتمدها قانون الأونيسترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية لعام 1996، وهي نظرية إستلام القبول وفقا للتدرج الذي أشارت إليه المادة (15) تحت عنوان زمان ومكان إرسال وإستلام الرسائل الإلكترونية[1]، رغم ان هذه المادة لم تتضمن نص صريح يحدد زمان إنعقاد العقد الإلكتروني[2]، انما استعاض[3]، عن ذلك بتنظيم مسألة زمان ومكان إرسال وإستلام الرسائل الإلكترونية، أي أن العقد الإلكتروني ينعقد بمجرد وصول القبول إلى الموجب، سواء علم به أو لم يعلم[4].

وأخيرا يمكننا القول أن هذه الأحكام هي أحكام مكملة لإرادة الطرفين يجوز لهما الإتفاق على مخالفتها وهذا ما قررته المادة (15) في البند أولا[5].

4 ـ القانون الجزائري.

رغم صدور القانون رقم 04/15 الذي يحدد القواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين[6]، والقانون رقم 05/18 المتعلق بالتجارة الإلكترونية[7]، إلا أن المشرع الجزائري لم ينص على زمان إنعقاد العقد الإلكتروني، واكتفى بتبني نظرية العلم بالقبول الواردة في القواعد العامة والمنصوص عليها في المادتين 67،61 من القانون المدني[8].

المطلب الثاني: مكان التعاقد عبر الأنترنت.

1. لما عبد الله صادق سلهب، مرجع سابق، ص146.
2. علي هادي العبيدي، مرجع سابق، ص390.
3. مصطفى موسى العجارمة، مرجع سابق، ص327.
4. علي هادي العبيدي، مرجع سابق، ص391.
5. إبراهيم عبيد علي آل علي، مرجع سابق، ص209.
6. القانون رقم 04/15 المؤرخ في 11 ربيع الثاني عام 1436 الموافق ل اول فبراير 2015 الذي يحدد القواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الالكترونيين.
7. القانون رقم 05/18 المؤرخ في 24 شعبان عام 1439 الموافق ل 10 مايو 2018 المتعلق بالتجارة الالكترونية.
8. مرزوق نور الهدى، مرجع سابق، ص186.

يحتل أمر تحديد مكان إنعقاد العقد في البيئة الإلكترونية أهمية خاصة، نظرا لتعلق المسألة بطبيعة الوسيط الإلكتروني من جهة، وبالصفة الدولية الغالبة على التعاملات الإلكترونية من جهة أخرى[1].الأمر الذي سوف يترتب عليه العديد من الصعوبات التي تبرز عند تحديد القضاء المختص بنظر النزاعات الناشئة عن العقد أو القانون واجب التطبيق[2].

وترجع صعوبة تحديد مكان ابرام التعاقد عبر الأنترنت نتيجة صعوبة تحديد مكان إرسال وإستقبال الرسالة لأنها تتم عبر فضاء إلكتروني، ولهذا يثور التساؤل حول مكان إنعقاد العقد[3]، هل هو مكان إقامة المستهلك، أم المكان الذي استلم فيه الموجب القبول أو مكان نظام معالجة المعلومات؟[4].

وللبحث في هذه المسألة سوف نقسم هذا المطلب إلى فرعين على النحو الآتي:

الفرع الأول: أهمية تحديد مكان إنعقاد العقد عبر الأنترنت.

الفرع الثاني: موقف القواعد العامة والتشريعات الخاصة بالمعاملات والتجارة الإلكترونية من تحديد مكان إنعقاد العقد.

الفرع الأول: أهمية تحديد مكان انعقاد العقد عبر الأنترنت.

حظيت مسألة تحديد مكان انعقاد العقد على غرار سابقتها باهتمام كبير فقها وقضاء وتشريعا، وذلك لأهمية النتائج التي تترتب على تحديدها، وقد تعاضمت أهمية تحديد هذه المسألة في ظل العقود

1. أحمد شهاب أزغبيب، مرجع سابق، ص325.
2. خالد عبد المنعم ابراهيم مصطفى، مرجع سابق، ص501.
3. مخلوفي عبد الوهاب، مرجع سابق، ص132.
4. بلقاسم حامدي، مرجع سابق، ص118.

الإلكترونية المبرمة عبر الانترنت التي غيرت المفاهيم التقليدية الخاصة بالمكان[1]، وتبدوا هذه الاهمية فيما يلي:

1 ـ يتوقف على تحديد مكان إنعقاد العقد تعيين القانون الذي يحكم شكله وذلك فيما يتعلق بتطبيق قواعد القانون الدولي الخاص، فالقاعدة في المنازعات التي تحتوي على عنصر أجنبي أن العقد يخضع من حيث الشكل القانون الذي أبرم فيه (م 20 من القانون المدني المصري)، وتخضع من حيث آثارها إذا إختلف موطن المتعاقدين لقانون الدولة التي تم فيها العقد[2]، (م 1/19) من القانون المدني المصري)[3].

2 ـ إن مكان إبرام العقد هو الذي يحدد المحكمة المختصة، عند تعلق العقد بمواد تجارية[4]، سواء كان النزاع الذي نشا عن العقد يتعلق بإبرامه أو آثاره وفقا للقواعد العامة في تحديد الإختصاص القضائي[5].

الفرع الثاني: دور القواعد العامة والتشريعات الخاصة بالمعاملات والتجارة الإلكترونية في تحديد مكان إنعقاد العقد.

يتميز التعاقد عبر الأنترنت بعدم حضور الأطراف وجها لوجه في مكان مادي واحد سواء جرى التعاقد من خلال وسائل المحادثات، التي تسمح لأطراف التعاقد الإلتقاء من خلالها بشكل حي مباشر عبر الأنترنت، ام جرى التعاقد من التعاقد بالتراسل السريع من خلالها، ففي كل الأحوال يظل الأطراف بعدين عن بعضهم البعض من الناحية المادية[6]، ولهذا السبب تباينت النصوص التشريعية في هذا الشأن وسنحاول فيما يلي بيان موقف القواعد العامة والتشريعات الخاصة بالمعاملات والتجارة الإلكترونية من تحديد مكان إنعقاد العقد.

---

1. عتيق حنان، مرجع سابق، ص78.
2. أيمن ابراهيم العشماوي، مرجع سابق، ص134.
3. راجع المواد 18 و 17 من القانون المدني الجزائري.
4. بشار طلال أحمد مومني، مرجع سابق، ص72.
5. العيشي عبد الرحمان، مرجع سابق، ص242.
6. مجد الدين محمد اسماعيل السوسوة، مرجع سابق، ص696.

أولا: تحديد مكان إنعقاد العقد في القواعد العامة.

وفي تحديد مكان إنعقاد العقد عبر الأنترنت، يمكن القول أنه طبقا للقواعد العامة الواردة في(67)[1]، من القانون المدني الجزائري فإن مكان إنعقاد العقد في حالة التعاقد بين غائبين، يتحدد بالمكان الذي يعلم فيه الموجب بالقبول على أساس أن وصول القبول قرينة على العلم، وإن كانت قرينة بسيطة يجوز إثبات عكسها وعليه فإن تحديد مكان ابرام العقد يتبع تحديد زمان إبرمه، وفقا لما هو مستقر في القواعد التقليدية في هذا المجال.

في البداية لا تثار مشكلة تحديد المكان الذي تم فيه انعقاد العقد، إذا كان التعاقد عبر شبكة الأنترنت مباشرة (on ligne) وأطرافه المتعاقدون موجودين في دولة واحدة حيث ستكون قواعد القانون الداخلي لهذه الدولة هي الواجبة التطبيق، فقد نصت المادة (19)من القانون المدني المصري، والتي جاء فيها:"1 ـ يسري على الإلتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين، إذا تحد موطنا...."، فهنا تسود نظرية الوحدة أو نظرية التلازم بين مكان الإنعقاد وزمان هذا الإنعقاد[2].

أما إذا لم يكن لأطراف العقد موطن مشترك يجمعهما في ظل واقع زيارة المستهلك للعديد من المواقع التجارية بحثا عن أرخص الأسعار وأجود السلع والخدمات، وتعاقده مع تجار محترفين خارج حدود دولته، فإن الالتزامات التعاقدية يحكمها عندئذ قانون الدولة التي تم فيها العقد وهو ما نص عليه الشق الأخير من الفقرة الأولى من المادة 19 مدني مصري على أنه:"... فإن إختلفا موطنا، سرى قانون الدولة التي تم فيها التعاقد، هذا مالم يتبين من الظروف أن قانونا آخر هو الذي يراد تطبيقه"[3].

وفي الواقع يصعب الأخذ بهذا التلازم في العقود الإلكترونية، خاصة ان هذه العقود تتم عبر شبكات الأنترنت، وتتمتع بخصوصيات معينة، ومن ذلك أن الطرف المتعاقد يستطيع أن يدخل على الموقع الإلكتروني أو على بريده الإلكتروني في أي مكان في العالم، فقد قلنا بنظرية التلازم بين زمان

---

1. يقابلها نص المادة (87) من القانون المدني العراقي، المادة 1/97 من القانون المدني المصري.
2. أحمد شهاب ازغبيب، مرجع سابق، ص326.
3. خالد عبد المنعم ابراهيم مصطفى، مرجع سابق، ص501.

ومكان إنعقاد العقد، أدى ذلك إلى تشابك العلاقات القانونية، وخضوع الأطراف لقانون دولة أخرى غير التي ينتمون إليها رغم أن العقد تم إبرامه داخل حدود الدولة[1].

ومثال ذلك إذا تم إبرام عقد بين جزائريين مقيمين بالجزائر عن طريق شبكة الأنترنت،أي تم التعاقد داخل الدولة الجزائرية لكن في حالة إذا صادف أن الموجب داخل الموقع الإلكتروني الخاص به، أو بريده الإلكتروني، وعلم بالقبول في دولة أخرى مثل تونس مثلا، وعليه فإن القانون الواجب التطبيق على العقد هو القانون التونسي وذلك عملا بنظرية التلازم وهذا أمر غير مقبول.

وهناك صعوبة أيضا في تحديد أماكن أطراف التعاقد إذا جرى التعاقد من خلال برامج المتاجر الإفتراضية، فبالنسبة لتحديد مكان صاحب المتجر الإفتراضي فيلاحظ هنا أن أغلب أصحاب المتاجر الإفتراضية يضعون وسيطا إلكترونيا مؤتمنا يقوم بالتراسل مع الراغب في الشراء من المتجر الإفتراضي، وإبرام التعاقد معه دون أن يكون صاحب المتجر الافتراضي مضطرا الى التواجد في نفس مكان تواجد المتجر الافتراضي[2].

من هنا تم التأكيد على عدم ملائمة قاعدة التلازم الزماني والمكاني لتحديد مكان انعقاد العقد عبر الأنترنت، الأمر الذي تنبه له واضعو القانون النموذجي وأحاطوا هذه المسألة بقواعد خاصة حدودا بموجبها مكان إرسال وإستلام الرسائل الالكترونية، كما تأثر بهذا القانون العديد من القوانين الخاصة بالمعاملات والتجارة الإلكترونية، وهو ما سنتناوله فيما يلي:

ثانيا: موقف التشريعات والقوانين الخاصة بالمعاملات والتجارة الإلكترونية من تحديد مكان انعقاد العقد عبر الأنترنت.

تحرص بروتوكولات واتفاقيات نقل رسائل البيانات الالكترونية بين أنظمة المعلومات المختلفة، عادة على تسجيل اللحظة التي سلمت فيها الرسالة من نظام معلومات إلى آخر او اللحظة التي يتم فيها تسلمها، أو قراءتها من قبل المرسل إليه، ولكن هذه الاتفاقيات لا تبين عادة المكان الجغرافي

---

[1]. شحاتة غريب شلقامي، مرجع سابق، ص135.

[2]. مجد الدين محمد اسماعيل السوسوة، مرجع سابق، ص702.

لشبكات الاتصال وهو ما يعوق تقدم التجارة الالكترونية وازدهارها[1]، لذلك نجد ان القوانين الخاصة بالمعاملات والتجارة الالكترونية، قد وضعت نصوصا قانونية تعمل على تحديد مكان انعقاد العقد عبر الأنترنت، وفيما يلي توضيح ذلك.

1 ـ القانون النموذجي للتجارة الالكترونية.

تناول قانون الأونيسترال النموذجي مسألة تحديد مكان انعقاد العقد الالكتروني بالتنظيم من خلال نص الفقرة الرابعة من المادة (15) فقد نصت على أنه:" مالم يتفق المنشئ والمرسل إليه على غير ذلك، يعتبر أن رسالة بيانات أرسلت من المكان الذي يقع فيه مقر عمل المنشئ، ويعتبر انها استلمت في المكان الذي يقع فيه مقر عمل المرسل إليه، ولإغراض هذه الفقرة:

(أ) ـ إذا كان للمنشئ أو المرسل إليه أكثر من مقر عمل واحد، كان مقر العمل هو المقر الذي له أوثق علاقة بالمعاملة المعنية، أو مقر العمل الرئيسي إذا لم تجد.

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

ـ اتفاق الأطراف، فأعطى الأولوية لاتفاق أطراف العقد[2].

ـ العبرة في مكان الإنعقاد هو بمقر عمل الموجب حتى وإن كان يختلف عن المكان الذي يوجد فيه نظام المعلومات الذي تلقى الرسالة (فالنص يسند مكان الإنعقاد بمقر العمل، حتى وإن كان مختلفا عن المكان الذي استلمت فيه الرسالة)

ـ المكان الذي ترسل منه الرسالة هو مقر عمل المنشئ والمكان الذي تستلم فيه الرسالة هو مكان مقر عمل المرسل إليه.

---

1. مخلوفي عبد الوهاب، مرجع سابق، ص132، حابت آمال، مرجع سابق، ص175.
2. علاء محمد الفواعير، مرجع سابق، ص157.

ـ أما إذا تعدد موطن أعمال طرفي الرسالة وأحدهما فإن مقر العمل يتحدد بالمقر الذي يكون له علاقة أوثق بالمعاملة المعنية، فإن لم توجد تلك المعاملة فالمكان هو مقر العمل الرئيسي.

ـ إذا لم يكن لمنشئ الرسالة أو مرسلها مقر عمل فهنا يعتد بمقر إقامته المعتاد[1].

ما يلاحظ على هذا النص أنه يمثل أهمية خاصة بالنسبة للدول التي تتبنى نظريتي تقدير القبول وتسليم القبول، أما الدول التي تأخذ بنظريتي إعلان القبول أو العلم به فإن أحكام القانون النموذجي الواردة في المادة 15 لن تكون مفيدة لهذه الدول، لأن كلا من نظريتي إعلان القبول أو العلم به لا تؤخذان بعين الاعتبار لحظة إرسال رسالة البيانات أو تسليمها، ماعدا استثناء وحيد وهو في حالة اتفاق المتعاقدين في هذه الدول على إعتبار العقد مبرما في لحظة تصدير القبول أو تسليمه[2].

2 ـ اتفاقية الأمم المتحدة بشأن استخدام الخطابات الإلكترونية في العقود الدولية.

كما حددت إتفاقية لأمم المتحدة لعام 2005 بشأن إستخدام الخطابات الإلكترونية في العقود الدولية في المادة 6 ما نصه:" لأغراض هذه الإتفاقية يفترض أن يكون مقر عمل الطرف هو المكان الذي يعينه ذلك الطرف، مالم يثبت طرف آخر أن الطرف الذي عين ذلك المكان ليس له مقر عمل فيه.

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

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

---

[1]. كوثر سعيد عدنان خالد، مرجع سابق، ص474، هبة ثامر محمود عبد الله، مرجع سابق، ص218، أرجيلوس رحاب، مرجع سابق، ص115.

[2]. عتيق حنان، مرجع سابق، ص85.

ـ لا يكون المكان مقر عمل لمجرد أنه:(أ) توجد فيه المعدات والتكنولوجيا الداعمة لنظام المعلومات الذي يستخدمه الطرف في سياق تكوين العقد، أو (ب) يكون فيه لإطراف آخرى أن تصل إلى نظام المعلومات المعني.

ـ إن مجرد استخدام الطرف اسم نطاق أو عنوان بريد إلكتروني ذا صلة ببلد معين لا ينشئ قرينة على أن مقر عمله يوجد في ذلك البلد"[1].

كما نصت المادة (3/10) من ذات الاتفاقية على أنه:" يعتبر الخطاب الإلكتروني قد ارسل من المكان الذي يوجد فيه مقر عمل المرسل إليه، حسب ما تقررهما المادة (6)."

يتضح من هذه الإتفاقية أنها اعتمدت في تحديد مكان القبول على المكان الذي يرسل إليه الخطاب الإلكتروني في العنوان الذي فيه مقر عمل المرسل إليه، أما في حالة وجود أكثر من مقر عمل، فإن مقر العمل يكون هو الأوثق صلة بالعقد وفي حالة عدم وجود مقر للعمل يتم الأخذ بمحل الإقامة المعتاد[2].

إضافة إلى ذلك نصت الاتفاقية على عدم اعتبار مكان نظام المعلومات أو مكان المعدات التكنولوجية أماكن عمل[3]، أما ما يقصد بالقرينة من خلال نص المادة (5/6) هي القرينة القاطعة وليست القرينة البسيطة، وذلك لأن استخدام اسم النطاق مرتبط بموقع جغرافي معين ينشئ قرينة بسيطة على أن مكان مستخدم ذلك النطاق موجود في ذلك البلد، لأنه يفترض أن يكون هناك ارتباط بين اسم النطاق واسم البلد أو الموقع الجغرافي الذي يبين ضمن العنوان الإلكتروني[4].

3 ـ التوجيه الاوربي الخاص بالتجارة الإلكترونية.

نص التوجيه الأوربي للتجارة الإلكترونية في الحيثية رقم 19 على أنه:" مكان الشركة التي تقدم خدمات على شبكة الأنترنت ليس هو مكان وجود وحدة الخدمة التي يوجد عليها موقعها، ولكن هو

---

1. راجع أحكام الاتفاقية على الموقع: www.uncitral.un.ong
2. عمرو عبد الفتاح علي يونس، مرجع سابق، ص360.
3. بلقاسم حامدي، مرجع سابق، ص123.
4. مجد الدين محمد اسماعيل السوسوة، مرجع سابق، ص710.

المكان الذي تمارس فيه نشاطها". فالعبرة هي بمكان وجود الموجب وليس بمكان تواجد وحدة الخدمة لان ذلك يؤدي إلى الإستقرار القانوني، كما يضمن إحترام توقعات المتعاقدين، فالمتعاقد الآخر يعلم بمكان وجود الموجب نفسه، ولكنه قد لا يعلم بوجود وحدة الخدمة التي يوجد عليها الموقع الخاص به، أو صندوق البريد الإلكتروني فضلا عن ذلك، فإن نظم المعلومات قد يتغير دون أن يعلم الطرفان بذلك، ولعل ذلك كله يبرر الاعتداد بمكان وجود الموجب وليس بمكان وجود وحدة الخدمة[1].

أما التشريعات العربية الخاصة بالمعاملات الإلكترونية فكان موقفها من تحديد مكان، انعقاد العقد متأثرة في ذلك بالقانون النموذجي للتجارة الإلكترونية الاونيسترال على النحو الآتي:

أ ـ قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية التونسي رقم 83 لسنة 2000، نصت المادة (28) منه على أنه:" ينشأ العقد الإللكتروني بعنوان البائع وفي تاريخ موافقة هذا الأخير على الطلبية بواسطة وثيقة إلكترونية ممضاة وموجهة للمستهلك، مالم يتفق الطرفان خلاف ذلك".

لقد اختار المشرّع التونسي الطريق الواضح، فنص على مكان انشاء العقد جاعلا من مكان البائع مكان انعقاد العقد ، فالبائع معلوم أو متواجد باستمرار، ويتعامل مع مشترين كثيرين، ففي ذلك تيسير للمعاملات التجارية، وتجنب البائع مشقة العلم بقوانين كثير من الدول، لأن التعامل على شبكة دولية مفتوحة سوف يوجد بالضرورة أشخاص من خارج دولته[2]، مع الاشارة إلى إمكانية تغيير الحكم باتفاق أطراف العقد[3].

كما أن النص لم يبين ما هو المقصود بعنوان البائع، وما هو الحل فيما لوكان للبائع أكثر من عنوان[4].

ب ـ قانون المعاملات الأردني رقم 15 لسنة 2015.

---

1. سامح عبد الواحد محمد التهامي، مرجع سابق، ص162،161، مصطفى أحمد أبو عمرو، مرجع سابق، ص150،151.
2. أحمد عبد الله محمد، مرجع سابق، ص234.
3. هبة ثامر محمود عبد الله، مرجع سابق، ص218.
4. لزهر بن سعيد، مرجع سابق، ص120.

أما فيما يتعلق بمكان انعقاد العقد الالكتروني فقد عالجت هذه المسألة المادة (14) من قانون المعاملات الإلكترونية التي جاء فيها ما يلي:

أ ـ تعتبر رسالة المعلومات قد أرسلت من المكان الذي يقع فيه مقر عمل المرسل إليه، وإذا لم يكن لأي منهما مقر عمل يعتبر مكان إقامته مقر لعمله، مالم يكن منشئ الرسالة والمرسل إليه قد اتفقا على غير ذلك.

ب ـ إذا كان للمنشئ أو المرسل إليه أكثر من مقر لأعماله فيعتبر المقر الأقرب صلة بالمعاملة هو مكان الإرسال أو التسلم، وعند تعذر الترجيح يعتبر مقر العمل الرئيسي هو مكان الإرسال أو التسلم"[1].

ما يمكن ملاحظته على المادة (14) من قانون المعاملات الإلكترونية الأردني:

ـ أنه أخذ بمقر العمل سواء للمنشئ أو للمرسل إليه كمعيار لتحديد مكان إرسال وتسلم رسائل المعلومات تماما كما فعل القانون النموذجي[2].

ـ أن صياغة نص الفقرة (أ) من المادة (14) السالفة الذكر، أنها لم تكن تعبر عن واقع الحال المنصوص عليه فيها تعبيرا سليما وصريحا، حيث يفهم من الشطر الأخير من هذه الفقرة " مالم يكن منشئ الرسالة والمرسل إليه قد اتفقا على غير ذلك" فالاتفاق على تحديد المكان هنا ينطبق فقط على حالة عدم وجود مقر عمل لأي من المنشئ أو المرسل إليهن وفي الواقع أن هذا الحكم الوارد في هذا الشطر ينطبق على كل أحكام نص الفقرة (أ)[3].

ـ لم يتعرض المشرع الأردني في المادة 14 من قانون المعاملات الالكترونية إلى الأشخاص الاعتبارية، وكيفية تحديد المكان بالنسبة لها[4].

---

1. خالد صبري الجنائي، مرجع سابق، ص101.
2. لما عبد الله صادق سلهب، مرجع سابق، ص144.
3. مصطفى موسى العجارمة، مرجع سابق، ص335.
4. بلقاسم حامدي، مرجع سابق، ص125.

ـ المعيار الذي أخذ به المشرّع الأردني هو منحنى سليم ينسجم مع المعاملات الإلكترونية[1].

ج ـ كما ورد بقانون إمارة دبي رقم 2 لسنة 2002 بشأن المعاملات والتجارة الإلكترونية في بعض أحكامه المتعلقة بتحديد مكان ابرام العقد الإلكتروني الذي يكون أساسه الرسالة الإلكترونية، فقد نصت المادة (4/3/17) على أنه:"3- مالم يتفق المنشئ او المرسل إليه على خلاف ذلك تعتبر الرسالة الإلكترونية قد ارسلت من المكان الذي يقع فيه عمل المنشئ، وإنما استلمت في المكان الذي يقع فيه مقر عمل المرسل إليه.

(4) ـ لأغراض هذه المادة:

أ ـ إذا كان للمنشئ أو المرسل اكثر من مقر عمل واحد يكون مقر العمل هو المقر الأوثق علاقة بالمعاملة المعنية، أو مقر العمل الرئيسي إذا لم توجد مثل هذه المعاملة.

ب ـ إذا لم يكن للمنشئ أو المرسل إليه مقر عمل يشار إلى محل إقامته المعتاد.

ج ـ مقر الاقامة المعتاد فيما يتعلق بالشخص الاعتباري يعني مقره الرئيسي او المقر الذي تأسس فيه".

فبموجب هذا النص يكون مكان إرسال الرسالة الإلكترونية هو المكان الذي يقع فيه مقر عمل المنشئ، ومكان استلامها هو المكان الذي يقع فيه مقر عمل المرسل إليه، وذلك مالم يتفق المرسل والمرسل إليه على خلاف ذلك، فيجوز لهما أن يحددا مكان آخر بالإتفاق فيما بينهما، أما في حالة تعدد مقار عمل منشئ الرسالة أو المرسل إليه فقد حدد بأحد المقريين، إما مقر العمل الأوثق صلة بالمعاملة المعنية، أو مقر العمل الرئيسي إذا لم توجد هذه المعاملة، أما في حالة عدم وجود مقر عمل فيعتد بمحل الإقامة المعتاد[2].

[1]. محمود عبد الرحيم الشريفات، مرجع سابق، ص189.

[2]نوزت جمعة حسن الهسنياني، مرجع سابق، ص145.

أما عن الشخص الاعتباري فإن مقر العمل بالنسبة له يحدد من خلال المقر الرئيسي الذي يباشر نشاطه او المقر الذي تأسس فيه مقر عمله[1].

ومما تقدم يتضح أنه قد بذلت محاولات عديدة لوضع قواعد تشريعية من عدد من الدول بخصوص التجارة الالكترونية تنظم التعاقد عبر شبكات الإتصال الإلكتروني إلا أنه و إلى حين إقرار تلك المشروعات نخلص إلى أنه لا يوجد ما يمنع من إبرام العقود من خلال الأنترنت وللدول أن تطبق الأحكام العامة المتعلقة بإبرام العقود الواردة في قوانينها الوطنية التي تحدد أيضا زمان ومكان انعقاد العقد[2]

الفصل الثاني: حماية المستهلك في التعاقد عبر الأنترنت.

ساهم التطور الملحوظ الذي شهده العالم في مجال تكنولوجيا المعلومات في رواج فكرة التجارة الإلكترونية، لما فيها من فوائد عديدة للمؤسسات والتجارة، منها فتح أسواق عديدة لمنتجاتهم، ومن هذا المنطلق تنافست الشركات في عرض منتجاتها في المراكز التجارية الإفتراضية، ونظرا لانتشار الأنترنت عالميا تزايدت المنافسة التجارية بين الشركات لذلك لجأ الكثير من الشركات إلى الإكثار من دعايتها من أجل جذب المستهلك بهدف البيع وتحقيق الربح. أما عن المستهلك فيرى أن في إستخدام الأنترنت لا يتطلب أكثر من النقر على المنتج وإدخال بيانات البطاقة الإئتمانية وتتم عملية الشراء[3].

وبقدر تطور هذه التجارة ينبغي أن يتلازم معه تطور النظام القانوني الضابط لهذه المعاملات، ولعل توفير الثقة للمتعاملين بهذه الوسيلة هو أحد سبل تطويرها ونمائها، مما يستدعي توفير نظام قانوني حمائي للطرف الأضعف في هذه العلاقة ألا وهو المستهلك [4]، وتبرز أهمية توفير الحماية للمستهلك ـ سواء أكان تقليدي أو إلكتروني ـ باعتباره الطرف الضعيف في المعادلة التي تربطه

---

[1] عمرو عبد الفتاح علي يونس، مرجع سابق، ص362.

[2]. عزة على محمد الحسن، الإطار القانوني والتشريعي للتجارة الالكترونية، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه، كلية القانون، جامعة الخرطوم، السودان، 2005، ص130.

[3]. عمرو عبد الفتاح يونس، مرجع سابق، ص101.

[4]. شول بن شهر، حماية المستهلك في عقود التجارة الالكترونية، مجلة الواحات للبحوث والدراسات، العدد.3، 2008، ص213.

بمنتجي ومزودي ومسوقي السلع والخدمات الذين يستخدمون مختلف وسائل الدعاية والإعلان والعروض المبهرة والمبالغ فيها في بعض الأحيان التي قد تؤثر في توجيه إرادة المستهلك وتدفعه إلى التعاقد، هذا فضلا عن أن التعاقد يتم في قضاء إلكتروني، مما يجعل المستهلك غير قادر على معاينة السلع والخدمات للتأكد من نفعها وسلامتها، لتلبية احتياجاته بالشكل المطلوب[1].

وترتيبا لما سبق، وبغية تعزيز ثقة المستهلك في هذه الوسيلة الجديدة المستحدثة، وحثه على التعاقد الإلكتروني، كان لابد من توفير الحماية له في كافة مراحل العلالقة التعاقدية، تفضلا عن مرحلة تنفيذ العقد، فلا بد أن يحظى المستهلك بالحماية في المرحلة السابقة على التعاقد إلى مرحلة إبرام العقد، وقبل الخوض في الحديث عن الحماية المكفولة للمستهلك[2]، يتوجب علينا بداية تحديد مفهوم ومدلول المستهلك.

وبناءا على ما تم ذكره سابقا، سوف يتم تقسيم هذا الفصل على النحو الآتي:

المبحث الأول: مفهوم المستهلك الإلكتروني.

المبحث الثاني: حماية المستهلك في المرحلة السابقة على التعاقد.

المبحث الثالث: أوجه الحماية المدنية للمستهلك في المرحلة اللاحقة لإبرام العقد.

[1]. طارق كميل، حماية المستهلك في التعاقد عبر شبكة الانترنت، دراسة مقارنة، مجلة الجامعة العربية الامريكية، مجلد(0)، عدد(0)، د.ت، ص64.

[2]. جامع مليكة،حماية المستهلك المعلوماتي، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الجيلالي اليابس، سيدي بلعباس، 2018/2017، ص9.

المبحث الأول: مفهوم المستهلك الإلكتروني.

إن أساس كل دراسة علمية جادة هو التعرض لأهم المفاهيم بالشرح [1]، فضلا عن ضبط مصطلحاتها الأساسية، وتلك هي مهمة أساسية لنا في هذا البحث ، فذلك مفيد للقارئ وضرورة للباحث الذي يستطيع من خلال ذلك متابعة الدراسة بإحكام [2].

كما يكتسي تحديد مفهوم المستهلك أهمية كبيرة وذلك لعدة اعتبارات فهو كمعيار لتحديد الشخص المقصود بالحماية، كما أن تحديد مفهوم المستهلك يساعد على فهم قواعد وقوانين حماية المستهلك[3].

هذا ويعد مصطلح المستهلك من مصطلحات علم الإقتصاد التي دخلت حديثا لغة القانون[4]، فنستطيع القول بأن المستهلك من الناحية الإقتصادية هو الذي يقوم بالعمل النهائي للنشاط الاقتصادي، الذي تتم دراسته من حيث الانتاج والإستهلاك والتوزيع، وبالتالي فإن عمل الإستهلاك يطابق من حيث الجوهر إستخدام الخدمة، أو الاستخدام النهائي للمال والذي قد ينتهي بإتلافه[5].

ومن ثم فإن المستهلك هو من يقوم بعملية الإستهلاك[6].

---

1. فاطمة بحري، الحماية الجنائية للمستهلك، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان،2013، ص31.
2. أبو عجيلة عقيلة علي نصر، مرجع سابق، ص60.
3. زوبير أرزقي، حماية المستهلك في ظل المنافسة الحرة، رسالة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري ـ تيزي وزو. 2011، ص35.
4. موفق حماد عبد، مرجع سابق، ص12.
5. محمد أحمد محمود أبو الهنا، حماية المستهلك في مرحلة ما قبل إبرام العقد، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه، كلية الحقوق،
جامعة عين شمس، مصر، 2019، ص14.
6. بوشارب إيمان، حماية المستهلك من الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك، رسالة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة العربي بن مهيدي، أم البواقي، 2012/2011، ص21.

وإذا كان مفهوم المستهلك قد حظي بإجماع الاقتصاديين، وهو مالا نجده في المجال القانوني، ولعل السبب في ذلك يعود إلى صعوبة التفرقة بين المستهلك والمهنين وكذا المقصود من الاقتناء [1].

لذا سنحاول من خلال هذه الدراسة أن نعرض المفهوم الفقهي والقضائي للمستهلك في المطلب الأول، ثم نشير إلى المفهوم التشريعي للمستهلك في التشريعات الداخلية والدولية في المطلب الثاني.

المطلب الأول: المفهوم الفقهي والقضائي للمستهلك.

بداية نقول أن المستهلك الإلكتروني هو نفسه المستهلك في عملية التعاقد التقليدي مع إضافة خصوصية الوسيلة المستخدمة في التعامل ألا وهي شبكة الاتصال أي التعاقد عن بعد[2].

لقد تباينت مواقف الفقه والقضاء في تحديد مفهوم موحد للمستهلك ويعود السبب بالدرجة الأولى في ذلك التطور الإقتصادي الذي يشهده مفهوم هذا الأخير، إضافة إلى ذلك تضارب المواقف بشأن النصوص القانونية المتخذة في هذا الصدد، الأمر الذي جعل من القضاء خاصة يختلف موقفه من حكم لآخر، ولا يخفى صعوبة ذلك أمام ظهور فئتين، فئة تنادي بضرورة تبني مفهوم موسع لنظرية المستهلك، وأخرى تنادي بضرورة اعتماد مفهوم ضيق جدا محكم في تحديد مفهوم المستهلك [3]، ومن أجل الإلمام بذلك عمد إلى تقسيم هذا المطلب على النحو الآتي:

الفرع الأول: المفهوم الفقهي للمستهلك.

الفرع الثاني: المفهوم القضائي للمستهلك.

الفرع الأول: المفهوم الفقهي للمستهلك.

1. زوبير أرزقي، مرجع سابق، ص35.
2. شوال بن شهر، مرجع سابق، ص215.
3. زوبير أرزقي، مرجع سابق، ص39.

نشير إلى أنه لا يوجد تعريف جامع مانع لمفهوم المستهلك على المستوى الفقهي، ذلك شكل مجالا خصب بين الفقهاء من خلال أراء متباينة تحاول أن تعطي تعريفا للمستهلك، وفي هذا الصدد إنقسم الفقه إلى إتجاهين حاولا إعطاء تعريف للمستهلك إتجاه قال بالمفهوم الضيق للمستهلك، في مقابل إتجاه ثاني وسع من هذا المفهوم، واستند كل اتجاه إلى حجج ومبررات[1].

أولا: المفهوم الضيق للمستهلك.

يعرف الاتجاه الضيق المستهلك على أنه كل شخص يتعاقد بهدف تلبية وإشباع حاجاته ورغباته الشخصية والعائلية[2].

وفي تعريف آخر للمستهلك هو ذلك الشخص الذي يبرم عقودا مختلفة من شراء وإيجار وغيرها، من أجل توفير ما يحتاج إليه من سلع ومواد وخدمات وأغذية وأدوية لإشباع حاجاته الضرورية والكمالية الآنية والمستقبلية، دون أن تكون لديه نية المضاربة بهذه الأشياء عن طريق إعادة تسويقها[3].

وبناء على ذلك يخرج من هذا التعريف كل شخص يتعاقد من أجل الحصول على سلعة أو منتج لأغراض مهنته أو حرفته أو المشروع الذي يمتلكه[4].

وفي ذات المعنى عرفه الفقيه الفرنسي Raymond بأنه:" شخص طبيعي يحصل أو يمكن أن يحصل على أشياء استهلاكية أو خدمات من نفس الطبيعة، لغرض منفرد وهو إشباع حاجاته الشخصية أو العائلية، مع استبعاد المشاريع والمهن الحرة من ذلك[5]، ويذهب غالبية الفقه الفرنسي إلى

1. معروف عبد القادر، الآليات القانونية لحماية صحة المستهلك،دراسة مقارنة، رسالة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الحميد ابن باديس، مستغانم، 2017/2016، ص20.
2. معهد أبحاث السياسات الاقتصادية الفلسطيني(ماس): مراجعة نقدية لمشروع قانون حماية المستهلك الفلسطيني، فلسطين،2004، ص21، سيد حسن عبد الله، المنظور الاسلامي لوسائل حماية المستهلك الالكتروني، مؤتمر الاعمال المصرفية الالكترونية بين الشريعة والقانون، جامعة الإمارة، 10 ـ 12 مايو 2003، ص1234.
3. كوثر سعيد عدنان خالد، حماية المستهلك الالكتروني، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2016، ص47.
4. محمد أحمد محمود أبو الهنا، مرجع سابق، ص16.
5. طارق كميل، مرجع سابق، ص67.

تأييد الاتجاه الضيق لمفهوم المستهلك ويعرفه بأنه:" ذلك المشتري أو الزبون الذي يمكن افتراض أنه ذكي وعاقل قادر أن يكسب أو يحمي حقوقه في مواجهة البائع الذي يقابله[1]، وعللو ذلك بأن المعيار الضيق لفكرة المستهلك يبين ذاتية المستهلك[2]، ويجد هذا الإتجاه مبرره في أن فكرة المستهلك ـ في الاصل ـ هي أداة لسياسة قانونية تتعلق بالأفراد، وإذا تم التوسع فيها فلن تستطيع السلطات العامة أن تقوم بشؤون الإستهلاك على نحو مرضي[3]، فضلا عما يؤدي إليه ذلك الإتجاه من إفراط في مطلوبات هذه الحماية بدون مسوغ مقبول.

إذن فالمعيار الذي اعتمده هذا الاتجاه هو معيار الهدف من التصرف، والذي يسمح بتصنيف شخص ما بين طائفة المحترفين أو طائفة المستهلكين ويتبين ذلك جليا من خلال تناولهم لفكرة المستهلك، حيث رأوه في ذلك الشخص الذي يمتلك أو يستخدم منتجات أو خدمات للاستخدام غير المهني، أو لأجل احتياجاته الشخصية غير المهنية، فالمستهلك في نظرهم هو الذي يقوم بإبرام تصرفات قانونية من أجل الحصول على مال أو خدمة بهدف إشباع حاجاته الاستهلاكية الشخصية أو العائلية، وهذا الاتجاه المفيد لفكرة المستهلك هو الأقرب في رأي معظم الفقهاء[4]، كونه يتميز بالبساطة والدقة القانونية وعدم إثارته للشكوك، مما يسهل مسألة تطبيقه بما يوفره من أمان للمستهلك[5].

ومن أجل تدعيم موقفهم، استند أنصار هذا الاتجاه إلى الحجج التالية:

ـ أن المحترف لما يتصرف من أجل حاجات مهنته سيكون أكثر خبرة من الشخص الذي يتصرف لغرض خاص، كونه سيحسن الدفاع عن نفسه فضلا عن أن التصور الضيق لمفهوم

1. سلمة بن سعيدي، مرجع سابق، ص12.

6.أسامة أحمد بدر، مرجع سابق، ص78.

3. حمد الله محمد حمد الله، حماية المستهلك في مواجهة الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك، دار الفكر العربي، مصر، 1997 ، ص15. مشار له لدى: خالد عبد المنعم إبراهيم مصطفى، مرجع سابق ، ص137.

4.سعاد عبد الحميد فاتح أبو طالب، مرجع سابق، ص160.

5.أسامة أحمد بدر، مرجع سابق، ص77، منال بوروح، ضمانات حماية المستهلك في ظل قانون 03/09 (المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، رسالة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر01، 2015/2014، ص17.

المستهلك من شأنه أن يؤدي إلى تحقيق الأمن القانوني المنشود والذي لا يتحقق في ظل تبني مفهوم واسع للمستهلك [1].

ـ صعوبة ما إذا كان المحترف يتعاقد في غير تخصصه فعلا، إذ يتطلب الأمر دراسة كل حالة على حدا وهو ما لن يخلو من الغرر دائما.

ـ ويختم أنصار هذا الرأي، أنه وإن كان من الممكن اعتبار المهني الذي يتعاقد في غير تخصصه مستهلكا، فإنه بالمقابل يتوجب اعتبار المستهلك الذي يتعاقد في نطاق اختصاصه مهنيا، كالمحامي الذي يقع ضحية عقد مليء بالشروط التعسفية إثر تأمينه على منزله الشخصي من الحريق[2].

وعلى ذلك لكي يكتسي الشخص صفة المستهلك يلزم توافر ثلاث عناصر أو شروط هي: [3].

1 ـ الحصول على السلع أو الخدمات:

وهو شرط من الشروط التي يكتسب بها الشخص صفة مستهلك، وينقسم المستهلك هنا إلى طائفتين:

أ ـ الطائفة الأولى:

وهي تشمل الأشخاص الذين يتعاملون مع السلع بالحصول عليها لغرض غير مهني، وفيها يتعاقد الشخص مع شخص آخر مهني، ويسمى العقد في هذه الحالة بعقد الإستهلاك، وتتمثل هذه العقود في عدة إستعمالات منها البيع ـ الشراء ـ إجارة ـ خدمات ـ تأمين ـ قرض .... إلخ.

ب ـ الطائفة الثانية:

3.شطابي علي، حماية المستهلك من المنتوجات المقلدة، رسالة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 01، 2014/2013، ص5.

4. بوشارب إيمان، مرجع سابق، ص23.

5.محمد أحمد محمود أبو الهنا، مرجع سابق، ص17. وما بعدها.

وهم الأشخاص الذين يستعملون السلع والخدمات لسبب غير مهني، ولكنه تحول إلى سبب مهني من شخص ممن يعوله المستهلك الاول، فهنا يعتبر المستهلك الأول مستهلك لأنه يشتري ويتعاقد لإشباع حاجاته الشخصية له ولعائلته ولأن السبب الرئيسي هو الإشباع الشخصي.

أما من يعوله المستهلك الأول عندما يأخذ الشيء ولكنه يعيد بيعه، فهنا تحول من مستهلك إلى مهني لأنه اكتسب صفة التاجر.

2 ـ أن يكون موضوع التعاقد ومحله سلعة أو خدمة.

فمحل الإستهلاك هو السلع والخدمات، إذا اعتبرنا السلع والخدمات موضوع الإستهلاك يكون مجالا واسعا [1]، فالسلعة كما عرفتها المادة 03 من القانون رقم 03/09 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش هي:" كل شيء قابل للتنازل عنه بمقابل أو مجانا" يتضح لنا من خلال نص هذه المادة أن المقصود بالسلعة التي تكون محلا للتعاقد تشمل كل الأموال التي يستخدمها المستهلك لغرض غير مهني من أجل إشباع حاجاته الشخصية والعائلية سواء كانت هذه الأموال تنتهي من أول استعمال لها كالمواد الغذائية، أو التي يدوم استعمالها لفترات طويلة كالسيارات مثلا.

وكما يكون محل التعاقد سلعة فقد يكون خدمة أيضا والتي يمكن تعريفها بالرجوع إلى نص المادة 03 من القانون رقم 03/09 السالف الذكر بأنها:" كل عمل مقدم غير تسليم السلعة حتى ولوكان هذا التسليم تابعا أو مدعما للخدمة المقدمة"، وبالتالي فإن كل الخدمات تصلح أن تكون محلا للتعاقد سواء كانت خدمات فكرية كالخدمات الطبية أو خدمات مالية كالإصلاح والتنظيف .... إلخ[2].

3 ـ أن يكون الهدف من السلع أو الخدمة غير مهني:

يعتبر هذا الشرط هو المعيار المميز بين المستهلك والمهني [3]، بالنظر إلى الهدف من الإستهلاك (الإستعمال الشخصي)، يسعى المستهلك إلى إشباع حاجاته ورغباته الخاصة، وبالتالي

---

1. بن خضرة زهيرة، مرجع سابق، ص169.
2. جامع مليكة، مرجع سابق، ص12.
3. معروف عبد القادر، مرجع سابق، ص23.

يكون الهدف من وراء الحصول على المنتج أو الخدمة هدفا غير مهني[1]، أما من يبرم العقود من أجل تجارته أو مهنته فلا يعد مستهلكا فمن يشتري المواد الخام ليقوم بتصنيعها لا يعد مستهلكا، ومن يبرم عقد القرض ليوسع نشاطه التجاري لا يعد مستهلكا، لأن تلك التعاقدات تتم الأهداف تجارته [2].

وعلى خلاف أفكار وحجج أنصار الإتجاه الضيق بشأن تحديد نطاق قانون الإستهلاك من حيث الأشخاص محل الحماية، والذي ينادي بضرورة اعتماد مفهوم ضيق وأكثر حصرا للمستهلك المستفيد من أحكام قانون الاستهلاك، فإن هناك اتجاه آخر ينادي بضرورة التوسع في تعريف المستهلك لعدة اعتبارات[3].

ثانيا: المفهوم الواسع للمستهلك.

بعد سيادة المفهوم الضيق للمستهلك بالمعنى السابق فترة طويلة أخذ جانب آخر من الفقهاء في تبني مفهوم موسع للمقصود بالمستهلك، بحيث يستفيد أكبر عدد من الأشخاص من القواعد الحمائية الواردة في قوانين الإستهلاك بمد الحماية إلى المهني في بعض تعاقداته التي لا تتصل بصفة مباشرة مع نشاطه المهني أو التجاري[4].

ساد هذا الاتجاه ـ الاتجاه الموسع لمفهوم المستهلك ـ مع بداية تطور حركة المستهلكين من خلال خطاب الرئيس الأمريكي Kennedy J_F سنة 19962 بقوله "كلنا مستهلكون"[5].

ويعرف المستهلك وفقا لهذا الاتجاه، كل شخص يتعاقد بغرض الإستهلاك، أي بهدف اقتناء أو استعمال مال، فيعتبر مستهلكا كل من يقتني سيارة لاستعماله الشخصي أو يشتريها لاستعماله المهني،

---

1. خالد عبد المنعم إبراهيم مصطفى، مرجع سابق، ص131.
2. بن خضرة زهيرة، مرجع سابق، ص169.
3. شطابي علي، مرجع سابق، ص5.
4. كوثر سعيد عدنان خالد، مرجع سابق، ص47.
5. بن لحرش نوال، جمعيات حماية المستهلك في الجزائر– دور وفعالية –، رسالة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق، جامعة قسنطينة 01، 2013/2012، ص18.

مادام أن السيارة تستهلك في كلا الحالتين عن طريق الإستعمال، ولكن يستبعد من هذا التصور لمفهوم المستهلك، عملية الشراء من أجل إعادة البيع [1].

في حين ذهب البعض الآخر بأنه كل شخص طبيعي أو معنوي يتعاقد مع طرف مهني من أجل الحصول على السلع أو الخدمات لإشباع احتياجاته الشخصية والعائلية، أو المنزلية، شريطة أن يكون هذا التعاقد غير مرتبط بنشاط مهني أو تجاري للمستهلك[2].

وطبقا لهذا الاتجاه، يتسع مفهوم المستهلك ليشمل بعض الأشخاص الذين يتصرفون لغرض مهني ولكن خارج نطاق اختصاصهم، لأن تخصيص الشراء أو المال للاستعمال الشخصي لا يعد معيارا للتفرقة بين المستهلك، فالمستهلك طبقا لهذا الاتجاه، من يبرم عقودا مختلفة من شراء وإيجار أدوية لإشباع حاجاته الضرورية والكمالية الآنية والمستقبلية، كما هو الحال بالنسبة للمنتج او الموزع أو التاجر دون أن تتوافر له القدرة الفنية لمعالجة هذه الأشياء وإصلاحها[3].

ولا يخرج عن نطاق الحماية المقررة للمستهلك إلا الأشخاص الذين يشترون شيئا لإعادة بيعه ثانية أو من أجل تحويله،" لأن المال لا يستهلك هنا"[4].

فالمحترف بحسب الأصل يحيط بكل ما يتعلق بمجال تخصصه ويكتسب على مر الزمن خبرات متميزة فيه، إلا أنه ليس بالضرورة أن تمتد مقومات هذه الخبرات ـ وبنفس القدر ـ إلى كل ما يتصل بهذا المجال بشكل أو بآخر، ومثال ذلك الطبيب الذي من المفترض أن يحيط بكل ما يتعلق بممارسة مهنة الطب في مجال تخصصه، كفحص المرضى، وطرق تشخيص المرض ... إلخ، غير أن الأمر لا يكون كذلك حال قيامه بشراء جهاز لقياس الضغط أو جهاز للأشعة قام بصناعة وتسويقه فنيون متخصصون، ففي هذا المثال نجد أن المحترفين يتعرضون عند التعاقد لبعض الخطر كون الأمر

---

1. زاهية حورية سي يوسف، المسؤولية المدنية للمنتج، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2009، ص36، مشار له لدى: شطابي علي، مرجع سابق، ص6.
2. خالد عبد الفتاح محمد خليل، حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص، دار نشر، 2002، ص35. مشار له لدى: أبو عجيلة علي نصر، مرجع سابق، ص64.
3. سعاد عبد الحميد فاتح أبو طالب، مرجع سابق، ص159.
4. موفق حماد عبد، مرجع سابق، ص13.

خارج مجالات لأنهم يكونون في مركز ضعف بالمقارنة مع مركز المحترف في مجال تخصصه، فمن الأجدر أن يكون محلا للحماية القانونية ضد إساءة الطرف القوى المتعاقد معه لقوته الإقتصادية [1].

وعلى نقيض المفهوم الضيق للمستهلك اتجه أنصار الاتجاه الموسع إلى إضفاء صفة المستهلك الجدير بالحماية لتشمل الأشخاص المعنوية التي تهدف إلى تحقيق الربح، ولم يقصروها على الجمعيات الخيرية والنقابات التي تحصل على السلع والخدمات لأغراض إنسانية، شرطهم الوحيد في ذلك أن يكون موضوع التعاقد خارج نطاق اختصاصهم، حتى وإن كان تعاقدهم لغرض مهني، كقيام شركة مختصة بصناعة الأثاث على التعاقد من أجل تركيب أجهزة كاميرا[2].

بل هناك من أنصار هذا الاتجاه من دعا إلى جعل مصطلح المستهلك مرادفا لكلمة مواطن، وذلك بالنظر إلى المصلحة، فمصلحة المستهلك تكون حينما تنشأ علاقة تبادلية بين المواطنين والعديد من المؤسسات ومختلف أنواع الأعمال الأخرى داخل المجتمع[3].

ويتضح من ذلك أن المعيار المعتمد حسب هذا الاتجاه هو معيار الضعف من الناحية الاقتصادية والتقنية، ولم يعتمدوا على معيار الغرض من اقتناء المنتج بحيث يكون دائما للإستعمال للتفرقة بين المستهلك والمتدخل، والذي تبناه أنصار الإتجاه الضيق في مفهوم المستهلك[4].

وتجدر الإشارة إلى أن بعض الفقهاء الفرنسيين أيدوا الإتجاه الموسع، فقد تم تناول الوسائل القانونية لضبط فكرة المستهلك في إطار الإتجاه الموسع فظهر معيارين، الأول معيار الإختصاص، والمعيار الثاني، هو معيار الإسناد المباشر، ومعيار الإختصاص المزود هو الأكثر إتساعا، فقد ساوى ما بين المزود الذي يتعاقد لغرض مزود خارج نطاق إختصاصه والشخص غير المزود، وقد وجهت لهذا المعيار بعض الإنتقادات كغموض فكرة المزود، حيث يمكن أن يحمل الشخص وصفين مزود

1. خالد عبد المنعم إبراهيم مصطفى، مرجع سابق، ص135.
2. جاميع مليكة، مرجع سابق، ص13.
3. صياد الصادق، حماية المستهلك في ظل القانون الجديد رقم 03/09 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، رسالة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق، جامعة قسنطينة 01، 2014/2013، ص35.
4. شطابي علي، مرجع سابق، ص7.

ومستهلك، أما بالنسبة لمعيار الإسناد المباشر فهو يعتمد على وجود صلة تربط بين العقد الذي يتم والمهنة التي تمارس، أي أن هذا المعيار يخدم بالدرجة الأولى المزود[1].

وينتقد وبحق هذا التوسع الكبير في مفهوم المستهلك، إذا طبقا لهذا المفهوم يصبح كل شخص مستهلكا سواء أكان شخصا مهنيا تاجرا أو غير تاجر أو شخصا عاديا، ومن ثم يطبق حماية المستهلك على كل أفراد المجتمع، وعليه فهو يحمي افرادا ليسوا في حاجة إلى الحماية كالتجار والمهنيين في تعاقداتهم على سلع وخدمات تدخل في نطاق إختصاصهم الأصلي وليس بالتبعية، فهو يحمي التاجر في تعاقداته على شراء المواد الخام التي تدخل في صناعته وشراء البضائع التي يتاجر فيها، فالمتعاقدون في هاتين الحالتين ليسوا بحاجة إلى الحماية لأنهم يقفون على قدم المساواة بالنسبة للطرف الآخر في التعاقد بخلاف المستهلك الذي يتسم بالضعف والذي من أجله جاءت قوانين حماية المستهلك لحمايته[2].

رغم الضعف الذي يكتسي المفهوم الواسع للمستهلك، إلا أن التطور السريع للمنتجات، خاصة مع استعمال التقنيات الحديثة في تصنيعها، يجعل من الأنسب حماية هذا المهني الذي يتعامل في غير دائرة اختصاصه على أن تتم حمايته بقواعد خاصة، تستجيب لمعطيات إقتصادية تضع في الحسبان ضعف المهني تقنيا لا إقتصاديا[3].

الفرع الثاني: المفهوم القضائي للمستهلك.

لقد إنتقل الخلاف الفقهي حول مفهوم المستهلك بسبب صعوبة إيجاد تعريف محدد له في القانون الفرنسي إلى ساحة المحاكم، والتي وجدت بين أيديها نص المادة 35 من قانون 10 يناير 1978 المتعلق بالشروط التعسفية، والذي صدر بموجب القانون رقم 23/78، والتي نصت على أن:"... نصوص هذا القانون تتعلق فقط بالعقود المبرمة بين المحترفين وغير المحترفين أو

1. أسامة أحمد بدر، مرجع سابق، ص63، عبد الله ديب عبد الله محمود، حماية المستهلك في التعاقد الالكتروني، دراسة مقارنة، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، فلسطين، 2009، ص15،16.
2. كوثر سعيد عدنان خالد، مرجع سابق، ص49،50.
3. شعباني (حنين) نوال، التزام المتدخل بضمان سلامة المستهلك في ضوء قانون حماية المستهلك وقمع الغش، رسالة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو 2012، ص28.

المستهلكين"[1]، فنشأ جدال قضائي حول مفهوم غير المحترف (أو غير المهني)، ومدى علاقته وتأثيره في مفهوم المستهلك وهل غير المحترف هو نفسه المستهلك[2].

كان لتضارب المواقف بشأن النصوص القانونية المتخذة في هذا الصدد، بالغ التأثير على مواقف القضاء الذي تباينت أحكامه من حكم إلى آخر، ولا يخفى ذلك أمام ظهور فئتين، فئة تنادي بضرورة تبني مفهوم موسع لنظرية المستهلك، وأخرى تنادي باعتماد مفهوم ضيق لمفهوم المستهلك، لتحديد المستفيد من أحكام قانون حماية المستهلك[3].

في بداية الأمر اتجهت محكمة النقض الفرنسية إلى تبني المفهوم الضيق، حيث تم تعريف المستهلك من طرف القضاء بأنه :" الفرد الذي من أجل إحتياجاته الشخصية يصبح طرفا في عقد يتعلق بسلعة أو خدمة" [4]، فيجوز لهذا الأخير وحده الإستفادة من الحماية القانونية التي يبقى نطاقها محدود[5].

وفي حكم آخر صادر عن الدائرة الأولى المدنية لمحكمة النقض الفرنسية، حيث أعتبرت أن شركة تجارية في حالة تصرفها كمستهلك، أي حين تقتني سلعا وخدمات لاستعمالها الشخصي وخارج إختصاصها، تستفيد من نصوص قانون 10 جانفي 1978، الخاص بحماية المستهلك في مواجهة الشروط التعسفية[6].

حيث اتجهت إلى إضفاء صفة المستهلك على الشخص المعنوي، فقد قضت باعتبار أحد الشركات التجارية العاملة في مجال العقارات من قبيل المستهلكين على أساس أن تعاقدها كان خارج مجال تخصصها وذلك بغرض الإستفادة من نصوص قانون حماية المستهلك في مواجهة الشروط

---

1. صياد الصادق، مرجع سابق، ص35.
2. خالد عبد المنعم إبراهيم مصطفى، مرجع سابق، ص150
3. زوبير أرزقي، مرجع سابق، ص39.
4. أبو عجلية عقيلة علي نصر، مرجع سابق، ص65، فاطمة بحرى، مرجع سابق، ص36.
5. خالد عبد المنعم إبراهيم مصطفى، مرجع سابق، ص151.
6. سي الطيب محمد أمين، الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك، رسالة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2008/2007، ص19.

التعسفية الصادر في 10 جانفي 1978 حيث كانت هذه الشركة قد تعاقدت على شراء جهاز إنذار بغرض حماية مواقعها، إلا أنه تبين فيما بعد أن الجهاز به بعض العيوب الفنية، فأقامت الشركة دعوى قضائية من أجل إبطال العقد الذي يربطها بالبائع، إعتبرت المحكمة شروط العقد شروط تعسفية وأن الشركة رغم أنها مهني تعمل في مجال العقارات، إلا أن هذا التعاقد خارج نطاق تخصصها الفني والتقني الخاص بنظام أجهزة الإنذار وأن الشركة تعتبر في نفس حالة عدم العلم مثلها مثل أي مستهلك آخر [1].

لأول وهلة نلاحظ أنه يوجد تناقض بين الحكمين، فالحكم الأول يعطي مفهوما ضيقا للمستهلك، بل أنه اقتصر على الإستهلاك الشخصي دون العائلي، بينما يقضي الحكم الثاني بضم الشخص المعنوي الذي يعتبر في الحقيقة مهنيا إلى فئة المستهلكين، غير أنه تعاقد في غير مجال تخصصه حيث أن القضاء الفرنسي بعدما كان يتبنى المفهوم الضيق للمستهلك انتهج سبيلا آخر في مفهوم، وذلك بتوسيع نطاق الحماية لتشمل المهني[2].

وفي حكم مشابه للحكم الثاني، حيث اشترى مزارع مطفأة لمزرعته، وذلك من مندوب شركة معينة، ثم عدل المزارع عن العقد، لكن الشركة دفعت بأنه لا يحق له ذلك على أساس أنه لا يعتبر مستهلكا، وذلك لأن المزارع قد اشترى مطفأة الحريق لمزرعته، فهي خاصة لشؤون مهنته ولكن محكمة النقض الفرنسية اعتبرته مستهلكا، على أساس أن موضوع التعاقد يخرج عن نطاق إختصاصه، وأنه يعتبر بالنسبة لموضوع العقد في حالة من الجهل مثل أي مستهلك آخر [3].

مما سبق نستنتج أن القضاء الفرنسي تبنى المفهوم الموسع للمستهلك، حيث يشمل هذا المفهوم، المهني عندما يتعاقد على سلع أو خدمات غير متعلقة بأعمال مهنته، وذلك بغض النظر عن كون المهني شخص طبيعي أو معنوي، والحكمة من ذلك هي وجود المهني في نفس الحالة التي يوجد فيها

1 Cass. CIV, 1 , 28 Avril, 1987DALLOZ 1987, SOMM. P 455 Obs. Aubert : 6 /1/1993, Note Poissant .
ـ مشار له لدى: خالد ممدوح إبراهيم، حماية المستهلك في العقد الالكتروني، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، مصر، 2008، ص28.

2. بحرى فاطمة، مرجع سابق، ص37.

3. سامح محمد عبد الواحد التهامي، مرجع سابق، ص195.

المستهلك، هذه الحالة التي تعبر عن الضعف والجهل الذي يعاينه الشخص خارج مجال تخصصه، فهو أجنبي لا يعلم[1]، بخصائص السلعة أو الخدمة.

المطلب الثاني: المفهوم التشريعي للمستهلك.

نص معظم المشرعين على قواعد خاصة لحماية المستهلك وتعرضوا من خلال هذه القواعد لتعريف المستهلك، سنورد في هذا المطلب مجموعة من التعاريف الواردة في الاتفاقيات الدولية والتوجيهات الأوربية في الفرع الأول، أما الفرع الثاني فنخصصه لتعريف المستهلك في التشريعات الأجنبية والعربية، خاصة التشريع الجزائري.

الفرع الأول:تعريف المستهلك في الإتفاقيات الدولية وفي التوجيهات الأوربية.

البند الأول: الإتفاقيات الدولية.

1 ـ تعريف إتفاقية روما للمستهلك.

بينت المادة 1/5 من إتفاقية روما لسنة 1980 في شأن القانون الواجب التطبيق على العقود الدولية ماهية المستهلك، حيث نصت على أنه: تنطبق هذه الإتفاقية على العقود الدولية المبرمة لغرض توريد قيم مادية أو خدمات إلى شخص المستخدم لاستخدام يعتبر غريبا عن نشاطه المهني"[2]،

[1]. سي الطيب محمد أمين، مرجع سابق، ص20.

[2]. عصام عبد الفتاح مطر، مرجع سابق، ص256.

نجد أن هذه الإتفاقية عرفت المستهلك بطريقة غير مباشرة عند تحديدها لنطاق تطبيقها، كما أنها أخذت بالمفهوم الضيق في تعريف المستهلك مركزتا على الهدف من الإستهلاك في حد ذاته ومدى اعتباره شخصيا أم مهنيا تجاريا[1].

وقد اعتمدت محكمة العدل الأوربية هذا التعريف للمستهلك النهائي، الذي يشترط لتمتعه بقواعد الحماية أن يكون تصرفه لغرض مستقل تماما عن حاجات نشاطه التجاري أو المهني[2].

أما إتفاقية فيينا والمتعلقة بالبيع الدولي للبضائع لعام 1980 التي وإن استبعدت من نطاق تطبيقها بيوع المستهلكين، إلا أنها تعرضت لتعريف المستهلك، عندما نصت على استبعاد هذه البيوع، واعتمدت مفهوما ضيقا، فجاء نص المادة الثانية (الفقرة أ) منها على أن :" البضائع التي تشترى للإستعمال الشخصي أو العائلي أو المنزلي، إلا إذا كان البائع لا يعلم قبل العقد ولا يفترض فيه أن يعلم بأن البضائع اشتريت لاستعمالها في أي وجه من الوجوه المذكورة..."[3].

كما عرفت إتفاقية بروكسل لعام 1968، المستهلك في المادة 13 منها بأنه: "الشخص الذي يتصرف في إطار نشاط يعد غريبا عن نشاطه المهني"[4]

وإذا كانت إتفاقية بروكسل لعام 1968 بشأن الإختصاص القضائي قد تضمنت قواعد حمائية للمستهلك في المادتين 13، 14 في مجال الإختصاص القضائي، إلا أن هذه الحماية تظل مشروطة بأن يكون المتعاقد مع المستهلك شخصا محترفا، فإذا كان المتعاقد مع المستهلك شخصا غير مهني فإنه لا يجوز إعمال النصوص الحمائية الواردة بهذه الإتفاقية، نظرا لعدم وجود حالة الخلل الناشئة عن عدم التوازن في القوة بين طرفي العقد، تلك الحالة التي تبرر تدخل المشرع وتجعل من المستهلك طرفا مذعنا جديرا بالحماية، وقد أوضحت الفقرتان الأولى والثانية من المادة الثالثة عشر أمثلة لعقود

---

[1]. زواوي عباس، مانع سلمى، الحماية المدنية للمستهلك في نطاق التجارة الالكترونية، مجلة الحقوق،ع4، أفريل 2017، ص307.

[2]. خالد ممدوح ابراهيم، حماية المستهلك، مرجع سابق، ص26.

[3]. شبة سفيان، حماية المستهلك في عقد البيع الدولي ـ في القانون الجزائري والقوانين المقارنة، مجلة دفاتر السياسة والقانون، جامعة ورقلة، ع 4، جانفي 2011 ص226.

[4]. زوبير أرزقي، مرجع سابق، ص38.

الإستهلاك مثل: عقود القرض بالتقسيط، وعقود البيع بالتقسيط للمنقولات المادية، ثم حددت الفقرة الثالثة شروط استفادة المستهلك بنصوص المواد 13،14 من الإتفاقية ذاتها.[1].

مما تقدم نقول أن المنظمات والإتفاقيات الدولية تتجه كلها إلى تبني مفهوم واحد للمستهلك، هو المفهوم الضيق في تعريف المستهلك، إذ يقصرون صفة المستهلك على الشخص الذي يتصرف بقصد الإستهلاك الشخصي أو العائلي، وخارج تلك الأغراض لا يعد المتصرف مستهلكا [2]،

البند الثاني: مفهوم المستهلك في التوجيهات الأوربية.

تناولت التوجيهات الأوربية الصادرة عن البرلمان الأوربي والخاصة بحماية المستهلك، لتعريف وصفة المستهلك كشرط أساسي للإستفادة من النصوص الحمائية الواردة فيها.

لقد عرف التوجيه الأوربي رقم 93/13 الصادر في 5 أفريل 1993 في المادة الثانية، بشأن الشروط التعسفية في العقود المبرمة مع المستهلك بأنه:" تلك العقود التي تبرم بين التاجر والمستهلك والتي يبرمها هذا الأخير بصفة عامة لأغراضه الشخصية وليس لأغراضه المهنية أو التجارية"[3].

فقد اشترط هذا التوجيه، حتى يحظى المستهلك بالحماية المقررة فيه، أن يتصرف في إطار نشاط شخصي، وأن يحصل على السلعة أو الخدمة من أجل إستخدام لا يرتبط بنشاطه المهني[4].

فإذا توافر هذا الشرط فإن التوجيه ينطبق على كل عقد مبرم بين مهني ومستهلك، بإعتبار أن هذا الأخير هو الطرف المذعن الذي يمكن أن تفرض عليه شروط تعسفية من جانب المهني، وقد حددت المادة الثالثة مدلول الشروط التعسفية التي ترد على عقود الإستهلاك وعرفتها بأنها الشروط التي ترد على إختلال واضح بين حقوق والتزامات الأطراف في العقد[5].

---

[1]. خالد عبد المنعم ابراهيم مصطفى، مرجع سابق، ص146،147.

[2]. كوثر سعيد عدنان خالد، مرجع سابق، ص43.

[3]. شوال بن شهر، مرجع سابق، ص214. ، خالد ممدوح ابراهيم، حماية المستهلك، مرجع سابق، ص25.

[4]. بن خضرة زهيرة، مرجع سابق، ص175.

[5]خالد عبد المنعم ابراهيم مصطفى، مرجع سابق، ص148.

أما التوجيه الأوربي رقم 7/ 1997 الصادر في 20 مايو 1997، المتعلق بحماية المستهلكين في العقود عن بعد، ووفقا للمادة 2/2 فقد عرف المستهلك بأنه:" كل شخص طبيعي يتصرف لإشباع حاجات لا تدخل في إطار نشاطه المهني أو التجاري"[1].

أما فيما يخص التوجيه الأوربي رقم 31/2000 لعام 2000 الصادر في لكسمبورغ في 8 يونيه 2000 والمتعلق بالتجارة الالكترونية، فقد عرف المستهلك في المادة الثانية منه بأنه:" كل شخص طبيعي يتصرف لإشباع حاجات لا تدخل في إطار نشاطه المهني أو التجاري"[2].

يتضح جليا من التعريفات الواردة بالتوجيهات الأوربية للمستهلك أنها تقصر مفهوم المستهلك على الشخص الطبيعي، وبالتالي لا يعد الشخص المعنوي مستهلكا، كما اتقصر الغرض من التعاقد على الأهداف غير التجارية أو المهنية[3]، هذا من جهة، ومن جهة أخرى نستنتج أن التوجيه الأوربي قد أخذ بالمفهوم الضيق للمستهلك مستند على معيار النشاط والربح المحقق، فحتى يكون المستهلك مشمولا بالحماية المدنية لا بد أن ينصب الإستهلاك على حاجاته الشخصية والعائلية[4].

الفرع الثاني: مفهوم المستهلك في التشريعات المقارنة.

سنتعرض في هذا الفرع لتعريف المستهلك في تشريعات بعض الدول الأجنبية، وتشريعات بعض الدول العربية على النحو الآتي:

البند الأول: في التشريعات الأجنبية.

عرفت التشريعات الأجنبية المستهلك في إطار القوانين الخاصة بالإستهلاك، وقد حاولنا أن نتعرض للبعض منها كالتشريع الفرنسي والإنجليزي والبلجيكي وأخيرا النمساوي.

---

1. صفوان حمزة إبراهيم عيسى الهواري، مرجع سابق، ص285.
2. جامع مليكة، مرجع سابق، ص16.
3. كوثر سعيد عدنان خالد، مرجع سابق، ص41.
4. زواوي عباس، مانع سلمى، مرجع سابق، ص308.

أ ـ التشريع الفرنسي:

انعكس الخلاف الفقهي بخصوص مفهوم المستهلك على موقف التشريعات غير أن المشرّع الفرنسي وبالرغم من إصداره نصوص عديدة تنظم الأحكام المتعلقة بحماية المستهلك، إلا أنه تجنب وضع تعريف موحد للمستهلك الأمر الذي فسره البعض على أساس أن المشرّع الفرنسي تفادي إقحام نفسه بوضع التعريفات لأن ذلك من إختصاص الفقه [1].

ورغم أن المشرع الفرنسي لم يقدم تعريفا مباشرا للمستهلك، إلا أنه باستقراء بعض تشريعات الإستهلاك والتي أشارت له بصفة عرضية[2].

يمكننا أن نستخلص مفهوم المستهلك، حيث جاء في المادة الثانية من القانون رقم 22/78 المتعلق بحماية المستهلك في بعض مجالات الإئتمان التي تمنح عادة على أنه:" يطبق القانون الحالي على كل عمليات الإئتمان التي تمنح عادة للأشخاص الطبيعيين والمعنويين والتي لا تكون مخصصة لتموين نشاط مهني" [3].

يفهم من هذا النص أن المشرع الفرنسي يعتبر المستهلك هو الشخص الذي تكون غايته من إقتناء السلعة أو الخدمة غاية شخصية غير مرتبطة بنشاط مهني، فالمشرع الفرنسي يأخذ بمعيار الغاية من التصرف[4].

---

1. جريفيلي محمد، نطاق تطبيق قانون حماية المستهلك من حيث الأشخاص، دراسة تحليلية مقارنة مع قانون الاستهلاك الفرنسي، الجديد لسنة 2016، مجلة القانون والمجتمع، 2018، ص218.
2. سي الطيب محمد أمين، مرجع سابق، ص15.
3. زبيري بن قويدر، حماية المستهلك من الممارسات التجارية غير الشرعية في ضوء قانون 02/04 المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، رسالة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2006، ص7.
4. سي الطيب محمد أمين، مرجع سابق، ص15.

ورغم صدور قانون الإستهلاك رقم 949/93 المؤرخ في 26 يوليو 1993 والذي يضم العديد من القوانين التي تقرر تعيين الإستهلاك يستبعد من الخضوع لأحكامه العمليات التي تتم لأغراضه المهنية، بما يفهم منه أن الحماية تمس الأشخاص الذين يتعاقدون لأغراض مهنية[1].

أما المرسوم 741 لعام 2001 الخاص بحماية المستهلك في التعاقد عن بعد، نص في المادة 16 ـ 121 منه:" أي يبيع لسلعة أو تقديم خدمة يتم دون وجود مادي متزامن للمهني والمستهلك، الذي يستخدم وسيلة أو اكثر من وسائل الإتصال عن بعد لإبرام العقد مستبعدا أي وسيلة أخرى" [2].

وبتعديل قانون الإستهلاك لسنة 2014 الصادر بمقتضى القانون 344/2014 المؤرخ في 17 مارس 2014، نصت المادة الثالثة من هذا التعديل باستحداث مادة تمهيدية نصت على أنه:" في مفهوم هذا القانون يعتبر مستهلكا كل شخص طبيعي يتصرف لأغراض لا تدخل في نشاطه التجاري، الصناعي، الحرفي، الحر"[3].

وبالتعديل الجديد لقانون الإستهلاك الفرنسي رقم 301/2016 بتاريخ 14 مارس 2016، أبقى المشرّع على نفس التعريف، إلا أنه أضاف النشاط الزراعي للتعداد المذكور في المادة السابقة المتعلقة بالنشاطات المهنية[4].

كما يلاحظ على التعريف الذي أورده المشرع الفرنسي أنه قصر وصف المستهلك على الشخص الطبيعي فقط، الذي يتعاقد لأغراض خارج نشاطه المهني والتجاري[5]، الأمر الذي يؤدي بنا إلى القول أن المشرّع الفرنسي قد تبنى الإتجاه الموسع لمفهوم المستهلك، وهو ما كرسه في هذا التعديل حينما

---

[1]. علي خوجة خيرة، الضمانات القانونية لتعويض المستهلك عن الاضرار بسلامته في التشريع الجزائري، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2016/2015، ص18.

[2]. بن خضرة زهيرة، مرجع سابق، ص172.

[3]. جريفيلي محمد، مرجع سابق، ص219.

[4]. المرجع نفسه، ص219.

[5]. جامع مليكة، مرجع سابق، ص15.

عرف غير المهني بأنه:" كل شخص معنوي يتصرف لأغراض لا تدخل في إطار نشاطه التجاري الصناعي الحرفي الحر أو الزراعي"[1].

ب ـ التشريع الإنجليزي.

يعرف قانون التجارة الإنجليزي الصادر عام 1973 المستهلك بأنه:" الشخص الذي لا يتعاقد في عمل ينفذه ولكن يتعاقد مع الشخص الذي يقوم بتنفيذه".

طبيعي يلاحظ على هذا التعريف أنه شمل كل من الشخص الطبيعي والمعنوي، كما أنه شمل أيضا السلع والخدمات كمحل للتعاقد لأنه استعمل عبارة واسعة أي التعاقد مع شخص من أجل القيام بعمل[2].

ج ـ التشريع البلجيكي.

عرف المشرّع البلجيكي المستهلك طبقا للمادة الأولى الفقرة السابعة من قانون حماية المستهلك البلجيكي الصادر في 14 يوليو 1993 بأنه:" كل شخص طبيعي أو معنوي يحصل على المنتجات أو خدمات معروضة للتداول أو يستخدمها لأغراض لا علاقة لها بمهنته" ويتميز هذا التعريف بكونه يشمل الشخص الطبيعي والمعنوي، وكذلك يتضمن إستهلاك السلع والخدمات [3].

كمانصت المادة 120 من القانون الدولي الخاص النمساوي الصادر في 18 ديسمبر 1987، على تطبيق قانون محل الإقامة المعتادة للمستهلك على العقود التي تتعلق بأي إستهلاك معد للاستعمال الشخصي أو العائلي للمستهلك والتي لا ترتبط بالنشاط المهني أو التجاري له..." وعلى ذلك يقتصر تطبيق النص الحمائي على عقود الاستهلاك الذي يكون الهدف منها إشباع الحاجات

1. جريفيلي محمد، مرجع سابق، ص220

2. فاطمة بحري، مرجع سابق، ص42.

3. مصطفى أحمد أبو عمرو، موجز أحكام قانون حماية المستهلك، الطبعة الأولى، منشورات الحلي الحقوقية، لبنان، 2011، ص26. مشار له لدى: أبو عجيلة عقيلة علي نصر، مرجع سابق، ص72.

الشخصية أو العائلية أما الشخص الذي يتصرف في إطار نشاطه التجاري أو المهني، فإنه لا يستفيد من الحماية المقررة للمستهلك[1].

البند الثاني: في التشريعات العربية.

نتناول في هذه الفقرة تعريف المستهلك في تشريعات بعض الدول العربية، مثل فلسطين، لبنان، مصر، الأردن، المغرب وأخيرا الجزائر.

أ ـ في التشريع الفلسطيني.

عرف قانون حماية المستهلك رقم 21 لسنة 2005 [2]، المستهلك بأنه:" كل من يشتري أو يستفيد من سلعة او خدمة"، وعرف السلعة" كل منتج صناعي أو زراعي أو تحويلي أو نصف مصنع، أو أية مادة أخرى تعتبرها الوزارة سلعة لغايات تطبيق أحكام هذا القانون"، أما تعريف الخدمة في مفهوم هذا القانون هي:" كل عمل يتمثل بنشاط تقني أو حرفي أو مادي تقدمه أي جهة متخصصة مقابل أجر متفق أو محدد بموجب تسعيرة معلنة".

يستنتج من بنود قانون حماية المستهلك الفلسطيني أنه إعتمد المفهوم الضيق، حيث أن الحماية يجب أن تتوفر للمستهلك الذي يمثل الطرف الضعيف الذي يسعى لإشباع حاجاته الشخصية والعائلية [3].

1. خالد عبد المنعم ابراهيم مصطفى، مرجع سابق، ص139.
2. المادة الاولى من قانون حماية المستهلك الفلسطيني رقم 21 لسنة2005.
3. عبد الله ذيب عبد الله محمود، مرجع سابق، ص 11.

ب ـ في التشريع اللبناني.

يقصد بالمستهلك وفقا لقانون حماية المستهلك اللبناني بأنه:" الشخص الطبيعي أو المعنوي الذي يشتري خدمة أو سلعة أو يستأجرها أو يستفيد منها، وذلك لأغراض غير مرتبطة بنشاطه المهني" [1].

يلاحظ من هذا التعريف شموله لكل من الشخص الطبيعي والمعنوي بإعتبارهم مستهلكين، علاوة على أن هذا التعريف قد تعرض لضرورة توافر صفة في المتعاقد كي يعتبر مستهلكا، ألا وهي أن يكون الغرض من التعاقد الإستهلاك الشخصي وذلك لتمييزه عن المهني (المحترف)، كما يؤخذ عليه، أنه لم يحدد بدقة المقصود بالإرتباط بالمهنة ومعيار هذا الارتباط، الأمر الذي يثير صعوبات عملية عديدة[2].

ج ـ في التشريع المصري.

أما قانون حماية المستهلك المصري رقم 67 لسنة 2006 فقد نص صراحة في المادة الأولى منه على إمكانية اكتساب الشخص الطبيعي والمعنوي بصفة المستهلك على سواء، فنصت هذه المادة على أنه يقصد بمصطلح "الأشخاص" في تطبيق هذا القانون " الأشخاص الطبيعيون والأشخاص الاعتبارية ومنها الشركات بجميع أشكالها.." [3]

ومن جهة أخرى عرفت المادة المذكورة المستهلك بأنه: "كل شخص تقدم إليه أحد المنتجات لإشباع إحتياجاته الشخصية أو العائلية أو يجري التعامل أو التعاقد معه بهذا الخصوص" ،من خلال هذا النص نستنتج أن المشرّع المصري عرّف المستهلك بالنظر إلى الغرض من التصرف، ذلك أنه إذا

---

[1]. المادة الثانية من قانون حماية المستهلك اللبناني قانون رقم 659 بتاريخ 4 شباط 2005، الصادر بالمرسوم رقم:13068 بتاريخ: 2004/08/05. والمعدل والمتمم بالقانون رقم: 256 الصادر بتاريخ: 2014/04/15، ج، ر، ع. 17، الصادرة بتاريخ: 2014/04/22.

[2]. عبد الله عبد الكريم عبد الله، فاتن حسن حوى، حماية المستهلك في بعض التشريعات العربية بين الواقع وآليات التطبيق، المركز العربي للبحوث القانونية والقضائية، جامعة الدول العربية، بيروت، لبنان، 2 ـ4، يونيو 2014، ص7.

[3]. علي خوجة خيرة ، مرجع سابق، ص18.

كان الغرض إشباع حاجات غير مهنية أي حاجات شخصية أو عائلية كان المتعاقد مستهلكا ، والعكس صحيح فلا يعد مستهلكا من تعاقد لأغراض مهنية.[1]

د ـ في التشريع الأردني.

عرفت المادة الثانية من قانون حماية المستهلك الأردني[2]، المستهلك بأنه: "الشخص الطبيعي أو الإعتباري الذي يحصل على سلعة أو خدمة بمقابل أو دون مقابل إشباعا لحاجاته الشخصية أو لحاجات الأخرين ولا يشمل ذلك من يشتري السلعة أو الخدمة لإعادة بيعها أو تأجيرها".

نلاحظ من خلال هذا التعريف أن المشرّع الأردني حصر صفة المستهلك بمن يشتري سلعة أو خدمة لإشباع حاجاته الشخصية أو العائلية، من هنا نقول أن المشرع الأردني قد تبنى المفهوم الضيق في تعريف المستهلك [3].

هـ ـ في التشريع المغربي.

عرّف المشرّع المغربي المستهلك في القانون رقم 08 ـ 31 القاضي بتحديد تدابير لحماية المستهلك [4]، بأنه:" كل شخص طبيعي أو معنوي يقتني أو يستعمل لتلبية حاجياته غير المهنية منتوجات أو سلعا أو خدمات معدة لاستعماله الشخصي أو العائلي".

---

[1]. علي خوجة خيرة ، مرجع سابق، ص19.

[2] . قانون رقم 7 لسنة 2017 المتضمن قانون حماية المستهلك الأردني، ج، ر، الأردنية رقم 2725، الصادرة بتارخ 17 أبريل 2017.

[3]. فلاح فهد العجمي، الحماية المدنية للمستهلك في العقد الالكتروني، رسالة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، 2011، ص50.

[4].ظهير شريف رقم 03 / 11 ـ صادر في 14 من ربيع الأول 1432 الموافق لـ 18 فبراير 2011، بتنفيذ القانون رقم 08/ 30. القاضي بتحديد تدابر لحماية المستهلك، ج، ر، ع 5932 بتاريخ 3 جمادى الأولى 1432 الموافق 7 أبريل 2011، ص1072.

ويلاحظ أن القانون المغربي، ورغبة منه في حماية أكبر عدد من المستهلكين إبتعد عن إستخدام صفة المشتري لإسباغها على المستهلك، واستعمل بدلا من ذلك صفة الإقتناء أو الإستعمال لمنتجات أو سلع أو خدمات [1].

و ـ في التشريع الجزائري.

أما المشرّع الجزائري فقد أورد تعريفا للمستهلك من خلال المادة الثالثة من القانون رقم 09/ 03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش بأنه:" كل شخص طبيعي أو معنوي يقتنى بمقابل أو مجانا، سلعة أو خدمة موجهة للإستعمال النهائي من أجل تلبية حاجاته الشخصية أو تلبية حاجة موجهة للإستعمال النهائي من أجل تلبية حاجاته الشخصية أو تلبية حاجة شخص آخر أو حيوان متكفل به"[2].

وهو نفس التعريف الذي أشار له المشرع في المادة 02/ ومن المرسوم التنفيذي رقم 39/90 المؤرخ في 30 يناير 1990 المتعلق برقابة الجودة وقمع الغش[3]، على أن المستهلك هو: "كل شخص يقتني بثمن أو مجانا، منتوجا أو خدمة، معدين للإستعمال الوسيطي أو النهائي لسد حاجاته الشخصية، أو حاجة شخص آخر أو حيوان يتكفل به"

ونجد أن المشرّع الجزائري قد حدد مصطلح المستهلك بحسب الغرض من إقتناء السلع بحيث استوجب أن تكون الغاية من إقتناء السلع والخدمات هو سد الإحتياجات الشخصية أو شخص آخر أو حتى حيوان يرعاه ويتكفله بحيث يقطع الشك على أن توجه السلع أو الخدمات للإستعمال النهائي الشخصي [4].

---

1. عبد الله عبد الكريم عبد الله، فاتن حسين حوى، مرجع سابق، ص8.
2. علي خوجة خيرة، مرجع سابق، ص19.
3. المرسوم التنفيذي رقم 39/90 المؤرخ في 30 يناير 1990 المتعلق برقابة الجودة وقمع الغش، الصادر، ج، ر، ع 05، المعدل والمتمم بالمرسوم التنفيذي رقم 315/01 المؤرخ في 16 أكتوبر 2001، ج ر، ع، ص61.
4. رامي زكريا رمزي مرتجى، الحماية الجزائية للمستهلك في التشريع الفلسطيني دراسة مقارنة بالشريعة الاسلامية، رسالة لنيل شهادة الماجستير، كلية الشريعة والقانون، الجامعة الإسلامية، غزة، 2017، ص13.

ومن ذلك نقول أن المشرّع نص في هذا التعريف على أن تكون السلعة أو الخدمة المقتناة موجهة للإستعمال النهائي أي للإستهلاك، وبهذا يكون المشرع قد تبنى المفهوم الضيق للمستهلك[1].

ويؤكد المشرع الجزائري موقفه هذا في تبني المفهوم الضيق للمستهلك في الفقرة الأولى من المادة الثانية من المرسوم التنفيذي 254/97 المتعلق بالرخص المسبقة لإنتاج المواد السامة التي تشكل خطر من نوع خاص واستيرادها[2]، والتي تنص على أنه" يقصد بالمنتوج الاستهلاكي في مفهوم هذا المرسوم، المنتوج النهائي الموجه للاستعمال الشخصي للمستهلك"، ثم يعزز نفس الموقف في الفقرة الثانية من ذات المادة بقوله:" لا تعتبر المواد المستعملة في إطار نشاط مهني كمنتوجات استهلاكية، في مفهوم هذا المرسوم"[3].

وبالرجوع إلى القانون 02/04 المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية المعدل و المتمم[4]، نجد أن المشرع قد أخذ بنفس الموقف، حينما عرف المستهلك في المادة الثالثة بأنه:" كل شخص طبيعي أو معنوي يقتني سلعا قدمت للبيع او يستفيد من خدمات عرضت له ومجردة من كل طابع مهني".

المبحث الثاني: حماية المستهلك في المرحلة السابقة على التعاقد.

عادة ما يسبق مرحلة إبرام العقد الإلكتروني إجراء مفاوضات بين أطراف العقد، إذ تكتسب هذه المرحلة أهمية كبرى سواء على مستوى الأشخاص أو الشركات التجارية، حيث يتم في هذه المرحلة

---

1. محمد عماد الدين عياض، نطاق تطبيق قانون حماية المستهلك وقمع الغش، مجلة دفاتر السياسة والقانون، جامعة ورقلة، العدد التاسع، جوان 2013، ص63.

2. المرسوم التنفيذي رقم 254/97 المؤرخ في 3 ربيع الأول عام 1418 الموافق 8 يوليو 1997، المتعلق بالرخص المسبقة لإنتاج المواد السامة أو التي تشكل خطرا من نوع خاص واستيرادها. ج، ر، ع، 46، ص21.

3. شبة سفيان، مرجع سابق، ص227.

4. قانون 02/04 المؤرخ في 23 يونيو 2004 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، ج، ر، ع41. المعدل والمتمم بالقانون رقم 06/10 المؤرخ في 15 غشت 2010، ج ر، ع، ص46.

بحث كافة الجوانب القانونية والفنية للعقد المزمع إبرامه، خاصة في العقود ذات القيمة العالية والتي تم غالبا بين التجار [1].

ولقد كان للتطور السريع في مجال تكنولوجيا المعلومات والإتصالات بالغ التأثير في جميع مجالات الحياة الانسانية[2]، وأخص بالذكر أثره على إبرام عقود التجارة الالكترونية بصفة عامة، وعقود الاستهلاك بصفة خاصة، وبذلك لم تعد الحماية تقتصر على مرحلة إبرام العقد وتنفيذه، بل توسع نطاقها لتشمل المرحلة السابقة على إبرام العقد الالكتروني[3].

وتعد المرحلة السابقة على إبرام العقد من أهم مراحله وأخطرها بما تتضمنه من تحديد لمعظم حقوق أطراف العقد والتزاماتهم وبما ينشأ عنها من مشكلات قانونية مختلفة، ومن ثم تبدأ حماية المستهلك في عقود التجارة الالكترونية في هذه المرحلة، بوصفها المرحلة التي تضع أسس التعاقد.

فإذا كان العقد المبرم من عقود الإستهلاك بين تاجر محترف ومستهلك فإن العلاقة بينهما تتسم بعدم التوازن ابتداء، لذلك فإن محاولة تحقيق التوازن بحماية الطرف الضعيف وهو المستهلك تبدأ في المرحلة السابقة لإبرام العقد [4].

إن أهم ما يحتاج إليه المستهلك في هذه المرحلة هو إحاطته علما بالبينات المتعلقة بالسلعة أو الخدمة محل التعاقد، حتى يتمكن من تكوين فكرة شاملة ويقف على حقيقة هذا المنتوج أو الخدمة مما تجعله يبرم علاقة تعاقدية متوازنة، وعلى ذلك فإن تزويده بهذا القدر من المعلومات التي تتعلق بالسلعة أو الخدمة هو ما يدعم نظم حمايته والدفاع عن حقوقه[5].

---

[1] .ابراهيم عبيد علي آل علي، مرجع سابق، ص475.

[2] بوزكري انتصار، الحماية المدنية للمستهلك في عقد البيع الالكتروني، رسالة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الباز02، سطيف، 2013/2012، ص8.

[3].جامع مليكة، مرجع سابق، ص21.

[4].موفق حماد عبد، مرجع سابق، ص33.

[5]. علي خوجة خير، مرجع سابق، ص72.

ولتحقيق العلم بالمبيع أو السلعة أو الخدمة موضوع العقد هو ما يقوم به التاجر من إعلان عنها، ومن ثم فإن هذا الإعلان يكون له دور أساسي في تكوين رضاء المستهلك[1].

وبناء على ما قد تم، وللوقوف على مدى حماية المستهلك في هذه المرحلة ارتأيت تقسيم هذا المبحث على النحو الآتي:

المطلب الأول: حماية المستهلك من الإعلانات التجارية المضللة.

المطلب الثاني: الإلتزام بإعلام المستهلك وتبصيره قبل التعاقد.

المطلب الأول: حماية المستهلك من الإعلانات التجارية المضللة.

تكون الأعمال التجارية عامة مسبوقة بشكل من أشكال الدعاية والإعلان عبر شبكة الانترنت، ويعتبر الإعلان من أهم آليات النشاط التجاري في المنافسة وتحقيق الربح، وفي الوقت نفسه، يعتبر وسيلة تضليلية تدفع المستهلك للتعاقد لما يتم إستعماله في الإعلان من إبهار للسلعة أو الخدمة ليتقدم المستهلك لإقتنائها[2].

وفي سبيل توسيع دائرة توزيع المنتجات إتجه المتدخلون إلى إستخدام الإعلان التجاري، فهذا الأخير يعد في الوقت الحاضر إحدى أبرز سمات العصر، غير أن الإعلان قد يتجاوز حدود الإطار المشروع للمنافسة كأن يتخذ المعلن من الكذب والتضليل وسيلة لترويج منتجاته وخدماته بحيث تلحق ضررا بالمستهلك، ومن هنا برزت وضع ضوابط قانونية لحماية المستهلك قبل إبرام العقد من الإعلان التجاري المضلل [3].

---

[1]. قدري محمد محمود، مرجع سابق، ص150.

[2]. عمارة مسعودة، الحماية المدنية للمستهلك في مرحلة ما قبل التعاقد الالكتروني من خلال الإعلان التجاري الكاذب والحق في الإعلام، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، جامعة سعد دحلب، البليدة، العدد الثاني، جانفي2012، ص318.

[3]. سارة عزوز، الحماية المدنية للمستهلك من الإشهار التجاري المضلل، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، العدد العاشر، جانفي 2017، ص509.

الفرع الأول: مفهوم الإعلان التجاري المضلل.

قبل التطرق إلى مفهوم الإعلان التجاري المضلل لابد من تحديد المقصود من الإعلان التجاري أولا، ثم بيان المقصود من الإعلان التجاري المضلل ثانيا.

أولا: تعريف الإعلان التجاري.

تتعدد أنواع الإعلان في ضل تباين أهدافه وتعدد مجالاته[1]، وللإلمام بتعريف الإعلان يقتضي الأمر تعريفه لغة وتشريعا وفقها.

1 ـ الإعلان لغة.

الإعلان:" هو إظهار الشيء بالنشر عنه في الصحف ونحوها[2].

الإعلان" من علن الأمر يعلن علونا ويعلن علنا وعلانية" فيهما إذا شاع وظهر، وأعلنه أظهره وجهر به، عالنه أعلن إليه الامر وبه معالنة، والإعلان هو إظهار الشيء[3].

ويعرف قاموس Larousse الفرنسي الإعلان بأنه:" مجموعة من الوسائل المستخدمة بقصد التعريف بمشروع صناعي أو تجاري او امتداح منتج ما"[4].

---

[1]. علاوة هوام، سارة عزوز، الحماية الجزائية للمستهلك من الممارسات غير النزيهة، مجلة الحقوق والحريات، العدد الرابع، أفريل 2017، ص224.

[2]. مجمع اللغة العربية، المعجم الوسيط2، مكتبة الشروق الدولية، مصر ط4، 2004، ص625، مشار له لدى: علي السيد حسين أبو دياب، وليد محمد بشر، الجوانب القانونية للحماية المدنية للمستهلك من الإعلانات التجارية الكاذبة أو المضلة، العدد 32، الجزء الأول، 2017، ص444. متاح على الموقع www.azhar,edu.eg.

[3]. إبن منظور، لسان العرب، المجلد الرابع، دار الكتاب المصري، مطبعة دار المعارف القاهرة، د. ت، ص3086 . مشار له لدى: بتول صراوة عبادي، التضليل الإعلاني التجاري وأثره على المستهلك، منشورات الحلبي الحقوقية، 2011، ص20.

[4]. زعميش حنان، الإعلانات التجارية الكاذبة، مجلة الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عمار ثليجي، الأغواط، العدد 14، جوان 2017، ص81.

ويتضح مما سبق أن الإعلان في اللغة يعني الظهور والجهر وهما نقيضا السر والكتمان، كما يفيد أحيانا معنى الشيوع والانتشار[1].

2 ـ التعريف التشريعي للإعلان.

غالبا مالا تورد التشريعات تعريفا للإعلان، تاركة أمر تعريفه للفقه والقضاء، غير أن الأمر ليس على إطلاقه، إذ نجد أن العديد من التشريعات حاولت إيراد تعريفا للإعلان[2].

فقد عرف الإعلان في التوجيه الاوربي رقم 450/84 الصادر بتاريخ 1984/09/10، الخاص بالتقارب بين النصوص التشريعية والأئحة الإدارية للدول الأعضاء بأنه:" أي شكل من أشكال الإتصالات تتم في مجال الأنشطة التجارية أو الصناعية أو الحرفية أو المهنية، وتهدف إلى تشجيع الإقبال على السلع والخدمات بما في ذلك العقارات والحقوق والالتزامات المرتبطة بها"[3].

والأمر ذاته في التوجيه الخاص بالإعلانات المضللة والمقارنة الصادر في أكتوبر 1997، فعلى الرغم من أن هذا التوجيه يتعلق بنوع معين من الإعلانات فإنه قد تبنى مفهوما موسعا للإعلان، حيث يعرفه في المادة 1/2 منه بأنه:" كل شكل من أشكال الإتصال يتم في نطاق الأنشطة التجارية والصناعية والحرفية بهدف الترويج عن السلع والخدمات بما فيها الحقوق غير المالية والحقوق والالتزامات[4]".

---

1. علي السيد حسين أبو دياب، وليد محمد بشر، مرجع سابق، ص444.
2. بوراس محمد، الإشهار عن المنتجات والخدمات، دراسة قانونية، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان،2012،2011، ص5.
3. خالد ممدوح إبراهيم، حماية المستهلك، مرجع سابق، ص135.
4. شريف محمد غانم، التنظيم القانوني للإعلانات التجارية عبر شبكة الأنترنت، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2011، ص26.

فالملاحظ تبني التوجيه الأوربي الصادر عام 1884، والمعدل بالتوجيه رقم 55 لسنة 1997، بالمفهوم الموسع للإعلانات التجارية، فلكل منهما نطاق عام، وهو ما يصلح التطبيق على الإعلان الالكتروني[1].

وقد حرص المشرّع الأوربي على تبني ذات المفهوم عند تحديده لمفهوم الإعلان المتعلق بالتجارة الإلكترونية الصادر في 8 يونيو 2000، فقد عرفت هذه المادة الإعلان التجاري بأنه:" كل المعلومات والبيانات التي تقدمها الشركات والمؤسسات أو حتى الأفراد متى تعلقت بسلع وخدمات وكانت هذه المعلومات تتضمن ترويجا للسلع والخدمات بهدف إجتذاب أكبر قدر من العملاء وحثهم على شرائها" [2].

وعلى هذا النحو سارت معظم الدول الاوربية، ففي التشريع الفرنسي، وإن لم يتضمن قانونا خاصا بالإعلان، إلا أننا نجد بعض التعريفات في قوانين ومراسيم ولوائح ذات صلة به، إذ نصت المادة الثالثة من القانون رقم 79/ 1150 الصادر في 1979/12/29، والمتعلق بالحماية من اللأفتات الإعلانية المعلقة على الجداران بقولها:" يعتبر إعلانا كل نقش يهدف إلى إعلان الجمهور وجذب انتباههم سواء كان نقشا نموذجيا أو صورة" [3].

يلاحظ على هذا التعريف أنه يقتصر على تعريف الإعلان بالنقش على الرغم من عدم تحديد طبيعة النقش هذا من جهة، ومن جهة أخرى أن الإعلان التجاري لا يهدف فقط إلى جذب الانتباه، وإنما إلى الحث على التعاقد على محل الإعلان[4].

كما أن المادة 20 من القانون رقم 575/2004 المؤرخ في 21 يونيو 2004 بشأن الثقة في الاقتصاد الرقمي، والمعدلة بموجب المادة 39 من القانون رقم 3/2008 المؤرخ في 03 جانفي

---

[1]. جفالي حسين، دلول الطاهر، الحماية الجنائية للمستهلك من الإشهار التجاري الإلكتروني غير المرغوب فيه في التشريع الجزائري، المجلة الأكاديمية للبحوث القانونية والسياسية، جامعة عمار ثلجي، الأغواط، العدد الرابع، المجلد الثاني، د ت ، ص522.

[2]. شريف محمد غانم، مرجع سابق، ص27.

[3].نوراس محمد، مرجع سابق، ص5.

[4]. سارة عزوز، مرجع سابق، ص511.

2008، نصت على أنه:" كل إعلان أيا كان شكله يتم التوصل إليه بناء على خدمة الإتصال العامة عبر شبكة الانترنت، لابد أن يكون محددا بوضوح، ومن شأنه أن يتيح للشخص الطبيعي أو المعنوي إمكانية التعرف على مصدره بوضوح"[1].

أما عن تعريف الإعلان في التشريعات العربية، فقد عرفته المادة 35 من القانون رقم 40 لسنة 1998 التونسي بأنه:" كل عملية إتصال تهدف بصورة مباشرة أو غير مباشرة إلى تنمية بيع منتوج أو سداد خدمات مهما كان المكان أو وسائل الاتصال المعتمدة[2].

في حين عرفه المشرّع المصري في القانون رقم 66 لسنة 1956 المؤرخ في 22 فبراير 1956 المتعلق بتنظيم الإعلانات، إذ نصت المادة الاولى منه على ما يلي:" يقصد بالإعلان في تطبيق أحكام هذا القانون أية وسيلة أو تركيبه أو لوحة صنعت من الخشب أو المعدن أو الورق أو البلاستيك أو الزجاج

أو أية مادة أخرى، وتكون معدة للعرض أو النشر بقصد الإعلان بحيث تشاهد من الطريق أو خارج وسائل النقل العام"

وقد جاء قانون حماية المستهلك المصري رقم 67 لسنة 2006، خاليا من تعريف محدد للإعلان، ولكنه عرف المعلن بأنه:" كل شخص يقوم بالإعلان عن سلعة أو خدمة أو الترويج لها بذاته أو بواسطة غيره باستخدام أي وسيلة من الوسائل [3].

أما المشرّع البحريني، فقد عرّف الإعلان من خلال قانون تنظيم الإعلانات رقم 14 لسنة 1973، الذي عرف الإعلان بالمادة الأولى منه على أنه:" يقصد بالإعلان في تطبيق أحكام هذا

---

[1]. جامع مليكة، مرجع سابق، ص25.

[2]. القانون رقم40 لسنة 1998، المتعلق بطرح البيع والاشهار التجاري، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية، ع، 44، المؤرخ في 2 جوان 1998.

[3]. خالد ممدوح إبراهيم، حماية المستهلك، مرجع سابق، ص133.

القانون أي وسيلة الغرض منها إعلام الكافة بسلعة من السلع، أو بغرض من الأغراض سواء كانت هذه الوسيلة بطريق العرض، أو النشر بالكتابة، أو الرسم، أو الرمز، أو الصوت) [1].

أما المشرّع الجزائري فقد عرف الإعلان وسماه الإشهار بموجب المادة 8/2 من المرسوم التنفيذي رقم 39/90 المتعلق برقابة الجودة وقمع الغش المعدل والمتمم بأنه:" جميع الإقتراحات أو الدعايات أو البيانات أو العروض أو الإعلانات أو المنشورات أو التعليمات المعدة لترويج تسويق سلعة أو خدمة بواسطة إسناد بصرية أو سمعية بصرية".

غير أن هذا التعريف وإن كان قد أشار بشكل مباشر إلى حد أطراف الإعلان إلا أنه لم يشر إلى المعلن وكالات الإعلان وهذا ما يجعله تعريفا قاصرا[2].

وإذا كان المرسوم السابق قد اكتفى بتعريف الإشهار، فإنه صدر بعد ذلك مرسومان تنفيذيان، الأول رقم 101/91[3]، والثاني رقم 03/91[4]، نص على الإلتزامات المتعلقة بالإعلان وقد أجاز المرسومان لمؤسسة الإذاعة والتلفزيون ببرمجة وبث الإشهار التجاري للعلامات والإشهار الجماعي[5].

كما عرفت المادة 2 الفقرة 1 من مشروع قانون الإشهار لسنة 1999 بقولها:" الإشهار هو الأسلوب الإتصالي الذي يعد ويقدم في الأشكال المحددة في هذا القانون مهما كانت الدعائم المستعملة قصد تعريف وترقية المنتوج أو خدمة أو شعار أو صورة أو علامة تجارية أو سمعة أي شخص طبيعي أو معنوي"[6].

---

[1].قصى سلمان هلال، الإعلانات التجارية المضللة من منظور القانون المدني، مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية،2017، ص32.

[2]. زعميش حنان، مرجع سابق، ص82.

[3] .المرسوم التنفيذي رقم 101/91، المؤرخ في 20 أبريل 1991، والمتضمن منح امتياز عن الأملاك الوطنية والصلاحيات و الأعمال المرتبطة بالخدمة العمومية للتلفزيون إلى المؤسسة العمومية للتليفزيون، ج، ر، ع، 19.

[4]. المرسوم التنفيذي رقم 031/91، المؤرخ في20 أفريل 1991 المتضمن منح امتياز عن الأملاك الوطنية والصلاحيات و الأعمال المرتبطة بالبث الإذاعي السمعي إلى المؤسسة العمومية للإذاعة المسموعة، ج، ر،ع، 12.

[5]. زعميش حنان، مرجع سابق، ص82.

[6]. منية شوايدية، ضوابط حماية المستهلك من الإشهار الكاذب وفقا للمرسوم التنفيذي رقم 378/13، مجلة تطوير العلوم الاجتماعية، العدد الثاني عشر جوان، 2015، ص143.

يتبين لنا من هذا التعريف أنه لم يحصر الدعائم المستعملة للإشهار، فكل وسيلة يمكن أن يستعملها صاحب الإعلان تعد دعامة بشرط أن يكون الهدف منها التعريف بالمنتجات أو الخدمات[1].

ومن جهة أخرى عرف المشرّع الجزائري الإعلان التجاري وسماه الإشهار بمقتضى القانون رقم 02/04 المطبق على الممارسات التجارية المعدل والمتمم، بموجب المادة 3/3 بأنه:" كل إعلان يهدف بصورة مباشرة أو غير مباشرة إلى ترويج بيع السلع أو الخدمات مهما كان المكان أو وسائل الاتصال المستعملة."

يلاحظ على هذا التعريف بأنه لم يذكر نوع معين من أنواع الدعامات التي يرد فيها الإعلان، وإنما جاء ليستوعب أي مكان أو أية وسيلة من وسائل الاتصال قد تستعمل في نشره سواء كانت موجدة الآن أو ستوجد في المستقبل[2].

كما جاء تعريف الإعلان بموجب المرسوم التنفيذي رقم 378/13 المؤرخ في 09 نوفمبر 2013 الذي يحدد الشروط والكيفيات المتعلقة بإعلام المستهلك[3]، حيث عرّف المشرّع الجزائري تقنية الإتصال عن بعد في المادة 22/3 من نفس المرسوم المتعلق بإعلام المستهلك على أنها:" كل وسيلة بدون الحضور الشخصي و المتزامن للمتدخل والمستهلك على أنها:" كل وسيلة بدون الحضور الشخصي المتزامن للمتدخل والمستهلك يمكن استعمالها لإبرام العقد بين هذين الطرفين[4]"، كما جاء تعريفه للإعلان في المادة 3/ 1 من ذات المرسوم.

---

1. سارة عزوز، مرجع سابق، ص511.

2. هلال شعوة، حماية المستهلك من جريمة الإعلان التجاري المضلل أو الكاذب، مجلة دراسات قانونية، مركز البصيرة للبحوث والإستشارات والخدمات التعليمية، الجزائر، العدد 23، سبتمبر 2016، ص11.

3. المرسوم التفيذي رقم 378/13 المؤرخ في 9 نوفمبر 2013، الذي يحدد الشروط والكيفيات المتعلقة بإعلام المستهلك، ج، ر، ع، 58.

4. أكسوم عيلام رشيدة، المركز القانوني للمستهلك الالكتروني، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه، الطور الثالث(ل، م، د)، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2018، ص320.

أما القانون رقم 04/14 المؤرخ في 2014/02/24 والمتعلق بالنشاط السمعي البصري[1]، فقد نص على تعريف الإعلان في المادة 7/ 28 بأنه:" أي شكل مصمم أو رسالة محررة أو صوتية أو سمعية بصرية تبث مقابل أجر أو تعويض، سواء من أجل ترقية تقديم سلع أو خدمات في إطار نشاط تجاري، أو صناعي أو حرفي، أو مهنة حرة، أو من أجل ضمان ترقية تجارية لمؤسسة".

حيث عرف الإعلان التجاري بأنه الإعلان الذي يهدف إلى ترويج السلع و الخدمات [2].

وأخيرا عرّف المشرّع الجزائري، الإشهار الإلكتروني من خلال نص المادة 6/6 على أنه كل:" إعلان يهدف بصفة مباشرة أو غير مباشرة إلى ترويج بيع سلع أو خدمات عن طريق الإتصالات الإلكترونية"[3].

ما يلاحظ على هذا التعريف أنه لم يأتي بالجديد، حيث أن القانون رقم 02/04 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية قد أورد نفس التعريف بل أوسع نطاقا منه، حيث لم يحدد وسائل الإعلان بل جمعها بكل وسائل الاتصال المستعملة، وبذلك شمل كل من الوسائل التقليدية، ووسائل الاتصال الالكترونية[4].

ومما تقدم نخلص إلى أن التعريفات التشريعية سالفة الذكر، أنها ذكرت وسائل عديدة للإعلان لكنها أهملت ذكر الهدف الرئيسي منه، وهو البعد النفسي للمستهلك والتأثير عليه لأجل دعوته الى التعاقد على تلك السلع والخدمات المعروضة عليه عن طريق الإعلان[5].

---

1. القانون رقم 4/14 المتعلق بالنشاط السمعي البصري، المؤرخ في 2014/2/24، ج، ر، ع ـ 16 الصادرة بتاريخ: 2014/03/16، ص6.
2. خميخم محمد، الحماية الجنائية للمستهلك في عقود التجارة الالكترونية، دراسة مقارنة، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2017/2016، ص27.
3. القانون رقم 05/18 المتعلق بالتجارة الالكترونية الجزائري.
4. جفالي حسين ، دلول الطاهر، مرجع سابق، ص523.
5. خميخم محمد، مرجع سابق، ص28.

3 ـ التعريف الفقهي للإعلان التجاري.

اختلف الفقه في تناول تعريف الإعلان التجاري فعرفه جانب من الفقه، بأنه عبارة عن" مجموعة من الجهود غير الشخصية التي تهدف إلى توجيه إنتباه أفراد المجتمع إلى سلعة أو خدمة محددة لحثهم على شرائها"[1].

ويعرف الإعلان أيضا أنه: "إخبار يتولاه شخص محترف بقصد التعريف بمنتوج أو خدمة معينة، وذلك بإبراز مزاياها ومدح محاسنها، بغرض ترك إنطباع مقبول عنها لدى جمهور المخاطبين بها، مما يؤدي إلى إقبالهم على المنتجات والخدمات محل الإعلان"[2].

يتبين لنا من خلال هذا التعريف أن الإعلان التجاري يهدف إلى التعريف بالسلع والخدمات بغية حث المستهلك على اقتنائها والتعاقد محل الإعلان[3].

وعرفه جانب ثالث بأنه" كل وسيلة تهدف إلى التأثير نفسيا على الجمهور تحقيقا لغايات تجارية"، ومن ذلك يتضح أن الإعلان يفترض لقيامه نوع من التكرار والإلحاح وتسليط الفكرة على المتلقي بإستخدام كل من شأنه إلهاب الخيال وإجتذاب العين وإمتاع الأذن في نفس الوقت الذي يتم فيه إظهار محاسن المنتج أو إظهار الخدمة، بقصد حث المستهلك وتحريضه على الاستهلاك [4].

ويتضح من كل ما تقدم، أنه لا يوجد تعريف محدد للإعلان التجاري، لذا يمكن القول أن الإعلان التجاري هو:" كل إخبار تجاري غايته إيصال العلم والمعرفة حول منتج أو خدمة ما عن

---

1. فلاح فهد العجمي، مرجع سابق، ص64.
2. بودالي محمد، حماية المستهلك في القانون المقارن، دراسة مقارنة مع القانون الفرنسي، دار الكتاب الحديث، القاهرة، مصر، 2006، ص165.
3. علاوة هوام، سارة عزوز، مرجع سابق، ص226.
4. أبو العلاء علي أبو العلاء النمر، نحو تعزيز حماية المستهلك في مواجهة انهيار الحدود الجغرافية للإعلام، بحث مقدم إلى مؤتمر الإعلام والقانون، كلية الحقوق، جامعة حلوان، مصر، 9 ـ 10 مارس 1999، ص16.

طريق إظهار محاسنها ومزاياها على نحو يؤدي لخلق تقبل جيد من قبل الجمهور ينعكس إيجابا على المنتجات والخدمات بزيادة الإقبال عليها دون قصر الإخبار على وسيلة إعلانية معينة"[1].

ولا يختلف الإعلان الإلكتروني عن الإعلان التقليدي إلا في الوسيلة المستخدمة سواء كانت هذه الوسيلة من خلال الأنترنت، أو غيرها من الوسائل الإلكترونية كالهاتف النقال[2].

ثانيا: تعريف الإعلان التجاري.

يهدف الإعلان التجاري إلى التعريف بالمنتجات والخدمات وحث الجمهور على الإستهلاك، وينبغي أن يتبع المعلن في ذلك السبل المشروعة[3]، ولذلك يأتي الإعلان المضلل المبني على إعتماد أساليب الغش والخداع، ليمنع تزويد المستهلك بتلك المعلومات، أو يزوده بمعلومات غير كافية أو مزيفة تعيب رضاه عند التعاقد، وقد تعرضه لأضرار معينة عند إنتفاعه بتلك السلع والخدمات[4].

وتبعا لذلك سنتطرق إلى تعريف الإعلان التجاري المضلل من الجانب اللغوي، ثم التطرق إلى التعريفات التي أوردها الفقه والتشريعات للإعلان المضلل.

1 ـ تعريف الإعلان التجاري المضلل لغة.

التضليل لغة: من ضلل والضلال ضد الرشاد وتضليل الرجل نسبته إلى الضلال[5].

أما مفهوم التضليل إصطلاحا فإنه يشمل كل ما من شانه خداع المتلقي سواء بتصريحات أو بيانات غير حقيقية أو مزيفة، أو بذكر بيانات صحيحة بذاتها ولكنها تصاغ في عبارات أو تشكيلات

---

1. بتول صراوة عبادي، مرجع سابق، ص24.
2. خلوي عنان نصيرة ، مرجع سابق، ص11.
3. أكسوم عيلام رشيدة، مرجع سابق، ص333.
4. قصي سلمان هلال، مرجع سابق، ص38.
5. محمد بن أبي بكر الرازي، مختار الصحاح، مطبعة بابل بغداد، 1983، ص383.

مشار له لدى: بختيار صابر بايز، الحماية الوقائية للمستهلك من الإعلانات التجارية الخادعة، دراسة قانونية مقارنة، مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية، جامعة كركوك، العراق، المجلد الأول، العدد الثاني، 2012، ص9.

من شأنه خداع الملتقى وسواء تعلق الأمر بتعريف المنتج أو الخدمة، أو بكميته أو وفرته أو خصائصه[1].

2 ـ التعريف الفقهي للإعلان التجاري المضلل.

تناول الفقه تعريف الإعلان التجاري المضلل وفي ذلك تعددت التعريفات، فمنهم من يعرفه، بأنه:" الإعلان الذي يؤدي إلى خداع جمهور المستهلكين، إذ انه لا يذكر بيانات كاذبة ولكنه يصاغ في عبارات تؤدي إلى خداع متلقي هذا الإعلان"[2].

كما عرف بأنه:" الإعلان الذي يكون من شأنه خداع المستهلك، أو يمكن ان يؤدي إلى ذلك"[3].

أو هو " معلومات تؤدي إلى الوقوع في الغلط والخداع فيما يتعلق بعناصر و أوصاف جوهرية للمنتوج" [4]، فالإعلان التجاري المضلل هو الذي يؤدي إلى خداع المستهلك من خلال تضمينه معلومات مغلوطة بعناصر وأوصاف جوهرية في المبيع[5].

مما سبق نخلص إلى أن كل التعريفات المشار إليها سابقا لا تفترق عن بعضها وإنما تشترك جميعها في كون أن الإعلان المضلل يؤدي في النهاية إلى خداع المستهلك أو من شأنه خداعه.

---

[1]. علي السيد حسين أبودياب، وليد محمد بشر، مرجع سابق، ص446.

[2]. حمادي محمد رضا، حماية المستهلك من الإشهار المضلل للعلامة التجارية، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، العدد الرابع، ديسمبر، 2016، ص92.

[3]. أبو العلاء علي أبو العلاء النمر، مرجع سابق، ص36.

[4]. عمارة مسعودة، مرجع سابق، ص323.

[5]. عبد الله ذيب عبد الله محمود، مرجع سابق، ص43.

3 ـ التعريف التشريعي للإعلان التجاري المضلل.

لا تختلف التشريعات المقارنة في تعريف الإعلان التجاري المضلل، حيث عرّفه التوجيه الأوربي الصادر في 10 سبتمبر 1984 في المادة الثانية منه، على أنه:" أي إعلان وبأي طريقة كانت، يحتوي في طريقة تقديمه على أي تضليل أو قد يؤدي إلى تضليل هؤلاء الذين يوجه إليهم الإعلان"[1].

كما نصت المادة الثالثة من التوجيه السابق على أن الإعلان المضلل يقع عن طريق إغفال إحدى الخصائص الجوهرية للسلعة المعلن عنها[2].

وذات الأمر نجده في القانون البلجيكي الصادر في 11 مارس 2003 الخاص بالتجارة الالكترونية، فالمادة 2/13 من هذا القانون نصت على أنه يجب أن يتوافر في الدعاية التجارية التي تتم عبر الأنترنت الأمانة والشفافية، ولم يقتصر القانون عند حد النص على المبدأ العام الذي يحكم الإعلانات عبر الشبكة، إنما نص في المادة 3/13 منه بالنسبة للعروض الترويجية كتلك التي تعلن عن وجود تخفيضات في الأسعار أو السداد على الأقساط وتقديم الهدايا مع المشتريات، يجب أن تتضمن كافة شروط الاستفادة منها، وأن تظهر هذه الشروط بشكل محدد وغير غامض ويسهل الوصول إليها[3].

وقد عرفه المشرع اللبناني من خلال قانون حماية المستهلك رقم 659 لسنة 2005 في نص المادة 11 منه، إلى أن الإعلان المضلل هو كل إعلان مصاغ بعبارات من شأنها أن تؤدي بطريقة مباشرة، أو غير مباشرة إلى خداع المستهلك[4].

أما المشرّع الأردني فقد أشار إلى الإعلان المضلل من خلال قانون التجارة والصناعة لسنة 1998 لا سيما في المادة 10 منه بأنه يحظر على أصحاب المصانع والمتاجر ومقدمي الخدمات الممارسات التالية : "..... تضليل الجمهور بالإعلان بأية وسيلة كانت عن أوصاف في السلعة أو

---

1. هلال شعوة، مرجع سابق، ص12.
2. خالد ممدوح إبراهيم، حماية المستهلك، مرجع سابق، ص149.
3. شريف محمد غانم، مرجع سابق، ص79.
4. حمادي محمد رضا، مرجع سابق، ص92.

الخدمة تخالف الحقيقة من حيث طبيعتها وسعرها أو توافرها أو ميزاتها أو مناسبتها لغرض معين أو كميتها أو جودتها.[1]

أما المشرّع المصري فقد نص في المادة السادسة من قانون حماية المستهلك رقم 67 لسنة 2006 على أنه:" على كل مورد ومعلن إمداد المستهلك بالمعلومات الصحيحة عن طبيعة المنتج وخصائصه، وتجنب ما قد يؤدي إلى خلق إنطباع غير حقيقي أو مضلل لدى المستهلك أو وقعه في خلط أو غلط"

كما تنص المادة 16 من اللائحة التنفيذية لذات القانون على أن:" يعد سلوكا خادعا كل فعل أو إمتناع من جانب المورد أو المعلن يؤدي إلى خلق انطباع غير حقيقي أو مضلل لدى المستهلك أو يؤدي إلى وقعه في خلط أو غلط وذلك متى انصب هذا السلوك على أي عنصر من العناصر المبينة في المادة 17 من هذه اللائحة"[2].

أما في النظام السعودي فقد نصت المادة الثانية من نظام البيانات التجارية الصادر بالمرسوم الملكي رقم 15 المؤرخ في 1423/04/14هـ:" أن تكون البيانات التجارية مطابقة للحقيقة من جميع الوجوه سواء أكانت هذه البيانات موضوعة على المنتجات نفسها أو المخازن أو على عناوينها أو الأغلفة أو القوالب أو أوراق الحائط أو وسائل الإعلان، أو غير ذلك مما يعمل في عرض البضائع على الجمهور، وهذا يقتضي حظر أي دعاية تجارية تشمل على الكذب في البيانات وترتب المسؤولية[3].

أما بالنسبة للمشرّع الجزائري، لم يورد تعريف للإعلان المضلل، وإنما اكتفى بالنص على حالاته، والتي بينتها المادة 28 من القانون 02/04 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية المعدل والمتمم، ويعتبر الإعلان التجاري تضليلا إذ تضمن عناصر تؤدي للإلتباس مع بائع آخرا ومع منتجاته أو خدماته أو متى تعلق بعرض معين لسلع وخدمات، في حين أن العون

---

1. بوراس محمد، مرجع سابق، ص282.

2. قدري محمد محمود، مرجع سابق، ص155.

3. أشرف مسعد أبو زيد، أوشن حنان، الحماية القانونية للمستهلك الرقمي من الإشهار المضلل، مجلة الدراسات القانونية والسياسية، جامعة عمار ثليجي الأغواط، العدد 7، جانفي 2018، ص43.

الإقتصادي لا يتوفر على مخزون كاف من تلك السلع أو لا يمكنه ضمان الخدمات التي يجب تقديمها عادة، بالمقارنة مع ضخامة الإشهار[1].

هذا ونص المشرّع الجزائري على حظر الإعلان التجاري الكاذب والمضلل بموجب المرسوم التنفيذي رقم 378/13، الذي يحدد الشروط والكيفيات المتعلقة بإعلام المستهلك، حيث نص في المادة 56 منه على أنه:" تمنع كل معلومة أو إشهار كاذب من شأنها إحداث لبس في ذهن المستهلك"[2]. وبصدور قانون التجارة الالكترونية رقم 05/18، عمل المشرّع على تنظيم الإشهار الإلكتروني، وذلك بتحديد المقتضيات الواجب توفرها في كل إعلان تجاري يتم عن طريق الاتصالات الالكترونية، دون المساس بالأحكام التشريعية والتنظيمية المعمول بها في هذا المجال، على أن يتم التأكد من أن جميع الشروط الواجب إستيفاؤها للإستفادة من العرض التجاري ليست مضللة ولا غامضة[3].

والجدير بالذكر أن الفقه إستعمل مصطلحي الإعلان الكاذب والإعلان المضلل كمترادفين، إلا أن الأمر ليس كذلك، وإن كانا يوصلان إلى نفس النتيجة وهي تضليل الجمهور، وإيقاعه في غلط يدفعه إلى التعاقد، إلا أن الإعلان المضلل يؤدي إلى تغليط المستهلك أو من شأنه أن يؤدي إلى ذلك سواء باستعمال الكذب أو بدونه، عن قصد أو دون قصد حتى وإن كان بإهمال، ولكن العكس ليس صحيح، فالإعلان الكاذب، فالفرق بين الإعلان الصادق جائز، أما الفرق بين الإعلان الكاذب والمضلل غير جائز، لأنه فارق في الدرجة وليس في الطبيعة[4].

---

[1]. بوحفص جلاب نعناعة، دور القضاء في تكييف ومعاقبة الإعلان التجاري المضلل، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، المجلد 14، ع، 2، 2016، ص237.

[2]أكسوم عيلام رشيدة، مرجع سابق، ص336.

[3]. المادة 30 من قانون التجارة الالكترونية الجزائري رقم 05/18.

[4]. يمينة بليمان، الإشهار الكاذب أو المضلل، مجلة العلوم الإنسانية، جامعة منتوري قسنطينة، المجلد ب، ع ، 32، ديسمبر 2009، ص293، قصي سلمان هلال، مرجع سابق، ص39، بوحفص جلاب نعناعة، مرجع سابق، ص239.

الفرع الثاني: معايير تقدير التضليل في الإعلان التجاري.

تباينت الآراء الفقهية في مسألة تحديد المعيار الذي يركن إليه لبيان ما إذا كان الإعلان مضللا من عدمه، فذهبت الآراء الفقهية بشأنه إلى إتجاهين، بعضها يقول بالمعيار الشخصي، وذهب بعضها الآخر إلى القول بالمعيار الموضوعي[1]، وفيما يلي: بيان ذلك.

1 ـ المعيار الشخصي.

إن قياس التضليل عند الأخذ بالمعيار الشخصي يكون بصورة يراعى فيها شخص الملتقى، فهذا المعيار ينظر إلى شخص الملتقى نفسه لا إلى التضليل في ذاته[2]، بحيث ينظر فيه إلى كل حالة مستقلة عن الحالات الأخرى [3]، فالتضليل يتحدد إذن من خلال شخص المتلقى هل هو على درجة كبيرة من الفطنة والذكاء واليقظة[4]، فالإعلان يكون مضللا إذا كان يخدع مثل هذا الشخص، أما إذا كان المتلقي دون المستوى العادي في الذكاء والفطنة، فيكون الإعلان مضلل مهما تضاءلت درجة التضليل، أما إذا كان المتلقي إنسان عادي، فلا يعد الإعلان مضللا إلا إذا كان يقع فيه عامة الناس[5].

وترتيبا على ما تقدم يبقى هذا المعيار معيارا نظريا مجردا لإنه يتطلب إثبات عوامل ذاتية ونفسية تختلف من شخص لآخر، وهو ما يبدو مستحيلا، أو على الأقل من الصعوبة إثباتها[6].

---

1. موفق حماد عبد، مرجع سابق، ص61.
2. بتول صراوة عبادي، مرجع سابق، ص71.
3. ملال نوال، جريمة الإشهار الخادع في القانون الجزائري والمقارن، رسالة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة وهران، 2013، ص33.
4. يمينة بليمان، مرجع سابق، ص294، بوحفص جلاب نعناعة، مرجع سابق، ص239.
5. موفق حماد عبد، مرجع سابق، ص62.
6. قصي سلمان هلال، مرجع سابق، ص41.

2 ـ المعيار الموضوعي.

وفي هذا المعيار يجرد متلقي الإعلان من ظروفه الشخصية، حيث يضع في الإعتبار الشخص العادي الذي يمثل جمهور الناس، وهو شخص لا خارق الذكاء ولا شديد الفطنة ولا هو محدودها[1]، وفي هذا المعيار يعفى القاضي من البحث عن ما هو كامن في النفس[2]، ولا يختلف تطبيق هذا المعيار بإختلاف الأشخاص، فيستوي في التضليل أن يكون ضحية الإعلان المضلل شخصا فطنا ذكيا أو شخصا أقل فطنة وذكاء، فالإعلان يكون مضللا في الإفتراضات الخاصة، إذا كان من شأنه تضليل المستهلك العادي[3].

وإستنادا إلى معيار الشخص المعتاد فإن القضاء الفرنسي يرفض إعتبار الإعلان مضللا في بعض الإفتراضات الخاصة، حيث حكم القضاء بأن الإعلان أحد الأندية عن تقديم برنامج ترفيهي لإعضائه يشمل تقديم حفلات وعروض المسرحية ونزاهات دون أن يذكر أنه بمقابل بأنه إعلان صحيح، وليس من شأنه تضليل الشخص المعتاد الذي ليس له أن يتوقع أن يكون مثل هذا البرنامج مجانيا [4].

الفرع الثالث: وسائل الحماية المدنية للمستهلك في مواجهة الإعلان التجاري المضلل.

يعد الكذب والخداع في الإعلان التجاري الالكتروني من أهم مصادر الأضرار التي قد تلحق المستهلك خلال فترة ما قبل التعاقد الالكتروني[5]، لذلك تقرر مسؤولية المعلن عن نشر إعلان كاذب أو خادع ليضلل المستهلكين ويدفعهم إلى التعاقد على سلع وخدمات إنجذابا وراء هذا الإعلان هم

[1]. بتول صراوة عبادي، مرجع سابق، ص72.
[2]. ملال نوال، مرجع سابق، ص34.
[3]. موفق حماد عبد، مرجع سابق، ص62.
[4]. بتول صراوة عبادي، مرجع سابق، ص73.
[5].عمارة مسعودة، مرجع سابق، ص324.

ليسوا في حاجة إليها، في حين ترك سلع وخدمات أخرى أجود وأفضل مما تم اقتناؤها بسبب الكذب والخداع الإعلاني[1].

وتهدف الحماية المدنية للمستهلك من الإعلانات الكاذبة والمضللة إما إلى المطالبة بإبطال العقد الذي أبرم نتيجة الإعلان الكاذب والمضلل بناء على دعوى التدليس وفقا للقواعد العامة، كما يجوز المطالبة بالتنفيذ العيني، ونعني بذلك إلزام المعلن بتنفيذ العقد، فيجبر على تسليم المستهلك محل العقد الذي يجب أن يكون مطابق للإعلان وهو ما نصت عليه المادة 164 من ق. م. ج ، أن يحصل على شيء مطابق لمحل التعاقد وفقا للإعلان، وعلى نفقة المعلن بعد استئذان القاضي[2].

وعليه نتناول دعوى التدليس، ودعوى تنفيذ الالتزام على النحو الآتي:

أولا: دعوى التدليس.

تحمي النصوص الخاصة بالتدليس المشتري من الضرر الناتج عن الإحتيال عليه، وقياسا على ذلك فهو أداة لحماية المستهلك من الأضرار الناتجة عن الإعلان المضلل، وقد خول المشرع للطرف المدلس عليه حق إبطال العقد، أي إعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كان عليها قبل التعاقد، مع طلب التعويض على أساس أن التدليس عمل غير مشروع[3].

ويعرف التدليس على أنه" إيهام المتعاقد بأمر مخالف للحقيقة، عن طريق إستعمال طرق إحتيالية، بقصد دفعه إلى إبرام العقد"، ويكفي لقيامه مجرد كتمان واقعة أو ملابسة، إذا أثبت أن المدلس عليه ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو هذه الملابسة[4].

وإستنادا إلى الأحكام العامة المتعلقة بالتدليس، فإنه يمكن حماية المستهلك من الإعلان الإلكتروني المضلل وبموجب المادة 86 من ق م، ج، نص المشرع الجزائري على أنه:" يجوز إبطال

---

[1]. كوثر سعيد عدنان خالد، مرجع سابق،ص 202، 203.

[2]. بوراس محمد، مرجع سابق، ص350.

[3]. قونان كهينة، مواجهة الإشهار المضلل عن طريق دعوى التدليس، دراسات وأبحاث، المجلة العربية في العلوم الإنسانية والاجتماعية، مجلد 10، عدد 03، السنة العاشرة، ، سبتمبر 2018، ص449.

[4]. خالد ممدوح إبراهيم، حماية المستهلك، مرجع سابق، ص158.

العقد للتدليس إذا كانت الحيل التي لجأ إليها أحد المتعاقدين أو النائب عنه من الجسامة بحيث لولاها لما أبرم الطرف الثاني العقد.

ويعتبر تدليس السكوت عمدا عن واقعة أو ملابسة إذا ثبت أن المدلس عليه ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو هذه الملابسة"[1].

ويعرف الفقه الفرنسي التدليس بأنه: "استعمال شخص طرقا احتيالية لإيقاع آخر في غلط يدفعه إلى التعاقد، ويكون بأن يستعمل أحد العاقدين طرقا إحتيالية، ومناورات خادعة تؤدي إلى إقناع العاقد وإيقاعه في الغلط[2].

والتدليس نوعان إيجابي وسلبي، فالنوع الأول يتحقق بسلوك إيجابي قولي أو فعلي، من شأنه إظهار السلعة، أو ذكر معلومات أو أوصاف أو خصائص أو وقائع غير صحيحة، هذا بالنسبة للتدليس الذي يتم بوقائع إيجابية[3].

أما النوع الثاني فهو سلبي، ويتمثل في سكوت أحد المتعاقدين عن ذكر بيانات معينة، إذا كان من شأن العلم بها إحجام أو امتناع المتعاقد عن إبرام العقد الالكتروني [4]، وقد كرس المشرّع الجزائري فكرة الكتمان التدليسي في المادة 21 من الأمر 07/95 المتعلق بقانون التأمين" [5]، والتي تنص على أنه" كل كتمان أو تصريح كاذب في تقدير الخطر، ينجر عنه إبطال العقد مع مراعاة الأحكام المنصوص عليها في المادة 75 من هذا الأمر.

ويقصد بالكتمان"الإعتقاد المتعمد من المؤمن له للتصريح بأي فعل من شأنه أن يغير رأي المؤمن في الخطر".

---

1. والتي تقابل نص المادة 125 من القانون المدني المصري.
2. عبد الله ذيب محمود، مرجع سابق، ص45.
3. قصي سلمان هلال، مرجع سابق، ص47.
4. قونان كهينة، مرجع سابق، 450، بوزكري انتصار، مرجع سابق، ص17.
5. الامر رقم 07/95 المتعلق بالتأمينات، المؤرخ في 25 جافي 1995، ج، ر، ع، 13 الصادر في 1995/03/08، معدل ومتمم بالقانون رقم/04/06 المؤرخ في 2006/02/20، صادر في 2006/03/12.

ويشترط حتى يعتبر الإعلان التجاري المضلل تدليسا توافر ثلاثة شروط:

1 ـ استعمال طرق احتيالية.

وتتمثل هذه الطرق بعنصرين، مادي وهو ما يتجسد بالوسائل الإحتيالية وعنصر معنوي يتضمن التضليل للوصول إلى غرض غير مشروع.

أ ـ العنصر المادي: والذي يتمثل بسلوك إيجابي أو سلبي منحرف عن خط المشروعية في المعاملات المالية، ومتقاطعا مع متطلبات حسن النية والثقة المشروعة في المعاملات وعلى هذا الأساس فإن مجرد المبالغة في وصف المنتج أو الخدمة في الدعاية أو غيرها، لا يشكل العنصر المادي للتدليس، طالما لم يتخطى الحدود المتعارف عليها في المعاملات التجارية، فالعنصر المادي في التدليس لا يقع إلا بإستعمال طرق ووسائل إحتيالية، وفي مقدمة هذه الوسائل الكذب المصحوب بأعمال مادية داعمة له لإخفاء الحقيقة، وبالتالي تحقيق هدف التدليس المتمثل في التأثير على إرادة المستهلك وتضليله[1].

ب ـ العنصر المعنوي: وهو نية التضليل للوصول إلى غرض غير مشروع، فإذا لم تتوافر هذه النية لم يكن هناك تدليسا، فالتاجر الذي ينتحل لبضاعته أحلى الأوصاف والصفات، لا يعد مدلسا لأنه لم يقصد تضليل الطرف الآخر، وإنما يقصد بذلك تحسين بضاعته في نظر مشتريها طالما كان ذلك مألوفا في التعامل[2].

وطالما أن النية أمر نفسي فمن العسير إثباتها وقد يستدل عليها بأعمال خارجية، تفترض سوء نية المعلن، ومن ثمة إتجاه نيته إلى التضليل[3].

---

1. قصى سلمان هلال، مرجع سابق، ص49.
2. رمضان أبو السعود، مرجع سابق، ص123.
3. بوراس محمد، مرجع سابق، ص360.

2 ـ أن يكون التدليس هو الدافع إلى التعاقد.

ويقصد بذلك أن تبلغ الحيل المستعملة حدا من الجسامة، بحيث تعتبر الدافع إلى التعاقد، وهذا حسب ما نصت عليه المادة 86 فقرة 1 سالفة الذكر، وتخضع هذه المسألة لسلطة قاضي الموضوع، فهو الذي يقدر مدى تأثير الإعلان التجاري المضلل في نفس المستهلك، ليقر ما إذا كان الإعلان التجاري هو الذي دفعه إلى التعاقد[1].

3 ـ صدور التدليس من المتعاقد الآخر أو أن يكون على علم به.

إن التدليس في إطار الإعلانات التجارية، قد لا يكون صادرا من الطرف الذي تعاقد مع المستهلك سواء كان بائعا أو موزع لسلعة أو مقدم لخدمة، وإنما صادر من الجهة التي نفذت الدعاية، وهي في الغالب جهة متخصصة بصناعة الدعايات والإعلانات التجارية، متى ما رأت تلك الجهة المصنعة للدعاية أو الإعلان بأن من شأن اللجوء إلى وسائل المبالغة التي وصلت حد التضليل أن تزيد من ترويج المنتج أو الخدمة ولا سيما أن شركات الدعاية والإعلان لها من الخبرة ما يؤهلها لتضمين الدعاية والإعلان ما من شأنه التأثير على نفسية المستهلك وحمله على التعاقد[2].

أما إذا لم يكن المعلن يعلم أو بإمكانه أن يعلم التدليس الذي أصاب المستهلك من الغير (مكتب أو أداة الإعلان) فالحكم هو نفاذ العقد المبرم بين المعلن والمستهلك فضلا عن حقه في الرجوع على الغير[3].

فإذا ما أختار المستهلك مباشرة دعوى الإبطال للتدليس وقع عليه إثبات صفته ومصلحته في المطالبة القضائية من خلال إثبات صفته التعاقدية كما يقع عليه إثبات الحيل التدليسية التي تضمنها الإعلان محل المنازعة، وأن هذا الإعلان بما تضمنه من تدليس كان هذا هو الدافع إلى إبرام العقد و إقتناء المنتج، ولا تتح صفة المستهلك أي خصوصية تميزه في مجال إثبات التدليس والضرر، إذ يبقى عبء الإثبات ملقى على عاتقه رغم عدم التوازن المفترض بين طرفي النزاع، والذي يضع المستهلك

---

1. سارة عزوز، مرجع سابق، ص316.
2. قصى سلمان هلال، مرجع سابق، ص53.
3. بتول صراوة عبادي، مرجع سابق، ص185.

في مواجهة المتعامل الإقتصادي الذي يكون في الغالب مدعما بإستشاريين قانونيين، لدى كان على المشرّع في إطار التكريس الفعلي للحماية القضائية للمستهلك نقل عبء الإثبات إلى التعامل الإقتصادي[1].

مما سبق نستنتج أن إستعمال الطرق الإحتيالية التي تؤدي بالمستهلك إلى التعاقد، تتيح له في حالة إصابته بضرر نتيجة الإعلان الإلكتروني المضلل، أن يستفيد من الحماية المدنية المقررة في القواعد العامة، متمثلة في دعوى التدليس التي يرفعها المستهلك بوصفه متعاقدا، فله الحق في طلب إبطال العقد وفقا لقواعد المسؤولية العقدية[2]، إلا أن هذه الدعوى تتصف بمحدودية أثرها في مجال الإعلانات الكاذبة والمضللة، والسبب في ذلك يرجع إلى ضرورة وجود عقد من جانب، فضلا عن اشتراط توافر نية وقصد التضليل عند المعلن، أي لابد أن يكون سيء النية من جانب آخر، وتجدر الإشارة إلى أن المعلن مسؤول عن التضليل الإعلاني سيء النية كان أم حسن النية[3].

ثانيا: دعوى التنفيذ العيني.

يحق للمستهلك المتضرر من الإعلان التجاري المضلل طلب التنفيذ العيني من المعلن، بتسليمه شيء مطابق للنوع الذي تضمنه الإعلان التجاري، وهذا وفقا لما نصت عليه المادة 164 من ق م ج بقولها: يجبر المدين بعد إعذاره طبقا للمادتين 180 و181 على تنفيذ إلتزامه عينيا متى كان ذلك ممكنا"[4].

فإذا لم يقم المعلن بتنفيذ التزامه جاز للمستهلك أن يحصل على شيء من النوع ذاته على نفقة المدين بعد أن يطلب ترخيص من القاضي، وهذا ما أقرته المادة 2/166 من القانون المدني التي تنص على أنه:" فإذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه، جاز للدائن أن يحصل على شيء من النوع ذاته

---

[1]. حمداني محمد، سلاف عزوز، حماية المستهلك من الإشهارات الكاذبة والمضللة، مجلة الاجتهاد القضائي، العدد الرابع عشر، أفريل 2017، ص289.

[2]. عبد الله ذيب محمود، مرجع سابق، ص47.

[3]. بتول صراوة عبادي، مرجع سابق، ص186.

[4]. سارة عزوز، مرجع سابق، ص517.، عمارة مسعودة، مرجع سابق، ص326.

على نفقة المدين بعد استئذان القاضي، كما يجوز له أن يطالب بقيمة الشيء من غير إخلال بحقه في التعويض[1]."

أما المشرّع المصري وعلى خلاف المشرّع الجزائري فقد أجاز في حالة الاستعجال، للدائن أن يحصل على شيء من النوع ذاته على نفقة الدائن دون ترخيص من القاضي، وهو ما أشارت له المادة 2/205 من القانون المدني المصري[2].

ولكن قبل التعاقد قد أثيرت مسالة القيمة أو الطبيعة القانونية للإعلان لا سيما، وأن كثيرا من وكلات الدعاية والإعلان تذيل وثائقها الدعاية بعبارة أن هذه الوثائق لا قيمة تعاقدية لها، وليس لها إلا قيمة إرشادية، قد أثار هذا الامر الكثير من الجدل في هذا الشأن، في البداية رفض القضاء الفرنسي أن يعطي لهذه الوثائق الدعائية أي قيمة تعاقدية، أو أن يعتبرها جزءا لا يتجزأ من العقد[3].

غير أن مثل هذا الاتجاه، لا يمكن في الواقع أن يأخذ على إطلاقه، إذ أن إعتبار الإعلان مجرد وسيلة للتسويق والترويج وليس له أي قيمة، أمر يتوقف على عوامل عديدة، والقول بغير ذلك يعني هدم ما للإعلان من دور في توجيه المستهلك لإختيار سلعة ما، ولما له من دور مؤثر في ذلك[4].

وعلى أي حال فإن للإعلان قيمة تعاقدية وللمتلقي أن يستند إلى ما ورد في الرسالة الإعلانية من بيانات محدودة وواضحة عن ما تم الإعلان عنه، ولا يختلف الحكم رغم ما تضمنته بعض الإعلانات التجارية من عبارات منها القول أن ما ورد في الوثائق الإعلانية ليس له إلا قيمة إرشادية[5].

---

1. حمادي محمد رضا، مرجع سابق، ص96.
2. علي السيد حسين أبو دياب، وليد محمد بشر، مرجع سابق، ص471.
3. أشرف مسعد أبو زيد، أوشن حنان، مرجع سابق، ص49.
4. بتول صراوة عبادي، مرجع سابق، ص171،172.
5. ملال نوال، مرجع سابق، ص126.

المطلب الثاني: الالتزام بإعلام المستهلك وتبصيره قبل التعاقد.

كان للتطور الحاصل في شبكة المعلومات والإتصالات، وما رافقه من إزدياد عدد مستعملي التقنيات الإلكترونية في شتى المجالات التجارية، أدى إلى توسيع آفاق التسويق أمام المستهلك، ورغم أن ذلك يسهم في تطور وانتشار التجارة الالكترونية، فإنه يؤدي أحيانا إلى عدم استطاعة المستهلك التمييز بين ما يصلح له ويرضى رغباته، وبين ما هو رديء ولا يلبي حاجاته[1].

ونظرا لكون المستهلك هو محور العملية التجارية، في موقف ضعيف مقارنة بالتاجر الذي يتعاقد معه بإعتبار هذا الأخير هو الطرف الاقوى، لأنه يستطيع اتقان آليات إدارة الممارسات التجارة الإلكترونية بشكل محترف على المواقع، في حين أن المستهلك يتوجه إلى التعاقد بإلمام بسيط قد لا يتعدى ما تسمح به التقنيات التي يمتلكها هذا الأخير[2].

ونتيجة عدم التعادل في الغالب بين التاجر والمحترف والمستهلك، فقد سعى الفقه والقضاء والتشريع إلى تخصيص هذه العلاقة بأحكام قانونية معينة، يكون من شأنها إعادة التوازن المفقود بينهما عن طريق إحاطة المستهلك علما بما يجهله عن السلعة والخدمة التي يرمي إلى التعاقد عليها[3]، وذلك بإلزام المنتج أن يتيح للمتعاقد معه كافة البيانات والمعلومات التي تكفل الاستخدام المفيد و الأمن لمنتجاته[4]، كون أن هذا الأخير يعد من الضمانات القانونية لتحقيق المساواة، فهو يوفر حماية فعالة لمن يتعاقد عبر شبكة الأنترنت[5].

---

[1]. جلول دواجي بلحول، الحماية القانونية للمستهلك في ميدان التجارة الالكترونية، رسالة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، 2015/2014، ص79.

[2]. حوالف عبد الصمد، الحماية القانونية للمستهلك في عقود التجارة الالكترونية، مجلة الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والإنسانية، العدد،15، جانفي 2016، ص125.

[3]. حازم الرمحين، ماهية الالتزام بالإعلام و أثره في حماية المستهلك، مجلة الحقوق، العدد الأول، المجلد 12، د ت، ص12.

[4]. حجاري محمد، الالتزام بالإعلام قبل التعاقد وتطبيقاته على العقود الالكترونية، مجلة جامعة الأنبار للعلوم القانونية والسياسية، العراق، العدد الثامن، جويلية 2013، ص242.

[5]. نواف محمد مفلح الديابات، الالتزام بالتبصير في العقود الالكترونية، رسالة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، 2013، ص46.

ومن ذلك يتضح أن تبادل المعلومات والبيانات في مثل هذا العقد الذي يتم عن بعد، والمستهلك ليس على تواصل مكاني مباشر مع المنتج، لدى يريد التعرف على كل البيانات والمعلومات الخاصة بالسلعة والخدمة المعروضة على الشبكة والتي يتم التعاقد عليها غالبا عن طريق عرضها على الموقع الإلكتروني (web site)[1]، ونظرا لأهمية الالتزام بالإعلام قبل التعاقد، سنعمل على تقسيم هذا المطلب على النحو الآتي:

الفرع الأول: مفهوم وشروط الالتزام بالإعلام قبل التعاقد.

الفرع الثاني: مضمون الالتزام بالإعلام قبل التعاقد.

الفرع الثالث: جزاء الإخلال بالالتزام بالإعلام قبل التعاقد.

الفرع الأول: مفهوم وشروط الالتزام بالإعلام قبل التعاقد.

يلتزم البائع بتزويد المشتري بكل المعلومات الخاصة بالمبيع، حيث يصف له المنتج ويخبره عن كيفية إستعماله، ويزوده بكل الإحتياطات الواجب إتخاذها عند إستعماله[2].

تقتضي دراستنا لمفهوم الإلتزام وشروطه، تناول تعريفه في البنذالأولن وكذا تحديد شروطه في البنذ الثاني.

---

[1]. عقيل فاضل حمد الدهان، غني ريسان جادر الساعدي، الالتزام بالإعلام في العقد الالكتروني، مجلة أهل البيت، جامعة أهل البيت، العراق، العد الخامس، 2007، ص206.

[2]. معزوز دليلة، الضمان في عقود البيع الكلاسيكية والالكترونية . ضمان التعرض والاستحقاق والعيوب الخفية ـ دراسة مقارنة، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2014، ص297.

البند الأول: تعريف الإلتزام بالإعلام.

تجدر بداية إلى تعدد الألفاظ التي استخدمها فقهاء القانون للدلالة على الإلتزام بالإعلام، فالبعض يرى بانه الإلتزام بالإعلام أو الإلتزام بالتبصير، والبعض الآخر يرى أنه إلتزم بالإفضاء بالبيانات والمعلومات، بينما يرى آخرون أنه إلتزم بالإخبار[1].

أما فيما يتعلق بتعريف هذا الإلتزام بغض النظر عن التسميات التي تطلق عليه، فقد عرفه البعض بأنه:" إلتزام سابق على التعاقد يتعلق بالتزام أحد المتعاقدين، بأن يقدم للمتعاقد الآخر عند تكوين العقد البيانات اللازمة لإيجاد رضاء سليم كامل متنور على علم بكافة تفصيلات هذا العقد"[2].

وفي ذات السياق يذهب البعض الآخر في تعريفه بأنه:" إلتزم قانوني سابق على إبرام العقد يلتزم بموجبه أحد الطرفين الذي يملك معلومات جوهرية فيما يخص العقد المزمع إبرامه بتقديمها في الوقت المناسب وبكل شفافية وأمانة للطرف الآخر الذي لا يمكنه العلم بها بوسائله الخاصة"[3].

وذهب البعض الآخر إلى أنه:" التزام المحترف بالإدلاء بالمعلومات والبيانات المتعلقة بالسلعة أو الخدمة محل التعاقد والتي من شأنها التأثير في قبول التعاقد أو رفضه[4]".

فالالتزام بالإعلام الذي يقع على عاتق أحد المتعاقدين في المرحلة السابقة على إبرام العقد، يكمن دوره أساسا في جعل رضا الطرف الآخر حرا مستنيرا وخاليا من الغلط، عندما يتوفر لديه كل العناصر التفاوضية التي تمكنه من الإقدام على التعاقد، وعليه فهو يخص كل عقود الإستهلاك، فلا

---

1. حازم الرمحين، مرجع سابق، ص14.
2. عبايد فريحة حفيظة، الالتزام بالإعلام ما قبل التعاقد الالكتروني كآلية لحماية المستهلك، مجلة البحوث في الحقوق والعلوم السياسية، المجلد الثالث، العدد الثاني، 2018، ص427.
3. السيد محمد السيد عمران، الالتزام بالإعلام الالكتروني قبل التعاقد شبكة الأنترنت، بحث متاح على الموقع الالكتروني www.Flaw.net تاريخ الزيارة 2019/05/05 على الساعة 17:27.
4. هادي حسين عبد علي الكعبي، محمد جعفر هادي، الالتزام قبل التعاقدي بالإعلام، مجلة المحقق الحلى للعلوم القانونية والسياسية، العدد الثاني، السنة الخامسة، د ت ، ص21.

يقوم ولا جدوى من تنفيذه إلا قبل إبرام العقد، بحيث ترتبط جدواه بالمرحلة السابقة على تبادل الإرادات المنشئة للعقد[1].

يتضح من خلال التعريفات السابقة للإلتزام بالإعلام أنه إلتزام يقع على عاتق المتدخل، ويجد أساسه في الإلتزام الرئيسي في المرحلة السابقة للتعاقد، وهو التعامل بحسن نية، إذ أن هذا الأخير يفرض على كل طرف من طرفي التعاقد، منذ اللحظة الأولى لبدء هذه المرحلة التي تسبق التعاقد، أن يتخذ موقفا إيجابيا اتجاه الطرف الآخر، فيطلعه على كافة البيانات والمعلومات المتعلقة بالعقد المراد إبرامه[2].

وإذا كان الإلتزام بالإعلام في العقود التقليدية يتم بالطرق العادية المألوفة، فإنه في عقود التجارة الإلكترونية، يتم بشكل إلكتروني، من خلال وسائل إلكترونية، أهمها وأكثرها انتشارا شبكة الأنترنت، حيث يقوم التاجر بإعلام المستهلك المشتري إلكترونيا عبر المواقع التجارية الالكترونية، بالمعلومات والمعطيات والعناصر الضرورية ليكون على بينة من أمره ويتخذ قراره بالتعاقد أو الإنسحاب وعدم إبرام العقد[3].

ومن هنا يمكن تعريف الإلتزام بالإعلام الإلكتروني بأنه: إلتزام قانوني سابق على إبرام العقد الإلكتروني، يتلزم بموجبه أحد الطرفين الذي يملك معلومات جوهرية، فيما يخص العقد المزمع إبرامه بتقديمها بوسائط إلكترونية في الوقت المناسب وبكل شفافية وأمانة للطرف الآخر الذي لا يمكنه العلم بوسائله الخاصة[4].

وقد تناول المشرّع الجزائري هذا الإلتزام بموجب نص المادة 1/352 ق م ج ،التي تنص على أنه:" يجب أن يكون المشتري عالما بالمبيع علما كافيا، ويعتبر العلم كافيا إذا اشتمل العقد على بيان المبيع وأوصافه الأساسية بحيث يمكن التعرف عليه".

---

[1]. بوالباني فايزة، الإعلام كوسيلة لحماية المستهلك، رسالة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر،1، 2012/2011، ص48.

[2]. بن خضرة زهيرة، مرجع سابق، ص205.

[3]. جلول دواجي بلحول، مرجع سابق، ص81.

[4]. عبايد فريحة حفيظة، مرجع سابق، 427.

وإذا كان المشرّع الجزائري نص بمقتضى المادة 1/352 ق م ج على الإلتزام بالإعلام في مجال العقود التقليدية، إلا أنه وبصدور قانون التجارة الالكترونية رقم 05/18، فقد نص المشرّع على الإلتزام بالإعلام الإلكتروني وذلك من خلال نص المادة 11 من ذات القانون والتي تنص على أنه:" يجب أن يقدم المورد الإلكتروني العرض التجاري الالكتروني بطريقة مرئية ومقروءة ومفهومة، ويجب أن يتضمن على الأقل، ولكن ليس على سبيل الحصر، المعلومات الآتية: رقم التعريف الجبائي والعناوين المادية الالكترونية، ورقم هاتف المورد الالكتروني.....".

البند الثاني: شروط الالتزام بالإعلام.

يشترط في الإلتزام بالإعلام قبل التعاقد شرطان هما:

1ـ جهل المستهلك بالمعلومات والبيانات جهلا مشروعا.

إن المبالغة في محاباة المستهلك من شأنها الإخلال بالتوازن العقدي المنشود، وإهدارا لمبدأ أحسن النية في العقود، لإن فرض الإلتزام بالإعلام على المهني بشكل مطلق دون أدنى واجب على المستهلك من شأنه أن يدفعه للتكاسل والاستهتار في إبرام التصرفات القانونية دون أدنى بذل للعناية اللازمة، وخاصة إذا كان طرفي العقد من المهنيين يتعاقدان في مجال تخصصهما المهني، فلا ضرورة تدعوا لفرض الالتزام بالإعلام على عاتق المدين المهني هنا[1].

وعليه يلزم أن يكون جهل المستهلك بالبينات محل الإعلام مشروعا أو مبررا، ويعني ذلك أن هذا الأخير لا يكون في مقدوره أن يعلم أو يستعلم عن البيانات الجوهرية[2]، والأسباب التي تحول دون إحاطة المستهلك علما بالبيانات التي يجهلها والتي من شأنها تنوير إرادته، ترجع إما إلى إستحالة العلم أو إلى إعتبارات الثقة المشروعة[3].

---

[1]. حجاري محمد، مرجع سابق، ص250.

[2]. خالد ممدوح إبراهيم، حماية المستهلك، مرجع سابق، ص 101، غدوشي نعيمة، حماية المستهلك الالكتروني، رسالة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2012، ص15.

[3]. حازم الرمحين، مرجع سابق، ص19.

ويتضح جهل المستهلك بالمعلومات والبيانات في الجهل المستند إلى إستحالة علم المتعاقد بالمعلومات اللازمة لإبرام العقد و عليه ففي حالة علمة بتلك المعلومات ينتفي إلتزام المدين تجاهه بإبلاغه بمثل تلك المعلومات، والإستحالة المقصودة هنا، هي التي يستحيل معها على المتعاقد، غير المحترف بالطبع[1]، وأسباب الاستحالة تتنوع إلى أسباب متعلقة بالشيء محل التعاقد ونعني بها الإستحالة الموضوعية، وأسباب تتعلق بشخص الدائن بهذا الالتزام وهو ما يعرف بالإستحالة الشخصية.

فيما يتعلق بالاستحالة الموضوعية والتي يقصد بها استحالة العلم بالبينات والمعلومات المتعلقة بالشيء محل العقد المراد إبرامه[2]، وفي هذا الصدد يعد من أهم أسباب تحقق هذ النوع من الاستحالة هو حيازة البائع للمبيع بصورة لا تمكن المستهلك من معرفة خصائصه و أوصافه الأساسية على نحو يعينه في صنع قرار التعاقد، فغالبا ما يتم فحص محل التعاقد بصورة تتسم بالسطحية، وبالتالي يتحقق الإخلال بمبدأ المساواة في العلم والمعرفة بين طرفي العقد المراد إبرامه[3].

أما الاستحالة الشخصية فيقصد بها استحالة العلم بالمعلومات محل الإلتزام لإسباب خاصة أو ظروف شخصية تبرر عدم قيام المستهلك بالإستعلام عن المعلومات المتعلقة بالعقد المراد إبرامه[4]، وذلك لوجود عجز عند أغلب المستهلكين في الوقت الراهن، وذلك في ظل التطور التكنولوجي الهائل، والذي صاحبه طرح المنتجات بكميات هائلة بصفة يومية، مما يجعل أغلب المستهلكين في عجز عن معرفة البيانات والمعلومات الهامة التي تحملها مختلف هذه المنتجات[5].

---

1. عقيل فاضل حمد الدهان رغني رسان جادر الساعدين مرجع سابق، ص208.
2. هادي حسين عبد علي الكعبي، محمد جعفر هادي، مرجع سابق، ص56.
3. رفاوي شهيناز، الإلتزام قبل التعاقدي بالإعلام في عقود الاستهلاك، رسالة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة سطيف 2، 2016/2016، ص50، بلحاج محجوبة، الالتزام بالإعلام الالكتروني ما قبل التعاقد المصرفي الالكتروني، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، المجلد الثامن العدد01، 2019، ص72.
4. رفاوي شهيناز، مرجع سابق، ص51.
5. بن سالم المختار، الالتزام بالإعلام كالية لحماية المستهلك، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه، الطور الثالث نظام(ل، م، د)، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بوبكر بلقايد، تلمسان، 2018/2017، ص41.

وقد يرجع جهل المستهلك بالمعلومات إلى الثقة التي يوليها للمهني أو المحترف الذي يعرض منتجه أو خدماته على شبكة الأنترنت، ويعد الطرف الأقوى في العقد، فالمستهلك بموجب تلك الثقة يتوقع مبادرة المهني تلقائيا بتنوير إرادته، وإعلامه بما يلزم من بيانات في هذا الصدد بشكل تام وواضح، والواقع أن ثقة المستهلك قد تبنى على طبيعة العقد أو على شخصية المتعاقد الآخر، كما قد تبنى أحيانا على أعراف المهنة أو تقاليد الحرفة التي ينتمي إليها المدين بالالتزام بالإعلام[1].

2 ـ علم المحترف بالمعلومات محل الإعلام أو إمكانية علمه.

إن استلزم هذا الشرط يعد أمر منطقيا، إذ لا يعقل إلزام المدين بالإدلاء ببيانات أو معلومات وهو أصلا لا يعلمها، وليس في إمكانه العلم بها، ويجب أن يتحقق علم المدين بتلك البيانات، في مرحلة التفاوض وقبل إبرام العقد[2].

ولا يكتفي بمجرد العلم بالمعلومات الخاصة بمحل العقد، بل أيضا بأهميتها وبدور المؤثر والفعال في تكوين رضا المتعاقد[3]، بل يذهب البعض إلى أبعد من ذلك بالقول إن هذا العلم بالمعلومات لابد أن يكون من شأنه التأثير على رضا الطرف الآخر، وأن المدين بهذا الالتزام يقع على كاهله التحري عن هذه المعلومات حتى يمكنه الإفضاء بها للدائن في هذا العقد[4].

إن مقتضيات حماية المستهلك توجب التشديد في معيار علم المحترف بالبيانات والمعلومات العقدية كشرط لقيام الإلتزام قبل التعاقد بالإفضاء حتى لو أدى ذلك إلى إلزام المحترف بالاستعلام عن تلك المعلومات من أجل الإفضاء بها إلى المستهلك[5]، وعليه سعى القضاء إلى وضع قرينة قانونية غير قابلة لإثبات العكس وهي أن صفة الإحتراف لدى التاجر العادي أو الإلكتروني قرينة على علمه،

---

[1]. حازم الرمحين، مرجع سابق، ص21.

[2]. حجاري محمد، مرجع سابق، ص249.

[3]. بلحاج محجوبة، مرجع سابق، ص69.، غدوشي نعيمة، مرجع سابق، ص15.

[4]. عقيل فاضل حمد الدهان، غني ريسان جادر الساعدي، مرجع سابق، ص209.

[5]. موفق حماد، مرجع سابق، ص108.

فهو مسؤولا، ولا يمكن التخلص من الإلتزام بالإعلام إلا بإثبات بذله عناية الرجل العادي، أو بإمكانيه إثبات السبب الأجنبي[1].

وخلاصة ما تقدم يمكننا القول أن البيانات التي يفترض علم المدين بها تقوم على فكرتي السمات الجوهرية للمنتجات محل التعاقد، ومدى ملائمة هذه البيانات أو المعلومات للدائن.

وبإسقاط تلك المفاهيم على العقد الإلكتروني في مرحلته السابقة على لحظة الإبرام ، يلاحظ أن ذات المفاهيم تتكرر، ومرد ذلك يكمن في اعتبار أن وجه الإختلاف بين العقد الإلكتروني والعقد التقليدي يرجع إلى خصوصية الوسيلة المستخدمة في إبرامه، فإن كان الإلتزام بالإعلام السابق للتعاقد يتم بشكله التقليدي في ظل العقود المادية، فهو يتم بشكل إلكتروني عبر مختلف الوسائط الرقمية كالبريد الإلكتروني أو المحادثة أو عبر المواقع الإلكترونية التي تمثل الصورة الأهم و الأكثر انتشارا في العقود الإلكترونية[2].

الفرع الثاني: مضمون الإلتزام بالإعلام قبل التعاقد

إن أكثر ما يهم المستهلك عند إبرامه للعقود عن بعد بشكل عام أو عبر شبكة الانترنت بشكل خاص هو التأكد و معرفة شخصية البائع الذي يتعامل معه، ذلك لإن طبيعة التعاقد الإلكتروني تستلزم الوضوح في جميع خطواته و لعل أهمها تحديد شخصية الموجب في هذه العقود بشكل قاطع لا لبس فيه، فمن منطلق الحرص على الثقة و الشفافية التي تسمح بتشجيع المعاملات التجارية الإلكترونية مع

[1]. معزوز دليلة، الالتزام بالإعلام قبل التعاقد كوسيلة بديلة لضمان رضا المستهلك في البيع الالكتروني، المجلة النقدية، جامعة تيزي وزو، كلية الحقوق، ع2، 2012، ص339، مشار له لدي: بادي عبد الحميد، الالتزام بإعلام المستهلك الالكتروني في مرحلة ما قبل التعاقد، المجلة الجزائرية للحقوق والعلوم السياسية، ع3، جوان 2017، ص79.

[2]. عائشة قصار الليل، الألتزام بالاعلام الالكتروني السابق للتعاقد، مجلة الباحث للدراسات الاكاديمية، العدد العاشر، جانفي 2017، ص223

المستهلكين يلتزم البائع بتحديد هويته عبر الشبكة بحيث يتضمن إيجابه جميع العناصر التي تحددها.[1]

فالمدين بالالتزام بالإعلام الإلكتروني لا يختلف عن المدين بهذا الإلتزام المستخدم للطرق التقليدية، فهو يبقى ملزما بتبصير إرادة المستهلك بالإدلاء إليه بمجموعة من المعلومات تجعله على قدر المساواة معه من حيث العلم بالمنتج أو الخدمة المعروضة عليه عبر الوسيلة الالكترونية[2].

و بناء على ذلك يتضح أن محل هذا الإلتزام هو البيانات و المعلومات التي يقدمها أحد المتعاقدين للآخر قبل الشروع في إبرام العقد، و التي تعمل على تبصير إرادة المستهلك، و يقاس مدى وفاء المدين بهذا الإلتزام بمدى كفاية المعلومات المقدمة للدائن واللازمة لتنوير رضائه في المرحلة قبل التعاقدية[3].

إن مثل هذه المعلومات أو البيانات التي تدخل في نطاق الإلتزام بالإعلام في العقد الالكتروني إما أن تكون قد أملتها الضرورة التجارية أو التعامل السابق في هذا المجال، وما يرتبط من عادات تجارية، أو أن تكون قد وردت بشكل صريح في تشريعات التجارة الالكترونية أو تلك الخاصة بالتعاقد عن بعد و حماية المستهلك، فألزم الإرشاد الأوروبي الخاص بحماية المستهلكين في العقود التي تتم عن بعد الصادر سنة ،1997 المورد بأن يثبت خطيا للمستهلك وقت تنفيذ العقد أو عند التسليم هوية

1. ثامر محمد سليمان الدمياطي، مرجع سابق، ص 68.
2. عائشة قصار الليل، مرجع سابق، ص 232.
3. خالد عبد المنعم إبراهيم مصطفى، مرجع سابق2011، ص 369.

المورد والثمن وكلفة التسليم والخصائص الأساسية للسلعة أو الخدمة وطرق الدفع والتسليم والتنفيذ، كما قد ركز التوجيه على أن يلتزم البائع بتقديم إعلام حول النقاط الآتية[1]:

أ) هوية المورد.

ب) الخصائص والمواصفات الرئيسية للأموال و الخدمات موضوع التعاقد.

ت) ثمن المنتوج والرسوم و الضرائب المترتبة عليه.

ث) رخصة العدول الممنوحة للمشتري والطرق المعتمدة في ممارسة هذه الرخصة.

ج) تكلفة وسيلة الإتصال المستخدمة في عمليات التسليم.

ح) المدة المقررة لصلاحية العرض أو المدة الدنيا لإبرام العقد و قد استثنى التوجيه من الإعلام المواد الغذائية و الكحول وغير ها من المواد المستوردة للإستخدام المنزلي.

كما أكدت على هذا الالتزام المادة 18/121 من قانون الاستهلاك الفرنسي المعدل بالمرسوم رقم 2001/741 في تاريخ 22 آب 2001م[2]، الذي عدل هذه المادة لتصبح مشابهة للمادة 4 من التوجيه الأوروبي رقم 7/97 في تاريخ 1997/05/20م المتعلق بحماية المستهلك في العقود المبرمة عن بعد، و التي ذكرت بأنه يجب أن يحتوي كل عرض المعلومات الخاصة بهوية المهني، و الخصائص الأساسية للمنتج أو الخدمة والثمن والعملية التعاقدية، ثم جاءت المادة 19 من قانون الثقة بالاقتصاد الرقمي رقم 575/2004 في تاريخ 2004/06/12م، لتعزيز هذه المعلومات و التأكيد

[1]. عقيل فاضل حمد الدهان، غني ريسان جادر الساعدي، مرجع سابق، ص211.

[2]. علاء عمر محمد الجاف، الآليات القانونية لحماية المستهلك في عقود التجارة الإلكترونية (دراسة مقارنة)، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، 2017، ص 224.

عليها وقد توسع مجالها سالكة في ذلك المسلك نفسه الذي سار عليه التوجه الأوروبي رقم 31/2000 المتعلق بالتجارة الالكترونية[1].

و قد حرص المشرّع الفرنسي على تحديد المعلومات محل التزام المهني بإعلام المستهلك في أكثر من نص تشريعي، ومن ذلك ما نصت عليه المادة 1/111 من تقنين الإستهلاك الفرنسي الجديد رقم 2014/344 بإلزام المهني بإبلاغ المستهلك في عقد بيع السلع، أو تقديم الخدمات بمعلومات عن الخصائص الأساسية للسلعة أو الخدمة مع الأخذ في الإعتبار وسيلة الإتصال المستخدمة، وسعر السلعة أو الخدمة وفقا لنص المادتين 3/113 و 1/3/113 المعدلتين بهذا القانون، وتعهد المهني بأداء الخدمة أو تسلم السلعة في تاريخ أو فترة محددة في حالة غياب التنفيذ الفوري (التسليم المؤجل)، ومعلومات بشأن هوية المهني وعنوانه ورقم هاتفه، و معلومات عن الضمانات القانونية في حال وجودها وشروط تنفيذ هذه الضمانات والشروط التعاقدية الأخرى، مع ملاحظة أن هذه المعلومات تنطبق أيضا على العقود المبرمة عن بعد. وأضافت المادة 2/111 من تقنين الاستهلاك المعدل بالقانون رقم 2014/344، أنه على المهني في عقد تقديم الخدمات، وعندما لا يكون هناك عقد مكتوب قبل تنفيذ الخدمة يقوم بتوفير معلومات إضافية للمستهلك- بجانب المعلومات المذكورة في المادة 1/111- ترتبط بمجال تقديم الخدمات والشروط التعاقدية الأخرى، وذلك بشكل مقروء ومفهوم[2].

أما بالنسبة للتشريع التونسي والمتعلق بمعاملات التجارة الإلكترونية الذي يعتبره البعض قانونا متميزا بسبب تضمينه مجموعة من القواعد الضابطة لهذه المعاملات، ففيما يتعلق بحماية المستهلك

1. المادة 18/121 من قانون الاستهلاك الفرنسي المعدل.
2. أمينة أحمد محمد أحمد، حماية المستهلك في عقود التجارة الإلكترونية (دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية، مصر، 2016، ص 180.

فقد خصص المشرع التونسي الباب الخامس[1]من ذات القانون لحماية المستهلك، وتكلفت المادة 25 منه بإلزام البائع أن يبين بوضوح للمستهلك في العقد الإلكتروني البيانات التالية:

-هوية وعنوان وهاتف مقدم الخدمة.

-وصفا كاملا لمختلف مراحل إنجاز المعاملة.

-طبيعة وخصائص وسعر المنتج أو الخدمة.

-كيفية تسليم السلعة ومبلغ التأمين المستحق منه في الحال.

-الفترة التي تكون خلالها السلعة أو الخدمة معروضة بالأسعار المحددة.

-شروط الضمانات المقدمة وعقد البيع الإلكتروني وخدمة ما بعد البيع.

-طرق وإجراءات الدفع، وعند الاقتضاء شروط القروض المقترحة.

-طرق وآليات التسليم وتنفيذ العقد ونتائج عدم إنجاز الالتزامات.

-إمكانية العدول عن الشراء وأجله.

-كيفية إقرار الطلبية أي إرسال الموافقة على صيغة البيع.

- إستعمال تقنية الإتصال.

-شروط فسخ العقد.

[1]. شوال بن شهر، مرجع سابق، ص 218.

–المدة الدنيا للعقد فيما يتعلق بالعقود الخاصة بتزويد المستهلك بسلعة أو خدمة خلال مدة طويلة أو بصفة دورية.

هذا ولقد حمل المشرع التونسي المهني مسؤولية إثبات حصول الإعلام المسبق وهو ما نص عليه في الفصل 36 من القانون رقم 83 لسنة 2000 المتعلق بمبادلات التجارة الإلكترونية، فعبء الإثبات هنا يتحمله المهني، هذا وقد ألزم قانون حماية المستهلك المصري رقم 67 لسنة 2006 المنتج والمستورد أن يضع البيانات والمعلومات اللازمة حسب طبيعة كل منتج وطبقا للمواصفات القياسية المصرية، وأن تكون البيانات باللغة العربية حيث جاء في المادة الثالثة[1] على أنه "على المنتج أو المستورد –يحسب الأحوال–أن يضع باللغة العربية على السلع البيانات التي توجبها المواصفات القياسية المصرية أو أي قانون آخر أو اللائحة التنفيذية لهذا القانون، وذلك بشكل واضح تسهل قراءته، وعلى النحو الذي يحقق به الغرض من وضع تلك البيانات حسب طبيعة كل منتج، وطريقة الإعلان عنه أو عرضه أو التعاقد عليه، وعلى مقدم الخدمة أن يحدد بطريقة واضحة بيانات الخدمة التي يقدمها وأسعارها ومميزاتها وخصائصها"، زيادة على ذلك فقد ألزم التاجر أن يضع على جميع المراسلات والمستندات والمحررات، سواء الورقية أو الإلكترونية، البيانات والمعلومات التي من شأنها تحديد شخصيته وبيان قيده في السجل التجاري إن وجدت[2]، حيث جاء نص المادة الرابعة من ذات القانون على أنه:"على المورد أن يضع على جميع المراسلات والمستندات والمحررات التي تصدر عنه في تعامله أو تعاقده مع المستهلك بما في ذلك المحررات والمستندات الإلكترونية التي من شأنها تحديد شخصيته وخاصة بيانات قيده في السجل التجاري وعلامته التجارية إن وجدت".

1. صفوان حمزة إبراهيم عيسى الهواري,مرجع سابق,ص 319.
2. خلوى (عنان) نصيرة، مرجع سابق، ص24.

وتجنبا إلى خلق انطباع غير حقيقي أو مضلل لدى المستهلك، جاء نص المادة السادسة كالآتي:"على كل مورد ومعلن إمداد المستهلك بالمعلومات الصحيحة عن طبيعة المنتج وخصائصه، وتجنب ما قد يؤدي إلى خلق انطباع غير حقيقي أو مضلل لدى المستهلك أو وقوعه في خلط أو غلط".

أما بالنسبة لمشروع قانون حماية المستهلك الليبي فقد حث هو الآخر على ضرورة تبصير المستهلك بالبيانات الأساسية[1]والجوهرية للسلع في عدة مواد، فقد جاءت المادة الثالثة في حديثها عن حقوق المستهلك وذكرت من ضمن هذه الحقوق"...الحصول على البيانات الوافية والصحيحة عن السلع والخدمات..."، كذلك أشارت أيضا المادة 11 من مشروع قانون حماية المستهلك الليبي إلى هذا الإلتزام حيث نصت على أنه يجب أن:"يلتزم المحترف بأن يدرج على المنتج كل حسب طبيعته المعلومات التي تحدد طبيعته ونوعه وصفاته الجوهرية ....".

والأمر ذاته في مذكرته التوضيحية[2].كما نصت المادة الثالثة عشر في حديثها عن المواد الدوائية ضرورة".... ذكر البيانات المتعلقة بدواعي الإستعمال والجرعات والمحاذير والأعراض الجانبية، وطريقة الحفظ وغيرها من البيانات المنصوص عليها في التشريعات النافذة".

وما يمكن ملاحظته من تعداد المواد التي نصت على ضرورة تبصير وإعلام المستهلك بالمعلومات الأساسية والضرورية للسلعة في مشروع قانون حماية المستهلك الليبي السالف الذكر، هو رغبة المشرع و حرصه على توفير أكبر قدر من الحماية للمستهلك من خلال الإلتزام بالإعلام قبل التعاقد.

---

[1]. رمزي بيد الله حجازي، الحماية المدنية للمستهلك بعد التعاقد، دراسة مقارنة،الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، 2016، ص85.

[2]. مشروع قانون حماية المستهلك الليبي ومذكرته التوضيحية الصادر في: 2008/7/28.

أما المشرع اللبناني فقد ألزم المهني بتقديم معلومات واضحة وصريحة عن السلعة أو الخدمة المعروضة، وكيفية استعمالهما والمخاطر التي تنتج عن هذا الإستعمال، إذ جاء نص المادة 51 و52 من قانون حماية المستهلك اللبناني رقم 659 الصادر في 04 شباط2005[1]، على النحو الآتي المادة 51 :"تراعى أحكام هذا الفصل العمليات التي يجريها المحترف عن بعد أو في محل إقامة المستهلك لاسيما تلك التي تتم في مكان إقامة المستهلك أو عبر الهاتف أو الأنترنت أو أية وسيلة أخرى معتمدة لذلك....."، أما المادة 52 فجاء نصها كالآتي:"يجب تزويد المستهلك في الحالات المنصوص عليها في المادة 51 بمعلومات واضحة وصريحة تتناول المواضيع التي تمكنه من اتخاذ قراره بالتعاقد لاسيما:

– تعريف المحترف واسمه وعنوانه ورقم ومكان تسجيله وبريده الإلكتروني، بالإضافة إلى أية معلومات تتيح تعريف المحترف.

– السلعة والخدمة المعروضة وكيفية استعمالها والمخاطر التي قد تنتج عن هذا الإستعمال.

– مدة العرض.

– ثمن السلعة أو الخدمة والعملية المعتمدة وكافة المبالغ التي قد تضاف إلى الثمن لاسيما الرسوم والضرائب والمصاريف أيا كانت وكيفية تسديد هذه المبالغ.

– الضمانات التي يقدمها المحترف، وعند الاقتضاء الخدمات التي يقدمها بعد التعاقد.

– مدة العقد الذي يتناول سلعا أو خدمات تقدم بشكل دوري.

1. قانون حماية المستهلك اللبناني رقم 659 لسنة 2005 الصادر بالمرسوم رقم 13068 بتاريخ أب 2004.

– تاريخ ومكان التسليم والمصاريف المستوجبة لهذه الجهة.

– الإجراءات الواجب إتباعها لإنهاء العقد الذي يجدد حكما عند إنتهاء مدته.

– تحديد المدة التي يجوز خلالها للمستهلك الرجوع عن قراره بالشراء.

– القانون الذي يرعى العملية والهيئات والمحاكم أو المراجع الصالحة للبت بأي نزاع قد ينتج عن التعاقد.

– كلفة الإتصال.

أما عن التشريع الجزائري فنجد أن القانون رقم 03/09 المؤرخ في 29 صفر 1430 الموافق ل 25 فبراير 2009 م المتعلق بحماية المستهلك[1] قد أوجب أن يتضمن الإلتزام بالإعلام إحاطة المستهلك علما بالأوصاف الضرورية للسلعة والخدمة في المادة 17 منه والتي جاء نصها كالأتي:"يجب على كل متدخل أن يعلم المستهلك بكل المعلومات المتعلقة بالمنتوج الذي يضعه للإستهلاك بواسطة الوسم ووضع العلامات أو بأية وسيلة أخرى مناسبة.

تحدد شروط وكيفيات تطبيق أحكام هذه المادة عن طريق التنظيم"

وعليه يجب على المتدخل أن يزود المستهلك بالمعلومات الضرورية لإرضاء المستهلك بصفة واضحة، تحمل تعريف المنتوج والمتدخل المعني بعرض المنتوج للإستهلاك للمرة الأولى وطبيعة المنتوج والمكونات، إضافة إلى المخاطر التي قد تنتج عن إستخدام السلعة أوالخدمة محل عقد

[1]. القانون رقم 03/09 مؤرخ في 29 صفر عام 1430 ﻫ الموافق ل25 فبراير سنة 2009، المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش ج.ر.ع،15، الصادرة بتاريخ 11 ربيع الأول عام 1430ﻫ الموافق لـ 8 مارس 2009م، المعدل والمتمم.

الإستهلاك علاوة على الثمن الذي يجب توضيحه للسلعة، ومدة عقود الخدمات[1]، إلا أن أول النصوص التي يستفاد منها هذا الإلتزام بالإعلام في نطاق عقود الإستهلاك في التشريع الجزائري هو نص المادة 4 من القانون رقم 02/04[2] التي ورد بها أنه" يتولى البائع وجوبا بإعلام الزبائن بأسعار وتعريفات السلع والخدمات وشروط البيع".

وواضح أن عمومية الإلتزام بالإعلام المفروض بموجب هذا النص آتية من أنه إلتزام يثقل عاتق كل شخص محترف لصالح كل شخص مستهلك يتعامل معه أيا كانت طبيعة العملية الجاري إبرامها. وهو نص يعبر بحق عن أحد الجوانب الهامة للإلتزام قبل التعاقدي بالإعلام في مجال عقود الإستهلاك، فأول ما يهم المستهلك معرفته هو البيانات و المعلومات التي تتصل بالخصائص الأساسية والسمات الجوهرية للمنتج الذي يقدم على شرائه أو الخدمة التي يسعى إلى الحصول عليها[3].

كما نصت المادة 5 من ذات القانون على أنه: "يجب أن يكون إعلام المستهلك بأسعار وتعريفات السلع والخدمات عن طريق وضع علامات أو وسم أو معلقات أو بأية وسيلة أخرى مناسبة. يجب أن تبين الأسعار والتعريفات بصفة مرئية ومقروءة".

كما أكد المشرّع الجزائري على ضرورة إعلام المزود بالخدمة والمستهلك بشروط البيع أو تقديم الخدمة وكذا العناصر الأساسية المتعلقة بالسلع والخدمات، وهو ما جعل له فصلا كاملا من

---

1. بادي عبد الحميد، الالتزام بحماية المستهلك الالكتروني في مرحلة ما قبل التعاقد، مرجع سابق، ص 80.
2. القانون رقم 02/04 المؤرخ في 5 جمادى الأولى عام 1425 الموافق ل 23 يونيو سنة 2004 م الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، ج.ر.ع 41، الصادرة بتاريخ 27 يونيو 2004م، المعدل والمتمم.
3. سعاد نويري، الالتزام بالإعلام و حماية المستهلك في التشريع الجزائري، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، العدد الثامن، جانفي 2016، ص231.

المرسوم التنفيذي رقم 306/06 المؤرخ في 10 سبتمبر 2006[1] المتضمن تحديد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الإقتصاديين والمستهلكين والبنود التي يمكن اعتبارها تعسفية تحت مسمى العناصر الأساسية للعقود.

وقد اشترط المشرّع الجزائري على غرار باقي التشريعات الأجنبية والعربية إعلام المستهلك باللغة العربية[2] حيث ورد في نص المادة 18 من القانون رقم 03/09 المؤرخ في 25 فبراير 2009 والمتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش:"يجب أن تحرر بيانات الوسم وطريقة الإستخدام ودليل الاستعمال و شروط ضمان المنتوج وكل معلومة أخرى منصوص عليها في التنظيم الساري المفعول باللغة العربية أساسا وعلى سبيل الإضافة يمكن استعمال لغة أو عدة لغات أخرى سهلة الفهم من المستهلكين، وبطريقة مرئية و مقروءة ومتعذر محوها".

إن المشرّع الجزائري لم يكتف بضرورة الإدلاء ببيانات معنية لصالح المستهلك بصفة عامة، بل عاد وأكد على المعلومات الواجب التصريح بها في حالة التعاقد عن بعد وهو ما تضمنته المادة 5 من المرسوم التنفيذي رقم 378/13 [3]، والتي نصت على أنه "بغض النظر عن أحكام هذا المرسوم، تطبق على المنتوجات المعروضة للبيع عن طريق تقنيات الاتصال عن بعد، القواعد الآتية:

---

[1].راجع المواد 2، 3،4، من المرسوم التنفيذي رقم 306/06 المؤرخ في 10 سبتمبر 2006، الذي يحدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين و المستهلكين و البنود التي تعتبر تعسفية، ج ، ر ، ع 56 ، الصادرة بتاريخ 18 شعبان عام 1427، الموافق ل 11 سبتمبر 2006م.

[2]. خليفي مريم، الالتزام بالإعلام الالكتروني و شفافية التعامل في مجال التجارة الالكترونية، دفاتر السياسة و القانون، العدد الرابع، جانفي 2011، ص 213.

[3]. مرسوم تنفيذي رقم 13 /378 مؤرخ في 5 محرم عام 1435هـ الموافق ل 09 نوفمبر 2013م الذي يحدد الشروط و الكيفيات المتعلقة بإعلام المستهلك، الصادر في ج ، ر ، ع 58 الصادرة بتاريخ 14 محرم 1435هـ الموافق ل 18 نوفمبر 2013م.

1) تقدم البيانات الإجبارية المنصوص عليها في هذا المرسوم، باستثناء تلك المتعلقة بمدة صلاحية المنتوجات، قبل إتمام الشراء، وتظهر على دعامة البيع عن بعد، حيث ترسل بأي طريقة أخرى مناسبة ومحددة بوضوح من طرف المتدخل المعني.

2) تقدم كل البيانات الإجبارية وقت التسليم.

لا تطبق الأحكام المحددة في النقطة 1 أعلاه، على المواد الغذائية المقترحة للبيع عن طريق الموزعين الآليين أو في محلات تجارية آلية".

لهذا يجب أن يشمل العرض مجموع البيانات التي تسمح بتعريف مقدم الخدمة أو السلعة كإسمه وعنوانه[1] ومقر شركته ورقم قيده في السجل التجاري أو سجل الصناعة التقليدية والحرف ورقم وتاريخ الرخصة وإسم وعنوان السلطة التي سلمتها، والتعريف بمثل هذه البيانات عبر الوسائط الإلكترونية لبعث الثقة في المستهلك[2].

الفرع الثالث:جزاء الإخلال بالإلتزام بالإعلام قبل التعاقد.

إن الجزاء الذي يترتب على الإخلال بالإلتزام بإعلام المستهلك يجد ضرورته في الهدف من وراء تقرير هذا التبصير، وهو تنوير رضاء المستهلك وإعادة التوازن في العلاقة غير المتوازنة بين طرفي العلاقة العقدية. لذا يجب أن يكون هناك جزاء ضروري ومناسب للإخلال بهذا التبصير، وبما أن أغلب التشريعات تتناول بنصوص صريحة وواضحة الجزاءات المدنية التي قد تترتب على مخالفة هذا الإلتزام في المرحلة السابقة للتعاقد، لذلك كان لابد من البحث في إطار النصوص القانونية

[1]. المواد 52، 53، 55، 56 من المرسوم التنفيذي رقم 378/13 الذي يحدد الشروط و الكيفيات المتعلقة بإعلام المستهلك.

[2]. عائشة قصار الليل، مرجع سابق، ص 232.

والقواعد العامة الواردة في القانون المدني عن الجزاءات المناسبة للإخلال بالإلتزام، والسؤال عن مدى قابلية العقد للإبطال وكذلك التعويض كآثار للمسؤولية المترتبة على الإخلال بالتبصير[1].

وسنتعرض للجزاءات المترتبة على الإخلال بالالتزام بالإعلام على النحو الآتي:

أ-الجزاءات المترتبة على الإخلال بالإلتزام بالإعلام قبل التعاقد في القواعد العامة:

يعد إخفاء المهني لخصائص السلعة أو الخدمة أو مجرد عدم تطابق المعلومات المقدمة وخصائص السلعة من قبيل الغش الذي يستوجب معاقبة المهني[2]، فمن المعلوم أن رضاء المتعاقد بالعقد قبل الدخول فيه يمثل ركنا جوهريا وشرطا أساسيا في العقد في جميع القوانين والتشريعات، ففي فرنسا يعد عنصر الرضا شرطا هاما من شروط صحة العقد وفقا لنص المادة 1108 من القانون المدني الفرنسي[3]وكذلك الحال في الجزائر حيث يستفاد من نص المادة 59 من القانون المدني الجزائري[4] فالرضا بالعقد شرط لازم لوجود العقد، كما أن صحته شرط واجب لصحة العقد بحيث يتأثر وجود العقد وصحته بوجود الرضا وصحته.

---

1. أبو عجيلة عقيلة علي نصر، مرجع سابق، ص 131.
2. خالد عبد المنعم إبراهيم مصطفى، مرجع سابق، ص 397.
3. تنص المادة 1108 من القانون المدني الفرنسي على أن ثمة شروط أربع جوهرية ينبغي توافرها لصحة العقد أو الاتفاق، هي على النحو التالي :
أ- رضا الطرف الذي سيلتزم بالاتفاق أو العقد.
ب- أهليته للتعاقد.
جـ- وجود محل معين يمثل موضوعا للالتزام أو التعهد في العقد.
د – سبب مشروع غير مخالف للنظام العام و الآداب العامة.
4. تنص المادة 59 منق.م.جعلى أن "يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتين دون الإخلال بالنصوص القانونية".

فهل مخالفة المهني لإلتزامه بالإعلام السابق على التعاقد يمكن أن يعيب رضا المستهلك بشكل يؤدي إلى بطلان العقد على أساس الغلط أو التدليس أم لا ؟

1- أ: بطلان العقد لمصلحة المستهلك لوجود عيب الغلط:

قد يؤدي إخلال المهني بالتزامه بالإعلام إلى إيقاع المستهلك في غلط نتيجة للمعلومات المضللة التي قدمها له أو كأثر لعدم ذكر بعض البيانات الهامة، مثال ذلك إذا أمتنع البائع عن إعلام المشتري لجهاز إنذار باستحالة الحصول على تصريح إداري لتركيبه، فإنه بذلك يوقع المشتري في غلط حول أحد الصفات الجوهرية في الشيء محل البيع. ومن يريد أن يشتري أرض من أجل تشييد بناء عليها، ويعلم البائع أن نوعية التربة بخصوص قطعة الأرض محل البيع لا تتحمل هذا النوع من البنايات المرتفعة لكنه لم يخبر المشتري بذلك يكون قد أوقع هذا الأخير في غلط[1].

إن المشرّع الجزائري كباقي التشريعات لم يعرف الغلط كعيب من عيوب الإرادة، وترك ذلك للفقه والقضاء، ويقصد بالغلط بوجه عام، وهم يقع في ذهن الشخص يكون الدافع إلى التعاقد[2].

وبعبارة أكثر دقة هو "وهم يقوم في ذهن الشخص يصور له الأمر على غير حقيقته، فيدفعه إلى التعاقد تحت وطأته، بحيث ما كان يتعاقد لو علم بحقيقة الأمر فيحينه"[3].

---

[1]. محمد المرسي زهرة، الحماية المدنية للتجارة الالكترونية (العقد الالكتروني، الإثبات الالكتروني، المستهلك الإلكتروني) الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، 2008، مصر، ص 181.

[2]. خليل حسن قدادة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، الجزء الأول، الطبعة الرابعة، ديوان المطبوعات الجامعية 2010، ص 49.

[3]. بودالي محمد، عيب الغلط والتدليس في القوانين الوضعية والفقه الإسلامي، دراسة مقارنة، رسالة نيل درجة الماجيستير الجامعة الأردنية،1989، ص 13 مشار له لدى: بوالباني فايزة، مرجع سابق، ص110.

فالغلط كما هو معلوم يعد أحد العيوب المفسدة لرضا المتعاقد بالعقد في الكثير من التشريعات والقوانين، فالمشرع الجزائري نظم هذا العيب و فصل في أحكامه في المواد 81 ،82، 83 ،84،85 من القانون المدني[1].

ويشترط لتحقيق الغلط المعيب للرضا أن يكون الغلط جوهريا أي الدافع إلى التعاقد، وقد يقع الغلط الجوهري في صفة الشيء أو في شخصية المتعاقد[2]،أو في أمور أخرى متعلقة بنزاهة المعاملات، كما يجب أن يتصل علم المتعاقد الأخر بهذا الغلط، وذلك أن يكون المتعاقد الأخر على علم أو من السهل عليه أن يتبين أنه وقع في غلط.

وعند تطبيق هذه الشروط على إخلال المهني بتبصير المستهلك، فمن الصعب عليه أن يثبت جوهرية الغلط الذي يقع فيه وأنه الدافع إلى التعاقد، وكذلك بالنسبة إلى إثبات إتصال الغلط بعلم المتعاقد الآخر المهني[3] فليس هناك شك في أن المعاملات التجارية التي تتم عبر الوسائط الإلكترونية ومنها شبكة الإنترنت تتسم بالكثير من الخطورة، فهي تجارة تتم عن بعد عبر سوق إفتراضية، فالبائع يكون في مكان والمشتري في مكان آخر والمنتجات أو الخدمات تشاهد وتعرف خصائصها عبر وسيط إلكتروني، أي أن المستهلك لا يستطيع التعرف على هذه المنتجات أو الخدمات كما في الواقع المادي الملموس أو حتى التأكد من البيانات والمعلومات المتعلقة بها، الأمر الذي يؤدي في كثير من الأحيان إلى وقوعه في غلط يؤدي إلى إفساد رضائه[4].

---

1. راجع في هذا الخصوص المبحث الثاني من الفصل الأول.
2. رباج سعيدة، الحماية العقدية للمستهلك في التشريع الجزائري، رسالة لنيل شهادة الماجستير،كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة سطيف 2، 2014/2013،ص47.
3. أبو عجلية عقلية علي نصر، مرجع سابق، ص 133.
4. خالد عبد المنعم إبراهيم مصطفى، مرجع سابق، ص 403.

وتأتي أهمية وجود إلتزام بالإعلام في هذا الصدد من حيث أنه يكتفي أن يثبت المستهلك أن المهني قد أخل بهذا الإلتزام، الأمر الذي ترتب عليه وقوعه في غلط ولا يشترط –كما هو الحال في القواعد العامة–أن يثبت المستهلك اتصال الغلط بالمهني أي علمه به أو على الأقل إمكانية العلم به، وإنما تفترض علم المهني بأهمية هذه المعلومات للمستهلك ومن ثم علمه بالغلط[1].

وتطبيقا لذلك رفضت محكمة النقض الفرنسية إبطال عقد شراء سيارة بسبب غلط المشتري في سعة المحرك مادام استخدامه للسيارة لن يتأثر[2]،حيث أسست حكمها على عدم جوهرية الغلط الذي وقع فيه هذا المشتري، وهو الأمر قد يصعب على المتعاقد الأخر إثباته أو أنه الدافع إلى التعاقد، ولهذا يساهم الإلتزام بالإعلام قبل التعاقد في تحقيق حماية المستهلك عن طريق التسهيل في إثبات الغلط الجوهري وإثبات إتصال الغلط بالمتعاقد الأخر[3].

وفي هذا الصدد جاء القرار الموجود في الملف رقم 406468 الصادر بتاريخ 2008/04/23 المتضمن إبطال العقد بسبب الغلط الجوهري، إذ تتلخص وقائع القضية في بيع سيارة ملك للغير بصفته مالكا لها وليس وكيلا، حيث أن قضاة الموضوع لما أمروا بإرجاع ثمن السيارة للمشتري مقابل إرجاع هذا الأخير للسيارة، فإنهم قد تأكدوا بأن الطاعن هو الذي باع السيارة وتصرف فيها كأنها ملكه، والذي قد اشتراها بدوره من المتدخل في الخصام(ب أ) لأن أوراق السيارة مازالت بإسم هذا الأخير، لذا فإن الدفع بالمادة 217 ق.م.ج المتمثلة في التضامن لا تطبق في دعوى الحال، كما

---

[1]. محمد المرسي زهرة، مرجع سابق، ص 181.

[2].Cass ,siv,3oct,1979D,1980,j,28.403 مشار له لدى: خالد عبد المنعم ابراهيم مصطفى، مرجع سابق، ص

[3]. رباج سعيدة, مرجع سابق, ص 48.

أن العيوب التي وجدت في السيارة كانت خفية، بحيث أن الطاعن هو من أوقع المشتري في غلط جوهري بحيث لو كان يعلم بها لما أقبل على الشراء[1].

2-أ: بطلان العقد لمصلحة المستهلك لوجود عيب التدليس.

قد يكون إخلال المهني بإلتزامه بالإعلام في صورة كتمان بعض المعلومات التي يعلم أهميتها بالنسبة إلى المستهلك، أو تزييف بعض المعلومات بهدف خداع المستهلك أو تضليله[2]. والتي من شأنها أن تخدع المدلس عليه وتدفعه إلى إبرام العقد في غير مصلحته، وتتمثل الطرق التدليسية في كل الطرق المختلفة التي يستعملها المدلس لإخفاء الحقيقة عن المدلس عنه، من بينها الكتمان التدليسي الذي يهمنا هنا والذي يتمثل في السكوت العمدي عن واقعة تهم المدلس عليه حسب نص المادة 86 الفقرة الثانية من القانون المدني الجزائري إذ تنص :"يعتبر تدليسا السكوت عمدا عن واقعة أو ملابسة إذا ثبت أن المدلس عليه ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو تلك الملابسة"[3].

وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض المصرية بأنه يجوز طلب إبطال العقد للتدليس إذا كانت الحيل التي لجأ إليها أحد المتعاقدين من الجسامة بحيث لو علم بها لما أقدم المتعاقد الآخر على إبرام العقد، شريطة أن يثبت أنه ما كان ليبرم العقد لو اتصل علمه بماسكت عنه المدلس عمدا[4]، وفي عقود التجارة الإلكترونية فإن كتمان أي معلومات عن المستهلك يعد إخلالا بمبدأ حسن النية الذي يجب أن يسود في هذا النوع من التعاقد حيث لا يكون أمام المستهلك إلا ما يقدمه التاجر المحترف من معلومات عن السلعة أو الخدمة أو المعلومات المتعلقة به، لذا فإن السكوت بخصوص ذلك يعد

---

[1]. قسم التوثيق، مجلة المحكمة العليا، العدد الأول، دون دار نشر، الجزائر، 2008، ص 117،118، مشار له لدى: بن سالم المختار مرجع سابق، ص 212.

[2]. محمد المرسي زهرة، مرجع سابق، ص 182.

[3]. بادي عبد الحميد، مرجع سابق، ص 85.

[4]. طعن نقض رقم 5524 لسنة63ف-جلسة 2001/4/17، مشار له لدى: خالد عبد المنعم إبراهيم مصطفى، مرجع سابق،ص 406.

وسيلة احتيالية، ويعد التغرير واقعا بما يترتب عليه من كون أن العقد موقوفا إذا أقترن بالتغرير غبن فاحش في القانون العراقي أو طلب إبطال العقد لمجرد التدليس في القانونين المصري والفرنسي[1].

وقد أيد قضاء النقض الفرنسي الحديث ذلك المبدأ في العديد من أحكامه، حيث ذهب إلى أن مجرد السكوت والكتمان يعتبر تدليسا، وذلك في كل حالة يقع فيها على عاتق أحد الطرفين التزام بتقديم معلومات أو بيانات معينة إلى المتعاقد الآخر، فقد قضى بأن التدليس يمكن أن يتكون من مجرد السكوت من جانب الطرف الآخر الذي يخفي على المتعاقد الآخر واقعة ما، والتي يكون من شأن علمه بها قبل إبرام العقد أن يحول بينه وبين التعاقد، وأن الإخلال بالإلتزام بالإعلام قبل التعاقد، يعتبر كتمانا تدليسيا مؤديا إلى إبطال العقد[2].

فطرق التدليس والغش في التعاقد الإلكتروني متنوعة وكثيرة، على سبيل المثال منها: استعمال المهني المحترف لعلامة تجارية لمنتج مشهور مملوك لشخص أخر بهدف تضليل المستهلك ودفعه إلى التعاقد معه ظنا من المستهلك أنه المالك الحقيقي لهذه العلامة، وكذلك تعمد نشر بيانات ومعلومات غير صحيحة على المواقع الإلكترونية، عن منتجات وخدمات يقصد ترويجها أو استعمال اسم غير مملوك له[3].

---

1. موفق حماد عبد، مرجع سابق، ص 137.

2. Cass. Civ. 3 ch. 7 mai 1974. bull. civ III. N.186.p140. gaz. pal.1974-II-184

مشار له لدى: أحمد بومدين، دور الالتزام بالإعلام قبل التعاقد في حماية رضا المستهلك، مجلة العلوم القانونية، عدد (1)، جوان 2010، ص 182.

3. خالد ممدوح إبراهيم،إبرام العقد الإلكتروني، مرجع سابق، ص 72 و ما بعدها.

ولكن بسبب هذه الشروط الشديدة أصبح صعبا على المستهلك إثبات وجود التدليس بعنصريه المادي والمعنوي، وإثبات أنه كان دافعا إلى التعاقد، بحيث لو لم يقع المستهلك في التدليس ما كان ليقدم على التعاقد أصلا، أو لأقدم عليه ولكن بشروط عقدية أخرى[1].

وهنا يأتي دور الإلتزام بالإعلام قبل التعاقد في سد الفجوة الناشئة في صدد حماية المستهلك في مواجهة طرق التدليس، وذلك من خلال تيسير طرق إثبات توافر عنصريه حتى يتسنى المطالبة بإبطال العقد، إذ إن إثبات شروط هذا الإلتزام والإخلال به يتخذان مظهرا ماديا يسهل فيه الإثبات، ويعوض ضيق نظرية عيوب الإرادة، إذ يكفي قيام هذا المستهلك بإثبات شروط قيام الإلتزام بالإعلام قبل التعاقد وأن المتعاقد الآخر لم يقم بتنفيذ هذا الالتزام تنفيذا صحيحا وكاملا مع افتراض علم المدين بهذا الإلتزام بالبيانات والمعلومات المطلوبة وبتأثير كتمانها على تعييب رضا الطرف الآخر وهو الأمر الذي يغني عن إثبات توافر العنصرين المشار إليهما[2].

3-أ:إبطال العقد على أساس عدم العلم الكافي بالمبيع.

أمام صعوبة قيام المستهلك بإثبات اتصال الغلط بالمتعاقد الآخر للمطالبة بالإبطال لعيب الغلط، أو بإثبات نية التضليل للمطالبة بالإبطال للكتمان التدليسي في القانون المصري أو الجزائري، و أيضا صعوبة إثبات سوء نية البائع بأن كان يعلم بعيوب المبيع ولم يقم بإعلامه بها حتى يمكنه المطالبة ببطلان العقد في هذه الحالة، فقد دعت الحاجة للبحث عن أساس آخر يمكن استناد المستهلك إلية في المطالبة بإبطال العقد[3] .

---

[1]. رباج سعيدة، مرجع سابق، ص 49.

[2]. عمر محمد عبد الباقي، الحماية العقدية للمستهلك،دراسة مقارنة بين الشريعة و القانون، الطبعة الأولى، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2010، ص 276، مشار له لدى :خالد عبد المنعم إبراهيم مصطفى، مرجع سابق، ص 408.

[3]. أمينة أحمد محمد أحمد، مرجع سابق، ص 231.

و من هنا جاء نص المادة 419 من القانون المدني المصري[1]. كما نصت المادة 352 من القانون المدني الجزائري على أنه: "يجب أن يكون المشتري عالما بالمبيع علما كافيا ويعتبر العلم كافيا إذا أشتمل على بيان المبيع و أوصافه الأساسية بحيث يمكن التعرف عليه.

وإذ ذكر في عقد البيع أن المشتري عالم بالمبيع سقط حق هذا الأخير في طلب إبطال البيع بدعوى عدم العلم به إلا إذا أثبت غش البائع". ويقصد بالعلم بالمبيع الإحاطة بأوصافه الأساسية التي تبين للمشتري مدى صلاحيته لأداء الغرض المقصود منه، وعليه فالعلم بالمبيع أوسع من تعيين المبيع، وهذا يبرر حماية أفضل للمشتري. إن العلم الكافي بالمبيع مثله مثل الإلتزام بالإعلام السابق على التعاقد، يهدف إلى تنوير رضا الطرف المقبل على التعاقد، لدرجة أن تكون له إرادة حرة خالية من العيوب المبطلة لها[2].

إن الإلتزام بالإعلام ليس وليد الفقه الحديث وإنما يجد له صدى في الفقه الإسلامي، حيث يشترط الفقه الإسلامي علم المشتري بمحل العقد، ويلزم البائع بإعلام المشتري ببيانات وعيوب المبيع، والإ ثبت للمشتري الحق في الخيار، وبالتالي نجد توافقا بين ما جاء به الفقه الإسلامي من خيار الرؤية والحال بالنسبة للتجارة الإلكترونية، حيث إن العقود التي تبرم عبر شبكة الإنترنت هي عقود تبرم عن بعد وبالتالي فإن المشتري لا يرى المبيع عند إبرام العقد وإن هذه العقود هي المجال الخصب لتطبيق خيار الرؤية[3].

---

[1]. المادة 419 من القانون المدني المصري التي تقضي بأنه : "1- يجب أن يكون المشتري عالما بالمبيع علما كافيا، و يعتبر العلم كافيا إذا اشتمل العقد على بيان المبيع و أوصافه الأساسية بيانا يمكن من تعرفه.2- وإذا ذكر في عقد البيع أن المشتري عام بالمبيع سقط حقه في طلب إبطال البيع بدعوى عدم علمه به إلا إذا أثبت تدليس البائع".

[2]. رباج سعيدة، مرجع سابق، ص 51.

[3]. صفوان حمزة إبراهيم عيسى الهواري، مرجع سابق، ص 322.

وفيما يتعلق بوجه الصلة بين البطلان لعدم العلم الكافي بالمبيع، والبطلان لمخالفة الإلتزام بالإعلام قبل التعاقد، ذهب جانب من الفقه إلى وجود تطابق بين كل من الإلتزام بالإعلام وشرط عدم العلم الكافي بالمبيع، حيث يكتفي قيام كل منهما بإثبات أن العقد جاء خاليا من أوصافه الأساسية إضافة إلى إثبات عدم قيام المدين أو البائع بتلافي ذلك هذا من جانب، ومن جانب آخر فقد ذهب رأي إلى أن قيام البائع قبل التعاقد، أو أثناء إبرامه بالعمل على احتوائه على كافة المعلومات التي تؤدي إلى وصف الشيء المبيع على نحو دقيق ومتكامل، وذلك حينما يتعذر على المشتري إدراك ذلك بوسائله الذاتية، فإن ذلك يمثل تنفيذ الإلتزام بإعلام المشتري بالبيانات العقدية لتصحيح رضائه وتنوير بصيرته وذلك فيما يتعلق بمحل العقد[1].

ومن الأهمية بمكان في هذا المقام أن نميز بين الجزاء الذي يرتبه المشرع على عدم العلم الكافي بالمبيع وبين الجزاء المترتب على عدم تعيين المبيع الذي يحول دون قيام العقد أصلا، مما يجعل العقد باطلا بطلانا مطلقا لعدم تعيين المحل المادة 1/133 من القانون المدني المصري[2].

وبالنسبة لجزاء عدم العلم الكافي بالمبيع والمقرر بنص المادة 2/419 من القانون المدني المصري، فهو البطلان النسبي لمصلحة المشتري، ويدل على ذلك ما تضمنه نص هذه المادة من سقوط حق المشتري في طلب الإبطال إذا تضمن العقد ما يفيد أن المشتري عالم بالمبيع، وهو ما يتطابق أيضا مع الجزاء المقرر لدى الإخلال بالالتزام بالإعلام قبل التعاقد، وذلك إعمالا لوحدة الأساس ووحدة الهدف فأساسها هو جهل الشخص المقبل على التعاقد ببعض المعلومات والبيانات التي من شأن إلمامه بها للحيلولة بينه وبين إبرام العقد أو التعاقد ولكن بشروط أخرى، كما أن هدفها

1. أحمد بومدين، مرجع سابق، ص 182،183..
2. أمينة أحمد محمد أحمد، مرجع سابق، ص 232.

هو تقرير حق هذا الشخص في إعادة الحال كما كان عليه المتعاقدان قبل التعاقد إعمالا لأثر بطلان العقد[1].

4-أ: التعويض.

في ظل القصور الذي قد يعتري البطلان كجزاء للإخلال بالإلتزام بالإعلام في تحقيق حماية موضوعية شاملة للمستهلك، اتجه الفقه والقضاء إلى البحث عن وسائل أخرى لمعالجة الآثار السلبية للإخلال بالإلتزام بالإعلام، وقد وجد ضالته في الحكم بتعويض المستهلك عن الأضرار الواقعة عليه في مثل هذه الحالات[2].

فقد يصاب المستهلك بضرر من جراء خداع المهني وتضليله وذلك بإخلاله بالتزامه بالإعلام، ويكون العقد صحيحا لعدم توافر شروط الغلط أو التدليس، وفي هذه الحالة لا يكون أمام المستهلك سوى المطالبة بالتعويض عن الأضرار التي أصابته إعمالا لقواعد المسؤولية بوجه عام، وقد يكون العقد قابلا للإبطال للغلط أو التدليس دون أن تتوافر شروط المسؤولية العقدية، عندئذ لا يكون أمام المستهلك إذا ما أراد سوى المطالبة بفسخ العقد، وقد تتوافر في ذات الوقت شروط القابلية للإبطال وشروط التعويض وعندئذ قد يرى المستهلك عدم المطالبة بالبطلان والإكتفاء بالتعويض[3].

والمطالبة بالتعويض تكون طبقا لدعوى المسؤولية وهي بطبيعة الحال دعوى المسؤولية التقصيرية عملا بأحكام المادة 124 ق.م.ج المعدلة بالقانون رقم 01/05[4]، فالالتزام قبل التعاقدي بالإفضاء في عقود التجارة الإلكترونية ليس التزاما عقديا مرده وجود اتفاق بين الطرفين إذ أنه يترتب

1. خالد عبد المنعم إبراهيم مصطفى، مرجع سابق، ص 412.
2. أحمد بومدين، مرجع سابق، ص 183.
3. محمد المرسي زهرة، مرجع سابق، ص 184.
4. بادي عبد الحميد، مرجع سابق، ص 86.

في ذمة التاجر المحترف قبل إبرام العقد من أجل التوصل إلى إبرامه إبراما صحيحا وحيث لم يتم تنظيم هذا الإلتزام بإتفاق الطرفين حتى ولو كان سابقا على العقد المزمع إبرامه، فلا يمكن القول بقيام المسؤولية العقدية عن الإخلال به إذ تنتقى المسؤولية العقدية في جميع الأحوال التي لا يمكن فيها إثبات وجود اتفاق مهما كانت صيغته بين الطرفين[1].

وفي هذا الصدد ذهب جانب من الفقه المصري إلى أن المشرع المصري والفرنسي، وفي ضوء حرصهما على تحقيق حماية فعلية وموضوعية للمستهلك في المرحلة قبل التعاقدية، وفي إطار قواعد المسؤولية التقصيرية قد سمحا لهذا المستهلك أن يطالب بالتعويض لجبر الأضرار التي أصابته، وذلك استنادا إلى نص المادة 163من القانون المدني المصري المقابلة لنص المادة 1383 من المجموعة المدنية الفرنسية واللتان تنصان على أن: "كل خطأ سبب ضرر للغير يلزم من أرتكبه بالتعويض"[2].

وتنعقد المسؤولية التقصيرية بتحقيق فكرة الخطأ الذي تتعدد صوره، بتعدد صور إخلال المدين بالالتزام بالإعلام الإلكتروني السابق للتعاقد، فقد يتم بسلوك إيجابي كما في حال الإدلاء ببيانات متعلقة بالسلعة أو الخدمة لحمل المستهلك على التعاقد، وقد يتم بوسائل سلبية كالسكوت عن الإدلاء ببعض المعلومات المهمة فيكتمها المدين بالرغم من أهميتها بالنسبة للدائن وعلمه بذلك[3].

إلى جانب ركن الخطأ وجب أن يترتب على هذا الخطأ ضرر يصيب الدائن من جراء عدم تنفيذ الإلتزام[4]، وترتيبا على ذلك فإن أي إخلال بالالتزام قبل التعاقدي بالإعلام من جانب المتدخل أيا

---

1. موفق حماد عبد، مرجع سابق، ص 139.
2. أحمد بومدين، مرجع سابق، ص 183.
3. عائشة قصار الليل، مرجع سابق، ص 233 .
4. أمينة أحمد محمد أحمد, مرجع سابق, ص 239.

كانت صورة هذا الإخلال لا ينجم عنه أي ضرر للمستهلك لا يبرر الرجوع بالتعويض على المتدخل بمقتضى قواعد المسؤولية التقصيرية[1].

وإذا كان فرض الالتزام بالإعلام قانونا سهل مهمة إثبات الخطأ بالنسبة للدائن فهو يجعل إثبات الضرر أكثر صعوبة[2]،لأن المستهلك قد يتخذ الضرر وسيلة ظاهرية لتعويض النقص في المصلحة المادية التي عادت عليه من وراء عقد الإستهلاك، رغم أن رضاءه كان حرا ومستنيرا[3]، والضرر لابد من إثباته من طرف من يدعيه بكافة طرق الإثبات[4].

وبالرجوع إلى المادة 19 من القانون رقم 03/09 والمتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، والتي جاء نصها كالآتي: "يجب أن لا تمس الخدمة المقدمة للمستهلك بمصلحته المادية، وأن لا تسبب له ضررا معنويا".

لا يكفي أن يكون هناك خطأ وضرر لقيام مسؤولية المهني التقصيرية عن عدم إعلام المستهلك بالمعلومات الأساسية قبل التعاقد، بل يجب أن تكون هناك علاقة سببية بينهما بأن يكون خطأ المدين(المهني) هو السبب في الضرر الذي لحق بالمستهلك وهي علاقة قائمة بين الخطأ والضرر، ولا يمكن نفيها إلا في حالات نص عليها القانون[5].

---

1. رفاوي شهيناز، مرجع سابق، ص 152.
2. عائشة قصار الليل، مرجع سابق، ص 233.
3. رفاوي شهيناز، مرجع سابق، ص 152.
4. بلحاج العربي، مرجع سابق، ص 141.
5. أمينة أحمد محمد أحمد، مرجع سابق، ص 240.

ب/جزاء الإخلال بالالتزام بالإعلام قبل التعاقد في التشريعات الخاصة.

في ظل غياب التنظيم التشريعي للالتزام بالإعلام في العقد الإلكتروني فلا مفر من اللجوء إلى القواعد العامة في قانون حماية المستهلك 03/09[1] والتي نظمت في نص المادة 78 منه جزاء جنائيا لمخالفته تجعل التاجر يعاقب بغرامة من 100,000دينار جزائري إلى مليون 1، 000،000 دينار جزائري كل متدخل مخالف لإلزامه وسم المنتوج، وكذلك بعقوبة تكميلية وفق ما نصت عليه المادة 82 من القانون السابق ذكره مضمونها مصادرة المنتوجات والأدوات وكل وسيلة أخرى استعملت في ارتكاب المخالفة[2]، وفي حالة العود تتضاعف الغرامة ويمكن للجهة القضائية المختصة إعلان شطب السجل التجاري للمخالف[3].

كما نص قانون الإستهلاك الفرنسي على جزاء جنائي يوقع على المهني في حالة إخلاله بالتزامه بإعلام المستهلك وذلك بمقتضى المادة 121-1-1 فإن المهني يعاقب بعقوبة الغرامة التي تتراوح ما بين 1500-3000 يورو، وهو نفس العقاب الواقع على المهني في حالة الإخلال بالإعلام السابق على إبرام العقد[4].

كما فرض المشرّع اللبناني[5]غرامة تتراوح بين خمسة ملايين إلى عشرين مليون ليرة، عند تخلف تخلف المهني عن موجب الإعلام، كما أن هذه العقوبة تتضاعف في حالة التكرار، وأجاز للمحكمة

---

[1]. يلاحظ أن المشرع تراجع عن العقوبة السالبة للحرية، حيث كانت العقوبة المطبقة على مخالفة النظام القانوني للوسم في القانون 02/89 المتعلق بالقواعد العامة لحماية المستهلك والملغى بالقانون 03/09 هي الحبس من 10 أيام إلى شهرين وبغرامة من 100 دج إلى 1000 دج، أو بإحدى هاتين العقوبتين.

[2]. بادي عبد الحميد، مرجع سابق، ص 87.

[3]. المادة 85 من القانون 03/09 السابق ذكره.

[4]. رمزي بيد الله علي الحجازي، مرجع سابق، ص 122.

[5]. راجع المواد من 120 إلى 124 من قانون حماية المستهلك اللبناني.

المختصة نشر الحكم كله أو نشر خلاصته في الصحف، فضلا عن لصق خلاصة الحكم على أبواب الأماكن التي يمارس فيها المحترف أو مقدم الخدمة نشاطه، وللمحكمة أيضا أن تقضي بمنع المخالف من ممارسة نشاطه نهائيا أو مدة خمسة سنوات على الأقل،إضافة إلى منع التعامل بالسلعة أو الخدمة[1].

كما نص القانون المصري الخاص بحماية المستهلك في المادة 24 منه " مع عدم الإخلال بأية عقوبة أشد ينص عليها أي قانون آخر ودون الإخلال بحق المستهلك في التعويض، يعاقب على مخالفة أحكام هذا القانون بغرامة لا تقل عن خمسة آلاف جنيه، ولا يتجاوز مائة ألف جنيه، وفي حالة العود تتضاعف الغرامة بحديها"[2].

وبالنسبة لقانون المبادلات والتجارة الإلكترونية التونسي فقد اعتبر الإخلال بالالتزام بالإعلام في العقد الالكتروني جريمة تعرض صاحبها للمتابعة الجزائية حسب الفصل 49 من القانون السابق ذكره رقم 83 لسنة 2000 وذلك بغرامة تتراوح بين 500 و 5000 دينار، كما نص الفصل 50 من ذات القانون على أنه يعاقب كل من استغل ضعف أو جهل شخص في إطار عمليات البيع الإلكتروني بدفعه للإلتزام حاضرا أو آجلا بأي شكل من الأشكال بغرامة تتراوح بين 1000 و 2000 دينار وذلك إذا ثبت في ظروف الواقعة أن هذا الشخص غير قادر على تمييز أبعاد تعهداته أو كشف الحيل والخدع المعتمدة لدفعه للتعاقد أو إذا أثبت أنه كان تحت ضغط مهما كان نوعه[3].

المبحث الثالث: أوجه الحماية المدنية للمستهلك في المرحلة اللاحقة لإبرام العقد.

1. علاء عمر محمد الجاف، مرجع سابق، ص254.
2. المادة 24 من قانون حماية المستهلك المصري، رقم 67 لسنة 2006.
3. بادي عبد الحميد، مرجع سابق، ص 87.

لا تتوقف الحماية المدنية للمستهلك في عقود التجارة الإلكترونية بمجرد إبرام العقد بينه وبين التاجر المحترف، فحاجته للحماية تكون قائمة بعد إبرام العقد كما أنها قائمة قبل إبرامه، وتؤسس الحماية بعد إبرام العقد على ذات الأسس والمبررات التي تقوم عليها قبل إبرامه والتي تتمثل في الطبيعة الخاصة للعقد المترتبة على الطبيعة الخاصة للوسيلة التي تم من خلالها [1]، ولعل من أهم صيغ الحماية التي يحظى بها المستهلك بعد إبرامه العقد وتمامه هي حمايته من الشروط التعسفية، وحقه في العدول عن العقد من خلال المطالب الآتية:

المطلب الأول: حماية المستهلك من الشروط التعسفية.

من الأمور المسلم بها أنه يجوز للمتعاقدين أن يضمنا العقد أي شرط ينال رضاهما، طالما أن هذا الشرط غير ممنوع قانونا سواء ورد ذلك بنص خاص أم كان المنع بسبب مخالفته للنظام العام أو الآداب العامة، وهذا الأمر يتماشى مع التراضي الذي هو المبدأ العام في العلاقات التعاقدية، إلا أنه في مثل التفاوت الاقتصادي والاجتماعي والمالي بين الأطراف قد يدفع أحد الأطراف لإملاء شروطه على الطرف الآخر دون فتح المجال لباب التفاوض، وغالبا ما تكون هذه الشروط تعسفية، وقد أطلق على هذا النوع من العقود مصطلح عقود الإذعان، وقد عالجت المبادئ التقليدية هذه العقود[2]، وتزداد هذه المشكلة في عقود التجارة الإلكترونية إذ أن أهم ما تتسم به هذه العقود هو عدم التوازن بين طرفي العقد لصالح التاجر المحترف ومن ثم فإن مثل هذه العقود ستكون مجالا رحباً لشروط تعسفية قد يفرضها التاجر المحترف على المستهلك مما ينبغي معه الوقوف بوجه هذه الشروط لحماية الطرف الضعيف[3].

ولتوضيح ذلك نقسم هذا المطلب إلى الفروع التالية:

الفرع الأول: مفهوم الشرط التعسفي.

---

[1]. ألاء يعقوب يوسف، الحماية القانونية للمستهلك في عقود التجارة الإلكترونية، مجلة كلية الحقوق، جامعة النهرين، المجلد الثامن، العدد 14، 2005، ص 116.

[2]. السيد محمد السيد عمران، حماية المستهلك أثناء تكوين العقد، دراسة مقارنة، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، 2003، ص 27.

[3]. موفق حماد عبد، مرجع سابق، ص 246.

الفرع الثاني: معايير تحديد الشروط التعسفية.

الفرع الثالث: مكافحة الشروط التعسفية.

الفرع الأول: مفهوم الشرط التعسفي.

سنتناول في هذا الفرع بيان مفهوم الشرط التعسفي.

أولا: التعسف لغة.

التعسف: تعسف ، يتعسف، تعسف، فهو متعسف والمفعول متعسف فيه، ونقول تعسف في الأمر : ظلم وجار استبد، وشخص متعسف في قراراته، وبالتالي يقصد بالبند التعسفي لغة هو الشرط الذي فيه ظلم وجور[1].

ثانيا: التعسف اصطلاحا.

لقد تعددت وتنوعت تعاريف الشرط التعسفي، بين تعاريف تشريعية، وتعاريف فقهية فسيتم التطرق إلى كل تعريف على حدى.

أ –التعريف التشريعي:

الملاحظ أن الشروط التعسفية لم تأت بها أغلب التشريعات في القانون المدني، إذ أن تعريفها غالبا ما نجده في القوانين الخاصة بحماية المستهلك، أو ضمن القانون المدني وعلى هذا الخصوص نتناول بعض التعريفات للدول التي كرست هذه الحماية، ففي الولايات المتحدة الأمريكية عالج المشرّع الأمريكي الشروط التعسفية ضمن مدونة التجارة الأمريكية الموحد، بعد أن برز قصور مبدأ التكافؤ في

[1]. www.maajin.com ، مشار له لدى: عبير مزغيش. محمد عدنان بن ضيف، الضوابط الحمائية المصوبة لإختلال التوازن العقدي في عقود الاستهلاك التعسفية، مجلة الحقوق والحريات، جامعة محمد خيضر بسكرة، العدد الرابع، أفريل2017، ص103.

المقدرة التعاقدية الذي ابتدعه الكومن لو الإنجليزي [1]، من حماية الطرف الضعيف وذلك لصعوبة التنبؤ لموقف المحكمة، و من جهة ثانية شموله وعموميته، كل ذلك حدا بالمشرّع الأمريكي إلى إصدار المادة 2/302 حول العقود أو البنود المنافية للضمير ضمن قانون التجارة الموجد.

وجاء نص المادة 02/302 كالتالي:

1- إذا وجدت المحكمة أن العقد أو الشرط ضمن عقد من الناحية القانونية، منافيا للضمير وقت إبرامه، يجوز للمحكمة رفض تنفيذ العقد أو تنفيذ باقي بنوده ما عدا ما هو منافي للضمير، ولها كذلك تعديل أي شرط منافي للضمير وذلك لتفادي الآثار المجحفة.

2- عندما يدعي أو يتضح للمحكمة أن العقد أو أحد بنوده منافي للضمير، فإن المحكمة تمنح أطراف العقد فرصة معقولة لتقديم الدليل حول ملاءمته التجارية، غرضه وآثاره، وذلك لمساندة المحكمة لإتخاذ قرارها".

فالمادة السابقة غير مقصورة على التعاقد بمقتضى نموذج عقد بل تعتبر أداة لإحباط أي إجحاف يرد في العقد، وقد ورد في التعليمات الرسمية على هذه المادة أن علة إصدارها تهدف إلى تفادي التعسف والمفاجآت غير العادلة، فالمشرّع الأمريكي ركن إلى منطق الوسطية في تغليب المصالح، ووضع يده على منبع الداء، إذ أن السياسة التشريعية حيال نماذج العقود قائمة على أساسين:[2]

1- أن قبول الطرف الضعيف لنموذج العقد كما ورد من الطرف القوي دون تعديل يعد صحيحاً ومنتجاً لكافة آثاره القانونية.

2- يسعى المشرع إلى حماية الطرف الضعيف من الإجحاف وإرهاق شروط نموذج العقد، وكذا عندما يقوم الطرف القوي بتوزيع المخاطر توزيعا مخلا غير مراع لمصلحة الطرف الضعيف نظرا لعدم التكافؤ في المقدرة التعاقدية.

---

[1]. زوية سميرة، الأحكام القانونية المستحدثة لحماية المستهلك المتعاقد، رسالة لنيل شهادة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2016، ص 88.

[2]. المرجع نفسه، ص 89.

أما بالنسبة للتشريع الفرنسي فقد تصدى لتعريف الشروط التعسفية وذلك من خلال نص المادة 35 من القانون المتعلق بحماية وإعلام المستهلكين والصادر في 10 جانفي 1978 بأنه: " تلك الشروط التي تفرض على غير المهني أو المستهلك من قبل المهني، نتيجة التعسف في استعمال هذا الأخير لسلطته الإقتصادية بغرض الحصول على ميزة مجحفة ".

فهذا القانون منع لأول مرة في فرنسا وضع وإدراج شروط تعسفية في العقود، حيث تم تدعيم ذلك بإنشاء لجنة تختص بالبحث ما إذا كانت هناك عقود إذعان متبوعة بشروط تعسفية وفي حال وجدت فيمكن لهذه اللجنة من تقديم رأيها مشمولا بمنع و استبيان هذه الشروط[1].

ويلاحظ على هذا التعريف أنه يشير إلى أن الشروط التعسفية تظهر إذا ما أساء المحترف استعمال قدرته الإقتصادية في حين أن الواقع يشير إلى أن الشرط التعسفي لا يظهر في العقود التي تتفاوت فيها القدرة الاقتصادية لطرفيها فحسب، وإنما أيضا في العقود التي تتفاوت فيها المقدرة الفنية فقد يكون أحد المتعاقدين ملماً بالجوانب القانونية لشؤون التعاقد فيضمن عقد شروط يمكن أن ينطبق عليها وصف التعسف[2].

وما يمكن إضافته بهذا الشأن أن المشرع بمناسبة الشروط التعسفية لم يتطرق إلى مسألة من يتحمل إثبات التعسف أو نفيه، وهذا يدل على أن إدراج عبارة التعسف في استعمال التفوق الإقتصادي بالمادة السابقة لم يكن القصد منه جعله معيار للشرط التعسفي، وإلا لما سكت المشرّع عن بيان كيفية إثباته وطرق نفيه، وهي مسألة جوهرية في فض المنازعات[3].

تم أعاد المشرع الفرنسي تعريف الشروط التعسفية في قانون الاستهلاك لسنة 1995 بموجب الفقرة الأولى من المادة 1/132 من القانون رقم 96/95 الصادر في 01 فيفري 1995 والتي تنص على أنه: " في العقود المبرمة مابين المحترفين وغير المحترفين أو المستهلكين، تكون تعسفية الشروط

1. BRIGITTE-Hess-fallon, SIMONAnne-Marie, Droitcommercialetdesaffaires, 9éme editione, editionserey, Paris, 1995, P 169.

مشار له لدى، خلوى عنان نصيرة، مرجع سابق، ص 30.

2. موقف حماد عبد، مرجع سابق، ص 248-249.

3. F. Terre, P.simleret Y. lequette, droitcivil, lesobligationsdalloz, Paris, 8 edition, 2002, P, 326.

مشار له لدى، غندوشي نعيمة، مرجع سابق، ص34.

التي يحدث موضوعها أو آثارها إضرار بغير المحترفين أو المستهلك، عدم توازن ظاهر بين حقوق والتزامات أطراف العقد"[1].

وفقا لهذه المادة لكي يستفيد المستهلك من نصوص الحماية التي وضعت لمواجهة الشروط التعسفية، أن يبرم العقد بين طرفين غير متكافئين في القوى، هما: المهني والمستهلك، حيث يستفيد هذا الأخير من الحماية المقررة بمقتضى هذا القانون، أما في العقود المتكافئة بين المستهلكين فقط فلا يوجد مبرر لهذه الحماية، إذ أن أحد أشكال التجارة الإلكترونية أن تبرم بين مستهلك ومستهلك آخر[2].

غير أن المشرع الفرنسي وبموجب المادة 86 من القانون رقم 2008/776 عدل الشروط الواجب توفرها لإعتبار شرط ما بأنه تعسفي لكي تعتمد عليه السلطة التنظيمية في إعدادها لقائمة الشروط التعسفية مع بقاء التعريف السابق قائماً، وهو أن يكون فيه إخلال خطير بالتوازن العقدي بدلا من الإخلال الظاهر بين حقوق والتزامات الطرفين[3].

ولقد تبنت محكمة النقض الفرنسية المفهوم الذي تبناه المشرع للشرط التعسفي، وقالت: " أن الشرط يعتبر تعسفيا إذا كان يتضمن تصرفا غير مشروع يعدل المبادئ العامة للعقد بشكل غير متوافق مع الإحترام الواجب لحسن النية "[4].

وفي نفس المعنى أكدت أيضا محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر بتاريخ 20 مارس 2013 في قضية أثيرت بين شركة تويوتا في فرنسا والإتحاد الفيدرالي لرابطة المستهلكين، بأن الطريقة الغامضة في صياغة أحد شروط العقد جاءت عن طريق دمج بعض الكلمات تحت عنوان معين في العقد، مما أدى بالمستهلك إلى أخذ انطباع بأنه يمكنه الإستفادة من أحكام الضمان التقليدية المتعلقة بأعمال معينة كالإصلاح بناءا على هذه الصياغة، وقد تم فعل ذلك من قبل وكيل شركة تويوتا في

---

1. غندوشي نعيمة، مرجع سابق، ص 35.

2. خالد عبد الفتاح محمد خليل، حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، مصر، 2002، ص 24، مشار له: لدى، خلوى عنان نصيرة، مرجع سابق، ص 31.

3. زوية سميرة، مرجع سابق، ص 93.

4. مولود بغدادي، حماية المستهلك من الشروط التعسفية، رسالة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2015/2014 ص 41.

فرنسا فيما يتعلق بتنفيذ بيع سيارة، ولم يكن تطبيق هذا الضمان له علاقة بالعقد، وقد أدى ذلك إلى حدوث خلل كبير بين حقوق والتزامات أطراف العقد، وبناءاً عليه قضت محكمة النقض بأن محكمة الاستئناف قد أخطأت بعدم تطبيق نص المادة 1/132 من قانون الإستهلاك الفرنسي في هذه الحالة[1].

أما التوجيه الأوروبي رقم 13 الصادر في 5 أفريل 1993 بشأن الشروط التعسفية في العقود المبرمة مع المستهلكين فقد عرفت المادة 1/3 منه الشرط التعسفي بأنه: " الشرط الذي يرد في العقد، وينطوي على تفاوت جلي خلافا لما يقضي به حسن النية، ومنه مصلحة المستهلك بين حقوق والتزامات الأطراف على حساب المستهلك"[2].

وعلى ذلك فالشرط التعسفي هو الشرط المكتوب مسبقا، ولا يغير من وصفه كذلك خضوع بعض عناصر الشرط أو شرط آخر كمفاوضات فردية طالما أن التقدير الشامل للعقد يستخلص منه أن العقد عقد إذعان، وإذا ادعى المهني (التاجر) أن الشرط المكتوب كنموذج كان محل تفاوض فردي يقع عليه عبء إثبات ذلك[3].

ويعتبر المشرّع الألماني السباق في مجال الحماية من الشروط التعسفية وذلك بموجب المادة 9 من القانون 1976 الخاص بمقاومة عدم التوازن في العقود وحماية الطرف المذعن والذي بدأ العمل به في 1977/04/01 والذي اعتبر الشروط لاغية متى كانت النصوص ضارة ومجحفة بالشريك في العقد حينما تكون مناقضة لمقتضيات حسن النية في العقود وموضوعة بطريقة غير معقولة، فالمشرع الألماني إذن وعلى خلاف غيره من التشريعات المقارنة فقد حدد الشروط التعسفية الباطلة ضمن قائمتين وأعطى للقاضي في نفس المادة السلطة التقديرية لتحديد الطابع التعسفي للشرط من عدمه[4].

---

1. Cass.civ, premierechamber, arret n 272 du 20 mars 2013 (12-14-432)
مشار له لدى، أمينة أحمد محمد أحمد، مرجع سابق، ص 262-263.

2. رمزي عبد الله علي حجازي، مرجع سابق، ص 189.

3. كوثر سعيد عدنان خالد، مرجع سابق، ص514.

4. سلمة بن سعيدي، حماية المستهلك من الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك، رسالة لنيل شهادة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر باتنة، 2014، ص60.

فالمشرّع الألماني لا يقصر الحماية من الشروط التعسفية على فئة المستهلكين بل يمد الحماية إلى المهنيين نفسهم كما أنها ليست مقبولة إلا بالنسبة لعقود الإذعان مع استثناء المفاوضة والمساومة وقد اشترط القانون للإعتداد بها إعلام الطرف الآخر بأنها خاصة بالمستهلك[1].

وفي بلجيكا صدر قانون 14. يوليو 1991 الذي أدخل تعديلات على قانون 14. يوليو 1971 الخاص بالممارسات التجارية من خلال فصل جديد (فصل 13)، عنوانه " النصوص العامة المتعلقة ببيع السلع والخدمات للمستهلكين " حيث عالج هذا الفصل الشروط التعسفية التي ورد تعريفها في المادة (31) بأنها " كل شرط تعاقدي يؤدي إلى اختلال مبالغ فيه في التوازن بين الحقوق والإلتزامات التعاقدية على حساب المستهلك[2].

وعرف مشروع قانون التجارة الالكترونية المصري الشرط التعسفي في المادة (18) فنصت على أنه " ...، ويعد شرطا تعسفيا كل شرط من شأنه[3]الإخلال بالتوازن المالي للعقد وكل شرط يتضمن حكما لم يجر به العرف".

ويتسم هذا التعريف بانه تعريف ضيق وغير محدد حيث يقصر الشرط التعسفي في الشرط الذي يخل بالتوازن المالي للعقد فقط، في حين أن هناك شروط تعتبر تعسفية وإن لم تخل بالتوازن المالي للعقد مثل الشرط الذي يمنع المستهلك من اللجوء إلى القضاء، والشرط الذي يحرم المستهلك في حقه في العدول، والشرط الذي يقصر من مدة الضمان، وكذلك يعيب النص أنه جعل الشرط التعسفي الذي يتضمن حكما لم يجر به العرف، وبالتالي يكون التعريف غير محدد، حيث أن العرف يختلف من زمان إلى آخر ومن مكان إلى آخر، ومن ثم يكون ما يعد شرطا تعسفيا في مكان لا يعد كذلك في مكان آخر في نفس الدولة لإختلاف العرف وفي المكان الواحد الشرط التعسفي يختلف باختلاف زمن تطبيق النص، والأفضل أن يعتبر كل شرط لم يخضع لمفاوضات من قبل المستهلك شرطا تعسفيا[4].

---

[1]. بودالي محمد، الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري، دراسة مقارنة مع قوانين فرنسا والمانيا ومصر، دار هومة، الجزائر، 2007، ص18.

[2]. رمزي بيد الله علي الحجازي، مرجع سابق، ص190.

[3]. كوثر سعيد عدنان خالد، مرجع سابق، ص515.

[4]. المرجع نفسه، ص516.

أما المشرع اللبناني، فقد عرف البند التعسفي في الفقرة الأولى من المادة (26) من قانون حماية المستهلك إذ نص على أنه : " تعتبر بنود تعسفية البنود التي ترمي أو تؤدي إلى الإخلال بالتوازن المالي فيما بين حقوق وموجبات المحترف والمستهلك لغير مصلحة هذا الأخير" ويبدو أن التعريف الذي أخذ به القانون اللبناني جاء متأثرا بالتوجه الأوروبي المذكور سابقا، وقد اعتمد التعريف على الأثر الذي يتركه وجود الشرط في العقد والمتمثل بفقدان التوازن العقدي ضد مصلحة المستهلك، وهو ما يميز المشرّع اللبناني عند إصداره تشريعا جديدا، إذ يعتمد على آخر ما توصلت إليه التشريعات الحديثة من تطور بهذا الخصوص[1].

أما بخصوص المشرّع الجزائري فلقد تعرض في القانون رقم 02/04 الصادر في 2004/06/23 والمحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية إلى الممارسات التعسفية، حيث نصت المادة 5/3 كما يلي: " شرط تعسفي كل بند أو شرط بمفرده أو مشتركا مع بند واحد أو عدة بنود أو شروط أخرى من شأنه الإخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق وواجبات أطراف. إذن فالمشرع الجزائري اعتمد على معيار عدم توافر التوازن بين حقوق والتزامات الطرفين، وهذا ما أكده القانون الفرنسي المتعلق بحماية المستهلك في مواجهة الشروط التعسفية حيث يعتبر الشروط تعسفية عندما تدرج في العقود المبرمة بين المهنيين وغير المهنيين أو المستهلكين التي يكون موضوعها أو من آثارها إحداث اختلال واضح بين حقوق والتزامات الأطراف في العقد، وهذا التعريف يحمي المستهلك وغير المهني[2].وهذه الخطوة تظهر نية المشرع الجزائري في مكافحة الشروط التعسفية حيث نص في المادة 29 من القانون رقم 02/04 المذكور آنفا على أنه: " تعتبر بنودا وشروطا تعسفية في العقود بين المستهلك والبائع لاسيما البنود والشروط التي تمنع هذا الأخير:

1 ـ أخذ حقوق و/ أو امتيازات لا تقابلها حقوق و/أو امتيازات معترف بها للمستهلك،

2 ـ فرض التزامات فورية ونهائية على المستهلك في العقود، في حين أنه يتعاقد هو بشروط يحققها متى أراد،

---

[1]. علاء عمر محمد الجاف، مرجع سابق، ص264.

[2]. رباج سعيدة، مرجع سابق، ص56.

3 ـ امتلاك حق تعديل عناصر العقد الأساسية أو مميزات المنتوج المسلم أو الخدمة المقدمة دون موافقة المستهلك،

4 ـ التفرد بحق تفسير شرط أو عدة شروط من العقد أو التفرد في اتخاذ قرار البث في مطابقة العملية التجارية للشروط التعاقدية،

5 ـ إلزام المستهلك بتنفيذ التزاماته دون أن يلزمه نفسه بها،

6 ـ رفض حق المستهلك في فسخ العقد إذا أخل هو بالإلتزام أو عدة التزامات في ذمته،

7 ـ التفرد بتغير آجال تسليم منتوج أو أجال تنفيذ خدمة،

8 ـ تهديد المستهلك بقطع العلاقة التعاقدية لمجرد رفض المستهلك الخضوع لشروط تجارية غير متكافئة."

فحماية المشرّع الجزائري للمستهلك تقوم على أسس موضوعية أكثر منها شخصية ، كونه لم يربط مفهوم الشرط التعسفي بمسائل ذاتية قد يتعذر إثباتها بالنظر للمركز الذي يتواجد فيه أطراف العلاقة الإستهلاكية[1].

إضافة إلى ذلك فالمشرع الجزائري لا يقصر الحماية من الشروط التعسفية على فئة المستهلكين بل نجد أن الحماية تشمل المهنيين أنفسهم، كما أنها لا تقتصر على عقود الإذعان فقط بل تشمل جميع العقود، وهذا الموقف الذي اتخذه المشرع بهذا الصدد أزال الكثير من التساؤلات التي أثيرت بشأن تحديد الشروط التي تستوجب الحماية والمعايير الواجب توفرها حتى يوصف الشرط بأنه تعسفي[2].

1. منال بوروح، مرجع سابق، ص25.

2. سلمة بن سعيدي، مرجع سابق، ص61.

ب ـ/ التعريف الفقهي.

اهتم بعض الفقه بتعريف الشرط التعسفي نظرا لما ينطوي عليه من أهمية قانونية، فمنهم من عرفه على أنه ذلك الشرط الذي يضعه المتدخل ، ويعرضه على المستهلك، بحيث يكون متعسفا في استعماله لسلطته الاقتصادية بغية حصوله على ميزة مجحفة، في حين يرى الفقه العراقي الشرط التعسفي أنه ذلك الشرط الذي يتضمن أحكاما تتنافى مع العدالة[1].

كما عرفه الدكتور محمد السيد عمران بأنه:" الشرط التعسفي هو الشرط الذي يفرض على غير المهني أو على المستهلك من قبل المهني نتيجة التعسف في استعمال الأخير لسلطته الاقتصادية بغرض الحصول على ميزة مجحفة "[2].

وفي هذا الإتجاه عرفه آخر[3]، بأنه : " ذلك الشرط الذي يترتب عليه عدم توازن عقدي لصالح المحترف والذي يفرضه على الطرف الآخر الذي لا خبرة له أو المتعاقد الذي وجد في مركز عدم المساواة الفنية أو الإقتصادية أو القانونية في مواجهة الطرف الآخر"

كما وعرف الفقه الفرنسي الشرط التعسفي بأنه: " الشرط المحرر مسبقا من جانب الطرف الأكثر قوة، ويمنح هذا الأخير ميزة فاحشة عن الطرف الآخر "[4].

ويبدو أن هذه التعريفات قد ركزت على الميزة التي يحصل عليها المتعاقد المتعسف و أغفلت ذكر رد فعل الطرف الثاني في العقد من جانب حقه في التفاوض على الشرط أم لا ولذلك يمكن تعريف الشرط التعسفي بأنه:" الشرط الذي يستأثر بوضعه الطرف القوي في العقد لأجل تحقيق أهداف

1. بودالي محمد، الشروط التعسفية في العقود، مرجع سابق، ص23 ومابعدها.
2. السيد محمد السيد عمران، مرجع سابق، ص49.
3. حمد الله محمد حمد الله، حماية المستهلك في مواجهة الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك، دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، القاهرة، 1997، ص 53.، مشار له لدي: موقف حماد عبد، مرجع سابق، ص248.
4. عبد الله ذيب عبد الله محمود، مرجع سابق، ص72.

شخصية دون مراعاة إرادة ومصلحة الطرف الآخر، الذي يتحمل عبء الشرط دون أن يملك حق التفاوض بشأنه وقد احتوى التعريف على مايلي:[1].

ـ أن الشرط خارج عن مقتضى العقد بحيث يغير من آثاره.

ـ لا يكفي إستئثار أحد الأطراف بوضع الشروط حتى تضفي عليها الصفة التعسفية لأن التحرير احادي الجانب للعقود النموذجية أصبح اليوم ضرورة وخاصة في عقود التجارة الإلكترونية، لذلك تم التأكيد على أن الشرط التعسفي هو من وضع الطرف القوي في العقد أيا كانت هذه القوة، سواء اقتصادية أو معرفية أو علمية.

ـ لا يملك الطرف الثاني في العقد حق التفاوض بشأن الشرط فضلا عن تحمله آثار هذا الشرط.

فالأصل طبقا للقواعد العامة، أن الشروط التي تدرج في العقد لا تعتبر تعسفية فإذا ادعى المستهلك أو المتعاقد غير المهني عكس ذلك، فيقع عليه عبء الإثبات، بحيث يثبت أن احتياجه الضروري للخدمة أو السلعة دفعه إلى قبول الشروط التي فرضها المتعاقد معه، وأن هذه الشروط تخل بالتوازن العقدي وتعتبر مجحفة بالنسبة له ويترك لمحكمة الموضوع سلطة تقدير ما إذا كانت الشروط المدعاة تعسفية أم لا[2].

الفرع الثاني: معايير تحديد الشروط التعسفية.

إن أساس تفوق المهني على المستهلك تكمن في العادة و بصورة أساسية في القوة الإقتصادية التي يتمتع بها المهني، لذلك جعل الفقهاء من استخدام التعسف في استخدام هذه القوة، بشكل يؤدي إلى حصول المهني على ميزة مفرطة معيارين لإضفاء اللون التعسفي على البند أو البنود التعاقدية[3].

---

[1]. علاء عمر محمد الجاف، مرجع سابق، ص266.

[2]. سعاد عبد الحميد فالح أبو طالب، مرجع سابق، ص233.

[3]. بوشارب ايمان، حماية المستهلك من الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك، رسالة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة العربي بن مهيدي، ام البواقي، 2012، ص62.

والواقع فإن معياري التعسف في استخدام القوة الإقتصادية وكذا الميزة المفرضة، قد نقلهما الفقهاء العرب عند تناولهم الشروط التعسفية بالدراسة عن المشرّع الفرنسي[1]. في توجهه السابق بموجب قانون 23/78 لسنة 1978.

فظهور الشرط التعسفي بالنسبة للطرف الضعيف يكون إما عند إبرام العقد، وقد لا يتم الكشف عنه إلا عن تنفيذ العقد، الأمر الذي يطرح إشكالية التصدي للشرط المطعون في تعسفه في حالة ما إذا ثبت عدم إدراجه ضمن القوائم التشريعية[2].

لذلك ومن باب تفعيل الحماية وتفادي أي فراغ قانوني يمنح فرصة تغليب المهني لمركزه القوي على حساب المستهلك من خلال التمسك بعدم ورود الشرط المطعون في طابعه التعسفي ضمن القوائم القانونية فقد عمدت مختلف التشريعات على غرار التشريع الجزائري على إقرار معايير من أجل الوقوف على مدى كون الشرط تعسفيا من عدمه[3]، وهو ما يمكن استنتاجه من خلال تعريف المشرع الجزائري للشرط التعسفي في المادة 5/3 من القانون 02/04، فيتضح أنه تبنى معيار واضح لتقدير الشرط التعسفي وهو الإخلال الواضح بين حقوق والتزامات أطراف العقد من خلال عبارة... الإخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق وواجبات أطراف العقد[4].

وعليه سوف نتناول هذه المعايير بالدراسة:

أولا: التعسف في استعمال القوة الاقتصادية.

التعسف في استعمال القوة أو السلطة الإقتصادية للمهني، بحيث إن التفوق الفني للمهني يمكنه من فرض شروط تعسفية، لإن هذا الأخير معتاد على إبرام العقود والصفقات، وصفة الإعتياد هي التي جعلت منه شخصا محترفا في مجاله، ويكون بذلك في مركز قوة في مواجهة المستهلك الذي

---

1. موفق حماد عبد، مرجع سابق ، ص 250، 252.
2. معوش رضا، حماية المستهلك من الشروط التعسفية، رسالة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2015، ص24.
3. معوش رضا، مرجع سابق، ص24.
4. رباح سعيدة، مرجع سابق، ص65.

يحتل مركز الضعف. بالإضافة إلى ذلك فإن المهني يعرف جيدا الإلتزامات والحقوق الناشئة عن العقد، ويمتلك من الوسائل ما يمكنه من تحديد الإلتزامات التي يستطيع تنفيذها ويفرض الشروط التي يراها مناسبة على المتعاقد معه[1].

والقوة الإقتصادية هي تلك المكانة الهامة التي يحظى بها المهني في السوق والتي تخول له أن يكون ذا نفوذ وهيبة مما يجعله معروفا في السوق، ما يترتب عن وضعية الهيمنة، ذلك أن القوة الاقتصادية ووضعية الهيمنة وجهان لعملة واحدة، الأمر الذي يخرج طائفة كبيرة من المهنيين الذين يفرضون شروطا تعسفية على المستهلكين دون أن يتمتعوا بقوة اقتصادية بالمفهوم السالف الذكر منّ إطار نظام الحماية من الشروط التعسفية، مما يجعل هذا المعيار هو نفسه يحتاج إلى معيار يضبطه[2].

وبالنظر إلى الإختلافات السابقة لاحظ الفقه أن معيار التعسف في استخدام التفوق الإقتصادي معيار جد غامض، إذ أن المحترف يقصد الحصول على الميزة الفاحشة، لابد أن يستخدم تفوقه الإقتصادي مما يدفعنا إلى الإعتقاد بأن التفوق الإقتصادي يكون مرادفا للقوة أو أعظم الشأن[3].

فضخامة المشروع لا تعبر بالضرورة عن القوة الإقتصادية فقد يتمتع تاجرا صغيرا بإحتكار محلي يجعله يتمتع بقوة تشبه قوة المشروع القومي، فضخامة أو ضعف المشروع لا تعد كمعايير تقاس بها القوة الإقتصادية كما يصعب تحديد حصة المتدخل ومدى انتشاره في السوق، فالأمر إذن يتعلق بمتغيرات ظرفية زمانية ومكانية[4].

هذا وقد اعتمد المشرع الفرنسي على هذا المعيار عند تعريفه للشروط التعسفية وفقا للمادة 35 من القانون 10 جانفي 1978 المذكور آنفا بقوله :" الشروط التي تبدو انها مفروضة على غير

1 أبو عجيلة عقلية على نصر، مرجع سابق، ص177.

2. بوشارب إيمان، مرجع سابق، ص64.

3. رباحي أحمد، أثر التفوق الاقتصادي في فرض الشروط التعسفية في القانون الجزائري والقانون المقارن، مجلة اقتصاديات شمال إفريقيا، عدد 5، مخبر العولمة واقتصاديات شمال إفريقيا، الجزائر، 2009، ص353.

4. بودالي محمد، الشروط التعسفية في العقود، مرجع سابق، ص93.

المهني أو المستهلك بواسطة تعسف المهني في استغلال نفوده الإقتصادي وحصوله من وراء ذلك على ميزه فاحشته."

من خلال هذه المادة يعتبر هذا المعيار معيارا شخصيا بحيث يجب أن يفرض على غير المحترفين أو المستهلكين بسبب تعسف المحترف في استخدام تفوقه الاقتصادي[1]. وهنا يثور التساؤل حول المقصود بالتعسف أهو تعسف الحق المعروف في القواعد العامة؟ أم تعسف الموقف؟

البعض يرى أن ثمة عيبا في الرضا قد حدث ألا وهو الخشية التي تلحق بالإرادة في عنصرها الإختياري بمعنى أن المقصود هنا هو تعسف الموقف الذي يسمح لإحد الأطراف بفرض شروطه على الطرف الآخر، ذلك التعسف الذي يقترب من التدليس من خلال مفهوم عدم الأمانة[2].

وما يجب ملاحظته أن مسألة تعسف الموقف قد أثيرت من قبل الفقه في السنوات الأخيرة فقط، لأن المتعاقد الضعيف سابقا كان يعرف بالمتعاقد المكره، كالذي يواجه وسائل الضغط على إرادته[3].

يبدو أن تفسير التعسف على أنه تعسف في الموقف أكثر ملائمة من تفسيره على أنه تعسف في استخدام الحق المعروف في القواعد العامة والذي يعني تجاوز الغاية الإجتماعية للحقوق الشخصية كما فسره البعض بذلك، وبصدور القانون رقم 96/95 الصادر في 01 فيفري 1995 قام المشرع الفرنسي بإصدار قانون الاستهلاك رقم 96/95 من خلاله أعاد النظر في عدة مسائل كان قد نظمها من قبل في قانون 1978/01/10 الخاص بحماية وإعلام المستهلكين بالسلع والخدمات، وقانون الاستهلاك الصادر في 1993/07/26، كما أستحدث أحكاما لم يكن يعرفهما القانونين السابقين[4].

ولكن غاية المشرع الفرنسي من هذا التعديل في جعل القانون الصادر متوافق ومتناسق مع التوجيه الاوربي رقم 13/93 وبالرجوع إلى المادة 1/132 من قانون الإستهلاك لسنة 1995 نجدها تعرف الشروط التعسفية على النحو الآتي:" في العقود المبرمة ما بين المحترفين وغير المحترفين أو

---

1. رباحي أحمد، مرجع سابق، ص349.
2. رمزي بيد الله على الحجازي، مرجع سابق، ص195.
3. رباحي أحمد، مرجع سابق، ص352.
4. رمزي بيد الله على الحجازي، مرجع سابق، ص195.

المستهلكين، تكون تعسفية الشروط التي يحدث موضوعها أو أثارها ضررا لغير المحترفين أو المستهلك، من خلال عدم توازن ظاهر بين حقوق والتزامات أطراف العقد."

والظاهر من نص المادة 1/132 أنه تم التخلي عن معيار التعسف في استعمال التفوق الإقتصادي ومعيار الحصول على الميزة الفاحشة، المنصوص عليهما في قانون 1978 بالمادة 35 منه، أو بالأحرى التخلي عن المعيار الأول وهو التعسف في استعمال التفوق الإقتصادي[1]. واللجوء إلى معيار آخر بديل عنه والمتمثل في معيار عدم التوازن الواضح بين حقوق والتزامات أطراف العقد.

ونظرا لعدم وضوح هذا المعيار فقد أعفى القضاء الفرنسي في أغلب القضايا، المستهلك من عبء إثباته إذ جرى العمل القضائي على أن كشف المستهلك أو غير المهني عن الميزة الفاحشة إضافة لملابسات القضية، يؤدي إلى قيام قرينة عن وجود تعسف في استعمال القوة الاقتصادية[2].

ويمكن الإستناد في هذا الشأن على ما جاء في القرار رقم 84.17731 الصادر عن محكمة النقض، الغرفة المدنية الأولى بتاريخ 16 جويلية 1978 والذي تلخصت وقائعه في أن السيد M.X قد أبرم عقد متعلق بأثاث معين مع مؤسسة HOME SALON، وقام بدفع عربون مقابل وصل مكتوب على وجهه بشكل واضح، تاريخ التسليم : شهرين وعلى ظهر الوصل مكتوب" شروط البيع" تواريخ التسليم التي يجتهد من أجل احترامها على سبيل الاشارة فقط، وهو ما لا يشكل سببا للفسخ ولا مجالا لطلب التعويض إذا حدث تأخير التسليم ـ ويكمل النص ـ غير أن المشتري يمكنه إلغاء طلبيته بدون الفوائد المقررة قانونا، إذا لم يتسلم السلعة في مدة 90 يوما من تاريخ إعذاره والذي لا يمكن أن يتم إلا بعد فوات مدة التسليم المبنية على سبيل الإشارة."

وهو ما حصل، حيث سلم البائع السلعة بعد شهر و8 أيام من تاريخ إعذاره وقد رفض المشتري هذا التسليم باعتباره متأخرا جدا، ولهذا السبب قام هذا الأخير برفع دعوى لإبطال العقد، رفضتها المحكمة على أساس أن الشرط الموضوع في طرف HOME SALON لم يكن متعسفا عندما منح

[1]. رباحي أحمد، مرجع سابق، ص356.

[2]. بوشارب إيمان، مرجع سابق، ص65.

المهني البائع ميزة مفرضة، كما رفضت المحكمة كذلك تدخل اتحاد المستهلكين بصفة إرادية في الدعوى

ولهذه الأسباب، اعتبرت محكمة النقض مثل هذا الشرط يمس بأحكام المادة 35 من قانون 23/78 بشكل واضح سواء في تعلقه بالتحكم في تسليم السلعة أو في الميزة المفرضة التي منحت للمهني أو في افتراض التعسف في استعمال القوة الإقتصادية، وهو ما جعلها تنقض الحكم وتلغي القرار الصادر في 25 سبتمبر 1984 مع إحالة الأطراف لمحكمة أخرى[1].

كما تجب الإشارة إلى أن المشرع الجزائري اعتمد على معيار التعسف في استعمال القوة الإقتصادية لتحديد الممارسات المنافية للمنافسة من خلال المادة 7 من قانون المنافسة[2]. ولقد صدر المرسوم التنفيذي[3]، رقم 314/00 الذي يبين المقاييس التي على أساسها تحدد إن كان العون الإقتصادي في وضعية التعسف في استعمال القوة الاقتصادية، غير أن المشرع الجزائري قام بإلغاء هذا المرسوم ولم يعوضه بآخر، وعليه فالمشرع الجزائري لم يعتمد على معيار التعسف في استعمال القوة الإقتصادية لتحديد الشروط التعسفية بل اعتمده كمعيار لتحديد الممارسات المنافية للمنافسة[4].

ثانيا : معيار الميزة المفرضة:

حسب المادة 35 من قانون 10 جانفي 1978، لا يكفي لإعتبار الشرط تعسفيا أن يكون ناتجا عن تعسف النفوذ الإقتصادي للمهني بل لابد من أن يؤدي إلى حصول هذا الأخير على ميزة

---

[1]-Courde cassation,chambre Civile1,audience publique du 16 Juillet 1987,n° de pourvoi :84_17731.
ـ مشار له لدي: بوشارب إيمان، مرجع سابق ص66.

[2]. تنص المادة 7 من قانون المنافسة:" يحظر كل تعسف ناتج عن الهيمنة في السوق أو احتكار لها أو على جزء منها." القانون رقم 12/08 المؤرخ في 25 يونيو 2008، ج ، ر، ع، 36، الصادرة في 2 يوليو 2008 المعدل والمتمم للأمر رقم 03/03 المؤرخ في 19 يونيو 2003 المتعلق بالمنافسة ، ج، ر، ع، 43 الصادرة في 20 جويلية 2003.

[3]. المرسوم التنفيذي رقم 314/2000، الذي يحدد المقاييس التي تبين ان العون الاقتصادي في وضعية هيمنة وكذلك مقاييس الأعمال الموصوفة بالتعسف في وضعية الهيمنة، المؤرخ في 14 اكتوبر2000، ج، ر، ع، 61 الصادرة في 18 أكتوبر 2000.

[4]. رباح سعيدة، مرجع سابق، ص67.

فاحشة، ويبدو من استقراء النص للوهلة الأولى أن هذا المعيار الثاني يعتبر نتيجة للمعيار الأول وهي النتيجة الموجودة من استعمال النفود الإقتصادي بشكل يحقق التعسف، وقد حل معيار الميزة الفاحشة محل عدم التوازن الظاهر، والذي نص عليه في مشروع القانون الفرنسي رقم 78/23 والمقدم من طرف الحكومة لكن صياغته التي جاءت في هذا المشروع أثارت مسألة الغبن لذلك اعتبر غامضا[1].

وتقترب فكرة الميزة المفرضة من فكرة الغبن المعروفة في القواعد العامة فكلاهما يلحق ضرر بالعلاقة التعاقدية فيؤدي إلى عدم التوازن العقدي، غير أنهما يختلفان في محل التعسف الذي هو في الغبن ينص على الثمن، بينما في الشروط التعسفية ينصب على شروط تبعية تتعلق بتنفيذ العقد بصفة خاصة، لكن المحصلة النهائية هي دائما عدم توازن بين حقوق والتزامات الأطراف[2].

غير أن هذا المعيار أثار عدة إشكالات قانونية وعملية من طرف الفقه هذا لأنه كما قلنا إنه معيار غامض لم يتضمن ما يستشف من خلاله عن طبيعة هذه الميزة هل هي ذات طابع مالي فقط أم أكثر من ذلك؟ إضافة إلى هناك أشكال يثار حول الكيفية التي يمكن بها تقدير الميزة المفرضة، وهل يجب النظر فيه للشرط منعزلا عن غيره من الشروط أم يجب النظر إلى مجموع العقد؟[3].

فبخصوص الإشكال الأول والمتعلق بمعيار الميزة المفرضة أنه غير محدد الكمية، ذلك لأن المشرع لم يحدد له رقما معينا تصل إليه هذه الميزة على غرار الغبن الذي يكون سببا لإبطال العقد في بعض العقود إذا بلغ حدا معينا وهو الخمس فهذا المعيار غير محدد برقم معين وهو ما يؤدي للقول بأن الميزة الفاحشة ليست محددة الكمية إطلاقا[4].

فالميزة المفرضة إذن هي الميزة الفاحشة التي يحصل عليها المهني على حساب المستهلك بمناسبة التعاقد، بمعنى عدم وجود توازن بين التزامات المهني والتزامات المستهلك المترتبة على العقد سواء عن طريق المبالغة في تعداد الإلتزامات الملقاة على عاتق المستهلك أو عن طريق التخفيف من التزامات المهني، والميزة المفرضة قد تعني أيضا انعدام سبب العقد ولو جزئيا، وأنه يجب أن يؤخذ في

---

1. مولود بغدادي، مرجع سابق، ص49.
2. بودالي محمد، مكافحة الشروط التعسفية، مرجع سابق، ص130.
3. رمزي بيد الله على الحجازي، مرجع سابق، ص197.
4. سلمة بن سعيدي، مرجع سابق، ص72.

الإعتبار المنفعة التي حصل عليها المهني والوضع المتميز له دون مراعاة العقد الذي تضمن الشرط الذي نص على هذه المنفعة وغيره من العقود المرتبطة بذلك العقد[1]. فقد يبدو الشرط تعسفيا ولكنه يكون مبررا إذا نظرنا إليه في ضوء مجموع العمليات التي ظهر بمناسبتها، فمثلا قد يترتب على شرط تحديد مسؤولية المحترف تخفيض في ثمن السلعة وسعرها المعروض على المستهلكين[2].

وبالتالي لا يمكن الحكم على جعل الشرط تعسفيا بمجرد أنه يرد مانعا بعض المزايا للمهني إذ أنه يمكن أن يحتوي العقد على شروط أخرى تخول للمتعاقد الآخر ميزة تجعل التزامات الطرفين متعادلة[3].

فالنسبة للمشرّع الفرنسي فإنه تدارك النقض وأخذ بهذه الفكرة في المادة 132 -5/1 من قانون الإستهلاك الفرنسي حيث هذه المادة تذهب إلى أن الطابع التعسفي للشرط يقدر بالإستناد ـ وقت إبرام العقد ـ إلى جميع الظروف المحيطة بإبرامه، وكذا بالنسبة للشروط الأخرى للعقد[4].

ويقدر ايضا بالرجوع إلى الشروط التي قد يتضمنها عقد آخر عندما يكون إبرام أو تنفيذ هذين العقدين يخضع أحدهما قانونا للآخر، كما هو الحال بالنسبة للقرض المقترن بالبيع[5].

كما أن المشرّع الجزائري ذهب بدوره إلى أن الشرط التعسفي لا ينظر إليه وهو منفرد، بل ينظر إليه بالنسبة لمجموع شروط العقد وهو ما نص عليه في المادة 5/3 من قانون 02/04 المعدل والمتمم بقوله: " بند أو شرط بمفرده أو مشتركا مع بند واحد أو عدة بنود أو شروط أخرى من شأنه الإخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق وواجبات أطراف العقد"[6].

---

[1]. حمد الله محمد حمالله، مرجع سابق، ص60، مشار له لدي: سعاد عبد الحميد فالح أبو طالب، مرجع سابق، ص334.

[2]. موفق حماد عبد، مرجع سابق، ص250.

[3]. مولود بغدادي، مرجع سابق، ص50.

[4]. سي الطيب أمين، مرجع سابق، ص116.

[5]. محمد بودالي، مكافحة الشروط، مرجع سابق، ص 29، 30.

[6]. سلمة بن سعيدي، مرجع سابق، ص73.

هذا وتجدر الإشارة إلى أن المشرّع الفرنسي قد عدل عن موقفه هذا بموجب قانون الإستهلاك لسنة 1995، ومن تم استبعاده لمعيار التعسف في استعمال القوة الاقتصادية والميزة المجحفة، وتبينه معيارا جديدا هذا الأخير أخذ به المشرع الجزائري أيضا، وهو ماسنتطرق له كمعيار ثالث لتقدير الشروط التعسفية.

ثالثا: معيار الاختلال الظاهر بالتوازن العقدي.

الأطراف أحرار في وضع شروط العقد وهم ملزمون بتنفيذها وفقا لمبدأ الحرية العقدية، لكن عدم تطبيق هذا المبدأ يؤدي نظريا إلى اختلال التوازن ومن جهة أخرى فمبدأ الحرية العقدية مهم جدا في العقود المبرمة بين المهني والمستهلك[1]، ونتيجة لذلك نجد أن قانون الإستهلاك يمنع كل ما من شأنه أن يؤدي إلى إنشاء عدم توازن ظاهري بين حقوق والتزامات أطراف العقد سواء تعلق الأمر بشروط أو أثار العقد.

لقد عرف التوجيه رقم 13/ 93[2]، الصادر من المجلس الأوربي بتاريخ 5 أبريل 1993 الشرط التعسفي في فصله الثالث على أنه :" كل شرط في عقد لم يكن محل مناقشة فردية والذي رغم ضرورة توفر حسن النية يخلق على حساب المستهلك عدم توازن شاسع بين حقوق والتزامات الأطراف"

يمكن القول أن المشروع المبدئي المقدم من الحكومة الفرنسية والذي يتعلق بمشروع قانون 10 جانفي 1978، تضمن معيار عدم التوازن الظاهر بين الإلتزامات، الذي استبعد وحل محله معيار الميزة الفاحشة لكن هذا الوضع لم يدم، إذ أن المشرع الفرنسي عاد و أخد بالمعيار الذي كان قد ورد في المشروع المقدم من الحكومة وهو معيار" الإخلال الظاهر بالتوازن" والذي استمده من خلال تبنيه للتعليمة الأوربية لسنة 1993 الخاصة بالشروط التعسفية[3].

وطبقا لنص المادة 1/132 من قانون الإستهلاك الفرنسي رقم 96/95 لسنة 1995 نجد أن المشرّع الفرنسي قد تبني صراحة معيار الإختلال الظاهر وذلك من خلال تعريفه للشرط التعسفي

1. رباح سعيدة، مرجع سابق، ص68.
2. مولود بغدادي، مرجع سابق، ص51.
3. سي الطيب محمد أمين، مرجع سابق، ص118.

بقوله:" في العقود المبرمة بين المتدخلين وغير المتدخلين أو المستهلكين، تعتبر تعسفية البنود التي يكون هدفها أو موضوعها خلق اختلال ظاهر بين حقوق والتزامات طرفي العقد، وذلك إضرار بغير المتدخل أو المستهلك" وما يمكن ملاحظته من خلال هذه المادة أن المشرع الفرنسي قد تخلى عن المعايير التي كانت سائدة في ظل القانون 23/78 لسنة 1978 وهي معياري استخدام القوة الاقتصادية والميزة المفرضة لصالح المعيار الجديد الذي جاء به التوجيه الاوربي وهو عدم التوازن الظاهر بين حقوق والتزامات أطراف العقد[1].

وبالرجوع إلى التعريف القانوني الذي تضمنته المادة 5/3 من 02/04 المتعلق بالممارسات التجارية والتي تعرف الشرط التعسفي بقولها:" شرط تعسفي كل بند أو شرط بمفرده أو مشتركا مع بند واحد أو عدة بنود أو شروط أخرى من شأنه الإخلال الظاهر بين حقوق وواجبات أطراف العقد" وعليه نجد أن المشرع الجزائري قد تبنى معيار عدم التوازن الظاهر لتحديد الشرط التعسفي نقلا عن المادة 1/132 من قانون الاستهلاك الفرنسي رقم 96/95 لسنة 1995 لكن هذا الاشكال لم يدم على حاله، حيث ذهب المشرع الفرنسي وللتأكيد على الإختلاف بين معيار عدم التوازن الظاهر وفكرة الغبن، حرص هذا الأخير على إضافة الفقرة 7 إلى المادة 132ـ من قانون الإستهلاك والتي نصت على أن تقدير الطابع التعسفي للشرط لا يقف لا على تعريف المحل الرئيسي للعقد، ولا على تعادل الثمن مع المبيع أو الخدمة، وهو تأكيد من المشرع على أن الهدف من المعيار هو مكافحة مظاهر عدم التوازن الملائم لشروط العقد وليس ضمان التعادل الكلي بين الأداءات المتقابلة[2].

وجاء نص المادة 132 ـ 5/1 من القانون الفرنسي رقم 96/95 كالآتي :" بدون المساس بقواعد التفسير المنصوص عليها في المواد 1156 إلى 1161،1163 و1164 من القانون المدني، الطابع التعسفي للشرط يقدر عند لحظة إتمام التعاقد، بالنظر لكل الظروف المحيطة بإتمامه، كذلك بكل الشروط في العقد نفسه أو تلك الموجودة في عقد آخر عندما يرتبط إتمام أو تنفيذ هذين العقدين قانونيا

1. بوشارب إيمان، مرجع سابق، ص67، 68.
2. بودالي محمد، الشروط التعسفية في العقود، مرجع سابق، ص134.

بعضها ببعض". وعليه فإن المشرّع الفرنسي كان أكثر دقة تقديره للطابع التعسفي للشرط سواء من حيث وقت هذا التقدير أو كيفية ذلك[1].

إن هذا المعياريعد أمثل معيار يمكن الإستناد عليه في إطار الشروط التعسفية، ذلك أنه يوسع من نطاق الحماية ضد كل المهنيين حتى و إن لم تكن لديهم قوة إقتصادية، كما أنه يتجنب الإنتقادات الموجهة لمعيار التعسف في استعمال القوة الإقتصادية، غير أن ذلك المعيار يطرح صعوبة تقنية هامة تتعلق بكيفية تقديره، وخصوصا أن المشرّع الجزائري اكتفى من خلال المادة 3/5 من القانون 02/04 أنها تتم بالنظر إلى الإخلال الظاهر الذي يحدثه الشرط لوحده، أو بالنظر لجميع بنود العقد مجتمعة، وتتحقق تعسفية الشرط في الصورة الأولى في الحالات التي تكون فيها خطورة الشرط واضحة مما يجعل هذا الاخلال ظاهر في الحقوق والإلتزامات العقدية بين أطراف العقد، وهذا يخص الحالات التي نص القانون صراحة أنها تعسفية إلا أن هذه الحالة تمثل الإستثناء، فالقاضي في غير هذه الحالات، يتمعن في البنود بأكملها للتحقق من الإخلال الظاهر وهو يمثل الصورة الثانية لكيفية تقدير الطابع التعسفي، فيما سكت عن باقي الإعتبارات الأخرى والتي أهمها ما يخص وقت تقدير الطابع التعسفي للشرط[2]. بخلاف المشرع الفرنسي الذي كان أكثر دقة في تقدير الشرط التعسفي كما ذكرنا سابقا.

و بعد أن بينا مفهوم الشرط التعسفي في التشريع الجزائري وبعض التشريعات المقارنة، والمعايير المحدد لهذا الشرط، ننتقل لدراسة وسائل وطرق مكافحة الشروط التعسفية.

الفرع الثالث: مكافحة الشروط التعسفية.

حدوث الثورة الصناعية، وما ترتب عليها من تطور في الأوضاع الإقتصادية وتفاوت في المراكز المالية، أدى إلى تركيز آلة الإنتاج في عدد محدود من المنشآت الصناعية الكبرى مما

1. بوشارب إيمان، مرجع سابق، ص69.
2. عبير مراغيش، محمد عدنان بن ضيف، مرجع سابق، ص107.

ساعدها على الإعداد المنفرد لشروط العقد يتم عرضها على المتعاملين معها والذين تضطرهم الظروف في غالب الأحيان إلى قبول تلك الصيغة المنفردة لشروط التعاقد[1].

لذا تدخلت التشريعات الوضعية لمكافحة اختلال التوازن التعاقدي والتقليل من تحرير الشروط التعسفية في نماذج العقود المقترحة للإكتتاب، فعملت هذه التشريعات على اتخاذ أحكام قانونية نادت بحذف أو تعديل هذه الشروط، ومنحت للقاضي سلطة تقديرية في الإعلان عن الطبيعة التعسفية للشروط المتنازع عليها[2].

وقد ارتأينا أن نعالج في هذا الفرع مسألتين تتعلق المسألة الأولى بحماية المستهلك من الشروط التعسفية في القواعد العامة ، أما المسالة الثانية فتتعلق بالإتجاه الحديث في مكافحة الشروط التعسفية

البند الأول : مكافحة الشروط التعسفية في القواعد العامة.

اتسم الشرط التعسفي في القواعد القانونية التقليدية بضيق نطاقه لإنه كان يستند على مبدأ استقلال الإرادة الذي ساد النظام القانوني من الثورة الفرنسية وحتى يومنا هذا[3].

إن البحث في تعديل وإلغاء الشروط التعسفية اعتمادا على القواعد العامة، يأخذنا إلى دراسة مفهوم عقد الإذعان، فضلا عن دراسة الحماية التشريعية من الشروط التعسفية في عقد الاذعان.

أ -/ مفهوم عقد الاذعان:

يعرف عقد الإذعان بأنه العقد الذي ينفرد أحد المتعاقدين، بوضع شروطه دون السماح للطرف الآخر بمناقشة هذه الشروط وأن يتعلق بسلعة أو خدمة ضرورية تقع تحت احتكار قانوني أو فعلي[4].

---

1. سعاد عبد الحميد فالح أبو طالب، مرجع سابق، ص239،238.
2. بن حميدة نبهات، حماية الطرف الضعيف في العلاقات التعاقدية، دراسة مقارنة، رسالة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2007، ص94.
3. موفق حماد عبد، مرجع سابق، ص256.
4. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، مرجع سابق، ص230.

وتسعى عقود الإذعان التي تفرض شروط مجحفة وتعسفية على المتعاقد الذي لا يملك إلا الإستسلام أمام هذه الشروط التي لا يجد فيها المستهلك أي مجال لمناقشة بنودها، فهذه العقود تمنح أحد أطرافها حرية في وضع كافة بنود العقد، وليس أمام الطرف الآخر سوى قبول التعاقد والإذعان لهذه الشروط مع من يوفر السلعة محل العقد رغم إجحافها[1].

هذا ولم يعرف المشرع الأردني والمشرّع المصري و لا المشرع الجزائري عقود الإذعان إذا اقتصرت المادة 104 من القانون مدني أردني، والمادة 100 من القانون المدني المصري والمادة 70 من القانون المدني الجزائري بقولها :" يحصل القبول في عقد الاذعان بمجرد التسليم لشروط مقرة يضعها الموجب ولا يقبل المناقشة فيها"

ولبيان طبيعة عقد الإستهلاك الإلكتروني وما إذا كان عقد رضائيا أو عقد إذعان فإنه ينبغي التمييز بين الوسيلة المستخدمة في إبرام العقد الإلكتروني وذلك على النحو التالي[2].

1 ـ إذا تم التعاقد بواسطة البريد الالكتروني أو من خلال برامج المحادثة أو بإستخدام الوسائل السمعية والبصرية، فإن العقد يكون عقدا رضائيا، حيث يتبادل الطرفان الآراء عبر الوسائل الإلكترونية ويستطيع الموجه إليه الإيجاب التفاوض بحرية حول شروط التعاقد والمفاضلة بين العروض المعروضة عليه حتى يحصل على أفضل الشروط التي تناسبه، ولذلك فالعقود التي تبرم عن طريق هذه الوسائل تعد من قبيل عقود المساومة.

2 ـ أما إذا تم التعاقد عبر مواقع الويب المنتشرة على شبكة الأنترنت والتي غالبا تستخدم عقود نموذجية تكون شروطها معدة مسبقا من قبل الموجب، ولا يترك معها للموجب له مجالا للمساومة في هذه الشروط وبالتالي لا يكون المتعاقدون على قدم المساواة لعدم التكافؤ في المقدرة التعاقدية، لذلك فإن العقد الإلكتروني في هذه الحالة يكون عقد إذعان.

ولكي يستفيد المستهلك الإلكتروني الذي يتعامل مع حاسوب تم تنظيمه مسبقا من قبل المهني وبشروط مدروسة تحمي مصالحه، من الحماية التشريعية للطرف المذعن في نطاق عقود الاذعان

1 . رمزي بيد الله علي حجازي، مرجع سابق، ص201.

2. سعاد عبد الحميد فالح أبو طالب، مرجع سابق، ص244،243.

وعلى وجه الخصوص الحد أو الإعفاء من الشروط التعسفية لمصلحة المستهلك، وتفسير الشروط الغامضة بما لا يتضارب مع مصلحة هذا الأخير[1].

وهذا ما سنتناوله في الفقرة الموالية

ب / المواجهة التشريعية للشروط التعسفية في عقود الاذعان:

إعمالا للقواعد العامة فإن دور القاضي يقتصر بالنسبة للعقود على مجرد تفسيرها، بهدف إعمال حكم القانون عليها، غير أنه وخروجا على هذه القاعدة وبحجة توفير الحماية للطرف المذعن في عقود الإذعان، اعترف القانون بسلطة استثنائية للقاضي تتيح له أن يتجاوز الدور المشار إليه سابقا إلى إهدار الشروط الواردة في العقد وتعديلها إذا تعين له أنها تعسفية وذلك من أجل التدخل وإعادة التوازن بين أطراف العقد، كما ألزمه المشرع بأخذ التفسير الأصلح للمستهلك حيث جرى نص المادة 110 من القانون المدني الجزائري بأنه :" إذا تم العقد بطريقة الاذعان و كان قد تضمن شروطا تعسفية جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو أن يعفي الطرف المذعن منها، وذلك وفقا لما تقضي به العدالة ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك"

وكذلك جاء نص المادة 112 من القانون المدني والتي تنص على أن:" يؤول الشك في مصلحة المدين.

غير أنه لا يجوز أن يكون تأويل العبارات الغامضة في عقود الاذعان ضارا بمصلحة الطرف المذعن."

ووفقا للنصوص السابقة فإن دور القاضي في إسباغ الحماية القانونية يتحدد على النحو الآتي:

1 ـ إلغاء الشروط التعسفية أو تعديلها:

إن سلطة القاضي في التدخل من أجل تحديد مضمون العلاقة العقدية هو استثناء من قاعدة العقد شريعة المتعاقدين، لذلك يأتي تدخل القاضي في حالات محددة، يكون الهدف منها ضمان حد

[1]. علاء عمر محمد الجاف، مرجع سابق، ص275.

أدنى من التوازن في العقود التي تتم عن طريق الإذعان، وهي التي تنشأ مختلة التوازن ابتداءا كما أن سلطة القاضي في تعديل الشروط أو إعفاء الطرف المذعن منها تأتي مراعاة لما تقضي به قواعد العدالة في العقود الرضائية من حيث إعادة التوازن العقدي لحماية الطرف المذعن من الضرر الذي قد يلحقه من جراء وجود الشروط التعسفية في العقد[1].

ونلتمس مظاهر حماية المستهلك من الشروط التعسفية في عقود الإذعان عن طريق سلطة القاضي في إبطالها في النقاط التالية[2].

ـ عدم تحديد المشرع الجزائري أو المصري ـ كما سبق القول ـ المقصود بالشروط التعسفية وقد ترتب على ذلك منح قاضي الموضوع سلطة مطلقة في إستخلاص الصفة التعسفية للشرط بالنظر إلى ظروف وملابسات كل حالة على حدة.

ـ إمتداد الحماية لكافة الشروط التعسفية حتى التي علم بها المذعن وتنبه إليها حيث جاء نص المادة 110 قانون مدني جزائري وكذلك نص المادة 149 قانون مدني مصري خاليا من أي تحديد للشروط التعسفية أو قصرها على الشروط التي لم ينتبه إليها المذعن لإمكانية إستفادته من الحماية، وذلك بهدف إتساع مجال الحماية إزاء كافة الشروط التعسفية التي علم بها المذعن وتنبه إليها.

وتشير أحكام القضاء العراقي إلى أنه يبحث في علم أو عدم علم المذعن بالشرط ليقضي بإلغائه بوصفه شرطا تعسفيا فقد حددت محكمة التمييز إلى أنه :" لا يحتج على المذعن بشرط عدم مسؤولية الناقل لأنه لم يكن واضحا ولم يكتب بكيفية تسترعي الانتباه."[3].

ـ كما تتعدد صور تدخل القضاء لمصلحة الطرف المذعن، حيث أن المشرع أتاح في هذه المادة للقاضي سلطة إعفاء الطرف المذعن من الشرط التعسفي عن طريق استبعاده وليس فقط سلطة

---

[1]. موسى رزيق، رضا حامل البطاقة الائتمانية بالعقد والحماية التي يقررها المشرع له، مؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون،جامعة الإمارة،10 . 12 مايو 2012،ص1064،1063.

[2]. أمنية أحمد محمد أحمد، مرجع سابق، ص297.

[3]. القرار رقم 977/ مدنية أولى /1978، في 1978/05/13، مجموعة الأحكام العدلية، العدد الثاني، السنة التاسعة، 1978، ص32، مشار له لدي: موفق حمادعبد، مرجع سابق، ص267.

تعديل هذا الشرط، وهو ما يحقق مصلحة المستهلك بإعتباره مذعنا في هذه الحالة التي قد تكمن في بطلان الشرط التعسفي فقط مع بقاء العقد صحيحا[1].

وإمعانا من المشرع في هذه الحماية قرر بطلان كل إتفاق يخالف حكم المادة 110 قانون مدني جزائري والمادة 149 قانون مدني مصري، وعليه فإن أي اتفاق بين المتعاقدين على سلب القاضي السلطة المخولة له في تعديل وإهدار أو إلغاء الشروط التعسفية فإن هذا الإتفاق يكون باطلا بطلانا مطلقا لمخالفته للنظام العام[2]، لذلك أبطلا كلا المشرعين كل إتفاق يحول دون تدخل القاضي لإعادة التوازن[3].

ويمثل هذا المبدأ مظهرا حمائيا إضافيا للطرف المذعن يتناسب مع المجال الذي يعمل فيه آثاره، ذلك أن إجازة إتفاق الأطراف على إستبعاد دور القاضي يفرغ الحماية القانونية للطرف المذعن من مضمونها ويشجع الطرف القوي على إدراج هذا الاتفاق ضمن شروط العقد[4].

ويؤسس جانب من الفقه بطلان الشرط التعسفي على أساس مبدأ حسن النية في تنفيذ العقد، فهذا المبدأ يستند إليه القاضي عند الحكم بإعفاء الطرف الضعيف من الشروط التعسفية، وأن ما يوجبه حسن النية وشرف التعامل بشأن عقد الإذعان هو من مسائل الواقع تخضع لسلطان محكمة الموضوع، ويتمثل حسن النية في أمور عدة وهي إنتقاء الخطأ العمدي، وإنتقاء الغش، وإنتقاء التعسف في إستعمال الحق[5].

1. أمينة أحمد محمد أحمد، مرجع سابق، ص 297، 298.
2. سعاد عبد الحميد فالح أبو طالب، مرجع سابق، ص246.
3. المادة 110 قانون المدني الجزائري والمادة 149 قانون مدني مصري
4. موفق حماد عبد، مرجع سابق، ص271.
5. سعاد عبد الحميد فالح أبو طالب، مرجع سابق، ص250.

2 ـ تفسير الشك لمصلحة المذعن:

قد تصاغ العقود المبرمة مع المستهلكين في عبارات وصيغ مبهمة أو غامضة أو تأتي شروطها متناقضة وغير متوافقة، وقد ينشأ الغموض من قلة خبرة أو عدم دراية المستهلك، وقد ينشأ من دعاية مفرضة يكون وراءها المنتج أو الموزع[1].

ومن أجل حماية المستهلك في حالة الشك حول معنى أحد الشروط، فهنا يؤخذ بالتفسير الأصلح للمستهلك وهو ما قررته المادة الخامسة من التوجيه الاوربي رقم 13/93 الصادر في 5 أبريل 1993، حيث تنص على أنه: " في الحالة التي تكون فيها العقود مصاغة بطريقة واضحة ومفهومة ويؤخذ بالتفسير الأصلاح للمستهلك في حالة الشك حول معنى أحد الشروط"

وقد أخذ بهذا النص قانون الاستهلاك الفرنسي في المادة 2/133 [2].

أما وفقا لموجبات الحماية من الشروط التعسفية الواردة في عقود الإذعان فإن المشرع المصري –وبعد أن أورد المبدا السابق[3]، بنص الفقرة الأولى من المادة 151 مدني–جعل تفسير الشروط الغامضة أو المبهمة لمصلحة الطرف المذعن، حيث جرى نص المادة 2/151 من القانون المدني المصري بأنه :" ومع ذلك لا يجوز أن يكون تفسير العبارات الغامضة في عقود الاذعان ضارا بمصلحة الطرف المذعن" وبعبارة أخرى فإن تفسير الشك في عقود الإذعان يفسر لمصلحة الطرف المذعن[4].

كما عمل المشرع الجزائري على تدعيم الحماية للطرف المذعن في مواجهة الشروط التعسفية وذلك من خلال تفسير الشروط الغامضة بما يحقق مصلحة الطرف الضعيف، فقد جاء نص المادة 2/112 من القانون المدني الجزائري كالآتي: " غير أنه لا يجوز أن يكون تأويل العبارات الغامضة في عقود الاذعان ضار بمصلحة الطرف المذعن."

1. محمد المرسي زهرة، مرجع سابق، ص155.
2. كوثر سعيد عدنان خالد، مرجع سابق، ص525.
3. المادة 1/151 من القانون المدني المصري:" يفسر الشك لمصلحة المدين"
4. محمد أحمد عبد الحميد أحمد، مرجع سابق، ص134.

وإذا عقدنا مقارنة بين النصين سواء المادة 2/1/151 من القانون المدني المصري والمادة 2/1/112 من القانون المدني الجزائري لوجدنا أن المشرع إستخدم مصطلح الشك من دون أي قيد في الفقرة الأولى من المواد المذكورة آنفا، وجعل التفسير في صالح المدين ، في حين نجد أن الفقرة الثانية قد قيدت التفسير بالعبارات الغامضة، أي لا يكون التفسير ضارا لمصلحة الطرف المذعن، دائنا كان هذا الأخير أم مدينا[1].

إن أبرز ما يبرر هذه القاعدة هي إعتبارات العدالة، إذ أن عقد الإذعان على نقيض عقد المساومة يفتقد عنصر المناقصة لشروط العقد فيقتصر دور القابل فيه على التسليم بما يلي عليه من إيجاب في صورة شروط مكتوبة عادة، ومن تم فإن أحد المتعاقدين هو سيد العقد، في الواقع بينما الآخر هو المذعن له سواء كان هذا الإذعان قانونا أو فعليا، فليس ثمة إرادة حقيقية مشتركة بالمفهوم الذي تلمسه في عقود المساومة، بل يكون رضاء القابل بشروط التعاقد أشبه بالتسليم بالأمر الواقع، بناءا على ذلك فإذا اكتنف شروط العقد أي غموض، ومن ثم قام الشك في التعرف على الإرادة المشتركة للمتعاقدين توجب تفسير هذا في مصلحة الطرف الضعيف، ذلك أن الطرف القوي هو الذي يملي الشروط، فإذا أملاه مبهما يحوم حوله الشك فالخطأ خطأه، وكان من الطبيعي أن نجعله مسؤولا عنه[2]. فإذا أثير نزاع بشأن مضمون عقد الإذعان، فالقاضي يتعين عليه تفسير العقد و أن هذا التفسير يكون مقيد بقيدين هما[3]:

القيد الأول : عدم اللجوء إلى التفسير إذا كانت عبارات العقد واضحة، وهذا ما نص عليه المشرع الجزائري في نص المادة 1/111 من القانون المدني فإذا كانت العبارة واضحة وتطرق القاضي لتفسير العقد فإنه يكون قد خالف القانون وأخطأ في تطبيقه.

القيد الثاني: إذا كان عقد الإذعان يقتضي تفسيره للوقوف على مضمون الشروط التي ادرجت فيه فإنه يجب على قاضي الموضوع تقصي النية أو القصد المشترك للمتعاقدين في ظروف إبرام

---

1. موفق حماد عبد، مرجع سابق، ص272.
2. محمد عبد الرزاق محمد، تفسير الشك لمصلحة الطرف المذعن، مجلة رسالة الحقوق، كلية القانون، جامعة كربلاء، العراق، السنة الثالثة، العدد الثالث، 2011، ص158.
3. سعاد عبد الحميد فالح أبو طالب، مرجع سابق، ص248.

العقد، دون الوقوف عند مجرد معاني ألفاظه أو عباراته مع الإستهداء بطبيعة التعامل والعادات التجارية، وما ينبغي أن يتوفر بين المتعاقدين من حسن النية وشرف التعامل.

وفيما يخص مدى خضوع القاضي لرقابة المحكمة العليا في التفسير، فمن المعروف أن المحكمة العليا هي محكمة قانون وليست محكمة واقع، فهي ليست جهة للتقاضي، بل يقتصر دورها على مراقبة التطبيق الصحيح والسليم للقانون من القضاء[1].

وهذا المبدأ هو مبدأ عام يسري كذلك في إطار تفسير العقود، حيث يمكن للمحكمة أن تنظر في جميع المسائل القانونية المتعلقة بقواعد التفسير، إذ يخضع القاضي إذا ما خالفها لرقابتها بوصفها قواعد يلزم القاضي بإتباعها[2].

فالمشرّع الفرنسي رغم أنه لم ينص صراحة على عقد الإذعان، كما نص المشرّع الجزائري في المادة 110 من القانون المدني والمشرع المصري في المادة 149 من القانون المدني، الذي يعطي للقاضي حق تعديل شروط العقد أو إعفاء المذعن منها إلا أنه أورد نصوص أكثر وضوحا في مجال تفسير العقود لصالح الطرف المذعن على وجه الخصوص في المادة 1162 من القانون المدني الفرنسي التي تقابل نص المادة 151 من القانون المدني المصري والمادة 112 من القانون المدني الجزائري، وهناك نص المادة 1602 من القانون المدني الفرنسي التي يلتزم البائع بمقتضاها بأن يوضع التزامات المشتري إذا تبين وجود غموض أو إبهام في العقد لأنه على يقين بالشيء المبيع وبالتالي عليه أن يوضح كل ما يتعلق به[3].

3/ الإذعان في عقود التجارة الالكترونية.

إن عقد التجارة الإلكترونية المبرم مع المستهلك من بين أبرز ما يتسم به عدم التوازن بين طرفيه لصالح التاجر المحترف فإن هذا العقد سيكون مجالا رحبا لشروط تعسفية قد يفرضها التاجر المحترف

---

1. بوشارب إيمان، مرجع سابق، ص152.
2. المرجع نفسه، ص152.
3. عبد الحكم فودة، تفسير العقد في القانون المصري المقارن ، منشأة المعارف الاسكندرية، مصر 2002، ص313، مشار له لدي: سلمة بن سعيدي، مرجع سابق، ص99.

على المستهلك[1]، هذا يدفعنا إلى التساؤل عن السند القانوني الذي يتيح المستهلك في عقود التجارة المطالبة بإلغاء أو التعديل من الشروط التعسفية؟

وللوقوف على هذا التساؤل يذهب بعض الفقه وجانب من التشريع إلى أن عقود التجارة الإلكترونية المبرمة هي عقود إذعان، فالمستهلك مذعن للتاجر المحترف ومن ثم فإن لهذا المستهلك أن يستند إلى القواعد العامة التي تنظم عقود الإذعان فيطلب من القضاء حمايته من الشروط التعسفية.

فكان سند الفقه هو أن المستهلك حينما يبرم عقد إلكترونيا لا يساهم في صياغة العقد أو وضع شروطه، فالعقد في نظرهم يكون معد سلفا من قبل التاجر المحترف، وليس أمام المستهلك والذي هو الطرف الضعيف في العقد سوى أن يقبل هذه الشروط بالضغط على الزر الذي يفهم منه موافقته وقبوله هذه الشروط وهو ما يحقق مفهوم الإذعان[2].

إلا أّن هذا الرأي[3]، محل نظر على اعتبار التفاوت في المراكز القانونية وإن كان متحققا في عقود التجارة الالكترونية وعقود الإذعان إلا أن هذا التفاوت يكون له سببا مختلفا في كلا الحالتين، فبينما يرجع في عقود الإذعان إلى الحاجة الملحة للطرف المذعن لإبرام العقد لتعلقه بسلعة أو مرفق ضروري تكون محل إحتكار قانوني أو فعلي[4]، غير أن التفاوت بين المستهلك والتاجر المحترف في عقود التجارة الالكترونية إنما يعود إلى تفوق هذا الأخير على المستهلك فنيا وإقتصاديا.

هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإن عقود الإذعان تتسم بصورة عامة بأنها تتصف لا تكون مسبوقة بتفاوض بين الطرفين، إذ أن الإيجاب فيها يصدر للناس كافة وبشروط واحدة لا يجوز النقاش فيها[5].

---

1. آلاء يعقوب النعيمي، مرجع سابق، ص123.
2. موفق حماد عبد، مرجع سابق، ص273.
3. ألاء يعقوب النعيمي، مرجع سابق، ص46،47.
4. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام، مرجع سابق، ص230.
5. المرجع نفسه، ص230.

ولا يعد هذا الأمر في الواقع سمة لعقود التجارة الإلكترونية، ذلك أن من هذه العقود ما يبرم بعد تفاوض من خلال المحادثة المباشرة أو باستخدام الوسائل السمعية والبصرية[1]. فإن العقد الإلكتروني يكون عقدا رضائيا وينتهي أصحاب هذا الرأي إلى أن المستهلك في عقد التجارة الإلكترونية لا يستطيع التمسك بالقواعد الخاصة بعقود الإذعان لإلغاء أو تعديل شرط تعسفي، فرض عليه في عقد ليس بعقد إذعان[2].

نخلص من هذا العرض إلى أن القواعد العامة في المعاملات المدنية وخصوصا فيما يتعلق بعقود الإذعان تحمي الطرف المذعن بوصفه الطرف الضعيف في العقد إذ يكون التفاوض بشأن التعاقد أكثر صعوبة في مجال المعاملات الإلكترونية، فإن قواعد العدالة تقتضي تمكين الطرف الضعيف من إبطال الشروط التعسفية التي لم يكن بإمكانيه التعرف عليها أو مناقشتها، بالإضافة إلى تفسير النص الغامض في مصلحته مادام الطرف الذي قام بتحرير العقد النمطي كان قادرا مند البداية على تحريره بشكل واضح لا غموض فيه[3].

ثانيا: الإتجاه الحديث لحماية المستهلك من الشروط التعسفية.

إزاء قصور القواعد العامة في توفير الحماية اللأزمة للمستهلك في مواجهة الشروط التعسفية في ظل التطورات الإقتصادية والتكنولوجيا، تقرر الإعتماد على جملة من الآليات والضوابط لإعادة التوازن في عقود الإستهلاك ومحاربة الشروط التعسفية التي قد توضع، ومن بين هذه الآليات التي تعنى بها دراستنا نظام القائمة.

1 ـ الإعتماد على نظام القائمة في القانون الفرنسي

يعتمد النظام الفرنسي في مكافحة البنود والشروط التعسفية على القانون رقم 23/78 المؤرخ في 10 جانفي 1978 المتعلق بحماية المستهلكين ضد الشروط التعسفية والمسمى بقانون scrivener حيث خصص الفصل IV منه للشروط التعسفية ويعد 10 سنوات تمم القانون السابق بقانون 5 جانفي

1. سعاد عبد الحميد فالح أبو طالب، مرجع سابق، ص243.
2. موفق حماد عبد، مرجع سابق، ص264.
3. خالد عبد المنعيم ابراهيم مصطفى، مرجع سابق، ص566.

1988، الذي نص على دعوى حذف الشروط التعسفية، وتم إدماج القانونين السابقين في قانون الإستهلاك لعام 1993[1].

لم يسلك المشرع الفرنسي مسلك المشرع الألماني في وضع قائمتين تضم الشروط التعسفية، وإنما أختار نظاما أكثر تعقيدا يتميز بتعدد مصادر قوائم الشروط التعسفية وبإختلاف الإلتزام القانوني لكل مصدر من هذه المصادر، حيث أن المصدر الأول لمنع الشروط التعسفية هو ما قد تصدره الحكومة من مراسيم[2] في هذا المجال، بالإضافة إلى المصدر الثاني والمتمثل في التوصيات التي تصدرها لجنة الشروط التعسفية، أما المصدر الثالث فهو ما نص عليه قانون الاستهلاك منذ 1995، وبالتالي عزز المشرع الفرنسي الحماية بالإضافة إلى القائمة التي تم إيرادها في ملحق قانون الاستهلاك وهو يتضمن قائمة بيانية وغير حصرية لشروط يمكن اعتبارها تعسفية مستوحاة من التعليمة الأوربية لعام 1993 وهي تضم سبعة عشرة نوعا من الشروط نذكر منها[3].

ـ إستبعاد أو تحديد المسؤولية القانونية للمحترف في حالة وفاة المستهلك أو إصابته بأضرار جسمانية نتيجة عمل أو امتناع صادر عنه.

ـ فرض على المستهلك الذي لا ينفذ التزاماته تعويضا مبالغا فيه وغير متناسب.

ـ إجازة المحترف بأنهاء العقد بصفة تقديرية وعدم الاعتراف بنفس الحق للمستهلك .... وغيرها من البنود والشروط الاخرى.

2 ـ الإعتماد على نظام القائمة في التشريع الجزائري

لقد تولى المشرع الجزائري ذكر شروطا محددة على سبيل الحصر ويعتبرها تعسفية دائما، بحيث لا يترك لقاضي الموضوع إذا واجهها في نزاع سلطة تقديرية إزاءها فهي تعسفية بقوة القانون.

---

1. عبير مزغيش، محمد عدنان بن ضيف، مرجع سابق، ص109.
2. المرجع نفسه، ص109.
3. بودالي محمد ، الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري، مرجع سابق، ص28،30.

2 ـ 1 الاعتماد على نظام القائمة في ظل القانون 02/04.

نصت المادة 29 من القانون 02/04 المؤرخ في 23 جويلية 2004 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية على ما يلي:" تعتبر بنود أو شروط تعسفية في العقود بين المستهلك والبائع لا سيما البنود والشروط التي تمنح هذا الاخير نذكر منها:

ـ أخذ حقوق و/ أو امتيازات لا تقابلها حقوق و/ أو امتيازات مماثلة معترف بها للمستهلك.

ـ فرض التزامات فورية ونهائية على المستهلك في العقود، في حين أنه يتعاقد هو بشروط يحققها متى أراد.

ـ تهديد المستهلك بقطع العلاقة التعاقدية لمجرد رفض المستهلك الخضوع لشروط تجارية جديدة غير متكافئة."

تطبيقا لهذا النص من خلال الحالات المذكورة فيه يكون الشرط تعسفيا في عقد المبيع المبرم بين العون الاقتصادي والمستهلك، متى كان موضوعه أو الآثار المترتبة عليه، تلغي أو تقلل من حقوق ومصالح المستهلك، وبهدف حماية هذا الأخير، يجب على القاضي أن يحكم بأنها تعسفية وليس له سلطة تقديرية في ذلك[1].

2 ـ 2 ـ الاعتماد على نظام القائمة في ظل المرسوم التنفيذي رقم 306/06.

حدد المشرع الجزائري في المادة 5 من المرسوم التنفيذي رقم 306/06 البنود التعسفية التي يحظر على المتدخل إدراجها في العقود المبرمة مع المستهلكين والمتعلقة أساسا بـ [2]:

1 ـ تقليص العناصر الأساسية للعقود المذكورة في المادتين 2 و 3 من هذا المرسوم.

---

[1]. سوالم سفيان، الحماية القانونية للمتعاقد من الشروط التعسفية في التشريع الجزائري، مجلة جيل للأبحاث القانونية المعمقة، العدد الرابع، جوان 2016، ص133.

[2]. حماز فتيحة، الرقابة القانونية لحماية المستهلك من الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك (دراسة مقارنة)، رسالة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة امحمد بوقرة بومرداس، 2018/2017، ص62.

2 ـ احتفاظه بحق تعديل العقد أو فسخه بصفة منفردة وبدون تعويض للمستهلك.

3 ـ عدم السماح للمستهلك في حالة القوة القاهرة بفسخ العقد إلا بمقابل دفع تعويض.

12 ـ تحميل المستهلك عبئ الواجبات التي تعتبر من مسؤوليته."

من خلا ل هذا النص يمكن أن نسجل الملاحظات التالية:[1].

الأولى: أن هذه المادة تنطبق على كافة عقود الإستهلاك المبرمة بين العون الاقتصادي والمستهلك و لا تقتصر على عقود البيع مثل المادة السابقة بل يمتد تطبيقها في حالة عقود تقديم الخدمات أيضا.

الثانية: أن المشرع ومن أجل حماية المستهلك من النفود الإقتصادي أو الإجتماعي للعون الإقتصادي، والذي قد يستهدف الحقوق الجوهرية للمستهلك كما هو الحال بالنسبة للتعويض في حال قيام المسؤولية العقدية، جعل الشروط التي تستهدف الإعفاء من المسؤولية شروطا تعسفية تستوجب الإلغاء وهذا يمثل خروجا على القاعدة العامة المنصوص عليها في المادة 178 من القانون المدني الجزائري.

الثالثة: إن التحديد المتعلق بحالات الشروط الواردة أعلاه، وإن كانت تقيد القاضي بأن يحكم بأنها تعسفية، إلا أنها لم ترد على سبيل الحصر، وعليه لا يمنع ذلك القاضي أن يحكم بأن شروطا أخرى تعسفية، ذلك أن نص المادة 5/3 من القانون المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية قد وسعت من مفهوم هذه الشروط التعسفية.

ورغم إعتماد معظم التشريعات على قوائم بالشروط التي تعد تعسفية[2]. وإلحاقها بالقانون ذاته، غير أن ما تتميز به عقود التجارة الالكترونية من خصوصية ربما يقف حائلا أمام المستهلك في تمسكه بهذه القوانين نظرا لكون عقد التجارة الإلكترونية يتميز بناءا على الوسيلة التي يتم بها إبرام هذا

1. سوالم سفيان، مرجع سابق، ص 133، 134.
2. موفق حماد عبد، مرجع سابق، ص292.

العقد بين طرفين لا يجمعهما مكان واحد لوجدهما في دولتين مختلفتين لكل منهما قانون، فما يعد من الشروط التعسفية بموجب أحد القوانين قد لا يعد كذلك بموجب قانون الدولة الأخرى.

وعليه فإن حماية المستهلك في عقود التجارة الإلكترونية من الشروط التعسفية تتطلب وجود قواعد موحدة بين الدول وهذا مالم يغفله الإتحاد الاوربي حيث أصدر التوجيه الاوروبي الخاص بحماية المستهلكين من الشروط التعسفية رقم 13/ في 5 نيسان 1993[1].

كما عمل القضاء الفرنسي على إبطال بعض الشروط التعسفية في العقود الإلكترونية المبرمة عبر الأنترنت وذلك من خلال الحكم[2]، الذي أصدرته محكمة باريس الكلية، الدائرة الأولى بتاريخ 2003/2/4 حيث أوضحت فيه ما يعد تعسفيا من الشروط المدرجة في أحد العقود الإلكترونية، وترجع وقائع هذا الحكم إلى أنه بتاريخ 2002/7/4 طلبت جمعية "أسرة فرنسا" من المحكمة أن تقرر اعتبار بعض الشروط التعسفية، وطلب إلغاء هذه الشروط وتوجيه تحذير قضائي تحت الغرامة التهديدية، وكذلك إلزام الشركة المدعى عليها بأن تدفع لها مبلغا 7600 يورو تطبيقا للمادة 700 من قانون المرافعات المدنية والتجارية. وذكرت المحكمة الشروط التالية بأنها تعسفية وقضت بإلغائها وهي

– الشرط المتعلق بحق الشركة المدعى عليها في تعديل بنود العقد في كل وقت.

– الشرط المتعلق بالقيد الوارد على الرخصة القانونية بالرجول أو العدول.

– الشرط المتعلق بالتحفظات حول مطابقة السلعة المسلمة.

المطلب الثاني: حق المستهلك في العدول.

لم يظهر حق المشتري في الرجوع في التعاقد في فرنسا، إلا حديثا وبمناسبة حماية المستهلك من التسرع في التعاقد في بعض أنواع البيوع، وهي تلك التي تأتي منها إرادة المشتري إرادة متسرعة متأثرة بوسائل الدعاية والإعلانات الحديثة أو تحت ضغط إغراءات وتسهيلات البائع بحيث لم يأخذ المشتري وقته الكافي للتدبر والتأمل، فضلا عن قلة خبرته أو انعدامها أحيانا فيما يتعلق بموضوع

[1]. ألاء يعقوب يوسف، مرجع سابق، ص126.

[2]. كوثر سعيد عدنان خالد، مرجع سابق، ص 538، 539.

التعاقد، فرخص المشرع للمتعاقد بعد إبرام العقد مهلة للرجوع فيه ويعطي له الحق في أن يرجع في العقد الذي سبق وأن أبرمه[1].

ويتميز حق المستهلك في العدول عن التعاقد، ورد المبيع، واسترداد الثمن بميزة خاصة في مجال عقود التجارة الإلكترونية، التي تبرم عبر وسائل الإتصال الحديثة، وهذه الميزة تتمثل في كون هذا الحق قد يرد على سلع غير ملموسة مثل برامج الحاسب الخدمات الآلي والخدمات المختلفة الأمر الذي يثير مسألة كيفية ممارسة هذا الحق عند ورد التعاقد الإلكتروني على مثل هذه الأشياء غير المادية[2].

وهذا الحق المقرر لمصلحة المستهلك عبر الأنترنت يعد في الواقع خروجا على مبدأ القوة الملزمة للعقد[3]، فهو حق استثنائي قرر للمستهلك عن بعد ومنها العقود الإلكترونية المبرمة على أحد مواقع الأنترنت[4].

وقد حرص التوجيه الأوربي رقم 7 لسنة 1997 الخاص بحماية المستهلك في العقود عن بعد على تقرير حق المستهلك في العدول عن العقد و إعمالا لهذا التوجيه أقر قانون الإستهلاك الفرنسي هذا الحق للمستهلك في العقود التي تتم عن بعد وذلك بمقتضى المرسوم رقم 741 لسنة 2001، حيث نظمت المادة 121 ـ 20 من قانون الإستهلاك هذا الحق[5].

وفي سبيل التعرف على مضمون هذا الحق من منظور حماية المستهلك الإلالكتروني لابد من إعطاء تعريف له مع توضيح شروط وإجراءات ممارسته، وآثاره بالنسبة للتاجر والمستهلك الإلكتروني على النحو الآتي:

---

[1]. محمد السعيدي رشدي، التعاقد بوسائل الاتصال الحديثة، منشأة المعارف الإسكندرية 2008، ص 82 . مشار له لدى: أمحمد احمد عبد الحميد أحمد، مرجع سابق، ص359.

[2] سامر بريدي، الحماية المدنية للمستهلك في العقود عبر الانترنت ، مجلة جامعة البعث، مجلد 39، ع 39 ، سوريا، ص139.

[3]. صفوان حمزة إبراهيم عيسى الهواري، مرجع سابق، ص325.

[4]. أحمد عبد التواب محمد بهجت، مرجع سابق، ص117 وما بعدها.

[5] سامح عبد الواحد محمد التهامي ، مرجع سابق، ص 236.

الفرع الأول: مفهوم الحق في العدول عن العقد.

يعد حق العدول عن العقد الإلكتروني حقا إراديا محضا يترك تقديره لكامل إرادة المستهلك وفقا للضوابط القانونية، وهو حق يمس بالقوة الملزمة للعقد الإلكتروني ويشكل خروجا عن المبدأ، حيث اعتبره بعض شراح القانون عقدا صحيحا غير لازم بالنسبة للمستهلك وعقد صحيحا لازما للمزود، فحق العدول هو حق شخصي يخضع لتقدير المستهلك ويمارسه وفقا لما يراه محققا لمصالحه، فهو ليس ملزما بإبداء أسباب معينة لهذا العدول ، بمعنى أن استعمال المستهلك لهذا الحق لا يؤدي إلى قيام مسؤوليته[1].

أولا: تعريف حق العدول عن العقد.

تباينت التعريفات عند الفقه حول تعريف الحق في العدول أو خيار الرجوع كما يفضل البعض تسميته، ولكنهم اتفقوا على الأقل على آثاره، لأن هذا الحق يبين قدرة المتعاقد بعد إبرام العقد على المفاضلة أو الاختيار بين إتمامه أو الرجوع فيه[2].

فالحق في الرجوع في الرجوع عن العقد هو وسيلة بمقتضاها يسمح المشرع لأحد المتعاقدين بأن يعيد النظر من جديد ومن جانب واحد في الإلتزام الذي أرتبط به مسبقا، وحيث أنه يوجد عقد سبق تكوينه، لكن أحد الأطراف (المستهلك) سوف يستفيد من مهلة التفكير التي من خلالها سيكون بوسعه الرجوع عن التزامه الذي سبق وان أرتبط به[3].

ونجد له أيضا تعريفا في الفقه بأنه: " سلطة أحد المتعاقدين بالإنفراد بنقض العقد والتحلل منه دون توقف ذلك على إرادة الطرف الآخر "[4].

---

1. موفق حماد عبد، مرجع سابق، ص199.
2. عبد الرحمان خليفي، حماية المستهلك الالكتروني في القانون الجزائري (دراسة مقارنة)، مجلة جامعة النجاح للأبحاث (العلوم الانسانية) المجلد 27 (1)، 2013، ص13.
3. أبو عجلية عقيلة على نصر، مرجع سابق، ص187.
4. إبراهيم أبو الليل، المصادر الإرادية للالتزام، العقد والإرادة المنفردة، جامعة الكويت، 1995، ص274، مشار له لدي: رمزي بيد الله علي الحجازي، مرجع سابق، ص128.

ويعتبر تقرير الحق في الرجوع وكما يرى البعض[1]. إرساء لقاعدة الرضا وهي تضمن حرية الشراء من جانب المستهلكين، كما تسمح لهم برد البضائع إذا لم يكونوا راضين أيا كان السبب واسترداد الثمن، ويرتبط استخدام هذا الحق من جانب المستهلك بمدى وفاء التاجر بالإلتزام الملقى عليه نحو تقديم بضاعة متفقة وما جاء في العقد.

في حين يتصور البعض[2]، بأن حق العدول عن العقد هو إعطاء الحق للمستهلك لفسخ العقد بإرادته المنفردة، مما يمثل اعتداء على مبدأ سلطان الإرادة في العقود، في الوقت الذي وجد فيه بعض الفقه في هذا الحق مجرد إرجاء لإبرام العقد حتى تنقضي تلك المهلة.

ومما سبق بيانه، يتضح أن هذا الحق يثبت ولو لم يخل المتعاقد الآخر بالوفاء بالتزامه المقابل، بل ودون الحاجة إلى إثبات التعرض إلى التأثير أو الخداع، بل ودون الإلتزام بحسب الأصل بتبرير أي من قراري إمضاء العقد أو الرجوع فيه، كما يمارس هذا الحق بدون مقابل، إذا أن في اشتراط هذا أو ذلك ما يفرغ هذا الحق من مضمونه، إنما هذا الحق شرع لمعالجة التسرع وعدم التمهل في إبرام العقد، وينقضي هذا الحق إما باستعماله أو بفوات المدة المحددة[3].

وقد نظم التوجيه الأوربي رقم 97 ـ 07 المتعلق بحماية المستهلكين في التعاقد عن بعد[4]. هذا الحق بمقتضى المادة 1/06 منه والتي تنص على أنه : " يملك المستهلك في كل عقد عن بعد مدة سبعة أيام عمل على الأقل للرجوع أو العدول دون جزاءات، ودون بيان السبب والمصاريف الوحيدة التي يمكن أن يتحملها المستهلك لممارسة حق العدول هي المصاريف المباشرة لرد البضائع".

وقد سار المشرّع الفرنسي على هذا الإتجاه، إذ نص على ذلك في مختلف قوانين حماية المستهلك لسنوات 1971، 1972 و 1978 في شأن القرض الاستهلاكي وفي قانون 06 جانفي 1988 رقم 21 لسنة 1988 الخاص بعمليات البيع عن بعد، وأخيرا في القانون رقم 659 / 2005

---

1. كوثر سعيد عدنان خالد، مرجع سابق، ص622.
2. أسامة أحمد بدر، مرجع سابق، ص210.
3. سعاد عبد الحميد فاتح أبو طالب، مرجع سابق، ص255.
4. جامع مليكة، مرجع سابق، ص195،194.

المعدل لقانون الاستهلاك، حيث يحق للمستهلك وبعد تسليم المبيع رده وإرجاعه واسترداد الثمن خلال تسعة أيام محسوبة من تاريخ تسليمه المبيع دون أن يكون ملزم بأي تبرير عند عدوله[1].

وبدوره قد منح المشرع التونسي في الفصل 30 من قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية المستهلك الحق في العدول عن الشراء خلال عشرة أيام تبدأ من تاريخ استلام المنتجات، أو من تاريخ إبرام العقد بالنسبة للخدمات[2]، كما نظمه المشرّع المصري وذلك من خلال المادة 19 من مشروع قانون التجارة الالكترونية المصرية.

أما المشرّع الجزائري وإن كان تحدث بموجب المواد 13 ـ 16 من القانون 09 / 03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، عن إلزامية الضمان والخدمة ما بعد البيع، وأعطى للمستهلك الحق في استبدال المنتوج أو إرجاع ثمنه، إلا أن هذا لا يمكن أن نعتبره من قبيل الحق في العدول، ذلك أن حق العدول هو حق تلقائي لا يبدي فيه المستهلك أية مبررات، أما حق الإستبدال أو الرجوع فهو حق يجد مبرره في وجود عيب في السلعة أو الخدمة محل التعاقد[3].

وبصدور قانون التجارة الالكترونية الجزائري رقم 18/05 نص المشرع على في المادة22 من ذات القانون على أنه في حالة عدم احترام المورد الإلكتروني أجال التسليم، يمكن للمستهلك اعادة ارجاع المنتوج على حالته في أجل أقصاه أربعة أيام عمل ابتداء من تاريخ التسليم الفعلي للمنتوح دون المساس بحقه في التعويض، غير أن التطبيق الصحيح لحق العدول نجده في المادة 19 من قانون حماية المستهلك وقمع الغش المعدل في 10 يونيو 2018 على أن يتم تحديد شروط و كيفيته وأجاله، وقائمة المنتوجات المعنية عن طريق التنظيم.

---

[1] زروق يوسف، حماية المستهلك مدنيا من مخاطر التعاقد الالكتروني (دراسة مقارنة)، دفاتر السياسة والقانون، العدد التاسع، جوان 2013، ص139.

2. طارق كميل، مرجع سابق، ص76.

3.. جامع مليكة، مرجع سابق، ص195.

ثانيا: مبررات حق المستهلك في العدول عن العقد.

لا شك أن الغاية الأساسية من تقرير عدول المستهلك عن بعض العقود هو حماية رضائه الحقيقي وضمان إرادة واعية ومستنيرة، وتتحقق ذلك بواسطة إعطاء المستهلك فرصة كافية للتروي والتأمل في العقد الذي يكون قد أبرمه متسرعا بدون فكرة واعية وكافية عن المبيع[1].

وفي ظل تطور طرق الإتصال الحديثة والتعقيد الذي شهده استخدام الوسائل التكنولوجيا في إبرام العقود وبشكل يجعل من الصعب على المستهلك الإلمام بكل جوانب العملية التعاقدية التي يقدم عليها، فأصبح ملحا توفير وسائل أكثر فعالية لحماية المستهلك[2].

كما أنه لا جدوى من إحاطة المستهلك علما بالبيانات عن السلع والخدمات دون إعطائه وقتا للتفكير قبل الإقدام على إبرام العقد، حيث يعتبر التفكير هو المكمل للإعلام، والقانون لا يجبر المستهلك على التفكير، ولكن يلزم المتعاقد معه أو المهني حسب التعبير الفرنسي الذي يترك فرصة للمستهلك أن يفكر قبل الإلاقدام على التعاقد[3].

و لا يرتبط الحق في العدول بحماية المستهلك الإلكتروني أو المستهلك المتعاقد عن بعد فقط، بل يرتبط وجوده بكل تشريع يهدف إلى حماية المستهلك، لكن اختلاف طبيعة العقد الإلكتروني تجعل الحق في العدول أكثر من ضرورة بالنسبة للمستهلك الإلكتروني فهو الطرف ضعيف في العقد في مواجهة الطرف المحترف[4].

وأخيرا يمكننا القول أن هناك عوامل استدعت ضرورة التدخل لحماية المستهلك، أولها تتمثل في صفة الإحتراف عند التاجر، الذي يستعمل كل الدعايات من أجل إقناع المستهلك للتعاقد معه، أما

1. عذوشي نعيمة، مرجع سابق، ص78.
2. المرجع نفسه، ص78.
3. أحمد السيد طه كردي، اطار مقترح لحماية حقوق المستهلك من مخاطر التجارة الالكترونية، كلية التجارة، جامعة بنها، مصر، 2011، ص68.
4. سلطاني آمنة، حماية المستهلك في مجال التعاقد عن بعد، بحث مقدم الى الملتقى الوطني المنعقد بمعهد العلوم القانونية والإدارية بالمركز الجامعي ،الوادي، يومي 13و14 أفريل 2008، ص119.

العامل الثاني فيتمثل في ضعف خبرة المستهلك في هذ المجال، والعامل الثالث يتمثل في الضغوطات التي تمارس على المستهلك لدرجة يقدم على شراء سلعة خارج نطاق إرادته[1].

الفرع الثاني: شروط ممارسة الحق في العدول عن العقد.

هذه الشروط يمكن استنتاجها من النصوص القانونية التي تقرر الحق في الرجوع ويمكن إرجاعها إلى شرطين، وهما أن يتم الرجوع خلال المدة القانونية، و ألا يكون العقد المبرم مع المستهلك من العقود المستثناة من نطاق الحق في الرجوع أو ممكن تحتاج إلى إتفاق[2].

البند الأول: أن يتم العدول خلال المدة القانونية.

من الطبيعي عندما يمنح المشرع للمستهلك خيار العدول أن يجدد لممارسة هذا الخيار مدة معينة فإذا مرت هذه المدة سقط حقه في العدول وذلك حفاظا على استقرار التعامل، إذ ليس من العدالة أن يبقى المركز القانوني للتاجر المحترف قلقا مدة طويلة يمكن خلالها أن يفاجئ بطلب نقض عقد مضت على إبرامه مدة طويلة[3].

إلا أن القوانين لم تتفق على تحديد مدة واحد للعدول، فنجد أن التوجيه الأوروبي رقم 97/7 الصادر في 20 مايو 1997 قد تبنى هذا الحق في المادة 1/6 حيث نص على أنه : " كل عقد عن بعد يجب أن ينص فيه على أحقية المستهلك في العدول خلال مدة لا تقل عن سبعة أيام تبدأ من تاريخ الإستلام بالنسبة للمنتجات والسلع، أما بالنسبة للخدمات فإن مهلة السبعة أيام تبدأ من تاريخ إبرام العقد أو من تاريخ كتابة المورد الإقرار الخطي، وتصل هذه المدة إلى ثلاثة أشهر إذا تخلف المورد عن القيام بالتزامه بإرسال إقرار مكتوب يتضمن العناصر الرئيسية للعقد"[4].

---

1. خلوي(عنان) نصيرة، مرجع سابق، ص72.
2. كوثر سعيد عدنان خالد، مرجع سابق، ص638.
3. ألاء يعقوب يوسف، مرجع سابق، ص120.
4. صفوان حمزة ابراهيم عيسى الهواري، مرجع سابق، ص328.

ووفقا للتوجيه الأوربي رقم 65/2002 ce الصادر في 23 سبتمبر 2002 والمتعلق بتسويق الخدمات المالية للمستهلكين عن بعد، فإن المستهلك لديه فترة 14 يوما للإنسحاب من العقد تبدأ إما من يوم إبرام عقد المسافة، أو من اليوم الذي يتلقى المستهلك الشروط التعاقدية والمعلومات، إذا كان ذلك في وقت لاحق من تاريخ إبّرام العقد[1].

أما بالنسبة للمشرّع الفرنسي في التعاقد عن بعد، قد حدد المهلة الأصلية بسبعة أيام، متأثرا بالتوجيه الأوربي رقم 7/97 الذي حددها أيضا بسبعة أيام عمل كما أسلفنا الذكر وهذا ما نصت عليه المادة 20/121 من قانون الاستهلاك الفرنسي،" لكون للمستهلك مهلة بسبعة أيام صريحة لاستعمال حقه بالعدول.. تسري ابتداء من الاستلام بالنسبة للأموال، ومن قبول العرض بالنسبة لتأدية الخدمات"[2].

وإذا كان الأصل أن هذه المدة كافية بطبيعة الحال لكي يتدبر المستهلك أمره ويتفحص المبيع فحصا دقيقا بما يجعله يتخذ قراره عن تفكير وتبصر كاف[3].

إلا أن المشرّع رأى أن هذه المدة لا تكون كافية في الحالة التي يكون فيها المهني لم يقم بتنفيذ التزامه بالإعلام اللأحق لإبرام العقد فجعل المدة التي يمكن للمستهلك أن يمارس خلالها حقه في العدول ثلاثة أشهر بدلا من سبعة أيام، لكن في حالة تدارك المهني لهذا الأمر وقام بتنفيذ التزامه بإعلام المستهلك خلال مدة الثلاثة أشهر، فإن مدة السبعة أيام تعود إلى الظهور مرة أخرى منذ اللحظة التي يقوم فيها المهني بتنفيذ التزامه بالإعلام ويكون للمستهلك الحق في العدول عن العقد خلال مدة سبعة أيام منذ قيام المهني بالإعلام[4].

---

[1]. المرجع نفسه، ص328.

[2]. علاء عمر محمد الجاف، مرجع سابق، ص559.

[3]G. Paisant, Le lai no 88-21 du 6 janvier 1988, sur les opérations de la vente à distance et le télé-achat, J.C.P. 1988, doc. 3350, no 17.

[4]. محمد يونس، حق المستهلك في العدول عن العقد كوسيلة للحماية المدنية اللاحقة للمستهلك في قوانين الاستهلاك، مجلة أكاديمية شرطة، دبي، 2016، ص27،28.

وبعد ذلك عدل المشرّع هذه المادة في نص المادة 21/121 من قانون الاستهلاك رقم 2014/344 وجعلها 14 يوما يستطيع المستهلك خلالها ممارسة حق الرجوع بدلا من سبعة أيام[1]. وأضاف المشرع في الماد 1/21/121 من قانون الاستهلاك الجديد أنه: " إذا لم تقدم المعلومات عن الحق في الرجوع المشار إليها في المادة(17/121) من هذا القانون، فإنه يتم مد فترة الرجوع إلى إثني عشر شهر تحسب من انتهاء مدة الرجوع المحددة في المادة (21/121) ومع ذلك إذا قام المهني بتوفير هذه المعلومات خلال فترة التمديد، يتعين إنهاء فترة الرجوع بعد مرور أربعة عشر يوما من اليوم الذي يتلقى فيه المستهلك هذه المعلومات[2]. وتجدر الاشارة إلى أنه يجوز للمهني والمستهلك الإتفاق فيما بينهم على زيادة المدة، فيجوز لهم الإتفاق على مدة أكثر، لأن هذه الزيادة تعطي حماية أكثر للمستهلك، ولكن لا يجوز الإتفاق على إنقاص مدة العدول المحددة قانونا، وفي حالة حدوث ذلك يكون الإتفاق باطلا بطلانا مطلقا لمخالفة قاعدة آمرة من قواعد قانون الاستهلاك[3].

أما بالنسبة للتشريع التونسي فتعتبر الآلية القانونية الحمائية التي تمكن المستهلك من مراجعة اختياراته والتفكير في طلبه وإعادة النظر في قبوله، وذلك تجنبا للنتائج المنجزة عن القبول المتسرع من خصوصيات القانون التونسي الذي تضمنها قانون 09 أغسطس 2000 المتعلق بالمبادلات التجارية الإلكترونية. ويمكن ممارسة حق العدول عن الشراء حسب الفصل 30 من قانون المبادلات التجارية الإلكترونية في أجل عشرة أيام تحتسب:

- بالنسبة للبضائع بداية من تاريخ تسلمها من قبل المستهلك.
- بالنسبة إلى الخدمات بداية من تاريخ إبرام العقد[4].

أما بالنسبة للمشرع المصري والمشرع الفلسطيني لم يقررا حق المستهلك في العدول عن العقد بالشكل المنصوص عليه في القانون الفرنسي والتوجيه الأوربي والتونسي، ولكنهما منحا المستهلك الحق في إرجاع السلع أو المنتجات في حالات معينة ومحددة على سبيل الحصر واستبدالهما بسلع

[1] - Art, (121/21) mod, par L.n°2014_344 du 17 mars 2014, préc.,art.,9cv) .

[2]. أمينة أحمد محمد أحمد، مرجع سابق، ص464.

[3]- Bresseet P et Kaufman G, *Guide juridique de Internet du commerce électronique*, 2000,p, 224 .

[4]. صفوة حمزة إبراهيم عيسى الهواري، مرجع سابق، ص329.

ومنتجات أخرى أو إعادتهما مع رد ثمنها، ولكن هذه الخيارات مقيدة بشرط أن تكون السلع أو المنتجات يشوبها عيب أو غير مطابقة للمواصفات المتفق عليه أو المعمول بها أو للغرض الذي تم التعاقد من أجله[1]. مثل هذه الحالات في حقيقة الأمر لا تعد ممارسة للحق في العدول بالمعنى القانوني له والمقرر في التشريعات سالفة الذكر، وإنما يعد تطبيقا للقواعد العامة عند الإخلال بالالتزام بضمان العيوب في عقد البيع[2].

هذا وقد نص المشرّع المصري بمقتضى المادة 19 من مشروع قانون تنظيم أحكام التجارة الإلكترونية على أنه:" مع عدم الإخلال بأحكام الضمان القانونية والإتفاقية، يجوز للمستهلك أن يفسخ العقد المبرم إلكترونيا خلال الخمسة عشرة يوما التالية على تاريخ تسلمه للسلعة أاو من تاريخ التعاقد على تقديم الخدمة، وذلك بدون حاجة إلى تقديم أي مبررات[3].

البند الثاني: أن يمارس المستهلك حقه في العدول في نطاق العقود التي تجيز له ذلك:

هذا الشرط بديهي ومستشف من النصوص القانونية، فالأصل أن كل العقود التي تبرم بين التجار والمستهلكين بخصوص السلع والخدمات والتي تتم بطريق إلكتروني تخضع للحق في الرجوع، إلا أن النصوص القانونية التشريعية تقيد من ذلك الحق في بعض العقود، بمعنى أن هناك عقود مستثناة لا تخضع للحق في الرجوع[4].

وقد نص المشرّع الفرنسي بموجب المادة 221 ـ 28 من قانون الإستهلاك الفرنسي على طائفة من العقود لا يسري عليها الحق في العدول وتتمثل في:

أ ـ عقود الخدمات التي يبدأ تنفيذها بالكامل قبل نهاية فترة العدول بناءا على اتفاق صريح مع المستهلك يعبر فيه أنه لا يريد ممارسة حقه في العدول: هذا الإستثناء خاص عقد من عقود تقديم

---

[1]. راجع نص المادتين(8، 9) من قانون حماية المستهلك المصري، والمادتين (3، 19) من قانون حماية المستهلك الفلسطيني.

[2]. طارق كميل، مرجع سابق، ص76.

[3]. جامع مليكة، مرجع سابق، ص196.

[4]. كوثر سعيد عدنان خالد، مرجع سابق، ص560.

الخدمات، يتم الإتفاق فيه بين كل المهني والمستهلك على أن بداية تنفيذ العقد قبل انتهاء المدة المقررة لممارسة الحق في العدول عن العقد[1]. والهدف من هذا الإستثناء هو عدم الإضرار بالمعنى، وذلك بعد عدول المستهلك عن العقد بعد أن يكون قد استفاد من الخدمة المقدمة له[2].

ب ـ العقود الواردة على السلع والخدمات متقلبة الأسعار:

وهي العقود التي ترد على السلع والخدمات والتي يتغير سعرها في السوق المالية مع متقلبات البورصة، والسبب في استبعاد مثل هذه العقود من الرجوع هو أنه إذا استخدم المستهلك حقه في الرجوع عن العقد فإن المهني سيكون ملزما برد الثمن الذي تم الإتفاق عليه عند ابرام العقد الذي قد يكون مخالفا لسعر السلعة أو الخدمة وقت رد هذا المبلغ للمستهلك، حيث أنه من الممكن أن يكون سعر السلعة أو الخدمة قد ارتفع أو انخفض عن سعرها وقت إبرام العقد[3].

ت ـ عقود توريد السلع المصنعة بمواصفات المستهلك الشخصية أو التي لا يمكن إعادة تصديرها ثانية، لكون هذه السلع تم تصنيعها لمستهلك معين بالذات ووفق متطلبات معينة، ويكمن الهدف الأساسي من وراء هذا الإستبعاد هو عدم الأضرار بالمهني نظرا لعدم قدرة هذا الأخير على إعادة بيعها مرة أخرى بعد عدول المستهلك عن العقد[4].

ث ـ السلع التي لا يمكن إعادتها للبائع بحسب طبيعتها أو التي يسرع إليها التلف أو الهلاك.

يقصد بها تلك السلع التي يؤدي إعادة شحنها وإرسالها للبائع إلى التلف مثل الأشياء المركبة من عدة أشياء صغيرة والتي يقتضي إعادة شحنها إلى تفكيكها، أو الأشياء الزجاجية التي تؤدي إعادة شحنها إلى حدوث كسور بها، أما الأشياء التي يسرع إليها التلف مثل المواد الغذائية والأزهار[5].

---

1. محمد يونس، مرجع سابق، ص22،23.
2. سامح عبد الواحد محمد التهامي، مرجع سابق، ص239.
3. المرجع نفسه، ص240.
4. محمد يونس، مرجع سابق، ص24.
5. مجد الدين محمد السوسة، مرجع سابق، ص395.

ج ـ عقود السلع التي تم فتحها من قبل المستهلك والتي لا يمكن إرجاعها لأسباب تتعلق بالنظافة وحماية الصحة.

ح ـ عقود السلع التي بعد تسليمها وبحكم طبيعتها يتم خلطها مع عناصر أخرى بطريقة لا يمكن فصلها.

خ ـ العقود المتعلقة بتوريد الكحول والتي يتأخر تسليمها إلى ما بعد ثلاثين يوما، والتي تخضع أسعارها إلى تقلبات السوق و الخارجة عن سيطرة المحترف.

د ـ أعمال الصيانة والإصلاح التي تتم على وجه السرعة في منزل المستهلك بناء على طلبه الصريح في حدود ما تتطلبه من قطاع الغيار والأعمال الضرورية التي تستجيب لحالة الطوارئ.

ذ ـ العقود الوارد على التسجيلات السمعية والبصرية وبرامج الكمبيوتر، شرط أن يكون المستهلك قد نزع الغلاف الخاص بها(أي فض العبوة) : ولعل الهدف من هذا الإستثناء هو حماية حقوق الملكية الفكرية، فمنح المستهلك حق الرجوع بشأن هذا النوع من السلع قد يمكنه من الإستيلاء عليها دون دفع ثمنها، كما هو الحال مثلا إذا قام المستهلك بإعادة الأسطوانات أو برامج الكمبيوتر بعد نسخها أو إعادة إنتاجها[1].

ر ـ العقود الواردة على الصحف والمجلات و الدوريات بإستثناء: تتعارض طبيعة هذه العقود مع حق المستهلك في العدول، ولذلك سعى المشرع إلى استبعادها من نطاق هذه الآلية القانونية للحماية، لان ذلك سيؤدي إلى إلحاق الضرر بالمهني[2].

ز ـ العقود المبرمة في المزاد العلني.

س ـ خدمات تأجير السيارات وخدمات المطاعم وخدمات الإستضافة، وتلك المرتبطة بأنشطة أوقات الفراغ والترفيه التي يجب أن تقدم في موعد أو فترة محددة.

---

1. خالد عبد المنعم ابراهيم مصطفى، مرجع سابق، ص718.
2. علاء عمر الجاف، مرجع سابق، ص556.

ش ـ عقود توريد محتوى رقمي لم يتم توفيره على وسيط ملموس، إذا كان الأداء قد بدا بموافقة المستهلك المسبقة وإقراره بأنه سوف يفقد حقه في الرجوع.

وهي نفس الاستثناءات[1]، التي أقرها المشرع الأوروبي في المادة السادسة عشر من التوجيه رقم 2011/83 الصادر بشأن حقوق المستهلك.

من جهة أخرى ـ وكما سبقت الإشارة ـ فقد أعترف المشرع التونسي للمستهلك بحقه في العدول عن العقد، ولكنه أيضا لم يجعل ممارسة هذا الحق مطلقا وإنما أورد عليه استثناءات حددها الفصل 32 من قانون المبادلات والتجارة الالكترونية بقولها[2]: " مع مراعاة أحكام الفصل 30 من هذا القانون وبإستثناء حالات العيوب الظاهرة أو الخفية، لا يملك المستهلك العدول عن الشراء في الحالات التالية:

ـ عندما يطلب المستهلك توفير الخدمة قبل انتهاء أجل العدول عن الشراء و يوفر البائع ذلك.

ـ إذا تم تزويد المستهلك بمنتوجات حسب خاصيات شخصية أو تزويده بمنتوجات لا يمكن إعادة إرسالها أو تكون قابلة للتلف أو الفساد لإنتهاء مدة صلاحيتها.

ـ عند قيام المستهلك بنزع الأختام عن التسجيلات السمعية أو البصرية أو البرمجيات والمعطيات الإعلامية المسلمة أو نقلها آليا.

ـ شراء الصحف والمجلات".

الفرع الثالث: آثار ممارسة حق العدول.

يتضح من خلال البحث في مكنة العدول أنها حق تقديري أي خاضعة لتقدير المستهلك وحده بإرادته المنفردة دون موافقة الطرف الآخر و دون اللجوء إلى القضاء، بل ودون الحاجة إلى تقديم

1. أمينة أحمد محمد أحمد، مرجع سابق، ص484.
2. جامع مليكة، مرجع سابق، ص197.

أسباب[1]، وبالتالي إذا انتهت المهلة القانونية المحددة للمستهلك، ولم يقم بالرجوع، أصبح العقد ساري المفعول ومنتجا لآثاره القانونية[2].

أما في حالة اختيار المستهلك طرق الرجوع عن التعاقد، فيترتب على ذلك زوال العقد وانقضائه ويلتزم الأطراف بإعادة الحالة إلى ما كانت عليه قبل التعاقد فإن تسلم الشيء المبيع التزم بإعادته إلى الحالة التي تسلمها عليها، وهذا الحال مثلما ينطبق على العقود الإستهلاكية العامة، فإنه ينطبق كذلك على العقود الإلكترونية[3].

غير أن آثار ممارسة المستهلك لحقه في العدول عن العقد تختلف بالنسبة لكل من المهني والمستهلك وذلك على النحو التالي:

أولا: آثار ممارسة الحق في العدول بالنسبة للمستهلك.

إذا تمسك المستهلك بحقه في العدول عن العقد، وذلك قبل انقضاء مهلة العدول، فيترتب على ذلك انقضاء العقد واعتباره كأن لم يكن منذ إبرامه، وبالتالي فإنه يستتبع ذلك أن يقوم المستهلك برد السلعة إلى المهني إذا كان قد تسلمها، ويجب أن تكون بنفس الحالة التي كانت عليها وقت تسلمها، فلا يجوز أن يكون قد أصابها تلف أو هلاك وإلا وقعت تبعة هذا الهلاك على المستهلك، وذلك على أساس أن تبعة الهلاك ترتبط بالتسليم[4].

وكذلك فإن المستهلك عبر الأنترنت لا يتحمل مقابل رجوعه عن العقد أي تعويض أو مصاريف ما عدا المصاريف التي تكون نتيجة مباشرة لإستعماله خيار الرجوع، والتي هي عبارة عن المبالغ التي يصرفها المستهلك لإرجاع السلعة إلى المهني وإيصال تلك السلع إلى مكانها، وتشمل تلك المصاريف مصاريف الشحن والنقل والتأمين...إلخ[5]. وذلك وفقا للقانون الفرنسي إلا أن الأمر على خلاف

1. زمزي بيد الله علي الحجازي، مرجع سابق، ص176.
2. زغبي عمار، الحق في العدول عن التعاقد ودوره في حماية المستهلك، مجلة الفكر، العدد التاسع، جامعة محمد خيطر، بسكرة، 2018، ص127.
3. عبد الرحمان خليفي، مرجع سابق17.
4. سامح عبد الواحد محمد التهامي، مرجع سابق، ص252.
5. أبو عجلية عقلية على نصر، مرجع سابق، ص203.

بالنسبة للقانون المصري حيث لا يتحمل المستهلك أي تكاليف أو مصروفات إعادة السلعة أو استبدالها، ويتحمل هذه التكاليف المهني باعتبار أن السلعة معيبة أو غير مطابقة للمواصفات[1].

والجدير بالذكر أنه ليس هناك ما يمنع أن يتفق المهني والمستهلك على عدم تحمل هذا الأخير لأية مصاريف ولا حتى مصاريف إعادة إرسال السلعة وعلى أن يتحمل المهني هذه المصاريف، فهذا الإتفاق يكون صحيحا على أساس أنه يمنح حماية للمستهلك أكبر من الحماية التي قررها القانون[2].

ولا يفهم من تحمل المستهلك لمصاريف الإرجاع أنه يتحمل جزاءات من أي نوع نتيجة لرجوعه عن العقد وإلا لأدى ذلك في حالات كثيرة إلى امتناعه عن استعمال هذا الحق تفاديا لما يلحق به من جزاء، فتلك المصاريف هي نتيجة مباشرة لإستعمال هذ الحق، لذلك تنص المادة السادسة من التوجيه الأوروبيEC97/7 على أن المصروفات التي يمكن أن يتحملها المستهلك بسبب رجوعه عن العقد هي فقط المصروفات المباشرة لإعادة البضائع إلى المهني[3].

ومن جهته قرر المشرّع التونسي نفس الحكم وذلك من خلال الفقرة الثالثة من الفصل 30 بقوله: " هذا ويتحمل المستهلك المصاريف الناجمة عن إرجاع البضاعة"، وليس في هذا الحكم إجحاف بحق المستهلك، إذ لا ينسب إلى التاجر خطأ أو إخلال بتنفيذ التزاماته، لذا فليس من العدل الزامه بنفقات إعادة السلعة، فالمستهلك هو من اختار العدول عن العقد وعليه أن يتحمل نفقات ذلك[4].

إن عدم تحميل المستهلك أية مصاريف اضافية أو جزاءات عدا مصاريف إعادة السلعة دفع بعض الفقه إلى القول وبحق أن خيار العدول وبجانب كونه حقا تقديريا فهو حق مجانيا أيضا[5].

---

1. محمد يونس، مرجع سابق، ص31،32.
2. سامح عبد الواحد محمد التهامي، مرجع سابق، ص253
3. خالد عبد المنعم ابراهيم مصطفى، مرجع سابق، ص728.
4. الاء يعقوب يوسف، مرجع سابق، ص122.
5. موفق حماد عبد، مرجع سابق، ص245.

ثانيا: آثار ممارسة حق العدول بالنسبة للمحترف.

تتمثل آثار العدول بالنسبة للمحترف بصفة أساسية في التزامه برد الثمن الذي دفعه المستهلك له مقابل حصوله على السلعة وفسخ عقد القرض الذي قد يكون المستهلك أبرمه تمويلا للعقد الذي عدل عنه[1].

أ ـ رد الثمن للمستهلك.

من أهم الآثار المترتبة عن ممارسة الحق في الرجوع إلتزام المحترف بإعادة المبالغ التي قد يكون تقاضاها من المستهلك وهو ما تم التأكيد عليه من خلال المادة (2/6) من التوجيه الأوروبي رقم 97/7 حيث نصت على أنه :" إذا تم ممارسة الحق في الرجوع من جانب المستهلكين وفقا لهذه المادة يكون المهني مزما بتسديد المبالغ التي يدفعها المستهلك مجانا، أي" بدون تكلفة"، وأكد أيضا في نص المادة (1/13) من التوجيه رقم 2011/83، على أن" يقوم المهني بسداد جميع المدفوعات الواردة من المستهلك بما في ذلك ـ عند الاقتضاء ـ تكليف التسليم، دون تأخير لا مبرر له، وعلى أي حال في موعد لا يتجاوز أربعة عشر يوما.."[2].

وقد أخذ المشرّع الفرنسي بنفس الحكم في المادة 1/221[3]. وذلك بالزام المهني برد المبلغ الإجمالي بما في ذلك رسوم التسليم دون تأخير لا مبرر له، وكأقصى تقدير خلال 14 يوما من تاريخ إبلاغه بقرار المستهلك بالرجوع عن العقد.

وفي حالة تجاوز البائع للميعاد المذكور يصبح المبلغ المدفوع من قبل المستهلك منتجا للفوائد القانونية، والتي تحسب على أساس المعدل القانوني المعمول به[4]، هذا بالإضافة إلى اعتبار المشرّع

1. المرجع نفسه، ص241.

2. أمينة أحمد محمد أحمد، مرجع سابق، ص492،493.

3- V, art, 221_24/1 code consommation français.

4. خالد عبد المنعم، ابراهيم مصطفى، مرجع سابق، ص728.

الفرنسي رفض البائع رد الثمن للمستهلك مخالفة من نوع المخالفات التي يتم معاينتها والتحقق فيها من قبل الجهات المنوط بها التحقيق في مجال المنافسة وقمع الغش[1].

وقد أقر أيضا قانون المبادلات والتجارة الالكترونية التونسي وجوب رد المحترف الثمن للمستهلك وذلك في الفقرة الثالثة من الفصل (30) حيث ألزم التاجر عند ممارسة المستهلك لمكنة العدول بإرجاع المبلغ المدفوع إلى المستهلك في أجل عشرة أيام تحسب من تاريخ ارجاع البضاعة أو من تاريخ العدول عن الخدمة[2].

يتضح من أحكام هذه النصوص أنها اتفقت من حيث إلزام المحترف برد المبالغ التي دفعها المستهلك خلال مدة معينة، ودون أن يكون المستهلك ملزما بدفع أي تعويض إلى المحترف كونه يستخدم حقا تشريعيا، ولكنها تباينت بشأن طول المدة التي يجب على المحترف تنفيذ الزامه خلالها[3].

ب / فسخ العقد المبرم تمويلا للعقد الذي عدل عنه المستهلك.

إعمالا لنص المادة 4/6 من التوجيه الأوربي (EC /7/97) على أنه: " إذا كان الوفاء بثمن المنتج أو الخدمة قد تم تمويله كليا أو جزئيا بإئتمان من قبل المورد أو من شخص من الغير على أساس اتفاق مبرم بين الأخير والمورد، فإن ممارسة المستهلك لحق العدول يؤدي إلى فسخ عقد الإئتمان بقوة القانون"[4]، وفي الوقت ذاته نصت المادة 33 من قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية التونسي على أنه :" إذا كانت عملية الشراء ناتجة كليا أو جزئيا عن قرض ممنوح إلى المستهلك من قبل البائع أو الغير على أساس عقد مبرم بين البائع والغير فإن رجوع المستهلك عن الشراء يفسخ عقد

1. موفق حماد عبد، مرجع سابق، ص242.
2. زمزي بيد الله علي الحجازي، مرجع سابق، ص181.
3. منصور حاتم محسن ، العدول عن التعاقد في عقد الاستهلاك الالكتروني (دراسة مقارنة)، مجلة المحقق الحلى للعلوم القانونية والسياسية، العدد الثاني، السنة الرابعة، جامعة بابل، العراق، د. ت، ص 70، 71.
4. آمنة سلطاني، مرجع سابق، ص122.

القرض دون تعويض"[1]، وهو ذات الحكم الذي أخذ به المشرع الفرنسي وفقا لنص المادة (311 ـ 1/15) من قانون الاستهلاك الفرنسي[2].

وبذلك يكون قانون الإستهلاك الفرنسي وقانون المبادلات والتجارة الإلكترونية التونسي قد نظر إلى العقدين: العقد الرئيسي المبرم بين المستهلك والمورد والعقد الثانوي التابع له والمخصص لتأمين التمويل الإئتماني لهذه الصفقة بإعتبارهما كلا لا يتجزأ، ولا شك أن ذلك يمثل حماية للمستهلك في هذا المجال فهو في الواقع لم يبرم عقد الإئتمان إلا بقصد تمويل العقد الذي أبرمه عن بعد، فإذا مازال العقد الذي قصده أصلا بممارسة الحق في العدول تعين إنهاء العقد المرتبط به والذي لم يعد هناك مبرر للإبقاء عليه[3].

1. أبو عجلية عقيلة علي نصر، مرجع سابق، ص205.
2. منصور حاتم محسن، مرجع سابق، ص71.
3. خالد عبد المنعم ابراهيم مصطفى، مرجع سابق، ص730.

الباب الثاني: إثبات التعاقد عبر الأنترنت.

لقد أدى التطور المتلاحق للتجارة التي تتم بالطرق الإلكترونية إلى ظهور وسائل جديدة مبتكررة تتفق وطبيعة هذه المعاملات، فظهرت المحررات الإلكترونية بديلا عن المحررات أو الأوراق التقليدية، كما ظهر التوقيع الإلكتروني كبديل للتوقيع الكتابي التقليدي، حيث تتنوع أدلة إثبات بين تقليدية ومعاصرة، فها هي الكتابة، شهادة الشهود، القرائن الإقرار اليمين، المعاينة والخبرة كأدلة إثبات تقليدية ارتبط وجود معظمها بوجود القانون وها هي البرقيات، الفاكس، الإيميل، الوثائق الإلكترونية، مؤتمرات الفيديو ومؤتمرات التليفون، كأدلة إثبات معاصرة، وإذا كان كل دليل يختلف في فلسفته وطبيعته عن الأدلة الأخرى، فإن هدف مختلف هذه الادلة هو الوصول إلى غاية واحدة وهي إثبات الحق محل النزاع[1].

ولما كان للإثبات هذه الأهمية العملية الكبيرة، كان لابد أن تعنى جميع الشرائع والأنظمة القانونية بتنظيمه عبر بيان الوسائل التي تمكن القاضي من الوصول إلى الحقيقة فيما يعرض عليه من منازعات، وحتى يمكن الأفراد كذلك من إثبات وجود هذه الحقيقة وذلك على النحو الذي تتحقق فيه العدالة[2].

وفي ظل الإنتشار المتنامي للتجارة الإلكترونية والتعاملات الحديثة التي تتم عن بعد بواسطة وسائل تقنية حديثة تنقل المعلومات والبيانات إلكترونيا عبر شبكة الأنترنت، كان من الضروري اتجاه الأنظار ـ خاصة لدى القانونيين ـ إلى الإثبات ووسائله التقليدية لمحاولة تطويع تلك الوسائل بحيث تتلاءم مع مستجدات هذه التطور خاصة لو أخذنا في الإعتبار أن قواعد الإثبات وضعت على أساس التصور التقليدي للمستند الورقي المتضمن كتابة وتوقيعا، في حين نجد أن كافة المعاملات الإلكترونية الحديثة تتم بواسطة وسائل تقنية حديثة عبر شبكة الأنترنت، وهي بعيدة تماما عن الأشكال الورقية

[1]. صفوان حمزة إبراهيم عيسى الهواري، مرجع سابق، ص138.

[2]. بشار محمود دودين، مرجع سابق، ص215.

يمكن تداركه إلا بالتفكير بصورة جدية في مدى ملاءمة تلك القواعد القانونية الحالية أو التقليدية المنظمة لمسائل الإثبات لهذا التطور الهائل[1]

ونظرا لغياب الوسيط المادي الذي يتم تحرير العقد وتدوين شروطه عليه، واتخاذه شكلا آخر غير مادي وهو الدعائم الإلكترونية، فقد أدى ذلك إلى بزوغ ما يسمى بالإثبات الإلكتروني[2].

فحماية المستند الإلكتروني من حيث المضمون، والتوقيع الإلكتروني، يكفل للأفراد الثقة و الطمأنية و استقرار المعاملات، كما يؤدي إلى أن يصبح هذا المستند دليلا للإثبات مساويا للمستند الورقي[3].

ويثور التساؤل حول مدى اعتبار ما يتم تدوينه على الوسائط الإلكترونية من قبيل الكتابة المعتد بها في الإثبات، وماهي الشروط الواجب توفرها فيهما؟ ومدى حجية هذه الكتابة في حالة نشوب نزاع وتمسك بها أحد الأطرافن كذلك تثور مسألة المساواة بين التوقيع التقليدي (التوقيع اليدوي) والتوقيع الإلكتروني، كما أن إمكانية التغيير والتعديل بالوسائط الإلكترونية مما يؤدي إلى تغيير أو تعديل الوثائق التي يتم التوقيع عليها إلكترونيا قد أثار تساؤلا هاما وهو مدى الإرتباط بين التوقيع الإلكتروني وبين الوثيقة (المذيلة بالتوقيع الإلكتروني) وبالتالي إثبات صحة ما ورد بالمحرر ونسبته إلى صاحب التوقيع، الأمر الذي يحتاج إلى التحقق من صدور التصرف ممن ينسب إليه، دون تعديل لمحتواه[4].

ولذلك نجد أن هناك حركة تشريعية واسعة قد حدثت من أجل منح الثقة في التعاقدات التي تتم عبر الأنترنت من خلال منح الثقة في المحرر والتوقيع الإلكتروني، حيث أصدر البرلمان الأوربي التوجيه الاوربي رقم 93 لسنة 1999 والخاص بالتوقيعات الإلكترونية، ثم قام المشرع الفرنسي بإصدار القانون رقم 230 لسنة 2000 المتضمن تعديل قواعد الإثبات في القانون المدني حتى تتماشى مع

---

1. عصام عبد الفتاح مطر، مرجع سابق، ص179.
2. حسن عبد الباسط جميعي، اثبات التصرفات القانونية التي يتم إبرامها عن طريق الأنترنت، دار النهضة العربية، مصر، 2000، ص63.
3. لزهر بن سعيد، مرجع سابق، ص130.
4. إيمان مأمون احمد سليمان، مرجع سابق، ص177.

تكنولوجيا المعلومات[1]، كما قامت لجنة القانون التجاري الدولي بإصدار قانون الاونيسترال النموذجي بشأن التوقيعات الإلكترونية لسنة 2001[2]، كما أن المشرع المصري لم يكون بعيدا عن هذه الحركة التشريعية حيث أصدر القانون رقم 15 لسنة 2004 المتعلق بالتوقيع الالكتروني، وبإنشاء هيئة تنمية صناعة تكنولوجيا المعلومات[3].

ولقد ادركت الجزائر منذ أزيد من عشرية هامة أهمية في التحكم في تكنولوجيا الإعلام والإتصال، نظرا لعلاقة هذه الإخيرة بنجاح مسار التنمية المستدامة، وهذا ما كرسه المشرع الجزائري من خلال تعديل قواعد الاثبات بالقانون رقم 11/05 المؤرخ في 20 جوان 2005 المعدل والمتمم للقانون المدني، حيث اعتبر الإثبات بالشكل الإلكتروني كالإثبات بالكتابة شريطة توافر شروط معينة.

كما صدر مؤخرا رقم 04/15[4]، المؤرخ في 01 فيفري 2015 الذي يحدد القواعد العامة المعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين، إضافة إلى ذلك صدور القانون المتعلق بالتجارة الإلكترونية. ومن خلال دراستنا هذه نقسم هذا الباب إلى فصلين على النحو التالي:

الفصل الأول: الكتابة الإلكترونية.

الفصل الثاني: التوقيع لإلكتروني.

1. سامح عبد الواحد محمد التهامي، مرجع سابق، ص259.
2. قانون الاونيسترال النموذجي بشان التوقيعات الالكترونية، منشور باللغة العربية على الموقع www.uncitral.org
3. القانون رقم 15 لسنة 2004، المتعلق بتنظيم التوقيع الالكتروني وبإنشاء هيئة تنمية صناعة تكنولوجيا المعلومات الجريدة الرسمية، العدد17 المؤرخة في 22 أبريل 2004.
4. القانون رقم 04/15 المؤرخ في 11 ربيع الثاني عام 1436 الموافق لـ أول فبراير 2015، الذي يحدد القواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الالكترونيين، الجريدة الرسمية، الجزائر، العدد6.

الفصل الأول: الكتابة الالكترونية.

صاحب التطور التقني لوسائل الإتصال وتكنولوجيا المعلومات تأثيرات عميقة على مجالات قانونية متعددة، وقد حظيت فكرة الكتابة بجانب كبير من هذا التأثير، حيث أخذت النظرة التقليدية للكتابة المدونة على دعامة ورقية بأدوات مادية في الأفول رويدا رويدا مع بزوغ فجر الكتابة الإلكترونية المدونة على دعامات غير مادية لا يمكن حصرها لما يفرزه العلم من دعامات جديدة بين الحين والآخر.[1].

وقد نشأ عن هذا التأثير حتمية إعادة النظر في المفهوم التقليدي للكتابة من أجل استيعاب التطورات الجديدة، وهو الأمر الذي يعتمد بطبيعة الحال على مرونة هذه الفكرة، وسنرى كيف أن الوقوف على مدى تقبل وتطويع فكرة الكتابة للتقنيات الحديثة تواجه عدة صعوبات ناشئة عن استمرارها فترة طويلة من الزمن قابعة تحت لواء الكتابة الورقية[2].

ونظرا للأهمية البالغة للكتابة الإلكترونية في إثبات المعاملات المدنية والتجارية وحاجة الأشخاص لها في هذا الميدان، في ظل عدم وجود الوثائق الورقية في إجراء وتنفيذ المعاملات، فقد تم إبرام العديد من الإتفاقيات الدولية للإعتراف بها، وقد ظهرت على أساسها تشريعات استرشادية، تأثرت بها التشريعات بين واضع لقوانين خاصة للمعاملات الالكترونية[3]، وبين مطوع للقواعد العامة في الإثبات لكي تستوعبها كما فعل جانب من التشريعات.

وترتيبا على ما تقدم فسوف نتناول الكتابة الإلكترونية وذلك من خلال تقسيم هذا الفصل إلى ثلاثة مباحث كما يلي:

---

[1]. بلقنيشي حبيب، إثبات التعاقد عبر الأنترنت (البريد المرئي) دراسة مقارنة ، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة وهران، 2011/2010، ص33.

[2]. ثامر محمد سليمان الدمياطي، مرجع سابق، ص172.

[3]. زروق يوسف، حجية وسائل الاثبات الحديثة، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ابو بكر بلقايد، تلمسان، 2013/2012، ص163.

المبحث الأول:مفهوم الكتابة الإلكترونية وتطبيقها على المحرر الإلكتروني.

المبحث الثاني: حجية المحررات الإلكترونية طبقا للقواعد التقليدية في الاثبات.

المبحث الثالث: الحجية القانونية للمحرر الإلكتروني.

المبحث الأول: مفهوم الكتابة الإلكترونية وتطبيقها على المحرر الإلكتروني.

تلعب الكتابة دورا مهما في إثبات التصرفات القانونية، والكتابة التي يعتد بها في الإثبات تكون إما في صورة محرر رسمي يثبته موظف رسمي (عام) وتكون له حجية في مواجهة الناس كافة، وقد تكون في صورة محرر عرفي لا يحرره موظف رسمي، وإنما يكون موقعا عليه من اطراف التعاقد، ولا يحتج به إلا في مواجهة من وقع عليه[1].

ومعنى هذا أن الكتابة هي وسيلة إعداد دليل لإثبات الإتفاق والرضا به من الطرفين، ويمكن أن يثبت ذلك في أية دعامة أخرى تؤدي ذات الغرض ولو كانت غير مادية كمخرجات الحاسب الآلي من أسطوانات وغيرها متى أمكن التحقق من مضمونها ومحتواها[2].

وعلى ذلك فإن تحديد مفهوم الكتابة يتعين أن يكون في إطار وظيفتها والدور الذي تؤديه في الإثبات، ولا يقوم على أساس نوع الوسيط الورقي بالمفهوم التقليدي[3].

وسنتناول في المطلب الأول المقصود بالكتابة، ثم مفهوم الكتابة الإلكترونية في مطلب ثاني.

---

1. لزهر بن سعيد، مرجع سابق، ص140.
2. إيمان مأمون أحمد سليمان، مرجع سابق، ص181.
3. مخلوفي عبد الوهاب، مرجع سابق، ص178.

المطلب الأول: المقصود بالكتابة بوجه عام.

لم يهتم القانون الجزائري على غرار القانون الفرنسي بصورة حقيقية ومباشرة بفكرة الكتابة في ذاتها، فرغم ذيوع هذا المصطلح سواء على مستوى النصوص القانونية أو الفقه أو القضاء، فإنها لم تكن محلا للتعريف في القانون المدني الجزائري أو القانون المدني الفرنسي، وقد اقتصر الأمر على محاولات فقهية لتعريف ذلك المصطلح، وفي تاريخ القانون المدني الجزائري لم يرد إطلاقا تعريف قانوني للدليل الكتابي على دعامة ورقية وهو ذات النهج الذي يسار عليه المشرع الفرنسي[1].

ولبيان المقصود بإصطلاح الكتابة ينبغي الوقوف على الدلالة اللغوية لهذا اللفظ تم إلقاء الضوء على المحاولات الفقهية لتعريفه على النحو الآتي:

الفرع الأول: الكتابة في اللغة.

للكتابة في اللغة عدة معان منها:

ـ الكتابة مشتقة من الفعل الثلاثي (كتب) بمعنى خط، فهو كاتب، وجمعها كتاب، فالكتابة صناعة الكتاب، أو ما يخطه الإنسان، أو يكتبه في القرطاس من الكلام[2].

ـ الجمع والضم، يقال: تكتب القوم إذا اجتمعوا، ومنه أخذت كلمة (كتيبة) للجماعة أو الفرقة، ومن ثم سمي الخط كتابة، لجمع الحروف لبعضها إلى بعض [3].

وبذلك يكون معنى الكتابة ما يخطه الإنسان ليثب به أمر له أو عليه، من جهة أخرى تعتبر التعريفات الواردة في القواميس والمعاجم الفرنسية أكثر استخداما وأهمية في شأن التحليل الجاري إجراؤه، ففي معجم Robert يعني لفظ كلمة L'écrit، ما يكون مكتوبا على الورق بالإضافة إلى

---

[1]. بلقنشي حبيب، مرجع سابق، ص34.

[2]. إبن منظور، لسان العرب، 698/1 مادة (كتب)، إبراهيم مصطفى، مشار له لدي: ميكائيل رشيد علي، مرجع سابق، ص536.

[3]. إبن منظور، لسان العرب، محمد رواس قلعجي، معجم لغة الفقهاء، مادة كتب، ص377. ـ مشار له لدى: ميكائيل رشيد علي، مرجع سابق، ص537.

العمل الذهني المكتوب، بالإضافة إلى ذلك يرى المختصون في اللغة أن لفظ كتابة يختلف عن لفظ شفوي مع أنه يمكن أن ينشأ عنها آثار محددة يمكن أن تتخذ شكل حروف، كما لم يعد ذلك اللفظ يستند إلى الدعامة التي قد تتعرض للتغير عبر الزمان والمكان.[1].

الفرع الثاني: تعريف الكتابة.

سنتناول فيما يلي تعريف الكتابة في الفقه الفرنسي التي اتسمت محاولاته في تعريف الكتابة بالوفرة، ثم نعرج الدراسة صوب الفقه المصري والتشريع الجزائري لنرى مدى إسهامهم في إيجاد تعريف محدد للكتابة على النحو الآتي:

1 ـ مفهوم الكتابة في الفقه الفرنسي[2].

يتجه الفقه بوجه عام نحو تفضيل الأخذ بنهج وظيفي للكتابة ولكن يختلف ذلك النهج وفقا للعصر الذي ساد فيه، فذهب جانب من الفقه في شأن تعريفها إلى المقارنة بما هو شفوي، وعلى خلاف ذلك أتبع الشراح المتخصصين في المعلوماتية وتقنيات المعلومات الحديثة نهجا مختلفا يعتمد على تعريف الكتابة والمحرر بمنأى عن الدعامة، ولذلك ذهب هذا الفقه ـ في شأن تعريفها ـ إلى مقارنتها بالدعامة التقليدية، وهو ما سوف نتناوله.

ـ مفهوم الكتابة لدى الفقه التقليدي:

ذهب بعض الفقهاء إلى أن الكتابة تحقق المحافظة على "أثر أو دلالة" على الوقائع أو التصرفات التي يراد تأكيدها، فالمسالة تتعلق بحروف مكتوبة[3]، بينما يعرف البعض من الفقه ـ الأكثر قدما ـ الدليل الكتابي بأنه ذلك " الدليل الذي ينشأ عن أي نوع من المحررات، سواء كانت مخصصة لدى تحريرها لإثبات واقعة قانونية أم لا" ثم واصل هذا الفقه تعريفه مشيرا إلى أنه" متى

[1]. بلقاسم حامدي مرجع سابق، ص179.

[2]. ثامر محمد سليمان الدمياطي، مرجع سابق، ص175.

-[3]Voir, E, Bonnier, Traité théorique et pratique des preuves, 4e édition, TomII, 1996, p.2.

كانت الكتابة قد تم تحريرها بوجه خاص لإقامة دليل على واقعة، فإنه يطلق عليها حينئذ "محرر" أو "سند"[1].

ـ مفهوم الكتابة لدى الفقهاء المتخصصين في قانون المعلوماتية.

يتضح في هذا المقام وجود تباين في وجهات النظر لدى هذا الفقه، فمن جهة يتحدث البعض عن اختفاء الكتابة، بينما يدافع آخرون عن استقلال الكتابة بالنسبة لدعامتها، فمن ناحية يرى الكثير من الشراح المتخصصين في تقنيات المعلومات أن توغلا متعلقا بدلالات الألفاظ يحدث في مفردات اللغة بين الورق والكتابة، وتتمثل الكتابة لدى هؤلاء الشراح على وجه الخصوص في الكتابة الورقية، ولدى ينتهي هذا الفقه إلى أنه "لا يمكن تصور الكتابة من الناحية العملية أو من جهة الممارسة بدون الدعامة الورقية..."[2].

وفي ذات الإتجاه، ذهب من جانب الفقه ـ ممن اهتموا بهذه المسألة ـ إلى أنه من المعلوم جيدا أنه ينبغي من أجل الإعتداد بالمحرر في الإثبات أن ترتبط الكتابة (أيا كان شكلها)، بتوقيع صاحبها، وتلبي بعض الخصائص المرتبطة بدورها في الإثبات كسهولة القراءة والثبات وعدم القابلية للتحريف.

2 ـ مفهوم الكتابة في الفقه المصري.

لم تأخذ مسألة تعريف الكتابة ذات القدر من الأهمية لدى الفقه المصري، على خلاف ما هو في الفقه الفرنسي، حيث لا نجد تعريف واضح ومحدد من جانب هذا الفقه يبين ملامح هذه الفكرة، غير أنه بالرغم من غياب التعريف الفقهي للكتابة، إلا أننا نجد أن الفقه لم يحدد الكتابة بنوع الدعامة

[1]Voir: Gabriel BAUDRYLACNTINERIE, Précis, de droit civil, 5e éd, 1895, Tom2 p _839 .

مشار لهم (1−2) لدى : ثامر محمد سليمان الدمياطي، مرجع سابق ، ص 175.

[2]X. LINANT de BELLEFONDS et A_ HOLLANDE, pratique du droit de l'informatique, op, cit,p.288.

مشار له لدى : ثامر محمد سليمان الدمياطى، مرجع سابق، ص 176.

المادية التي يتم تدوينها عليها، حيث نجد بعض الفقه المصري[1]، يشير إلى الكتابة المعتبرة دليلا في الإثبات، بوصفها " الأوراق أو المحررات المكتوبة التي تستخدم كأدة للإثبات".

كما ذهب البعض إلى أنه ليس في القانون ما يتطلب أن تكون الكتابة على الورق فقط، بل من الجائز أيضا أن تكون على الخشب أو الحجر أو الرمال أو الجلد أو سواها، وهي قد تتخذ شكل مخطوطة يدوية أو أي شكل آخر. وبالتالي لا يوجد ارتباط بين فكرة الكتابة والورق، فلا يشترط أن تكون الكتابة بالمفهوم التقليدي، و التسليم بهذا المفهوم للكتابة يفتح الباب على مصراعيه أمام قبول كل الدعامات، أية كانت مادة صنعها في الإثبات، وهذا ما يقرب إلى فهم فكرة الإثبات الإلكتروني[2].

كما أقرت الدائرة التجارية لمحكمة النقض الفرنسية بأن الكتابة لم تعد فقط مقصورة على الوثائق الورقية المخطوطة، وإنما يمكن أن تكون مقبولة كدليل للإثبات حتى ولو دونت على دعامات أخرى متعارف عليها في التعامل بين المتخصصين في مجالات متعددة، ومنها على سبيل المثال الفاكس مادام أن محتوى الوثيقة يمكن نسبته إلى من أنشاءه مع إمكانية التحقق منه دون منازعة[3].

وبالرجوع إلى المشرع الجزائري نجده في القانون المدني [4]، عرف الكتابة على أنها مجموعة حروف أو أرقام أو أية علامات أو رموز ذات معنى مفهوم مهما كانت الوسيلة التي تتضمنها.

ومن خلال هذا التعريف، نجد أن المشرع الجزائري قد اعتمد على المفهوم المادي للكتابة ولم يحدد الأداة التي يتم بها تدوين هذه الرموز، ونفس الأمر بالنسبة للتشريعات المقارنة فمعظمها لم تضع مفهوما دقيقا وقانونيا للكتابة.

---

[1]. توفيق حسن فرج، قواعد الاثبات في المواد المدنية والتجارية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2003، ص79.

[2]. الياس ناصيف، مرجع سابق، ص191.

[3]Cass,Ch com , 2 decembere 1997, JCP, ed, E.1998, p,178, notet BONNEAU.

مشار له لدى: صفوان حمزة إبراهيم عيسى الهواري، مرجع سابق، ص143.

[4]. المادة 323 مكرر 1 من الامر 58/75 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق لـ 26 سبتمبر سنة 1975، المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم.

المطلب الثاني: الكتابة الالكترونية.

بعد أن صارت المحررات الإلكترونية واقعا ملموسا حدثت فجوة بين هذا الواقع والقواعد المنظمة للأدلة في قانون الإثبات والتي لا تعرف سوى المحررات الورقية، وفي مواجهة المشرع لهذا الواقع واعترافه بحجية المحررات الإلكترونية لم يكن من السهل القبول بالدعامة الإلكترونية للمحرر أو القبول بدليل إثبات دعامته غير ورقية.

لذلك فإن اعتراف المشرع على الصعيد الدولي والداخلي، بحجية المحررات الإلكترونية في الإثبات أدى إلى ظهور مفهوم قانوني جديد للكتابة المتطلبة للإثبات، إذ أصبحت الكتابة الإلكترونية دليلا كتابيا ملزما للقاضي مثلها مثل الكتابة التقليدية[1].

وعلى إثر تزايد استخدام الوسائل واتمام معظم التصرفات التجارية عبر شبكة الأنترنت، أصبحت المراسلات والعقود الإلكترونية تتم في الغالب عن طريق الشبكة المذكورة، من خلال أجهزة الحاسوب، حيث يقوم أحد طرفي العقد، بإرسال المعلومات التي تتضمن عرضا معينا، من خلال قاعدة البيانات المربوطة على الشبكة، وذلك من خلال ادخال البيانات الخاصة بعنوان المرسل إليه، إذا كانت رسالة البيانات مرسلة إلى شخص محدد بالذات، أو موجهة إلى الكافة عبر شبكة الأنترنت، وقد حددت القوانين الخاصة بالتجارة الإلكترونية عدة تسميات للبينات التي يتم إرسالها ومنها رسالة البيانات، أو المحررات الإلكترونية، أو السجل الإلكتروني أو أي مصطلح آخر، يتم من خلاله انعقاد العقد، وإبرام أغلب التصرفات الخاصة بالتجارة الإلكترونية[2].

لقد أدى ظهور الكتابة الإلكترونية في حياة البشرية إلى وجود ضرورة ملحة لدراسة وتحليل هذا النوع الجديد من الكتابة ومعرفة مفهومها الجديد في ظل التطورات الحديثة، لذلك سنحاول استقراء بعض التشريعات سواء الدولية أو المقارنة في تحديد مفهوم الكتابة الإلكترونية في الفرع الأول ثم نخصص الفرع الثاني لدراسة الشروط الواجب توفرها في الكتابة الإلكترونية.

---

1. محمد محمد سادات، حجية التوقيع الالكتروني في الاثبات، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، د ت، ص229.
2. إلياس ناصيف، مرجع سابق، ص195.

الفرع الأول: مفهوم الكتابة الالكترونية.

تعتبر الكتابة بصفة عامة أقوى أدلة الإثبات، وذلك لقدرتها على إثبات الحقوق وتحمل الإلتزامات، وقد كان لإزدهار وتنامي التجارة الإلكترونية ذلك الأثر البارز في ظهور نوع جديد من الكتابة والتي تتم على دعامات غير ورقية، سميت بالكتابة الإلكترونية.

وقد حرصت أغلب تشريعات التجارة الإلكترونية على تبني مفهوم للكتابة الإلكترونية ومنحتها نفس الحجية القانونية المقررة للكتابة التقليدية في الإثبات على النحو الآتي:

البند الأول: تعريف الكتابة الالكترونية في التشريعات الدولية.

لم يعرف قانون الاونيسترال النموذجي الكتابة الإلكترونية بذاتها، وإنما عرف رسالة البيانات في المادة (2، أ) على أنها:[1]"هي المعلومات التي يتم إنشاؤها أو إرسالها أو إستلامها أو تخزينها بوسائل مشابهة، بما في ذلك على سبيل المثال لا الحصر تبادل البيانات الإلكترونية، أو البريد لإلكتروني، البرق"

والبيانات هي معلومات إلكترونية يمكن من خلالها الوصول إلى نتائج محددة فهي عبارة عن كلمات أو أرقام أو رموز أو حقائق أو إحصائيات منفصلة عن بعضها لكن بمجرد وضعها في منظومة معينة يمكن معالجتها آليا، وتتوصل إلى إعطاء النتائج أو المعلومات التي تستفاد منها، وهذه البيانات هي التي تشكل لنا الكتابة في لغة الكمبيوتر[2].

وقد عرفت الفقرة (ب) من المادة المذكورة أعلاه، إن تبادل البيانات الإلكترونية هي:" نقل المعلومات إلكترونيا من حاسوب إلى حاسوب آخر بإستخدام معيار متفق عليه لتكوين المعلومات"

كما نصت المادة الخامسة من القانون النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية الصادر في سنة 1991 على أنه:" لا تفقد المعلومات مفعولها القانوني أو صحتها، او قابليتها للتنفيذ، لمجرد انها في

---

1. قانون الاونيسترال النموذجي بشأن التجارة الالكترونية لعام 1996، المادة الثانية الفقرة (أ)
2. ميكائيل رشيد علي، مرجع سابق، ص548.

شكل رسالة بيانات" ويفهم من خلال هذه المادة أنه إقرار واعتراف برسائل البيانات، وإضفاء الحجية القانونية عليها، كما أشارت المادة 6 من ذات القانون على ما يلي:

"1 ـ عندما يشترط القانون أن تكون المعلومات مكتوبة، تستوفي رسالة البيانات ذات الشرط إذا تسير الإطلاع على البيانات الواردة فيها على نحو يتيح إستخدامها بالرجوع إليها لاحقا.

2 ـ تسري أحكام الفقرة (1) سواء اتخذ الشرط المنصوص عليه في شكل التزام أو اكتفى القانون بمجرد النص على العواقب التي تترتب إذا لم تكن المعلومة مكتوبة"

وعرفت المادة 2/ج من قواعد الأونيسترال النموذجي بشأن التوقيعات الإلكترونية الصادر بموجب القرار 80/56 في الثاني عشر 12 ديسمبر 2001 رسالة البيانات بأنها" تعني معلومات يتم إنشاؤها أو إرسالها أو إستلامها أو تخزينها بوسائل إلكترونية أو ضوئية أو بوسائل مشابهة، بما في ذلك، على سبيل المثال لا الحصر، التبادل الإلكتروني للبيانات أو البريد الالكتروني أو البرق أو التليكس أو النسخ البرقي"

وقد صدر القانون النموذجي في الوقت الذي كان عدد قليل من الدول في العالم قد اعتمد أحكاما محدد لمعالجة بعض جوانب التجارة الإلكترونية، مما قد يولد عدم اليقين بشأن الطابع القانوني للمعلومات التي تقدم في الشكل غير الورقي[1].

لقد جعل قانون الأونيسترال النموذجي البيانات المعالجة والمعلومات على وسيط إلكتروني بإمكانها أن تؤدي نفس الوظيفة التي تؤديها الورقة بما عليها من كتابة مقروءة وواضحة تثبت حق أو مركز قانوني، طالما أمكن الإطلاع على البيانات والرجوع إليها[2].

وبالتالي فقد ركزت هذه المادة على المفهوم الأساسي للبيانات المستنسخة والمقروءة دون النص على الشرط القاضي بوجوب أن تفي رسائل البيانات في جميع الحالات بكل ما يمكن تصوره من

---

[1]. زروق يوسف، حجية وسائل الاثبات الحديثة، مرجع سابق، ص167.

[2]. براهمي حنان، جريمة تزوير الوثيقة الرسمية الإدارية ذات الطبيعة المعلوماتية، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2015/2014، ص129.

وظائف الكتابة، مع عدم الإعتداد بنوع الوسيط الحامل للبيانات في مسالة الإثبات ، فقدرة الوسيط على الإحتفاظ بما دون عليه يتحقق معه الإعتراف بهذا الوسيط في الإثبات، ومن ثم ينعدم أي ارتباط قانوني بين المحرر ووجوب تدوينه على وسيط ورقي أو شكل كتابي معين[1].

كما يلاحظ على النص المذكور سابقا أنه توسع كثيرا في تعريف الكتابة الإلكترونية ولم يحصرها في شكل معين، حيث عبر عنها بكل المعلومات مهما كان شكلها وتوسع في العمليات الإلكترونية التي تناط بها من إنشاء وإرسال وحفظ واستلام وتخزين، كما أنه لم يحصر الوسائل التي تتم بها هذه العملية وهذا لترك المجال مفتوح أمام أي وسيلة جديدة، كما أنه لم يحصر الوسائل التي تتم بها هذه العمليات، بل ترك المجال مفتوح أمام أي وسيلة جديدة، ويظهر ذلك أنه يعتبر البريد الإلكتروني والبرق والتلكس والنسخ البرقي من قبيل الوسائل التي تنشئ الكتابة الإلكترونية[2].

ـ في التشريع الفرنسي.

أما في القانون الفرنسي، فقبل صدور القانون رقم 230 لسنة 2000، لم يكن هناك تعريف قانوني محدد لمفهوم الاثبات بالكتابة[3]، إلا ان التطور التقني في مجال تقنيات الكتابة ودعامتها، فرضت على المشرع الفرنسي ضرورة إدخال تعديل جدري على القواعد والأحكام التقليدية الخاصة بالإثبات، لتتوافق مع ما تشهده فرنسا من تطور في هذا المجال واستجابة منه لمتطلبات التعامل بوسائل الإتصال الحديثة[4]، فقد قام بإصدار القانون رقم 575 لعام 2004 والمتعلق بالثقة في الإقتصاد الرقمي، وكذلك القرار الوزاري الذي أصدره وزير العدل الفرنسي رقم 674 لعام 2005 والمتعلق بتحقيق بعض الشكليات التعاقدية عن طريق الوسائل الإلكترونية، حيث جعل من الكتابة الإلكترونية موحدة في إثبات التصرف وفي صحته كذلك[5].

---

1. براهمي حنان، مرجع سابق، ص 130.
2. زروق يوسف، حجية وسائل الإثبات، مرجع سابق، ص167.
3. محمد محمد السادات، مرجع سابق، ص230.
4. هدار عبد الكريم، مبدأ الثبوت بالكتابة في ظل ظهور المحررات الالكترونية، رسالة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق، بن عكنون، جامعة الجزائر، 1 ـ 2014/2013، ص36.
5. زروق يوسف ، حجية وسائل الإثبات ، مرجع سابق، ص167،168.

كما تناول المشرع الفرنسي الكتابة الإلكترونية في المادة 1316 من القانون المدني الجديد رقم 230/2000 والصادر بتاريخ 13 مارس 2000 والتي تنص على أن :" الإثبات الخطي، أو الإثبات بالكتابة ينتج من كل تدوين للحروف أو العلامات أو الأرقام أو أي رموز أو إشارات ذات دلالة تعبيرية مفهومة وواضحة أيا ما كانت دعامتها أو وسيلة نقلها"[1].

كما نصت المادة 1/1316 من ذات القانون على أن الكتابة" في الشكل الإلكتروني لها نفس حجية الكتابة على دعامة ورقية مع مراعاة قدرتها على تعريف الشخص الذي أصدرها وأن يكون تدوينها وحفظها قد تم في شروط تدعو إلى الثقة"[2].

ويتضح لنا من خلال نص المادة 1316 أن المشرع الفرنسي قد وسع من مفهوم الكتابة ليشمل جميع أشكالها، وبالتالي فقد أعاد تعريف الدليل الكتابي بشكل مستقل عن دعامته، وفي نفس الوقت كرس مبدأ عدم التميز بين أنواع الكتابة بسبب الدعامة الموجودة عليها، فلا يهم الوعاء الذي يحوى هذه الحروف أو العلامات أو الأرقام التي تعبر عن فكرة معينة، سواء كان هذا الوعاء مادي أو غير مادي وبالتالي لا يمكن إنكار القوة الثبوتية لهذه الكتابة أو درجتها بسبب الطريقة المستخدمة في تحرير المعلومات، أو الوسيلة التي تم عبرها نقل هذه المعلومات[3].

في التشريع الأمريكي.

تناول المشرع الأمريكي الكتابة الإلكترونية في قانون العقود الإلكترونية الموحد الصادر عام 1999 في المادة الثامنة منه بالإشارة إلى أنه" في حال اشتراط القانون توفر الكتابة في المحرر فإن البيانات المكتوبة بشكل إلكتروني تعتبر استيفاءا لهذا الشرط "،إلا أن المشرع الأمريكي لم يتناول الكتابة الإلكترونية بالتعريف، وإنما إعترف بها كوسيلة من وسائل الاثبات[4].

---

1. مراد محمود يوسف مطلق، مرجع سابق، ص257.
2. ميكائيل رشيد، مرجع سابق، ص548.
3. براهمي حنان، مرجع سابق، ص131.
4. صفوان حمزة إبراهيم عيسى الهواري، مرجع سابق، ص144.

ثانيا: تعريف الكتابة في التشريعات العربية.

فيما يخص التشريعات العربية نجد العديد منها قد تأثر بالقانون النموذجي الصادر عن الأمم المتحدة، لذلك فقد تولت العديد منها النص على الكتابة الإلكترونية على الرغم من الإختلاف في التسميات ونذكر منها الآتي:

1 ـ المشرع التونسي.

لقد كان المشرع التونسي سباقا بالمقارنة مع التشريعات العربية التي عنيت بالمعاملات الإلكترونية، حيث صدر أول قانون عربي خاص بالتجارة الإلكترونية رقم 83 لعام 2000، وهو بذلك يشجع المبادلات التجارية والالكترونية، فقد أعترف بالمستند الإلكتروني كما ساوى بين الكتابة الإلكترونية والكتابة الخطية في مسألة الاثبات، وقد عبر عن الكتابة الإلكترونية بمصطلح الوثيقة الإلكترونية[1].

كما قام المشرع التونسي بتعديل مجلة الإلتزامات والعقود بموجب القانون رقم 57 لعام 2000 والذي صدر بتاريخ 2000/06/13، حيث نص على الوثيقة الإلكترونية في الفصل 453 مكرر، على أن " الوثيقة الإلكترونية هي الوثيقة المتكونة من مجموعة أحرف وأرقام أو أي اشارات رقمية أخرى بما في ذلك تلك المتبادلة عبر وسائل الاتصال تكون ذات محتوى يمكن فهمه ومحفوظة على حامل الكتروني يؤمن قراءتها والرجوع إليها عند الحاجة.

وتعد الوثيقة الالكترونية كتبا غير رسمي إذا كانت محفوظة في شكلها النهائي بطريقة موثوق بها ومهمة بإمضاء إلكتروني".

2 ـ التشريع الأردني.

عرفت المادة 2 من قانون المعاملات الإلكترونية الأردني المؤقت رقم 85 لسنة 2001، تبادل البيانات الإلكترونية بأنها" نقل المعلومات إلكترونيا من شخص إلى آخر، بإستخدام نظم معالجة

[1]. زروق يوسف، حجية وسائل الإثبات، مرجع سابق، ص170.

المعلومات" كما تعرف رسالة المعلومات بأنها:" المعلومات التي يتم إنشاؤها او إرسالها أو تسلمها أو تخزينها بوسائل إلكترونية أو بوسائل مشابهة بما في ذلك تبادل البيانات إلكترونيا أو بالبريد الإلكتروني أو البرق، أو التلكس، أو النسخ البرقي"، كما تعرف السجل الإلكتروني بأنه:" القيد أو العقد أو رسالة المعلومات التي يتم إنشاؤها أو إرسالها أو تسلمها، أو تخزينها بوسائل إلكترونية"[1].

3 ـ في التشريع المصري.

واكب المشرع المصري التطورات التي شهدها العالم في مجال تكنولوجيا المعلومات والتحول من الكتابة التقليدية إلى الكتابة الإلكترونية التي ظهرت بظهور الحاسوب والأنترنت وما فرضه واقع التجارة الإلكترونية، مما استوجب على المشرع المصري ضرورة إعادة النظر في المبادي التقليدية للإثبات، فنجده منح المحررات الإلكترونية الناتجة عن الفاكس والتلكس أو أية وسيلة إلكترونية نفس القوة الثبوتية للمحررات التقليدية بشرط أن يتوفر عنصر الإستعجال، وفي حالة عدم توافره فإن هذه المحررات تتم بالوسائل التي حددها المشرع في مشروع قانون التجارة المصري المادة 58 منه، والمادة 26 التي أعطت لصور المراسلات والبرقيات المصغرة (ميكرو فيلم) المحفوظة بدلا من الأصل الحجية الممنوحة للأصل بشرط مراعاة الضوابط القانونية[2].

وفي هذا الإلاطار صدر القانون المصري رقم 15 لسنة 2004 بشأن تنظيم التوقيع الإلكتروني، وبإنشاء هيئة تنمية صناعة تكنولوجيا المعلومات[3]، ولائحته التنفيذية الصادرة بقرار وزير الاتصالات وتكنولوجيا المعلومات رقم 109 لسنة 2005.

ولذلك نجد أن المادة 1/أ من قانون التوقيع الالكتروني المصري، قد نصت على أنه " يقصد بالكتابة الإلالكترونية" كل حروف أو أرقام أو رموز أو أي علامات أخرى تثبت على دعامة إلكترونية أو رقمية أو ضوئية أو أية وسيلة اخرى مشابهة وتعطى دلالة قابلة للإدراك"[4].

---

[1] إلياس ناصيف، مرجع سابق، ص196.

[2]. هدار عبد الكريم، مرجع سابق، ص38.

[3]. الجريدة الرسمية المصرية، العدد 17 الصادرة في 22 أبريل 2004م.

[4]. عصام عبد الفتاح مطر، مرجع سابق، ص181.

كما قررت المادة 15 من ذات القانون على أنه" للكتابة الإلكترونية والمحررات الإلكترونية، في نطاق المعاملات المدنية والتجارية والإدارية ذات الحجية المقررة للكتابة والمحررات الرسمية والعرفية في أحكام قانون الإثبات في المواد المدنية والتجاري، متى استوفت الشروط المنصوص عليها في هذا القانون ووفقا للضوابط الفنية والتقنية التي تحددها اللائحة التنفيذية لهذا القانون"

ومن خلال نص المادة 1/أ من قانون التوقيع الالكتروني المصري نجد أنها أعطت تعريفا واسعا للكتابة الإلكترونية بأنها كل حروف أو أرقام أو رموز أو أي علامات أخرى، وذلك حتى يدخل في مفهومها أي شكل حديث يمكن أن يظهر في المستقبل وهذا موقف محمود من المشرع المصري، وصياغة جيدة تسمح بقبول التطورات الحديثة التي تطرأ على شكل المحرر الإلكتروني[1].

ويبدو مما تقدم أن المشرع المصري وإن لم يشر صراحة إلى تبني نهج النظر الوظيفي إلا أن نصوصه تكشف بوضوح عن إعتداده بهذا النهج، فمن جانب ساوى المشرع بين الكتابة الإلكترونية والمحررات الإلكترونية ونظائرها الورقية فيما يتعلق بحجيتها في الإثبات، ومن جانب آخر اهتم المشرع لدى تعريفه الكتابة الإلكترونية و المحررات الإلكترونية بالإشارة إلى مختلف الوسائل والتقنيات والدعامات التقنية التي لها القدرة على إنجازا الوظائف التي عرفت قبلا في مجال المحررات على دعامة ورقية[2].

وبعد قراءة متعمقة للقانون الفرنسي بشأن تطويع قانون الإثبات لتكنولوجيا المعلومات والتوقيع الإلكتروني، والقانون المصري، بشأن تنظيم التوقيع الإلكتروني، نلاحظ أن كلا القانونيين يميل إلى تلبية الأهداف المشتركة بالنص على أحكام تتشابه عادة إلى حد كبير، ويظهر وجود التشابه بين القانونين فيما يتعلق بالكتابة في شقها الإلكتروني، حيث أخذ بمبدأ الحياد التقني تجاه تقنيات الكتابة، كما تبنى المشرع الفرنسي والمصري نهجا مشابها بشان العلاقة بين مضمون الكتابة ودعامتها[3].

ورغم التشابه الموجود بين القانونين والذي أشرنا له سابقا، إلا أنه يوجد اختلاف في المعالجة بين المشرع المصري والفرنسي، فالأول قد جاء بنص خاص ينظم الكتابة الإلكترونية والدعامة

1. سامح عبد الواحد محمد التهامي، مرجع سابق، ص270.
2. تامر محمد سليمان الدمياطي، مرجع سابق، ص221.
3. المرجع نفسه، ص298،299.

الإلكترونية التي تثبت عليها، أما القانون الفرنسي فقد جاء بصياغة عامة وتنظيم عام فلا يقتصر النص على الكتابة الإلكترونية، وإنما يدخل معها الكتابة التقليدية، وهو ما يسمح بأن لا يخرج عن تنظيمه أي صورة أو شكل من أشكال الكتابة يمكن أن تستحدث مستقبلا، كما أن مجئ التعريف محايدا من حيث الألة المستخدمة في نقل الكتابة بين الأطراف يتيح إمكانية النقل عبر شبكة الأنترنت أو عن طريق إرسال أسطوانة مسجلة إلكترونيا أو غير ذلك من الوسائل المعروفة التي يمكن إستخدامها[1].

وقد أثار بعض الفقهاء نقطة هامة، وهي مدى اعتبار –الصورة– شكلا من أشكال الكتابة، وذلك وفقا للتعريف الواسع الذي أخذ به كل من المشرع الفرنسي والمشرع المصري، ويعتبر هذا الرأي أن التعريف الذي أشار إلى أن الكتابة يمكن أن تكون أي إشارة أو علامة أو شكل يمكن أن يدخل في مضمون الصورة[2].

وهوما يؤكده الدكتور سامح عبد الواحد محمد التهامي في تأييده لهذا الرأي وخاصة في التعاقد عبر الأنترنت، فغالبا ما يقوم أحد المتعاقدين بإرسال صورة للشيء المتعاقد عليه، فهذه الصورة الإلكترونية تكون ثلاثية الأبعاد وتعطي مواصفات كاملة له وتكون ضمن بنود العقد، فيستطيع الطرف الآخر أن يرى كل المواصفات الخاصة بالشيء المتعاقد عليه، وعلى أساس هذه الصورة يقبل هذا التعاقد أو يرفضه وبالتالي أصبحت هذه الصورة جزءا من هذا المحرر الإلكتروني، وبالتالي يمكن اعتباره محررا كامل في الإثبات.

في التشريع السعودي.

ووفقا للمادة الخامسة من نطام التعاملات الإلكترونية السعودي لعام 2007 أنه :1– يكون للتعاملات والسجلات والتوقيعات الإلكترونية حجيتها الملزمة، ولا يجوز نفي صحتها أو قابليتها للتنفيذ بسب أنها ـ تمت كليا أو جزئيا ـ بشكل إلكتروني بشرط أن تتم تلك التعاملات والسجلات والتوقيعات الإلكترونية بحسب الشروط المنصوص عليها في هذا النظام.

---

1. محمد محمد سادات، مرجع سابق، ص231.
2. سامح عبد الواحد محمد التهامي، مرجع سابق، ص370.

2 ـ لا تفقد المعلومات التي تنتج من التعامل الإلكتروني حجيتها أو قابليتها للتنفيذ متى كان الإطلاع على تفاصيلها متاحا ضمن منظومة البيانات الإلكترونية الخاصة بمنشأها وأشير إلى كيفية الإطلاع عليها".

في التشريع الجزائري.

لقد جاء اعتراف المشرع الجزائري متأخرا عن التشريعات العربية والأوروبية فيما يتعلق بالتغيرات التي مست الدليل الكتابي والذي كان يرتكز على الدعامة الورقية فقط، ليتحول الأمر إلى الأخذ بالدعامة الإلكترونية الناتجة عن الثورة التقنية التي أفرزت العديد من الوسائل والدعامات غير الورقية، بيد أن هذا الموقف جاء مقتضب لا يرقى لمستوى الذليل الذي فرض نفسه، حيث أنه لحد الآن لم يصدر قانون خاص بالكتابة الالكترونية، بل لجأ المشرع الجزائري فقط إلى تطويع القواعد العامة في الاثبات لكي تنسجم معه[1].

ومن أجل مواكبة الإقرار بالمعاملات الإلكترونية اعتمد المشرع الجزائري في تعديله لأحكام القانون المدني على المبادي التي جاء بها القانون النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية، وشمل هذا التعديل الباب السادس المتعلق بإثبات الإلتزام، وبصدور القانون 10/05 المعدل والمتمم للقانون المدني الجزائري انتقل المشرع من النظام الورقي في الاثبات إلى النظام الإلكتروني، حيث أصبح للكتابة في الشكل الإلكتروني مكانا ضمن قواعد الإثبات.

وقد عرف الإثبات بالكتابة في المادة 323 مكرر على أنه " ينتج الإثبات بالكتابة من تسلسل حروف أو أرقام أو أي علامات أو رموز ذات معنى مفهوم مهما كانت الوسيلة التي تتضمنها، وكذا طرق إرسالها"

1. زروق يوسف، حجية وسائل الإثبات، مرجع سابق، ص173.

فالمشرع من خلال هذه المادة قام بإعطاء مفهوم واسع للكتابة، فهو بذلك قد تحرر من النظرية التقليدية الضيقة في مفهوم الكتابة، فلفظ الكتابة اليوم له عدة أشكال ومهما كانت الدعامة التي تتضمنها ومهما كانت طريقة إرسالها[1].

ورغبة من المشرع في إزالة كل غموض يمكن أن ينشأ حول تطبيق نص هذه المادة بخصوص ما إذا كان للوثيقة في الشكل الإلكتروني نفس حجية الوثيقة في الشكل الورقي، فجاء نص المادة 323 مكرر 1 ق. م. ج على أنه" يعتبر الإثبات بالكتابة في الشكل الإلكتروني كالإثبات بالكتابة على الورق بشرط إمكانية التأكد من هوية الشخص الذي أصدرها وأن تكون معدة ومحفوظة في شروط تضمن سلامتها"

وبالرجوع إلى التعريف الذي جاء في نص المادة 323 مكرر ق. م. ج، نجده مطابقا حرفيا مع نص المادة 1316 من القانون المدني الفرنسي وهذا ليس بالشيء الجديد على المشرع الجزائري، لكن ذلك لا يعيبه إذا إرتأى أن يكون التعريف بسيط ومعناه واضح ويفي بالغرض القانوني، لكن العيب يكمن في أن المشرع الفرنسي أضاف هذه المادة سنة 2000 نظرا لشيوع المعاملات الإلكترونية وذلك من أجل ضبط هذه الظاهرة الجديدة، لكن المشرع الجزائري أضاف هذه المادة سنة 2005 في ظل غياب مقومات المعاملات الإلكترونية أو ضعف نوعيتها إن وجدت.

كما اعترف بالكتابة الإلكترونية ولكن بطريقة غير مباشرة من خلال القانون رقم 02/05 الصادر في 6 فبراير 2005 المعدل والمتمم للقانون التجاري[2]، حيث أجاز المشرع إمكانية التقديم المادي للسفتجة للوفاء بأي وسيلة تبادل إلكترونية وفقا لما جاء في نص المادة 414، كما أجاز ذلك بالنسبة للشيك حيث يمكن تقديمه للوفاء بأي وسيلة تبادل إلكترونية يحددها التشريع والتنظيم المعمول بهما.

---

[1]. بوربابة صورية، الاثبات بالكتابة في الشكل الالكتروني ـ دراسة مقارنة ـ دار ابن بطوطة للنشر والتوزيع، عمان، الاردن، 2013، ص95.

[2]. الجريدة الرسمية رقم 11 المؤرخة في 30 ذو الحجة عام 1425 الموافق لـ 2005/02/09.

وهذا يعتبر قبول للسندات التجارية الإلكترونية في إثبات التصرفات التجارية وتشجيع منه لإقبال المتعاملين الإقتصاديين على هذا النوع من المعاملات، وهذه تعتبر فقرة نوعية من جانب المشرع الجزائري[1].

ويتضح من النصوص السابقة أنها تبنت مفهوما موسعا للكتابة، واعترافا بالكتابة الإلكترونية وإن اختلفت حول المصطلح المعبر عن الكتابة، فالمشرع الأردني أطلق عليها اصطلاح رسالة المعلومات، أما المشرع المصري فسماها المحرر الإلكتروني، بينما أطلق عليها المشرع الفرنسي لفظ الكتابة على الدعامة الالكترونية أما المشرع الجزائري فقد سماها الكتابة في الشكل الالكتروني[2]، وهذا من شأنه أن يضع حدا للغموض، والجدل الذي كان يكتنف هذا النوع من الكتابة[3]، ويواكب التطور التقني الهائل في مجال التجارة الإلكترونية، كما يوفر الثقة والأمان للمتعاقدين، وذلك متى توافرت فيها الشروط التي نتناولها في الفرع الثاني.

الفرع الثاني: شرط الكتابة الالكترونية.

إن أداء الكتابة ـ وبغض النظر عن مظهرها الخارجي ـ لدورها في الإثبات مرهون بمدى استيفائها للشروط تفرضها الوظيفة المناطة بها كأدلة كتابية، لذلك نجد وبالرغم من استقرار التعامل وجريان العرف على تكوين المحررات الكتابية على وسائط ورقية وبالحروف الخاصة بلغة المتعاقدين أو اللغة التي يعتمد أنها وإن كانت لغة أجنبية، بيد أن الفقه والقضاء في كل من فرنسا ومصر استقر على عدم اعتبار الوسيط الورقي الذي تثبت عليه الكتابة أو اللغة التي تثبت بها الكتابة بمثابة شروط، كذلك لا يهم أن تكون بخط اليد أو أن تكون مطبوعة لاسيما يتعلق بالمحررات العادية[4]، لذلك إن

[1]. طمين سهيلة، الشكلية في عقود التجارة الالكترونية، رسالة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2011، ص111.

[2]. زروق يوسف، حجية وسائل الإثبات، مرجع سابق، ص175.

[3]. لزهر بن سعيد، مرجع سابق، ص144.

[4]. يحي عبد الودود، الموجز في النظرية العامة للالتزامات، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1994، ص537.

تحديد الشروط الواجب توافرها في الكتابة يجب أن يتم في ضوء الدور الذي تمارسه الكتابة في الإثبات وبعيدا عن نوعية الركيزة أو الأحبار المستعملة أو شكل الحروف أو الرموز المستخدمة[1].

فالغرض من التدوين الكتابي هو تثبيت وجود الواقعة التي تنشئ الحق أو تنفيه أو تنقله أو تؤدي إلى إنقضائه، وبما يمكن الأطراف المتعاقدة من الرجوع إليه في حالة نشوب نزاع من خلال عرضه على القاضي المختص ليفصل بينهم بناءا على ما هو مدون فيه[2].

إذن للقول بقبول المحرر سواء كان تقليديا أو غير تقليدي، كالمحرر الإلكتروني كدليل ثبوتي مرهون بمدى استيفاء ذلك المحرر للشروط التي تخدم مكنة استخدامه كدليل لإثبات التصرف أو نفيه، وتتيح فرصة الإستفادة منه بالرجوع إليه في حالة نشوب نزاع، والإعتماد عليه والفصل به استنادا إلى ما يتضمنه من بيانات، كل هذا يفترض بالتدوين الكتابي الإلكتروني، أن يكون مقروءا وأن يمتاز ذلك التدوين بالثبات والديمومة وعدم إمكانية تبديله أو إدخال تعديل عليه دون إلحاق تلف بالمحرر أو ترك أثر مادي عليه[3]، على النحو الآتي:

أولا: أن تكون الكتابة مقروءة.

قياسا على الغاية من الإستعانة بالكتابة في إطار إثبات المعاملات المالية يعد هذا الشرط شرطا جوهريا وأساسيا، ومفاده هو أن تكون الكتابة مفهومة، غير أنه لا يفترض حتما إستخدام لغة معينة، أو الكتابة بخط يد صاحبها[4]. وإمكانية القراء تتم بطريقتين: مباشرة وغير مباشرة.

القراءة المباشرة: تكون بواسطة الإنسان وذلك عن طريق تلاوة البيانات المدونة على الوسيط دون حاجة إلى آلة أو وسيلة تمكنه من القراءة.

---

1. حسن عبد الباسط جميعي، إثبات التصرفات، مرجع سابق، ص19.

2. حسن عبد الباسط جميعي، الإثبات في المواد المدنية والتجارية والتجارة الالكترونية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر،2003،2004، ص245.

3. أسل كاظم كريم الصدام، حجية المحرر الالكتروني في الاثبات، دراسة مقارنة، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه، كلية القانون، جامعة بغداد، العراق، 2006، ص51.

4CAPRIOL let SORIEUL, commerce interational electronique, vers l, emergencedes regles juridiques transationalles, clunet 1997, p.323.

مشار له لدى :أسل كريم كاظم الصدام، مرجع سابق، ص 52.

(اللهم إلا إذا كان ضعيف البصر ويحتاج إلى نظارة طبية للقراءة).

أما القراءة غير المباشرة: ففيها لا يستطيع أن يتلو الكلام مباشرة إنما يحتاج إلى آلة مثل الحاسب الآلي أو غيره[1].

وإذا كان هذا الشرط متوفر بسهولة وبساطة في الكتابة المدونة على الورق فهل هو متوفر في الكتابة الإلكترونية؟

يتم تنظيم البيانات الإلكترونية بصورة غير مادية، وقد تكون مشفرة ولا يمكن للإنسان في الأصل أن يقرأها بشكل مباشر، وإنما لابد له لقراءتها من إدخال المعلومات إلى الحاسوب، الذي يترجم هذه المعلومات إلى اللغة المعروفة، ورغم ذلك فليس ثمة ما يحول دون اعتبار المحررات الإلكترونية مقروءة، فكما أن القلم هو وسيلة الكتابة الخطية، فإن الحاسوب هو وسيلة قراءة الكتابة الإلكترونية، وبالتالي فإن البيانات والمحررات الإلكترونية تكون موجودة ومقروءة، مما يعني أن يكون لها قيمة وحجية قانونية في الإثبات، متى أمكن فك التشفير بحيث تصبح مقروءة بصورة واضحة[2].

كما يجب أيضا أن تكون الكتابة مفهومة لمن يحتج عليه بها، بحيث يمكن لصاحب الشأن الوصول إلى إدراك مضمون الكتابة وقراءتها بسهولة ويسر، فالقراءة هي عملية فهم للنص، وتأويله لذلك يجب أن يكون المحرر الكتابي مدونا بحروف أو رموز مقروءة ومفهومة للشخص الذي يراد الإحتجاج عليه بمضمون المحرر[3].

ووفقا للمواصفة الخاصة بالمحررات iso 6760 والتي أصدرتها المنظمة الدولية للمواصفات والمقاييس (أيزو iso) والذي ورد فيه أن المحرر هو " مجموعة من المعلومات والبيانات المدونة على دعامة مادية بشكل دائم بحيث يسهل قراءتها مباشرة عن طريق الإنسان أو باستخدام آلة مخصصة

---

[1]. عابد فايد عبد الفتاح فايد، الكتابة الالكترونية في القانون المدني بين التطور القانوني والامن التقني، دراسة في الفكرة القانونية للكتابة ووظائفها في القانون المدني، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، مصر، 2014، ص47.

[2]. إلياس ناصيف، مرجع سابق، ص212.

[3]. حسن عبد الباسط جميعي، إثبات التصرفات القانونية مرجع سابق، ص20.

لذلك"، فإنه لا يشترط أن تتم قراءة المحرر من الإنسان مباشرة وإنما يمكن أن تتم القراءة بطريقة غير مباشرة باستخدام آلة[1].

وفي ذات السياق تقرر المادة السادسة من قانون الأونيسترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية المتعلقة "بالكتابة" أنه "1- عندما يشترط القانون أن تكون المعلومة مكتوبة تستوفي رسالة البيانات ذلك الشرط إذا تسير الإطلاع على البيانات الواردة فيها على نحو يتيح استخدامها بالرجوع إليه لاحقا"[2].

كما يبين دليل تشريع القانون النموذجي أن المقصود بعبارة "إذا تسير الإلاطلاع " هو ضرورة أن تكون المعلومات المقدمة في شكل بيانات حاسوبية مقروءة و قابلة للتفسير . مع امكانية الإحتفاظ ببرمجيات الحاسوب التي قد تلزم حتى تكون تلك المعلومات مقروءة . و لا يقصد بعبارة " على نحو يتيح استعمالها " أن تشمل الإستخدام البشري بل أيضا التجهيز الحاسوبي"[3].

و في القانون الفرنسي نص المشرع في المادة 1316 من القانون المدني على أن: "ينشأ الإثبات الخطي ، أو الإثبات بالكتابة من تتابع للحروف أو العلامات أو الأرقام أو أي رمز أو إشارة ذات دلالة مفهومة ، أيا كانت دعامتها أو شكل إرسالها " .

فالمشرع الفرنسي وفقا للمادة المذكورة أعلاه قد اشترط أن تكون الحروف أو الأشكال المكونة للدليل الذي سيقدم للإثبات أمام القضاء ذات دلالة مفهومة و منطقية، و يسري ذلك الأمر سواء على الدليل الإلكتروني أو الدليل الكتابي[4].

و نجد أن قانون التوقيع الإلكتروني المصري رقم 15 لسنة 2004 في مادته 1/أ، اشترط في تعريفه للكتابة الإلكترونية أن تعطي دلالة قابلة للإدراك، أي أن مفهوم الدليل الكتابي يشمل أي كتابة، حتى و لو كانت غير مرئية ما دامت تقع على دعامة تمكن من استرجاعها و من ثم قراءتها[5].

---

1. إيمان مأمون أحمد سليمان، مرجع سابق، ص192.
2. قانون الاونيسترال النموذجي بشان التجارة الالكترونية عام 1996، ص5.
3. دليل تشريع قانون الاونيسترال النموذجي بشان التجارة الالكترونية عام 1996، ص35.
4. محمد محمد السادات، مرجع سابق، ص358.
5. إيمان مأمون أحمد سليمان، مرجع سابق، ص193.

وزيادة عما تقدم لم ينص المشرع الجزائري على هذا الشرط عندما تعرض لشروط الكتابة الإلكترونية بل أشار له بطريقة غير مباشرة عندما عرف الكتابة في نص المادة 323 مكرر، ويتضح هذا الشرط في تأكيد المشرع الجزائري على أن تكون الرموز أو الحروف أو غيرها من عناصر الكتابة ذات معنى مفهوم، أي يمكن لأي طرف معرفة المقصود منها بشكل واضح ولا يدع مجالا للشك، مهما كانت الدعامة، وطرق إرسالها[1].

الشرط الثاني: استمرارية الكتابة ودوامها.

يؤلف هذا الشرط نقطة إلتقاء ما بين المعنى اللغوي للكتابة والغاية من تثبيت التصرف القانوني على محرر مكتوب، المتمثل بإمكانية الرجوع المتكرر إليه كلما لزم الأمر لمراجعة بنود العقد المثبت فيه أو لعرضه على القضاء عند حدوث خلاف بين أطرافه دون الإنتقاص من أصله لا سيما ونحن بصدد الإثبات القضائي الذي يتم عن طريق تقديم الدليل أمام القضاء وبالتالي لا بد من إفراغ حروف الكتابة أو رموزها على دعامة يسمح ببقائها وديمومتها[2].

ولكي تحقق الكتابة وظيفتها في الإثبات، يجب أن تكون على دعامة تحفظها لفترة طويلة من الزمن بحيث يمكن الرجوع إليها عند الحاجة[3].

وتعني الإستمرارية أن يكون بالإمكان الرجوع إلى السند[4]، ويستوي في ذلك أن تكون على دعامة ورقية أو على دعامة إلكترونية مثل: حفظها على ذاكرة الحاسوب، أو الأقراص الممغنطة (CD ROM) أو البريد الالكتروني[5].

فإذا ما كانت الوسائط الورقية بحكم تكوينها المادي تسمح بتحقيق هذا الشرط، فإن إستخدام الوسائط الإلكترونية يثير التساؤل عن مدى تحقق هذا الشرط فيها حتى يمكن اعتبارها من قبيل

---

1. زروق يوسف، حجية وسائل الإثبات، مرجع سابق، ص178.
2. أسال كاظم كريم الصدام، مرجع سابق، ص53.
3. مراد محمود يوسف مطلق، مرجع سابق، ص261.
4. أحمد عزمي الحروب، السندات الرسمية الإلكترونية، دراسة مقارنة، دار الثقافة، عمان، الطبعة الأولى، 2010، ص60.
5. سمير حامد عبد العزيز الجمال، مرجع سابق، ص200.

المحررات الكتابية، وفي هذا الصدد فإن الخصائص المادية للوسيط الإلكتروني قد تمثل عقبة في سبيل تحقق هذا الشرط، ذلك أن التكوين المادي والكيميائي للشرائح الممغنطة وأقراص التسجيل المستخدمة في التعاقد عن طريق الأنترنت تتميز بقدر من الحساسية بما يعرضها للتلف السريع عند اختلاف قوة التيار الكهربائي أو الإختلاف الشديد في درجة حرارة تخزين هذه الوسائط، وهي بذلك تعد أقل قدرة من الأوراق على الإحتفاظ بالمعلومات لمدة طويلة[1].

إلا انه جرى التغلب على هذه المشكلة بإبتداع واستخدام أجهزة ذات تقنيات متطورة، ساعدت على توفير إمكانية حفظ الكتابة الإلكترونية بصورة مستمرة و على نحو أفضل من حفظ المستندات الورقية[2].

كما قد تواجه الكتابة الإلكترونية عقبة أخرى تتعلق بالمحرر الإلكتروني والمتمثلة في التطور المستمر للتكنولوجيا الحديثة، فالبرامج التي تنشئ المحرر الإلكتروني وتقرأه في تطور مستمر، فمثلا المحرر الإلكتروني الذي تم إنشاؤه على برنامج الـ "word" إصدار عام 1998 لا يمكن قراءته بنفس الصورة على برنامج الـ "word"إصدار عام 2006، الأمر الذي قد يؤدي إلى أن يتم تقديم محرر إلكتروني إلى القاضي فلا يستطيع أن يطلع عليه وذلك لأن المحرر قد تم إنشاؤه منذ سنوات والبرامج الموجودة حاليا لا تسمح بقراءته[3].

غير أنه يمكن التغلب على هذه العقبة بسهولة ويسر، وذلك بالعمل على الإحتفاظ بالإصدارات السابقة التي تقوم بقراءات المحررات الإلكترونية، بحيث يمكن إستخدامها في قراءة محررات تم إنشاؤها منذ زمن بعيد، ومع ذلك لا يمكن التسليم بالنتيجة السابقة على الإطلاق، فإذا كان الورق بحكم تكوينه المادي يستوفي شرط "ثبات" الكتابة فإنه يتأثر هو الآخر بعوامل الزمن، ومن الممكن أن يصيبه التلف وقد يتآكل بفعل الرطوبة وسوء التخزين، كما أن هناك بعض أنواع من الورق لا يتصف بالجودة

1. حسن عبد الباسط جميعي، إثبات التصرفات، مرجع سابق، ص21.
2. الياس ناصيف، مرجع سابق، ص212.
3. سامح عبد الواحد محمد التهامي، مرجع سابق، ص384.

المناسبة وقد لا تصمد صلاحيته على المدى البعيد، ومع ذلك لم تؤثر تلك الأمور على تحقيقه لوظيفته في الإثبات[1].

ومن أجل استمرارية الكتابة ودوامها يمكن لمقدمي خدمات التصديق الإلكتروني أن يقوموا بعملية حفظ البيانات والمعلومات الإلكترونية المتعلقة بشهادات التوثيق التي يصدرونها، وذلك لمدة مناسبة تتواءم مع مدة تقادم التصرف الثابت بشهادة التوثيق، وبالتالي فإن هذه الطريقة من شأنها أن تطفي على الكتابة الإلكترونية درجة عالية من الأمان والإحتفاظ بالمعلومات المدونة لأطول فترة ممكنة ومن هنا فإن وظيفة مقدمي خدمات التصديق الإلكتروني لا تقتصر فقط على التصديق على المحررات الإلكترونية، وإنما يمكن أن يخول إليهم ـ أيضا ـ وظيفة الإحتفاظ بهذه البيانات والمعلومات لمدة معينة[2].

ولقد تناولت بعض التشريعات الحديثة مسألة استمرارية الكتابة الإلكترونية وحفظها، فالمادة 1/6 من قانون الاونيسترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية، تنص على أنه" عندما يشترط القانون أن تكون المعلومات مكتوبة، تستوفي رسالة البيانات ذلك الشرط، إذا تيسر الإطلاع على هذه البيانات الواردة، فيها على نحو يتيح استخدامها بالرجوع إليها لاحقا".

كما نصت المادة 10 من القانون ذاته على أنه " عندما يقضي القانون بالإحتفاظ بمستندات أو سجلات أو معلومات بعينها، يتحقق الوفاء بهذا المقتضى إذا تم الإحتفاظ برسائل البيانات، شريطة مراعاة الشروط الآتية:

أ ـ تيسر الإطلاع على المعلومات الواردة فيها على نحو يتيح إستخدامها عند الرجوع إليها لاحقا.

ب ـ الإحتفاظ برسالة البيانات بالشكل الذي إنشئت أو أرسلت أو إستلمت به، أو بشكل يمكن إثبات أنه يمثل بدقة المعلومات التي أنشئت أو أرسلت أو أستلمت.

---

1. تامر محمد سليمان الدمياطي، مرجع سابق، ص212.
2. سمير حامد عبد العزيز الجمال، مرجع سابق، ص200.

ج ـ الإحتفاظ بالمعلومات إن وجدت، التي تمكن من إستبانة منشأ رسالة البيانات ووجهة وصولها، وتاريخ وقت إرسالها وإستلامها"[1].

ويقصد بشرط الحفظ والإسترجاع هو إمكانية الإحتفاظ بالمعلومات التي يتضمنها الدليل لفترة طويلة من الزمن تكفل الرجوع إليها واسترجاعها عند الحاجة إليها، وهذا الشرط يمكن تحقيقه بسهولة في الكتابة الإلكترونية والتي تعتمد على وسائط وطرق حفظ متطورة وذات تقنية عالية جدا تضمن الثبات والإستمرار للبيانات التي تحتويها[2].

وتنص المادة 1/1316 من القانون الفرنسي رقم 230/2000 بشان التوقيع الإلكتروني على أنه يشترط في الكتابة الإلكترونية أن يتم تدوينها بصورة تضمن حفظها وإسترجاعها عند الحاجة[3].

وفي القانون التونسي رقم 83 لسنة 2000 بشأن المبادلات والتجارة الإلكترونية تنص المادة الرابعة على أنه:" يلتزم المرسل بحفظ الوثيقة الإلكترونية في الشكل المرسلة به، ويلتزم المرسل إليه بحفظ هذه الوثيقة في الشكل الذي تسلمها به، ويتم حفظ الوثيقة الإلكترونية على حامل إلكتروني، يتيح الإطلاع على محتواها طيلة مدة صلاحيتها، وحفظها في شكلها النهائي بصورة تضمن سلامة محتواها، وحفظ المعلومات الخاصة بمصدرها ووجهتها، وكذلك تاريخ ومكان إرسالها أو إستلامها"[4].

كما أنه وفقا لنص المادة الثامنة من القانون الأردني رقم 85 لعام 2001 بشأن المعاملات الإلكترونية قد تضمنت هذا الشرط والتي نصت على شروط السجل التجاري الإلكتروني:

" 1 ـ أن تكون المعلومات الواردة في ذلك السجل قابلة للإحتفاظ بها وتخزينها بحيث يمكن في أي وقت الرجوع إليها.

2 ـ إمكانية الإحتفاظ بالسجل الإلكتروني بالشكل الذي يتم به إنشاؤه أو إرساله أو تسلمه أو بأي شكل يسهل به إثبات دقة المعلومات التي وردت فيه عند إنشاؤه أو إرساله أو تسلمه."

---

[1]. إلياس ناصيف، مرجع سابق، ص214.

[2]. زروق يوسف، حجية وسائل الأثبات ، مرجع سابق، ص185.

[3]. مخلوفي عبد الوهاب، مرجع سابق، ص185.

[4]. سمير حامد عبد العزيز الجمال، مرجع سابق، ص201.

كما نصت المادة 2/5 من القانون البحريني رقم 28 لسنة 2002 فإنه" إذا أوجب القانون أن تكون المعلومات ثابتة بالكتابة أو رتب أثرا قانونيا على عدم الإلتزام بذلك، فإن ورود المعلومات في سجل إلكتروني يفي بمتطلبات هذا القانون بشرط أن تكون المعلومات قابلة للدخول عليها وإسترجاعها لاحقا عن طريق البث أو الطباعة أو غير ذلك"[1].

ولقد أكد ذلك نص المادة 1/8 من قانون إمارة دبي الإلكتروني، من خلال إلزام مدخل البيانات المكونة للمحرر الإلكتروني بالإبقاء على المعلومات محفوظة على نحو يتيح إستخدامها والرجوع إليها لاحقا، كأن يتم حفظها في الأقراص الصلبة بأجهزة الحاسب أو على شبكة الأنترنت، وفي الحالة الإخيرة نجد أن توافر هذه المعلومات على الشبكة، يحقق فاعلية أكثر بطريقة تمكن من إسترجاع هذه البيانات من خلال أي جهاز كمبيوتر يمكن ربطه على الشبكة[2].

إما في القانون الجزائري فإن هذا الشرط يستفاد من نص المادة 323 مكرر1 بقولها:" يعتبر الإثبات بالكتابة في الشكل الإلكتروني كالإثبات بالكتابة على ورق بشرط إمكانية التأكد من هوية الشخص الذي أصدرها، وأن تكون معدة ومحفوظة في ظروف تضمن سلامتها"،من خلال هذا النص نجد أن المشرع الجزائري قد أكد على أن تكون الكتابة معدة ومحفوظة في ظروف تضمن سلامتها، لكنه لم ينص على قابلية الكتابة للإسترجاع عند الحاجة إليها، لكن هذا الأمر يفهم من خلال إشتراطه الحفظ للكتابة في وسائط أو ضمن طرق تضمن إستمرارها وسلامتها بحيث يمكن الرجوع إليها في أي وقت[3].

الشرط الثالث: عدم قابلية الكتابة للتعديل.

مفاد هذا الشرط يتمثل بعدم إمكانية التلاعب بما هو مدون في المحرر من بيانات من شأنها التأثير على المراكز القانونية لأصحاب الحقوق المتنازع فيها ودون أن يظهر لهذا التلاعب أي أثر مادي من وجود أخطاء أو عيوب مادية جراء إدخال تعديلات بالإضافة أو المحو أو التحشير. ولقد تنبه المشرع المصري إلى هذه المسألة المهمة في نص المادة 28 من قانون الإثبات المصري بأنه "

1. عصام عبد الفتاح مطر، مرجع سابق، ص182.
2. صفوان حمزة ابراهيم عيسى الهواري، مرجع سابق، ص168.
3. زروق يوسف، حجية وسائل الإثبات ، مرجع سابق، ص182.

للمحكمة أن تقدر ما يترتب على الكشط والمحو والتحشير وغير ذلك من العيوب المادية في المحرر من إسقاط قيمته في الاثبات أو إنقاصها، وإذا كانت صحة المحرر محل شك في نظر المحكمة جاز لها من تلقاء نفسها أن تدعو الموظف الذي صدر عنه أو الشخص الذي حرره ليبدي ما يوضح حقيقة الأمر فيه".

وإذا أمعنا النظر في الأثر القانوني لتخلف شرط السلامة المادية للمحرر نتيجة لتضمينه عيوب مادية يتم إستظهارها بالعين المجردة أو بالخبرة الفنية، لوجدنا إن ذلك العيب المادي من شأنه تجريد المحرر الكتابي من قوته الذاتية المقررة بحكم القانون و الملزمة للقاضي سواء كان محررا رسميا أو محررا عاديا لتغدو قوته المكتسبة متوقفة على قناعة القاضي في الأخذ به أو عدم الأخذ به[1].

و مما لا شك فيه أن خاصية عدم القابلية للتعديل متوافرة في المحرر الكتابي الورقي، حيث تجري الكتابة عليه بواسطة الأحبار التي ينتشر بها الورق أو تنطبع عليه بشكل يؤدي إلى إتصالها كيميائيا بالتركيب المادي لهذه الأوراق، فلا يمكن فصلها إلا بإتلاف هذه الأوراق أو إحداث تغيرات مادية فيها سواء بالإضافة أو المحو أو التحشير، لذلك يسهل إكتشافها بالعين المجردة أو من خلال الاستعانة بالخبرة[2].

وقد أكدت محكمة النقض الفرنسية على هذا الشرط في حكم قضائي صدر عن الغرفة التجارية لها في 03 ديسمبر 1997 حيث تضمن التأكيد على ضرورة الحفاظ على صحة الكتابة التي تدل على التصرف القانوني و هذا بعدم المساس بها أو تغيرها أو تعديلها، مهما كان شكل الدعامة التي تكتب عليها تلك البيانات بما في ذلك الصور الضوئية[3].

1. أسل كاظم كريم الصدام، مرجع سابق، ص54.
2. بلقنيشي حبيب، مرجع سابق، ص47.
3. زروق يوسف، حجية وسائل الإثبات ، مرجع سابق، ص187.

و يهدف هذا الشرط على إضفاء عنصر الثقة و الأمان على الدليل حتى يمكن الإعتماد عليه و منحه الحجية القانونية[1].

إلا أن الفقه اختلف في تحليل خاصية عدم قابلية الكتابة التقليدية للتحريف و مدى إعتبارها من وظائف الكتابة، فالبعض ذهب إلى أن تلك الخاصية ليست شرطا مطلقا بدليل أنه يمكن قبول المحررات المكتوبة بقلم الرصاص في مجال الإثبات في بعض الأنظمة القانونية، بالرغم من أنه يمكن محو الكتابة دون أن تترك أثرا على الدعامة الورقية، فمثلا قضت محكمة الإستئناف إكس بروفانس الفرنسية بالإعتراف بصحة الوصية الخطية المحرر و الموقعة بقلم الرصاص متى كان من الثابت أن الكتابة و التوقيع كليهما كانتا بيد الموصي "و هو راع فقير لم يكن يملك سوى قلم رصاص لكتابة وصيته"، و قد أيدت محكمة النقض الفرنسية هذا الإتجاه في حكم حديث لها بخصوص الكفالة المحررة بقلم رصاص حيث قضت بأنه لا يوجد مبدأ أو نص في القانون يحد من إستخدام قلم الرصاص في محرر عرفي[2].

أما الإتجاه الثاني من الفقه فقد ذهب إعتبار عدم القابلية للتحريف بمثابة شرط لفاعلية الكتابة، و لا يعد ذلك من وظائف الكتابة لأن هذا الشرط يتصل بموثوقية البيانات و توثيقها، و لا يتعلق بماهية الكتابة، و حتى 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، و إنما مرد ذلك الخصائص المميزة للدعامة الورقية[3].

غير أنه يصح التساؤل عما إذا كانت هذه القواعد العامة التي تراعي الكتابة يمكن تطبيقها على الكتابة الإلكترونية، طالما أن هذه الكتابة الأخيرة تكون غير مادية، و هي تتميز بقدرة أطراف التصرف

---

[1]. الصالحين محمد العيش، مدى قبول الدليل الكتابي الرقمي في إثبات معاملات التجارة الالكترونية، بحيث مقدم الى المؤتمر الدولي الثاني لقانون الأنترنت، جامعة الدول العربية، المنظمة العربية للتنمية الإدارية، مالطا من 27 إلى 31 نوفمبر 2006، ص8.

[2]. حابت أمال، التجارة الالكترونية في الجزائر، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2015، ص85.

[3]. حابت امال، مرجع سابق، ص85.

على تعديل الكتابة الإلكترونية سواء بالإضافة أو الإلغاء، و إعادة تنسيق المحرر الإلكتروني، دون ترك أي أثر مادي يمكن ملاحظته[1].

و يترتب على هذا الإختلاف المادي بين الأوراق و بين الوسائط الإلكترونية أن المحرر الإلكتروني يفتقر بحسب الأصل إلى شرط من أهم الشروط التي تتصل بوظيفة المحرر الكتابي في الإثبات و التي تهدف إلى تحقيق الثقة في البيانات المدونة في المحرر[2].

و على الرغم مما تقدم توجد وسائل تقنية مختلفة تسمح ببيان التعديلات الواردة عن المحرر، فعلى سبيل المثال يترك مجرد الدخول على الملف المعلوماتي الذي يوجد به المحرر اثرا تقنيا يتمثل بصفة خاصة في تجديد تاريخ و وقت ذلك الملف بشكل منظم و مستمر، كما أن أي تعديل يرد على بيانات المحرر يستتبع بالضرورة قيام الحاسوب بتغير تاريخ و وقت ذلك المحرر يضاف إلى ذلك أن المحرر الإلكتروني يحتوي على العديد من "المعلومات المخبأة" أو البيانات الوصفية" التي تفسح المجال حول الإستعلام عن طبيعة المعلومات الواردة في المحرر، كذلك تفسح هذه المعلومات المجال أمام من يطلع على المحرر لمعرفة أطراف المحرر و المساحة التخزينية التي يشغلها على القرص الصلب للحاسوب، فضلا عن عدد التعديلات التي تعرض لها[3].

كما أدى التطور التكنولوجي إلى حل هذه المشكلة أيضا و ذلك عن طريق إستخدام برامج حاسب آلي بتحويل النص الذي يمكن التعديل فيه إلى صورة ثابتة لا يمكن التدخل فيها أو التعديل، و يعرف هذا النظام باسم Document Image Processing[4].

كما تم إبتكار طريقة أخرى لحفظ البيانات الإلكترونية دون تعديل، حيث يتم حفظ البيانات في صناديق إلكترونية يتعذر فتحها إلا بإستعمال مفتاح خاص و الذي تشرف عليه سلطة الإشهار

---

1. إلياس ناصيف، مرجع سابق، ص217.
2. حسن عبد الباسط جميعي، إثبات التصرفات القانونية، مرجع سابق، ص23.
3. ثامر محمد سليمان الدمياطي، مرجع سابق، ص214.
4. صفوان حمزة إبراهيم عيسى الهواري، مرجع سابق، ص169.

" Authertication Authority العامة و الخاصة، مما ينجم عنه yتلاف الوثيقة المحفوظة أو محوها اذا ما تمت محاولة تعديلها" [1].

و من الناحية التشريعية نجد أن المشرع المصري قد حدد الشروط الواجب توافرها في الكتابة الإلكترونية في المادة 18 من قانون التوقيع الإلكتروني رقم 15 لسنة 2004 و التي تنص على أنه: " يتمتع التوقيع الإلكتروني و الكتابة الإلكترونية و المحررات الإلكترونية بالحجية في الإثبات إذا ما توافرت فيها الشروط الآتية:

أ ـ إرتباط التوقيع الإلكتروني بالموقع وحده دون غيره.

ب ـ سيطرة الموقع وحده دون غيره على الوسيط الإلكتروني.

ج ـ امكانية كشف اي تعديل أو تبديل في بيانات المحرر الإلكتروني أو التوقيع الإلكتروني.

كما نصت المادة 1316 مكرر من القانون المدني الفرنسي على أن " تتمتع الكتابة الإلكترونية بنفس الحجية المعترف بها للمحررات الكتابية في الإثبات شريطة أن يكون بالإمكان تحديد شخص مصدرها على وجه الدقة، و أن يكون تدوينها، و حفظها قد تم في ظروف تدعو إلى الثقة ".

و المقصود بتحديد شخص مصدرها، هو تعين الشخص الذي ينسب إليه المحرر الإلكتروني[2].

و قد نص القانون التونسي رقم 83 لسنة 2000 في المادة 4 على أنه: " يعتمد قانون حفظ الوثيقة الإلكترونية، كما يعتمد حفظ الوثيقة الكتابية و يلتزم المرسل بحفظ الوثيقة الإلكترونية في الشكل المرسل به و يلتزم المرسل إليه بحفظ هذه الوثيقة في الشكل الذي تسلمها به"[3]

---

[1]. لملوم كريم، الاثبات في معاملات التجارة الالكترونية بين التشريعات الوطنية والدولية، رسالة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2011، ص34.

[2]. لزهر بن سعيد، مرجع سابق، ص149.

[3]. القانون رقم 83 لسنة 2000، المتعلق بالمبادلات والتجارة الالكترونية التونسي.

كما ساوى قانون المعاملات والتجارة الالكترونية الإماراتي[1]، بين الكتابة الإلكترونية والكتابة التقليدية شريطة مراعاة شروط الحفظ وهي:

ـ حفظ المستند الإلكتروني بطريقة تسمح ببيان مضمونه وما يحتويه من معلومات.

ـ إمكان إسترجاع المعلومات الحفوظة، والرجوع إليها عند الحاجة إلى ذلك.

ـ حفظ المعلومات المتعلقة بمنشئ الرسالة الإلكترونية وجهة وصولها ووقت ومكان إرسالها واستلامها.

أما بالنسبة للمشرع الجزائري وفي ظل غياب قانون خاص بالإثبات الالكترونية فإنه قد أشار إلى مسالة عدم التعديل في الكتابة الإلكترونية في نص المادة 323 مكرر 1 من القانون المدني الجزائري على أنه" يعتبر الإثبات بالكتابة في الشكل الإلكتروني كالإثبات بالكتابة على الورق، بشرط إمكانية التأكد من هوية الشخص الذي أصدرها وأن تكون معدة ومحفوظة في ظروف تضمن سلامتها"

خلاصة ما تقدم أن الإشتراطات التي وضعتها التشريعات والتي تم التطرق لها وكذلك الفقه تجعل الكتابة الإلكترونية تقوم بذات الوظائف التي تؤديها الكتابة الورقية متى إستوفها مقتضيات تأمينها، بحيث يمكن قراءتها، وأن يكون هذا التدوين بشكل مستمر، ودائم وغير قابل للتعديل بالمحو أو بالإضافة إلا بترك أثر واضح يدل على هذا التعديل.

المبحث الثاني: حجية المحررات الإلكترونية طبقا للقواعد التقليدية في الإثبات.

يقصد بالحجية القانونية للكتابة الإلكترونية القوة القانونية للعقود أو المعاملات المدنية التي تتم عبر الأنترنت، أو بمعنى آخر القوة القانونية للمعلومات المستخرجة من الشبكة العالمية في إثبات التعاملات المدنية[2]، وإذا كان المشرع قد جعل من للكتابة النصيب الأكبر في الإثبات على غيرها

[1] . المادة التاسعة من قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية الإماراتي رقم 2 لسنة 2002.

[2] _ Jean- Michel Bruguiere Vincent Fauchaux ,droit de l'internt, pevue la my ,n 092 ,2012, p, 53

من الأدلة نظرا لأن إعدادها وقت حصول العمل القانوني يدنيها من الحقيقة الواقعة، ويجعل احتمال صدق ما يدون بها أقوى من احتمال صدق ما يثبت عن طريق الأدلة الأخرى، غير أنه إذا لم يكن في وسعه أن ينفي عنها احتمال وقوع الكذب فيها، فقد أخذها على علتها واكتفى بأن جعلها قرينة على الحقيقة يجوز إثبات عكسها، لذلك كانت الكتابة مهما بلغ شانها لا تثبت_ لها حجية مطلقة أبدا_ ويجوز إثبات عدم مطابقتهاللحقيقة[1].

ومن الثابت أن التصرف القانوني يثبت حاليا بالدليل الكتابي أصلا، وبيغيره إستثناءا وهو ما دفع بالقوانين الوضعية، ومن ضمنها القانون الجزائري إلى الإهتمام بالدليل الكتابي ويتجلى ذلك في سن أحكامه، وفي تقديره أمام القضاء[2].

فالأصل العام أن كافة التصرفات المدنية التي تزيد قيمتها على النصاب المحدد في المادة 333 من القانون المدني الجزائري والمادة 60 من قانون الإثبات المصري فإنها تخضع لمبدأ وجوب الإثبات بالكتابة غير أن المشرع الجزائري كباقي المشرعين أقر بمبدأ حرية الإثبات في التصرفات المدنية في حالات إستثنائية واردة على سبيل الحصر[3].

وتتمثل هذه الحالات في الآتي: مبدأ الثبوت بالكتابة، وجود مانع يحول دون الحصول على الدليل الكتابي، إضافة إلى ذلك فقدان السند الكتابي بسبب أجنبي، وأخيرا وجود إتفاق إو نص يجيز الإثبات بغير الكتابة.

---

1. سليمان مرقص، الأدلة المطلقة، أصول الاثبات وإجراءاته، دار الكتب القانونية، 1998، ص139، مشار له لدى: إيمان عبد الجواد مطفى ابراهيم، مرجع سابق، ص279.
2. قروف موسى، سلطة القاضي المدني في تقدير الدليل الكتابي، مجلة الفكر، العدد الثامن، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2012، ص90.
3. محمد عمار تيبار، مدى حجية المحرر الالكتروني في الإثبات في القانون الليبي، 2009، متاح على الموقع الإلكتروني، www.iefedia_com ص47.

غير أن هذه الاستثناءات لا تؤخذ على إطلاقها فهناك شروط خاصة لكل حالة من الحالات السابقة يجب أن تتوافر حتى يمكن إستبعاد الدليل الكتابي والإستعانة بشهادة الشهود أو القرائن لإثبات التصرف القانوني[1].

وسوف نقسم هذا المبحث إلى مطلبين نعرض في أو مطلب حجية الكتابة الإلكترونية طبقا لقاعدة حرية الإثبات بالكتابة، ويليه مطلب ثان حجية الكتابة الإلكترونية طبقا للاستثناءات الواردة على قاعدة الإثبات بالكتابة.

المطلب الأول: حجية المحررات الإلكترونية طبقا لمبدأ حرية الإثبات.

تعتبر الكتابة من أقوى وأهم وسائل الإثبات ذات القوة المطلقة، الشيء الذي دفع بالمشرع الجزائري كغيره من التشريعات الأخرى إلى تفضيلها على الشهادة[2]. لأن الكتابة يمكن إعدادها مسبقا قبل وقوع أي نزاع، ولهذا فهي تتضمن الحقيقة على طبيعتها مما جعلها تستأثر بإهتمام التشريعيات الوضعية، وتقيد قناعة القاضي بالرغم من أنها عرضة للتزوير الذي وإن كان خطره كبير، إلا أن كشفه أسهل بكثير من كشف خطر شهادة الشهود[3].

والكتابة إما أن تكون وسيلة لإثبات العقد وهذا هو الأصل، وقد تكون في بعض العقود الشكلية ركنا لإنعقاده وهو الإستثناء، وفي ضوء صعوبة الإعتراف بالمحررات الإلكترونية كأدلة كتابية كاملة تتساوى من حيث الحجية في الإثبات مع المحررات العرفية، فقد لجاء القضاء (مدعوما بالفقه) إلى قبول المحررات الإلكترونية في الإثبات في الحالات التي لا يجب فيها الإّثبات بالكتابة[4].

---

[1]. علاء حسين مطلق التميمي، الدليل الإلكتروني في الإثبات المدني دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، مصر، الطبعة الثانية، 2010، ص325.

[2]. أزرو محمد رضا، اشكالية اثبات العقود الإلكترونية، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة أبوبكر بلقايد تلمسان،2016/2015، ص67.

[3]. قروف موسي، مرجع سابق، ص91.

[4]. حسن عبد الباسط جميعي، إثبات التصرفات القانونية، مرجع سابق، ص52.

لذلك فإن المحررات الإلكترونية تعد مقبولة في ظل مبدأ حرية الإثبات في المواد التجارية والتصرفات[1]، المدنية التي لا تتجاوز نصاب الاثبات بشهادة الشهود.

ومفاد مبدأ حرية الإثبات هو عدم تقييد المدعي في إثبات ما يدعيه بطريق معين من طرق الإثبات وإنما يكون له إثبات ما يدعيه بكافة طرق الإثبات بما في ذلك شهادة الشهود والقرائن القضائية[2].

ونبحث تفصيلا مبدأ حرية الإثبات في مجال التصرفات التجارية في الفرع الاول والتصرفات المدنية التي لا تتجاوز نصاب الإثبات بشهادة الشهود في الفرع الثاني

الفرع الاول: مبدأ حرية الإثبات في المواد التجارية.

يأخذ القانون المدني الجزائري بمبدأ حرية الإثبات في المواد التجارية أيا كانت قيمتها حيث نصت المادة 1/333على ما يلي:" في غير المواد التجارية إذا كان التصرف القانوني تزيد قيمته على 100,000 دينار جزائري أو كان غير محدد القيمة فلا يجوز الإثبات بالشهود في وجوده أو انقضائه مالم يوجد نص يقضي بغير ذلك"

كما تنص المادة 30 من القانون التجاري الجزائري على أن:" يثبت كل عقد تجاري:

1 ـ سندات رسمية،

2 ـ سندات عرفية،

3 ـ بفاتورة مقبولة،

4 ـ بالرسائل،

---

[1]. المرجع نفسه، ص52.

[2]. يس محمد يحي، القرائن القانونية وحجيتها في الإثبات، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، 1990، ص41 وما بعدها، مشار له لدى: ثامر محمد سليمان الدمياطي، مرجع سابق، ص242.

5 ـ بدفاتر الطرفين،

6 ـ بالإثبات بالبينة أو بأية وسيلة أخرى إذا رأت المحكمة وجوب قبولها."

فمن خلال نصوص هذه المواد فإن الأعمال التجارية سواء كانت أعمال مادية أو تصرفات قانونية أو محددة القيمة أو غير محددة القيمة يجوز إثباتها بكافة طرق الإثبات القانونية المذكورة أعلاه، حيث يجوز الإثبات بشهادة الشهود مهما كانت قيمة التصرف القانوني التجاري، إلا إذا اشترط القانون التجاري الكتابة كأداة إثبات، فلا يمكن إثبات عكس مضمون الدليل الكتابي إلا بالكتابة[1].

وهو ما أكدت عليه المادة(1/28/ ب) من قانون البيانات الأردني بقولهما:" مع مراعاة أحكام أي قانون خاص يجوز الإثبات بالشهادة في الالتزامات التجارية مهما بلغت قيمتها..." ونصت على ذلك أيضا المادة 51 من قانون التجارة الأردني بقولهما: " لا يخضع إثبات العقود التجارية مبدئيا للقواعد الحصرية الموضوعية للعقود المدنية، فيجوز إثبات العقود المشار إليها بجميع طرق الإثبات مع الإحتفاظ بالاستثناءات الواردة في الأحكام القانونية الخاصة"[2].

كما أخذ المشرع في كل من مصر و فرنسا[3]. بمبدأ حرية الإثبات في شأن المواد التجارية لذلك فقد ورد نص المادة 1/60 من قانون الإثبات المصري بأنه:" في غير المواد التجارية إذا كان التصرف القانوني تزيد قيمته على ألف جنيه أو كان غير محدد القيمة، فلا تجوز شهادة الشهود في إثبات وجوده أو انقضائه مالم يوجد إتفاق أو نص يقضي بغير ذلك."

وتأكيدا لمبدأ حرية الإثبات في التصرفات التجارية، نصت المادة 79 من قانون التجارة الجديد17 لسنة 1999 في فقرتها الأولى على أنه" يجوز إثبات الإلتزامات التجارية أيا كانت قيمتها بكافة طرق الإثبات مالم ينص القانون على غير ذلك"، كما نصت ذات المادة في فقرتها الثانية على

---

[1]. بن النية أيوب، وسائل الإثبات في المواد التجارية، رسالة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق، جامعة قسنطينة 1، 2013 / 2014، ص92.

[2]. عمر أحمد العرايشي، حجية السندات الإلكترونية في الإثبات دار حامد للنشر والتوزيع، الاردن،ص120

[3]. عبد العزيز المرسي حمود، مدى حجية المحرر الالكتروني في الاثبات في المسائل المدنية والتجارية في ضوء قواعد الاثبات النافذة، د.ن، 2005، ص57.

أنه:" فيما عدا الحالات التي يوجب فيها القانون الإثبات بالكتابة في المواد التجارية يجوز في هذه المواد إثبات عكس ما أشتمل عليه دليل كتابي أو إثبات ما يجوز هذ الدليل بكافة الطرق"[1].

ويهدف مبدأ حرية الاثبات في المسائل التجارية إلى الإستجابة لما تقتضيه الحياة التجارية من تبسيط في إتمام التصرفات، كما يجد هذا المبدأ تبريره فيما يفرضه القانون التجاري على التجار من ضرورة إمساك دفاتر تجارية منتظمة يسجل فيها كل المعاملات وما يصدر بشأنها من مراسلات بدقة وإنتظام[2].

زيادة على كون العمل تجاري، يجب أن يكون أطراف التصرف موضوع المستند الإلكتروني من التجار، وأن يكون التصرف متعلقا بالأعمال التجارية، أما إذا كان ما قام به التاجر لا يدخل في نطاق تجارته، فلا يخضع لمبدأ الإثبات الحر، بل يخضع لنظام الإثبات المدني طبقا للقواعد العامة، فلا يعمل بمبدأ حرية الإثبات في المعاملات التجارية إلا إذا كان طرفا المعاملة التجارية من فئة التجار وكانت المعاملة متعلقة بالأعمال التجارية لكل منهما[3].

ووفقا لنص المادة الرابعة[4]، من القانون التجاري المصري:" يعد العمل تجاريا إذا أبرمه التاجر لحاجة تجارته أو بمناسبتها أو كان العقد القصد منه المضاربة أو السعي لتحقيق الربح عن طريق تداول الثروات..." وقد حدد المادة الأولى المعدلة[5]، من القانون التجاري الجزائري متى يكون الشخص تاجرا والطبيعة التجارية للتصرف، أما إذا كان التصرف القانوني الذي قام به التاجر موضوعه لا يتعلق بالأعمال التجارية فإن هذا التصرف لا يعد من قبيل الأعمال التجارية وبالتالي لا يخضع لمبدأ حرية الإثبات.

---

1. عبد العزيز المرسي حمود، مرجع سابق، ص58.
2. محمد عمار تيبار، مرجع سابق، ص44.
3. شادي رمضان ابراهيم طنطاوي، مرجع سابق ، ص99.
4. المرجع نفسه، ص99.
5. عدلت بالامر رقم 27/96 المؤرخ في 12/09/ 1996.ج،ر،ع.77 المؤرخة في 11 /1996/12، ص4.

أما إذا كان التصرف مختلطا بأن كان أحد طرفيه تاجرا يقوم بالتصرف لمصلحة تجارته وكان الطرف الآخر يقدم على هذا التصرف لإشباع احتياجاته العادية ولغير أغراض التجارة، فإن مبدأ حرية التجارة يطبق على من كان هذا التصرف تجاريا بالنسبة له[1].

وفي إطار مبدأ حرية إثبات التصرفات التجارية وكنتيجة لذلك يرى جانب من الفقه أنه يمكن الإستعانة بالمحرر الإلكتروني بوصفه قرينة قضائية لإثبات وجود ومضمون التصرفات القانونية التجارية أيا كانت قيمتها، حتى ولو زادت قيمة التصرف عن النصاب المقرر بالإثبات بالبيئة التي تبرم عبر الأنترنت وتقنيات وسائل الإتصالات الإلكترونية الأخرى[2].

وهو يعني أن المتعاقد عبر الأنترنت يستطيع أن يتمسك بالمحرر الإلكتروني المثبت على دعامة غير ورقية وأن يقيم الدليل عليه في مواجهة الأطراف الأخرى بكل حرية[3].

وهكذا فإن المشتري عن طريق الأنترنت يستطيع في الحالات السابقة إثبات التعاقد ومضمونه بكافة طرق الإثبات بما في ذلك شهادة الشهود والقرائن والخبرة والمعاينة، ويعني ذلك أن المشتري عبر الأنترنت يستطيع أن يتمسك بالمحرر الإلكتروني المسجل على الوسيط غير الورقي أو بالنسخة الورقية التي يتم طباعتها منه بالرغم من أن هذا المحرر أو صورته المستنسخة لا يرقيان إلى مرتبة الدليل الكتابي، بل وقد لا تتوافر فيهما مقومات مبدأ الثبوت بالكتابة وفي هذا الفرض يكون تمسك المشتري بالمحرر الإلكتروني أو النسخة المطبوعة منه في هذا الفرض الأخير بوصفها قرينة من القرائن التي تدل على وجود التصرف وتحدد مضمونه، وليس هناك ثمة تخوف أو أية مخاطر في ذلك لأن الأمر في جميع الأحوال يخضع لتقدير القاضي[4].

---

1. حسن عبد الباسط جميعي، اثبات التصرفات القانونية ، مرجع سابق، ص54.
2. عبد العزيز المرسي حمود، مرجع سابق، ص59.
3. محمد السعيد رشدي، مرجع سابق، ص217.
4. حسن عبد الباسط جميعي، اثبات التصرفات القانونية، مرجع سابق، ص55.

ويخلص هذا الإتجاه الفقهي إلى أن الإستناد إلى مبدأ حرية الإثبات في المواد التجارية يفسح الطريق أمام فكرة الأخذ بالمحرر الإلكتروني كدليل في إثبات التصرفات التجارية دون الإصطدام بعقبات الإعتراف التشريعي به كدليل إثبات[1].

على أنه وبالرغم مما يسمح به مبدأ حرية الإثبات من الإستعانة بالمحرر الإلكتروني في إثبات التصرفات التجارية إلا أن الضوابط التي تحكم المبدأ المذكور تفضي إلى تحجيم دور المحرر الإلكتروني في إثبات تلك التصرفات[2].

فمن الناحية الأولى يجوز الإتفاق على وجوب الإثبات بالكتابة في المسائل التجارية وعندئذ لا يجوز الإثبات بالبينة أو بالقرائن ومن ثم يغلق الباب أمام الأخذ بالمحرر الإلكتروني بإعتباره قرينة قضائية، لكون أن مبدا حرية الإثبات في المادة التجارية ليس من النظام العام إذ يجد مصدره في الأعراف التجارية ولذلك يجوز لطرفي العقد الإتفاق على مخالفته.

ومن ناحية ثانية: يوجب المشرع الإثبات بالكتابة بالنسبة لبعض المسائل التجارية مثل الأوراق التجارية وبعض العقود التجارية كعقد الشركة، وعقد بيع المحل التجاري، ومن ثم لا يجوز الإستناد إلى المحرر الإلكتروني في تلك الحالة، ومن جهة أخرى توجد بعض التصرفات التي تتم بين تاجرين ولكن لا تتعلق بالتجارة أو أنها تصرفات مدنية بطبيعتها، والواقع أن تلك التصرفات تخضع في إثباتها لقاعدة وجوب الإثبات بالكتابة متى زادت قيمتها عن نصاب الإثبات بالبيئة[3].

ومن ناحية ثالثة قد يكون التصرف مختلطا أي أن أحدا طرفيه تاجرا (المهني أو المحترف الذي يعرض سلعة أو خدمة على العملاء) والطرف الآخر غير تاجر(المشتري أو مقدم الخدمة) فالقاعدة كما رأينا هي حرية الإثبات في مواجهة التجار، حيث يحق للطرف غير التاجر إثبات التصرفات القانونية في مواجهة التاجر، بكافة طرق الإثبات أيا كانت قيمة التصرف ومن ثم يكون

1. تامر محمد سليمان الدمياطي، مرجع سابق، ص244.
2. عبد العزيز المرسي حمود، مرجع سابق، ص60.
3. تامر محمد سليمان الدمياطي، مرجع سابق، ص244.

للطرف غير التاجر وحده في التعاقد عن طريق الأنترنت الذي يطبق مبدأ حرية الإثبات لمصلحته أن يستعين بالمحررات الإلكترونية لإثبات حصول التعاقد ومضمونه في مواجهة التاجر[1].

أما في مواجهة الطرف غير التاجر فيكون بإتباع القواعد المدنية في الإثبات، بحيث يلتزم التاجر بالإثبات بالكتابة إذا زادت قيمة التصرف عن مقدار محدد، ومن ثم يمتنع عليه أن يستعين بالمحررات الإلكترونية في الإثبات[2].

نخلص إلى أن القول أن مجال الإستعانة بفكرة المحرر الإلكتروني لإثبات التصرفات التجارية من خلا مبدأ حرية الإثبات هو مجال محدود، حيث ينحصر إستخدامه ـ وكما أسلفنا[3]ـ في الاعمال التجارية عدا ما استثني بنص تشريعي من تطبيق هذا المبدأ الأخير، والتصرفات التي تبرم بين التجار، أو تعقد لصالح تجارتهم بالنسبة للطرف غير التاجر إذا دخل في تعامل مع أحد التجار، بالإضافة إلى ذلك أنه حتى في حالة الإستعانة بالمحرر الإلكتروني لإثبات التصرفات التجارية على أنه قرينة قضائية، فإن ذلك يجعل منه ذو قوة محدودة في مجال الإثبات لإن من شان ترك قيمة المحرر الإلكتروني لسلطة التقديرية للقاضي، مع العلم أن القاضي هنا يتمتع بشأنها بحرية واسعة، فيما يراه قاض قرينة منتجة في الإثبات يراه آخر غير ذلك[4].

كما إنه من الناحية العملية لا يطمئن القاضي إلى الإعتماد على شهادة الشهود والقرائن وحدها حينما يكون موضوع النزاع كبير القيمة، أو كانت عادة التجار تجري على تحرير أوراق في مثل النزاع المعروض، بل يتطلب القضاة في الغالب مبدأ ثبوت الكتابة وهو الأمر الذي يعني أن يصبح المحرر الإلكتروني في هذا الصدد حجة غير قاطعة.

---

[1]. حسن عبد الباسط جميعي،اثبات التصرفات القانونية، مرجع سابق، ص55.

[2]. عبد العزيز المرسي حمود، مرجع سابق، ص61.

[3]. محمد عمار تيبار، مرجع سابق، ص47.

[4]. محمود عبد الرحمان، دور القرائن في الإثبات، دار النهضة العربية، 1989، مصر، ص33 وما بعدها.

الفرع الثاني: التصرفات القانونية المدنية التي لا تجاوز نصاب الإثبات بالبينة.

فالأصل العام أن يتم إثبات التصرفات القانونية بتوافر الدليل الكتابي، بإعتباره يغني في ذاته لحسم أي نزاع بالخصوص، ولكن للتسيير على الأشخاص وعدم إعاقة معاملاتهم اليومية، فيما يتعلق بتوفير إحتياجاتهم الخاصة، فقد أخذ المشرع الجزائري بمبدأ حرية الإثبات في شأن التصرفات المدنية التي لا تجاوز قيمته حدا معينا حددته المادة 1/333[1] من القانون المدني الجزائري، بحيث يمكن للأطراف إقامة الدليل على حصول التصرف القانوني وعلى مضمونه، بكافة طرق الإثبات كشهادة الشهود والقرائن، دون النظر إلى صفة الأطراف تجار أو غير تجار ودون إعتبار لطبيعة المعاملة تجارية أو مدنية.

وقد وردت تطبيقات للمادة السابقة في الكثير من قرارات المحكمة العليا، مثل القرار رقم 84034 المؤرخ في 1992/07/07[2]: " من المقرر قانونا أنه في غير المواد التجارية إذا كان التصرف القانوني تزيد قيمته عن 1000 دج أو كان غير محدد القيمة فلا تجوز البينة في إثبات وجوده أو انقضائه، مالم يوجد نص قانوني يقضي بغير ذلك، فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا للقانون، لأنه لا يمكن لأحد أن يحرر سندا لنفسه ومتى كان ذلك استوجب نقض وإبطال القرار المطعون فيه"[3].

ويتم تقدير قيمة التصرف طبقا للفقرة 02 من المادة 333 ق. م. ج : " يقدر الإلتزام بإعتبار قيمته وقت صدور التصرف القانوني ويجوز الإثبات بالشهود إذا كانت زيادة الالتزام على 100،000 دج ولم تأت الإ من ضم الملحقات إلى الأصل"، حيث يتم تقدير قيمة التصرف وقت صدوره وليس

---

[1]. أراميس عائشة ، الإثبات في العقود الالكترونية المبرمة عبر الأنترنت، رسالة لنيل شهادة الماجيستير كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2007، ص16.

[2] . حابت أمال، مرجع سابق، ص189.

[3]. زرقان وليد، إجراءات الإثبات عن طريق الشهادة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، رسالة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر2014،2015/1، ص13.

وقت المطالبة به، فإذا كان محل الإلتزام مبلغ من النقود فليس في الأمر إشكال ولا تأثير لإنخفاض العملة أو لإرتفاع ثمن الشيء المتنازع فيه أو انخفاضه[1].

وترى المحكمة العليا الجزائرية أن اشتراط المشرع الكتابة في إثبات الدين، إذا تجاوز قيمته 100،000 دج لا يعني اشتراط الرسمية[2].

كما تبنى المشرع المصري حرية الإثبات أيضا في شأن المعاملات المدنية التي لا تزيد قيمتها عن خمسمائة جنيه في القانون المصري[3]، ذلك بالنظر إلى أن تطلب الإثبات في هذه المعاملات محدودة القيمة _والتي تتعلق عادة بالوفاء بالحاجات اليومية للأشخاص_ من شأنه أن يؤدي إلى تعقيدها [4].

وبالرجوع إلى قانون البينات الأردني، نجد أن المادة 28 / 1 نصت على أنه:" أ ـ إذا كان الإلتزام التعاقدي في غير المواد التجارية تزيد قيمته على مائة دينار أو كان غير محدد القيمة فلا تجوز الشهادة في إثبات وجود الإلتزام أو البراءة منه مالم يوجد إتفاق أو نص يقضي بغير ذلك.

ب ـ مع مراعاة أحكام أي قانون خاص يجوز الإثبات بالشهادة في الإلتزامات التجارية مهما بلغت قيمتها وفي الالتزامات المدنية إذا لم تزد قيمتها على مائة دينار" ويتضح من المادة المذكورة اعلاه أن المشرع أجاز إثبات الالتزامات المدنية التي تقل قيمتها عن مائة دينار بشهادة الشهود[5].

وطالما أن التصرفات المدنية التي لا تزيد قيمتها عن خمسمائة جنيه يجوز إثباتها بالبينة وبالقرائن، فيمكن للأطراف تقديم المحررات الإلكترونية كدليل إثبات على حصول هذه التصرفات أو

---

1. يحي بكوش، ادلة الإثبات المدني في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي، دراسة تطبيقية ونظرية مقارنة، المؤسسة الوطنية للكتاب الجزائر، 1988، ص208.
2. أزرو محمد رضا، مرجع سابق، ص72.
3. المادة 60 من قانون الإثبات المصري المعدلة بالقانون رقم 18 لسنة 1999.
4. محمد شكري سرور، أصول الإثبات في المواد المدنية والتجارية، دار النهضة العربية، مصر، 1977، ص113 وما بعدها.
5. عمر أحمد العرايشي، مرجع سابق، ص117.

لإثبات مضمونها ـ مثل عمليات السحب الآلي بواسطة بطاقة الائتمان أو عمليات البيع التي تتم عن بعد ـ إذا كانت قيمة العملية في حدود النصاب المقرر[1].

ومع ذلك فنحن نحتفظ على استخدام مبدأ حرية الإثبات في شأن التصرفات القانونية التي لا تزيد قيمته عن مبلغ معين من جانبين[2]:

من جانب أول فإن الإعتماد على المحرر الإلكتروني بوصفه إحدى وسائل الإثبات المقبولة في ظل مبدأ الإثبات الحر يعني بأنه يخضع في شأن قبوله وتقدير قيمته للسلطة التقديرية للقاضي، فقد يمنحه القاضي قيمة الدليل الكتابي في الإثبات وبالتالي لا يسمح للخصم الآخر بإثبات عكسه، وقد يهدر قيمته كلية ولا يعول عليه، الأمر الذي يجعل من المحرر الإلكتروني وسيلة إثبات لا يتحقق معها الإستقرار المنشود في المعاملات الإلكترونية[3].

ومن جانب ثاني فإن تحديد قيمة النصاب الذي لا يستلزم فيه المشرع الإثبات عن طريق الكتابة بخمسمائة جنيه فقط ليس من شأنه تشجيع المعاملات التجارية خصوصا ما يتم عن طريق الأنترنت، فإذا كانت صعوبة الحصول على دليل كتابي كامل في شأن التعاقدات التي تتم عن طريق الأنترنت تعرقل إستخدام هذه الوسيلة الحديثة للتعاقد، فعلى المشرع أن يرفع قيمة هذا النصاب بالقدر الذي يتيح إثبات العقود التي تتم على السلع المنزلية (محدودة القيمة) وفي حدود القيمة المعتادة لهذه السلع[4].

لذلك دعا المجلس الأوروبي مند 1981 الدول المنطوية تحته لإلغاء هذا الشرط ونصحت غرفة التجارة والصناعة بباريس (CCPI) إلى جعل الحد الادنى ما بين 10000 و50000 فرنك فرنسي، ولكن مجلس الدولة الفرنسي كان حذرا في تقريره الموسوم بـ" الأنترنت والشبكات الرقمية " فيجب في هذا المجال زيادة الحد بشكل يتلاءم مع مذهب الإثبات القانوني[5].

---

1. عبد العزيز المرسي حمود، مرجع سابق، ص63.
2. حسن عبد الباسط جميعي،اثبات التصرفات القانونية، مرجع سابق، ص59.
3. إيمان مأمون أحمد سليمان، مرجع سابق،ص207
4. حسن عبد الباسط جميعي، اثبات التصرفات القانونية، مرجع سابق، ص59.
5. أزرو محمد رضا، مرجع سابق، ص74.

وحسب رأي الباحث سليمان محمد الدمياطي[1]. إن محاولة الإستعانة بمبدأ حرية الإثبات في نطاق المعاملات التجارية والتصرفات المدنية التي لا تتجاوز نصاب الإثبات بالبينة لم يحققا الهدف المأمول منهما الذي يتمثل في قبول المحرر الإلكتروني في الإثبات في مرتبة الدليل الكتابي الكامل ولدى يرى والباحث يؤيده في ذلك أنه من الأوفق في هذا الصدد التدخل التشريعي للإعتراف للمحرر الإلكتروني بهذه المكانة ومنحه حجية في الإثبات مساوية لحجية المحرر الورقي والقول بغير ذلك يؤدي إلى الوقوف حجر عثرة أمام إزدهار التعاملات الإلكترونية وهنا أخص بالذكر المشرع الجزائري.

المطلب الثاني: حجية المحررات الإلكترونية طبقا للإستثناءات على قاعدة وجوب الدليل الكتابي.

فضل المشرع الكتابة على البينة وجعل الإثبات بها واجبا في التصرفات التي تزيد قيمتها على ما هو ثابت بالكتابة، وكان الباعث له على ذلك عدم ثقته في شهادة الشهود وإمكان مغايرتها للواقع، ولكنه رأى في الوقت ذاته أن التشدد في إقتضاء الدليل الكتابي والمبالغة في التشكك في شهادة الشهود قد لا يكون لهما في بعض الأحوال ما يبررهما، ما قد يلحقان ببعض المتقاضين في أحوال أخرى طلما أو يحولان دون الكشف عما قصد المتعاقدان إخفاءه من أعمال مشروعة[2].

ومع ذلك فإن المشرع قد عاد إلى مبدأ حرية الإثبات حتى في شأن التصرفات المدنية التي تزيد قيمتها على نصاب معين (أو فيما يخالف أو يجاوز ما هو ثابت بالكتابة) في حالات إستثنائية واردة على سبيل الحصر هي:

1 ـ وجود دليل كتابي غير كامل من شأنه أن يجعل التصرف المدعى به قريب الإحتمال. "مبدأ الثبوت بالكتابة "

1. سليمان محمد الدمياطي، مرجع سابق، ص247.
2. سليمان مرقص، مرجع سابق، ص529، مشار له لدى : إيمان عبد الجواد مصطفى إبراهيم، مرجع سابق ص288.

2 ـ الحالات التي يستحيل فيها الحصول على دليل كتابي كامل بسبب وجود مانع مادي أو أدبي.

3 ـ حالة فقد السند بسبب أجنبي لايد للدائن فيه.

ففي هذه الحالات يجوز للقاضي على سبيل الإستثناء، أن يقبل من الخصم دليلا غير كتابي، وبالتالي يمكن إستغلال هذا الإستثناء للإستناد إلى المحررات الإلكترونية بوصفها قرائن قضائية لا لكونها دليل كتابي، لأنها لا تستوفي عناصر تأمينها التي تشترطها قواعد الإثبات التقليدية[1].

وترتيبا على ذلك ذهب جانب من الفقه إلى إمكانية الاعتداء بالمحرر الإلكتروني ـ في ظل قواعد الاثبات التقليدية ـ عن طريق الإستعانة بهذه الاستثناءات، ولعل مايمكن ملاحظته أن هناك نسبة كبيرة من المعاملات التي تتم عن طريق الأنترنت تتعلق بسلع أو خدمات محدودة القيمة مثل السلع التي تتطلبها مجريات الحياة اليومية للأفراد، لذى فإن ذلك من شأنه تيسير التعامل عن طريق الأنترنت إلى حد كبير وينبغي أن يكون واضحا أن نظام الإستثناءات على إشتراط الكتابة لا يجيز إلا الإعتداد الجزئي بالمحرر الإلكتروني دون منحه حجية كاملة في الإثبات[2]. وسنعرض لأثر هذه الإستثناءات على إمكانية الإثبات بالمحررات الإلكترونية في ثلاثة فروع على النحو التالي:

الفرع الأول: الإستناد الى المحررات الإلكترونية بإعتبارها مبدأ ثبوت بالكتابة.

إذا كان من الصعب منح المحررات الألكترونية حجية الدليل الكتابي الكامل في إطار القواعد التقليدية للإثبات نظرا لما واجهها من صعوبات تتعلق بالإعتراف بها من خلال الإستعانة بمبدأ حرية الإثبات أو تشبيهها بالكتابة، لذلك هل من الممكن إعتبارها دليلا ناقصا بوصفها مبدأ ثبوت بالكتابة مما يحتاج تعزيزه بأدلة أخرى كشهادة الشهود أو القرائن؟[3].

---

1. محمد عمار تيبار، مرجع سابق، ص47.
2. ثامر محمد سليمان الدمياطي، مرجع سابق،ص248.
3. مرجع نفسه، ص248.

ورد النص على هذا الإستثناء في المادة 335 من القانون المدني الجزائري المعدلة بموجب قانون 10/05 على أنه :" يجوز الأثبات بالشهود فيما كان يجب إثباته بالكتابة إذا وجد مبدأ ثبوت بالكتابة، وكل كتابة تصدر من الخصم ويكون من شأنها أن تجعل وجود التصرف المدعي به قريب الإحتمال تعتبر مبدأ الثبوت بالكتابة" وتقابلها المادة 62 من قانون الإثبات المصري والمادة 41 من قانون الإثبات الكويتي، بنفس الصيغة والمادة 1347 من القانون المدني الفرنسي[1].

إن فكرة مبدأ الثبوت بالكتابة كانت ثمرة نتاج بعض الفقهاء الفرنسيين الذين رغبوا في التخفيف من حدة وصرامة أمر مولان الصادر في عام 1566 بشأن الأدلة الكتابية والنطاق الذي تظهر فيه كضرورة دون غيرها، عن طريق فسح المجال للإثبات بالشهادة والقرائن في حالات تجب فيها الكتابة، وتمثلت أولى المحاولات الفقهية بالقول " إن اقتضاء الدليل الكتابي لا يمنع من سماع شهادة الشهود إذا استطاع الخصم أن يقدم ورقة مكتوبة و لو كانت لا تمثل دليلا كتابيا " وبدأت الفكرة بالتسلل إلى نظام الإثبات حتى توجت هذه المحاولات بصدور مرسوم 1667 وبموجبه حددت مكانة تشريعية للفكرة[2].

يقصد بمبدأ الثبوت بالكتابة كل كتابة تصدر من الخصم ويكون من شأنها أن تجعل التصرف المدعي قريب الإحتمال يتضح من ذلك أن وجود مبدأ الثبوت بالكتابة يرتبط بتوافر شروط ثلاثة[3].

أولا: وجود ورقة مكتوبة.

يجب أولا لوجود مبدأ ثبوت بالكتابة أن توجد كتابة ولا يلزم فيها شكل خاص فلا يشترط أن تكون رسالة للإثبات أو أن تكون موقعة أو مكتوبة بخط اليد، فقد تكون رسالة أو مذكرة شخصية أو

---

[1]. بلقاسم عبد الله، المحررات الالكترونية وسيلة لإثبات العقد الالكتروني (دراسة مقارنة)، رسالة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمر، تيزي وزو. 2013، ص.86

[2]. أسل كاظم كريم الصدام، مرجع سابق ، ص.199

[3]. بلقاسم حامدي، مرجع سابق،. ص.189

أقوالا وردة في محضر تحقيق أو دفتر أو سجل أو دفتر منزلي أو محضر جرد أو وردت في أسباب حكم أو مذكرة قدمت في دعوى[1].

وكذلك التأشيرات على هامش الأوراق أوعلى ظهرها والسندات، وصور الأوراق والبرقيات التي يمكن إثبات أصلها فإذا لم يكن هناك كتابة فلا محل لوجود مبدأ الثبوت بالكتابة أو عدم وجودها هي مسألة قانونية تخضع لرقابة محكمة التميز[2].

وهكذا لا يمكن حصر مفهوم الكتابة ضمن شكل معين أومفهوم محدد، إذ لا يشترط في الكتابة التمام والكمال، إذ أن أهم خاصية يتميز بها مبدأ الثبوت بالكتابة هي كونه يأتي معبرا عن دلالات ناقصة وهذا ما أكدته محكمة التمييز الأردنية من أنه يشترط في مبدأ الثبوت بالكتابة أن يكون ما ورد فيه دليلا "ناقصا" وتقبل الشهادة لإكمال ذلك النقص، كما أكدت محكمة النقض المصرية هذه المسألة حينما ذهبت إلى إعتبار" مبدا الثبوت بالكتابة يقوم مقام الكتابة التعهدات المدنية إذا اكملته الشهود والقرائن"[3].

وقد توسع القانون الفرنسي بخصوص تفسير المقصود بهذا الشرط لإعمال مبدأ الثبوت بالكتابة، وذهب القضاء الفرنسي إلى إعتبار الشريط الممغنط بداية ثبوت بالكتابة، كما أن القاضي بإمكانه ـ وفق التعديل الذي ورد في القانون المدني الفرنسي ـ إعتبار رفض الشخص الماثل أمامه الإجابة من السؤال أو الإستجواب الموجه إليه أو التغيب عن حضور الجلسات إقرار منه، ويلا حظ بأن المشرع الفرنسي أعتبر مثل هذه الإقرارات في مبدأ الثبوت بالكتابة بالرغم من عدم وجود كتابة فما المانع من إعتبار التسجيل الصوتي في حكم مبدأ الثبوت بالكتابة أو إقرارات صادرة عن الخصم، كما أن إحتمالية حذف أجزاء من التسجيل الصوتي ستكون واضحة ومن السهل كشفها وذلك من خلال سياق

[1]. محمد صبري السعيد، الواضح في شرح القانون المدني، الاثبات في المواد المدنية والتجارية، دار الهدى، الجزائر 2008، ص149.

[2]. انيس خالد المنصور، الأحكام الخاصة بالمانع من الحصول على الدليل الكتابي في الاثبات في القانون الأردني والبحريني، مجلة الحقوق، جامعة الإسراء، المجلد السادس ، 2009، ص382.

[3]. أسل كاظم كريم الصدام، مرجع سابق، ص123.

الحديث ومن خلال التطور التكنولوجي في هذا المجال لإجراء الخبرة الفنية من المختصين في هذا المجال، إذ يمكن الكشف بسهولة بأن هناك جملة قد تم حذفها من التسجيل الصوتي[1].

لكن يثار إشكال بالنسبة للتسجيلات الصوتية، فهنا يجب التمييز بين ما إذا كان التسجيل قد تم بعلم الشخص أو بغير علمه، فالذي يكون بغير علم الشخص، فإن ذلك لا يجوز ابتداءا تقديمه كدليل إثبات، لأن في ذلك خرق لحرمة الحياة الخاصة لذلك الشخص وانتهاك لخصوصياته[2]. وأسراره قد يشكل ذلك جرما جزائيا يعاقب عليه القانون[3]. أما إذا تم التسجيل بعلم ورضاء الشخص فإنه وإن كان الصوت ليس كالكتابة فإن الإختلاف بينهما لا يعدو عن كونه إختلافا شكليا، أما من حيث الموضوع فكلاهما يؤدي ذات الوظيفة بهذا الصدد، فالصوت يسمع ويمكن من خلاله تحديد صاحب الصوت وكذلك الكتابة، لذا فإذا تم تجريد الأمر من الشكليات، فإن التسجيل بلا شك يشكل أساسا يصلح لإعمال مبدأ الثبوت بالكتابة[4].

وتقدير توافر الكتابة من عدمها، وصدور الورقة من الخصم أو من غيره مسالة قانونية يخضع القاضي في شأنها لرقابة المحكمة العليا[5].

ويجب أخيرا أن تكون الورقة التي تعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة مقدمة في الدعوى أو على الأقل معترفا بوجودها ممن تنسب إليه، فإن لم تكن كذلك فلا يستطيع من يتمسك بها أن يثبت وجودها بالشهود.

---

[1]. يوسف أحمد النوافلة، الإثبات الإلكتروني، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، مصر،2010، ص192.

[2]. حسام الدين كمال الأهواني،الحق في احترام الحياة الخاصة، الحق في الخصوصية، دراسة مقارنة ، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1978، ص104.

[3]. بلقاسم عبد الله، مرجع سابق، ص.87

[4]. ثروت عبد الحميد، التوقيع الإلكتروني ماهيته، مخاطره، مرجع سابق، ص129.

[5]. زرقان وليد، مرجع سابق، ص19.

ثانيا: صدور الورقة من المدعى عليه

يشترط أن تكون الكتابة صادرة من الخصم المراد الإثبات ضده أو ممن يمثله قانونا، أما إذا كانت الكتابة صادرة من شخص آخر، فلا تعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة، بل يمكن اعتبارها شهادة مكتوبة[1]. يتطلب هذا الشرط إذن صدور الكتابة من الخصم نفسه أو ممن ينوب عنه وذلك يصرف النظر إذا كانت موقعة من الشخص أم لا[2].

وصدور المحرر من الخصم إما أن يكون صدورا ماديا أو معنويا، فالصدور المادي[3]، يتحقق بأن يكون المحررصادر بتوقيع المدعي عليه بخطهة أو أن يكون المحرر صادر ممن يمثل الخصم كالوكيل، فالمحرر الذي يصدر من الوكيل في حدود وكالته يعتبر كأنه صادر من الموكل ويحتج به عليه كمبدا ثبوت بالكتابة، وكذلك بالنسبة للولي والوصي والقيم فإنهم يمثلون القاصر والمحجور عليه، وبالتالي فأي محرر يصدر من هؤلاء في حدود ولاية كل منهم يعتبر كأنه صدر من القاصر أو المحجور عليه.

أما الصدور المعنوي، فالمقصود به أن الخصم المدعى عليه لم يكتب المحرر بخطه ولكن يعتبر كما لوكان صادرا منه، مثال ذلك أن يكون الشخص أميا فيقوم شخص آخر بكتابة المحرر بإملاء من الشخص الآمي، فيعتبر أن المحرر صادر من الشخص الآمي، والورقة الرسمية غير الموقع عليها من الخصم تعتبر صادرة منه صدورا معنويا[4]، ويلاحظ أن البيانات والإقرارات التي يدلي بها الخصم ويدونها موظف مختص تعتبر صادرة من المدعي عليه ولو لم تكن موقعة منه أو مكتوبة بخطه كمحاضر التحقيق ومحاضر الكشف والمعاينة[5].

---

1. إياد أحمد سعيد الساري، مرجع سابق، ص194.
2. بلقاسم عبد الله، مرجع سابق، ص88.
3. عبد العزيز المرسي حمود، مرجع سابق، ص75.
4. سامح عبد الواحد، محمد التهامي، مرجع سابق، ص426.
5. سعدون العامري، موجز نظرية الاثبات، ط1، مطبعة المعارف، بغداد، العراق، 1966، ص93، مشار له لدى: إياد أحمد سعيد الساري، مرجع سابق، ص 194.

ويلاحظ أن المشرع الأردني لم ينص صراحة على إعتبار الكتابة الصادرة عن ممثل الخصم مبدأ ثبوت بالكتابة حيث نصت المادة 30 من قانون البينات على أنه: " ومبدأ الثبوت بالكتابة هو كل كتابة تصدر عن الخصم...".

إلا أن عدم نص المشرع الأردني والبحريني على عبارة ممثل الخصم ليس معناه عدم إعتبار الكتابة الصادرة عن ممثل الخصم مبدأ ثبوت بالكتابة بل تعتبر كذلك رجوعا إلى أن هذا الأمر يعد تطبيقا للقواعد العامة وهذا ما تواترت عليه أحكام القضاء[1].

ويلاحظ أخيرا أنه لكي تعتبر الورقة مبدأ ثبوت بالكتابة ألا ينكرها من يتمسك عليه بها أو يطعن فيها بالتزوير وفي هذه الحالة لا يعتد بالورقة إلا أثبتت صحتها، واعتبار الورقة صادرة من الخصم مسألة قانونية يخضع فيها القاضي لرقابة المحكمة العليا[2].

ثالثا: أن يجعل المحرر الحق المدعى به قريب الاحتمال

وهنا تتجسد فائدة الإستعانة بمبدأ ثبوت الكتابة في كونه يجعل مسالة حدوث التصرف المدعى به محتمل الترجيح، أي لابد أن تكون البينات المدونة معبرة عن الواقعة المراد إثباتها بصورة أقرب للتصديق منها للنفي وبالتالي ليس من شأن مبدأ ثبوت بالكتابة أن يؤدي إلى تأكيد أمر حدوث الواقعة على وجه اليقين[3].

ومعيار التفرقة بين السند الكامل ومجرد مبدأ الثبوت بالكتابة يكمن في مدى الكفاية الذاتية للورقة المكتوبة، فإن كانت هذه الورقة تكفي بذاتها لإثبات الحق، أو صحة الواقعة دون الحاجة إلى الإستعانة بدليل آخر أو بوسيلة أخرى مكملة فإن الورقة تعتبر سند كاملا، أما إذا كانت الورقة لا تكفي

1. أنيس منصور خالد المنصور، مرجع سابق، ص383.
2. محمد صبري السعيد، مرجع سابق، ص149.
3. أسل كاظم كريم الصدام، مرجع سابق، ص126.

بذاتها لذلك وإنما تمهد لإكتمال الدليل، بأن تعد مجرد بداية له وتحتاج إلى أن يستكمل بشهادة الشهود فهنا يمكن القول أنها مجرد ثبوت بالكتابة[1].

ومن أمثلة ذلك أن يكتب المدين إلى الدائن رسالة يشير فيها إلى دين في ذمته دون أن يذكر مقداره فتكون هذه الرسالة مبدأ ثبوت بالكتابة بالنسبة لهذا الدين بحيث يستطيع المدعي أن يثبت بالشهود والقرائن مقداره وشروطه، ومن ذلك أيضا حضور الدائن محضر جرد التركة ومع ذلك لا يذكر الدين الذي له في المحضر ففي هذه الحالة يعتبر محضر جرد التركة مبدأ ثبوت بالكتابة بالنسبة للوفاء بهذا الدين، إذ لوكان الدين باقيا في ذمة المورث لتم إثباته في محضر جرد التركة ولا يلزم أن تدل الورقة بطريقة مباشرة على احتمال صدق المدعى به بل يمكن تحديد دلالة الورقة بطريقة الإستنباط، ومثال ذلك ورقة شطب الرهن فهي تعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة فيما يتعلق بالوفاء بالإلتزام المضمون بالرهن لإنه يستنبط منهما أن الدائن قد استوفى حقه[2].

هذه الشروط الواجب توافرها للإستعانة بمبدأ ثبوت بالكتابة، فإذا وجدت يمكن استكمال الكتابة الموجودة بشهادة الشهود، إلا أن إستثناء وجوب الإثبات بالدليل الكتابي واللجوء إلى شهادة الشهود أمر جوازي للقاضي، فإذا وجد من خلال ظروف الدعوى ما يكفي لتكوين قناعته فهو غير ملزم بسلوك طريق مبدأ ثبوت بالكتابة، على أنه يجب أن يبين في حكمه الأسباب التي دعته إلى عدم سلوك هذا الطريق[3].

ويثور التساؤل في هذا الصدد حول إمكانية إعتبار المحررات الإلكترونية التي لا يمكن القبول بها كدليل كتابي كامل في ظل قواعد الإثبات التقليدية، كمبدأ ثبوت بالكتابة بشكل يمكن معه الإعتداد بهذه المحررات في إثبات التعاقد الذي يتم عبر الأنترنت من خلال استكمال هذا الدليل بشهادة الشهود أو بأي دليل من أدلة الإثبات الأخرى[4].

---

[1]. محمد شتا أبو السعد، الاثبات في المواد المدنية والتجارية والشرعية دار الفكر العربي، مصر، 1997، ص98، مشار له لدى: زرقان وليد، مرجع سابق، ص19.

[2]. محمد صبري السعيد، مرجع سابق، ص149، 150.

[3]. علاء حسين مطلق التميمي، مرجع سابق، 334.

[4]. تامر محمد سليمان الدمياطي، مرجع سابق، ص250.

انقسم الفقهاء في ذلك ما بين مؤيد ومعارض فذهب الجانب المؤيد من الفقه[1]، إلى إمكان اعتبار المحررات الالكترونية مبدأ ثبوت بالكتابة: بيد أنه فرق بين أمرين:

الأمر الأول: إذا صدر المحرر الإلكتروني من نظام معلوماتي خاصة بالشركة، ولا تتوافر له ضمانات الثقة والأمان، فلا يجوز لهذه الشركة التمسك بهذا المحرر ضد الغير وعلى العكس من ذلك يجوز للغير أن يتمسك بهذا المحرر ضد الشركة بإعتباره مبدأ ثبوت بالكتابة، إذا تعزز بشهادة الشهود أو القرائن حيث يرقى إلى مرتبة الدليل الكامل.

الأمر الثاني: إذا تم توقيع المحرر الإلكتروني من الطرفين واتبعت في إنشائه وحفظه وإسترجاعه تقنية جديرة بالثقة بالحفاظ عليه، فيجوز للطرفين التمسك بهذا المحرر بإعتباره مبدأ ثبوت بالكتابة يمكن تكملته بالبينة أو القرائن أو الخبرة، حتى يصبح دليلا قانونيا كاملا على حدوث التصرف محل النزاع[2].

وهذا ما استندت إليه المحاكم الفرنسية في مجال بطاقات السحب الآلي على أساس توافر شروط مبدأ الثبوت بالكتابة، وبالذات الشرط المتعلق بكون الكتابة صادرة من الخصم المدعي عليه على أساس أنه وإن كانت الورقة التي تخرج من الجهاز تخضع لنظام التشغيل الموضوع من قبل المؤسسة المالية إلا أنها لا تظهر بهذه الصورة إلا بعد قيام المستخدم (حامل البطاقة) ببعض الإجراءات مثل إدخال البطاقة نفسها تم إدخال الرقم السري وبعد ذلك تحديد المبلغ المطلوب[3].

ولذلك فإن الورقة الصادرة من جهاز الحاسب الإلكتروني تكون محصلة تنفيذ أوامر الطرفين_ البنك والعميل في آن واحد_ وبالتالي هذه الورقة تكون صادرة عنهما ومن ثم يمكن الإحتجاج بها ضدهما وإاعتبارها مبدأ ثبوت بالكتابة يمكن إكماله بالشهادة أو بالقرائن لتصبح دليلا كاملا[4].

---

1. ثروت عبد الحميد، التوقيع الإلكتروني ماهيته، مخاظره،مرجع سابق، ص131 ومابعدها.
2. إيمان مأمون أحمد سليمان، مرجع سابق، ص211.
3. عبد العزيز المرسي حمود، ص77.
4. مرجع نفسه، ص77.

وتدرع هؤلاء بموقف القضاء الفرنسي من المبدأ الذي يعد صاحب الفضل الأول في توسيع هذا المبدأ، حرصا من الفقه والقضاء الفرنسي على ربط التقنين المدني بعجلة التطور، إذ عدت الكتابة الصادرة من الخصم صدورا معنويا مبدأ ثبوت بالكتابة، وقد أكدت محكمة النقض الفرنسية هذا المعنى حينما نصت على أن " الرسائل غير المكتوبة بخط يد الشخص الذي يحتج به عليه، وغير موقعة منه و مملاءة بواسطته، تعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة بشرط أن تكون نتاجه الفكري[1] ".

في حين يذهب الجانب الآخر[2]- بحق - أن الوسائل المعلوماتية تصطدم في الغالب بالشروط اللأزمة لوجود مبدأ الثبوت بالكتابة وبصفة خاصة ضرورة تواجد الكتابة، وذلك تأسيسا على أن تخلف صفة الكتابة عن المحرر الإلكتروني بما يحول دون اعتباره دليلا كتابيا كاملا يؤدي في ذات الوقت إلى عدم إمكان إعتباره من قبيل الكتابة التي تصلح لأن تكون مبدأ ثبوت بالكتابة أو إمكان نسبة صدورها إلى الخصم بأي شكل من الأشكال[3].

إلا أن الرأي المجمع عليه في الفقه هو الرأي الذي ينفي إعتبار المحررات الإلكترونية مبدأ ثبوت بالكتابة وذلك للأسباب التالية :

1 - إن إعتبار المحرر الإلكتروني مبدأ ثبوت بالكتابة يعني وضع عناصره في منزلة أقل من عناصر المحرر التقليدي.

2 - السماح للقاضي بتقدير قيمة الدليل، وهذا يتعارض مع مقتضيات التعاقد التي تتم عبر الوسائط الإلكترونية[4].

3 - أنه من الناحية التقنية لا يمكن وضع توقيعين إلكترونيين على مستند إلكتروني واحد، كما هو الحال في إبرام المحررات التقليدية خاصة المحررات الإلكترونية التي يتم تبادلها على شبكة

---

1. أسل كاظم كريم الصدام، مرجع سابق، ص128.
2. أحمد شرف الدين، عقود التجارة الالكترونية (تكوين العقد وإثباته) ، دروس الدكتوراه لدبلومي القانون الخاص وقانون التجارة الدولية، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، القاهرة، مصر، د ت ، ص 245، مشار له لدى: ثامر محمد سليمان الدمياطي، مرجع سابق، ص251.
3. حسن عبد الباسط جميعي،اثبات التصرفات القانونية، مرجع سابق، ص62.
4. المرجع نفسه، مرجع سابق، ص 63.

الأنترنت وهذه هي إحدى نقاط الإختلاف بين التصرفات التي تبرم على سندات تقليدية والتصرفات التي تبرم على وسائط إلكترونية[1]

الفرع الثاني: قبول المحرر الالكتروني عند استحالة الحصول على محرر مكتوب بسبب وجود مانع مادي أو أدبي.

أجازت أغلب التشريعات إمكانية الإثبات بشهادة الشهود كلما كان هناك مانع من الحصول على دليل كتابي سواء كان المانع ماديا أو أدبيا.

وقد ورد النص عليه في المادة 1/336 من القانون المدني الجزائري على أنه: " يجوز الإثبات بالشهود أيضا فيما كان يجب إثباته بالكتابة إذا وجد مانع مادي أو أدبي يحول دون الحصول على دليل كتابي".

كما نص المشرع الأردني على المانع من الحصول على الدليل الكتابي كإستثناء يجيز الإثبات بشهادة الشهود في المادة 30 من قانون البينات حيث جاء فيها " يجوز الإثبات بالشهادة في الإلتزامات التعاقدية حتى ولو كان المطلوب تزيد قيمته على مائة دينار...

2 ـ إذا وجد مانع مادي أو أدبي يحول دون الحصول على دليل كتابي أو إذا كان العرف والعادة لا يقضيان بربطها بسند..."

ويلاحظ على نص المادة 30 من قانون البينات الأردني أنه قد أورد هذا الإستثناء على قاعدة لزوم الدليل الكتابي المتعلقة بالتصرف القانوني الذي تزيد قيمته على مائة دينار فقط، دون الحالات الأخرى التي تطلب فيها المشرع الكتابة للإثبات وهي الحالات التي حددتها المادة 28 من قانون البينات المتعلقة بالالتزام غير محدد القيمة وكذلك الحالات التي أوردتها المادة 29 من ذات القانون[2].

---

[1]. علاء حسين مطلق التميمي، مرجع سابق، ص335..

[2]. أنيس منصور خالد المنصور، مرجع سابق، ص377.

وتقضي المادة 63/أ من قانون الاثبات المصري[1] : " يجوز كذلك الإثبات بشهادة الشهود فيما كان يجب إثباته بدليل كتابي : أ ـ إذا وجد مانع مادي أو أدبي يحول دون الحصول على دليل كتابي."

ومؤدى نص المادة 336 /1 ق. م. ج أنه إذا كانت هناك ظروف تحول دون حصول الشخص على دليل كتابي فإن الإثبات بالشهود يجوز وذلك نزولا على ما يقتضيه العقل وتوجيه العدالة وما كان القانون يكلف أحد إلا وسعه، والقانون يجيز الشهادة في هذه الحالة في التصرفات القانونية التي تزيد قيمتها على مائة ألف دينار جزائري، وفي إثبات ما يخالف أو يجاوز ما أشتمل عليه دليل كتابي وكذلك الأمر في الحالات التي يتطلب القانون الكتابة لإثباتها مهما كانت قيمة التصرف كعقد الصلح وعقد الكفالة[2].

لم تعرف قواعد الإثبات التقليدية المقصود بالمانع حيث تركت هذا الأمر للفقه والقضاء.

وقد عرفه البعض على أنه :" المانع الذي ينشأ عنه إستحالة الحصول على كتابة وقت التعاقد إستحالة نسبية عارضة أي إستحالة مقصورة على شخص معين و راجعة إلى الظروف الخاصة التي تم فيها التعاقد[3].

وقد قررت محكمة التمييز مايلي : " يجوز الإثبات بالشهادة في الإلتزامات التعاقدية حتى ولوكان المطلوب تزيد قيمته على عشرة دنانير إذا وجد مانع مادي أو ادبي يحول دون الحصول على دليل كتابي أو إذا كان العرف والعادة لا يقضيان بربطهما بسند وذلك وفقا للمادة 2/30 بينات، أي أن المشرع قد ترك لقاضي الموضوع تقدير المانع من الحصول على دليل كتابي بالحق المتنازع فيه حسب ما تبينه ظروف كل حالة وملابساتها، فيكون بالتالي تقدير المانع بجميع ظروفه سواء كان ماديا

---

[1]. إيمان عبد الجواد مصطفى إبراهيم، مرجع سابق، ص293.

[2]. محمد صبري السعيد، مرجع سابق، ص153،152.

[3]. سليمان مرقص، مرجع سابق، ص428، مشار له لدي : شادي رمضان إبراهيم طنطاوي، مرجع سابق، ص109.

أو أدبيا يعود إلى العرف والعادة وهو من المسائل الواقعية التي لا تخضع لرقابة محكمة التمييز متى كان مستخلصا من أمور مؤدية إليه "[1].

وعليه فإن المانع هو الظرف المكاني أو الزماني، الطبيعي أو النفسي الطارئ وغير المتوقع الذي عاصر مرحلة إعداد الدليل الكتابي المثبت لتصرف قانوني سابق أو معاصر لهذه المرحلة ومن شأنه خلق استحالة نسبية مادية أو معنوية يمر بها المكلف بالإثبات تحول دون تهيئة دليل وتبيح إستبداله بالأدلة كافية للمكلف بإثبات التصرف محل الدعوى[2].

وبالتالي فإنه إذا تحقق مانع يمنع المتعاقد من الحصول على دليل كتابي فإنه يجوز له في هذه الحالة أن يقوم بإثبات الإلتزام بالبينة أو بالقرائن، ولكن يجب عليه أن يثبت أولأ قيام المانع من الحصول على الدليل الكتابي[3].

ولكن ما هو المقصود بالمانع المادي والأدبي من الحصول على دليل كتابي؟ وهل يتسع المانع ليشمل حالة وجود مانع تقني عبر شبكة الأنترنت يمنع المتعاقد من الحصول على المحرر الإلكتروني مثل وجود مشاكل فنية بشبكة الأنترنت أو وجود مشاكل تقنية بالكمبيوتر الخاص بالمتعاقد أو أقل الفروض هو إنقطاع التيار الكهربائي أثناء انتقال المحرر الإلكتروني من أحد المتعاقدين إلى أخر[4].

والمقصود بالإستحالة المادية وفقا لما ورد به نص المادة 63 من قانون الإثبات هي الإستحالة المانعة من الحصول على المحرر المكتوب بسبب ظروف إستثنائية أو حوادث مفاجئة كالحرائق أو الفيضان[5].

وتعتبر الوديعة الإضطرارية أظهر تطبيق له وهي التي يقوم بها المودع في أثناء الحوادث المفاجئة والكوارث العامة كالحرائق والثورات والفيضانات ، ومن الحالات التي يوجد فيها مانع من

1. يوسف أحمد النوافلة، مرجع سابق، ص 196،197.
2. أسل كاظم كريم الصدام، مرجع سابق، ص 106،107.
3. سامح عبد الواحد محمد التهامي، مرجع سابق، ص431.
4. مرجع نفسه، ص431.
5. حسن عبد الباسط جميعي،اثبات التصرفات القانونية، مرجع سابق، ص64.

الحصول على دليل كتابي أن يكون المكلف بالإثبات ليس طرفا في التصرف المراد إثباته وإنما يعتبر من الغير بالنسبة إليه، فقد يبيع شخص شيء مملوك له إلى آخر بيعا صوريا يمنع دائنيه من التنفيذ عليه، فالدائن في هذه الحالة يعتبر من الغير بالنسبة لهذا البيع فيكون للدائن إثبات الصورية بكافة طرق الإثبات بما فيها شهادة الشهود والقرائن للتنفيذ على المبيع بإعتباره مملوكا لمدينه[1].

ويرى الفقهاء أن ظروف كل قضية على حدى هي التي تحدد ما إذا كانت هناك إستحالة مادية جعلت الخصم في وضع لم يمكنه من إحضار الدليل الكتابي[2].

وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض المصرية بأنه يعتبر مانعا ماديا من الحصول على كتابة إصابة المودع بشلل نصفي فجائي إضطره الإنتقال إلى المستشفى[3].

أما المانع الادبي فوفق ما أوضح المشرع الأردني يقصد به قيام علاقة كالزوجية[4] بين أطراف العقد أو الابوة أو الأخوة، الأمر الذي يتعذر فيه على أي من الطرفين طلب دليل كتابي نطرا لإن العلاقة التي يرتبط بها الطرفين أقوى وأقدس من علاقة التعاقد في إلتزام مدني معين، فلا يتصور أن يطلب الإبن من والده دليلا كتابيا على عقد بيع بينهما، أو الزوج من زوجته أو الأخ من أخيه، وذلك حتى الدرجة الثالثة بين الطرفين وهذا كله بسبب العلاقة العائلية والأسرية التي حرص المشرع الحفاظ عليها وإبعادها عن العلاقات العقدية حتى يبعد الإحراج والمضايقة[5].

وكذلك صلة الوكالة المجانية بل أحيانا صلة الجوار أو مجرد مركز الشخص الإجتماعي قد يعتبر تبعا للظروف مانعا من الحصول على دليل كتابي[6].

---

1. قروف موسي، مرجع سابق، ص100.
2. يحي بكوش، مرجع سابق، ص233.
3. نقض مدني مصري في 6/6 1928 المجموعة الرسمية 29 . 25 . 93 مشار له لدي: محمد صبري السعيد مرجع سابق، ص154.
4. إيهاب سمير محمد صالح، الإثبات بالمحررات الالكترونية (دراسة مقارنة)، رسالة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق، جامعة الأزهر، غزة، فلسطين، 2015، ص 68.
5. يوسف أحمد النوافلة، مرجع سابق، ص197.
6. محمد صبري السعيد ،مرجع سابق، ص158.

ونلاحظ أن المشرع المصري لم يورد لتلك الحالات أمثلة تاركا ذلك للفقه والقضاء حتى لا يقيدها، على عكس ما فعل المشرع الفرنسي واللبناني والسوري حيث ورد بيان أمثلة لهذه الإستحالة والمانع من الحصول على سند كتابي[1].

وقد قضت محكمة النقض المصرية بأنه :" صلة القرابة أو المصاهرة مهما كانت درجتها لا تعتبر في ذاتها مانعا أدبيا يحول دون الحصول على سند كتابي، بل المرجع في ذلك إلى ظروف كل حالة على حده بما تقدره محكمة الموضوع بغير معقب عليها متى كان هذا التقدير قائما على أسباب سائغة[2]". وقد وردت تطبيقات للمادة السابقة في الكثير من قرارات المحكمة العليا منهما القرار رقم 878597 المؤرخ في 16 /2013/05 : " حيث أنه من المعلوم بالضرورة أن قضاة الموضوع قد يجدون في النزاع المعروض عليهم أن هناك مانعا أدبيا يحول دون تقديم الدليل الكتابي من طرف الخصم المطالب بالدين فيكون هنا من واجب هؤلاء القضاة أن يقدروا ذلك المانع لكي يقضوا بقبول الإثبات بالشهادة أو القرائن عندما يوجب القانون الإثبات بالكتابة طبقا للمادة 333 ق. م، لإن المادة 336 من نفس القانون أوجدت إستثناءا مناسبا لحالة الخصم الذي إستحال عليه تقديم الدليل الكتابي أو لم يكن يستطيع إتخاذ الحيطة اللازمة وكان ذلك لسبب خارج عن إرادته"[3].

وقيام المانع من الحصول على دليل كتابي يجيز للمحكمة دون إلزام أن تأذن في إثبات ما كان يجب إثباته بالكتابة بشهادة الشهود سواء كان ذلك تصرفا مدنيا تجاوز نصاب الإثبات بالشهادة أو كان أمر يخالف أو يجاوز ما هو ثابت بالكتابة أو كان تصرفا قانونيا يوجب القانون إثباته بالكتابة ولو تجاوز قيمة نصاب الشهادة كالصلح والكفالة غير أن ثبوت قيام المانع من الحصول على دليل كتابي لا يجيز الإثبات بشهادة الشهود بالنسبة للتصرفات القانونية الشكلية، لإن الشكل ركن في تلك التصرفات ويترتب تخلفه بطلان التصرف[4].

---

[1]. إيمان عبد الجواد مصطفى إبراهيم، مرجع سابق، ص294.

[2]. نقض مدني:1976/12/21، مجموعة المكتب الفني، س27، ص1801، مشار له لدى: شادي رمضان إبراهيم طنطاوي، مرجع سابق، ص110.

[3]. زرقان خالد، مرجع سابق، ص22.

[4]. أنيس منصور خالد المنصور، مرجع سابق، ص379.

أما فيما يخص التعاقد عبر الأنترنت فإن الفقه قد إختلف حول ما إذا كان هذا التعاقد يعتبر مانعا من الحصول على دليل كتابي من عدمه؟.

فالرأي الأول: يرى أن التعاقد عبر شبكة الإتصال الدولية الأنترنت لا يعتبر مانعا ماديا من الحصول على دليل كتابي وذلك بسبب عدم الإستجابة لفكرة الإستحالة المادية من الحصول على دليل كتابي غير متوافرة وذلك للإعتبارات التالية:

1 ـ إن صعوبة توفير الشروط اللازمة لإعداد الدليل الكتابي الكامل في أثناء التعاقد الالكتروني لا ترقى إلى درجة الإستحالة[1].

2 ـ إن لمرونة القضاء في الإعتداد بالموانع الأدبية والمادية تطبيقا للنص القانوني حدودا معينة تقف عندها، فما يجب أن تكون عليه المعاملات المصرفية والتجارية بشكل عام من السهولة والمرونة ينبغي أن لا يحمل محمل المانع الأدبي الذي يتيح لإثبات بالبينة الشخصية والقرائن[2].

3 ـ كما أن التعاقد عبر الأنترنت ليس الطريق الوحيد للتعاقد وإنما يختاره أطراف التعاقد بمحض إرادتهم سبب سهولة وسرعة الإتصال التي تسير إبرام العقد[3].

4 ـ إن المانع المعتد به قانونا، ينبغي أن يكون مانعا نسبيا أو عارضا أي يتعلق بواقعة تسمح بطبيعتها إعداد دليل كتابي عليها مقدما، لكن حال دون ذلك مانع، بمعنى آخر لا يجوز أن يكون المانع مطلقا أو ملازم لطبيعة الواقعة المراد إثباتها لأن حينها لن يكون على سبيل الإستثناء بل سيكون بحكم الأصل مما يجوز إثباته بطرق الإثبات كافة لا على سبيل الإستثناء[4].

---

[1] . إياد أحمد سعيد الساري، مرجع سابق، ص205.

[2]. أسل كاظم كريم الصدام، مرجع سابق، ص112.

[3]. سامح عبد الواحد محمد التهامي، مرجع سابق، ص435.

[4]. أسل كاظم كريم الصدام، مرجع سابق، ص112.

في حين يذهب الرأي الثاني إلى القول بأن التعاقد بالوسائل الإلكترونية عبر الأنترنت يمثل نوعا من الإستحالة المادية المانعة من الحصول على الدليل الكتابي الورقي[1].

فالمتعاقدان عن طريق الأنترنت مثلا، يتواجدان في أماكن متباعدة ومتفرقة ويتم تبادل البيانات عن طريق الحاسب الآلي حيث تدون الكتابة وتحفظ إلكترونيا لا ترى بالعين المجردة، إلا من خلال شاشة الجهاز أو عن طريق إحدى مخرجاته، ومن ثم يتواجد المتعاقدان أمام استحالة مادية تحول دون الحصول على مستند ورقي[2].

وبسبب الإنتقادات التي تمسك بها أنصار الرأي الأول : فقد ذهب البعض الآخر من الفقه إلى أن التعاقد بالوسائل الإلكترونية عبر الأنترنت يمثل نوعا من الإستحالة الأدبية المانعة من الحصول على الدليل الكتابي الكامل، حيث أن العادة الجارية والسنن السائدة والعرف في مجال التعاقد عبر الأنترنت، يجري على إبرام العقود وتدوين مضمونها على دعامات ووسائط إلكترونية وليست أوراق مكتوبة، وما يجري به العرف أو العادة يعد مانعا أدبيا يبرر الإثبات بغير الدليل الكتابي على هذا النحو[3].

ومما لا شك فيه أن هذا الرأي يفتقر إلى سلامة الحجة ولا يرتكز على أساس قانوني سليم، فمن المعروف أن المانع الأدبي يرجع إلى إعتبارات وظروف نفسية تقوم في الوقت الذي يتم فيه التصرف وتمنع الشخص من الحصول على الدليل الكتابي، لذلك فإن تطبيقات المانع الأدبي في مجال التجارة تتعلق بالظروف النفسية التي تحول بين الشخص وبين طلب تحرير العقد كتابة مع العميل بسبب العلاقة الخاصة أو إستمرارية التعامل بين التاجر والعميل لمدة طويلة[4].

---

1. ممدوح محمد علي مبروك، مدى حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر ،2009، ص77.
2. عبد العزيز المرسي حمود، مرجع سابق، ص82.
3. ممدوح محمد علي مبروك، مرجع سابق، ص79.
4. حسن عبد الباسط جميعي،اثبات التصرفات القانونية، مرجع سابق، ص66.

وحتى على فرض إعتبار العادة والسنن التجارية السائدة من قبيل الموانع الأدبية، فمن الواجب تقدير قيام المانع في كل حالة على حدى وعدم القول بتعميمه في المعاملات التجارية، وإلا انقلب الإستثناء إلى القاعدة[1].

أخيرا نؤيد الجانب الذي يرى أن التعاقد عبر شبكة الأنترنت لا يشكل مانعا سواء أكان ماديا أو معنويا يمنع من الحصول على محرر كتابي، فالمانع المادي في التعاقدات التي تتم عبر شبكة الإتصالات الحديثة الأنترنت لا يرقى إلى الإستحالة بل يرجع إلى مجرد صعوبة وعلى فرض وجود إستحالة أدت إلى عدم الحصول على دليل كتابي فهي ليست إستحالة من قبيل المانع المادي التي تلجأ إلى التعاقد دون كتابة، فالتعاقد عبر شبكة الأنترنت ليست الوسيلة الوحيدة لإبرام التصرفات ولكن الأطراف تلجأ إلى هذه الوسيلة لتوفير الوقت والجهد والمصاريف[2].

الفرع الثالث: قبول المحررالإلكتروني في حالة فقد الدليل الكتابي.

أجاز قانون الاثبات في المادة 63/ب منه أن يقوم الدائن بإثبات التزامه بشهادة الشهود فيما كان يجب إثباته بالكتابة وذلك إذا فقد هذا الدائن سنده الكتابي بسبب أجنبي لابد له فيه[3].

كما نصت المادة 336 من القانون المدني الجزائري في فقرتها الثانية" إذا فقد الدائن سنده الكتابي لسبب أجنبي خارج عن إرادته "[4].

مفاد هذه الفقرة أن الخصم كان قد حصل على الدليل الكتابي الذي يتطلبه القانون إلا أنه قد ضاع منه بسبب أجنبي خارج إرادته، فتحل الشهادة محل الكتابة لإثبات التصرف القانوني متى توافرت الشروط المنصوص عليها [5].

---

1. مرجع نفسه، ص67.
2. إياد أحمد سعيد الساري، مرجع سابق، ص.206
3. سامح عبد الواحد محمد التهامي، مرجع سابق، ص436.
4. يقابل نص المادة 2/1348 من القانون المدني الفرنسي.
5. قروف موسي، مرجع سابق، ص98.

ويلاحظ أن هذا الإستثناء أوسع مجالا من الإستثنائيين السابقين، إذ هو يجيز الشهادة في إثبات ما تزيد قيمته على مائة ألف دينار جزائري أو يكون غير محدد القيمة وفي إثبات ما يخالف أو يجاوز الكتابة وفي إثبات الحالات الخاصة التي يوجب القانون الكتابة في إثباتها أيا كانت قيمة التصرف كعقد الصلح وعقد الكفالة[1].

ولقد أجازت القوانين الإثبات بالشهادة في هذه الحالة للإعتبارات التالية:

1 ـ فالخصم هنا قد حصل على الدليل الكتابي الذي يقتضي به القانون فهو قد استجاب لقاعدة وجوب الإثبات بالكتابة وبالتالي لحكم القانون، ولكنه بعد حصوله على هذا الدليل فقده بسبب أجنبي، قوة قاهرة، فجائي، وكان فقده بسبب لا يد له فيه فمكان الضرورة في هذا الحال أكثر وضوحا، لذلك يجوز أن تحل الشهادة محل الدليل الكتابي.

2 ـ إن المنطق والعقل يقضيان به، فليس من العدل أن يحرم الشخص من حقوقه بسبب فقدان الدليل الكتابي الذي أعده، فقاعدة وجوب الإثبات بالكتابة وإن كانت لمصلحة المتقاضين، فإنها ذات قيد عظيم على كاهل المتخاصمين وينبغي التخلص من هذا القيد كلما تحققت ضمانات، وفقدان السند بعد أعداده لسب لا يد لصاحبه فيه يمكن أن يكون ضمانة إذ أن سماع الشهادة لم يأت بصورة إعتباطية وإنما جاء بعد تحقق دليل كتابي مكتمل بكافة شروطه القانونية.

3 ـ إن العمل بهذا الإستثناء هو تطبيق للقاعدة العامة (لا يكلف المرء بمستحيل)[2].

وتتوقف الإستفادة بذاك الإستثناء على توافر شرطين:

الشرط الأول: سبق وجود الدليل الكتابي.

أما بخصوص الشرط الأول فيجب على المدعي أن يثبت أنه سبق وأن حصل على دليل كتابي كامل، وأنه كان مستوفيا للشروط القانونية، وإن كان من قبيل المحررات الشكلية وهو يستطيع إثبات

---

1. محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص159.

2. عماد حسن سلمان، المانع من تقديم الدليل الكتابي أو(فقدان السند بسبب لا دخل لإرادة صاحبه فيه)، مجلة جامعة ذي قار، المجلد 8، العدد2، آذار، 2013، ص142.

ذلك بكافة طرق الإثبات بما فيها البينة والقرائن، حيث يفترض هذا الإستثناء أن القواعد العامة المتعلقة بالدليل الكتابي قد روعيت ولكن الاثبات بالكتابة يمتنع بسبب فقدان هذا الدليل[1].

فلا يكفي أن يثبت أن السند كان مجرد مبدأ ثبوت بالكتابة، لأن أساس هذا الإستثناء هو حماية القانون للخصم الذي فقد سنده الكتابي دون خطأ أو تقصير، ولذلك يشترط لتطبيق هذه الحماية أن يكون قد حصل على دليل كتابي كامل ثم فقد هذا الدليل[2].

ولا نكتفي بهذا المقدار بل يطلب من المدعي أن يثبت أيضا أن هذا السند كان مستوفيا لجميع الشروط التي يتطلبها القانون، كما لو أوجب القانون بعض الشروط الشكلية لصحة العقد (كالتسجيل في دائرة التسجيل العقاري بالنسبة لعقد بيع العقار)[3].

الشرط الثاني: إثبات فقدان السند بسبب أجنبي

يقع أيضا على عاتق الدائن أن يثبت أن فقد الدليل الكتابي يرجع إلى سبب أجنبي لا يد له في إحداثه، كأن يكون السبب الأجنبي قوة قاهرة كالحرائق أو الكوارث الطبيعية أو يرجع إلى فعل المدين كما لوكان قد سرقه أو حصل عليه بالإكراه والتحايل أو أن يكون الفقد بسبب الغير كما لوكان مع المحامي وفقده[4].

أما إذا كان فقد السند راجعا إلى الخصم بإهماله أو تقصيره كما لو تم تمزيق السند من قبله أو رميه في النار أو نقله أثناء ضياع أمتعته من مكان إلى آخر كما لو تركه في محل مفتوح معرض للسرقة[5].

فإنه لا يستطيع التمسك بهذا الإستثناء وقد قضت محكمة التميز الأردنية بهذا الصدد: "إن ضياع السند إذا كان بإهمال من جانب صاحبه لا يبرر الإثبات بالشهود إذ أنه لجواز قبول البينة

---

1. إياد أحمد سعيد الساري، مرجع سابق، ص208.
2. أنيس منصور خالد المنصور، مرجع سابق، ص388.
3. عماد حسن سلمان، مرجع سابق، ص143.
4. علاء حسين مطلق التميمي، مرجع سابق، ص341.
5. أنيس منصور خالد المنصور، مرجع سابق، ص389.

الشخصية بمقتضى نص المادة 30 من قانون البينات، فلا يكفي إثبات ضياع السند بل يجب أن يثبت ضياعه بقوة قاهرة وليس بفعل صاحب السند أو بإهماله "[1].

وتعد السرقة والنصب والاحتيال سببا لا يد لصاحبه فيه، بالنسبة لمدعى الفقدان، سواء وقعت الجريمة عليه من قبل خصمه أو من الغير، لذلك فإذا أدعى المدعي أن سند الدين الذي رفع الدعوى به قد ضاع في حادث سرقة أو أنتزع منه بالقوة أو بالحيلة جاز له الإثبات بالشهادة، إذا ما ثبتت واقعة السرقة أو انتزاع السند بالقوة أو بالحيلة[2].

وبهذا المعنى سارت محكمة النقض المصرية " متى كان الواقع في الدعوى هو أن المدين قد أحتال على الأمين على السند المثبت لحق الدائن بحجة تقديمه لإحدى الجهات الحكومية ورده، إلا أنه لم يرده و إدعى فقده، فإن ضياع السند على هذه الصورة لسبب أجنبي لا دخل لدائن فيه يجيز الإثبات بغير الكتابة[3].

وإذا ما تمسك المدعي بهذا المانع وأثبت توافر الشروط، فليس واجبا على المحكمة أن تأمر بالإحالة على التحقيق متى رأت في ظروف الدعوى وأوراقها ما يكفي لتكوين عقيدتها وكان حكمها مبنيا على أسباب تكفي لحمله أو رأت أن الإدعاء بسبق وجود السند وفقده ليس جديا[4].

وقد ثار الخلاف بين فقهاء القانون حول مدى تطبيق الإستثناء الخاص بفقد السند الكتابي على التعاقد بالوسائل الإلكترونية عبر الأنترنت[5].

فدهب جانب من الفقه، إلى إمكان اللجوء إلى الاستثناء الخاص بفقد السند الكتابي من أجل الإستعانة بالمحررات الإلكترونية في إثبات التصرفات القانونية التي تبرم عن طريق الأنترنت، وحجة

---

1. عماد حسن سلمان، مرجع سابق، ص146.
2. المرجع نفسه، ص147.
3. طعن رقم 450 لسنة 21 ق، جلسة 14/4/ 1955، الموسوعة الذهبية، رقم 919، ص235 ، مشار له لدى: سامح عبد الواحد التهامي، مرجع سابق ، ص437.
4. السيد محمد السيد عمران، قواعد الاثبات في المواد المدنية والتجارية، دار الفتح، الإسكندرية، مصر، 2015، ص48.
5. ممدوح محمد علي مبروك، مرجع سابق، ص81.

هذا الرأي أنه في الحالات التي لا يكون فيها الوسيط الإلكتروني مؤمنا ضد مخاطر التعديل أو التغيير أو في الحالات التي تختفي فيها المعلومات من الوسيط الإلكتروني بسبب عدم قدرة ذلك الوسيط على الإحتفاظ بالمعلومات لمدة طويلة أو بسبب حوادث إستثنائية، فإن يمكن القول بأن السند الكتابي قد فقد بسبب لا يد للدائن فيه، ومن ثم يلزم تمكينه من إثبات وجود العقد ومضمونه بكافة طرق الإثبات، ومن بينها القرنية المستمدة من المحررات الإلكترونية المحملة على هذا الوسيط[1].

وتطبيقا لذلك، إذا إستطاع أحد المتعاقدين عن بعد عبر شبكة الأنترنت أن يثبت سبق حصوله على دليل كتابي على وجود التعاقد ومضمونه ـ كأن يطلب المستهلك من بائع السلعة أو مورد الخدمة على الأنترنت تزويده بمستند ورقي ـ وأن يثبت أيضا فقد هذا الدليل بسبب أجنبي لا يد له فيه ـ جاز للقاضي أن يرخص لهذا المتعاقد بالإثبات بالبينة وبالقرائن القضائية بما فيها المحرر الإلكتروني[2]. ونميل اتفاقا مع رأي بعض الفقه عدم جدوى اللجوء إلى هذا الإستثناء للتغلب على المشكلات المتعلقة بعدم استكمال المحرر الإلكتروني لعناصره اللازمة لإنشاء الدليل الكتابي الكامل، ذلك أن النصوص التشريعية المنظمة لهذا الإستثناء جاءت واضحة الدلالة على أن أحد شروط تطبيقه هو إثبات سبق وجود دليل على وجود مضمون التصرف المراد إثباته، وأنه كان مستوفيا لكافة الشروط القانونية التي تجعل منه دليلا كتابيا كاملا، وعلى ذلك فإنه لا يمكن الإستناد إلى هذا الإستثناء في الحالات التي لا يمكن إعتبار المحرر الإلكتروني فيها دليلا كتابيا كاملا لإفتقاره ـ في هذا الوقت ـ إلى العناصر والشروط اللازمة لتحقيق ذلك[3].

وخلاصة ما تقدم، أن اللجوء إلى نظام الإستثناءات على مبدأ الثبوت بالكتابة للإعتراف للكتابة الإلكترونية بحجية الإثبات لم يعد أمرا مقبولا في ظل الإنتشار المتنامي للمعاملات الإلكترونية، لأن من ينادي بذلك ينظر للإثبات عن طريق المحررات الإلكترونية بمنظور قاصر وغير حقيقي، ولا يعدو اللجوء إليها إلا تهربا من مواجهة واقع التعامل بالمحررات الإلكترونية الذي أصبح مفروضا في وقتنا

1. ثامر محمد سليمان الدمياطي، مرجع سابق، ص256.
2. عبد العزيز المرسي حمود، مرجع سابق، ص 84، 85.
3. حسن عبد الباسط جميعي، اثبات التصرفات القانونية، مرجع سابق، ص69.

الحالي وهو الأمر الذي لا يشكل أساسا سليما يتم بناءا عليه الإعتراف بالتكافؤ بين المحررات الإلكترونية والمحررات الورقية من حيث قبولها وحجيتها في الإثبات[1].

المبحث الثالث: الحجية القانونية للمحرر الإلكتروني.

إذا ما رجعنا إلى قانون الأونيسترال النموذجي نجد أنه أقر مبدأ عاما مفاده التكافؤ الوظيفي بين المحررات الورقية والمحررات الإلكترونية في الاثبات، وأن هذا المبدأ مطلق من أي قيد من حيث خضوع المحررات الإلكترونية لنفس مبادئ الإثبات القائمة بمناسبة المحررات الورقية، وهذا رغم الإختلاف المتباين بين طبيعة المحررات الورقية والمحررات الإلكترونية، ولذلك فإن مجرد المساواة بين المحرر الإلكتروني والمحرر الورقي لا تكفي في حد ذاتها لتحقيق قوة ثبوتية للمحرر الإلكتروني طالما لم توضع قواعد كفيلة بحديد مكانتها في الإثبات بدقة[2].

والأوراق كأداة للإثبات قسمان أوراق رسمية يقوم بتحريرها موظف عام مختص وفقا لأوضاع مقررة، وهي كثيرة ومتنوعة منها الأوراق الرسمية المدنية كتلك التي تثبت العقود والتصرفات المدنية ومنها الأوراق الرسمية العامة كالقرارات الإدارية والقوانين، ومنها الأوراق الرسمية القضائية كعرائض الدعوى وأوراق المحضرين، وأوراق عرفية يقوم بتحريرها الأفراد فيما بينهم وهي نوعان أوراق معدة للإثبات كالأوراق المعدة لإثبات التصرفات القانونية من بيع وإيجار ونحوهما وتسمى أيضا " بالسندات " وأوراق غير معدة للإثبات كدفاتر التجار والأوراق المنزلية والرسائل والبرقيات[3].

وقد أدى إعتراف التشريعات التي نظمت الإثبات الإلكتروني بمبدأ التكافؤ الوظيفي بين الكتابة والتوقيع الإلكتروني وبين الكتابة والتوقيع التقليديين إلى تعزيز الإعتداد بحجية المحررات الإلكترونية أي بإعتبارها أدلة كاملة في الإثبات، وأصبحت المحررات الإلكترونية حقيقة قائمة يستحيل تجاهلها،

---

1. المرجع نفسه، ص67.
2. بلقنشي حبيب، مرجع سابق، ص81.
3. عبد الرزاق السنهوري، نظرية الالتزام بوجه عام، الاثبات، أثار الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر 1968، ص106.

فقد أقرت التشريعات التي نظمت الإثبات الإلكتروني صحة المحررات الإلكترونية، ومنحها حجية مساوية لتلك الحجية المقررة للمحررات التقليدية[1].

وبصدور قانون التوقيع الإلكتروني المصري رقم 15 لسنة 2004 فقد منح الكتابة الإلكترونية والمحررات الإلكترونية في نطاق المعاملات المدنية والتجارية والإدارية ذات الحجية في الإثبات المقررة للكتابة وللمحررات الرسمية والعرفية في أحكام قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية متى استوفت الشروط المنصوص عليها في هذا القانون[2].

كما نصت المادة 2/9 من قانون الأونيسترال النموذجي بشأن التوقيعات الإلكترونية على أنه : "يعطى للمعلومات التي تكون على شكل رسالة بيانات ما تستحقه من حجية في الإثبات"، ومن جهته أورد القانون الفرنسي رقم 2000/230م الخاص بتكييف قواعد الإثبات مع تكنولوجيا المعلومات، نصين ساوى بهما بين حجية المحررات الإلكترونية والسندات التقليدية، فقد نصت المادة 1/1316 على أنه:" يقبل المحرر في شكله الالكتروني بصفة الدليل، وذلك بذات الصفة المقررة للمحرر على دعامة ورقية..."[3]، ونصت الفقرة الثالثة من ذات المادة على أنه: " المحرر على دعامة إلكترونية يحوز القوة الثبوتية التي يحوزها المحرر على دعامة ورقية".

أما التشريعات العربية التي تأثرت بقوانين المعاملات الإلكترونية وهي مصر والأردن وتونس والإمارات العربية المتحدة والبحرين وأخيرا العراق، والجزائر، لمحاولة الإستفادة من تجارب الدول المتقدمة في المعاملات المدنية الإلكترونية التي يتم التعامل معها عبر الشبكة الدولية للمعلومات، فقد نصت المادة 13 من قانون التوقيع الالكتروني والمعاملات الإلكترونية العراقي رقم 78 لسنة 2012 على أنه:" تكون المستندات الالكترونية والكتابة الالكترونية والعقود الإلكترونية ذات الحجية القانونية لمثيلتها الورقية إذا توافرت فيها الشروط القانونية "[4].

---

1. علاء حسين مصطفى التميمي، مرجع سابق، ص247.
2. خالد مصطفى فهمي، النظام القانوني للتوقيع الإلكتروني في ضوء الإتفاقيات الدولية والتشريعات العربية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2007، ص67.
3. علاء حسين مطلق التميمي، مرجع سابق، ص275.
4. إياد أحمد سعيد الساري، مرجع سابق، ص167.

هذا وقد قام المشرع الجزائري بالمساواة في الحجية بين الكتابة في الشكل الإلكتروني والكتابة على الورق طالما تحققت وظائفها، ومن هنا تكون للمحررات الإلكترونية ذات الحجية المقررة للمحررات العادية وبالتالي قبولها كدليل كامل في الإثبات، لذلك سوف نفرق بين حجية المحرر الإلكتروني الرسمي، والمحرر الإلكتروني العرفي في الإثبات على ضوء أحكام مواد الإثبات وقانون التوقيع الإلكتروني. وفيما يلي سوف نتناول:

المطلب الأول: القوة الثبوتية للمحررات الرسمية الإلكترونية.

المطلب الثاني: القوة الثبوتية للمحررات العرفية الإلكترونية.

المطلب الأول: القوة الثبوتية للمحررات الرسمية الإلكترونية .

عرف المشرع الجزائري المحررات الرسمية من خلال نص المادة 324 من القانون المدني بقولها: " العقد الرسمي عقد يثبت فيه موظف أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة ما تم لديه أو ما تلقاه من ذوي الشأن وذلك طبقا للأشكال القانونية وفي حدود سلطته واختصاصه".

ما يمكن ملاحظته أن المشرع الجزائري قبل التعديل سنة 1988 كان يستعمل عبارة الورقة الرسمية، وبعد التعديل أصبح يستعمل عبارة العقد الرسمي، وأنا أذهب مع الإتجاه الذي يرى أن التسمية الأولى هي الأقرب للصواب لأنها تشمل كل الأدلة الرسمية، وعلى كل فإن عبارة " عقد " الواردة في المادة 324 لا تعني بتاتا، العقد بالمفهوم الوارد في المادة 54 من القانون المدني[1].

ويقابل هذا النص في القانون المدني السابق المادة 390 من القانون المدني المصري والتي تنص على ما يلي:" 1ـ الورقة الرسمية هي التي يثبت فيها موظف عام أو شخص مكلف بخدمة عامة ما تم على يديه أو ما تلقاه من ذوي الشأن، وذلك طبقا للأوضاع القانونية وفي حدود سلطته واختصاصه.

[1]. حشود نسيمة، حجية السندات الرسمية والعرفية في القانون المدني الجزائري، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية العدد 12، 2017، ص85.

2 ـ فإذا لم تكسب هذه الورقة صفة الرسمية فلا يكون لها الإ قيمة الورقة العرفية متى كان ذوي الشأن قد وقعوها بإمضاءاتهم أو بأختامهم أو ببصمات أصابعهم"[1].

ووفقا للمادة 10 من قانون الإثبات المصري فإن المحرر الرسمي هو ذلك المحرر الذي يثبت فيه موظف عام أو شخص مكلف بخدمة عامة ما تم على يديه أو ما تلقاه من ذوي الشأن طبقا للأوضاع القانونية و في حدود سلطته واختصاصه[2].

أما المشرع الفرنسي فقد عرف المحررات الرسمية في نص المادة 1317 من القانون المدني بأنها:" الورقة الرسمية التي يتلقاها موظف عام له حق التوثيق في الجهة التي كتبت فيها الورقة وذلك وفقا للأوضاع الشكلية المتطلبة"، وفي سبيل تطويعه للمحررات لقبول تكنولوجيا المعلومات والتوقيع الإلكتروني فإنه أضاف فقرة ثانية إلى المادة 1317، نص فيها على أنه " يمكن وضعه على دعامة إلكترونية إذا تم إنشاؤه وحفظه وفقا للشروط التي يضعها مرسوم من مجلس الدولة "، وبهذا التعديل قد أتاح المجال أمام تقبل فكرة تطور المحررات الرسمية من محررات مثبتة على دعامات ورقية إلى محررات مثبتة على دعامات لا ورقية أو إلكترونية[3].

من كل ما سبق نصل إلى إمكانية تعريف المحرر الإلكتروني بأنه: عبارة عن مجموعة من المعلومات المنظمة على دعامة إلكترونية أو تم إنشاؤها من خلال نظام معالجة إلكتروني بإستخدام وسيط إلكتروني سواء كان برنامج حاسوبا أو أي وسيلة إلكترونية بهدف انشائه أو إرساله أو إستلامه أو تخزينه بهذه الوسائل، أو أي وسيلة مشابهة على وجه يمكن إسترجاعها والإطلاع عليها[4].

لهذا فقد قسمنا هذا المطلب إلى فرعين، الأول نبين فيه شروط صحة المحرر الإلكتروني، ثم نتطرق إلى دراسة حجية المحرر الرسمي الإلكتروني في الإثبات في الفرع الثاني.

---

1. عبد الرزاق السنهوري، نظرية الالتزام بوجه عام، الاثبات، مرجع سابق ص111.
2. سامح عبد الواحد محمد التهامي، مرجع سابق، ص412.
3. بلقاسم عبد الله، مرجع سابق، ص23.
4. مراد محمود يوسف مطلق، مرجع سابق، ص308.

الفرع الأول: شروط صحة المحرر الرسمي الإلكتروني .

يمكن أن نلاحظ جليا عند استقراء مختلف النصوص القانونية التي اعترفت بحجية المحرر الإلكتروني الرسمي أنها لم تتطرق إلى شروط هذا النوع الجديد من المحررات بل تركت هذا الأمر إلى الشروط العامة في المحررات الرسمية[1]. وبالتالي ما يتوجب علينا أولا معرفته هو الشروط العامة والخاصة لصحة المحرر الرسمي الإلكتروني.

أولا: الشروط العامة للمحرر الرسمي الإلكتروني.

من خلال استقراء نص المادة 324 من القانون المدني الجزائري والمادة 6 من قانون البينات الأردني والمادة 10 من قانون الإثبات المصري التي أحال إليها المشرع المصري في المادة 15 من قانون التوقيع الإلكتروني المصري، يتضح أنها ذات الشروط التي اشترطها المشرع للمحرر الرسمي الورقي في المادة 10 من قانون الاثبات المصري بالإضافة إلى الضوابط الفنية والتقنية الواردة في المادة 8 من اللائحة التنفيذية لقانون التوقيع الإلكتروني[2].

1/ صدور المحرر عن موظف عام أو شخص مكلف بخدمة عامة:

إن الموظف هو الشخص الذي تعينه الدولة للقيام بعمل من أعمالها ويتنوع الموظفون العموميون بتنوع السندات الرسمية التي يصدرونها، ويشمل هذا التعريف جميع موظفي الدولة بمختلف مصالحها المركزية، ويخرج عن مفهوم الموظف جميع عمال المؤسسات العمومية ذات الطابع الإقتصادي والتجاري وغيرها من المؤسسات التي لا تخضع لإحكام القانون العام ويخضع العاملون فيها إلى القانون رقم 11/90[3]، وزيادة على ذلك فإن الموظف عرفته المادة 4 من الأمر 03/06

1. أزرو محمد رضا، مرجع سابق، ص113.
2. يوسف أحمد النوافلة، مرجع سابق، ص138.
3. حشود نسيمة، مرجع سابق، ص87.

المتضمن القانون الأساسي للوظيفة العمومية على أنه: " كل عون عين في وظيفة عمومية دائمة ورسم في رتبة في السلم الإداري..."[1].

إلا أنه لا يعتبر موظفا الأشخاص التالية القضاة والمستخدمون العسكريون والمدنيون للدفاع الوطني ومستخدمو البرلمان، ولقد ألحقت المحكمة العليا القضاة الشرعيون بالإعوان العموميين، بقولها : " حيث أن العقود التي يحررها القضاة الشرعيون وطبقا لما أستقر عليه الفقه والقضاء عليه تكتسي نفس طابع الرسمية الذي تكتسبه العقود المحررة من طرف الأعوان العموميين"[2].

ويبقى الموظف عاما حتى ولوكان يعمل في إدارة حكومية يقوم عادة بعملها الشركات في البلاد الأخرى، كمصلحة السكك الحديدية ومصلحة البريد، ويترتب على ذلك أن أوراق النقل الخاصة بمصلحة السكك الحديدية وحوالات البريد تعتبر أوراقا رسمية، ويكون التزوير فيها جناية لا جنحة، وكذلك حال الموظفين الذين يعملون في إدارة الأموال الخاصة للدولة (مصلحة الأملاك)، فتعتبر الأوراق التي يكتبونها أوراقا رسمية، وموظفو وزارة الأوقاف والأشخاص المعنوية العامة الأخرى كالجامعات ودار الكتب ومجالس المديريات والمجالس البلدية والقروية، كل هؤلاء يعتبرون موظفين عامين[3].

ولابد من الإشارة أيضا إلى أن الأوراق الرسمية الصادرة عن الموظف أو الشخص المكلف بالخدمة العامة، إما أن يحررها الموظف بنفسه وقد لا يحررها بخط يده ولكنها صادرة بإسمه ويدليها بإمضائه ويثبت فيها ما يدعيه الأطراف من البيانات أو ما تم على يديه، أي يثبت في الورقة كل ما وقع تحت نظره من تصرفات كإستلام الثمن أو البيع بحضوره وشهادة الشهود وأسماءهم وتوقيعهم وأسماء الأطراف وتوقيعهم وتاريخ الورقة الرسمية[4].

---

1. الأمر 03/06 المؤرخ في 19 جمادى الثانية عام 1427 الموافق 15 يوليو سنة 2006 المتضمن القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية، ج. ر.ع، 46، ص4.
2. أزرو محمد رضاء، مرجع سابق، ص.114.
3. عبد الرزاق السنهوري، نظرية الالتزام بوجه عام، الاثبات، مرجع سابق، ص116.
4. يوسف أحمد النوافلة، مرجع سابق، ص139.

وبالتالي فإن جوهر الرسمية يكمن بالخصوص في شهادة الموظف العام بما يراه وما يفعله، وينبغي طوال فترة تحريره الوثوق في أقوال ذلك الموظف، كما يعتبر شاهدا متميزا على جميع الوقائع التي حدثت تحت نظره وسمعه، وما تلقاه من ذوي الشأن من أقوال وبيانات في شأن التصرف القانوني الذي كتب بشكل رسمي[1]، وهو ما تنص عليه صراحة المادة 3 من قانون التوثيق[2]. الجزائري بقولهما:" الموثق ضابط عمومي مفوض من قبل السلطة العمومية يتولى تحرير العقود التي يشترط فيها القانون الصبغة الرسمية، وكذا العقود التي يرغب الأشخاص إعطائها هذه الصبغة"

أما في حال وقوع خطأ أثناء كتابة محرر إلكتروني رسمي وسببا ضرر للغير من قبل موظف عام فإن ذلك لا يثير مشكلا لأن المتعامل مع الجهاز يتعامل مع جهة وليس مع شخص وعليه فالمسؤولية تقع على الجهة التي أصدرت المحررات الإلكترونية وعلى الأشخاص التابعين لها الذين يقومون بعملية تزويد الحاسب الآلي بالبيانات المطلوبة، ومن ثم فالمسؤولية الواقعة تدخل في حدود مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعة[3].

2/ أن يكون الموظف أو الشخص المكلف بالخدمة مختص بتحرير المحرر الرسمي اختصاصا موضوعيا ومكانيا.

يقصد بالسلطة في هذه الحالة هو أن يكون للموظف ولاية وقت كتابة المحرر، فإذا كان قد عزل أو أوقف عن عمله أو نقل وتم إبلاغه بالقرار الصادر بهذا الشأن فإنه يفقد سلطته ولا تكون له ولاية في تحرير أي ورقة رسمية ويكون المحرر باطلا، أما إذا كان قد أصدر الورقة بعد صدور القرار المذكور، وقبل إبلاغه فإن تحرير الورقة يكون صحيحا حماية للوضع الظاهر المصحوب بحسن النية[4].

---

[1]. أزرو محمد رضا، مرجع سابق، ص115.

[2]. القانون رقم 02/06 المؤرخ في 20 فبراير 2006 المتضمن تنظيم مهنة الموثق الصادر بتاريخ 8 مارس2006، ج، ر، ع 14، ص 15 وما بعدها.

[3]. خالد مصطفى فهمي، مرجع سابق، ص72.

[4]. إياد أحمد سعيد الساري، مرجع سابق، ص169.

وفضلا عن صدور المحرر الالكتروني في حدود سلطته الموظف العام، فيجب كذلك أن يكون الموظف مختصا[1]، من الناحية الموضوعية بنوع الورقة الرسمية التي يقوم بتوثيقها، والموثق طبقا للمادة الأولى من قانون التوثيق المصري مختص بتوثيق جميع المحررات التي يقضي القانون أو يطلب المتعاقدون توثيقها فكل تصرف قانوني يشترط القانون فيه ورقة رسمية، كالهبة والرهن الرسمي يختص الموثق بتوثيقه، ولا يخرج من الإختصاص الموضوعي للموثق إلا الوقف والأحوال الشخصية للمسلمين فهذه يكون التوثيق فيها من إختصاص المحاكم الشرعية قضاة وكتبه ومن إختصاص المأذونين، ويترتب على ما تقدم أنه لا يجوز وفقا لقواعد الإختصاص الموضوعي، أن يوثق القاضي الشرعي عقد بيع، و لا المأذون عقد هبة، ولا الموثق حجة وقف[2].

فبخصوص ضابط الحالة المدنية بصفته ضابط عمومي له إختصاص موضوعي خاص بتحرير بعض المحررات الرسمية الخاصة بالحالة المدنية للأشخاص وهو ما حددته المادة 3 من القانون رقم 14 /08[3]. الذي يعدل ويتمم الأمر رقم 20/70 المتعلق بالحالة المدنية وهي:"

ـ تلقي التصريحات بالولادة وتحرير العقود المتعلقة بها،

ـ تحرير عقود الزواج،

ـ تحرير عقود الوفيات،

ـ تلقي أذون الزواج الخاصة بالقصر مع موثقي العقود"

أما الإختصاص المكاني ينبغي أن يصدر المحرر في دائرة الإختصاص الإقليمي للموظف أو الشخص المكلف بخدمة عامة، فلا يجوز له أن يباشر عمله خارج دائرة اختصاصه، فالموظف المختص بالتوثيق في مكتب أو دائرة معينة لا يجوز له ان يقوم بالتوثيق في مكان آخر، فالقانون حدد إختصاصا مكانيا لكل موثق في تحرير الأوراق الرسمية، وهذا ما نصت عليه المادة 5 من قانون

---

1. محمد محمد سادات، مرجع سابق، ص.329

2. عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، نظرية الالتزام بوجه عام،الإثبات ، ص126،125.

3. القانون رقم 08/14 المؤرخ في 13 شوال عام 1435 الموافق 9 غشت سنة 2014، ج، ر،ع 49، الصادرة في 20 غشت 2014، ص4، الذي يعدل ويتمم الأمر 20/70، المتعلق بالحالة المدنية.

كاتب العدل الاردني على أن[1]: " يقوم كاتب العدل بوظيفته في المحل الذي يخصص له في المحكمة التي ينتسب إليها ولا ينتقل لاجراء عمل من مقتضى وظيفته إلى غير المحل المذكور مالم يأذن له رئيس المحكمة أو قاضي الصلح بأمر خطي.

2 ـ لا يحق لكاتب العدل أن ينقل السجلات أو الوثائق أو أية أوراق أخرى في عهدته بمقتضى وظيفته إلا بعد الحصول على إذن على الوجه المذكور في الفقرة السابقة." مثال ذلك في حال كان أحد المتعاقدين لا يستطيع الحضور لدائرة كاتب العدل بسبب مرض يمنعه من ذلك، هنا يستطيع كاتب العدل الإنتقال إليه مع الطرف الآخر ليحصل فيما بعد على موافقته وتوقيعه ولكن بشرط الحصول على موافقة من قبل رئيس المحكمة بطلب من ذوي الشأن[2].

فالنص السابق واضح الدلالة من حيث أن الموظف أو كاتب العدل لا يمارس عمله إلا في نطاق إختصاصه المكاني بالإضافة إلى إشتراط المشرع الإختصاص المكاني والنوعي للموظف المختص بتنظيم السند الرسمي، بالإضافة إلى أنه لابد من إنتفاء المانع الشرعي لديه، إذ لا يجوز أن ينظم الموظف المختص سندا رسميا لوالده أو زوجه أو أحد أقاربه حتى الدرجة الرابعة، وقد جاء نص المشرع الأردني في قانون كاتب العدل الأردني صريحا بهذا الخصوص، وكذلك في قانون المرافعات والإثبات المصري[3].

كما نص قانون الحالة المدنية الجزائري في المادة 4 منه على أن تكون لضابط الحالة المدنية الأهلية في قبول التصريحات وتحرير العقود في نطاق دوائرهم فقط.

3/ مراعة الأشكال والأوضاع التي قررها القانون في تحرير الورقة.

فالمفروض طبقا لهذا الشرط أن يكون لكل نوع من المحررات قواعد خاصة لتحريرها، ويجب أن يلتزم الموظف العام أو من في حكمه بهذه القواعد عند تحرير المحرر حتى تثبت لها صفة الرسمية،

---

[1]. قانون كاتب العدل الاردني رقم 11 لسنة 1952، والقانون المعدل لقانون كاتب العدل لسنة 2001.

[2]. إياد محمد عارف عطاء سده، مدى حجية المحررات الالكترونية في الاثبات دراسة مقارنة، رسالة لنيل شهادة الماجستير، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، فلسطين، 2009، ص13.

[3]. يوسف أحمد النوافلة، مرجع سابق، ص141.

فالقاضي يلتزم بقواعد تحرير الأحكام، والموثق يلتزم بقواعد تحرير الأوراق الرسمية التي يدخل توثيقها في إختصاصه[1].

فالمشرع الجزائري قد وضع شروطا عامة لكي نكون أمام محرر رسمي وهو ما نص عليه في المادة 324 مكرر 2 ق. م. ج بقوله : " توقع العقود الرسمية من قبل الأطراف والشهود عنه الإقتضاء ويؤشر الضابط العمومي على ذلك في آخر العقد وإذا كان من الأطراف أو الشهود من لا يعرف أو لا يستطيع التوقيع يبين الضابط العمومي في آخر العقد تصريحاتهم في هذا الشأن ويضعون بصماتهم مالم يكن هناك مانع قاهر."

ومن الأوضاع القانونية اللازمة في توثيق المحرر الرسمي سداد الرسوم المستحقة، بالإضافة إلى التحقق من شخصية الموثق وأهليته لإبرام التصرف[2]، وأن يدخل المحرر في حدود الوكالة هذا بالإضافة إلى الخط الواضح دون كشط[3].

ويجب أن تكون مكتوبة باللغة العربية[4]، فإذا كان أحد المتعاقدين يجهل هذه اللغة أو لا يعرفها معرفة كافية، استعان الموثق بمترجم يقدمه المتعاقدون ويكون محل ثقتهم، ويجب أن يوقع المترجم الورقة مع المتعاقدين والشهود والموثق، ويجب ذكر اسمه من بين من تقضي الحال بوجودهم للمعاونة[5].

زيادة عن البيانات السالفة الذكر، فإنه يتم ذكر اليوم والسنة والشهر الذي أبرم فيه المحرر، على أن ترقم الصفحات وتسطر الفراغات، وبيان في آخر المحرر عدد الكلمات المشطبة وعدد الإحالات وتلاوة المحرر على ذوي الشأن وكاتبه والشهود[6].

---

1. مراد محمد يوسف مطلق، مرجع سابق، ص312.
2. أحمد عزمي الحروب، مرجع سابق، ص81.
3. خالد مصطفى فهمي، مرجع سابق، ص73.
4. تنص المادة 26 من قنون التوثيق على ما يلي:" تحرر العقود التوثيقية تحت طائلة البطلان باللغة العربية في نص واحد و واضح، تسهل قراءته وبدون اختصار أو بياض أو نقص.."
5. عبد الرزاق السنهوري، نظرية الالتزام يوجه عام،الإثبات،مرجع سابق، ص132.
6. لمزيد من التفصيل راجع المادة 26 من قانون التوثيق الجزائري.

كما أوجبت المادة 27 من قانون التوثيق عدم تضمين العقود أي تحوير أو كتابة بين الأسطر أو إضافة كلمات، حيث أعتبرت ذات المادة أن الكلمات المحورة أو المكتوبة بين السطور المضافة باطلة، أما بالنسبة للكلمات المشطوبة غير المتنازع في عددها، وتكون مكتوبة بشكل لا يشوبه أي شك أو إلتباس، تتم المصادقة عليها في آخر العقد.

ولا تسلم صورة الورقة الرسمية التي تم توثيقها إلا لأصحاب الشأن، ولا تنسخ الصورة لتسليمها لإصحاب الشأن إلا بعد دفع الرسم، ويوضع على هذه الصورة رقم التوثيق وتاريخه وصيغة التسليم وتاريخها، ويوقعها الموثق، ويوضع عليها خاتم المكتب ويؤشر الموثق على أصل الصورة بالتسليم، ويجوز تسليم صورة من الورقة الرسمية للغير بعد الحصول على إذن قاضي الأمور الوقتية بالمحكمة التي يقع مكتب التوثيق في دائرتها[1].

ثانيا: الشروط الخاصة لصحة المحرر الرسمي الإلكتروني.

لقد أسلفنا القول سابقا بأنه لإضفاء الصيغة الرسمية على المحررات الورقية، لا بد من توافر بعض الشروط والتي أشرنا إليها سابقا وسوف يتم التطرق لمدى استجابة المحررات الإلكترونية لهذه الشروط لكي نضفي عليها الصبغة الرسمية[2].

وفي هذا السياق حددت اللائحة التنفيذية لقانون التوقيع الإلكتروني المصري والمرسوم رقم 2000/230 الذي أصدره المشرع الفرنسي، نصوصا خاصة لإستيفاء المحرر الإلكتروني صفة الرسمية وسنبين هذه الشروط فيما يلي:

1/ الحضور المادي للموظف العام أثناء إنشاء المحرر الرسمي الإلكتروني:

إن أهم شرط بالنسبة للمحرر الرسمي هو صدوره عن موظف عام أو شخص مكلف بخدمة عامة، وهذا الشرط واضح بالنسبة للمحرر الورقي، اما بالنسبة للمحرر الإلكتروني فهو يتسم بالغموض خاصة بالنسبة للتشريعات الحديثة، لكن المشرع الفرنسي وجد حلا من خلال المرسوم الصادر عن

1. عبد الرزاق السنهوري، نظرية الالتزام بوجه عام،الإثبات، مرجع سابق، ص 134.
2. زروق يوسف، حجية وسائل الإثبات، مرجع سابق، ص205.

مجلس الدولة رقم 973 لسنة 2005[1]، هذا المرسوم الذي يهدف للمساواة بين المحررات والتوقيع التقليدي والتواقيع والمحررات الإلكترونية[2].

وهذا راجع لكون حضور الموظف العام أثناء إنشاء المحرر الإلكتروني الرسمي صعبا من الناحية العملية، فالمحرر الإلكتروني الرسمي الذي يتم إنشاؤه عن بعد، بحيث أن أطراف المعاملة الرسمية الإلكترونية يكون كل منهم في مكان مختلف عن الآخر وعن الموظف الرسمي، إذ يتم في هذه الحالة إنشاء المحرر الرسمي على دعامة إلكترونية ويتم إرسالها إلى جهة تصديق تضمن الحفاظ على سرية ومضمون المحرر الرسمي، ويجب أن يتم التعامل مع سلطة عليا حكومية لتوفير عنصر الأمان والسرية للمحرر الرسمي[3]، وذلك وفق ما اشترطته المادة 16 من المرسوم الفرنسي رقم 2005/973. هذا وقد استغرق صدور المرسوم رقم 973 لسنة 2005 مدة خمس سنوات، منذ صدور القانون رقم 230 لسنة 2000، وقد اعتبره جانب من الفقه الفرنسي بأنه بمثابة ثورة على الأوراق التي يستعملها الموثق والتي سوف تندثر نهائيا، كما أنه يشجع الموثقين على مسايرة التقنيات الجديدة والاستفادة منها، وقد دخل المرسوم الجديد حيز النفاذ في 1 فبراير 2006، حيث مكن الموثق في فرنسا من تحرير العقود على دعامات إلكترونية، غير أنه وضع بعض الشروط يجب عليه إتباعها في إنشائه لها تتمثل في:

ـ إتباع نظام تداول للوثائق يوافق عليه المجلس الأعلى للموثقين،

ـ ضمانه لسرية وسلامة محتويات المحرر الإلكتروني أو العقد،

ـ توافق النظام المستخدم مع نظام نقل المعلومات التي انشئت من قبل باقي الموثقين[4].

1. المرسوم 973 لسنة 2005 المعدل للمرسوم 941 لسنة 1971 الفرنسي والمتعلق بأعمال الموثقين.
2. جديد حنان، السندات الرسمية الالكترونية، مجلة الحقوق والعلوم الانسانية العدد 22 ، المجلد الأول، 2015، ص275.
3. يوسف أحمد النوافلة، مرجع سابق، ص143.
4. زروق يوسف، حجية وسائل الإثبات، مرجع سابق، ص206.

ويميز المرسوم ـ في إطار التطبيق العملي للمحرر الرسمي الإلكتروني ـ بين الإفتراضات التي يكون فيها جميع الأطراف حاضرين في عملية إبرام العقد من جهة، وبين الإفتراضات الأكثر ارتباطا بالدعامة الإلكترونية وبالتعاقد عن بعد، حيث يكون طرف أو أكثر غائبا من جهة أخرى.

الحالة الأولى : عند حضور جميع الأطراف أمام الموثق عند تحرير المحرر الرسمي وتوقيعه ففي هذه الحالة لا يكون هناك إشكال[1].

الحالة الثانية: حالة إنشاء المحرر في غياب طرف أو أكثر.

يوضح المرسوم كيفية إنشاء المحرر الرسمي عن بعد في المادة 20 منه، عن طريق مشاركة موثق آخر في عملية إنشاء المحرر من خلال تلقيه رضاء الأطراف غير الحاضرين أمام موثق محرر العقد، مشيرا إلى أنه حينما يكون أي من ذوي الشأن غير حاضر أمام الموثق لحظة إنشاء المحرر، فيمكن تلقي رضائه وإقراره بواسطة موثق آخر يكون حاضرا ومشاركا في إنشاء المحرر، وتتم عملية تبادل المعلومات اللأزمة لإنشاء المحرر عن طريق استخدام نظام لإرسال المعلومات يكون معتمدا على النحو المشار إليه في المادة 16 من المرسوم، ويتلقى كل موثق رضاء وتوقيع ذي الشأن على المحرر، ثم يضع توقيعه عليه[2].

وقد أقترح بعض الفقه وجود كاتب عدل إلكتروني بحيث يتم إنشاء المحرر الإلكتروني الرسمي وفقا للخطوات التالية[3]:

ـ يقوم الفريق بإرسال الطلب الإلكتروني متضمنا كافة الطلبات إلى كاتب العدل الإلكتروني الذي يتأكد من صحتها.

ـ يتسلم الطرف الثاني كافة الإيضاحات المطلوبة.

---

1. هدار عبد الكريم، مرجع سابق، ص62.
2. تامر محمد سليمان الدمياطي، مرجع سابق، ص731.
3. أزرو محمد رضا، مرجع سابق، ص121.

ـ إذا وافق الطرف الثاني على الطلب ولم يجد فيه أخطاء أو ملاحظات يقوم الطرف الثاني بالتوقيع عليها أمام كاتب العدل بإعادتها إلكترونيا إلى الطرف الأول الذي يتحقق من توقيع الطرف الثاني ويقوم بدوره بالتوقيع عليها وإعادتها إلى كاتب العدل الإلكتروني للتوقيع عليها.

ويلاحظ بأن هذا المقترح الفقهي[1]، ليس بعيدا عما أورده المشرع الفرنسي، الذي يشترط حضور الطرف البعيد أمام موثق معتمد من جهة عليا حكومية للتحقق من توقيعه والتصديق عليه، وأعطى المشرع الفرنسي ثقة أكبر وأمانا لمضمون المحرر الألكتروني الرسمي والتوقيع الإلكتروني الوارد عليه بأنه اشترط أن يتم أمام هيئة عليا للتصديق غالبا ما تكون حكومية، فلا يمكن الطلب من هيئة خاصة التصديق على توقيع الطرف البعيد على محرر إلكتروني رسمي، ونحن نؤيد الرأي الذي يذهب للقول أن الطرف البعيد يجب أن يقوم بالتوقيع على المحرر الالكتروني أمام هيئة تصديق عليا حكومية نظرا لأن المحرر الرسمي الإلكتروني يتمتع بحجة على الناس كافة وله ثقة أكبر من المحرر العرفي الإلكتروني.

2 / التوقيع الإلكتروني المؤمن للموظف العام على المحرر الإلكتروني الرسمي.

يعبر التوقيع ـ سواء كان إلكترونيا أم لا ـ عن التدخل الشخصي للموظف العام في المحرر وتحمله بمسؤوليته، كما يشهد التوقيع ليس فقط على هوية الموظف العام ولكن أيضا على سلطته في إضفاء الرسمية على المحرر، كما ينبغي أن يسمح التوقيع بهذا التحديد للهوية وأن يوضع بطريقة تضمن إرتباطه بالمحرر[2].

وطبقا للمادة 17 من نفس المرسوم يجب أن يوقع المحرر بواسطة الموثق عبر وسيلة للتوقيع الإلكتروني لآمن، وفقا للمتطلبات المنصوص عليها في المرسوم 2001 ـ 272 الصادر في 30 مارس 2001، تطبيقا للمادة 1316 ـ 4 من القانون المدني والمتعلقة بالتوقيع الإلكتروني، وهذا التوقيع هو الذي يمنح الرسمية للمحررات الإلكترونية[3].

---

1. يوسف أحمد النوافلة، مرجع سابق، ص144.
2. تامر محمد سليمان الدمياطي، مرجع سابق، ص732.
3. Grynbaum(L) etautres, Droit des activites numeriques , Dalloz , Paris, 2014 , p32

وقد حددت اللائحة التنفيذية لقانون التوقيع الإلكتروني المصري في المادة الثانية منها شروط إنشاء التوقيع الإلكتروني المؤمن بنصها على " تكون منظومة تكوين بيانات إنشاء التوقيع الإلكتروني مؤمنة متى استوفت ما يأتي:"[1].

أ ـ الطابع المتفرد لبيانات إنشاء التوقيع الإلكتروني.

ب ـ سرية بيانات إنشاء التوقيع الإلكتروني.

ج ـ عدم قابلية الإستنتاج والإستنباط لبيانات إنشاء التوقيع الإلكتروني.

د ـ حماية التوقيع الإلكتروني من التزوير أو التقليد أو التحريف أو الإصطناع أو غير ذلك من صور التلاعب أو من إمكان إفشائه من غير الموقع.

هـ ـ عدم إحداث أي إتلاف بمحتوى أو مضمومون المحرر الإلكتروني المراد توقيعه.

وـ ألا تحول هذه المنظومة دون علم الموقع علما تاما بمضمون المحرر الإلكتروني قبل توقيعه".

كما حددت المادة 3 من ذات اللائحة الضوابط الفنية والتقنية لمنظومة تكوين بيانات إنشاء التوقيع الإلكتروني المؤمن، والتي تسري على التوقيع الإلكتروني للموظف العام، ويمكن أن يضاف لها بأن التوقيع الإلكتروني الرسمي للموظف العام يجب أن يتم من خلال مقدم خدمات تصديق حكومي، وذلك لضمان استيفاء التوقيع الإلكتروني للموظف العام لمستوى الأمان والثقة[2].

غير أنه ينبغي ملاحظة أن لجوء الموثق إلى توقيع إلكتروني مؤمن على المحررات الرسمية لا يعني بالضرورة أن يلجأ إلى مزود خدمات، فمن غير العقل والمنطق أن تتدخل جهة تصديق خاصة

مشار له لدى: أزرو محمد رضا، مرجع سابق، ص 123.

1. المادة 2 من اللائحة التنفيذية لقانون التوقيع المصري رقم 15 لسنة 2004.

2. يوسف أحمد النوافلة، مرجع سابق، ص 146، 147.

من أجل التحقق من صحة توقيع موظف عام، وإنما يمكن السماح فقط لهيئة عليا بإصدار شهادة تصديق تؤهل توقيع الموظف العام[1].

وعلى هذا النحو يجب أن يكون التوقيع خاصا بالموثق وحده دون غيره، وأن ينشأ بوسيلة تكون تحت سيطرته المنفردة، وتضمن ارتباطه بالمحرر بحيث يمكن إكتشاف أي تعديل قد يطرأ عليه وتفترض موثقية هذا التوقيع، إذا ما نشأ بفضل منظومة إنشاء توقيع إلكتروني مؤمنة، وأن يقوم التحقق من صحة هذا التوقيع على استخدام شهادة تصديق إلكتروني مؤهلة، وتعتبر هذه الشهادة بمثابة محرر في شكل إلكتروني يشهد على الرابطة بين الموثق ومفاتيح التوقيع[2].

3/ توقيع ذوي الشأن والشهود على المحرر الإلكتروني الرسمي.

من أهم عناصر إنشاء المحرر الإلكتروني الرسمي، هو توقيع أصحاب العلاقة والشهود على هذا المحرر، حيث يقوم ذوو الشأن بعد التحقق من صحة البيانات الواردة في المحرر وإستفائه الشكل المطلوب والمتفق عليه بالتوقيع أمام الموثق الحكومي[3].

وفقا للمادة 17 والمادة 20 فإنه يتم التوقيع على المحرر الإلكتروني من قبل المتعاقدين ومن قبل الشهود، وطريقة التوقيع التي حددها القانون هي التوقيع الخطي ذو الطبيعة الرقمية ، حيث يتم توقيع الطرفين توقيعا خطيا ونقله بالماسح الضوئي على المحرر الإلكتروني، أو التوقيع من قبل الطرفين والشهود توقيعا خطيا على الشاشة القابلة للكتابة عليها بالقلم الإلكتروني، وذلك مشروط بأن يكون المحرر مقروءا على الشاشة للطرفين والشهود، بعد ذلك يقوم الموثق بالتوقيع على المحرر إلكترونيا، بشرط أن يتوفر في توقيعه الشروط المشار إليها سابقا[4].

ما يستنتج من هذا المرسوم أنه قد منح للتوقيع الخطي لذوي الشأن الحجية الكاملة في الإثبات على الرغم من أن المحرر الرسمي الإلكتروني قد تم في دعامة إلكترونية، وهو ما يعتبر تداخلا بين

---

[1]. أزرو محمد رضا، مرجع سابق ص123.

[2]. ثامر محمد سليمان الدمياطي، مرجع سابق، ص732.

[3]. فوغالي بسمة، اثبات العقد الإلكتروني وحجيته في ظل عالم الأنترنت، رسالة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة سطيف 2، 2015/2014، ص37، 38.

[4]. سامح عبد الواحد محمد التهامي، مرجع سابق، ص416.

التوقيع الخطي و التوقيع الإلكتروني، وغالبا ما يتم نقل التوقيع الخطي لذوي الشأن عن طريق الماسح الضوئي أو باستخدام القلم الإلكتروني[1].

وهكذا نجد المرسوم وفي غرابة شديدة، يدخل صورة خاصة بالبيئة الورقية تبدو قيمتها في البيئة الإلكترونية محل شك، حيث يتطلب تنفيذ ذلك أن يوقع ذوي الشأن أو الشهود أولا على دعامة ورقية، ثم يجري نقل صورة هذا التوقيع إلى المكان المخصص لوضعها بنموذج المحرر الرسمي على حاسوب الموثق، الذي يتيح نظام معلومات مؤمنا ومعتمدا، وفي الغالب يتم أخذ صورة التوقيع الخطي عن طريق التصوير بالماسح الضوئي كما أشرنا سابقا، وفي تقدير الدكتور تامر محمد سليمان الدمياطي كان من الأجدر تطلب التوقيع الإلكتروني المؤمن أيضا لذوي الشأن والشهود، نظرا لما يتمتع به من قرنية الموثوقية التي نص عليها المشرع الفرنسي في المادة 1316 ـ 4 بدلا من اللجوء إلى صورة لا تتمتع بقدر كافي من الأمان[2].

وهناك من يرى خلاف ما ذهب إليه البعض ـ الذي ذهب إلى أن المشرع الفرنسي قام بإدخال البيئة الورقية في البيئة الإلكترونية ـ بأن تطلب المشرع الفرنسي بإستخدام صورة توقيع الأطراف والشهود على المحرر بطريقة يمكن من خلالها عرض التوقيع على الشاشة لا يستلزم التوقيع الخطي على الورق ونقله إلى المحرر الرسمي الإلكتروني على الحاسوب، إذ أن هناك القلم الإلكتروني الذي بالإمكان إستخدامه على الحاسب مباشرة دون إدخال البيئة الورقية في العملية الإلكترونية، ولكن بشرط أن يتحقق لهذا التوقيع درجة الأمان والسرية المطلوبة في اللائحة التنفيذية لقانون التوقيع المصري، كما يمكن أيضا أن يتم التوقيع من الأطراف على المحرر الإلكتروني بواسطة هيئة التصديق العليا لذى وزارة العدل، ولكن المهم في ذلك هو تحقق الضوابط الفنية والتقنية المطلوبة في اللائحة التنفيذية لتوقيع الأطراف والشهود على المحرر الإلكتروني الرسمي[3].

وقد أحسن المشرع الفرنسي عملا عندما لم يشترط توقيع إلكتروني مؤمنا لذوي الشأن والشهود ولهذا الموقف مبرراته، كصعوبة توافر شهود لديهم توقيعا إلكترونيا، زيادة عن ذلك إرتفاع التكلفة

---

1. أزرو محمد رضا، مرجع سابق، ص124.
2. تامر محمد سليمان الدمياطي، مرجع سابق، ص733،734.
3. يوسف أحمد النوافلة، مرجع سابق، ص148.

الباهظة للتوقيع الإلكتروني، والتي قد لا تناسب القدرة المالية لذوي الشأن والشهود وهذا ما يعتبر عملا معرقلا لانتشار المحرر الرسمي الإلكتروني[1].

4/ تاريخ المحرر الرسمي الإلكتروني.

إن حتمية تحديد تاريخ ثابت للمحرر الرسمي الورقي شأنه في ذلك شأن المحرر الرسمي الإلكتروني، فلابد أن يكون لهذا الأخير تاريخ يثبت فيه، وقد ورد في الفقرة الأولى من المادة 08 من اللائحة التنفيذية لقانون التوقيع الإلكتروني المصري، بأن حجية المحرر الإلكتروني الرسمي تتحقق بتوافر الشروط المبينة في المادة المذكورة سابقا[2]، والتي جاء نصها كالآتي: " مع عدم الإخلال بالشروط المنصوص عليها في القانون، تتحقق حجية الإثبات المقررة للكتابة الإلكترونية والمحررات الإلكترونية الرسمية أو العرفية لمنشئها إذا توافرت الضوابط الفنية والتقنية الآتية:

أ ـ أن يكون متاحا من الناحية الفنية تحديد وقت وتاريخ الكتابة الإلكترونية أو المحررات الإلكترونية الرسمية أو العرفية، وأن تتم هذه الإتاحة من خلال نظام حفظ إلكتروني مستقل وغير خاضع لسيطرة منشأ هذه الكتابة أو تلك المحررات أو لسيطرة المعني بها."

كما نصت المادة 08/أ/03 من قانون المعاملات الإلكترونية الأردني على:

" أ ـ يستمد السجل الإلكتروني أثره القانوني ويكون له صفة النسخة الاصلية إذا توافرت فيه مجتمعة الشروط التالية : 3 ـ دلالة المعلومات الوارد ة في السجل على من ينشأه أو يتسلمه وتاريخ ووقت إرساله ".

وفي هذا الصدد تتطلب المادة 08 من المرسوم رقم 973 ـ 2005 ضرورة أن يذكر التاريخ في المحرر بالحروف قبل توقيعه من الموظف العام، وبالتالي لا يمكن لتقنيات تسجيل الوقت والتاريخ على المحررات أن تكون مرجعا لمنح تاريخ مؤكد لمحرر الرسمي[3].

---

[1]. أزرو محمد رضا، مرجع سابق، ص124.

[2]. فوغالي بسمة، مرجع سابق، ص38.

[3]. تامر محمد سليمان الدمياطي، مرجع سابق، ص734.

ويقع على عاتق الموثق (الموظف العام) وبالتعاون مع هيئة التصديق عبء وضع تاريخ المحرر الرسمي الإلكتروني وحفظه على الدعامة الإلكترونية، بحيث يكون له تاريخ ثابت ويتم حفظه بمأمن عن أي تلاعب أو تبديل أو تغيير وفق الأسس الفنية والتقنية المطلوبة، ووفق الشروط المنصوص عليها في اللائحة التنفيذية لقانون التوقيع المصري، وبطريقة تمكن من كشف أي تعديل أو تبديل في بيانات المحرر الإلكتروني الرسمي وتاريخه، وذلك باستخدام تقنية المفتاحين العام والخاص وبمناهاة شهادة التصديق الإلكتروني وبيانات إنشاء التوقيع الإلكتروني بأصل هذه الشهادة، وفق متطلبات المادة 11 من اللائحة التنفيذية[1].

أخيرا فيما يخص المستندات المرفقة (Les piécec Ahhexées)، تنص المادة 01/22 من المرسوم صراحة أنه متى كان المحرر الرسمي منشأ على دعامة إلكترونية، تكون المستندات المرفقة مرتبطة بالمحرر بطريقة لا تقبل الإنفصال، وسحب التوقيع الإلكتروني في نهاية المحرر كذلك على مرفقاته[2].

ونخلص مما تقدم، أن المرسوم الفرنسي لم يخرج عن الإطار العام لمفهوم الرسمية، إذ يظل الحضور المادي للموظف مطلوبا في إنشاء المحرر، ولكن الجديد هو التيسيرات التي منحها المشرع لذوي الشأن في إنجاز المحرر الرسمي على دعامة إلكترونية عن بعد دون إشتراط حضورهما معا أمام موثق واحد، وتعويله على التوقيع المؤمن للموظف العام في إظفاء صفة الرسمية على المحرر[3].

أما بالنسبة لحفظ المحررات الإلكترونية الرسمية، نجد أن المرسوم رقم 973 لسنة 2005 قد نظم هذه المسألة، حيث ألزم مكاتب التوثيق بإعداد فهرس إما على دعامة ورقية أو إلكترونية لتقييد وحفظ مختلف الأعمال التي ينجزونها، ويجب أن يتوفر هذا الفهرس على هذه البيانات:

ـ تاريخ إنشاء المحرر،

ـ طبيعة العقد،

---

[1]. يوسف أحمد النوافلة، مرجع سابق، ص150.

[2]. أزرو محمد رضا، مرجع سابق، ص125.

[3]. ثامر محمد سليمان الدمياطي، مرجع سابق، ص734.

ـ بيانات الأطراف،

ـ طبيعة الدعامة التي أنشئ عليها المحرر،

ـ جميع البيانات التي تفرضها اللوائح والقوانين[1]،

ويوقع الفهرس المنشأ على دعامة إلكترونية من قبل رئيس مجلس الموثقين في فرنسا أو ممثله عن طريق وسائل توقيع إلكتروني مؤمنة، كما أشار المرسوم لتحديد طرق الحفظ للمحرر من خلال ضرورة تحقيق إستعادته مرة ثانية، وعدم إحداث أي تغيير لمحتواه[2].

وبصدور المرسوم التنفيذي رقم 19 ـ 89 المؤرخ في 28 جمادى الثانية عام 1440هـ الموافق 5 مارس 2019، المحدد لكيفيات حفظ سجلات المعاملات التجارية الإلكترونية و إرسالها إلى المركز الوطني للسجل التجاري، حيث ألزمت المادة الثانية من ذات المرسوم، المورد الإلكتروني بإيداع سجل إلكتروني، يتضمن عناصر المعاملة التجارية، على أن يتم تخزين عناصر هذه المعاملة التجارية، بطريقة تمكن من الولوج إليها و قراءتها و فهمها، لتمكن الأعوان المؤهلين من فحصها، كما أن حفظ هذه العناصر يتم في شكلها الأصلي، أو في شكل غير قابل للتعديل أو الإتلاف في محتواها.

على الرغم من أهمية هذه المسألة فإن المشرع الجزائري لم يولي لهذه المسألة أية أهمية، فلم يعالج مسألة المحررات الإلكترونية الرسمية، ولم يذكر مكانتها ضمن وسائل الإثبات الحديثة على الرغم من صدور قوانين حديثة تعالج حجية التوقيع الإلكتروني من بينها القانون 15/ 03 المتعلق بعصرنة العدالة والقانون 04/15 الذي يحدد القواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين[3].

وهذا ما يتضح من إستمرار النصوص التي تشترط القالب الرسمي الخطي مثل العقود المترتبة على العقارات والمحلات التجارية، وإن كان جانب من الفقه يؤيد ذلك حيث يرى أن المادة 324 من

---

[1]. جديد حنان، مرجع سابق، ص258.

[2]. زروق يوسف، حجية وسائل الإثبات، مرجع سابق، ص207.

[3]. أزرو محمد رضا، مرجع سابق، ص126.

القانون المدني، تشترط حضور الضابط العمومي والحضور المادي لأطراف العقد أمامه لصحته، ويرى الأستاذ كمال العياري " في الحقيقة يعود هذا الإحتراز إلى أن المشرع مازال محتفظا ببعض الخشية إزاء هذه المعاملات ولا يروم ذلك ضمن منظومة لم تستكمل بعد فترة التجربة"[1].

ولهذا نهيب المشرع الجزائري تجاوز هذه القصور وإتباع التجربة الفرنسية من خلال تعديل قانون التوثيق الحالي وجعله يتماشى مع التطور الذي لحق المحررات الرسمية، وكذلك التأسي بالدول التي قطعت شوطا كبيرا في هذا الجانب حتى تكون المساواة بين الكتابة الإلكترونية والخطية مجدية[2].

ثالثا: جزاء الإخلال بشرط من هذه الشروط.

نصت الفقرة الثانية من المادة السادسة من قانون البيانات الأردني على أنه: " إذا لم تستوف هذه السندات الشروط الواردة في الفقرة السابقة فلا يكون لها الإ قيمة السندات العادية بشرط أن يكون ذوو الشأن قد وقعوا عليها بتواقيعهم أو بأختامهم أو ببصمات أصابعهم".

وقد جاء نص المادة 2/10 من قانون الإثبات المصري كالأتي : " فإذا لم تكتسب هذه المحررات صفة الرسمية، فلا يكون لها الإ قيمة المحررات العرفية، متى كان ذوي الشأن قد وقعواها بإمضاءتهم أو بإختامهم أو ببصمات أصابعهم"

أما بالنسبة للمشرع الجزائري فقد عالج ذلك نص المادة 336 مكرر 2 من القانون المدني وجاء نصها على النحو الآتي:" يعتبر العقد غير رسمي بسبب عدم كفاءة او أهلية الضابط العمومي أو إنعدام الشكل، كمحرر عرفي إذا كان موقعا من قبل الأطراف."

إذا وقع الإخلال بأحد الشروط الواجب توفرها في المحرر الرسمي أو بعضها والمحددة في نص المادة 324 من ق. م. ج، لم تعد له الرسمية و ارتفعت عنه الحجية التي كان ينبغي أن تعطى له، وبذلك تصبح الورقة باطلة، ومن شأن ذلك أنه إذا لم يصدر السند من ضابط عمومي مثلا أو صدر

[1]. جديد حنان، مرجع سابق، ص259.

[2]. زروق يوسف، حجية وسائل الإثبات، مرجع سابق، ص209.

من موظف مكلف بخدمة عامة ولكنه غير مختص أو أنه لم يراع الأشكال القانونية المقررة، كان السند باطلا باعتباره محرر رسمي[1].

ويلاحظ أن المشرع و لسبب إفتقار المحرر من شرط حجية المحررات الرسمية قد نزل بمرتبة هذا المحرر من الرسمية إلى العادية، بحيث أن هذه المحررات قد تحولت من محررات رسمية إلى محررات عرفية بسبب عدم مراعاة الشروط التي حددها المشرع، ويلاحظ بأنه وفيما يتعلق بالشرط الثالث من شروط حجية المحررات الرسمية المتعلقة بمراعاة الأوضاع القانونية، فإن هناك تفريق بين ما إذا كان الإجراء الذي لم يتم مراعاته جوهريا أم لا، فإذا كان الإجراء جوهريا كما لو قام كاتب العدل بتنظيم المحررات الرسمية بغير اللغة العربية أو بدون تاريخ أو انتقل لإجراء المعاملة خارج المملكة دون إذن أو تنظيم وكالة أو ورقة لإحد أقاربه كزوجته أو والده فهنا يترتب البطلان، أما إذا كان الإجراء غير جوهري كما لو كانت المحررات غير مرقمة وعدم دفع الرسوم أو فيها تحشير والكشط فلا يترتب البطلان[2].

غير أن نص المادة 326 مكرر 2 ق. م. ج لا ينطبق في حالة ما إذا كانت الشكلية كركن من أركان التصرف القانوني ومن أمثلتها العقود المعدلة والمؤسسة للشركة والتصرفات المتعلقة بنقل الملكية أو المحلات التجارية.....إلخ وهذا راجع لكون الشكلية هنا ركن وليست وسيلة إثبات فقط لإن إنعدام الركن يترتب عليه إنعدام التصرف القانوني.

وهو ما أقرته صراحة المحكمة العليا الجزائرية بقولها:" من المقرر أنه زيادة على العقود التي يأمر القانون بإخضاعها إلى الشكل الرسمي، يجب تحت طائلة البطلان تحرير العقود التي تتضمن نقل ملكية عقار أو حقوق عقارية أو محلات تجارية في شكل رسمي.

1. يحي بكوش، مرجع سابق، ص110.
2. عبد الرزاق السنهوري، نظرية الالتزام بوجه عام،الإثبات، مرجع سابق ، ص135،136.

ولما ثبت أن قضاة الموضوع لم يطبقوا المادة 324 مكرر1 من ق. م. ج، بل اعتمدوا في إثبات علاقة الإيجار على تواجد الطاعن فعليا بالمحل المتنازع فيه، فإنهم قد خرقوا القانون مما يعرض قراراتهم للنقض"[1].

على أنه يجب التمييز بين الورقة التي تثبت التصرف القانوني والتصرف القانوني ذاته، فإذا كانت الورقة باطلة فلا يستدعي ذلك حتما أن يكون التصرف القانوني باطلا، بل يبقى هذا التصرف قائما وإن كان إثباته عن طريق الورقة الرسمية قد إنعدم، وقد يصح إثباته بطريق آخر غير الكتابة، بل قد يصح إثباته بالورقة الرسمية ذاتها إذا صحت كورقة عرفية[2].

الفرع الثاني: حجية المحرر الرسمي الإلكتروني في الإثبات.

إذا ما توافرت الشروط التي يتطلبها القانون في المحرر على النحو الذي أشرنا له سابقاً، فإن المحرر يكتسب الصفة الرسمية، وتكون له حجية في الإثبات مادامت تتمتع بسلامتها من أي تغيير في محتواها كوجود كشط أو تحشير، فلا يكون على من يتمسك بها أن يقيم الدليل على صحتها[3]، ولا يعطل قوة السند الرسمي الثبوتية المذكورة إلا الإدعاء بتزويره[4]، وهنا نفرق بين حجية أصل المحرر الإلكتروني الرسمي وصور المحرر الإلكتروني الرسمي على النحو الآتي:

البند اولأ: حجية أصل المحرر الإلكتروني الرسمي.

إذا كان مفهوم المحرر الورقي الأصل لم ينل الإهتمام الكافي من قبل التشريعات فإن تحديد متى يكون المحرر أصلا بالنسبة للمحرر الإلكتروني كان مثار إهتمام العديد من التشريعات، فلكي لا يحدث لبس أو خلاف حول ماهية المحرر الإلكتروني الأصل، حددت بعض التشريعات بعض الحالات التي يكون فيها المحرر الإلكتروني أصلاً أو نسخة أصلية[5].

---

1. قرار رقم 138806، الصادر بتاريخ 09 جويلية 1996 ، المجلة القضائية ، عدد، 1، 1997، ص87.
2. عبد الرزاق السنهوري، نظرية الالتزام بوجه عام،الإثبات، مرجع سابق ، ص137.
3. عمر أحمد العرايشي، مرجع سابق، ص 38.
4. إلياس ناصيف، مرجع سابق، ص 219.
5. محمد محمد السادات، مرجع سابق، ص 405.

وقد حدد قانون الأونيسترال النموذجي للتجارة الإلكترونية مفهوم الأصل في المادة 8 منه على أنه: " عندما يشترط القانون تقديم المعلومات أو الإحتفاظ بها في شكلها الأصلي فإن رسالة البيانات تستوفي هذا الشرط متى وجد ما يعول عليه لتأكيد سلامة المعلومات، منذ الوقت الذي أنشئت فيه للمرة الأولى في شكلها النهائي بوصفها رسالة البيانات ...."[1].

أما القانون الأردني فقد إعتبر السجل الإلكتروني بمعنى المحرر الإلكتروني يستمد أثره القانوني ويكون له صفة النسخة الأصلية متى توافرت شروط معينة وهي:

1- أن تكون المعلومات الواردة في ذلك السجل قابلة للإحتفاظ بها وتخزينها بحيث يمكن في أي وقت الرجوع إليها.

2- إمكانية الإحتفاظ بالسجل الإلكتروني الذي تم به إنشاؤه أو إرساله أو تسلمه أو بإي شكل يسهل به إثبات دقة المعلومات الذي وردت فيه عند إنشائه أو إرساله أو تسلمه.

3- دلالة المعلومات الواردة في السجل على من ينشئه أو يتسلمه وتاريخ ووقت إرساله وتسلمه"[2].

كما نصت الفقرة الثانية من المادة التاسعة من قانون الأونيسترال النموذجي بشأن التوقيعات الإلكترونية بقولها: "يعطى للمعلومات التي تكون على شكل رسالة بيانات ما تستحقه من حجية في الإثبات ".

وتقتضي دراسة حجية المحرر الإلكتروني الرسمي الأصلي التعرض إلى حجية هذا الأخير في المسائل التالية:

1- حجية المحرر الرسمي الإلكتروني بالنسبة للأشخاص:

بالرجوع إلى نص المادة 324 مكرر 5 من القانون المدني الجزائري والتي جاء فيها: "يعتبر ما ورد في العقد الرسمي حجة حتى يثبت تزويره، ويعتبر نافذا في كامل التراب الوطني".

---

[1]. المادة 1/8 من قانون الأونيسترال النموذجي للتجارة الإلكترونية.

[2]. المادة 8 من قانون المعاملات الإلكترونية الأردني .

وكذلك نص المادة 324 مكرر7 والتي جاء نصها كالآتي: " يعتبر العقد الرسمي حجة بين الأطراف ولو لم يعبر فيه الإ ببيانات على سبيل الإشارة شريطة أن يكون لذلك علاقة مباشرة مع الإجراء، ولا يمكن إستعمال البيانات التي ليست لها صلة بالإجراء سوى كبداية للثبوت ".

وهو نفس النهج الذي سار عليه المشرع المصري إذا تقرر المادة 11 من قانون الإثبات أن: " المحررات الرسمية حجة على الناس كافة بما دون فيها من أمور قام بها محررها في حدود مهنته أو وقعت من ذوي الشأن في حضوره ما لم يتبين تزويرها بالطرق المقررة قانوناً".

مفاد ذلك أن المحرر الرسمي الإلكتروني يعتبر حجة و دليلاً قاطعاً على حصول التعاقد الثابت فيه، ولا يستطيع ذوي الشأن أن ينكروا شيئا مما جاء به لا من حيث التوقيعات الموقع بها عليه ولا من حيث محتوياته، ولا من حصوله أمام الموظف العام المحرر له إلا بالإدعاء بحصول التزوير سواءً من ذوي الشأن أو الغير، نظرا لكون أن المحرر الإلكتروني الرسمي له حجية مطلقة على الكافة متى توافرت فيه الأركان والشروط المطلوبة[1].

وهذا ما جاء في قرار المحكمة العليا أنه: " حيث... إذا كانت حجية الورقة الرسمية في الإثبات هي حجة على الناس كافة، أي فيما بين المتعاقدين وبالنسبة للغير معاً، فإنه يجب التفرقة بين الوقائع التي أثبتها الموثق مما جرى تحت سمعه وبصره والتي فيها مساس بأمانة الموثق، وهذه حجيتها مطلقة، ولا يجوز إنكارها إلا عن طريق الطعن فيها بالتزوير، أما الوقائع التي ينقلها ذوي الشأن فيجوز الطعن فيها عن طريق إثبات عكسها دون الحاجة إلى الطعن في الورقة ذاتها بطريق التزوير..."[2].

ومن جهة أخرى فإن حجية المحرر الرسمي الإلكتروني حجة على الكافة وليس على أطراف العقد وخلفهم فقط، ويسري على الغير ما يسري على الأطراف فيما يتعلق بحجية المحرر الرسمي، وذلك وفقا لما ورد في نص المادة 324 مكرر 6 من ق م ج والتي تنص على أنه: " يعتبر المحرر الرسمي حجة لمحتوى الاتفاق المبرم بين الأطراف المتعاقدة وورثتهم وذوي الشأن"، وسواءٌ تعلق الأمر بالبيانات القابلة للطعن بالتزوير وحتى البيانات الواردة في المحرر على سبيل الإشارة فإذا ادعى الغير أن التصرف المدون في الورقة الرسمية ليس بيعا كما تدل عليه وإنما هو هبة مستترة فإنه بإمكانه أن

1. بكوش إلهام، مرجع سابق، ص 374.
2. المجلة القضائية لسنة 2000، ع 01، ص ،150 مشار له لدى: بكوش إلهام، مرجع سابق، ص 375.

يثبت ذلك بالوسائل المختلفة، أما إذا أنكر حصول العقد أمام موظف فليس أمامه إلا طريق الطعن بالتزوير[1].

2- حجية المحرر الرسمي الإلكتروني من حيث صدوره ممن وقعه وسلامته المادية.

يعتبر المحرر الرسمي الإلكتروني حجة فيما يتعلق بصدوره ممن يحمل توقيعاتهم الإلكترونية وبسلامته المادية فمن جهة، يعد المحرر الرسمي الإلكتروني حجة بصدوره من الأشخاص الذين لهم توقيع إلكتروني مرتبط به، ويستوي في ذلك توقيع الموظف العام الذي يصدر المحرر بإسمه، وكذلك توقيعات ذوي الشأن، ويترتب على ثبوت الحجية لواقعة إرتباط التوقيع الإلكتروني بالمحرر دون الحاجة للإقرار به، وذلك بعكس الحال بالنسبة للمحرر العرفي الذي لا يكون حجة بصدوره ممن ينسب إليه إلا إذا اعترف بصدوره منه أو على الأقل لم ينكر صحة نسبته إليه[2].

فالورقة الرسمية التي تستكمل شروطها القانونية تكون لها حجية قانونية في الإثبات، ولا يمكن دحض هذه القرنية إلا بإقامة الدليل على تزوير المحرر من خلال إجراءات الطعن بالتزوير، ويكون المحرر الرسمي حجة بكل ما يلحق به وصف الرسمية، دون الحاجة إلى الإقرار به[3].

ومن ناحية السلامة المادية للمحرر الرسمي، فإن المحرر يعتبر حجة من هذه الناحية أي بعدم حصول أي تغيير أو تحريف في بياناته التي تم تدوينها من جانب الموظف العام، سواء دلت هذه البيانات على أمور وقعت منه أو من ذوي الشأن في حضوره، ويقع على من يرى غير ذلك عبء إثبات ذلك عن طريق الطعن بالتزوير، فإذا وجد في المحرر كشط أو محو أو تحشير وغير ذلك من العيوب المادية في المحر، كان للمحكمة بأن تقدر ما يترتب على الكشط والمحو وغير ذلك من العيوب المادية في المحرر من إسقاط قيمته في البيانات أو إنقاصها، وذلك طبقا لنص المادة 28 من

---

1. حشود نسيمة، مرجع سابق، ص 90.
2. محمد شكري سرور، مرجع سابق، ص 66.
3. نبيل صقر- مكاري نزيهة، الوسيط في القواعد الإجرائية والموضوعية للإثبات في المواد المدنية، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2009، ص 88.

قانون الإثبات التي تنص على أنه: " للمحكمة أن تقدر ما يترتب على الكشط والمحو والتحشير وغير ذلك من العيوب المادية في المحرر من إسقاط قيمته في الإثبات أو إنقاصها "[1].

غير أن التفرقة تدق بين نوعي المحررات الرسمية الإلكترونية و الورقية بصدد السلامة المادية للمحرر، إذ كيف يتسنى للقاضي أن يكتشف العيوب المادية في المحرر الرسمي الإلكتروني المتسم بطبيعة غير المادية، دون الإستعانة بالوسائل التقنية والفنية تسمح له بذلك، على خلاف الأمر في المحرر الرسمي الورقي، وبالتالي فإنه يمكن للقاضي أن يستعين بذوي الخبرة سواءً في هيئة تنمية صناعة تكنولوجيا المعلومات في مصر، أو من له خبرة في هذا المجال، وذلك للوقوف على سلامة المحرر من الناحية المادية ومدى تعرضه للإختراق أو التحريف[2].

3- حجية البيانات الواردة في المحرر الإلكتروني الرسمي.

إن المحرر الرسمي حجة على الناس كافة، أي فيما بين المتعاقدين وكذلك في مواجهة الغير، ويتضح منها أيضا أن المحرر الرسمي يكون حجة بما دون فيه من أمور قام بها الموظف العام في حدود مهمته، أو وقعت من ذوي الشأن في حضوره، ما لم يتبين تزويره بالطرق المقررة قانوناً[3].

يتضح من ذلك أنه ينبغي التفرقة بين نوعين من البيانات التي ترد في المحررات الرسمية، وهذا ما جاء في قرار المحكمة العليا عن حجية عقد الشهرة (الملغي)، وجاء فيه ما يلي: " حيث أن العقد التوثيقي يتضمن نوعين من البيانات:

البيانات التي تتعلق بالوقائع التي يباشرها الموثق نفسه أو الوقائع المادية التي يقوم بها الأطراف أمام الموثق الذي يعاينها وهذه البيانات تكون حجة حتى يطعن فيها بالتزوير، أما البيانات المتعلقة بالتصريحات والإتفاقات التي يتلقاها الموثق من الأطراف تكون حجة إلى أن يثبت عكسها، حيث أن قضاة المجلس الذين سمحوا بإثبات عكس ما تضمنه عقد الشهرة المحتج به من طرف الطاعن فيما يخص التصريحات التي أدلى بها الموثق، لم يخالفوا أحكام المادة 324 مكرر 05 من القانون المدني الجزائري، ذلك أن التصريح الشرفي المدلى به للموثق من طرف الطاعن حول حيازة القطعة الأرضية

1. مراد محمود يوسف مطلق، مرجع سابق، ص 326.
2. ثامر محمد سليمان الدمياطي، مرجع سابق، ص 745.
3. نبيل صقر- مكاري نزيهة، مرجع سابق، ص 88.

المذكور مساحتها وحدودها في عقد الشهرة "[1]، وعلى هذا الأساس نتطرق إلى هذه البيانات على النحو التالي:

أ-البيانات التي لا يجوز الطعن في حجيتها إلا بالتزوير:

تكون للورقة الرسمية حجية في الإثبات حتى يطعن فيها بالتزوير، وذلك فيما دون فيها من أمور قام بها الموثق في حدود مهمته أو وقعت من ذوي الشأن في حضوره، فهناك إذن طائفتان من البيانات لها هذه الحجية: بيانات عن الأمور التي قام بها الموثق في حدود مهمته، وبيانات عن أمور وقعت من ذوي الشأن في حضوره[2].

أما البيانات التي قام بها الموثق في حدود وظيفته وإختصاصه ومثالها تاريخ الورقة وأسماء ذوي الشأن وأهليتهم وتواقيعهم ومكان توثيق الورقة[3].

ويشترط في البيانات الصادرة عن الموظف العام حتى تكون لها مثل هذه الحجية أن تكون داخلة في حدود مهمته، فإذا كانت خارجة عن مهمته واختصاصاته كما لو دون كاتب العدل في المحرر أن الطرفين متمتعان بقواهما العقلية مثلاً فلا يكون لهذا البيان أية حجية، لأن الكاتب ليس مختصا بالأمراض العقلية[4].

إضافة إلى ذلك تأكده من شخصية المتعاقدين بشهادة شاهدين أو بمستند رسمي، وتثبته من أهلية المتعاقدين ورضائهما، وحضور أصحاب الشأن والشاهدين وحضور المترجم المعين عند الإقتضاء وتلاوته الورقة لذوي الشأن، وغير ذلك من الإجراءات التي يتطلبها القانون[5].

ويضاف إلى هذه البيانات ما يصدر عن ذوي الشأن في حضور الموظف العام أو المكلف بخدمة عامة، ويدركها بحواسه عن طريق الإتصال بالسمع أو الوقوع تحت البصر[1]ومثال ذلك أن يقر

---

1. قرار رقم 20264 المؤرخ في 2000/09/27 ،الاجتهاد القضائي في الغرفة العقارية، الجزء الثاني، لسنة 2004، ص 134، مشار له لدى: بكوش إلهام، مرجع سابق، ص 376.
2. عبد الرزاق السنهوري، نظرية الالتزام بوجه عام،الإثبات، مرجع سابق، ص 147.
3. زروق يوسف، حجية وسائل الإثبات، مرجع سابق، ص 42.
4. إياد أحمد سعيد الساري، مرجع سابق، ص 172.
5. عبد الرزاق السنهوري، نظرية الالتزام بوجه عام،الإثبات، مرجع سابق، ص 147.

البائع أمام الموثق أنه قبض الثمن، أو أن يقوم المشتري بدفع الثمن للبائع أمام الموثق فيقوم هذا الأخير بإثبات ما رآه أو سمعه من الأطراف في المحرر[2].

وجدير بالذكر أن هذه البيانات تتطلب الحضور المادي أمام الموطف العام، ولذا تطلب المرسوم الفرنسي رقم 2005/973 في حالة إبرام المحرر الرسمي الإلكتروني عن بعد، ضرورة تدخل موثق أخر لتلقي بيانات الطرف الآخر في المحرر والذي لا يكون حاضر أمام الموثق محرر العقد، والتأكد من رضائه وتلقي توقيعه على المحرر، وهو ما نصت عليه المادة 20 من هذا المرسوم[3].

وهو ما قضت به محكمة التمييز الأردنية في قرارها: "يعتبر ما يدونه المحضر من معلومات داخل صك التبليغ بناءًا على مشاهدته وتحرياتيه حجة على الناس كافة بما فيها من أفعال مادية قام بها في حدود وظيفته واختصاصه طبقا للمادة 1/7 من قانون البيانات ولا يجوز الطعن فيها إلا بالتزوير"[4].

ب- البيانات التي يجوز إثبات عكسها وفقا للقواعد العامة في الإثبات:

وهي تشتمل البيانات التي يثبتها الموثق في المحرر الرسمي الإلكتروني بإعتبارها واردة على لسان ذوي الشأن، دون أن يكون له صلة في العلم بصحتها ولا العلم بمطابقتها للواقع[5]، مثال ذلك إذا أثبت الموظف أن البائع أقر أمامه بقبض الثمن فإنه لا يجوز الطعن في هذا الإجراء إلا بالتزوير، أما واقعة قبض الثمن التي لم تتم أمام الموظف ولم يتحقق منها، بل صدرت على لسان صاحب الشأن فيمكن تكذيبها بإقامة الدليل على العكس دون الحاجة إلى الطعن بالتزوير[6].

---

1. بلقنشي حبيب، مرجع سابق، ص 93.
2. نبيل صقر- مكاري نزيهة، مرجع سابق، ص 86،87.
3. بلقنشي حبيب، مرجع سابق، ص 93.
4. تمييز حقوق، رقم 2003/4201 (هيئة خماسية) بتاريخ 2004/04/11.
مشار له لدى: عمر أحمد العرايشي، مرجع سابق، ص 40.
5. ثامر محمد سليمان الدمياطي، مرجع سابق، ص 747.
6. بكوش إلهام، مرجع سابق، ص 378.

إضافة إلى ذلك ما تعلق بصحة أسماء أصحاب الشأن وأسماء الشهود وحقيقة ألقابهم ومهنهم ومحل إقامتهم، والبيانات الخاصة بموضوع المحرر [1].

وهذه البيانات يتضمنها المحرر الرسمي، وهي بيانات تصدر من أصحاب الشأن يدونها الموظف العام على مسؤوليته ولا يمكنه التحقق من صحتها، لذلك لا تلحقها صفة الرسمية، والطعن فيها لا يمس نزاهة وأمانة الموثق، لذلك يمكن إثبات عكسها ودحضها بطرق الإثبات العادية شأنها في ذلك شأن أي محرر كتابي عادي[2].

هذا وينبغي الأخذ في الإعتبار الطابع التقني الذي يميز المحرر الرسمي الإلكتروني لدى تحديد مدى قوة ثبوتية البيانات التي يتضمنها هذا المحرر، وكذا التريث في عدم إضفاء صفة الرسمية على البيانات التي يدلي بها ذوو الشأن إلى الموظف ويدونها على مسؤوليتهم، فإذا كان الموظف غير مسؤول عن صحة ما صرح به ذوو الشأن، نظرا لأن تدوينه لهذه التصريحات في المحرر لا يعني أنه تحقق من صحتها ومطابقتها للواقع [3]، إلا أنه على الرغم من ذلك نجد أن التوقيع الإلكتروني المؤمن يصدر وفقا لأوضاع وإجراءات وضوابط تقنية وفنية تتأكد من صحتها الجهات المختصة بإعتماد التوقيعات الإلكترونية، وتصدر لهذا الغرض شهادة تصديق تعد بمثابة إثبات هوية إلكترونية تتضمن إسم الموقع وصفته وإسم وعنوان الجهة المصدرة للشهادة عقب تحقق مقدم الخدمة من هوية الموقع وفقا للإجراءات المحددة[4].

البند الثاني: حجية الصور المنسوخة من المحرر الرسمي الإلكتروني.

يتم تحرير المحرر الرسمي من أصل وصورة يظل أصل المحرر محفوظا في مكتب التوثيق، ويعطى لذوي الشأن صور رسمية منه وهذا ما تنص عليه المواد 10و11 من قانون التوثيق رقم 02/06، فالمادة 10 تنص على:" يتولى الموثق حفظ العقود التي يحررها أو يتسلمها للإيداع..."

---

1. عبد الرزاق السنهوري، نظرية الالتزام بوجه عام،الإثبات، مرجع سابق، ص 152.
2. زروق يوسف، حجيو وسائل الإثبات، مرجع سابق، ص 42.
3. بلقنشي حبيب، مرجع سابق، 94.
4. المادة 6 من المرسوم الفرنسي رقم 2001/272 الصادر في 30 مارس 2001، وكذلك المادة 20 من اللائحة التنفيذية لقانون التوقيع الإلكتروني المصري.

وتضيف المادة 11 بقولها:" يقوم الموثق ضمن الشروط المنصوص عليها في القانون بتسليم نسخ تنفيذية للعقود التي يحررها، أو نسخ عادية منها، أو المستخرجات والعقود التي يحتفظ بأصلها "[1].

والفرق بين الأصل والصورة، أن الأصل هو الذي يحمل التوقيعات إذا أن جميع من وقعوا الورقة الرسمية إنما وقعوا على الأصل، هذا لإن الأصل هو الورقة بعينها التي صدرت من الموثق أما صورة الورقة الرسمية فهي لا تحمل التوقيعات وليست هي التي صدرت من الموثق، بل هي منقولة عن الأصل بواسطة موظف عام مختص، فهي من هذه الناحية ورقة رسمية ولكن رسميتها في أنها صورة لا في أنها أصل، والمفروض أنها مطابقة للأصل مطابقة تامة بما ورد في الأصل من بيانات وما يحمله من توقيعات[2].

لهذا يتعذر في بعض الأحيان الإحتفاظ بأصل الورقة الرسمية، إما لعدم منح الموثق لهذا الأصل للأطراف، أو أن هذا الأصل فقد أو ضاع، لذلك عالج المشرع الجزائري على غرار عدة تشريعات هذه المسألة بتبيان حجية صور المحرر الرسمي، وفرق في هذا المقام بين حالتين ، حالة وجود أصل المحرر أو السند الرسمي والحالة الثانية المتمثلة في إنعدام أصل المحرر الرسمي[3].

هذا وقد نصت المادة 37 من المرسوم على الأحكام الخاصة بتكوين صور إلكترونية من المحرر الرسمي سواء كان ورقيا أو إلكترونيا :" فيجوز للموثق أن يقوم بتسليم صورة إلكترونية لأصل محرر ورقي أو محرر إلكتروني رسمي."

في كلا الحالتين يجب توافر عدة بيانات في هذه الصورة:

أ ـ تاريخ إنشاء الصورة الإلكترونية.

ب ـ التوقيع الإلكتروني للموثق وأن تتوافر في هذا التوقيع كل الشروط التي تطلبها القانون.

---

[1]. بكوش إلهام، مرجع سابق، ص379.

[2]. عبد الرزاق السنهوري، نظرية الالتزام بوجه عام،الإثبات، مرجع سابق ، ص162.

[3]. زروق يوسف، حجية وسائل الإثبات، مرجع سابق، ص43.

ج ـ صورة رقمية من الختم الخاص بالموثق، وهذه الصورة تتم إما عن طريق الماسح الضوئي أو الشاشة القابلة للكتابة عليها[1].

د ـ إشارة من الموثق على أن هذه الصور الإلكترونية مطابقة تماما للأصل لديه.

والجديد الذي سمح به هذا المرسوم، هو أن يتم تسليم هذه الصورة الإلكترونية للمحرر الرسمي بطريقة إلكترونية، وذلك مثلا بالدخول على الموقع الخاص بالموثق على شبكة الأنترنت، وبالتالي يمكن الحصول على هذه الصور الإلكترونية بطريقة إلكترونية مشروط بعدة شروط تقنية:

1 ـ توافر الظروف الفنية والتقنية التي تسمح بالحفاظ على سلامة الصورة الإلكترونية أثناء نقلها من الموثق إلى المستلم.

2 ـ توافر الظروف التي تسمح بسرية الصورة الإلكترونية وعدم إمكان إطلاع الغير عليها أثناء إنتقالها من الموثق إلى المستلم.

3 ـ توافر الظروف الفنية والتقنية التي تسمح بتحديد هوية الموثق والمرسل إليه[2].

ولبيان حجية صور الأوراق الرسمية فقد فرق القانون بين ما إذا كان أصل الورقة الرسمية موجودا أو ما إذا كان قد فقد.

أ ـ حالة وجود أصل المحرر الرسمي الإلكتروني.

تنص المادة 325 من ق. م. ج على أنه:" إذا كان أصل الورقة الرسمية موجودا فإن صورتها الرسمية خطية كانت أو فوتوغرافية تكون حجة بالقدر الذي تكون فيه مطابقة للأصل.

وتعتبر الصورة مطابقة للأصل مالم ينازع في ذلك أحد الطرفين فإن وقع تنازع ففي هذه الحالة تراجع الصورة على الأصل."

---

[1]. بلقاسم حامدي، مرجع سابق، ص204، 205.

[2]. سامح عبد الواحد محمد التهامي، مرجع سابق، ص419.

هذا وتنص المادة 12 من قانون البيانات الفلسطيني على أنه: "

1 ـ إذا كان أصل السند الرسمي موجودا فإن صورته خطية كانت أو فوتوستاتية أو غيرها تكون لها قوة السند الرسمي الأصلي.

2 ـ تعتبر الصورة مطابقة للأصل، مالم ينازع في ذلك أحد الطرفين وفي هذه الحالة تراجع الصورة على الأصل"[1].

وقد جاء المشرع المصري بنفس الحكم ويتجلى ذلك من خلال نص المادة 12 من قانون الإثبات المصري والتي تنص على أنه: "إذا كان أصل المحرر الرسمي موجودا فإن صورته الرسمية خطية كانت أو فوتوغرافية تكون حجة بالقدر الذي تكون فيه مطابقة للأصل، وتعتبر الصورة مطابقة للأصل مالم ينازع في ذلك أحد الطرفين وفي هذه الحالة تراجع الصورة على الأصل."

أما بخصوص العقود والمعاملات الإلكترونية فقد نصت المادة 14 من قانون التوقيع الإلكتروني والمعاملات الإلكترونية العراقي رقم 78 لسنة 2012 على أنه:" الصورة المنسوخة من السند الرسمي الإلكتروني حائزة على صفة النسخة الأصلية إذا توافرت فيها الشروط القانونية الآتية:

أولا: أن تكون معلومات وبيانات الصورة المنسوخة متطابقة مع النسخة الأصلية.

ثانيا: أن يكون المستند الإلكتروني والتوقيع الإلكتروني موجودين على الوسيلة الإلكترونية.

ثالثا: إمكانية حفظ معلومات وبيانات الصورة المنسوخة بحيث يمكن الرجوع إليها عند الحاجة.

رابعا: إمكانية حفظ الصورة المنسوخة في الشكل الذي انشئت أو ارسلت أو تسلمت به النسخة الأصلية للمستند الإلكتروني.

خامسا: احتواء الصورة المنسوخة على المعلومات الدالة على الموقع المستلم وتاريخ ووقت الإرسال و التسليم(1).

[1]. إياد محمد عارف عطا سده، مرجع سابق، ص18.

وفي هذا الصدد نصت المادة 16 من قانون التوقيع الإلكتروني المصري على أنه " الصور المنسوخة على الورق من المحرر الإلكتروني الرسمي حجة على الكافة بالقدر الذي تكون فيه مطابقة لأصل هذا المحرر، وذلك مادام المحرر الإلكتروني الرسمي والتوقيع الإلكتروني موجودين على الدعامة الإلكترونية"[2].

وحجية الصورة في حالة وجود المحرر الإلكتروني الرسمي مستمدة من الأصل ذاته الذي يمكن الرجوع إليه في أي وقت للتأكد من مصداقيتها وسلامتها ومدى مطابقتها للأصل[3].

و يترتب على وجود الأصل أن الصورة الرسمية المنسوخة على الورق قد تكون منسوخة مباشرة منه، وقد تكون منسوخة من صورة ورقية رسمية مأخوذة من المحرر الإلكتروني الرسمي، بل قد تكون منسوخة من صورة عن صورة منسوخة من المحرر الإلكتروني الأصلي، أيا كان عدد الصور الرسمية التي توسطت بينها وبين الأصل، فما دام الأصل موجودا فإنه يكفي في الصورة أن تكون صورة رسمية فحسب إذ يمكن دائما مضاهاتها عل الأصل[4].

إذا كانت الصورة مطابقة للأصل كانت لها قوتها في الإثبات أما إذا تبين عدم مطابقتها للأصل يتم إستبعادها من ملف الدعوى، وبالتالي تكون للصورة حجية العقد ذاته، فإن القانون يشترط توافر أمرين أساسين تبنى عليهم قرينة قانونية وهما:

1 ـ وجود أصل المحرر الرسمي، فالصورة تستمد قيمتها من مدى مطابقتها للأصل.

2 ـ أن تكون هذه الصورة رسمية، فإذا كانت عادية فإنه لا يعتد بها، وقد تكون صورة عن صورة رسمية للأصل. والحل في جميع الأحوال، طالما أن الأصل موجود لإنه يمكن دائما مضاهاته به[5].

---

[1] إ ياد أحمد سعيد الساري، مرجع سابق، ص176.

[2] ـ عبد الفتاح بيومي حجازي، إثبات المعاملات الإلكترونية عبر الأنترنت، جامعة حلوان، مصر، 2009، ص426.

[3] ـ محمد محمد السادات، مرجع سابق، ص421.

[4] ـ عبد الرزاق السنهوري، نظرية الالتزام بوجه عام،الإثبات، مرجع سابق ، ص164،163.

[5] ـ يحي بكوش، مرجع سابق، ص122.

وفي الأخير وحسب تقديرينا لا يوجد ما يمنع تطبيق ذات الأحكام على صورة المحرر الإلكتروني الرسمي المنسوخة على دعامة إلكترونية طالما توفرت لهذه الصورة الشروط والضمانات التي من شأنها أن تكفل لهذه الصورة قدرا كبيرا من المصداقية والموثوقية.

ب ـ حالة عدم وجود أصل المحرر الإلكتروني الرسمي.

لا يفقد أصل الورقة الرسمية إلا نادرا، لأنه يحفظ في مكتب التوثيق أو في قلم كتاب المحكمة التي وثقته على أنه قد يفقد نتيجة حريق أو سرقة ، ويقع على الخصم الذي يتمسك به إقامة الدليل على فقد الأصل[1].

وبينت المادة 326 من القانون المدني الجزائري الحكم في حالة عدم وجود أصل المحرر الرسمي بنصها على: " إذا لم يوجد أصل الورقة كانت الصورة حجة على الوجه الآتي:

يكون للصورة الرسمية الأصلية تنفيذية كانت أم غير تنفيذية حجية الأصل متى كان مظهرها الخارجي لا يسمح بالشك في مطابقتها للأصل.

ويكون للصورة الرسمية المأخوذة من الصور الأصلية الحجية ذاتها، ولكن يجوز في هذه الحالة لكل من الطرفين أن يطلب مراجعتها على الصورة الأصلية التي أخذت منها.

أما ما يؤخذ من الصور الرسمية للصورة المأخوذة من النسخ الأولى، فلا يعتد بها إلا لمجرد الاستئناس تبعا للظروف."

وهذا الحكم نفسه قررته المادة 13 من قانون البيانات الفلسطيني على أنه:

" إذا لم يوجد أصل السند الرسمي كانت الصورة الخطية أو الفوتوستاتية حجة على النحو الآتي:

1 ـ يكون للصورة الرسمية الأصلية تنفيذية كانت أو غير تنفيذية حجية الأصل متى كان مظهرها الخارجي لا يسمح بالشك في صحتها.

[1]. محمد صبري السعدي ، مرجع سابق، ص62.

2 ـ يكون للصورة الرسمية المأخوذة من الصور الرسمية الأصلية الحجية ذاتها، ويجوز في هذه الحالة لكل من الطرفين أن يطلب مراجعتها على الصورة الرسمية التي أخذت منها.

3 ـ إذا فقدت الصورة الرسمية فإن إدراج بينات السند الأصلي في السجلات الرسمية يصلح بينه بشرط التحقق من فقدان السند الأصلي وصوره، فإذا ظهر من بيانات هذه السجلات أن السند أنشئ بحضور شهود جاز سماع هؤلاء الشهود امام المحكمة".

ويظهر من خلال نصوص قانون التوقيع الإلكتروني المصري أن المشرع لم يتعرض لقيمة المحررات الرسمية الإلكترونية في الإثبات في حالة عدم وجود الأصل وهو الأمر الذي يستدعي تطبيق القواعد العامة في الإثبات في تلك الحالة[1].

وإذا كانت من الطبيعي أن تكون للصورة الرسمية ـ في حالة وجود الأصل ـ ذات حجيته، فإن هذه الحجية تختلف وتقل بدرجة أو بأخرى في حالة عدم وجود الأصل ـ وقد فرق المشرع ـ في تنظيمه لحجية الصورة عند عدم وجود أصل المحرر التقليدي (الورقي) ـ بين ثلاثة أنواع من الصور حسب نص المادة 13 من قانون الإثبات المصري[2]، على النحو الآتي:

1 ـ الصورة الرسمية الأصلية: وهي المنقولة مباشرة من الأصل بواسطة موظف عام مختص ويستوي أن تكون صورة تنفيذية أو صورة غير تنفيذية، ويستوي أن تكون صورة أصلية أولى أو تالية لها، وتكون للصورة بهذا المعنى حجية الأصل متى كان مظهرها الخارجي لا يسمح بالشك في مطابقتها بالأصل [3].

ومعنى الشك في مطابقتها للأصل أي احتوائها على عيوب، كما إذا وجد بها كشط أو محور بهذا تفقد الصورة حجيتها، وقد جاء في حكم محكمة النقض المصرية أنه إذا كان أصل المحررات

[1]. ثامر محمد سليمان الدمياطي، مرجع سابق، ص856.

[2]. محمد المرسي زهرة، مرجع سابق، ص301.

[3]. محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص63

الرسمية غير موجود تضل لصورتها الرسمية سواء كانت تنفيذية أو غير تنفيذية، متى كان مظهرها الخارجي لا يسمح بالشك في مطابقتها للأصل[1].

وتستمد هذه الصورة حجيتها، لا من الأصل فهو غير موجود فرضا بل منها ذاتها، وذلك بالرغم منها لا تحمل توقيع الخصم ولا يمكن مضاهاتها على الأصل المفقود، ومن ثم ندرك ما ينطوي عليه هذا الحكم من جرأة[2].

وتسرى القواعد السابقة على حجية الصورة الرسمية المأخوذة من المحرر الإلكتروني الرسمي إذ تكون لها حجية الأصل مادام مظهرها الخارجي لا يسمح بالشك في مطابقتها للمحرر الإلكتروني الأصل[3].

وهذا تطبيقا لنص المادة 17 من قانون التوقيع الإلكتروني المصري التي تنص على أنه: " تسري في شأن إثبات صحة المحررات الإلكترونية الرسمية والعرفية والتوقيع الإلكتروني والكتابة الإلكترونية، فيما لم يرد بشأنه نص في هذا القانون أو في لائحته التنفيذية، الأحكام المنصوص عليها في قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية "، أما فيما يتعلق بالمظهر الخارجي للصورة الرسمية الإلكترونية المأخوذة من المحرر الرسمي الإلكتروني والمنسوخة على دعامة إلكترونية قد تحتاج إلى أن يكون تحت القاضي بعض الأدوات التقنية التي تساعده في كشف أي تحريف يكون قد لحق بهذه الصورة، ويمكنه أن يستعين بذوي الخبرة في ذلك[4].

2 ـ الصورة الرسمية المأخوذة من الصورة الأصلية.

---

1. زروف يوسف، حجية وسائل الإثبات، مرجع سابق، ص45.
2. عبد الرزاق السنهوري، نظرية الالتزام بوجه عام،الإثبات، مرجع سابق ، ص168.
3. محمد محمد السادات، مرجع سابق، ص425.
4. ثامر محمد سليمان الدمياطي، مرجع سابق، ص860.

الصورة ليست مأخوذة من الأصل مباشرة، وإنما مأخوذة عن الصورة الأصلية للمحرر، هنا يكون للصورة ذات الحجية المقررة للصورة الأصلية شرط أن تكون موجودة حتى يمكن للطرفين طلب مراجعة الصورة المقدمة على الصورة الأصلية التي أخذت عنها[1].

ولذلك لا تكون للصورة المأخوذة من الصورة الأصلية حجية مستمدة من ذاتها، بل هي تقتصر على التمتع بقرنية المطابقة للصورة الأصلية، وتنتفي القرنية بمجرد إنكار أحد الطرفين لهذه المطابقة، وعندئذ يتعين إحضار الصورة الأصلية للمضاهاة، فإن وجدت الصورة الثانية مطابقة لها كانت لها حجيتها، كما و أن أشرنا في حجية الصورة الأصلية، أما إذا وجدت الصورة الثانية غير مطابقة للصورة الأصلية، إستبعدت تلك وإستبقيت الصورة الأصلية وهي التي تكون لها الحجية في كل حال[2].

وفي حالة فقدان الصورة الرسمية الأصلية، فكيف يمكن المراجعة عليها للتثبت من مطابقة الصورة عليها ؟، وقد إختلفت الآراء حول هذه المسألة، فيرى البعض إعتبار الصورة غير الأصلية مبدأ ثبوت بالكتابة، بينما يذهب البعض الآخر إلى أن الصورة غير الأصلية هي صورة طبق الأصل عن الصورة الأصلية المفقودة ولها نفس الحجية متى كان مظهرها الخارجي لا يدع مجالا للشك في مطابقتها لها، وأمام سكوت النصوص التشريعية لا سيما التشريع الجزائري والمصري والأردني فإنه لا يعتد في هذه الحالة بالصورة المأخوذة لها عن الصور الأصلية إلا عن سبيل الاستئناس فقط[3].

3 ـ صور الصور الرسمية المأخوذة من الصور الرسمية الأصلية، وهنا تتعدد الحلقات وتتفرج المسافة ما بين الصورة والأصل، فالصورة التي يحتج بها ليست إلا صورة الصورة مأخوذة من الصورة الأصلية، فهي بالنسبة إلى الأصل صورة الصورة، أي الصورة الثالثة[4].

ففي هذه الحالة ووفقا لما قررته المادة 325 من القانون المدني الجزائري لا تكون للصورة أي حجية، وإنما للقاضي أن يأخذ بها لمجرد الإستدلال والإستئناس فقط، حسب ظروف كل قضية مع

---

1. بكوش إلهام، مرجع سابق، ص382.
2. عبد الرزاق السنهوري، نظرية الالتزام بوجه عام،الإثبات، مرجع سابق ، ص169.
3. زروق يوسف، حجية وسائل الإثبات، مرجع سابق، ص47.
4. عبد الرزاق السنهوري، نظرية الالتزام بوجه عام،الإثبات، مرجع سابق ، ص170.

إعتبارها مجرد قرينة يستنبط منها إحتمال وجود الحق المدعى به، وتكمل باليمين المتممة كما يمكن إعتبارها في دعوى أخرى بداية ثبوت بالكتابة فيكملها بالشهادة[1].

المطلب الثاني: القوة الثبوتية للمحرر العرفي الإلكتروني.

لم يوضح المشرع الجزائري ولا المشرع المصري المقصود بالمحرر العرفي خلافا لتعريفهما المحرر الرسمي، في حين نجد أن المشرع الأردني عرف السند العادي في المادة 10 من قانون البينات الأردني بقوله أنه: " السند العادي هو الذي يشتمل على توقيع من صدر عنه أو على خاتمه أو بصمة أصبعه وليست له صفة السند الرسمي." وهو نفس التعريف الذي جاء في المادة 15 من قانون البينات الفلسطيني بقولها:" السند العرفي هو الذي يشتمل على توقيع من صدر عنه أو على خاتمه أو بصمته، و لا تتوافر فيه الشروط المنصوص عليها من المادة (9) من هذا القانون".

يتضح من خلال هذين النصين أن السند العرفي لا يصدر عن موظف عام أو من في حكمه ولا يتدخل الموظف في كتابته أو التوقيع عليه، وإنما ينظم ويصدق من الشخص الذي هو حجة عليه كما يلاحظ أن السندات العرفية هي سندات مكتوبة ويجب أن تكون موقعة ممن نسبت إليه[2].

وفي هذا الإطار يقصد بالمحررات العرفية تلك الصادرة عن الأفراد دون أن يتدخل فيها في تحريرها موظف رسمي أو شخص مكلف بخدمة عامة، فالمحرر العرفي هو محرر غير رسمي و لا تحيط به الضمانات التي تحيط بالمحررات الرسمية[3].

ولا يعد التصديق على توقيعات الأفراد من طرف رئيس المجلس الشعبي البلدي أو نائبه أو الموظف الذي ينتدبه لهذا الغرض، من قبيل إضفاء طابع الرسمية على المحرر العرفي المصادق عليه وذلك لأن التصديق على التوقيعات لا يستهدف إثبات شرعية أو صحة العقد أو الوثيقة، إنما يثبت فقط هوية الموقع دون ممارسة الرقابة على محتوى ومضمون العقد، وهوما ينص عليه صراحة أحكام

1. بكوش إلهام، مرجع سابق، ص383.
2. إياد محمد عارف عطاء سده، مرجع سابق، ص21.
3. نبيل صقر_ مكاري نزيهة، مرجع سابق، ص96.

المادتين 1 و2 من المرسوم رقم 77 / 41[1]، المتعلق بالتصديق على التوقيعات، غير أن التصديق على التوقيعات من طرف رئيس المجلس البلدي أو المفوض يعطي للسند العرفي تاريخا ثابتا ابتداءا من تاريخ التصديق طبقا لإحكام المادة 328 من القانون المدني الجزائري[2].

هذا وقد تعرض قانون الأونيسترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية لمسألة القوة الثبوتية للمحرر الإلكتروني العرفي، وذلك في المادة 09، فجاء نصها كالآتي:

"(1) ـ في أية إجراءات قانونية لا يطبق أي حكم من أحكام قواعد الإثبات من أجل الحيلولة دون قبول رسالة البيانات كذليل إثبات:

أ ـ لمجرد أنها رسالة بيانات، أو

ب ـ بدعوى أنها ليست في شكلها الأصلي ، إذا كانت هي أفضل دليل يتوقع بدرجة معقولة من الشخص الذي يستشهد بها أن يحصل عليه.

(2) ـ يعطى للمعلومات التي تكون على شكل رسالة بيانات ماتستحقه من حجية في الإثبات و في تقدير حجية رسالة البيانات في الإثبات يولى الإعتبار لجدارة الطريقة التي إستخدمت في إنشاء أو تخزين أو إبلأغ رسالة البيانات بالتعويل عليها ولجدارة الطريقة التي استخدمت في المحافظة على سلامة المعلومات بالتعويل عليها، وللطريقة التي حددت بها هوية منشئها، ولأي عامل آخر يتصل بالأمر"[3].

وقد نصت المادة 07/أ من قانون المعاملات الإلكترونية الأردني والمادة 15 من قانون التوقيع الإلكتروني المصري على أن المحرر الإلكتروني العرفي له ذات الحجية الممنوحة للسند العادي في الإثبات، وأضاف المشرع المصري في المادة 18 من ذات القانون على ضرورة استيفاء المحرر الإلكتروني للضوابط الفنية والتقنية الواردة في اللائحة التنفيذية لقانون التوقيع الإلكتروني المصري،

1. المرسوم رقم 41/77 المؤرخ في أول ربيع الأول عام 1397 الموافق لـ19 فبراير 1977 المتضمن التصديق على التوقيعات، ج، ر،ع، 16 الصادرة في 5 ربيع الأول عام 1397 الموافق لـ 23 فبراير 1977 ، ص318.
2. حشود نسيمة، مرجع سابق، ص93.
3. قانون الأونسيترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية، مرجع سابق، ص7.

وبالتالي فإن المشرع منح المحرر الإلكتروني العرفي ذات الحجية المعطاة للمحرر العرفي العادي وأحال إلى قانون الإثبات مالم يرد بشأنه نص في قانون التوقيع الإلكتروني المصري وهذا ما يجعلنا نستنتج بأن الشروط الواجب توافرها في المحرر العرفي الإلكتروني هي ذات الشروط الواجب توافرها في المحرر العرفي العادي يضاف إليها ضرورة استيفاء الكتابة الإلكترونية والتوقيع الإلكتروني ـ للمحرر العرفي ـ الضوابط الفنية الواردة في اللائحة التنفيذية لقانون التوقيع الإلكتروني المصري[1].

والمحررات العرفية نوعان: محررات عرفية معدة للإثبات أي أعدها ذوو الشأن مقدما دليلا على تصرف قانوني معين، وهو دليل كامل ويعترف له بحجية في الإثبات، ومحررات لم تعد مقدما للإثبات فلم يقصد بتحريرها أن تكون دليلا على تصرف قانوني معين وهذا النوع الثاني ليست له حجية النوع الأول، و الغالب ألا يكون موقعا من ذوي الشأن كدفاتر التجار والرسائل والأوراق المنزلية ،ومع ذلك بمنحه القانون قوة في الإثبات تتفاوت قوة وضعفا بحسب ما يتوافر فيه من عناصر الإثبات[2].

ونتناول في هذا المطلب شروط المحررات العرفية الإلكترونية في الفرع الأول، أما الفرع الثاني فنخصصه لدراسة حجية المحررات العرفية الإلكترونية في الإثبات.

الفرع الأول: شروط المحررات العرفية الإلكترونية المعدة للإثبات.

ينبغي أن يكون المحرر العرفي مكتوبا كما يشترط أن تكون تلك الكتابة موقعا عليها ممن يحتج عليه بها، ولا تخرج شروط المحرر العرفي الإلكتروني عن هذين الشرطين، وهما الكتابة التي تكون في شكل إلكتروني، وبدونها لا يوجد محرر، والتوقيع الإلكتروني الذي بدونه لا تعتبر الكتابة دليلا كاملا في الإثبات[3].

1. يوسف أحمد النوافلة، مرجع سابق، ص44،43.
2. محمد صبري السعدي، مرجع سابق،ص66.
3. ثامر محمد سليمان الدمياطي، مرجع سابق، ص753.

1 ـ الكتابة: يشترط في المحرر العرفي المعد للإثبات أن يتضمن كتابة تدل على الغرض المقصود من تحريره، أو بعبارة أخرى أن تكون الكتابة مثبتة لواقعة قانونية ما[1].

وفي ذلك تنص المادة 323 مكرر ق، م، ج " ينتج الإثبات بالكتابة من تسلسل حروف أو أوصاف أو أرقام أو أية علا مات أو رموز ذات معنى مفهوم مهما كانت الوسيلة التي تتضمنها وكذا طرق إرسالها."

ولا يشترط القانون بالكتابة أي شرط خاص لا من حيث صيغتها ولا من حيث طريقة تدوينها، فكل عبارة تدل على المعنى المقصود بتحرير السند تصلح بعد التوقيع عليها أن تكون دليلا بمواجهة من وقعها، فيسمح أن تكون بخط يد الدائن أو المدين أو شخص أجنبي، كما يجوز أن يكون السند مكتوبا على الآلة الطابعة أو يكون مطبوعا بكافة أنواع الطرق الفنية الحديثة للطباعة، كما لا يشترط أن تكون الكتابة في المحررات غير الرسمية باللغة العربية كما هو الحال بالنسبة للسند الرسمي، بل يجوز أن يكون السند مكتوبا بأي لغة أجنبية يتفق عليها المتعاقدان[2].

أما بالنسبة للكتابة الموجودة في المستند الإلكتروني فهي تكون على شكل معادلات خوارزمية، تنفذ من خلال عمليات إدخال البيانات وإخراجها من خلال شاشة الحاسب، والتي تتم من خلال تغذية الجهاز بهذه المعلومات عن طريق وحدات الإدخال والتي تتبلور في لوحة المفاتيح أو إسترجاع المعلومات المخزنة في وحدة المعالجة المركزية، وبعد الفراغ من معالجة البيانات يتم كتابتها على أجهزة الإخراج التي تتمثل في شاشة الحاسب أو طباعة هذه المستندات على الطابعة أو الأقراص الممغنطة أو أي وسيلة من وسائل تخزين البيانات، وما يتصل بالكتابة الإلكترونية بمفهومها الحديث تطرح على الساحة المصنفات الرقمية والتي تتم عن طريق النشر عبر شبكة الأنترنت عن طريق معالجة المعلومات معالجة رقمية حيث تحول المعلومات إلى أرقام تتكون من الرقمين (صفر وواحد)

1. حشود نسيمة، مرجع سابق، ص94.
2. إياد أحمد سعيد الساري، مرجع سابق، ص180.

وبالتالي تخزن في أجهزة الحاسب وتكون مرتبة بشكل يفهمه الحاسب ويقوم بترجمتها إلى حروف وكلمات[1].

2 ـ التوقيع: أما الشرط الثاني فهو شرط التوقيع من طرف الشخص الذي ينسب له المحرر، وهو الشرط الجوهري في المحرر العرفي حيث بدونه تعد الكتابة مجرد مشروع محرر تم إعداده ليكون دليلا على صحة التصرف، كما يفيد التوقيع في تحديد الشخص الذي ينسب له المحرر والتأكيد على قبول الملتزم بمضمون المحرر[2].

ويكون التوقيع عادة بالإمضاء ويجوز أن يكون بإبهام أو بصمة الأصبع ولا يشترط أن يكون بالاسم الثابت في شهادة الميلاد، ويكفي ذلك بالاسم الذي اشتهر به أو بالاسم الذي اعتاد التوقيع به، وقد نصت المادة 1/14 من قانون الإثبات المصري على أنه لا يعتبر المحرر العرفي صادرا ممن وقعه مالم ينف صراحة ما هو منسوب إليه من خط أو إمضاء أو ختم أو بصمة، هذا وقد قضت محكمة النقض المصرية على أن للترجمة قوة الإمضاء في نظر الشارع المصري[3].

ويوضع التوقيع عادة في آخر الورقة حتى يكون منسجما على جميع البيانات المكتوبة الواردة فيها، ولكن ليس من الضروري توقيع الإضافات والإحالات وما إليها، كما هو الأمر في الورقة الرسمية ، ويترك غير الموقع منها لتقدير القاضي من ناحية قوة الإثبات، ولذلك يكون الأفضل توقيعها قطعا للشك[4].

أما التوقيع في المحررات العرفية الإلكترونية لا يتم إلا بالتوقيع الإلكتروني ونلاحظ في هذا المجال أن معظم التشريعات قد منحت للمحرر العرفي الإلكتروني نفس حجية المحرر العرفي الورقي متى كان مستوفى لشرط التوقيع الإلكتروني، ويشترط في هذا التوقيع أن يكون مؤمنا[5].

---

[1]. محمد السعيد رشدي، حجية وسائل الاتصال الحديثة في الإثبات، ص 15_18 مشار له لدى: علاء حسين مطلق التميمي، مرجع سابق ص86.

[2]. زروق يوسف، حجية وسائل الإثبات، مرجع سابق، ص210.

[3]. مراد محمود يوسف مطلق، مرجع سابق، ص315.

[4]. عبد الرزاق السنهوري، نظرية الالتزام بوجه عام،الإثبات، مرجع سابق ، ص178.

[5]. أزرو محمد رضا، مرجع سابق، ص136.

ومن خلال نص المادة 327 ق، م، ج، نجد أن المشرع الجزائري قد أعتد بالتوقيع الإلكتروني والتي تنص على أنه :" يعتبر العقد العرفي صادرا ممن كتبه أو وقعه أو وضع عليه بصمة أصبعه مالم ينكر صراحة ما هو منسوب إليه ... ويعتد بالتوقيع الإلكتروني وفق الشروط المذكورة..." وبالنسبة لجزاء الإخلال بمبدأ التوقيع على الورقة العرفية، فإن التوقيع هو الشكلية الأساسية اللأزمة لصحة الورقة العرفية لأنها هي وحدها التي تدل على وجود الرضا الضروري لإنشاء أي تصرف قانوني وبدون تلك الشكلية فليس هناك ما يدل على وقوع التراضي، وبالتالي فإن الورقة تعتبر باطلة بدون التوقيع عليها، أما إذا تبين من ظروف الدعوى أن عدم توقيع بعض الأطراف ليس امتناعا من موافقتهم على مضمونها أو أن ظروفا خاصة منعتهم من توقيعها فإنه بإمكان القاضي أن يعتبر الورقة حجة بالنسبة للجميع وإذا كانت الورقة العرفية منشأة الإلتزام من جانب واحد فإن التوقيع اللازم لصحة الورقة هو توقيع هذا الملتزم وحده[1].

هذا ويلاحظ أن القانون المدني الفرنسي يشترط لصحة المحرر العرفي الإلكتروني شرطين آخرين فضلا عن الكتابة والتوقيع، نصت عليهما المادة 1325 منه وهما: شكلية الإعتماد والمصادقة وشكلية تعدد الأصول إذا تعلق المحرر بإثبات عقد ملزم للجانبين[2]، حيث جاء نص المادة كالآتي:" المحررات العرفية التي تثبت عقود ملزمة للجانبين لا تكون صحيحة إلا إذا تعدد نسخها بقدر تعدد أطراف العقد ذوي المصالح المستقلة، ويجب أن يذكر في كل نسخة عدد النسخ التي حررت من هذا السند " ، وبذلك تقوم شكلية التعدد التي تشترطها المادة 1325 على عنصرين: ضرورة تحرير عدد من النسخ مساو لعدد أطراف المتعارضة، والثاني هو ضرورة إيراد بيان على كل نسخة عدد النسخ المحررة، ويترتب على مخالفة ذلك أن يصبح المحرر العرفي المتعلق بعقد ملزم للجانبين باطلا كدليل للإثبات ويجوز إثبات العقد بطرق أخرى[3].

لم يكتفي المشرع الفرنسي بذلك بل حاول تكييف هذا الشرط مع متطلبات المحرر العرفي الإلكتروني، فأضاف فقرة أخرى للمادة 1325 من القانون المدني بموجب المادة الثانية من المرسوم 674/2005 المتعلق بإنجاز بعض الشكليات التعاقدية بوسيلة إلكترونية، ليتجنب وقوع أي مشاكل

[1]. حشود نسيمة، مرجع سابق، ص95.

[2]. عبد الرزاق السنهوري، نظرية الالتزام بوجه عام،الإثبات، مرجع سابق ، ص182.

[3]. بلقنسشي حبيب، مرجع سابق، ص83.

بالنسبة للعقود الإلكترونية، وتنص هذه الفقرة على أنه يمكن إستفاء إشتراط تعدد الأصول بالنسبة للعقود التي تتخذ شكلا إلكترونيا حينما ينشأ المحرر ويحفظ طبقا للمواد 1/1316 و4/1316 وتتيح لكل من ذوي الشأن إعداد نسخة من المحرر أو تتيح الوصول إليه[1].

أما فيما يتعلق بالشرط الثاني فنصت عليه المادة 1326 من القانون المدني الفرنسي المعدلة بمقتضى القانون 2000/230 والتي جاء نصها كالآتي:" يجب أن يتم إثبات التصرف القانوني الذي يتعهد فيه طرف واحد اتجاه طرف آخر، بدفع مبلغ من النقود أو بتسليم مال مثلي، في سند يحمل إمضاء الطرف الملتزم، بالإضافة إلى بيان مكتوب بواسطة الشخص نفسه بمبلغ أو كمية هذه المثليات بالحروف الكاملة وبالأرقام".

ويلاحظ في هذا الصدد أن الصياغة السابقة للمادة 1326 مدني كانت تتطلب أن يكون البيان المكتوب بخط يد المدين، ولكن المشرع الفرنسي أرتأى إستبدال هذا التعبير الذي لا يتوافق مع مقتضيات التطور التقني في عدم إقصارها على الكتابة بخط يد الشخص، وإنما تمتد لتشمل الكتابة بوسيلة إلكترونية[2].

يبدو مما تقدم أن المشرع الفرنسي لا يزال يتمسك بهذه الشكليات في إطار المحررات العرفية الإلكترونية، وهو ما يمكن ملاحظته من خلال التعديلات التي شملت قواعد الإثبات الواردة في القانون المدني حتى تتماشى مع التطورات التقنية الحديثة.

الفرع الثاني: حجية المحرر العرفي الإلكتروني في الإثبات.

منح المشرع الأردني والمصري والفرنسي وغيرهم المحرر العرفي الإلكتروني المستوفي الشروط المنصوص عليها في القانون واللوائح التنفيذية ذات الحجية المقررة للمحرر العرفي التقليدي[3]، فالنسبة للقانون الفرنسي جاء نص المادة 1/1316 من القانون المدني كالآتي:" المحرر الإلكتروني مقبول في

1. أزرو محمد رضا، مرجع سابق، ص149.
2. ثامر محمد سليمان الدمياطي، مرجع سابق، ص763.
3. يوسف أحمد النوافلة، مرجع سابق، ص236.

الإثبات مثل المحرر الورقي" كما نصت المادة 2/1316 من ذات القانون على أن:" المحرر الإلكتروني له نفس قوة المحرر الورقي".

كما تناول قانون التوقيع الإلكتروني المصري حجية المحرر الإلكتروني العرفي في المادة 15 منه والتي نصت على أن :" للكتابة الإلكترونية والمحررات الإلكترونية في نطاق المعاملات المدنية والتجارية والإدارية ذات الحجية المقررة للكتابة والمحررات الرسمية والعرفية في أحكام قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية متى استوفت الشروط المنصوص عليها في هذا القانون وفقا للضوابط الفنية والتقنية التي تحددها اللائحة التنفيذية لهذا القانون".

وقد حددت المادة 8 من اللائحة التنفيذية بعض الضوابط الفنية والتقنية الواجب توافرها في الكتابة الإلكترونية حتى تتحقق لها الحجية في الإثبات وتتمثل هذه الضوابط فيما يلي:"

أ ـ أن يكون متاحا فنيا تحديد وقت وتاريخ إنشاء الكتابة الإلكترونية أو المحررات الإلكترونية الرسمية والعرفية، وأن تتم هذه الإتاحة عن طريق وجود نظام حفظ إلكتروني مستقل وغير خاضع لسيطرة منشئ هذه الكتابة أو المحررات.

ب ـ أن يكون متاحا فنيا تحديد مصدر إنشاء الكتابة أو المحررات الإلكترونية الرسمية أو العرفية ودرجة سيطرة منشئها على هذا المصدر وعلى الوسائط المستخدمة في إنشائها.

جـ ـ في حالة إنشاء وصدور الكتابة أو المحررات الإلكترونية الرسمية أو العرفية بدون تدخل بشري جزئي أو كلي، فإن حجيتها تكون متحققة متى أمكن التحقق من وقت وتاريخ إنشائها، ومن عدم العبث بهذه الكتابة أو تلك المحررات".

يقتضي منا الأمر التعرض لحجية المحرر العرفي في قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية والقواعد الخاصة بإثبات صحة المحرر العرفي على النحو الآتي:

البند الأول: حجية المحرر العرفي الإلكتروني الأصلي.

تختلف المحررات العرفية بشكل عام عن المحررات الرسمية، ففي الوقت الذي تكتسب فيه المحررات الرسمية حجيتها من توقيع موظف عام عليها، ويراعى في إنشائها إعتبارات الثقة والأمان والمظهر الخارجي الذي يبين بأنها ورقة رسمية إعتبرت كذلك، وأفترض أن هذه الأوضاع والإجراءات قد روعيت حتى يثبت ذو المصلحة أنها لم تراع، أما الورقة العرفية فلا يشترط لصحتها مراعاة أوضاع وإجراءات معينة فلا محل إذن لإفتراض أن هذه الأوضاع والإجراءات قد روعيت[1].

ويتقيد الإعتراف بحجية المحرر العرفي الإلكتروني بأن يتوافر لتلك المحررات وسائل الأمان التي توفرها وسائل التقنية الحديثة عند التشغيل أو الأمان التقني عند الإثبات[2].

وسوف نتعرض في هذا المقام لنواحي حجية المحرر الإلكتروني العرفي على النحو الآتي:

1 ـ حجية المحرر العرفي الإلكتروني من حيث صدوره ممن وقعه.

أفصح المشرع الجزائري عن هذه الحجية في نص المادة 327[3] من القانون المدني والتي نصت فقرتها الأولى على: " يعتبر العقد العرفي صادرا ممن كتبه أو وقعه أو وقع عليه ببصمة إصبعه، مالم ينكر صراحة ما هو منسوب إليه"، ويتضح من نص هذه المادة أن المحرر العرفي المكتوب أو الموقع أو من وضعت عليه بصمة الأصبع ممن هو منسوب إليه، يحوز الحجية إذا أعترف صاحب التوقيع على المحرر العرفي بصدوره منه أو سكت، ولم ينكر صدوره عنه صراحة كله أو بعضه، ينفذ عندئذ التصرف الثابت في المحرر في حقه هو وخلفه العام والخاص[4].

وهو ما أقره قضاء المحكمة العليا في قرار لها حول إثبات عقد عرفي نتيجة تطابق الإرادة وغير منكر ممن وقعه وهذا في قولها" من المقرر قانونا أن العقد يتم بمجرد تبادل الطرفان التعبير عن

---

[1]. عبد الرزاق السنهوري، نظرية الالتزام بوجه عام،الإثبات، مرجع سابق ، ص185.

[2]. خالد مصطفى فهمي، مرجع سابق، ص88.

[3]. تقابله المادة 14 من قانون الإثبات المصري، والمواد 1322، 1323، 1324 من القانون المدني الفرنسي.

[4]. أحمد أبو الوفاء الإثبات في المواد المدنية والتجارية، الدار الجامعية للطباعة والنشر، مصر، 1983، ص93، مشار له لدى: بكوش إلهام، مرجع سابق، ص384.

إرادتهما، ومن المقرر أيضا أن العقد العرفي يعتبر صادرا ممن وقعه مالم ينكر صراحة ما هو منسوب إليه، ومن تم فإن النعي على القرار المطعون فيه بمخالفة القانون، والخطأ في تطبيقه في غير محله ويستوجب رفضه، ولما كان في قضية الحال أن الطاعن لا ينكر إتفاقه مع مطلقته بإقتسامه المنزل الزوجي معها، والزوجية قائمة بينهما طبقا للعقد العرفي الممضي من قبله، فإن قضاة المجلس بتأييديهم الحكم المستأنف لديهم القاضي بإرجاع الغرفة والمطبخ للمطعون ضدها، قد طبقوا صحيح القانون، ومتى كان ذلك إستوجب رفض الطعن"[1].

ومعنى ذلك أن إعتراف صاحب التوقيع بصدور الورقة منه، أو سكت ولم ينكر صراحة صدورها، إعتبرت الورقة صادرة منه وأعتبر التوقيع توقيعه والخط المنسوب إلية خطه، وتصبح الورقة العرفية، من حيث صدورها ممن وقع عليها في قوة الورقة الرسمية، ولا يجوز لصاحب التوقيع أن يعود بعد ذلك إلى الإنكار إلا أن يطعن بالتزوير[2].

أما إذا أنكر صاحب التوقيع، فإن حجية المحرر تزول مؤقتا إلى أن تتثبت المحكمة من هذا النفي عن طريق تحقيق الخطوط، و هذا ما قضت به العليا الجزائرية: " بأنه من المقرر قانونا إذا أنكر أحد الخصوم الخط أو التوقيع المنسوب إليه في وثيقة يرى القاضي أنها وسيلة منتجة للفصل في النزاع، يؤشر بإمضائه على الورقة المطعون فيها ويأمر بإجراء عن طريق تحقيق الخطوط إما بمستندات أو بشهود وإذا لزم الأمر فبواسطة خبير[3].

وكما يكون المحرر العرفي حجة على من صدر منه إلى أن ينكر ذلك صاحب التوقيع، فإنه يكون حجة أيضا على الخلف الخاص أو الدائن، إلى أن ينكر الشخص المنسوب إليه المحرر توقيعه، ولا يجوز أن يصدر الإنكار من الخلف أو الدائن لإن التوقيع غير صادر منهما، أما إذا حدث التمسك بالمحرر بعد وفاة صاحب التوقيع، فإنه يكون حجة في مواجهة الخلف الخاص والدائن والوارث و الموصى له، ومع ذلك يجوز لهم أن يتمسكوا بعدم صدور المحرر ممن وقعه لا عن طريق التوقيع بل

[1]- القرار رقم:4565،الصادر بتاريخ 1987/12/07، المجلة القضائية ، ع، 4، لسنة 1990، ص61.

[2]- عبد الرزاق السنهوري، نظرية الالتزام بوجه عام،الإثبات، مرجع سابق ، ص189.

[3]- محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص73.

عن طريق الدفع بالجهالة[1]، بل يكفي أن يحلفوا يمينا بأنهم لا يعلمون أن الخط أو الإمضاء هو لمن تلقوا منه هذا الحق[2].

وقد قضت محكمة النقض المصرية بأنه:" إذا اقتضى الوارث علمه بأن التوقيع الذي على الورقة العرفية المحتج بها عليه هو لمورثة، توجه إليه يمين عدم العلم، فإذا حلف هذه اليمين زالت على الورقة العرفية حجيتها مؤقتا وكأن المتمسك بها لم يقدم دليل صحتها ـ كما لم يطلب إجراء أي تحقيق بشأنها _ وعدم إتباع المحكمة للإجراءات المنصوص عليها في المادتين 1،2/14 و30 من قانون الإثبات يعتبر خطأ في القانون"[3].

غير أنه في مجال المحرر العرفي الإلكتروني لا يمكن أن نتصور إنكار الخط، لأن الخط في هذه الحالة لا يكون باليد بل يكون بواسطة جهاز الكمبيوتر[4]، فهنا يظهر الإختلاف بين المحرر الإلكتروني العرفي والمحرر الورقي العرفي في هذه النقطة، إذ لا يمكن أن نتصور أن يطلب من يتمسك بمحرر عرفي إلكتروني، أن يأمر بتحقيق الخطوط، وذلك لإن المحرر الإلكتروني كما أشرنا سابقا غير مكتوب بخط اليد، وبالتالي ما هو الحل في حالة إنكار المدين التوقيع الإلكتروني الموجود على المحرر الإلكتروني؟ [5]،الحل هنا يختلف على حسب الآتي: [6].

الفرض الأول: أن ينكر المدين أن التوقيع الإلكتروني الموجود على المحرر الإلكتروني الخاص به، وفي هذا الفرض سيكون الحل سهلا إذ يقع على عاتق من يتمسك بهذا المحرر الإلكتروني أن يقوم بتقديم شهادة التصديق الإلكتروني الخاصة بالموقع والتي تصدرها حجة التصديق الإلكتروني، هذه الشهادة يمكن بفضلها إثبات أن التوقيع الإلكتروني الموجود على المحرر الإلكتروني هو توقيع خاص بالمدين.

---

1 . ثامر محمد سليمان الدمياطي، مرجع سابق، ص764.

2. القرار رقم 53931 بتاريخ 1990/05/28، المجلة القضائية ، ع 1، لسنة 1992، ص99.

3. مراد محمود يوسف مطلق، مرجع سابق، ص339.

4. أزرو محمد رضا، مرجع سابق، ص137.

5. بلقاسم حامدي، مرجع سابق، ص201.

6. سامح عبد الواحد محمد التهامي، مرجع سابق ، ص407، 408.

الفرض الثاني: أن يعترف المدين أن هذا التوقيع الإلكتروني خاص به، ولكن ينكر حصول التوقيع منه، هنا هذا الفرض مماثل للحالة الخاصة بالتوقيع بالختم دون رضا صاحبه، حيث يعترف صاحب الختم بأن الختم الموجود على المحرر ختمه ولكنه ينكر أن يكون قد بصم بختمه على المحرر، وبالتالي فهذا كاف على حسب قضاء محكمة النقض المصرية لثبوت حجية المحرر، ويجب على من يحتج عليه بالمحرر إذا أنكر التوقيع بختمه، أن يقيم الدليل على ما يدعيه وذلك بأن يقيم الدليل على كيفية وصول ختمه على هذا المحرر، وهذا يعتبر دعوى تزوير يجب أن يتم السير فيها بطريقها القانوني.

ما يؤيد هذا الأمر أن المادة 1/8/أ من قانون الأونسيترال النموذجي بشأن التوقيعات الإلكترونية نصت على:" (1) حيثما يمكن إستخدام بيانات إنشاء التوقيع لإنشاء توقيع ذي مفعول قانوني، يتعين على كل موقع :

أ ـ أن يولي قدر معقولا من العناية لاجتناب إستخدام بيانات إنشاء توقيعه إستخداما غير مأذون به ".

وترتيبا على ذلك أقر القانون النموذجي بشأن التوقيعات الإلكترونية، بموجب المادة السادسة منه، وجود قرينتين لصالح المحرر الإلكتروني، الأولى: قرينة بصدوره عن الشخص الذي ينسب إليه التوقيع دو حاجة إلى الإقرار به، والثانية: قرينة سلامة المحرر، حيث تنص المادة على أنه: "1 ـ حيثما يشترط القانون وجود توقيع من شخص يعد ذلك الإشتراط مستوفي بالنسبة إلى رسالة البيانات إذا إستخدم توقيع إلكتروني يعول عليه بالقدر المناسب للغرض الذي أنشئت أو أبلغت من أجله رسالة البيانات في ضوء كل الظروف بما في ذلك أي إتفاق ذي صلة.

2 ـ تطبق الفقرة 1 سواء كان الإشتراط المشار إليه فيها في شكل التزام أو كان القانون يكتفي بالنص على تبعات تترتب على عدم وجود توقيع"[1].

[1]. ثامر محمد سليمان الدمياطي، مرجع سابق، ص775.

2 ـ حجية المحرر الإلكتروني العرفي من حيث صحة البيانات.

إذا اعترف الخصم بصدور الورقة العرفية أو ثبوت هذا بعد الإنكار يجعل الورقة العرفية في قوة الورقة الرسمية فيما يتعلق بمحتوياتها المادية[1].

فإذا كانت الورقة العرفية تثبت مثلا أن بيعا صدر من شخص إلى آخر، وأن المشتري قبض الثمن. افترض أن هذه الوقائع جميعها جدية غير صورية، وكان ذكرها في الورقة العرفية قرينة على أنها صحيحة ولكنها قرينة يجوز دحطها بإثبات العكس، فلصاحب التوقيع أن يثبت في مواجهة الطرف الآخر أن البيع صوري أو أن الثمن لم يقبض، ولا يقتصر صاحب التوقيع هنا على الإنكار، بل يقع عليه عبء إثبات العكس طبقا للقواعد العامة، ومن هذه القواعد أنه لا يجوز بالنسبة للطرف الآخر إثبات ما يخالف الكتابة أو ما يجاوزها إلا بالكتابة[2].

3 ـ حجية المحرر العرفي الإلكتروني بالنسبة للغير.

تكون المحررات العرفية حجة على الغير إذا أمكن التثبت من صحتها بما دون فيها من بيانات، بينما لا يكون التاريخ حجة على الغير إلا إذا كان ثابتا[3]، ويعتبر من الغير في خصوص ثبوت التاريخ كل شخص لم يكن طرفا في المحرر و لا ممثلا فيه وكان حاصلا بمقتضى تصرف صادر من أحد المتعاقدين بالمحرر، أو بمقتضى نص القانون على حق خاص متعلق بمال معين من أموال الشخص الملتزم بهذا المحرر، بحيث يؤثر في هذا الحق التصرف المدون في المحرر العرفي[4].

ومن تم يستطيع الأطراف عن طريق تقديم التاريخ أو تأخيره الإضرار بمصلحة الغير، إذا أنه قد يصدر تصرف من شخص محجور عليه بسبب السفه، ولكن يقدم تاريخه بحيث يبدو كما لو تم قبل قرار الحجر، في مثل هذه الحالات لا يكون التاريخ المذكور في المحرر حجة على الغير، وأن التمسك بقاعدة ثبوت تاريخ المحرر العرفي ليست من النظام العام، ومن ثم فإن القاضي لا يثيرها من تلقاء

---

1. محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص78.
2. عبد الرزاق السنهوري، نظرية الالتزام بوجه عام،الإثبات، مرجع سابق ، ص195.
3. زروق يوسف، حجية وسائل الإثبات، مرجع سابق، ص53.
4. إياد محمد عارف عطا سده، مرجع سابق، ص28.

نفسه، بل ينبغي التمسك بها من صاحب الشأن، فإذا لم يتمسك الغير بتلك القاعدة كان التاريخ الثابت في المحرر العرفي حجة علية[1]، والغير بوجه عام هو الخلف العام والخلف الخاص والدائن الحاجز.

وبالرجوع إلى نصوص قانون الإثبات نجد أن المحرر العرفي التقليدي أو الإلكتروني ـ كالمحرر الرسمي ـ حجة على الكافة أي أن له حجية بالنسبة لصدوره ممن وقعه ، وبالنسبة لحقيقة ما دون فيه ليس فقط بالنسبة لطرفيه ولكن أيضا بالنسبة للغير، فمن يتمسك بالمستند العرفي ـ تقليدي كان أم إلكترونيا ـ له إذن أن يحتج به ليس فقط في مواجهة الشخص المنسوب إليه التوقيع، وإنما أيضا في مواجهة أي شخص آخر يمكن أن يسري في حقه التصرف المثبت في المحرر العرفي كالدائن مثلا[2].

أما بالنسبة لحجية المحرر العرفي عموما إتجاه الغير لا يكون إلا في حالة إكتساب المحرر تاريخ ثابت، وقد حدد المشرع الجزائري طرق قانونية لتحديد تاريخ المحرر العرفي وهي على النحو الآتي[3]:

1 ـ من يوم تسجيله في السجل المعد لذلك،

2 ـ من يوم ثبوت مضمونة في عقد آخر حرره موظف عام،

3 ـ من يوم التأشير عليه على يد ضابط عام مختص،

4 ـ من يوم وفاة أحد الذين لهم على العقد خط وإمضاء ".

وقد أشار المشرع المصري لهذه الطرق في المادة 15[4]، من قانون الإثبات والتي جاء نصها كالآتي:" ويكون للمحرر تاريخ ثابت:

أ ـ من يوم أن يقيد بالسجل المعد لذلك،

---

1. بكوش إلهام، مرجع سابق، ص388.
2. محمد المرسي زهرة، مرجع سابق، ص309.
3. المادة 328 من القانون المدني الجزائري.
4. وتقابلها المادة 26 من قانون الإثبات العراقي ، والمادة 12 من قانون البيانات الأردني، والمادة 1328 من القانون المدني الفرنسي.

ب ـ من يوم أن يثبت مضمونه في ورقة أخرى ثابتة التاريخ،

ج ـ من يوم أن يؤشر عليه موظف عام مختص،

د ـ من يوم وفاة أحد ممن لهم على المحرر أثر معترف به خط أو إمضاء أو بصمة أو من أن يصبح مستحيلا على أحد من هؤلاء أن يكتب أو يبصم لعلة في جسمه،

هـ ـ من يوم وقوع أي حادث آخر يكون قاطعا في أن الورقة قد حررت قبل وقوعه".

نلاحظ أن المشرع المصري قد توسع في الطرق بخلاف المشرع الجزائري الذي لم يراعي هذا الأمر، حيث راعى المشرع المصري كل أثر قد يتركه المتوفي على المحرر من خط أو إمضاء أو بصمة، ولم يهمل حتى الحوادث الجسدية التي تمنع الكتابة أو البصمة[1].

زيادة على ذلك لم يجعل المشرع المصري هذه الحالات على سبيل الحصر، لأنه أورد في آخر المادة عبارة تتسع لأي طريقة يصبح معها للمحرر تاريخا مقطوعا به[2].

ويمكن القول بخصوص تحديد تاريخ المحرر العرفي الإلكتروني، يرى البعض إلى أنه بالنسبة للحالة الأولى والخاصة بالقيد في السجل والحالة الثانية والخاصة بتأشير الموظف المختص على المحرر، لا يمكن تصورها بالنسبة للمحرر الإلكتروني، أما باقي الحالات الأخرى يمكن تصورها، مثل أن يتم إثبات مضمون المحرر الإلكتروني في محرر آخر ثابت التاريخ سواء كان محررا ورقيا أو إلكترونيا، أو وفاة أحد المتعاقدين الذي وقع إلكترونيا على المحرر العرفي الإلكتروني، أو من يوم وقوع أي حادث آخر يكون قاطعا في أن المحرر قد صدر قبل وقوع هذا الحادث[3].

ويمكن القول أن مشكلة ثبوت التاريخ على المحرر العرفي يمكن إيجاد حل لها من خلال الجهة التي تقوم بحفظ المحرر، إذ أنها تلتزم وفقا للمادة 10 من قانون التوقيع الإلكتروني العراقي في الفقرة الأولى يلتزم المرخص بإصدار وتسليم وحفظ شهادات التصديق الإلكتروني بإستعمال آليات وبرامج

---

1. زروق يوسف، حجية وسائل الإثبات، مرجع سابق، ص55.
2. أزرو محمد رضا، مرجع سابق، ص138.
3. سامح عبد الواحد محمد التهامي، مرجع سابق، ص410.

موثوقة من أجل حمايتها من التقليد والإحتيال، وكذلك الفقرة الثالثة من نفس المادة والتي أشارت إلى إلتزام جهة التصديق بمسك سجل إلكتروني لشهادات التصديق مفتوح للإطلاع عليه إلكترونيا بإستمرار من المتعاملين مع الموقعين على المعلومات ذات العلاقة بما فيها تاريخ تعليق الشهادات أو إلغائها على أن يلتزم بحمايته من كل تغيير غير مشروع[1]، كما تتطلب المادة 8 من اللائحة التنفيذية لقانون التوقيع المصري لتحقيق حجية الإثبات المقررة للكتابة الإلكترونية والمحررات الإلكترونية ـ الرسمية والعرفية ـ لمنشئها أن يتاح فيها تحديد وقت وتاريخ إنشاء الكتابة والمحرر الإلكتروني، وأن تتم هذه الإتاحة من خلال نظام حفظ إلكتروني مستقل وغير خاضع لسيطرة منشئ هذه الكتابة أو تلك المحررات أو لسيطرة المعني بها[2].

و هو ما أتبعه المشرع الفرنسي بموجب المادة 2/6 بشأن تطبيق المادة 4/1316 من القانون المدني و المتعلق بالوقيع الإلكتروني التي فرضت على مزود الخدمات أن يحرص على التحديد الدقيق لتاريخ ووقت تسليم شهادات التصديق وإلغائها[3].

4 ـ السلطة التقديرية لقاضي الموضوع.

ورغبة من المشرع الفرنسي في حل المشكلات الناتجة عن إنكار المحرر الإلكتروني العرفي فقد منح القاضي سلطة تقديرية واسعة في التأكد من نسبة هذا المحرر الإلكتروني للمدين ومدى توافر الشروط التي تطلبها القانون في المحرر الإلكتروني والتوقيع الإلكتروني، وذلك من خلال إصدار المرسوم رقم 1436 لسنة 2002 وإضافة إلى المادة 287 من قانون الإجراءات المدنية التي تنص" إذا كان الانكار يرد على محرر أو توقيع إلكتروني، فإن القاضي عليه أن يتحقق مما إذا كانت الشروط التي تم النص عليها في المادة 1316/ 4 من القانون المدني والخاصة بصحة المحرر والتوقيع الإلكتروني قد تحققت"[4].

---

[1] . إياد أحمد سعيد الساري، مرجع سابق، ص185.

[2]. ثامر محمد سليمان الدمياطي، مرجع سابق، ص768،769.

[3]. أزرو محمد رضا، مرجع سابق، ص140.

[4]. سامح عبد الواحد محمد التهامي، مرجع سابق، ص410.

وبهذا النص حسم المشرع الفرنسي النزاع، وذلك بمنح القاضي السلطة التقديرية الواسعة في تقدير مدى توافر الشروط التي نص عليها القانون في حالة إنكار المدين للمحرر أو التوقيع الالكتروني[1].

إلا أنه من الضروري أن يقوم المشرع الجزائري بإضافة نص إلى قانون التوقيع والتصديق الإلكترونين رقم 15/ 04، يعطي القاضي سلطة تقديرية واسعة في حالة إنكار المحرر أو التوقيع الإلكتروني حتى يستطيع القاضي الرجوع إلى سلطة التصديق الإلكتروني.

البند الثاني: حجية صور المحرر العرفي الإلكتروني.

إذا كان القانون يعطي لصور الأوراق الرسمية حجية في الإثبات طبقا لما سبق بيانه، فعلة ذلك أن أصول هذه الأوراق قد توافر لها من الرسمية على يد ضابط عام مختص ما يبعث على الثقة في صحتها وأن صور هذه الأوراق يحررها أيضا موظف عام موثوق به[2].

أما صورة الورقة العرفية فليست لها في الأصل أي قيمة في الإثبات، ولو كمبدأ ثبوت بالكتابة فهي لا تحمل توقيع من صدرت منه الورقة، وهي في الوقت ذاته ليست ورقة رسمية حتى تضفى عليها رسميتها شيئا من الثقة، ولا قيمة لصورة الورقة العرفية إلا بمقدار ما تهدي إلى الأصل إذا كان موجودا فيرجع إليه وتكون الحجية للأصل لا للصورة، أما إذا كان الأصل غير موجود فلا سبيل للإحتجاج بالصورة لكونها لا تحمل التوقيع، ومن أنها ليست ورقة رسمية و بجواز أن تكون الصورة محرفة أو أن يكون الأصل مزورا فلا يتيسر الإهتداء إلى التزوير بالإقتصار على الصورة، وهذا صحيح حتى لو كانت الصورة مأخوذة من الأصل صورة فوتوغرافية[3]، أم فيما يخص صور الصور للورقة العرفية ليست لها أي قيمة في الإثبات، أما بالنسبة للصورة الورقية للمحرر الإلكتروني وهي

[1] إياد أحمد سعيد الساري، مرجع سابق، ص188.

[2]. محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص91.

[3]. عبد الرزاق السنهوري، نظرية الالتزام بوجه عام،الإثبات، مرجع سابق ، ص246، 247.

الورقة الناتجة عن طباعة المحرر الإلكتروني على دعامة ورقية فهي لا تتمتع بأي حجية في الإثبات وذلك لأنها لا تحمل توقيعا إلكترونيا أو خطيا[1].

إذا تم نسخ المحرر الإلكتروني إلكترونيا، وتم التوقيع إلكترونيا على هذه الصورة الإلكترونية، فإن هذه الصورة تعتبر أصلا في هذه الحالة طالما تم التوقيع عليها إلكترونيا وتتمتع بنفس حجية الأصل[2].

الفصل الثاني: التوقيع الالكتروني.

التوقيع ظاهرة إجتماعية، بل هو ظاهرة ضرورية يحميها القانون، ولذا يحتل مجالا واسعا في فروع القانون المختلفة، سواء في مسائل القانون العام، أو القانون الخاص، ففي القانون لا يمكن تصديق الإتفاقات الدولية و إصدارها ما لم تقترن بتوقيع رئيس الدولة أو من يخوله ذلك، كما يجب أن توقع كافة الوثائق الإدارية الصادرة لمصلحة المواطنين من قبل الموظف المختص والإ كانت باطلة، كما يحتل التوقيع أيضا مكانة بالغة الأهمية في القانون الخاص ففي القانون التجاري مثلا يعتبر التوقيع من الشروط الشكلية في الأوراق التجارية والتي تبطل الورقة التجارية بغيابها، كما قد يحدد التوقيع القانون الواجب التطبيق في المنازعات التجارية والمدنية خاصة إذا تم تحديد مكان حصوله[3]، على أن أهم ما يعنينا في هذا المجال هو تسليط الضوء على دور التوقيع المحوري في نطاق العقد وإثباته، وفي هذا الصدد يمثل التوقيع المرحلة الحاسمة في نفاذ العقد، إذ يستخدم لتجديد هوية المتعاقدين، وللتعبير عن رضاء المتعاقدين أو ضمان سلامة المحرر المثبت للتصرف القانوني[4].

يعد التوقيع حجر الزاوية في نظام الإثبات باعتباره شرطا جوهريا في الدليل الكتابي، سواء بالنسبة للمحرر الرسمي أو المحرر العرفي، فإذا كانت الكتابة تعتبر شرطا بديهيا لصحة المحرر الذي يقوم أصحاب الشأن بكتابته بالطريقة التي يرونها مناسبة، فإنها لا تعد من الناحية القانونية دليلا

---

1. سامح عبد الواحد التهامي، مرجع سابق، ص412.
2. بلقاسم حامدي، مرجع سابق، 203.
3. نوري حمد خاطر، وظائف التوقيع في القانون الخاص، في القانون الأردني والقانون الفرنسي، دراسة مقارنة 1997، ص215. متاح على الموقع www.arab lawinfo.com
4. بلقنيشي حبيب، مرجع سابق، ص104.

كاملا في الاثبات[1]، إلا إذا كانت موقعة بإعتبار أن التوقيع يعد العنصر الثاني من عناصر الدليل الكتابي المعد للإثبات، ودون التوقيع يفقد الدليل الكتابي حجيته[2]. ومن هنا كان التوقيع هو الشرط الوحيد لصحة المحرر العرفي المعد للإثبات، بل والمصدر الوحيد لحجية ما ورد فيه[3]، ويعود ذلك إلى أن التوقيع هو الذي ينسب المحرر إلى من وقعه حتى ولو كان مكتوبا بخط غيره[4].

ولقد ظلت فكرة التوقيع بمفهومها التقليدي سائدة بإعتبارها الوسيلة الوحيدة قانونا لتصديق وإقرار المعلومات التي تتضمنها المحررات، كما صمدت تلك الفكرة إلى حد كبير في وجه المتغيرات التي استجدت خلال القرون الماضية تحت تأثير الثورة الزراعية والثورة الصناعية[5].

وإذا كان التوقيع ظل حتى القرن السادس عشر الميلادي، يتم عن طريق الختم ثم أصبح بخط اليد ثم بالبصمة، لكنه مع نهاية القرن العشرين الميلادي وبزوغ الثورة التقنية ووسائل الإتصال الحديثة، والتي غيرت من مفهوم الكتابة والمحررات من شكل تقليدي إلى شكل إلكتروني، لذلك أصبحت تلك الأشكال غير ملائمة تماما لهذا التطور[6].

ومع ظهور الحاسبات الآلية والوسائط المتعددة والأنترنت ونمو التجارة الإلكترونية، ظهرت المشكلة التي فرضت ضرورة إعادة النظر في المبادي التقليدية لقانون الإثبات فيما يتعلق بالتوقيع في الشكل الكتابي، وهي التحول من المحسوس إلى الرقمي ومن الدعامات المادية إلى الدعامات

---

1. تامر محمد سليمان الدمياطي، مرجع سابق، ص327.

2. محمد محروك، خصوصية التوقيع الالكتروني وحجيته في الاثبات، جامعة القاضي عياض، مراكش، المملكة المغربية، بدون تاريخ نشر، ص 1: متاح على www.iefpedia.com

3. يستفاد ذلك من نص المادة 327 من القانون المدني الجزائري" يعتبر العقد العرفي صادرا ممن كتبه أو وقعه أو وضع عليه بصمة أصبعه مالم يذكر صراحة ما هو منسوب إليه"

4. تامر محمد سليمان الدمياطي، مرجع سابق، ص327.

5. ثروت عبد الحميد، مدى حجية التوقيع الالكتروني في الاثبات على ضوء القواعد التقليدية للإثبات، مؤتمر الأعمال المصرفية الالكترونية بين الشريعة والقانون، جامعة الامارات 10 -12 ماي 2003، ، ص327.

6. زروق يوسف، حجية وسائل الإثبات، مرجع سابق، ص219.

الإلكترونية، وتفاقمت المشكلة مع التطور المذهل الذي أحدثته وانتشار التجارة الإلكترونية حيث دخلت البشرية بهذه الإنجازات عصرا جديدا لكن مع إرث لا يستهان به من المشكلات القانونية[1].

فقد صاحب التقدم التكنولوجي والتقني ظهور وسائط حديثة يمكن إستخدامها في تدوين البيانات ولكن بشكل إلكتروني سميت "بالدعامة الإلكترونية"، ونظرا لعدم تلاءم التوقيع التقليدي مع الدعامة الإلكترونية ظهر مؤخرا التوقيع الذي لا يمكن القول انه بديل للتوقيع التقليدي، وإنما جاء ليتلاءم مع طبيعة الدعامة الالكترونية وسمي بالتوقيع الإلكتروني[2].

كل هذه التطورات ألقت بظلالها على القانون، مما أدى إلى أن تتناول القوانين الحديثة التوقيع الإلكتروني وتعترف بحجيته في الإثبات، ولكنها اشترطت فيه عدة شروط حتى تضمن أنه سوف يقوم بنفس الدور الذي يقوم به التوقيع الخطي، وأعطت القوانين للتوقيع الإلكتروني الذي تتوافر فيه الشروط التي تم النص عليها نفس الحجية التي يتمتع بها التوقيع الخطي[3].

وإزاء الأهمية المتعاظمة لدور التوقيع الالكتروني في الإثبات، وأهميته في إبرام العقود التجارية عبر الأنترنت، فقد إختلفت التشريعات في طريقة معالجة الأحكام الخاصة به، حيث عالجته بعض التشريعات ضمن تشريع متكامل للتجارة الإلكترونية والمعاملات الإلكترونية والتوقيع الإلكتروني، ومن ذلك قانون تونس في شأن المبادلات والتجارة الالكترونية 83 لعام 2000، وكذلك قانون إمارة دبي في شأن التجارة الإلكترونية رقم 2002، وجانب آخر من التشريعات أفرد قانونا مستقلا للتوقيع الإلكتروني ومنها القانون الفرنسي رقم 230 لسنة 2000، وكذلك القانون الفيدرالي الأمريكي عام 2000، ثم قانون الأمم المتحدة النموذجي الأونيسترال والخاص بالتوقيعات الإلكترونية 2001، وكذلك القانون المصري رقم 15 لسنة 2004[4]، كما أصدر المشرع الجزائري مؤخرا القانون رقم 04/15 المؤرخ في 01 فيفري 2015 الذي يحدد القواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين، لهذا الغرض نقسم هذا الفصل إلى ثلاثة مباحث وهي:

---

1. عزة علي محمد الحسن، مرجع سابق، ص162.
2. زينب غريب، ، إشكالية التوقيع الالكتروني وحجيته في الاثبات، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الخامس، الرباط، المغرب، 2010/2009، ص09.
3. سامح عبد الواحد محمد التهامي، مرجع سابق، ص261.
4. مخلوفي عبد الوهاب، مرجع سابق، ص197.

المبحث الأول: التوقيع بمفهوميه التقليدي والإلكتروني.

المبحث الثاني: أشكال ووظائف التوقيع الإلكتروني.

المبحث الثالث: التنظيم التشريعي لحجية التوقيع الإلكتروني.

المبحث الأول: التوقيع بمفهوميه التقليدي والإلكتروني.

انطلاقا من فكرة التعريف بهوية الملتزم ببنود التصرف القانوني المثبت، انبثقت فكرة التوقيع منذ عدة قرون، في الوقت الذي عممت فيه الكتابة وتطورت وأصبحت الدليل المكتوب هو الدليل المفضل لدى نخبة من الناس، بإعتبار التوقيع الطريقة الأسهل التي تشهد الحضور المادي والجسدي لشخص الموقع، كما تتولى مهمة التعريف بهوية الفرد الموقع لكون التوقيع يستمد من الخواص أو الميزات الشخصية، ويبقى للتوقيع أهمية في الإثبات حتى في حالة إنكار التوقيع وعدم إنتسابه إلى الشخص أو ادعاء تزويره إذ تبقى إجراءات الإثبات أسهل بالمقارنة مع عدم وجود التوقيع[1].

وانطلاقا من الواقع العلمي وما ترتب عنه من إنتشار وتنامي التجارة الإلكترونية التي أدت إلى إتباع طرق ووسائل حديثة في التعامل كالتعاقد عبر الإنترنت، لم يعد التوقيع التقليدي يتلاءم مع مستجدات التطور الحاصل في كثير من مجالات التعامل، ثم كيف تتناسب الدعامات المادية مع مقتضيات الإتصال عن بعد عبر شبكة الأنترنت، من أجل ذلك تغيرت الكثير من المفاهيم[2].

هذا وسوف نتناول هذا المبحث على النحو التالي:

---

1. أسل كاظم كريم الصدام، مرجع سابق، ص59.

2. نجوى أبو هيبة، التوقيع الالكتروني تعريفه ، مدى حجيته، مؤتمر الأعمال المصرفية الالكترونية بين الشريعة والقانون، جامعة الإمارات، 10 ـ 12 ماي 2003، ، ص439.

المطلب الأول: مفهوم التوقيع التقليدي.

إرتبط التوقيع التقليدي بالكتابة بإعتبارها دليلا للإثبات، فالكتابة والتوقيع هما العنصران الأساسيان في الدليل الكتابي أو المحرر المعد للإثبات، سواء أكان المحرر عرفيا أم رسميا، فالتوقيع يعمل على نقل المحررات من مرحلة الإعداد إلى مرحلة الإنجاز وإعطائهما صفة الأصل في نظر القانون، كما يؤدي التوقيع دورا أساسيا في إعطاء القوة الثبوتية للمحررات[1].

والتوقيع لغة: مشتق من الفعل الثلاثي وقع، والتوقيع ما يوقع في الكتاب وهو: إلحاق شيء فيه بعد الفراغ منه، وتوقيع الموقع في الكتاب، فيه ما يؤكده ويوجبه[2].

كما يقصد بالتوقيع لغة معنيين: أولهما فعل أو عملية التوقيع ذاتها أو عملية وضع أو لصق التوقيع على المستند، والثاني يقصد به العلامة أو الإشارة التي تميز شخص الموقع ونسبة التوقيع واتجاه إرادته نحو الإلتزام بما يحتويه المستند[3].

كما ذكر في قاموس روبر(Rober) الفرنسي أن التوقيع هو:" علامة شخصية أو خطية يضعها الموقع بإسمه ليؤكد صحة مضمون الورقة، وصدق ما كتب بها وإقرار بتحمل المسؤولية وإلتزامه بما جاء فيها"[4].

---

[1] أسامة بن غانم العبيدي، حجية التوقيع الالكتروني في الاثبات، المجلة العربية للدراسات الأمنية والتدريب، المجلد 28، العدد 56، دون تاريخ نشر، ص143.

[2]. ابن منظور، أبو الفضل جمال الدين، بن محمد، لسان العرب، بيروت، دار إحياء التراث العربي ومؤسسة التاريخ العربي، ط2، 1419هـ، ج15، ص372.

مشار له لدي: ابراهيم بن سطم بن خلف العنزي، التوقيع الالكتروني وحمايته الجنائية، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه، كلية الدراسات العليا، قسم العدالة الجنائية، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، السعودية، 2009 ، ص36.

[3]. نجوى أبو هيبة، التوقيع الالكتروني،مرجع سابق، ص439.

[4]. ابراهيم بن سطم بن خلف العنزي، مرجع سابق ، ص21.

أما قاموس أوكسفورد الإنجليزي[1]، فقد عرف التوقيع بأنه:" فعل توثيق مستند بواسطة توقيع إسم شخص ما، أو أحرف أولية، أو علامة مميزة".

وللوقوف على مفهوم التوقيع التقليدي نقسم هذا المطلب إلى فرعين:

الفرع الأول: التعريف التشريعي للتوقيع.

على الرغم من المكانة البارزة التي يحتلها التوقيع في الإثبات، بإعتباره الشرط الأساسي لإضفاء الحجية على المحرر العرفي[2]، إلا أن تشريعات الدول العربية لم تورد تعريفات مجددة وواضحة وصريحة للتوقيع يمكن الإستدلال عليه منها، وإنما يمكن إستشفافه من مقاصد هذه التشريعات من خلال بعض النصوص التي تضمنتها هذه التشريعات، لذلك فإن تناول التعريف التشريعي للتوقيع يتطلب منا أولا استعراض بعض من هذه النصوص التشريعية ثم بيان ما يستشف منها عن رؤيتها للمقصود بالتوقيع[3].

في القانون المصري فقد نصت المادة 10 من قانون الإثبات المصري بأن" المحررات الرسمية هي التي يثبت فيها موظف عام أو شخص مكلف بخدمة عامة ما تم على يديه أو ما تلقاه من ذوي الشأن وذلك طبقا للأوضاع القانونية وفي حدود سلطته وإختصاصه، فإذا لم تكتسب هذه المحررات صفة الرسمية، فلا يكون لها إلا قيمة المحررات العرفية متى كان ذوي الشأن قد وقعوها بإمضاءاتهم أو بأختامهم أو ببصمات أصابعهم"، كما ورد في نص المادة 14 من ذات القانون بأنه:" يعتبر المحرر العرفي صادرا ممن وقعه مالم ينكر صراحة ما هو منسوب إليه من خط أو إمضاء أو ختم أو بصمة...."

أما القانون اليمني فقد نص المشرع في قانون الإثبات النافذ رقم 21 لعام 1992، والمعدل بالقانون رقم 20 لعام 1996 في المادة 104 على أنه:" يعتبر المحرر العرفي الموقع من الخصم

---

1. المرجع نفسه، ص21.
2. سامح عبد الواحد محمد التهامي، مرجع سابق، ص263.
3. سند حسن سالم صالح، التنظيم القانوني للتوقيع الالكتروني وحجيته في الإثبات المدني، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2010، ص20.

حجة عليه وعلى وارثه أو خلفه ما لم ينكر صراحة ما هو منسوب إليه من خط أو إمضاء أو ختم أو بصمة"

هذا ونجد قانون البينات الصادر في المملكة الأردنية الهاشمية نص في مادته العاشرة على أن:" السند العادي هو الذي يشمل على توقيع من صدر منه أو على خاتمه أو بصمة أصبعه وليست له صفة السند الرسمي"، وفي القانون الجزائري نصت المادة 327 من القانون المدني على أنه" يعتبر العقد العرفي صادرا ممن كتبه أو وقعه أو وضع عليه بصمة أصبعه ما لم ينكر صراحة ما هو منسوب إليه..."

ونصت المادة 154 من قانون أصول المحاكمات اللبناني على أنه:" فيما خلا الإستثناء المنصوص عليه في القانون يجوز أن يكتب السند ذو التوقيع الخاص بيد شخص ثالث أو بآلة كاتبة على شرط أن يوقعه منشئه أو منشئوه".

أمابالنسبة للقانون الفرنسي[1]، فإنه لم يرد تعريف إلى وقت قريب، حتى صدر القانون رقم 230 لسنة 2000، هذا القانون قام بتعديل قواعد الإثبات في القانون المدني الفرنسي حتى يعطي حجية لكل من التوقيع والمحرر الالكتروني. وورد في القانون المدني لمقاطعة الكبيك الكندية تعريف للتوقيع في نص المادة 2827 بأنه:" عبارة عن وضع الشخص لإسمه بطريقة معتادة ليعبر عن رضاه"[2].

ما يستنتج من النصوص السابقة:

1 ـ خلو هذه التشريعات وغيرها من نصوص قانونية خاصة بوضع تعريف محدد للتوقيع، وهذا ليس عيبا يمكن الأخذ به على هذه التشريعات، ولكن الفقه لا يحبذ أن يقحم المشرع نفسه في وضع تعريفات، مفضلا أن يترك ذلك للقضاء حتى تكون النصوص التشريعية مرنة وغير مقيدة، وبالتالي

[1]. سامح عبد الواحد محمد التهامي، مرجع سابق، ص364.

[2]ابراهيم بن سطم بن خلف العنزي، مرجع سابق، ص20.

تصلح للتطبيق على ما يستجد من أمور من الحاجة للتعديل كلما حدث تطور[1]. مقابل ذلك هناك تشريعات عرفت التوقيع كما ورد في القانون المدني لمقاطعة الكبيك.

2 ـ إن ما تم عرضه للنصوص السابقة ليس الغاية منه نقد المشروع في هذه المسألة ذاتها، وإنما الهدف من ذلك هو البحث عن نظرة المشرع للتوقيع ومفهومه ومدى ملاءمة هذه النصوص في إعطاء هذه النظرة.

3 ـ على الرغم من المكانة المتميزة التي يحتلها التوقيع في الإثبات إلا أن التشريعات إكتفت بذكر الصور والأشكال المختلفة للتوقيع التي يعتد بها وهي الإمضاء والختم وبصمة الأصبع ولم تحدد شكلا معينا[2].

ويمكن تبرير غياب التعريف القانوني للتوقيع من ناحية أن التوقيع قد يتخذ أشكالا متعددة، ومن جهة أخرى ربما لأن المسألة تتعلق بمفهوم فطري مستقر في اللأشعور الجماعي للأفراد، فالتوقيع يعتبر في الواقع فكرة جوهرية، وهذا الأمر قد دفع بالفقه والقضاء إلى بذل الجهد في محاولة لبلورة معالم فكرة التوقيع يكون محددا لمضمونه[3].

الفرع الثاني: التعريف الفقهي للتوقيع.

وخروجا على صمت الفقه إزاء تعريف التوقيع، فقد تصدى البعض لهذا الأمر معرفا التوقيع بأنه:" علامة خطية خاصة ومميزة يضعها الموقع بأية وسيلة على مستند لإقراره"[4].

وعرفه جانب من الفقه بأنه" علامة شخصية يضعها الموقع بإسمه (بشكل ثابت أو خاص) ليؤكد صحة مضمون الورقة وصدق ما كتب بها وإقراره بتحمل المسؤولية عنه". يوضح هذا التعريف أن التوقيع عبارة عن علامة شخصية تحدد هوية الموقع ليعبر من خلاله عن إلتزامه بمضمون الورقة

---

1. سند حسن سالم صالح ، مرجع سابق، ص21.
2. ابراهيم بن سطم بن خلف العنزي، مرجع سابق، ص20.
3. ثامر محمد سليمان الدمياطي، مرجع سابق، ص332.
4. الصالحين محمد العيش، مرجع سابق، ص10.

التي وقع عليها، ولكن هذا التعريف حصر تلك العلامة بإسم الموقع الذي يكتب بشكل معين خاص بالموقع، إلا أنه يمكن أن يكون التوقيع عبارة عن حرف معين أو مجموعة من الحروف التي يختارها صاحب التوقيع أو قد يكون رمزا أو شكلا خاصا به[1].

ويعرفه أحد الفقهاء بأنه[2]:" وضع علامة على السند أو بصمة إبهام للتعبير عن القبول بما ورد فيه" وهذا تعريف موجز الإ أنه تم حصره في حالة التعبير عن القبول، غير أننا نجد أن التوقيع يعبر عنه بأمر أخرى منها الإقرار أو الإعتماد لما في المحرر، وكذلك دهب البعض إلى تعريف التوقيع بأنه[3]:" أنه أية علامة مميزة خاصة بالشخص الموقع تسمح بتحديد شخصيته والتعرف عليه بسهولة" وعرفه آخرون بأنه[4]:" كل وسيلة تقوم بوظيفتين هما تعيين صاحبها وإنصراف إرادته نهائيا إلى الإلتزام بمضمون ما وقع عليه".

وهذا تعريف وظيفي للتوقيع، بمعنى أنه تم تعريفه بتعريف وظائفه، وهذا مما يعاب على التعريفات أن تكون ببيان الوظيفة دون توضيح الظاهرة بوصفها وصفا جامعا مانعا بعبارات دالة موجزة.

وقد عرف البعض التوقيع التقليدي بأنه[5]:" توقيع ذي الشأن الذي تنسب إليه الورقة قولا أو التزاما"، يبين هذا التعريف إرتباط التوقيع بصاحبه الذي يلتزم بما وقع عليه في المستند الكتابي بموجب هذا التوقيع، حيث يبرز الدور الوظيفي له في تحديد هوية الموقع والتعبير عن إلتزامه بمضمون ما وقع عليه[6].

---

[1]. حنان مليكة، النظام القانوني للتوقيع الالكتروني في ضوء قانون التوقيع الالكتروني السوري رقم 4 الصادر بتاريخ 2009/02/25 (دراسة قانونية مقارنة)، مجلة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد 26، العدد الثاني، 2010، ص553.

[2]. سامح عبد الواحد محمد التهامي، مرجع سابق، ص364.

[3]. أسامة بن غانم العبيدي، مرجع سابق، ص144.

[4] محمد حسام محمد لطفي، استخدام الوسائل الاتصال الحديثة في التفاوض على العقود وابرامها، القاهرة، بدون ناشر،1999، ص12. مشار له لدى: سامح محمد التهامي، مرجع سابق، ص263.

[5]. الياس ناصيف، مرجع سابق، ص235.

[6]. حنان مليكة، مرجع سابق، ص553.

وتصدى فريق من الفقه الفرنسي لهذا الامر، وحاول إيراد تعريف للتوقيع يحدد معالمه، ففي نهاية الأربعينات من القرن العشرين ذهب الفقيه J.CHEVALIER إلى أن التوقيع هو عبارة عن[1]" علامة على تحديد الهوية تتألف عادة من الإشارة إلى إسم الأسرة المنتمي إليها الموقع"

وذهب الأستاذ Hewe croze[2]، إلى أن إصطلاح التوقيع يستعمل بمعنيين: أولا: أنه عبارة عن علامة أو إشارة تسمح بتمييز شخص الموقع، والثاني: هو فعل أو عملية التوقيع ذاتها بمعنى وضع التوقيع على مستند يحتوي معلومات معينة.

وقضت محكمة النقض الفرنسية بقولها:" التوقيع هو العلامة التي يجب أن لا تترك أي شك حول هوية صاحب العقد ولا حول إرادته للإلتزام بمقتضيات هذا الأخير"[3].

ويمكن تعريف التوقيع بصورة عامة بأنه:" علامة شخصية مؤلفة من إسم الموقع أو لقبه أو الإثنين معا، أو قد يكون حرفا أو عدة حروف أو أي رمزا يمكنه أن يعبر من خلاله عن إلتزامه بمضمون المستند الكتابي الذي وقع عليه مهما إختلفت الوسائل المستخدمة من أجل ذلك".

يبين هذا التعريف أن التوقيع يفرغ بالشكل الذي يختاره الموقع لتحديد هويته بأي وسيلة كانت وصولا إلى التوقيع الإلكتروني الذي فرضه التعامل الجديد في العالم الإلكتروني[4].

وتبين لنا من خلال هذه التعريفات أن التوقيع يتمثل في علامة شخصية خاصة ومميزة، يضعها الشخص بإسمه أو ببصمته أو بأي وسيلة أخرى على مستند لإقراره والإلتزام بمضمونه، ويمكن أن يعتبر توقيعا صحيحا ومقبولا، كل علامة شخصية توضح كتابة بحيث تتيح تحديد شخص محدثها على وجه لا يتطرق إليه أي شك في قبول مضمون السند عن طريق إرادته التي لا يحيطها أي غموض[5].

---

1. ثامر محمد سليمان الدمياطي، مرجع سابق، ص333.
2. زينب غريب، مرجع سابق، ص15.
3. إياد محمد عارف عطا سده، مرجع سابق، ص52.
4. حنان مليكة، مرجع سابق، ص553.
5. ثروت عبد الحميد، التوقيع الالكتروني، مرجع سابق، ص20.

ويتضح مما تقدم، أن التوقيع يحمل صفة الإنشاء، لأن مجرد وجوده يكفي لبث الحياة القانونية في الآثار التي كانت مجرد مشروع، والتي يحولها التوقيع إلى حقوق يلتزم بها شخص لمصلحة شخص آخر، وبهذا المعنى يحمل التوقيع عنصرين، الأول: مادي: يتمثل في الشكل الخارجي وهو الشكل الخطي الصادر من الموقع، والثاني: معنوي أو إرادي: الذي يدل على قبول التوقيع الوارد على المحرر، أو على أية وثيقة يرتب القانون عليها آثار ملزمة للموقع[1].

المطلب الثاني: مفهوم التوقيع الإلكتروني.

بدأ التوقيع الالكتروني بالظهور في ميدان المعاملات البنكية عبر إستخدام بطاقات الإئتمان سواء من مراكز السحب الآلية أو في سداد ثمن البضائع من سلع أو خدمات، وبظهور شبكة الأنترنت على ساحة الأعمال التجارية لم يعد الدور الذي يلعبه التوقيع الإلكتروني مقتصرا على الأعمال البنكية، فقد أوجدت طبيعة التعاقد عبر شبكة الأنترنت إمكانية إطلاع أطراف العقد على بنوده وتفاوضهم بشأنه، دون الحاجة إلى إنتقال أي منهم إلى الموقع الآخر، وهذا ما يحتم أن يتمكن هؤلاء الأشخاص من إبرام العقود والتوقيع على المحررات المفرزة ذات العلاقة بإستخدام التوقيع الإلكتروني[2].

وذلك لأنه يتعذر التوقيع التقليدي في إبرام العقود عبر الأنترنت، بالنظر إلى طبيعة العقد الإلكتروني، ولأن طبيعة التوقيع تتفق عادة مع طبيعة العقد الذي يحمله[3].

ومن أجل تحقيق الهدف المنشود من التوقيع الإلكتروني وهو إستخدامه في جميع التعاملات التي تتم عبر وسائل الإتصال الحديثة مثل شبكة الإنترنت الدولية، كبديل للتوقيع التقليدي الذي لا يتناسب مطلقا مع تلك التعاملات، فكان يجب تعزيز الإعتماد عليه لتحقيق ذات الأثر القانوني الذي يحدثه نظيره التقليدي، وذلك من خلال تقريره والإعتراف به ووضع تعريف واضح له من جميع

---

1. ثامر محمد سليمان الدمياطي، مرجع سابق، ص335.
2. حسن عبد الباسط جميعي، اثبات التصرفات القانونية، مرجع سابق، ص34.
3. الياس ناصيف، مرجع سابق، ص233.

المستويات سواء على مستوى التشريعات الدولية أو التشريعات الوطنية أو على المستوى الفقهي[1]، والتي سوف نعرض لها الآن على الوجه التالي:

الفرع الأول: تعريف التوقيع الإلكتروني في التشريعات الدولية والوطنية.

عمد واضعوا التشريعات التي نظمت التوقيع الإلكتروني أو التجارة الإلكترونية إلى وضع تعريف شامل للتوقيع الإلكتروني لإزالة الغموض عن هذا المصطلح القانوني الحديث[2].

البند الأول: تعريف التوقيع الالكتروني في التشريعات الدولية.

إقتناعا من تلك الاتحادات بأن الأمان القانوني في التجارة الإلكترونية سيزداد بتنسيق بعض القواعد المتعلقة بالإعتراف القانوني بالتوقيعات الإلكترونية على أساس آمن ومحايد تكنولوجيا، فقد إجتهدت لوضع تعريف للتوقيع الإلكتروني، هادفة من ذلك أن تأخذ الدول به بالنظر إلى ضرورة توحيد القوانين الواجبة التطبيق على بدائل الأشكال الورقية[3].

وكانت الخطوة الأولى الفعلية لميلاد التوقيع الإلكتروني تشريعا، هي صدور قانون " الاونيسترال" النموذجي بشأن التجارة الالكترونية لسنة 1996م[4].

ورغم أن هذا القانون لم يعرف التوقيع الإلكتروني، إلا أنه بين في المادة السابعة منه المتطلبات في أي توقيع إلكتروني حتى ينوب عن التوقيع التقليدي، مما أفسح المجال للإعتراف بالطرق الإلكترونية للتوقيع[5].

---

1. محمد مأمون سليمان، التحكيم الالكتروني، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، مصر، 2011، ص215.
2. بلقنشي حبيب، مرجع سابق، ص110.
3. محمد مأمون سليمان، مرجع سابق، ص216.
4. ايمان مأمون أحمد سليمان، مرجع سابق، ص248.
5. ابراهيم بن سطم بن خلف العنزي، مرجع سابق، ص41.

فقد اكتفى هذا القانون بالإشارة إلى وظائف التوقيع، فنصت المادة السابعة في فقرتها الأولى على أنه:" عندما يشترط القانون وجود توقيع من شخص، يستوفي ذلك الشرط بالنسبة لرسالة البيانات إذا:

أ ـ إستخدمت طريقة لتعيين هوية ذلك الشخص والتدليل على موافقة ذلك الشخص على المعلومات الواردة في رسالة البيانات.

ب ـ كانت تلك الطريقة جديرة بالتعويل عليها بالقدر المناسب للغرض الذي أنشئت أو أبلغت من أجله رسالة البيانات وفي كل الظروف، بما في ذلك أي إتفاق متصل بالأمر[1].

فهذا التعريف يركز على ضرورة قيام التوقيع الإلكتروني بالوظائف التقليدية للتوقيع وهي تمييز هوية الشخص، والتعبير عن رضائه لإرتباط بالعمل القانوني على نحو ما ورد بالفقرة (أ)، كما ركز أيضا على أنه يتعين أن تكون طريقة التوقيع الإلكتروني ـ والواردة في الفقرة (ب) ـ طريقا موثوقا بها، ولم يحدد تلك الطرق أو الإجراءات التي يتعين إتباعها وإنما تركها لكل دولة تحددها بطريقتها ووفقا لتشريعها[2].

بعد التمهيد السابق لظهور التوقيع الإلكتروني من قبل قانون الأونيسترال النموذجي للتجارة الإلكترونية، صدر قانون الأونيسترال النموذجي للتوقيعات الإلكترونية بتاريخ 5 يوليو 2001، حيث قامت نفس اللجنة بوضع هذا القانون والذي أدرج في جدول أعمالها[3]، في دورتها التاسعة والعشرون حيث جاء هذا القانون في مادته الأولى ليحدد نطاق إنطباقه، إذ أنه يسمح بإستخدام توقيعات إلكترونية في سياق[4]، أنشطة تجارية وهو لا يلغي أي قاعدة قانونية يكون القصد منها حماية المستهلك.

---

1. مخلوفي عبد الوهاب، مرجع سابق، ص199.
2. إيمان مأمون أحمد سليمان، مرجع سابق، ص249.
3. بوربابة صورية، مرجع سابق، ص15.
4. تقترح اللجنة النص التالي للدول التي قد ترغب في توسيع نطاق انطباق هذا القانون:" ينطبق هذا القانون حيثما تستخدم توقيعات إلكترونية، باستثناء الأحوال التالية:{...}"

ولقد ورد تعريف التوقيع الإلكتروني في المادة الثانية منه على أنه:"بيانات في شكل إلكتروني مدرجة في رسالة بيانات أو مضافة إليها أو مرتبطة بها منطقيا، يجوز أن تستخدم لتعيين هوية الموقع بالنسبة إلى رسالة البيانات ولبيان موافقة الموقع على المعلومات الواردة في رسالة البيانات" [1].

وقد ورد في الفقرة (د) من هذه المادة تعريف الموقع بأنه:" شخص حائز على بيانات إنشاء توقيع ويتصرف إما بالأصالة عن نفسه، وإما بالنيابة عن الشخص الذي يمثله"

هذا التعريف يعتبر تعريفا وظيفيا، حيث أنه لم يذكر أي صورة من صور التوقيع الإلكتروني، ولكنه ذكر وظائف التوقيع، وإنها الفيصل في تحديد ما إذا كانت وسيلة معينة يمكن إعتبارها توقيع إلكتروني أم لا، وهذا ما ذكره دليل تشريع القانون عند تعليقه على هذه المادة[2].

ويرجع سبب خلو هذا التعريف من ذكر الأشكال أو الصور التي تكون عليها البيانات، وذلك على العكس من بعض التشريعات الوطنية كون القواعد التي يتضمنها هذا القانون ما هي إلا قواعد استرشادية عامة لا تتضمن تفصيلات، إذ يترك أمر تلك الأخيرة إلى التشريعات الداخلية للدول وفقا لما تراه ملائما في ذلك الخصوص، ويبرر الفقه هذا المسلك أيضا بأن قانون الأونيسترال النموذجي قد تجنب الخوض في وصف تفصيلي للتقنيات المستخدمة في التوقيع الإلكتروني رغبة منه في تحقيق الحد الأدنى من التقنيات التي يتحقق معها مبدأ الحياء التكنولوجي[3].

يمكن الفرق بين القانون الأول الخاص بالتجارة الإلكترونية لعام 1996 والقانون الثاني الخاص بالتوقيعات الإلكترونية لعام 2001، في كون أن الأول اعترف بالتجارة الإلكترونية والتبادل الإلكتروني للمعلومات عن طريق رسالة البيانات موقعة إلكترونيا، لكن في سياق أنشطة تجارية فقط، وإعطاء الحرية للدول التي تأخذ به في تحديد نوع الأنشطة التجارية، فلها أن توسع أو تضيق من نطاقها بحسب ما يلاءم قوانينها الداخلية، كما أنه اعترف بقيمة رسالة البيانات من الناحية القانونية مثل قيمة

---

[1]. عمر حسن المومني، التوقيع الالكتروني، وقانون التجارة الالكترونية، دراسة قانونية وتحليلية مقارنة، الطبعة الأولى، دار وائل للنشر، الأردن، 2003، ص137.

[2]. سامح عبد الواحد محمد التهامي، مرجع سابق، ص 283.

[3].GREGRY(D),Canadian and American legislation on électronique signatures withreflections on the European union directive, Art, availableat,http //pages .ca. inter,net,p.2.

، مشار له لدى: محمد محمد السادات، مرجع سابق، ص36.

المستندات أو المحررات الورقية، أما القانون الخاص بالتوقيع الإلكتروني فقد جاء بخصوص هذا الأخير في سياق الأنشطة التجارية التي تتم عبر التبادل الإلكتروني بواسطة رسالة البيانات، أي أنه خص التواقيع الإلكترونية في هذا المجال، إذ لا تقبل في المعاملات الأخرى، ولكن هذا غير ملزم للدول التي تأخذ بهذا القانون بل ترك لها المجال مفتوحا، كما لها مطلق الحرية في تحديد نطاق إنطباقه ليشمل معاملات أخرى ليست ذات طابع تجاري سواء كانت تعاقدية أو غير تعاقدية، أو كانت بين أشخاص القانون الخاص أو العام أو فيما بينهما، والغاية من ذلك هو أن يوجد هذا القانون الموحد كمرجع للدول التي تساير هذا التطور وتعمل على تيسير التعامل والتبادل الإلكتروني بواسطة وسائل الإتصال الحديثة والإعتراف به بين الدول مثل التعامل بالورق العادي والتوقيع العادي، والعمل على إضفاء عليه الحجية الثبوتية في التعامل بين الافراد أوبين الحكومات أو فيما بينهما[1].

- مفهوم التوقيع الالكتروني في التوجيه الأوربي:

بتاريخ 13 ديسمبر1999 صدر التوجيه الأوروبي رقم 99 - 1993 بشأن التوقيع الالكتروني[2]، حيث نصت المادة 1/2 منه على أن التوقيع الإلكتروني هو عبارة عن" بيان أو معلومة معالجة إلكترونيا، ترتبط منطقيا بمعلومات أو بيانات إلكترونية أخرى (كرسالة أو محرر) والتي تصلح كوسيلة لتمييز الشخص وتحديد هويته"

تبني هذا التوجيه في مادته الأولى هدفا محددا يتمثل في تسهيل إستعمال التوقيعات الإلكترونية، والمساهمة بالإعتراف القانوني بها، وهو ينشئ إطارا قانونيا للتوقيعات الإلكترونية، وخدمات المصادقة عليها، من أجل التوظيف الملائم لها في السوق الداخلي[3].

---

[1]. بورابة صورية ، مرجع سابق، ص16.

[2]. يتكون هذا التوجيه من خمسة عشرة مادة، متبوعة بأربعة ملاحق: ويتعلق الثاني: بالشروط الخاصة بمقدمي خدمات التوثيق وإصدارات الشهادات المعتمدة، ويتناول الملحق الثالث: الشروط الواجب توفرها في إجراء التوقيع، في حين يتضمن الملحق الرابع: التوصيات الخاصة بفحص التوقيع، ووفقا لأحكام هذا التوجيه فإنه ينبغي على الدول الأعضاء في الاتحاد الأوربي اتخاذ الاجراءات اللازمة لتطبيق أحكامه وتطويع قوانينها الداخلية لتتواءم معه في مدة أقصاها ثمانية عشر شهرا من تاريخ نفاذ هذا التوجيه، أي بتاريخ 19 يوليه 2001، سمير حامد عبد العزيز الجمال، مرجع سابق، ص208.

[3]. لزهر بن سعيد، مرجع سابق، ص154.

جعل نص المادة 1/2 من التوجيه الأوروبي من التوقيع الإلكتروني أداة إثبات معتمدة للمحررات الإلكترونية، كما أضفى عليه الحجية القانونية المقررة للتوقيع التقليدي، وقد ألزم الأعضاء منحه ذات الحجية المقررة التي يتمتع بها التوقيع الخطي، ويلاحظ على هذا التعريف أنه يتسم بالشمول لكل الأشكال التي يتم بها التوقيع الإلكتروني[1]، بمعنى أنه جاء عاما وشاملا لجميع صور التوقيع.

وبمقارنة التعريف الوارد في التوجيه الأوروبي، بالتعريف الذي جاء به قانون الأونيسترال، يتضح وجود التشابه بين التعريفين، إذ تضمنا بداية الشكل الذي يكون عليه التوقيع، حيث ذكر أنه يكون على هيئة بيانات في شكل إلكتروني، كما تضمنا الوظائف التي يقوم بها التوقيع[2].

بيد أن التوجيه الأوربي 1999/93 قد ميز بين نوعين من التوقيع الإلكتروني وهما التوقيع الإلكتروني المتقدم والتوقيع الإلكتروني البسيط، فالتوقيع الإلكتروني المتقدم هو التوقيع المعتمد من أحد مقدمي خدمات التوثيق والذي يستند إليه التحقق من نسبة التوقيع لصاحبه[3].

ووفقا لنص المادة 2/2 من هذا التوجيه نجد انها اشترطت في التوقيع المتقدم توافر المتطلبات التالية:

أ ـ أن يكون قادرا على تحديد شخصية الموقع، ومميزا له عن غيره من الأشخاص.

ب ـ أن ينشأ بإستخدام وسائل وإجراءات تقنية تقع تحت سيطرة الموقع.

جـ ـ أن يرتبط بالمعلومات التي يتضمنها المحرر الإلكتروني بطريقة تسمح بكشف أية محاولة لتعديل هذه البيانات[4].

ومتى توافرت هذه الشروط يكون للتوقيع المتقدم الحجية القانونية الكاملة في الإثبات.

---

1. زروق يوسف، حجية وسائل الإثبات، مرجع سابق، ص228.
2. محمد محمد السادات، مرجع سابق، ص39.
3. محمد مأمون سليمان، مرجع سابق، ص217.
4. FAUSSE Yanaon : La signature électronique,DUNOD, Paris, 2001,p, 87ets.
مشار له لدي: بلقاسم حامدي، مرجع سابق، ص 211.

ويتجلى لنا أن التوقيع الإلكتروني المتقدم يهدف إلى ضمان تأمين المعاملات الإلكترونية والإعتداد بالتقنيات المختلفة والخدمات التي ستمسح بالتصديق على التبادلات الإلكترونية، كما أن الضمانات التي تتوفر لذلك التوقيع تجعله يقدم مستوى عالي من التأمين، وتتوفر له حجية في الإثبات تعادل التوقيع الخطي[1].

أما التوقيع الإلكتروني البسيط فيتمتع بالحجية القانونية في حالة عدم إنكاره، وفي حالة إنكاره يقع على عاتق من يتمسك به إقامة الدليل بأنه قد تم بطريقة تقنية موثوق بها، وفي حالة ما إذا وجد إزدواجية بين توقعين إلكترونيين أحدهما متقدم والآخر بسيط، فالأولوية تكون للتوقيع المتقدم، لأنه يتمتع بعناصر أمان وثقة لا تتوافر في النوع الثاني[2].

هذا وقد ميزت المادة الخامسة من التوجيه الأوروبي[3]، المشار إليه بين نوعين من التوقيعات الإلكترونية، التوقيع الالكتروني البسيط، والتوقيع الالكتروني المتقدم المذكورين سابقا.

ويتضح مماسبق أن التوجيه الأوروبي قد وضع تعريفا وصفيا للتوقيع، يسمح بالإعتراف به بمجرد أدائه لوظائفه وهي تمييز وتحديد هوية موقعه، والتعبير بوضوح عن الرضا والقبول بمضمون المحرر الذي تم إصدار التوقيع بشأنه والإلتزام بما يترتب عليه من آثار قانونية، طالما تم تأكيد سلامة المحرر، وعدم العبث بمحتوياته وإنتسابه لموقعه، كما أنه قد أنشأ قرينة قانونية بسيطة على صحة التوقيع وحجيته القانونية في الإثبات، بشرط أن يتم تقديم شهادة باعتماد التوقيع من جهة متخصصة تخضع في إنشائها وممارستها لعملها لرقابة الدولة[4].

البند الثاني: تعريف التوقيع الإلكتروني في التشريعات الغربية.

1. تامر محمد سليمان الدمياطي، مرجع سابق، ص397.
2. بلقاسم حامدي، مرجع سابق، ص211.
3. ابراهيم بن سطم بن خلف العنزي، مرجع سابق، ص42.
4. حسن عبد الباسط جميعي، اثبات التصرفات القانونية، مرجع سابق، ص95،94.

1 ـ تعريف التوقيع الإلكتروني في القانون الأمريكي.

تعتبر الولايات المتحدة الأمريكية من أوائل الدول في العالم وأشهرها في مجال إستخدام تكنولوجيا الإعلام والاتصال، وهذا ما لا يعد من قبيل المفاجئة، وأنها من الدول السباقة إلى وضع تشريعات خاصة بالتجارة الإلكترونية والتوقيع الإلكتروني[1].

في 30 يونيو عام 2000 صدر القانون الإتحادي الإمريكي للتوقيع الإلكتروني ودخلت مواد هذا القانون حيز النفاذ إعتبارا من أول أكتوبر من العام نفسه[2].

وقد عرف هذا القانون التوقيع الإلكتروني بأنه:" صوت أو رمز أو عملية إلكترونية مرفقة بصورة منطقية بسجل ومنفذة أو متخذة من قبل أحد الأشخاص بنية توقيع السجل"، ثم صدر بعد ذلك قانون التوقيعات الإلكترونية في التجارة المحلية والعالمية وعرف التوقيع الإلكتروني بأنه:" صوت أو رمز أو عملية إلكترونية مرفقة أو مرتبطة منطقيا بعقد أو سجل آخر ومنفذة أو متخذة من قبل أحد الأشخاص بنية توقيع السجل"[3].

ما يلاحظ على تعريف التوقيع[4]، في قانون المعاملات الإلكترونية الموحد أنه:

أ) ـ أشار إلى بعض الصور والأشكال التي يتخذها التوقيع الالكتروني، وذلك على سبيل المثال لا الحصر، ويمكن التوقيع بها على سجل إلكتروني.

ب) ـ أن هذا التوقيع يصدر من شخص بقصد التوقيع على السجل دون أن ينص على القصد من وراء التوقيع على السجل، وكذلك لم يحدد وظائفه المتمثلة غالبا في تمييز الموقع والتعبير عن رضائه.

---

1. ثروت عبد الحميد، التوقيع الالكتروني، مرجع سابق، ص185.
2. محمد مأمون سليمان، مرجع سابق، ص220.
3. محمد محمد السادات، مرجع سابق، ص42.
4. بوربابة صورية، مرجع سابق، ص19.

2 ـ تعريف التوقيع الإلكتروني في القانون الفرنسي:

تماشيا مع تطور التجارة الإلكترونية، وإلتزاما بالتوجيهات الأوروبية وخصوصا التوجيه الأوروبي رقم 1999/93 بشأن التوقيع الإلكتروني، لاسيما المادة 2/5 التي تنص على أن تلتزم الدول الأعضاء في الإتحاد الأوربي بتطبيق أحكام هذا التوجيه فيما يتعلق بالتوقيعات الإلكترونية المتقدمة[1]، والتي تعتمد على شهادات التوثيق واتخاذ الإجراءات التي توفر الأمن لبيانات التوقيع.

وتطبيقا لذلك، فقد أخذ المشرع الفرنسي على عاتقه مهمة تعديل نصوص القانون المدني الخاص بالإثبات[2]. وعلى الرغم من أن التقنيين المدني الفرنسي قد اشار إلى التوقيع في العديد من المواد[3]، إلا أنه لم يكن قد وضع تعريفا له، إلى أن صدر قانون التوقيع الإلكتروني في 13 مارس 2000، تحت رقم 230/2000، وهو يعتبر بمثابة تعديل للنصوص المنظمة للإثبات في القانون المدني الفرنسي، وعدد مواد هذا التعديل ست مواد، أدرجت كلها في مادة واحدة هو نص المادة 1316 من القانون المدني الفرنسي[4].

وقد عرف القانون الفرنسي رقم 230 لسنة 2000، التوقيع بشكل عام، والتوقيع الإلكتروني بشكل خاص على الشكل الآتي من خلال نص المادة 4/1316 بقولها:" إن التوقيع ضروري لإكتمال التصرف القانوني، وهو يحدد هوية من يحتج به عليه، ويعبر عن رضا الأطراف بالإلتزامات الناشئة عن هذا التصرف، وعندما يتم بواسطة موظف عام يكتسب التصرف صفته الرسمية.

وعندما يكون التوقيع إلكترونيا، يقتضي إستخدام وسيلة آمنة لتحديد الشخص، بحيث تضمن صلته بالتصرف الذي وقع عليه، ويفترض أمان هذه الوسيلة مالم يوجد دليل مخالف، بمجرد وضع

---

[1]. لالوش راضية، أمن التوقيع الالكتروني، رسالة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو،2012، ص17.

[2]. الصالحين محمد العيش، مرجع سابق، ص12.

[3]. على سبيل المثال: المادة (1322) المتعلقة بالأعمال ذات التوقيع الخاص، والمادة (1325) المتعلقة بالعقود الملزمة لجانبين من نسختين، أو نسخ بعدد الأطراف المتعاقدة أصحاب المصلحة المتعارضة، والمادة (1326)، المتعلقة بالعقود الملزمة لجانب واحد، والتي تتضمن الالتزام بدفع مبلغ النقود، أو تسليم شيء مثلي، فيجب كتابة المبلغ أو الكمية بالأرقام والحروف.

[4]. مراد محمود يوسف مطلق، مرجع سابق، ص278.

التوقيع الإلكتروني الذي يجري بموجبه تحديد شخص الموقع ويضمن سلامة التصرف، وذلك بالشروط التي يتم تحديدها بمرسوم يصدر عن مجلس الدولة"[1].

وقد تطرق الجزء الثاني من المادة السابعة إلى التوقيع الإلكتروني فعرفه بأنه:" وسيلة ممكنة لكشف الهوية تضمن إرتباطه مع العقد المتصل به التوقيع" وبموجب هذا الإعتراف يقرر المشرع الفرنسي في أن العبرة من التوقيع تكمن في تكريس الوظائف التقليدية له، وهي تميز هوية الموقع وضمان إرتباطه بالمحرر، وبهذا يكون قد ساوى بين التوقيع الخطي والتوقيع الإلكتروني، بحيث أن مجرد تحقيق الوظائف المنصوص عليها في القانون تضفي الشرعية على التوقيع أيا كان شكله وإذا صدر التوقيع الإلكتروني من موظف رسمي عد محررا رسميا ولو كان إلكترونيا[2].

كما إن من شأن عدم تحديد التوقيع الإلكتروني بشكل معين كما فعل المشرع الأمريكي بالقانون أعلاه، عدم تقييد صور التوقيع الإلكتروني، مما يجعل من النص قابل للتأقلم والتلأءم مع أي تطور مستقبلي لأشكال التوقيع الإلكتروني الذي يخضع لتقنيات أخرى أكثر إستجابة للمتغيرات الناشئة عن التطور المذهل في مجال نظم المعلومات[3].

وبالفعل صدر مرسوم عن مجلس الدولة رقم 272 لسنة 2001 الخاص بتطبيق نص المادة 4/1316 معرفا للتوقيع الإلكتروني[4]، والذي ميز في تعريف التوقيع الإلكتروني بين نوعين، فأما النوع الأول فهو التوقيع الإلكتروني في صورته البسيطة ويتمثل في مجموعة من البيانات التي تنشأ عن إستخدام وسيلة آمنة لتحديد الشخص وتضمن صلته بالتصرف الذي وقع عليه، أما النوع الثاني فهو يتمثل في التوقيع الإلكتروني المؤمن، ويقصد به ذلك الذي يستوفي المتطلبات التالية:

ـ أن يكون خاصا بالموقع نفسه.

ـ أن ينشأ بفعل وسيلة تكون تحت سيطرة الموقع وحده،

---

1. إلياس ناصيف، مرجع سابق، ص238.
2. أسل كاظم كريم الصدام، مرجع سابق، ص69.
3. المرجع نفسه، ص69.
4. زروق يوسف، حجية وسائل الإثبات، مرجع سابق، ص224.

ـ أن يضمن إكتشاف أي تعديل لاحق يحدث في البيانات"[1].

كما صدر بإقتراح من مجلس الدولة الفرنسي المرسوم رقم 2002/535 بتاريخ 18 أبريل 2002، الذي تم بموجبه تحديد الشروط والضوابط الخاصة بإصدار شهادات التصديق الإلكتروني من أجل صحة التوقيع الإلكتروني ومراقبة مقدمي خدمات التصديق[2].

ومن جهة أخرى تعالج المادة1/228 (الجديدة) من قانون المرفعات الفرنسي مسألة التوقيع الإلكتروني وتقرر أنه " حينما يتمتع التوقيع الإلكتروني بقرنية الموثوقية، يستقل القاضي بتقرير ما إذا كانت العناصر التي يتخذها تبرر قلب هذه القرينة" وتعتبر هذه القاعدة الإجرائية للوهلة الأولى امتدادا لقرنية الموثوقية المنصوص عليها في المادة 1/1416 من القانون المدني الفرنسي[3].

وفضلا عما تقدم لم يربط القانون الفرنسي الصادر في 13 مارس 2000 موثوقية التوقيع الإلكتروني ـ وبالتالي حجية المحرر المرتبط به ـ بتقديم شهادة بصحة هذا التوقيع من أحد مقدمي خدمات التصديق الإلكتروني، وهي جهات محايدة تعترف بها الدولة، غير أن المرسوم الفرنسي رقم 2001/272 الصادر في 30 مارس 2001، ربط الإعتراف بموثوقية التوقيع الإلكتروني بتقديم شهادة تصديق إلكتروني مؤهلة صادرة عن مقدم خدمات تصديق معتمد، كما حرص المرسوم أيضا على وضع إطار قانوني لمقدمي خدمات التصديق الإلكتروني، وهو الأمر الذي من شأنه أن يقلل من مخاطر التزوير والغش وبالتالي يزيد من مصداقية المحرر الموقع إلكترونيا[4].

3 ـ في التشريع البريطاني: تناولت اللوائح المنظمة للتوقيعات الإلكترونية لعام 2002 تعريف التوقيع الإلكتروني في المادة الثانية منه، بأنه:

---

1. محمد محمد السادات، مرجع سابق، ص46،47.
2. أمينة أحمد محمد أحمد، مرجع سابق، ص326.
3. ثامر محمد سليمان الدمياطي، مرجع سابق، ص419.
4. المرجع نفسه، ص419.

" يعني بيانات على شكل إلكتروني تتصل بشكل منطقي ببيانات إلكترونية أخرى، وتستخدم كوسيلة مصادقة"[1].

إضافة إلى ذلك فقد عرف القانون المدني في لوكسمبرج[2]، التوقيع الالكتروني بأنه:" كل علامة صادرة من شخص تدل على إسمه أو على أي خاصية من خصائصه تعبر عن رضائه بالتعاقد أو التصرف"

أما بخصوص القانون السويسري، فقد عرفت المادة الثانية من القانون الفيدرالي السويسري لعام 2004 التوقيع الإلكتروني على أنه:" المعطيات الإلكترونية مجتمعة أو مرتبطة منطقيا بمعطيات إلكترونية أخرى تستخدم في التحقق من مصداقيته" وهو حسب القانون السويسري التوقيع الذي يفي بالمتطلبات الآتية:[3].

أ ـ أن يرتبط فقط بصاحبه.

ب ـ أن يسمح بالتعرف على الموقع.

جـ ـ أن يكون قد أنشئ بوسائل يحفظها الموقع تحت رقابته المنفردة.

د ـ أن يرتبط بالمعطيات التي يتعلق بها بحيث يمكن إكتشاف أي تغيير لاحق عليها.

أما التشريع الألماني فقد فرق بين التعريف العام للتوقيع الإلكتروني[4]، والتوقيع الإلكتروني المؤمن والتوقيع الالكتروني الموصوف.

ـ يندرج التوقيع الإلكتروني في رسالة بيانات أو يضاف إليها.

---

1. صفوان حمزة إبراهيم عيسى الهواري، مرجع سابق، ص176.
2. محمد مأمون سليمان، مرجع سابق، ص220.
3. لالوش راضية، مرجع سابق، ص19.
4. زينب بنعومر، الحجية القانونية للمستندات الالكترونية في التشريع المغربي، محكمة الاستئناف التجارية مراكش، المغرب، 2011/01/27، ص23.

ـ إشترط أن تكون الرسالة إلكترونية وأن يتم توقيعها بطريقة إلكترونية.

ـ هدفه هو تحديد هوية الموقع وموافقته على المعلومات الواردة في رسالة البيانات.

كما قامت معظم الدول الأوروبية في تعريفها للتوقيع الإلكتروني بنقل التعريف الوارد بتوجيه اللجنة الأوروبية رقم 1999/93 ومن بين تلك الدول نذكر منها:

النمسا حيث صدر قانون بالتوقيع الإلكتروني في الأول من يناير عام 2000، وفي بلجيكا صدر قانون في 30 نوفمبر 2001، وفي الدنمارك القانون رقم 417 في 31 مايو 2000، وفي إيرلندا أيضا تم نقل هذا التوجيه بالقانون رقم 27 لسنة 2000 الخاص بالتجارة الالكترونية[1].

البند الثالث: تعريف التوقيع الإلكتروني في التشريعات العربية.

لقد أوردت معظم الدول العربية في تشريعاته الخاصة بالتجارة الإلكترونية تعريفات حول التوقيع الإلكتروني، إذ جاءت التعريفات على النحو التالي:

1 ـ في القانون التونسي:

كانت الجمهورية التونسية من الدول السباقة في إصدار تشريع للتوقيع الإلكتروني والتجارة الإلكترونية، فقد أصدر المشرع التونسي القانون رقم 83 لسنة 2000م الخاص بالمبادلات والتجارة الإلكترونية[2].

فلقد أدرك المشرع التونسي قيمة الوثيقة الإلكترونية والتوقيع الإلكتروني خاصة مع تزايد إستخدام أجهزة الحاسوب التي أصبحت أداة رئيسية للمعاملات والتبادل الإلكتروني والإعتراف بالوسائل الحديثة والمعاصرة لنقل البيانات وتوثيقها قانونيا[3].

---

[1]. إيمان مأمون أحمد سليمان، مرجع سابق، ص250.

[2]. ابراهيم بن سطم بن خلف العنزي، مرجع سابق، ص44.

[3]. بوربابة صورية، مرجع سابق، ص28.

هذا وعلى الرغم من أن دولة تونس أصدرت تشريعيا لتنظيم المعاملات الإلكترونية والمذكور سابقا، إلا أن المشرع التونسي لم يورد تعريفا للتوقيع الإلكتروني، حيث اكتفى بوضع الأرضية اللازمة لإنشاء منظومة التوقيع الإلكتروني، ولذلك تناول تعريف العناصر المؤديى إلى هذا التوقيع، والذي يعتمد على شرح الفقه في تعريفه[1].

حيث تناول الفصل الثاني منه تعريف منظومة إحداث الإمضاء بأنها:" مجموعة وحيدة من عناصر التشفير الشخصية أو مجموعة من المعدات الشخصية المهيأة خصيصا لإحداث، إمضاء إلكتروني"، كما ورد في ذات الفصل تعريف منظومة التدقيق في الإمضاء بها أنها:" مجموعة من عناصر التشفير العمومية أو مجموعة من المعدات التي تمكن من التدقيق في الإمضاء الإلكتروني"[2].

كما قام المشرع التونسي في الباب الثاني من قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية رقم 83 لسنة 2000 بالنص على أحكام الوثيقة الإلكترونية والإمضاء الإلكتروني.

فجاء نصه كالآتي:" يعتمد قانونا حفظ الوثيقة الالكترونية كما يعتمد حفظ الوثيقة الكتابية.

ويلتزم المرسل بحفظ الوثيقة الإلكترونية في الشكل المرسلة به، ويلتزم المرسل إليه بحفظ هذه الوثيقة في الشكل الذي تسلمها به.

ويتم حفظ الوثيقة الإلكترونية على حامل إلكتروني يمكن من:

ـ الإطلاع على محتواها طلية مدة صلاحيتها.

ـ حفظها في شكلها النهائي بصفة تضمن سلامة محتواها،

ـ حفظ المعلومات الخاصة بمصدرها ووجهتها وكذلك تاريخ ومكان إرسالها أو إستلامها[3].

---

1. بلقنيشي حبيب، مرجع سابق، ص113.
2. الصالحين محمد العيش، مرجع سابق، ص12.
3. الفصل الرابع من قانون المبادلات والتجارة الالكترونية رقم 83 لسنة 2000.

يتبين من ذلك بالرغم من تبني المشرع التونسي للتوقيع الإلكتروني والتجارة الإلكترونية، إلا أنه لم يعرفه تعريفا وظيفيا[1]، والذي يرتكز على بيان الوظائف والأهداف من إستعمال كل توقيع أو إمضاء بل تبني تعريفا شكليا، حيث إقتصر فيه على الوسائل التي يتم بها هذا التوقيع بواسطة إستعمال منظومة موثوق بها يتم ضبط مواصفاتها التقنية بقرار من وزير الإتصالات، حيث جاء نص الفصل الخامس كما يلي:" يمكن لكل من يرغب في إمضاء وثيقة إلكترونية إحداث إمضائه الإلكتروني بواسطة منظومة موثوق بها يتم ضبط مواصفاتها التقنية بقرار من الوزير المكلف بالاتصالات"[2].

وفضلا عن ذلك فقد حدد الفصل السادس من الباب الثاني ضوابط معينة إذ نص على أنه:" يتعين على كل من يستعمل منظومة إمضاء إلكتروني:

ـ إتخاذ الإحتياطات الدنيا التي يتم ضبطها في القرار المنصوص عليه بالفصل الخامس من هذا القانون لتفادي كل إستعمال غير مشروع لعناصر التشفير أو المعدات الشخصية المتعلقة بإمضائه،

ـ إعلام مزود خدمات المصادقة الإلكترونية بكل إستعمال غير مشروع لإمضائه،

ـ الحرص على مصداقية كافة المعطيات التي صرح بها لمزود خدمات المصادقة الإلكترونية، ولكافة الأطراف التي طلب منها أن تثق في إمضائه"

2 ـ في القانون الأردني:

عرف المشرع الأردني التوقيع الإلكتروني في قانون المعاملات الإلكترونية في المادة الثانية منه بأنه:" البيانات التي تتخذ هيئة حروف أو أرقام أو رموز أو إشارات أو غيرها وتكون مدرجة بشكل إلكتروني أو رقمي أو ضوئي أو أي وسيلة أخرى مماثلة في رسالة معلومات أو مضافة عليها أو

1. بوربابة صورية، مرجع سابق، ص28.
2. الفصل الخامس من قانون المبادلات والتجارة الالكترونية التونسي,

مرتبطة بها ولها طابع يسمح بتحديد هوية الشخص الذي وقعها ويميزه عن غيره من أجل توقيعه وبغرض الموافقة على مضمونه"[1].

ويرد على تعريف التوقيع الإلكتروني في القانون الأردني الملاحظات الآتية[2].

1 ـ أشار التعريف إلى أن التوقيع هو عبارة عن بيانات وهذه البيانات تتخذ أشكالا مختلفة، فهي إما أن تكون على هيئة حروف أو أرقام أو رموز أو إشارات وهذه الصور والهيئات وردت على سبيل المثال لا الحصر.

2 ـ إشترط التعريف أن تكون البيانات مدرجة بشكل إلكتروني وهذا أمر بديهي فهو توقيع إلكتروني أو رقمي.

3 ـ إشترط التعريف في هذه البيانات أن تكون مدرجة في رسالة المعلومات والتي هي معلومات يتم إنشاؤها أو إرسالها أو تسليمها أو تخزينها بوسائل إلكترونية أو بوسائل مشابهة بما في ذلك تبادل البيانات الإلكترونية أو البريد الإلكتروني أو البرق أو التلكس أو النسخ البرقي، أو تكون مضافة إلى هذه الرسالة أو مرتبطة بها.

4 ـ يشترط التعريف أيضا أن تكون تلك البيانات ذات طابع يسمح بتحديد هوية الشخص الذي وقع رسالة البيانات وتميزه عن غيره، وأن يكون إدراجها أو إضافتها أو إرتباطها برسالة المعلومات بغرض الموافقة على مضمونها.

3 ـ في القانون الإماراتي.

تعتبر دولة الإمارات العربية من أحدث الدول العربية، وأكثرها تطورا في استخدام تكنولوجيا المعلومات والإتصالات وإزدهار التجارة الإلكترونية بها.

---

[1]. المادة الثانية من قانون المعاملات الأردنية رقم 58 لسنة 2001م.

[2]. غازي أبو عرابي، فياض القضاة، حجية التوقيع الالكتروني، دراسة في التشريع الأردني، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد 20، العدد الأول، 2004، ص170.

وتبعا لذلك قام الشيخ مكتوم بن راشد نائب رئيس دولة الإمارات وبصفته حاكما لإمارة دبي، بإصدار القانون رقم (2) لسنة 2002 بشأن المعاملات والتجارة الإلكترونية، إذ جاء في مقدمته، نحن بن راشد آل مكتوم حاكم دبي تحقيقا لتوجه حكومة دبي بإحلال الوسائل التقنية الحديثة في المعاملات والتبادل التجاري، وقد جاء هذا القانون مؤلفا من 39 مادة[1].

وعرف قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية رقم 2 لسنة 2002 في المادة الثانية منه، التوقيع الإلكتروني بأنه:" توقيع مكون من حروف أو أرقام أو رموز أو أصوات أو نظام معالجة ذي شكل إلكتروني وملحق أو مرتبط منطقيا برسالة إلكترونية وممهور بنية توثيق أو إعتماد تلك الرسالة"[2].

وهو نفس التعريف الذي جاء في القانون الاتحادي الإماراتي رقم (1) لسنة 2006 المتعلق بالمعاملات والتجارة الإلكترونية، والذي أصدره الشيخ خليفة بن زايد آل نهيان رئيس دولة الإمارات.

وقد ميز المشرع الإماراتي بين التوقيع الإلكتروني العادي والتوقيع الإلكتروني المحمي، حيث يشترك كل منهما أن ينطوي على بيان في صورة إلكترونية ملحق ببيان آخر أو مرتبط به منطقيا، غير أن التوقيع المحمي يتضمن ضوابط أشد صرامة من التوقيع العادي.

ويعامل المشرع الإماراتي التوقيع الإلكتروني، بإعتباره توقيعا إلكترونيا محميا إذا توافرت الشروط المنصوص عليها في المادة 17 من القانون الإتحادي رقم 1 لسنة 2006 بشأن المعاملات والتجارة الإلكترونية، أو الشروط المنصوص عليها في المادة 20 من قانون إمارة دبي حيث جاء نص المادتين كالآتي:

1 ـ يعامل التوقيع على أنه توقيع إلكتروني محمي، إذا كان من الممكن التحقق من إجراءات توثيق محكمة، منصوص عليها في هذا القانون أو معقولة تجاريا ومتفق عليها بين الطرفين، من أن التوقيع الإلكتروني كان في الوقت الذي تم فيه[3]:

---

1. بوربابة صورية، مرجع سابق، ص31.
2. المادة 2 من القانون رقم 2 لسنة 2002 بشأن المعاملات والتجارة الالكترونية الخاص بإمارة دبي.
3. ابراهيم عبيد علي آل علي، مرجع سابق، ص330.

أ ـ ينفرد به الشخص الذي إستخدمه.

ب ـ ومن الممكن أن يثبت هو ذلك الشخص.

جـ ـ وأن يكون تحت سيطرته التامة سواء بالنسبة لإنشائه أو وسيلة إستعماله وقت التوقيع.

د ـ وأن يرتبط بالرسالة الإلكترونية ذات الصلة به بطريقة توفر تأكيدا يعتمد عليه حول سلامة التوقيع، بحيث إذا تم تغيير السجل الإلكتروني فإن التوقيع الإلكتروني يصبح غير محمي.

2 ـ يعتبر الإعتماد على التوقيع الالكتروني المحمي معقولا مالم يثبت العكس".

ومن التعريف الأول للتوقيع الإلكتروني العادي، يلاحظ أنه تعريف عام و واسع، يشمل كل شكل من أشكال التوقيع التي يمكن أن تتخذ، ويكون من ورائها توثيق أو إعتماد السجل أو الرسالة الإلكترونية، أما التعريف الثاني فهو توقيع أكثر أمنا وثقة إذا ما حقق الشروط المنصوص عليها في المادة 20 بشأن قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية والمادة 17 من القانون الإتحادي رقم 01 لسنة 2006، بحيث يحوز في هذه الحالة على قوة ثبوتية في المعاملات الإلكترونية والتبادل الإلكتروني للبيانات، مماثلة لقوة التوقيع التقليدي في المعاملات الورقية[1].

وقد جمع المشرع الإماراتي في تعريفه للتوقيع الإلكتروني بين الجانب التقني والوظيفي كما جاء في تشريع الأونيسترال النموذجي بشأن التوقيعات الإلكترونية، وكذا التوجيه الأوروبي للتوقيع الإلكتروني، وقد كان أقرب لهذا الأخير من حيث الصياغة، فقد أوجز وظيفة التوقيع في التوثيق كما جاء في المادة الثانية من التوجيه الأوروبي[2].

1. بوربابة صورية، مرجع سابق، ص32.
2. براهمي حنان، مرجع سابق، ص139.

4 ـ في القانون البحريني.

عرف المشرع البحريني التوقيع الإلكتروني في المادة الأولى من قانون التجارة الإلكترونية الصادر في 14 سبتمبر 2002 بأنه: " معلومات في شكل إلكتروني تكون موجودة في سجل إلكتروني أو مثبتة أو مقترنة به منطقيا، ويمكن للموقع إستعمالها لإثبات هويته"[1].

ما يلاحظ على هذ التعريف أنه تعريف بسيط ويمكن القول أنه مشابهة لتعريف التوقيع الإلكتروني العادي والذي جاء به التوجيه الأوروبي، كما يمكن ملاحظه أنه نص على وظيفة واحدة وهي أنه يستعمل لإثبات هوية صاحب التوقيع، دون باقي الوظائف الأخرى والمتمثلة في موافقته على مضمون ما تم التوقيع عليه، وأنه دليل على حضوره، ولكن ربما أن المشرع البحريني قد إفترض هذه الوظيفة بمجرد التوقيع[2].

كما تطرق المشرع البحريني صراحة لصحة التوقيع الإلكتروني في المادة السادسة من ذات القانون والتي جاء نصها كما يلي[3]:"

1 ـ لا ينكر الأثر القانوني للتوقيع الإلكتروني، من حيث صحته وإمكان العمل بموجبه لمجرد وروده ـ كليا أو جزئيا ـ في شكل إلكتروني.

2 ـ إذا أوجب القانون التوقيع على مستند، أو رتب أثرا قانونيا على خلوه من التوقيع فإنه إذا إستعمل سجل إلكتروني في هذا الشأن، فإن التوقيع الإلكتروني عليه يفي بمتطلبات هذا القانون.

3 ـ إذا عرض بصدد أي إجراءات قانونية توقيع إلكتروني مقرون بشهادة معتمدة، قامت القرينة على صحة ما يأتي مالم يثبت العكس أو يتفق الأطراف على خلاف ذلك:

---

1. سمير حامد عبد العزيز الجمال، مرجع سابق، ص212.
2. بوربابة صورية، مرجع سابق، ص33.
3. المادة السادسة من المرسوم بقانون رقم 28 لسنة 2002 بشأن المعاملات الالكترونية للبحرين بتاريخ 2002/09/18. ج. ر، 2548.

أ ـ إن التوقيع الإلكتروني على السجل الإلكتروني هو توقيع الشخص المسمى في الشهادة المعتمدة.

ب ـ إن التوقيع الإلكتروني على السجل الإلكتروني قد وضع من قبل الشخص المسمى في الشهادة المعتمدة بغرض توقيع هذا السجل الإلكتروني.

جـ ـ إن السجل الإلكتروني لم يطرأ عليه تغيير منذ وضع التوقيع الإلكتروني عليه.

4 ـ إذا لم يتم وضع التوقيع الالكتروني باستعمال شهادة معتمدة، فإن قرينة الصحة المقررة بموجب أحكام هذا البند لا تلحق أيا من التوقيع أو السجل الإلكتروني". ومن خلال هذه المادة نستنتج أن المشرع البحريني قد أضفى على التوقيع الإلكتروني ذات الأهمية والثقة والحجية التي يتمتع بها التوقيع التقليدي.

5 ـ في نظام التعاملات الإلكتروني السعودي.

عرف نظام التعاملات الإلكتروني السعودي الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/18) بتاريخ 1428/3/8هـ، التوقيع الإلكتروني بأنه:" بيانات إلكترونية مدرجة في تعامل إلكتروني، أو مضافة إليه، أو مرتبطة به منطقيا، تستخدم لإثبات هوية الموقع وموافقته على التعامل الإلكتروني، وإكتشاف أي تعديل يطرأ على هذا التعامل بعد التوقيع عليه[1]"

كما نصت المادة الخامسة من الفصل الثاني على أنه"1 ـ يكون للتعاملات والسجلات والتوقيعات الإلكترونية حجيتها الملزمة، ولا يجوز نفي صحتها أو قابليتها للتنفيذ، ولا منع تنفيذها بسبب أنها تمت كليا أو جزئيا بشكل إلكتروني، بشرط أن تتم تلك التعاملات والسجلات والتوقيعات الإلكترونية بحسب الشروط المنصوص عليها في هذا النظام".

وتبين مما تقدم أن نظام التعاملات الإلكتروني السعودي وضع مفهوما عاما للتوقيع الإلكتروني دون أن يحدد شكلا معينا، كما أن هذا التوقيع يسمح بالإعتراف به بمجرد أدائه لوظائفه التي تتمثل

[1]. المادة الاولى الفقرة 14 من نظام التعاملات الالكترونية السعودي.

بتميز هوية الموقع وتحديدها، والتعبير بوضوح عن الرضا والقبول بمضمون المحرر الذي تم إصدار التوقيع بشأنه، والإلتزام بما يترتب عليه من آثار قانونية، في حال تأكيد سلامة المحرر وعدم العبث بمحتوياته، ونسبته إلى موقعه.

وقد ركز على أهم وظائف التوقيع الإلكتروني والمتمثلة في تحديد هوية الشخص الذي وقعها وتمييز الموقع عن غيره بهدف إلزامه بمضمن التصرف الذي أنشأ التوقيع من أجله.

هذا وقد سلك نظام التعاملات الإلكتروني السعودي نفس مسلك قانون الأونيسترال النموذجي عام 2001 الخاص بالتوقيع الإلكتروني في المادة الثانية منه[1].

وتجدر الإشارة إلى أن نظام التعاملات الإلكترونية السعودي عامل التوقيع الإلكتروني معاملة التوقيع الخطي، إذا تم إعداد هذا التوقيع وفقا لهذا النظام، كما أنه يتمتع بنفس الآثار التي يتمتع بها التوقيع الخطي، وهذا ما نصت عليه المادة الرابعة عشرة من الفصل الرابع المتضمن التوقيع الإلكتروني ونصها كالآتي:

1 ـ إذا اشترط وجود توقيع خطي على مستند أو عقد أو نحوه، فإن التوقيع الإلكتروني الذي يتم وفقا لهذا النظام يعد مستوفيا لهذا الشرط، ويعد التوقيع الإلكتروني بمثابة التوقيع الخطي، وله الآثار النظامية نفسها..."

6 ـ في قانون سلطنة عمان.

جاء تعريف التوقيع الالكتروني في قانون المعاملات الإلكترونية العماني الصادر بالمرسوم السلطاني رقم 2008/69 وبتاريخ 17 مايو 2008 بأنه" التوقيع على رسالة أو معاملة إلكترونية في شكل حروف أو أرقام أو إشارات أو غيرها ويكون له طابع متفرد يسمح بتحديد شخص الموقع وتمييزه عن غيره"[2].

---

[1]. إيناس الخالدي، حجية التوقيع الالكتروني في الاثبات، دراسة في نظام التعاملات الالكترونية السعودي، جامعة القصيم، بدون تاريخ نشر، ص9. متاح على الموقع www.qu.edu.sa

[2]. المادة الأولى من قانون المعاملات الالكترونية العماني.

ما يلاحظ على هذا التعريف أنه أجمع كل ما يمكن أن يدخل في مفهوم التوقيع الإلكتروني وذلك من حيث:

أ) ـ الأشكال والصور التي قد يتخذها التوقيع الإلكتروني من حروف أو أرقام أو إشارات أو غيرها، فيكون بذلك قد ترك المجال مفتوح أمام أي جديد يطرأ مستقبلا.

ب) ـ ركز على أهم وظائف التوقيع الإلكتروني والمتمثلة في تحديد هوية الشخص الذي وقعها، وتمييز الموقع عن غيره بهدف إلزامه بمضمون التصرف الذي أنشأ التوقيع من أجله.

7 ـ في القانون الفلسطيني.

يعرف مشروع قانون المبادلات والتجارة الالكترونية الفلسطيني لسنة 2003 التوقيع الالكتروني في المادة الاولى الفقرة 14 بأنه:" بيانات في شكل إلكتروني مدرجة في رسالة بيانات أو مضافة إليها أو مرتبطة بها منطقيا، يجوز أن تستخدم لتحديد شخصية الموقع بالنسبة إلى رسالة البيانات، ولبيان موافقة الموقع على المعلومات الواردة في رسالة البيانات"[1].

يلاحظ على المشروع الفلسطيني أنه اقتبس تعريف التوقيع الالكتروني حرفيا، من قانون الأونيسترال النموذجي بشأن التوقيعات الالكترونية[2].

من جهة أخر يتبين من تعريف مشروع قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية الفلسطيني للتوقيع الإلكتروني بأنه إعتمد مبدأ الحياد التقني إزاء التكنولوجيا، بعدم قصر التوقيع الإلكتروني على طريقة معينة بل إكتفى بضرورة أن تكون البيانات مدرجة بشكل إلكتروني لكي يعد التوقيع إلكترونيا، وذلك يدل على تأثر المشرع الفلسطيني بمبدأ الحياد التقني إزاء التكنولوجيا، كما أن هذا التعريف ركز على

[1] نص المادة الاولى/14 من مشروع المبادلات والتجارة الالكترونية الفلسطيني لعام 2003.

[2]. على أبو مارية، التوقيع الالكتروني ومدى قوته في الاثبات" دراسة مقارنة"، مجلة جامعة الخليل للبحوث، المجلد (5)، العدد(2)، 2010، ص108.

الوظائف التي يقوم بها التوقيع، وهي تحديد شخصية الموقع، وبيان موافقته على مضمون التصرف الموقع عليه، أي أنه جمع ما بين التعريف الوظيفي والتقني للتوقيع الإلكتروني[1].

ثم بين هذا القانون في فصله الثالث الشروط التي يجب مراعاتها عند التوقيع على رسالة البيانات[2]، بالإضافة إلى مراعاة الشروط والمواصفات الفنية والتقنية التي يصدر بشأنها قرار من الوزير المختص[3].

8 ـ في القانون المصري.

لم يكن المشرع المصري بمعزل عن مسايرة التطور التكنولوجي وانتشار إستخدام شبكة الأنترنت، وغيرها من وسائل الإتصال الحديثة في التفاوض على العقود وإبرامها، وما استتبع ذلك من ظهور نمط جديد من التوقيعات يستجيب لطبيعة تلك العقود، وهو" التوقيع الإلكتروني" وحرص على التدخل بمقتضى القانون رقم 15 لسنة 2004 بشأن تنظيم التوقيع الإلكتروني وإنشاء هيئة تنمية صناعة تكنولوجيا المعلومات ليسد الفراغ التشريعي في شأن تنظيم المعاملات الإلكترونية والتوقيعات الإلكترونية بهدف دعم التحول إلى عالم إلكتروني لا ورقي يأمن فيه كل متعامل على موله ومصالحه[4].

ويتمثل الهدف الأساسي من القانون في وضع قواعد قانونية خاصة لتنظيم التوقيع الإلكتروني، وبصفة خاصة من خلال إقرار تعريف خاص له، والإعتراف بالتكافؤ بين التوقيع الإلكتروني والتوقيعات الخطية متى استوفت الشروط التي يحددها القانون أو ترد في لائحته التنفيذية وأخيرا تحديده لشروط حجيته[5].

---

1. ألاء أحمد محمد حاج علي، التنظيم القانوني لجهات التصديق على التوقيع الالكتروني، رسالة لنيل شهادة الماجيستير، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، 2013، ص36.
2. المادة 21 من مشروع المبادلات و التجارة الالكترونية الفلسطيني لعام 2003.
3. المادة 20 من مشروع المبادلات والتجارة الالكترونية الفلسطيني لعام 2003.
4. ثامر محمد سليمان الدمياطي، مرجع سابق، ص420.
5. المرجع نفسه، ص420.

وجاء تعريف القانون المصري للتوقيع الإلكتروني في المادة الأولى الفقرة ج من قانون التوقيع الإلكتروني المصري رقم 15 لسنة 2004 " ما يوضع على محرر إلكتروني ويتخذ شكل حروف أو أرقام أو رموز أو إشارات أو غيرها ويكون له طابع متفرد يسمح بتحديد شخص الموقع ويميزه عن غيره".

ووفقا للفقرة (هـ) من ذات القانون فإن الموقع هو:" الشخص الحائز على بيانات إنشاء التوقيع ويوقع عن نفسه، أو عن من ينيبه أو يمثله قانونا"[1].

بينما عرف مشرع قانون التجارة الإلكترونية المصري التوقيع الإلكتروني بتعريف مقارب لهذا التعريف حيث عرفه بأنه:" حروف أو أرقام أو رموز أو إشارات لها طابع متفرد تسمح بتحديد شخص صاحب التوقيع وتمييزه عن غيره"[2].

هذا التعريف يعتبر تعريفا مختلطا يجمع بين التعريف التقني والتعريف الوظيفي فهو قد حدد شكل التوقيع الإلكتروني بأنه يتخذ شكل حروف أو أرقام أو رموز أو إشارات، وأضاف التعريف كلمة (وغيرها) حتى يسمح بدخول أي وسيلة جديدة تظهر مع التطور التكنولوجي في هذا التعريف، ولكنه في شقه الوظيفي، عندما تعرض للوظائف التي يجب أن يحققها التوقيع، لم يتعرض إلا لوظيفة واحدة وهي تحديد هوية الموقع، دون الإشارة إلى الوظيفة الثانية المتعلقة برضاء الموقع على ما تم التوقيع عليه[3].

---

1. إياد أحمد سعيد الساري، مرجع سابق، ص122.

2. المادة الأولى من مشروع قانون التجارة الالكترونية المصري، مشار له لدى :إبراهيم بن سطم بن خلف العنزي، مرجع سابق، ص45.

3. سامح عبد الواحد محمد التهامي، مرجع سابق، ص286.

9 ـ في التشريع الجزائري.

عرف المشرع الجزائري التوقيع الإلكتروني من خلال القانون رقم 04/15 المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين بقوله:" التوقيع الإلكتروني بيانات في شكل إلكتروني مرفقة أو مرتبطة منطقيا ببيانات إلكترونية أخرى، تستعمل كوسيلة توثيق"[1].

لقد أقر المشرع الجزائري في هذا النص بأن التوقيع الإلكتروني يعتبر وسيلة توثيق، كما جاء تعريفه للتوقيع تعريفا عاما يسمح بإتساع نطاقه[2].

هذا وقد بين المشرع الجزائري من خلال هذا القانون الوظائف التي يؤديها التوقيع الإلكتروني والمتمثلة في توثيق هوية الموقع وإثبات قبوله مضمون الكتابة في الشكل الإلكتروني[3].

وأخيرا نجد أن المشرع يعتد فقط بالتوقيع الإلكتروني الموصوف وهو وحده المماثل للتوقيع المكتوب سواء كان لشخص طبيعي أو معنوي متى رعيت فيه الشروط والمتطلبات المنصوص عليها في هذا القانون[4].

المبحث الثاني: أشكال وظائف التوقيع الإلكتروني.

أدى تطور الوسائل التقنية لنقل وتبادل المعلومات، وما إرتبط بها من ظهور دعامات جديدة للكتابة تختلف في طبعتها عن الدعامات الورقية التقليدية، وظهور تعاملات جديدة لم تكن معروفة من قبل، وبزوغ نوع جديد للتوقيع يتناسب مع طبيعة الوسائل التقنية الحديثة اصطلح على تسميته بـ"التوقيع الإلكتروني" إلى حدوث فجوة واسعة بين الواقع والقانون فرضت ضرورة إعادة النظر في المبادئ

1. الفقرة الأولى من المادة الثانية من الفصل الثاني من قانون التوقيع والتصديق الالكترونيين الجزائري.
2. أرجيلوس رحاب، مرجع سابق، ص169.
3. المادة السادسة من الفصل الاول من الباب الثاني من قانون التوقيع والتصديق الإلكترونيين الجزائري.
4. المواد 7و8 من الفصل الأول من الباب الثاني.

التقليدية لقانون الإثبات وخاصة للتوقيع في الشكل الكتابي التي صيغت معالمه في السياق الورقي[1]، من أجل الإعتداء بهذا الوافد الجديد ومنحه قيمة قانونية في الإثبات تتناسب مع الدور الذي يؤديه في إطار المعاملات الإلكترونية[2].

إتضح لنا من خلال تعريف التوقيع الإلكتروني أن غالبية التعريفات ركزت على كيفية إنشاء التوقيع الإلكتروني من غير تحديد لصوره وذلك لكي تفتح المجال لما تفرزه لها تكنولوجيا المعلومات من صور أخرى هذا من جهة، ومن جهة أخرى تركيزها على ما يقوم به التوقيع الإلكتروني من وظائف بتحديده لهوية الشخص الموقع وإلزامه بما جاء في مضمون العقد الإلكتروني الموقع من قبله[3].

وعلى ذلك فسوف تتعرض الدراسة فيما يلي لصور وأنواع التوقيع الإلكتروني ثم لبيان مدى قيامها بالوظائف نفسها التي يقوم بها التوقيع التقليدي وذلك في مطلبين على النحو التالي:

المطلب الأول: أشكال التوقيع الإلكتروني.

المطلب الثاني: وظائف التوقيع الإلكتروني.

المطلب الأول: أشكال التوقيع الإلكتروني.

إن إختلاف التقنية المستخدمة في تشغيل منظومة التوقيع الإلكتروني أدت إلى ظهور أشكال مختلفة له، فكل تقنية تستخدم في إحداث توقيع إلكتروني يكون لها منظومة تشغيل تختلف عن الأخرى فإذا كان التوقيع التقليدي، وعلى ما حددته التشريعات وما أتجه إليه القضاء، له أشكالا مختلفة يتمثل

---

[1]. محمد المرسي زهرة، الحاسوب والقانون، مؤسسة الكويت للتقدم العلمي، سلسلة الكتب المتخصصة، الطبعة الأولى، 1995، ص108.، محمد محمد أبو زيد، تحديث قانون الاثبات، مكانة المحررات الالكترونية بين الأدلة الكتابية، 2002، ص76، مشار له لدى بلقنيشي حبيب، مرجع سابق، ص119.

[2]. المرجع نفسه ، ص 119.

[3] علاء حسين مطلق التميمي, مرجع سابق, ص 182.

بين توقيع بالإمضاء، وتوقيع ببصمة الأصبع وتوقيع بالختم الشخصي في بعض التشريعات، فإن للتوقيع الإلكتروني أشكالا مختلفة أيضا ومتعددة يجمع بينها قيامها على وسائط رقمية، وإستخدامها لتقنيات، تستطيع أن تحول بعض الصفات المميزة للشخص والأرقام والحروف إلى بيانات ينفرد صاحبها بإستعمالها من أجل توقيع مستندات وعقود رقمية[1].

ولا شك لدينا في أن المستقبل مليء بعشرات الصور التي ستظهر للتوقيع الإلكتروني، فمع كل تقنية جديدة ستظهر لنا قدرات جديدة على إنشاء أنماط جديدة للتوقيع الإلكتروني[2].

وهذا ما نصت عليه المادة الثالثة من قانون الأونيسترال النموذجي بشأن التوقيعات الإلكترونية، حيث نصت على أنه "لا تطبق أي من أحكام هذا القانون بإستثناء المادة الخامسة بما يشكل إستعبادا أو تقييدا أو حرمانا من مفعول قانوني لإي طريقة لإنشاء توقيع إلكتروني تفي بالإشتراطات المشار إليها في الفقرة الأولى من المادة السادسة، أو تفي على أي نحو آخر بمقتضيات القانون المطبق " وهو ما أشار إليه صراحة دليل الاشتراع التفسيري لهذا القانون عند التعليق على هذه المادة[1].

لهذا فقد عرفت في وقتنا الحاضر العديد من الصور للتوقيع الإلكتروني نتناولها فيما يلي:

الفرع الأول: التوقيع البيومتري.

تمتاز هذه الطريقة بتطورها في مجال التوقيعات الإلكترونية، لإعتمادها على تكنولوجيا البصمات والخواص الحيوية الطبيعية، فيستخدم فيها المميزات الفيزيائية والسلوكية والطبيعية للإنسان، ويشمل التوقيع البيومتري العديد من الطرق تتمثل في البصمة الشخصية، التحقق من نبرة الصوت،

---

[1]. الصالح محمد العيش, الكتابة الرقمية طريقا للتعبير عن الإرادة ودليلا للإثبات, توزيع منشأة المعارف،الطبعة الأولى، مصر،2008، ص 177 .

[2]. نور خالد عبد المحسن العبد الرزاق، حجية المحررات والتوقيع الإلكتروني في الإثبات عبر شبكة الانترنت، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس،2009، ص 73 .

[3]. سعود مطلق جلال السهلي، التوقيع الالكتروني (دراسة مقارنة بين مصر والكويت)، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه، كلية الحقوق جامعة القاهرة، 2016، ص95.

مسح العين البشرية أو ما يعرف ببصمة القزحية، خواص اليد البشرية، التعرف على الوجه، التوقيع الشخصي والذي يتم تحويله إلى توقيع إلكتروني وبصمة الشفاه[1].

ويتم التحقق من شخصية العميل مع هذه الطرق البيومترية، عن طريق تخزين هذه الخواص على جهاز الحاسب الآلي بطريقة التشفير، ويعاد فك هذا التشفير للتحقق من صحة التوقيع وذلك لمطابقة صفات وسمات العميل المستخدم للتوقيع مع الصفات التي تم تخزينها على جهاز الحاسب الآلي ولا يسمح له بالتعامل إلا في حالة المطابقة[2].

والملاحظ أن إختلاف الخواص المميزة لكل إنسان تختلف عن تلك التي تميز غيره، قد جعل من التوقيع البيومتري والذي يرتكز على هذه الخصائص، وسيلة إثبات موثوق بها لتمييز الشخص وتحديد هويته كموقع بشكل دقيق، وهو ما يفتح المجال واسعا لإستخدامه في إثبات التصرفات التي تتم عبر الوسائط الإلكترونية[3].

ويعيب التوقيع البيومتري إمكان مهاجمتها أو نسخها، إذ من الممكن أن تخضع الذبذبات الحاملة للصوت أو صورة بصمة الأصبع أو شبكة العين للنسخ وإعادة الإستعمال كما يمكن إدخال تعديلات عليها من قراصنة الحاسب الآلي عن طريق فك شفرتها، فضلا عن أن هذا التوقيع ذات تكلفة عالية نسبيا الأمر الذي جعلها قاصرة على بعض الإستخدامات المحددة[4].

لدى يمكن القول أن تأمين الثقة في التوقيع البيومتري يتطلب إستخدام منظومة بيانات إنشاء التوقيع الإلكتروني مؤمنة، بحيث تضمن إنتقاله دون القدرة على التلاعب فيه، فضلا عن توافر الضوابط الفنية والشروط القانونية اللازمة للإعتداد به كحجة في الإثبات، ويمكن أن يتحقق ذلك عن طريق تأمينه من خلال التصديق عليه من جهات معتمدة مرخص لها بممارسة هذا العمل، وتخضع لرقابة الدولة، بحيث تكفل التحقق على نحو دقيق من شخصية الموقع والحفاظ على سرية التوقيع وحمايته، وتوفير وسائل الأمان له مما يضفي عليه مزيد من الثقة لدى المتعاملين عبر تقنيات

---

[1] . علي أبو مارية، مرجع سابق، ص 113 .

[2]. عبد العزيز المرسي حمود، مرجع سابق، ص36.

[3]. زروق يوسف، حجية وسائل الإثبات، مرجع سابق، ص 249.

[4]. مخلوفي عبد الوهاب، مرجع سابق، ص 207.

الإتصال، كما أن التطور المذهل في مجال نظم المعلومات والإتصالات يمكن أن يوفر ذلك، وبالتالي فإن المستقبل يفتح ذراعيه ليحتضن هذا النوع من التوقيع[1].

ولقد أعتمد المشرع الجزائري هذا النمط من التوقيع بغية الاستفادة من هذه التقنية لما تنطوي عليه من سمات محددة لهوية الموقع بدقة، وذلك من خلال إصدار قرار مؤرخ في 19 جويلية 2010 والمتضمن إصدار جواز السفر وبطاقة التعريف البيومتريين، وهذا إستجابة للمنظمة العالمية للطيران والتي دعت دول العالم إلى إصدار جواز السفر البيومتري[2].

الفرع الثاني: التوقيع من خلال القلم الإلكتروني.

التوقيع بالقلم الإلكتروني هو آلية موجزة للتوقيع الإلكتروني تتضمن نقل التوقيع الخطي إلى الحاسوب بإستخدام القلم الإلكتروني، وتخزينه على أي دعامة إلكترونية، وذلك عن طريق قيام الشخص بوضع توقيعه يدويا بإستخدام هذه الأداة إما على شاشة حاسوب تكون معدة لهذا الغرض، وتتوافق مع هذه التقنية، أو على لوح رقمي مهيأ للكتابة عليه، وعندئذ يحلل التوقيع الخطي بواسطة الحاسوب ويخزن مجموعة من القيم التي يمكن أن تضاف إلى رسالة البيانات[3].

ويتم التوقيع بإستخدام الحاسب الآلي وفق هذه الطريقة بإتباع الخطوات الآتية[4].

1ـ يتم تغذية الكمبيوتر ببيانات صاحب التوقيع كالإسم واللقب والصناعة ومحل الإقامة ومحل العمل وصفته كموقع، وغير ذلك من البيانات المميزة لشخصيته.

2 ـ بعد عملية التغذية هذه تظهر على شاشة الكمبيوتر التعليمات اللازمة لإجراء التوقيع وتحديد المساحة التي يمنح فيها توقيعه على شاشة الكمبيوتر، مع العلم أن هذه المساحة تظهر على الشاشة في شكل مربع صغير.

---

[1] . علاء حسين مطلق التميمي، مرجع سابق، ص 188.

[2]. زروق يوسف، حجية وسائل الإثبات، مرجع سابق، ص250.

[3]. بلقنيشي حبيب، مرجع سابق، ص120.

[4]. نور خالد عبد المحسن العبد الرازق، مرجع سابق، ص 95 ،96 .

و يجب أن يلاحظ هنا أنه لا يشترط أن يكون التوقيع الحاصل بالقلم الإلكتروني هو ذات التوقيع اليدوي المتعارف عليه لهذا المستخدم فقد يكون التوقيع بالقلم الإلكتروني متمثلا في إشارات أو علامات أخرى.

3 ـ يضع المستخدم توقيعه على شاشة الكمبيوتر داخل المربع المحدد لذلك مستخدما القلم الإلكتروني المذكور، فيظهر على شاشة الجهاز ذات التوقيع الذي وضعه المستخدم.

4 ـ يقوم برنامج الكمبيوتر بإلتقاط سمات التوقيع الذي وضعه المستخدم من شكل المنحنيات والخطوط والإلتواءات وغيرها من سمات التوقيع كسرعة حركة القلم مثلا.

5 ـ بعد إقرار التوقيع الثابت على شاشة الكمبيوتر عن طريق الضغط على مفتاح يفيد إختيار التوقيع بشكل نهائي يقوم برنامج الكمبيوتر بتجميع كافة البيانات الثابتة على الشاشة والتي تم تغذيته بها من قبل ويحتفظ بها بعد تشفيرها.

إذا كان تزوير هذه الصورة من صور التوقيع الإلكتروني يفوق في الصعوبة تزوير التوقيع على المستندات الورقية، ذلك أن عملية المقارنة بين التوقيع بالقلم ونسخة التوقيع بخط اليد تتم من خلال تقنية تتسم بدقة كبيرة بحيث يسهل إكتشاف التزوير، فإنها لا تتمتع بأي درجة من الأمان اللازم توافرها بالتوقيع حتى يمكن الإعتداد بها في الإثبات، إذ أن المرسل إليه صورة التوقيع يستطيع أن يحتفظ بصورة من ذلك التوقيع ثم يعيد وضعها على أي وثيقة من الوثائق المحررة على الوسائط الإلكترونية وينسبها لصاحب التوقيع[1].

وأيا كانت الإنتقادات التي يمكن أن توجه إلى هذا النوع من أنواع التوقيع الإلكتروني، إلا أنه لا يمكن إنكار الجهود المبذولة، التي يقوم بها علماء التقنية والاتصالات لتطوير هذه الوسائل والوصول إلى أفضل الحلول، والتي يمكن أن تضفي على هذا النوع من التوقيع مزيدا من الحماية والأمان،

[1]. بلقاسم حامدي، مرجع سابق، ص 214.

وبالتالي توفر الثقة لدى المتعاملين في مجال الحماية الإلكترونية، وهذا يؤدي في النهاية الى مواكبة ركب التطور في هذا العالم الإلكتروني الجديد[1].

الفرع الثالث:التوقيع عن طريق البطاقة المقترنة بالرقم السري(التوقيع الكودي):

يتم هذا التوقيع عن طريق إدخال بطاقة ممغنطة في آلة مناسبة، ثم إدخال الرقم السري، و الضغط على زر الموافقة لإتمام العملية المطلوبة، و هذا النوع من التواقيع الالكترونية هو الشائع في أجهزة الصرف الألي (ATM) لدى المصارف للحصول على كشف حساب أو سحب مبالغ نقدية أو تحويلات مالية إلى حساب آخر. و من أجل تخطي إشكالية قوة الثبوتية لهذه الوسيلة عمدت المصارف إلى إبرام إتفاق خاص مع العميل للإعتراف بحجيتها الكاملة في الإثبات[2].

و تكمن دقة هذا النظام في أنه يشتمل على رقم سري متميز و فريد بصاحبه، بالتالي لو عثر على البطاقة فلا يستطيع أي شخص إستخدامها ما لم يكن على علم بالرقم السري، و هذا نادرا ما يحدث إلا بإهمال شديد من قبل حامل البطاقة الذي يمكنه تفادي ذلك عن طريق مخاطبة المصرف بوقف العمل بالبطاقة، وإلا فإن هذه البطاقة والرقم السري قد يحقق وظائف التوقيع بكفاءة عالية أكثر من الإمضاء والختم والبصمة رغم انفصال الرقم السري عن صاحب البطاقة[3].

ويتم إستعمال التوقيع الكودي بكثرة على شبكة الأنترنت، فمثلا المواقع الإلكترونية المشفرة، لا يمكن الدخول فيها إلا للمشترك في هذا الموقع، وذلك بعد إدخال الكود السري الذي تم منحه له سابقا، والمخزن على ذاكرة الكمبيوتر الذي يقوم بإدارة الموقع، بحيث لا يتم السماح له بالدخول في الموقع إلا بعد إدخال هذا الكود السري، كما أنه لا يمكن للشخص الدخول على صندوق البريد الإلكتروني الخاص به إلا بعد إدخال الكود السري فلا يتم فتح البريد الإلكتروني إلا بعد أن يقوم صاحبه بإدخال

---

1. سعود مطلق جلال السهلي، مرجع سابق، ص 100.
2. ابراهيم عبيد علي آل علي، مرجع سابق، ص343.
3. أيمن علي حسين الحوثي ، التوقيع الالكتروني بين النظرية و التطبيق ، دار المطبوعات الجامعية ، الاسكندرية ، مصر، 2011 ، ص 44.

الكود السري، كما أنه في التعاقد عبر شبكة الأنترنت من خلال الموقع، يتم إدخال الكود السري للبطاقة المصرفية، حتى يتم الوفاء عبر شبكة الأنترنت بثمن المشتريات التي قام المشتري بالتعاقد عليها مع الشركة صاحبة الموقع الإلكتروني[1].

وقد إستقر القضاء الفرنسي حديثا على قبول هذه الصورة للتوقيع الإلكتروني في الإثبات بعدما رفضها في البداية، حيث ثار نزاع بين عميل وبنك حيث أحتج هذا الأخير على العميل بالشريط الورقي المستخرج من الجهاز التابع له كدليل لإثبات عملية السحب التي تمت من قبل العميل، حيث رفضت محكمة "Sete" الفرنسية هذا التوقيع على إعتبار أنه يصدر عن جهاز الصراف الآلي التابع للبنك وليس العميل، وبالتالي هو لا يعبر عن إرادته مثل التوقيع التقليدي، لذلك لا يمكن قبول الشريط الناتج عن هذه العملية، وهذا لكون الجهاز تحت سيطرة مالكه ويخضع لإرادته وحده، إلا أن محكمة استئناف مونبيليه أصدرت حكما في 9 أبريل 1987 ألغت بموجبه الحكم الصادر عن محكمة "Sete" وأخذت بالتوقيع بإستخدام الرقم السري، هذا الحكم الذي يعد بمثابة أول حكم قضائي فرنسي يعترف بصحة و حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات[2].

وقد أيدت محكمة النقض الفرنسية (الدائرة الأولى) في 8 نوفمبر 1989، الحكم الذي أصدرته محكمة إستئناف مونبيليه، كما أيد الفقه حكم محكمة النقض الفرنسية معتبرا أن التوقيع بإستخدام الرقم السري لا يصدر عن جهاز الصرف الآلي وإنما من خلاله، فقيام العميل بإدخال البطاقة الممغنطة بفتحة الجهاز الآلي ثم كتابة الرقم السري يعني أن العميل قد وقع على العملية ولكن بواسطة الجهاز الآلي، فالجهاز يقوم بذات مهمة القلم في التوقيع بمعنى أنه وسيلة في أداء التوقيع[3].

تجدر الإشارة إلى أن المشرع الجزائري قد واكب التطورات بأن إعترف بهذا النوع من التوقيعات وذلك بموجب المادة 543 مكرر من القانون التجاري الجزائري حيث قسم البطاقات إلى نوعين بطاقات دفع وبطاقات سحب تصدرها البنوك أو الهيئات المالية المؤهلة قانونا وذلك بقولها: "تعتبر بطاقة دفع

---

1. سامح عبد الواحد محمد التهامي، مرجع سابق، ص290.
2. زروق يوسف، حجية وسائل الإثبات، مرجع سابق، ص 254.
3. علاء حسين مطلق التميمي، مرجع سابق، ص،186.

كل بطاقة صادرة عن البنوك والهيئات المالية المؤهلة قانونا وتسمح لصاحبها بسحب أو تحويل الأموال.

تعتبر بطاقة سحب كل بطاقة صادرة عن البنوك والهيئات المالية المؤهلة قانونا وتسمح لصاحبها فقط بسحب الأموال[1].

لكن رغم ذلك فإن هذا التوقيع عرضة أيضا لمخاطر التزوير، حيث كلما تطورت التقنية في هذا الجانب، كلما تناسبت الأساليب الإجرامية معها، وبالتالي تطورت تقنيات التزوير[2].

الفرع الرابع: التوقيع الرقمي.

يقصد بالتوقيع الرقمي "بيانات أو معلومات متصلة بمنظومة بيانات أخرى أو صياغة منظومة في صورة شفرة "، ويتم تحويل المحرر المكتوب بإستخدام العمليات الحسابية من أسلوب الكتابة العادية إلى معادلة رياضية، وتحويل التوقيع إلى أرقام، ولكي يكتمل المحرر من الناحية القانونية، فيجب وضع التوقيع عليه وذلك بإضافة أرقام إلى المعادلة الرياضية حتى يكتمل المحرر[3].

تتطلب هذه الطريقة من التوقيع أن يكون هناك نوعين من المفاتيح، مفتاح عام ومفتاح خاص، وبموجب المفتاح العام يستطيع أي شخص قراءة الرسالة أو البيانات المعروضة، لكنه لا يستطيع التعديل عليها إلا إذا كان يملك المفتاح الخاص، وإذا ما أراد الدخول في الإلتزام والتوقيع عليه، فإن عليه أن يستخدم مفتاحه الخاص ليضع توقيعه ويعيد إرسال البيانات أو الرسالة مرة أخرى إلى مصدرها، وبحيث لا يستطيع الطرف الأول أن يعدل على الرسالة الثانية بعد توقيعها[4].

---

1. ازرو محمد رضا, مرجع سابق، ص 214.
2. براهمي حنان، مرجع سابق، ص 150.
3. ثروت عبد الحميد، التوقيع الالكتروني، مرجع سابق، ص62.
4. إبراهيم بن سطم بن خلف العنزي، مرجع سابق، ص57.

فالتوقيع الرقمي يقوم على تقنية التشفير، والتي تعرف بأنها: "منظومة تقنية حسابية تستخدم مفاتيح خاصة لمعالجة وتحويل البيانات والمعلومات المقروءة إلكترونيا بحيث تمنع إستغلال المعلومات إلا عن طريق إستخدام أو فك مفاتيح الشفرة"[1].

ونظام التشفير ليس جديدا، بل تم إستخدامه منذ فترة من قبل المستهلكين والتجار في مجال المعاملات المصرفية، عن طريق بطاقات الإعتماد، ومع ذلك فلم يتم التنظيم التشريعي لهذا النظام إلا في بعض القوانين الحديثة، ففي فرنسا مثلا صدر أول مرسوم يتعلق بوسيلة التشفير بتاريخ 18 نيسان 1939، ثم صدر تعديل له بالمرسوم الصادر في18 شباط 1986، ثم صدر القانون الفرنسي رقم 90/1170 بتاريخ 29 كانون الأول 1990 حيث تضمنت المادة 28 منه تعريف التشفير بأنه:" كتابة المعلومات في شكل رموز، بإستخدام وسائل مادية، أو معالجة آلية، بحيث يتعذر على الغير فهمها"[2]، وقد سمح هذا القانون للمشاريع الصغيرة والأفراد بإستخدام التشفير، بعدما كان مقتصرا على المجالات العسكرية والحكومية، وبتاريخ 24 شباط 1998 صدر المرسوم رقم 98/101 الذي وضع الضوابط المتعلقة بإستخدام التشفير[3]، وطرق التشفير المعتمدة تتخذ صورتين، الصورة الأولى نظام التشفير بالمفتاح المماثل أو ما يسمى بالنظام السيمتري، أما الصورة الثانية من طرق التشفير فتعرف بنظام التشفير المزدوج وهو ما يعرف بالنظام الأسيمتري، وفيما يلي توضيح لهذين النظامين.

1ـ نظام الإغلاق والفتح الموحد(التشفير بالمفتاح المماثل).

وطريقة تشغيل هذا النظام تعتمد على مفتاح موحد لإغلاق بيانات المحرر الإلكتروني وفتحها، ومفتاح الإغلاق والفتح عبارة عن معادلة رياضية ـ يمثلها نظام معين ـ تعمل على تحويل البيانات إلى نص رقمي ذي رموز غير مقروءة، ومن الأنظمة الأكثر شهرة وإستخداما نظام(DES) ونظام (RCA)، وآلية عمل هذين النظامين قائمة على تغيير تسلسل الأحرف[4]، ولتبادل المحررات

---

1. الفقرة التاسعة من المادة الأولى من اللائحة التنفيذية لقانون التوقيع الإلكتروني المصري رقم 15 لسنة 2004 م.
2. محمد السعيد رشدي، مرجع سابق، ص55.
3. إلياس ناصيف، مرجع سابق، ص243.
4. وسيم شقيق الحجاز، الاثبات الالكتروني، منشورات صادة ، بيروت، 2002، ص201، مشار له لدى : بلقنيشي حبيب، مرجع سابق، ص124.

الإلكترونية لابد أولا من أن يبعث المرسل المفتاح الذي أغلق به بيانات المحرر للمرسل إليه حتى يتكمن هذا الأخير من فتح المحرر والإطلاع عليه، وعملية تبادل المفتاح بين المرسل والمرسل إليه تشكل إحدى عيوب هذا النظام، إذ لابد من اللجوء إلى وسيلة اتصال آمنة يبلغ من خلالها المرسل إليه مفتاح فتح الإغلاق، وهذا بالإضافة إلى أنها تتطلب وقتا، فهي تشكل خطورة على بيانات المحرر الإلكتروني المنقولة، ولذلك فإن التعامل بنظام الإغلاق والفتح الموحد مقصور على الأشخاص الذين تربطهم علاقه تعارف مسبقه، وأيضا هذا النظام فعال في الشبكات المغلقة، وعلى الرغم من هذه الإنتقادات إلا أن هذا النظام له ميزتان الأولى أنه لا يحتاج إلى حاسب آلي ذي تقنيه متطورة، والثانية السرعة والسهولة في إجراء عملية غلق و فتح بيانات المحرر الالكتروني[1].

2ـ نظام التشفير المزدوج.

ونظرا لإقتصار الطريقة الأولى من التشفير على مفتاح واحد يتم تداوله بين المرسل والمرسل إليه مما يفقد الثقة والأمان بهذه الطريقة مما أدى إلى قلة التعامل بطريقه التشفير السيمتري، و تم إستبداله بنظام التشفير المزدوج، هذا و لابد من الإشارة الى أنه يوجد نوعان من المفاتيح هما مفتاح عام يسمح لكل شخص مهتم القيام بقراءة رساله البيانات عبر شبكه الأنترنت، ولكن دون أن يتمكن من إدخال أي تعديل عليها، ومفتاح خاص يمكن للعميل من وضع توقيعه على رسالة البيانات إذا ارتضى بمضمونها وأراد الإلتزام بها، ثم يقوم بإعادتها إلى مصدرها ومرفقا بها توقيعه في ملف بحيث لا يمكن لمصدرها اجراء أي تعديل به لأنه لا يملك المفتاح الخاص بصاحب التوقيع[2].

ولنضرب المثال التوضيحي الآتي[3]:

لو افترضنا أن(أ) يريد أن يرسل إلى(ب) رساله إلكترونيه موقعة إلكترونيا فعليه أن يتبع الخطوات التالية:

---

1. بلقنيشي حبيب، مرجع سابق, ص 124.
2. عمروعبد الفتاح علي يونس، مرجع سابق، ص 569.
3. عبد العزيز المرسي حمود، مرجع سابق، ص 39 ، 40.

1 ـ يقوم بتحرير الرسالة في صورتها العادية المقروءة ولتكون هذه الرسالة هي: عزيزنا: أحضر لتسلم العمل.

2 ـ يقوم بخلط وتقطيع كلمات الرسالة بإستخدام برنامج حاسوبي لهذا الغرض فتحول الرسالة من كتابة عادية الى صورة مختزلة، أي تصبح الرسالة ذو طول محدد أيا كان طولها الأصلي، و هذه الصورة المختزلة عبارة عن رمز أو علامة فريدة، ولنفترض أن العلامة الناتجة للرسالة المشار إليها هي كالاتي: 1010110101.

3 ـ تشفير الرمز السابق من خلال برنامج محدد يسمى برنامج التشفير بالمفتاح الخاص بالمرسل(أ) فيكون الناتج هو التوقيع الرقمي ولنفترض أن هذا التوقيع هو كالاتي:101011010.

4 ـ إلحاق التوقيع الرقمي السابق بالرسالة، ولنفترض أن الرسالة مقترنة بالتوقيع تأخذ الشكل التالي : 1010110101

5 ـ إرسال الرسالة عبر الشبكة الإلكترونية الى المرسل إليه(ب).

ولكي يتمكن المرسل إليه (ب) من قراءة الرسالة، فعلية أولا فك شفرتها من خلال المفتاح العام لمرسل الرسالة(أ) الذي يقوم بإرساله الى مستلم الرسالة (ب).

وعن طريق هذا المفتاح العام و بإستخدام برنامج التشفير الخاص بالحاسب الآلي يمكن المرسل إليه من فك شفرة الرسالة وتحويلها من صورتها الرقمية إلى صورته الأصلية المقروءة.

من العرض السابق للتوقيع الرقمي، يتضح أن التوقيع الرقمي يستطيع أن يقوم بتحقيق الوظائف الأساسية التي يقوم بها التوقيع الخطي، وهي التحقق من هوية الموقع، والوظيفة الثانية إظهار رضاء الموقع بمضمون المحرر الموقع عليه، ولكن يتبين لنا أن التوقيع الرقمي يقوم بوظائف أخرى غير تلك الوظائف، فمثلا هو يضمن سرية المعلومات التي تتضمنها المعاملات والرسائل الإلكترونية، حيث لا يمكن قراءه هذه الرسائل الا ممن أرسلت اليه وذلك عن طريق تقنيه التشفير، كما

أنه يحقق سلامة المحرر الإلكتروني وذلك لضمان أن محتويات الرسالة الموقع عليها إلكترونيا لم يتم تغيير مضمونها ولم يتم التلاعب في بياناتها لاعمدا ولا عن غير عمد[1].

ويستلزم هذا النمط من أنماط التوقيع إيجاد جهة متخصصة في إصدار هذه المعادلات(المفاتيح) بناء على طلب العملاء، و إصدار شهادات تفيد صحه توقيع العملاء بموجبها، وبالتالي إستيفاء العنصر الجوهري لإستكمال الدليل الكتابي المعتد به في الإثبات[2].

وقد نصت المادة الأولى من القانون الكويتي رقم (20/ 2014) على أن:" أداة التوقيع الإلكتروني : جهاز أو بيانات إلكترونيه معدة بشكل فريد لتعمل مستقله أو بالإشتراك مع أجهزه و بيانات إلكترونية أخرى على وضع توقيع إلكتروني لشخص معين، وتشمل هذه العملية أية أنظمة أو أجهزة تنتج أو تلتقط بيانات فريدة مثل رموز أو مناهج حسابيه أو حروف أو أرقام أو مفاتيح خصوصية أو أرقام تعريف الشخصية أو خواصها[3].

لقد أطلق المشرع الجزائري على المفتاح الخاص أو المفتاح العام تسمية مفتاح التشفير الخاص و مفتاح التشفير العمومي، وعرفهما في المادة 2 الفقرة 8 والفقرة 9 من قانون التوقيع والتصديق الالكترونيين بقوله في الفقرة 8 :"مفتاح التشفير الخاص: هو عبارة عن سلسلة من الأعداد يحوزها حصريا الموقع فقط، وتستخدم لإنشاء التوقيع الإلكتروني ويرتبط هذا المفتاح بمفتاح تشفير عمومي.

أما الفقرة 9 فجاء نصها كالأتي، مفتاح التشفير العمومي: هو عبارة عن سلسلة من الأعداد تكون موضوعة في متناول الجمهور بهدف تمكينهم من التحقق من الإمضاء الإلكتروني وتدرج في شهادة التصديق الإلكتروني"[4].

---

[1]_ A .F.FAUSSE,la signture électronique, transactions et confiance surintenet, DUNOD, 2001,p85ets, مشار له لدى: سامح محمد عبد الواحد التهامي، مرجع سابق، ص298.

[2]. حسن عبد الباسط جميعي، اثبات التصرفات، مرجع سابق، ص43.

[3]. سعود مطلق جلال السهلي، مرجع سابق، ص110.

[4]. أزرو محمد رضا، مرجع سابق، ص 217.

ويظهر لنا أن التوقيع الرقمي يحقق أعلى درجات الثقة والأمان لعدة أمور هي[1]:

أولا: بإستخدام التوقيع الرقمي يتحقق الإرتباط بين المستند الكتابي والتوقيع الوارد عليه.

ثانيا: يضمن عدم إمكان التدخل في مضمون التوقيع أو مضمون المحرر الذي يرتبط به.

ثالثا: يؤدي إلى التحقق من هوية الموقع و أن الرسالة الموقعة منه تنسب إليه، فلا يمكن للموقع إنكار أن المستند الموقع منه لا ينسب إليه، ويرجع ذلك إلى الإرتباط التام بين المفتاح العام والخاص.

رابعا: يعبر بطريقة واضحة عن إرادة صاحب الإلتزام بالتصرف القانوني وقبوله لمضمونه، وبذلك فهو يحقق كافة الشروط التي يتطلبها القانون في المحرر لكي يصلح لأن يكون دليلا كتابيا كاملا.

خامسا: التوقيع الرقمي يحقق سرية المعلومات التي تتضمنها المحررات الالكترونية، حيث لا يمكن قراءة تلك المحررات إلا ممن أرسلت اليه و باستخدام المفتاح العام للمرسل.

غير أنه يجب عدم الخلط بين أمرين وهما تشفير التوقيع و تشفير الرسالة، فإذا كان يتفقان على أنه يمكن تشفيرهما، الا أن الفارق أن تشفير الرسالة الإلكترونية يشملهما بأكملهما بما في ذلك التوقيع، لكن في حالة تشفير التوقيع فقط، فإن أمر التشفير يقتصر على التوقيع فقط دون الرسالة[2].

مما سبق نخلص إلى أن صور التوقيع الالكتروني تتباين في ما بينها من حيث درجه الثقة والأمان، وذلك بحسب الإجراءات المتبعة في إصدارها وتأمينها والتقنيات التي تتيحها، ولا شك أن هذه التقنية في تطور مستمر و متواصل بهدف إيجاد نظام آمن يضمن حفظ الحقوق.

المطلب الثاني: وظائف التوقيع الالكتروني.

يعد التوقيع الشرط المهم والجوهري في كيان الدليل الكتابي المعد للإثبات نتيجة للدور أو الوظيفة التي يؤديها في الإثبات، فهو المصدر الوحيد لحجية ما ورد في المحرر من بيانات أو

---

[1] مخلوفي عبد الوهاب، مرجع سابق، ص 210.

[2]. إيمان مأمون أحمد سليمان، مرجع سابق، ص271.

إقرارات، وهو تصرف يقصد به إقرار الموقع لما هو مدون في المحرر، ودليل مادي مباشر على حصول الرضا في إنشائه، ويكفل تحديد هوية من ينسب إليه المحرر ويضمن سلامته من أي تعديل أو تحريف[1].

ومع نهاية القرن الماضي وتحت ضغط الثورة المعلوماتية والإستخدام المتزايد للوسائل التكنولوجية الحديثة التي لا تعتمد على الورق كوسيلة لنقل المعلومات بين طرفي التعامل و لا تعتمد على التوقيع التقليدي، ظهر لنا كل من المحرر الإلكتروني والتوقيع الإلكتروني وإعترفت بها معظم النظم القانونية في مجال التصرفات القانونية التي تتم عبر دعامات إلكترونية[2].

وبظهور التوقيع الإلكتروني ثارت التساؤلات حول إمكانية إعتماد هذا النوع من التوقيعات في إستكمال عناصر الدليل الكتابي الكامل، ويرجع هذا التساؤل بالنظر إلى الخصائص المادية الفريدة التي يتميز بها التوقيع الإلكتروني بالمقارنة بالتوقيع التقليدي الذي يضعه الشخص بخط يده على المحرر الكتابي الذي تتم تهيئته ليكون دليلا في الإثبات[3].

ونظرا للأهمية الكبرى التي يكتسبها التوقيع الإلكتروني، نحاول إبراز أهم الوظائف التي يؤديها التوقيع الإلكتروني على النحو الآتي:

الفرع الأول: تحديد هوية الموقع.

الحقيقة أن الشرط الجوهري للتوقيع في هذا السياق لا يتعلق بالإتصال المادي بين التوقيع في ذاته وصاحبه، و إنما يكمن في قدرة التوقيع على تحديد هوية الموقع و تميزه عن غيره بصرف النظر عن شكله أو وسيلة إصداره، لذلك في هذا الإطار إتجه واضعوا القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية إلى تحديد الضوابط التي يجب أن تتوافر في التوقيع في شكله الإلكتروني، حتى يكون قادرا على أداء

---

[1]. عباس العبودي، التعاقد عن طريق وسائل الاتصال الفورية وحجيتها في الاثبات المدني، دراسة مقارنة"، مكتبة دار الثقافة والنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 1997، ص234.، مشار له لدى: ثامر محمد سليمان الدمياطي، مرجع سابق، ص358.

[2]. نور خالد عبد المحسن العبد الرزاق، مرجع سابق، ص55.

[3]. حسن عبد الباسط جميعي، اثبات التصرفات القانونية، مرجع سابق، ص43.

وظائف التوقيع التقليدي، حيث يستفاد من نص المادة السابعة[1] من القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية عام 1996 المعنية بتحديد مصطلح التوقيع، أن كل تقنية تمكن من تحديد هوية الشخص و تمييز شخصيته على نحو قاطع و يقيني، وتبين موافقته على مضمون المحرر و تكون كفيلة بالمحافظة على المعلومات التي يحتويها المحرر، فإنها تكون مستوفية للشروط المتطلبة للتوقيع و يمكن الإعتماد عليها كذلك في الإثبات، وهي مسألة موضوعية تخضع لتقدير محكمة الموضوع[2].

وفي الحالة التي لا يكون التوقيع كاشفا عن هوية صاحبه فانه ببساطة لا يعتد به ولايؤدي دوره القانوني في إسباغ الحجية على السند ، من ذلك مثلا أن يقع التوقيع بإسم وهمي أو كنية غير صحيحة أو بشفرة مغايرة للشفرة المعتمدة إلكترونيا[3].

هذا وقد إستلزمت المادة 1316 الفقرة 4 من قانون التوقيع الإلكتروني الفرنسي، لحجية التوقيع الإلكتروني:" أن يتم بإستخدام وسيلة آمنة لتحديد هوية الموقع وضمان صلته بالتصرف الذي وقع عليه."، و أفصحت المادة (1/ج) من قانون التوقيع الإلكتروني المصري عن حقيقة التوقيع الإلكتروني بأنه:" يكون له طابع متفرد يسمح بتحديد شخص الموقع ويميزه عن غيره".

وكذلك نص المشرع الجزائري على هذه الوظيفة المنوطة بالتوقيع الإلكتروني في نص المادة 327 من القانون المدني والتي تنص"..... ويعتد بالتوقيع الإلكتروني وفق الشروط المذكورة في المادة 323 مكرر 1 أعلاه" إضافة إلى المادة 327 مكرر 1، وهي شروط الكتابة الإلكترونية والتي من بينها

---

1. تنص على أنه" عندما يستلزم القانون توقيع شخص ما (على المحرر) فإن رسالة البيانات تعتبر مستوفية لهذا الشرط إذا:

أ ـ استخدمت طريقة لتحديد هوية ذلك الشخص والتدليل على موافقته على المعلومات الواردة ضمن رسالة البيانات.

ب ـ إذا كانت تلك الطريقة جديرة بالتعويل عليها بالقدر المناسب للغرض الذي أنشئت أو بلغت من أجله رسالة البيانات وفي ضوء كل الظروف".

2. تامر محمد سليمان الدمياطي، مرجع سابق، ص364.

3. عبد الرسول عبد الرضا، محمد جعفر هادي، المفهوم القانوني للتوقيع الالكتروني، دراسة مقارنة، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، العدد الأول، السنة الرابعة، جامعة بابل، العراق، 2012، ص 164.

التدليل على هوية الشخص الذي صدرت عنه، و هذا ما يدل على أن المشرع الجزائري لا يفرق بين الكتابة و التوقيع و لا بد من الفصل بين الاثنين[1].

و لقد عرف المشرع الجزائري الموقع في المادة 3 مكرر[2]بأنه : " شخص طبيعي يتصرف لحسابه الخاص أو لحساب الشخص الطبيعي أو المعنوي الذي يمثله و يوضع موضع التنفيذ جهاز إنشاء التوقيع الإلكتروني."، هنا عمد المشرع الجزائري إلى تحديد هوية الموقع أو شخصيته بتعبير عن الحساب الخاص للموقع أو حساب الشخص الطبيعي أو المعنوي الذي يمثله، بمعنى حدد ذاتية الشخص أو ذمته.

كما عرف المشرع الجزائري في نفس المادة مصطلح الشهادة الالكترونية بأنها: " وثيقة في شكل الكتروني، تثبت الصلة بين معطيات فحص التوقيع الإلكتروني والموقع" و يعني بها التحقق من هوية الشخص الموقع من خلال الشهادة الإلكترونية[3].

هذا و قد نصت المادة السادسة من القانون المتعلق بالتوقيع والتصديق الالكترونيين على مايلي: " يستعمل التوقيع الإلكتروني لتوثيق هوية الموقع و إثبات قبوله مضمون الكتابة في الشكل الإلكتروني"[4].

و بالرجوع للمشرع المغربي نجده قد أكد بدوره على ضرورة توفر هذه الوظيفة في التوقيع الإلكتروني، وهو ما أكده في الفقرة الاخيرة من الفصل 2 ـ417 من قانون الالتزامات والعقود بعد

---

1. زروق يوسف ، حجية وسائل الإثبات، مرجع سابق ، ص 24.

2. المرسوم التنفيذي رقم 162/07 المؤرخ 30 ماي 2007 ، ج ، ر، ع ، 37 الصادرة بتاريخ 7جوان2007، ص 13، الذي يعدل ويتمم المرسوم التنفيذي 123/01 والمتعلق بنظام الاستغلال المطبق على كل نوع من أنواع الشبكات.

3. حامدي بلقاسم، مرجع سابق، ص216.

4. قانون رقم 04/15 مؤرخ في 11 ربيع الثاني عام 1436 الموافق أول فبراير سنة 2015 ، يحدد القواعد العامة المتعلقة بالتوقيع و التصديق الالكتروني، ج ، ر ،ع .6، بتاريخ 10 فبراير2015، ص8.

التعديل ، حيث يتعين إستعمال وسيلة تعريف موثوق بها، هذه الوسيلة تقوم بالتعريف بصاحب التوقيع و بالتالي تحديد هويته[1].

و رغم أن المشرع المغربي قد اعتبر التوقيع الإلكتروني مماثل للتوقيع اليدوي ـ من خلال القانون 53/05 ـ في كونه يحدد نفس الوظائف المبتغاة من التوقيع، إلا أن جانبا من الفقه يرفض هذه المماثلة بين كلا التوقيعين، رغم أن الاختلاف لا يكمن في الوظيفة التي يحققها التوقيع سواء الإلكتروني أو العادي، و إنما يكمن في الوسيلة المتبعة لتضمين هذا التوقيع[2].

ويرى جانب من الفقه أن إجراء التوقيع عبر تقنيات الإتصال الحديثة بإستخدام إشارات أو رموز أو أرقام معينة، يعتبر بمثابة توقيع بالختم، و يتحقق به حجية الورقة الممهورة بالتوقيع الإلكتروني، ومن هنا فإن الإدعاء بإستخدام هذه البيانات بدون رضا صاحبها، يجب أن يكون عن طريق الطعن بالتزوير، حيث يقع على عاتق المدعي عبء الإثبات، بما يتوافق مع الأحكام المقررة بشأن التوقيع عن طريق الختم عند إنكار صاحبه إستخدامه برضاه[3]، بيد أن الختم هنا هو:" ختم رقمي مشفر يملك مفتاحه صاحب الختم"[4]، وينبغي أن يتم في ضوء معايير وضوابط فنيه تمنع إختراقه أو سؤ إستخدامه من الغير.

وبإستعراض أنواع التوقيع نجدها تتفاوت بقدرتها على تحقيق وظيفة تحديد هوية الموقع، فنجد أن هناك بعض أشكال التوقيع الإلكتروني تفتقد للمصداقية بسبب عدم دقتها في تحديد هوية أصحابها[5]، وهناك أشكال أخرى للتوقيع الإلكتروني تتوقف مقدرتها على تحديد هوية أصحابها على

---

1. محمد محروك، مرجع سابق، ص15.
2. المرجع نفسه، ص16.
3. أحمد شوقي محمد عبد الرحمان، النظرية العامة للالتزام، أحكام الالتزام والاثبات في الفقه وقضاء النقض، النسر الذهبي للطباعة، القاهرة، مصر، 2004، ص363،364.
4. يونس عرب، العقود الإلكترونية (أنظمة الدفع والسداد الإلكتروني)، 2003 ، ص 14 . مشار له لدى :سمير حامد عبد العزيز الجمال ,مرجع سابق، ص230
5. كالتوقيع بالمسح الضوئي.

نوعية وحداثة التقنية المستخدمة في تشغيل منظومة التوقيع[1]، وأخيرا هناك أشكال للتوقيع الإلكتروني لها القدرة على تحديد هوية أصحابها بشكل مساو للتوقيع التقليدي[2].على النحو الاتي:

أولا: التوقيع بقياسات الخواص الحيوية.

كنتيجة للتمييز والتفرد الذي تتم به القياسات الناشئة على الخواص الحيوية لإعضاء جسم الإنسان، كبصمة الأصبع، بات للتوقيع الإلكتروني بواسطه قياسات الخواص الحيوية ـ على الرغم من ندرة لإستخدامها ـ دور في التحديد الدقيق لهوية صاحب تلك القياسات، حيث يتم مقارنة قياسات الخواص الحيوية لإعضاء معينة في الجسد، بالقياسات المحفوظة لدى قاعدة بيانات الشخص الثالث المعتمد الذي يتولى التحقق من تلك الهوية، والتي عادة ما يتم إسناد تلك المهمة إليه تحقيقا للحيادية من وسائل التأمين التي يستخدمها، والقياسات المحفوظة في قاعدة البيانات التي يمتلكها[3].

ثانيا: التوقيع باستخدام القلم الإلكتروني (peN–op).

فالتوقيع بهذا الشكل يحتاج الى حساب آلي مزود بوحدة القلم الإلكتروني الخاصة به حماية له من الإختراق من قبل الغير، فإنه يمكن القيام بوظيفة تحديد هوية الموقع، إلا أن التطور الذي تشهده الحاسبات الآلية قد يشكك في تحقيق هذا الشكل من التوقيعات لوظيفة تحديد الهوية، فقد يستطيع من له مهارة في إستخدام الحاسب الآلي التقاط التوقيع أثناء نقله وإستخدامه في تزوير المستندات، لذا لابد من أن تكون التقنية التي تستخدم في التوقيع القلم الالكتروني ذات درجة عالية من توفير الأمان[4].

ثالثا: التوقيع الرقمي.

عندما يقوم أحد أطراف المعاملة الإلكترونية عبر شبكه الأنترنت بالتوقيع رقميا على المحرر الإلكتروني مستخدما في ذلك المفتاح الخاص الذي يملكه، فإن الطرف الثالث المعتمد يتولى بواسطه

---

1. كالتوقيع بالقلم الإلكتروني والتوقيع بالخواص الفيزيائية للإنسان.
2. علاء حسني مطلق التميمي، مرجع سابق، ص 201.
3. محمد محمد سادات، مرجع سابق، ص 193.
4. علاء حسين مطلق التميمي، مرجع سابق، ص 202.

المفتاح العام، معرفة مدى صحة المفتاح الخاص المستعمل، ومن ثم تحديد هوية مستخدمه، كما يحدد ما إذا كان هذا الموقع لا تزال لديه الصلاحية لإستخدام زوجي المفاتيح والتوقيع بهما إلكترونيا من عدمه[1].

أما عن الشكل الأخير من التوقيعات الإلكترونية والذي يفتقد لأي مصداقية التوقيع بواسطة المسح الضوئي، وذلك راجع لكون أن نقل التوقيع على شبكه الأنترنت بمجرد النسخ أو التصوير لا يحقق أي ثقة في تحديد شخصية من صدر عنه هذا التوقيع، إذ أن أي شخص يستطيع أن يتلقف هذه الصورة ويستخدمها كيفما يشاء، ولعل هذا هو السبب في التصور السائد بعدم صلاحية التوقيع الإلكتروني في القيام بوظيفة التوقيع التي نظمه المشرع في نصوص الاثبات[2].

وأخيرا يجب الإشارة الى أنه قد ظهرت في مختلف الدول شركات متخصصة وتقنيات متطورة من أجل تنفيذ عملية حماية التوقيع الإلكتروني و تأمينها، و قد أشار المشرع الأردني في المادة 32/ب من قانون المعاملات الإلكترونية إلى ضرورة إصدار شهادة التوثيق من جهة مرخصة أو معتمدة سواء في الأردن أو في دولة أخرى، كما أن هذه الشهادة تعتبر موثقة إذا صدرت عن دائرة حكومية أو جهة تم الإتفاق بين الاطراف عليها[3].

كما أن المشرع الجزائري أشار إلى شهادة التصديق في المادة 15 من قانون التوقيع و التصديق الإلكترونيين و ذلك من أجل تأمين التوقيع الإلكتروني و خدمات الفحص الإلكتروني و تحديد شخص الموقع، و إرتباط التوقيع الإلكتروني بالموقع دون سواه.

هذا وهناك مسألة أخرى تتمثل بتحديد هوية الموقع، و تميزه عن غيره، و هي الخاصة بتحديد أهلية الشخص للتوقيع على المحرر، و التأكد من سلطاته لإبرام التصرف القانوني، و خاصة إذا كان الشخص الذي يتولى التوقيع ليس طرفا في العمل القانوني المراد إبرامه، كما لو كان وكيلا[4]، أو وليا

1. محمد محمد سادات، مرجع سابق، ص 193.
2. حسن عبد الباسط جميعي، اثبات التصرفات القانونية، مرجع سابق، ص45.
3. يوسف أحمد النوافلة ، مرجع سابق ، ص72.
4. المادة 12 من قانون التجارة الالكترونية البحريني الصادر في 2002/09/12، مرسوم بقانون رقم 28 سنة 2002.

أو وصيا على القاصر، أو ممثلا عن الشخص المعنوي، إذ يجب عليه في هذه الحالة أن يحدد هويته بأنه يوقع بإسمه شخصيا، و أن يوضح مصدر سلطته في التوقيع كما لو كان توكيلا أو حكما قضائيا أو قرارا صادرا من شخص معنوي يمثله بموجب تفويض، و لا يجوز للوكيل أو الوصي أو الولي هنا أن يوقع بإسم المؤكل أو الصغير أو أن يقلد توقيعه، ما لم يكن التوقيع قد تم ببصمة الختم، وكان ذلك في حضور صاحب الختم أو برضاه[1].

ومفاد ما تقدم، أنه إذا كان التوقيع الإلكتروني المعتمد على تقنيات التشفير يؤدي وظيفة تحديد هوية الموقع بصورة مؤكدة التي ظل التوقيع التقليدي يحققها منذ زمن طويل، إلا أنه يلاحظ مع ذلك وجود إختلاف في لحظة تدخله ـ لأداء هذه الوظيفة ـ وموضوع هذا التدخل من ناحية: لم يعد يمكن تصور التوقيع ـ ببساطة ـ على أنه تأكيد لاحق للمعاملة لأغراض الإثبات، وإنما أصبح شرطا لتمييز الموقع عن غيرة، ومن ثم شرطا لإثبات المعاملة، ومن ناحية أخرى: في حين لم يكن يسمح التوقيع التقليدي بالإستدلال على هوية الموقع على نحو مؤكد، أصبح التوقيع الإلكتروني المعتمد على التشفير يسمح بذلك بشكل يقيني، وبالتالي لم يعد يوجد مجال للإنتظار حتى ينشب النزاع للبحث في مدى صحة التوقيع كما هو الشأن في أغلب الأحوال بصدد المحررات الموقعة باليد[2].

الفرع الثاني: التعبير عن إرادة صاحب التوقيع.

الوظيفة الثانية التي يقوم بها التوقيع، هي إظهار إرادة الموقع بالإلتزام بمحتويات التصرف القانوني، وهذه من أهم الوظائف للتوقيع الإلكتروني حيث يعتبر التوقيع على السند بوجه عام، تعبيرا عن إرادة صاحبه بمضمون التصرف القانوني وإقراره له، ولا فرق أن يكون التوقيع تقليديا، بأن يدون على محرر ورقي سواء بخط اليد أو بصمة الأصبع، أو يكون توقيعا إلكترونيا يتخذ شكل رموز أو إشارات أو أرقام توضع على بيانات المحرر الرقمي الذي يتم على دعائم رقمية[3].

---

1. ثروت عبد الحميد، التوقيع الالكتروني، مرجع سابق، ص37.
2. تامر محمد سليمان الدمياطي، مرجع سابق، ص 366.
3. الصالحين محمد العيش، مرجع سابق، ص 186.

ويعد التوقيع من وسائل التعبير عن الإرادة التي يتطلبها القانون من الشخص لإنشاء تصرف قانوني سواء كان هذا التصرف عقد أو إرادة منفردة والإلتزام به، وقد أكد القانون المدني الجزائري الصادر بالأمر، رقم 58/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المعدل والمتمم[1]، على ذلك عندما أعتبر أن التعبير عن الإرادة والإلتزام بالتصرف قد يكون باللفظ وبالكتابة وبالإشارة المتداولة عرفا والمبادلة الفعلية الدالة على التراضي وهو يعد من طرق التعبير الصريح عن الإرادة[2].ونجد أنه ـ أي التوقيع ـ نوع من الكتابة سواء كان إمضاء أو ختم يوضع على السند المكتوب لتحديد هوية الشخص والتعبير عن إرادته بالموافقة على مضمونه، وهو مرتبط بالدور التاريخي للورق كدعامة مميزة في العقود، بحيث أنه يوضع في آخر العقد وذلك لإمكانية التأكد بشكل تام بالإلتزام بكامل العقد ويكون شاهدا على نية الملتزم بمضمون العقد الموقع عليه[3].

والمشرع المغربي من خلال حديثه عن التوقيع الإلكتروني فإنه جعل من هذا التوقيع كائنا من خلال إرتباطه بالوثيقة المتصلة به، هذا الإرتباط في حد ذاته تعبيرا عن موافقته على مضمون السند، إذ أقر بذلك صراحة في الفقرة الأخيرة من الفصل 2 ـ417 من قانون الإلتزامات والعقود بعد التعديل والتي جاء فيها: "عندما يكون التوقيع إلكترونيا، يتعين إستعمال وسيلة تعريف موثوق بها تضمن إرتباطه بالوثيقة المتصلة به"[4].

وبالرجوع إلى المادة11 من قانون البيانات الأردني نجد أنها تنص على ما يأتي: "من أحتج عليه بسند عادي وكان لا يريد أن يعترف به، وجب عليه أن ينكر صراحة ما هو منسوب إليه من خط أو توقيع أو خاتم أو بصمة أصبع، وإلا فهو حجة عليه".

---

1. المادة 60 من القانون المدني الجزائري رقم58/75 المؤرخ في 1975/09/26 المعدل المتمم والتي تنص على أنه: "التعبير عن الارادة يكون باللفظ وبالكتابة, أو بالإشارة المتداولة عرفا, كما يكون باتخاذ موقف لا يدع أي شك في دلالته على مقصود صاحبه, ويقابلها المادة 79 من القانون المدني العراقي والمادة 93 من القانون المدني الاردني, والمادة 90 من القانون المدني المصري.

2. غازي أبو عرابي، فياض القضاة، مرجع سابق، ص 175.

3. علاء حسين مطلق التميمي، مرجع سابق، ص202.

4. محمد محروك، مرجع سابق، ص 16.

يتضح من هذا النص أن مجرد توقيع الشخص على سند يعني أنه يقر بما ورد فيه وأنه يعلم بمضمونه مالم يقم بنفي ذلك، وإن عدم إنكار الشخص للتوقيع المنسوب إليه على السند العادي، يعني الإقرار بأن الخط والتوقيع الموجود على السند هو توقيع عائد له[1].

وقد أشارت لهذه الوظيفة العديد من التشريعات الإسترشادية الدولية وكذلك التشريعات الوطنية الداخلية على غرار قانون الأونيسترال لسنة 1996 في المادة 7 منه والتي تنص: "..التدليل على موافقة ذلك الشخص على المعلومات الواردة في رسالة البيانات"[2]، ومن التشريعات الداخلية نجد قانون المعاملات الإلكترونية الأردني والذي نص في المادة 32/ب على أنه: "ب ـ إذا لم يكن السجل الإلكتروني أو التوقيع الإلكتروني موثقا فليس له أي حجية"، فالتوقيع الإلكتروني الموثوق والمؤمن والصادر وفق الضوابط الفنية والتقنية قرنية على أن الموقع قد وافق على مضمون المحرر الإلكتروني والبيانات الواردة فيه مالم يثبت خلاف ذلك"[3].

وقد قضت محكمة النقض المصرية بأن " ثبوت صحة التوقيع بعدم إنكاره صراحة كافية لإعطاء الورقة حجيتها في أن صاحب التوقيع قد ارتضى مضمونها والتزم بها مؤداه إعطاء الورقة حجيتها."[4]، ويستوي في ذلك أن يكون التوقيع تقليديا، بأن يدون على المحرر الورقي سواء بخط اليد أو بصمة الأصبع أو بصمة الختم، أو أن يكون توقيعا إلكترونيا، بأن يتخذ شكل رموز أو أرقام أو إشارات توضع على بيانات المحرر الإلكتروني الذي يتم على دعائم إلكترونية وتحفظ في حوزة صاحبها، ومن ثم لا يعلمها غيره[5].

ويرى بعض الفقه الفرنسي بأن التوقيع على عقد مثلا، تصرف قانوني بحد ذاته ـ إتجاه الإرادة إلى إحداث أثر قانوني معين ـ إلا أنه تصرف لاحق للتصرف القانوني الرئيسي معززين رأيهم، بأن المشرع الفرنسي عرف التوقيع الإلكتروني في المادة 4/1316 من القانون المدني بعد أن عرف الدليل

---

1. غازي أبو عرابي، فياض القضاة، مرجع سابق، ص 175.
2. زروق يوسف، حجية وسائل الإثبات، مرجع سابق، ص 242.
3. يوسف أحمد النوافلة، مرجع سابق، ص 73
4. سمير حامد عبد العزيز الجمال، مرجع سابق، ص232.
5. نجوى أبو هيبة، مدى حجية التوقيع الإلكتروني ، مرجع سابق، ص447.

الكتابي والكتابة الإلكترونية بأنه :" التوقيع اللازم لإستكمال المحرر لوجوده، يحدد هوية من هو منسوب إليه..." وهو بهذا وسيلة تحديد هوية وعنصر لازم الوجود في المحرر الإلكتروني[1].

وبهذا الصدد نورد حكما قضائيا يوضح ما تم التطرق إليه، وهذا الحكم القضائي الصادر بتاريخ 22 مارس 1999 والذي تتلخص وقائعه بأن مجلس التحكيم قد أصدر قرار حكم في إحدى منازعات العمال و أرباب العمل ضد شركة (Chalets Boisson) يقضي بدفع تعويض إلي الأخير (B.Gros) بسبب فصله التعسفي من الشركة، قررت الشركة الطعن والإستئناف لفسخ الحكم الصادر ضدها كون مساعد مكتب محامي الشركة قام بنسخ عريضة الإستئناف على حاسبه الآلي، ثم إستخدم جهاز المسح الضوئي (scanner) لإضافة توقيعة على عريضة الإستئناف، نازع وكيل المستأنف عليه (الأجير) في عريضة الإستئناف، حيث دفع بعدم صحة التوقيع بواسطة جهاز المسح الضوئي، وبناءا على دفع وكيل المستأنف فأصدرت المحكمة وهي محكمة الإستئناف Besancon بعد أن أشارت إلى عدم الرجوع إلى قانون رقم 2000/230 في 13 مارس 2000، لعدم صدور مرسوم التطبيق، قرارا بعدم قبول الطعن بالإستئناف معللة حكمها بعدم تمثيل التوقيع الموجود على عريضة الإستئناف لوكيل الجهة المستأنفة، فقد زعمت المحكمة وجود شك من حيث تحديد هوية التوقيع لهوية صاحبه، إذ أن التوقيع بواسطة جهاز المسح الضوئي الذي يحمل الرقم السري لا يمكن عده كافيا لضمان عدم إستخدامه من قبل الغير، ورغم الحجج التي قدمها محامي الشركة على صحة التوقيع بالمسح الضوئي وإمكانية كشفه لهوية صاحبه وللربط بينه وبين العريضة الموقعة إلا أنها أصرت على موقفها[2].

ويشكل التوقيع أداة صحة بمعنى أنه يعطي التصرف القانوني قيمة وقوة أكبر، فهو يعبر عن إرادة صاحبه بالموافقة بما ورد في السند[3].

---

[1]. إياد أحمد سعيد الساري، مرجع سابق، ص135.

[2]. عيسى غسان ربضي، القواعد الخاصة بالتوقيع الالكتروني، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ط 2012،2، ص72.، مشار له لدى: إياد أحمد سعيد الساري، مرجع سابق، ص136.

[3]. عايض المري، مدى حجية التكنولوجيا الحديثة في إثبات العقود التجارية، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، مصر، 1998، ص86.

ونظرا لأن المشرع لم يحصر التعبير عن الارادة بوسيلة معينة، بل أنه فتح المجال أمام أي وسيلة تكون قادرة على التعبير عن الإرادة ونظرا للتطور العلمي والتكنولوجي بدءا من اكتشاف الحاسب واستخدامه في الحياة العام والفاكس والتلكس والأنترنت، فقد تطلب الأمر أن يكون التعبير عن الارادة مواكبا للتقدم الحاصل تكنولوجيا[1].

ويمكن إثبات نية التوقيع سواء كان عاديا أو إلكترونيا، بالإستعانة بعناصر مختلفة للتصرف القانوني، ومن هذه العناصر مكان التوقيع ، فمن المتعارف عليه أن يجري التوقيع في آخر السند، ووضعه في مكان آخر يمكن أن يثير الشكوك حول مدى توافر الرضا بمضمون ما ورد في السند من تصرف قانوني، غير أن الاجتهاد اللبناني لا يعتبر التوقيع على السند في مكان آخر غير مكان آخر السند، من الشكليات الجوهرية التي يعجل السند باطلا لهذا السبب، ويتمتع قاضي الموضوع بسلطة واسعة في تقدير مدى قيمة مكان التوقيع في الإثبات فقد يعتبر التوقيع صحيحا، وبالتالي يكون حجة في الإثبات أينما ورد التوقيع على السند، كما قد يرى أنه إذا تمت كتابة في السند تالية للتوقيع أو بيانات مضافة خالية من التوقيع، لا يكون هذا التوقيع صحيحا وذلك كله بحسب ظروف التوقيع ومكانه، وقناعة القاضي[2].

ولعل هذه الوظيفة ـ التعبير عن إرادة الموقع في الموافقة على مضمون السند ـ تظهر أساسا من خلال صور التوقيع الإلكتروني[3]، ففي مجال التوقيع الإلكتروني البيومتري فإن الشخص لا يضع توقيعه وخاصة في التعامل مع الصرف الآلي والقيام بالعملية المطلوبة وهو يعبر بذلك عن موافقته على مضمون العملية المراد إتمامها[4].

وكذلك الأمر في حالة إستخدام بطاقات الإئتمان والتي تعتبر إحدى صور التوقيع الإلكتروني وقد زاد إنتشار التعامل بها في ظل نظام المعالجة الإلكترونية للمعلومات، فإدخال البطاقة من جانب صاحبه (حاملها) في الفتحة المخصصة لذلك في جهاز الصرف الآلي ثم قيامه بإدخال الرقم السري

---

1. غازي أبو عرابي، فياض القضاة، مرجع سابق،186.
2. إلياس ناصيف، مرجع سابق، ص248.
3. محمد محروك، مرجع سابق، ص17.
4. بلقنشي حبيب، مرجع سابق، ص132.

الذي يحتفظ به شخصيا على وجه الإنفراد، تم يلي ذلك إعطاء موافقته الصريحة على سحب المبلغ المطلوب والمبين أمامه على شاشة الجهاز[1].

وفي هذه العملية نجد أن العميل صاحب البطاقة قد عبر عن إرادته الصريحة بمجرد توقيعه الإلكتروني المترجم في شكل أرقام أو رموز أو شفرة معينة، استعملها حين تعامل مع جهاز الصراف الآلي، ثم أنه أعطى أمر للجهاز بسحب المبلغ الذي يريده شخصيا، فإن ذلك في مجمله يعد رضاء منه وقبوله بمضمون المحرر الإلكتروني[2].

أما التوقيع الرقمي المبني على المفتاحين العام والخاص، قد إستحدث أصلا لتوثيق مضمون الإرادة عبر الشبكات المفتوحة لمواجهة الإختراقات والقرصنة التي تؤدي إلى تحريف مضمون الرسالة[3].

وفي هذا المقام، يؤدي التوقيع الرقمي المتعمد على التشفير اللأمتماثل دورا بالغ الأهمية في توفير الإرتباط المنطقي بين التوقيع والمحرر على نحو لا يمكن فصله، ولا يمكن لأحد غير صاحب المحرر المدون إلكترونيا من التدخل بتعديل مضمونه[4].

وعلى وجه الخصوص، فإن من شأن اللجوء إلى إستخدام التوقيع الرقمي المعتمد على التشفير اللامتماثل ـ بحكم تكوينه التقني ـ أن يوفر إرتباطا إستدلاليا قويا بين الموقع ومحتوى الرسالة الأصلية، وفي الوقت ذاته يعتبر دليلا على إنصراف إرادة الموقع إلى الإلتزام بمضمون المحرر[5].

الفرع الثالث: الحفاظ على سلامة مضمون المحرر.

لا يقصد بذلك أن التوقيع يضفي الحجية على سلامة العقد وصحته وحجيته وإنما قرينة تقبل إثبات العكس على سلامة محتوى العقد وصحته وعدم المساس بمضمونه أو العبث به، إذ أنه حتى لو

---

1. نجوى أبو هيبة، مدى حجية التوقيع الإلكتروني، مرجع سابق، ص447.
2. المرجع نفسه، ص447.
3. لملوم كريم، مرجع سابق، ص148.
4. حسن عبد الباسط جميعي، اثبات التصرفات، مرجع سابق، ص47.
5. ثامر محمد سليمان الدمياطي، مرجع سابق، ص373.

ثبتت سلامة العقد من خلال إستخدام التوقيع الإلكتروني المؤمن والمستقر والذي يضمن عدم العبث بمحتوى العقد فإن من الممكن إثبات عدم حجية المحرر الإلكتروني أو بطلانه[1].

تعتبر هذه الوظيفة من الوظائف الأكثر حداثة للتوقيع الإلكتروني من حيث أنها تتمثل في الحفاظ على مضمون محتوى العقد وتكامله[2]، وفي الواقع فإن الفقه التقليدي لم يتحدث مطلقا على هذه الوظيفة، ولكن بالرغم من ذلك فقد تأكدت هذه الوظيفة تحت سطوة التوقيع الخطي (أو بخط اليد)، ليس عن طريق التوقيع في حد ذاته[3].

وإذا كانت الدعامة الورقية هي محور الحفاظ على سلامة المحرر في البيئة التقليدية نظرا لما تقدمه من ضمانات تتمثل أهمها في عدم قابلية تحريف مضمون المحرر، لأن كل كشط أو تزوير يترك آثره على الحامل الورقي، وبالتالي يمكن إكتشافه بسهولة سواء عن طريق المناظرة أو من خلال الإستعانة بأهل الخبرة الفنية إذا كان التزوير متقنا، كما يكفل المحرر الورقي عدم المساس بمضمونه الموقع لعدم قابلية إنفصال المحرر عن الدعامة مما يحول دون التنصل من الإلتزامات الواردة بهذا المضمون حيث لا يجوز إنفصال الرابطة بينهما إلا في الحالات التي يسمح بها القانون، كما في حالة إنكار الشخص لتوقيعه وما في حكمها، وكذلك يتميز الحامل الورقي بصفة الدوام وخاصة إذا تم حفظه في ظروف تخزين مناسبة مما يقلل فرص تعرضه للتلف، ويظل نافذ إلى حين انقضائه بالتنفيذ أو التقادم[4].

فالأمر يختلف في البيئة الإلكترونية حين تكون الدعامة غير مادية، وهنا نجد أن هذه الوظيفة تتجلى على مستويين فينبغي أولا: كفالة توفير الأمان لمضمون المحرر المتبادل عبر الشبكة و ليس للدعامة غير المادية فقط وذلك نظرا للإفتقاد إلى الأمان على صعيد بنية تلك الشبكة، وثانيا: لا تقدم

1. يوسف أحمد النوافلة، مرجع سابق، ص74.
2. علاء حسين مطلق التميمي، مرجع سابق، ص203.
3. تامر محمد سليمان، الدمياطي، مرجع سابق، ص373.
4. حابت آمال، مرجع سابق، ص115.

الدعامة الإلكترونية هذا القدر من الأمان المطلوب لمضمون المعلومات المتبادلة بل يتحقق هذا الأمان بواسطة التوقيع على هذه المحررات[1].

تنص المادة 31/د من قانون المعاملات الإلكترونية الأردنية على أن التوقيع الألكتروني يكون موثقا عندما يرتبط بالسجل بصورة لا تسمح بإجراء أي تعديل على المحرر بعد توقيعه، وتنص المادة 3/2 من اللائحة التنفيذية لقانون التوقيع الألكتروني المصري على ذات المضمون حيث أنه وفي المحررات الألكترونية تختفي بئية الورق وتظهر لدينا بئية الحاسبات وشاشات الكمبيوتر التي تحفظ بها المعلومات على دعامات يسهل التلاعب بها، وهنا تظهر لنا أهمية التوقيع الألكتروني[2].

ويسمح التوقيع الرقمي المعتمد على التشفير اللأمتماثل، بالتحقق من سلامة مضمون المحرر، وذلك بفضل عملية رياضية يطلق عليها " دوال أو اقترانات التمويه" التي يتم من خلالها إنشاء شكل مضغوط من المحرر الإلكتروني يشار إليه بوجه عام بالبصمة الإلكترونية للمحرر الإلكتروني، ولا يمكن فهمها ولا قراءتها إلا بإستخدام مفتاح معين[3]، وأي تغيير يطرأ على المحرر تترتب عليه دائمة بصمة إلكترونية مختلفة عندما يستخدم نفس " اقتران التمويه"[4].

ومن الجدير بالملاحظة في هذا الخصوص، أنه على الرغم من أن تقنية التوقيع الرقمي قد أتاحت ـ دونما منازع ـ تحقيق وظيفي: تحديد هوية الموقع، وكفالة سلامة مضمون المحرر وذلك في وقت متزامن، فإن ذلك لا ينطبق على جميع طرق التوقيع الإلكتروني، إذا لا يسمح كل من التوقيع الخطي الرقمي والتوقيع البيومتري لضمان سلامة محرر مرسل عبر الشبكة، إلا في حالة تضمينها آلية تشفير[5].

---

1. بلقنيشي حبيب، مرجع سابق، ص133.
2. بلقاسم حامدي، مرجع سابق، ص217.
3. EA.CAPRIOLI.Securité et confiance dans le commerce électronique :Signâture numérique et autorité de certification, J, CP _ ed G,1998: p 588.

مشار له لدى: بلقنبشي حبيب، مرجع سابق، ص133.

4. بلقنبشي حبيب، مرجع سابق، ص134.
5. ثامر محمد سليمان الدمياطي، مرجع سابق، ص375.

نخلص من هذا العرض لوظائف التوقيع بصفة عامة أن التوقيع الإكتروني أمكن أن يؤدي نفس الوظائف التي يتطلبها القانون من إشتراطه للتوقيع، وهو ذات الدور الذي يقوم به التوقيع الكتابي، وهو ما أدى ببعض الفقهاء إلى إعتبار الرقم السري أو الرموز أو تلك الشفرة السرية كالتوقيع بمثابة دليل على الحقيقة، بل ذهب الفقه إلى أكثر من ذلك، حيث يرى أن التوقيع الإلكتروني يفوق التوقيع الكتابي ويفضل عنه[1].

المبحث الثالث: التنظيم التشريعي لحجية التوقيع الإلكتروني.

نتيجة لتفجير الثورة التقنية وإنتشار شبكة الانترنت فارضة نفسها على العالم، تم إبتكار علاقات لم تكن موجودة من قبل، ومن نتائج تلك الثورة التوقيع الإلكتروني الذي يشكل الرابط المهم للمعاملات فيما بين هذه الشبكة، فقد بذلت جهودا كبيرة وعظيمة في سبيل إعطاء الجوانب الفنية الصبغة القانونية بغية توفير الوسائل القانونية لمنح التوقيع الالكتروني حجية قانونية في الاثبات[2].

وقد سعت العديد من الكيانات القانونية الدولية، ومشرعوا الدول المختلفة فضلا عن الفقه والقضاء إلى إزالة العقبات التي تواجه قبول التوقيع الإلكتروني في الإثبات، والبحث عن السبل الكفيلة بتدعيم الثقة في التوقيع الإلكتروني، مع وضع القواعد الكفيلة بالإعتراف له بالحجية الكاملة في الإثبات مساوية للحجية المقررة للتوقيعات التقليدية، وتتركز العقبات التي تواجه قبول التوقيع الإلكتروني في تلك الناشئة عن الإشتراطات القانونية التقليدية التي تقوم على أساس النظر إلى ضرورة إستخدام حركية اليد في التوقيع، وأنه يجب أن تتخذ شكل الإمضاء أو الختم أو بصمة الأصبع، وهو الأمر الذي لا يتوافر بشأن التوقيع الإلكتروني الذي يتمثل في إجراء تقني يأخذ شكل أرقام أو حروف أو أية علامات[3].

والتشريعات التي أضفت على التوقيع الإلكتروني حجية في الإثبات، وقامت بفرض العديد من الإجراءات من شأنها أن تحقق الأمن والثقة بها وهذه الإجراءات تدعى بـ(إجراءات التوثيق) التي تهدف

---

1. نجوى أبو هيبة، مرجع سابق، ص449

2. سند حسن سالم صالح، مرجع سابق، ص76.

3. ثامر محمد سليمان الدمياطي، مرجع سابق، ص376.

للتحقق من أن التوقيع الإلكتروني قد تم تنفيذه من شخص معين أو لتتبع التغيرات والأخطاء التي حدثت في سجل إلكتروني بعد إنشائه ،بما في ذلك إستخدام وسائل التحليل للتعرف على الرموز والأرقام والكلمات وفك التشفير والإستعادة العكسية وأي اجراء آخر يحقق الغرض المطلوب[1].

ونتناول فيما يأتي الجهود الدولية للإعتراف بحجية التوقيع الإلكتروني، والتوجيهات الأوروبية التي صدرت حول التوقيع الإلكتروني، ثم نعرج على التشريعات الوطنية المنظمة لحجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات على النحو الآتي:

المطلب الأول: الجهود الدولية للاعتراف بحجية التوقيع الإلكتروني.

المطلب الثاني: التنظيم القانوني لحجية التوقيع الإلكتروني في التشريعات الوطنية.

المطلب الأول: الجهود الدولية للاعتراف بحجية التوقيع الإلكتروني.

لقد ظهر الإهتمام الدولي بتسهيل الإعتراف بالقيمة القانونية للتسجيلات التي تتم من خلال نظام معلوماتي منذ عهد بعيد، فقد نصت المادة 14/ 3 من اتفاقية هامبورج المبرمة في 3 مارس 1978 على أن التوقيع على سند الشحن يمكن أيضا أن يتم في شكل رمز أو(شعار)، أو أية وسيلة ميكانيكية أو إلكترونية بدلا من المستندات الورقية التقليدية[2].

وتعتبر الهيئة الدولية لتقنيات المعلومات والإتصال والتجارة الإلكترونية " والتي قررت في إجتماعها في مايو 2001 أن يصبح إسمها: "هيئة الأنترنت والإتصالات وتقنية المعلومات"، من الهيئات الدولية التي تهتم بصياغة العقود النموذجية في مجال التجارة الإلكترونية، وتحرير قطاع الإتصالات، وقد إعتمدت اللجنة في إجتماعها المشار إليه الدليل الخاص بالمعاملات المصرفية الإلكترونية، والذي يضع أفضل المعايير المتعلقة بالتوثيق والسرية والأمان والتطبيق، والإجراءات

1. عمر أحمد العرايشي، مرجع سابق، ص103.
2. ثروت عبد الحميد، مرجع سابق، ص147.

الخاصة بالعلاقات بين الأطراف المتعاملة بما يضمن سلامة التعامل ويسهل تنفيذ الإلتزامات، كما أعدت برامج لوضع دليل بالمصطلحات والمعايير الإلكترونية، ودليل لحسم المنازعات الإلكترونية، والعديد من الآليات اللازمة للتجارة الإلكترونية[1].

غير أن الحديث عن الجهود الدولية للإعتراف بحجية التوقيع الالكتروني في الاثبات تدعو إلى تسليط الضوء على قانون الأونيسترال النموذجي بشأن التوقيعات الإلكترونية في الفرع الأول، بينما نخصص الفرع الثاني للتوجيه الأوروبي بشأن التوقيع الإلكتروني.

الفرع الأول: قانون الأونيسترال النموذجي بشأن التوقيعات الإلكترونية.

حتم شيوع المعاملات التجارية بواسطة الانترنت وإبرام المعاملات التجارية عبرها تدخلا تشريعيا لتنظيم التجارة الإلكترونية، وذلك لإن قواعد القانون العام وفقت عاجزة عن الإحاطة بهذه المفاهيم الجديدة، كما أن لهذه المفاهيم أبعادا دولية ناتجة عن تخطي التجارة الإلكترونية ومعاملاتها حدود الوطن، ومن هنا كان لابد أن تكون هذه الحلول حلولا دولية، وبما أن التوقيع هو شرط وجود للعمل الموثق فإن الإعتراف بوجود وسيلة إلكترونية مماثلة للسند الورقي التقليدي ليس له قيمة حقيقية إذا لم يقترن بإقرار مساواة التوقيع الالكتروني بالتوقيع اليدوي[2].

يعد قانون الأونيسترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية أول قانون نموذجي إعتمدته الجمعية العامة للأمم المتحدة في دورتها الأربعين في الجلسة 85 المنعقدة عام 1996، والذي يعرف بقانون الأونيسترال نسبة للجنة التي قامت بإعداده[3].

1. جريدة الخليج الإمارتية، 18 مايو 2001، مشار له لدى : ثروت عبد الحميد، مرجع سابق، ص148 .
2. عزة على محمد الحسن ، مرجع سابق، ص205.
3. سند حسن سالم صالح، مرجع سابق، ص79.

كان قانون الأونيسترال النموذجي بشان التجارة الإلكترونية الذي صدر عام 1996، يتضمن إعترافا بطرق غير تقليدية للتوقيع، مما فتح الباب على مصراعيه للإعتراف بالتوقيع الذي يتم بشكل إلكتروني[1].

وقد نصت الفقرة الأولى من المادة السابعة من ذات القانون على ما يلي:" عندما يشترط القانون وجود توقيع من شخص، يستوفي ذلك الشرط بالنسبة إلى رسالة البيانات إذا:

1 ـ إستخدمت طريقة لتعيين هوية ذلك الشخص والتدليل على موافقة ذلك الشخص على المعلومات الواردة في رسالة البيانات.

2 ـ كانت تلك الطريقة جديرة بالتعويل عليها بالقدر المناسب للغرض الذي أنشئت أو أبلغت من أجله رسالة البيانات، وفي ضوء كل الظروف بما في ذلك أي إتفاق متصل بالأمر"[2].

وركزت المادة السابعة من هذا القانون على الوظيفتين الأساسيتين للتوقيع وهما تعيين هوية محرر الوثيقة و التأكد من موافقته على مضمونها[3]، وبنفس الوقت لابد أن تكون الطريقة التي أستخدمت يمكن التعويل عليها في حدود ما إستخدمت لأجله[4].

وبعد إعتماد قانون الأونيسترال النموذجي للتجارة الإلكترونية قررت لجنة القانون التجاري للأمم المتحدة في دورتها التاسعة والعشرون أن تسند للفريق العامل دراسة مدى جدوى إعداد قواعد موحدة بشأن التوقيعات الرقمية وسلطات التصديق، وقد توصل الفريق العامل في الدورة الثلاثين للجنة في عام 2000 إلى توافق في الآراء حول مواءمة التشريعات في هذا المجال وانتهى الفريق العامل من إعداد القواعد الموحدة في الدورة السابعة والثلاثين في أيلول سبتمبر 2000، وتم في نهاية المطاف وضع القانون النموذجي بشأن التوقيعات الإلكترونية الصادرة بتاريخ 2001.

---

1. ابراهيم بن سطم بن خلف العنزي، مرجع سابق، ص91.
2. المادة 7 من قانون الأونيسترال النموذجي بشان التجارة الالكترونية الصادر بتاريخ 1996/12/16، بناءا على التوصية رقم 162/51
3. عزة علي محمد الحسن، مرجع سابق، ص206.
4. ابراهيم بن سطم بن خلف العنزي، مرجع سابق، ص91.

ويهدف القانون النموذجي إلى إتاحة استخدام التوقيعات الإلكترونية أو تيسير إستخدامها وإيجاد حلول متكافئة لمستعملي المستندات الورقية ومستعملي المعلومات الحاسوبية، ويهدف القانون إلى مبدأ وجوب عدم التمييز بين التقنيات المتباينة التي يجوز أن تستخدم لتبليغ المعلومات أو تخزينها إلكترونيا "مبدأ الحياد إزاء التكنولوجيا"، وجدير بالملاحظة أن الهدف من إعداد القانون النموذجي لم يكن هو توحيد القواعد التي تحكم التوقيعات الالكترونية على المستوى العالمي، أو إزالة العقبات التي تحول دون تطويرها، وإنما حث الدول الأعضاء على أن تتخذ من هذا القانون نموذجا يحتذى به عند وضع النصوص التشريعية المنظمة للتجارة الإلكترونية أو التوقيع الإلكتروني[1].

وبالرجوع إلى المادة الأولى من قانون الأونيسترال النموذجي للتوقيعات الإلكترونية نجد أنها نصت على أنه " ينطبق هذا القانون حيثما تستخدم توقيعات إلكترونية في سياق انشطة تجارية وهو لا يلغي أي قاعدة قانونية يكون القصد منها حماية المستهلكين"، وهذا يؤكد أن القانون النموذجي وضع قاعدة عامة أمرة تتضمن الأخذ بالتوقيع الإلكتروني متى ما تم إستخدامه وذلك في الأنشطة التجارية، كما وأنه اعتبر أن أي قاعدة أو نص قانوني من شأنه أن يمنح الحماية للمتعاقدين بالتوقيع حماية أفضل يجب الأخذ بها[2].

وفي ذات السياق نصت المادة السادسة من ذات القانون بقولها:"

1 ـ حيثما يشترط القانون وجود توقيع من شخص، يعد ذلك الإشتراط مستوفي بالنسبة إلى رسالة البيانات إذا إستخدم توقيع إلكتروني يعول عليه بالقدر المناسب للغرض الذي أنشئت أو أبلغت من أجله رسالة البيانات في ضوء كل الظروف بما في ذلك أي اتفاق ذي صلة.

2 ـ تطبيق الفقرة 1 سواء أكان الإشتراط المشار إليه فيها في شكل إلتزام أم كان القانون يكتفي بالنص على تبعات تترتب على عدم وجود توقيع.

3 ـ يعتبر التوقيع الإلكتروني قابلا للتعويل عليه لغرض الوفاء بالإشتراط المشار إليه في الفقرة 1 إذا:

---

1. إيمان عبد الجواد مصطفى ابراهيم، مرجع سابق، ص370،371.
2. عمر أحمد العرايشي، مرجع سابق، ص104.

(أ) ـ كانت بيانات إنشاء التوقيع مرتبطة، في السياق الذي تستخدم فيه، بالموقع دون أي شخص آخر،

(ب) ـ كانت بيانات إنشاء التوقيع خاضعة وقت التوقيع، لسيطرة الموقع دون أي شخص آخر.

(ج) ـ كان أي تغيير في التوقيع الإلكتروني، يجرى بعد حدوث التوقيع قابلا للإكتشاف،

(د) ـ كان الغرض من إشتراط التوقيع قانونا هو تأكيد سلامة المعلومات التي يتعلق بها التوقيع وكان أي تغيير يجرى في تلك المعلومات بعد وقت التوقيع قابلا للإكتشاف"[1].

فالمادة السادسة هي إحدى الأحكام الأساسية في القانون النموذجي، ويقصد من المادة 6 أن تبنى على المادة 7 من قانون الأونيسترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية، وأن توفر إرشاد بشأن الكيفية التي يمكن بها إستيفاء معيار الجدارة بالتعويل الوارد في الفقرة 1 (ب) من المادة 7، وينبغي أن يوضع في الاعتبار لدى تفسير المادة 6 أن الغرض من ذلك الحكم هو ضمان أنه، إذا كانت أية نتيجة قانونية كأن من شأنها أن تترتب على استخدام التوقيع الخطي، فينبغي أن تترتب النتيجة نفسها على التوقيع الإلكتروني الجدير بالتعويل عليه[2].

من خلال نص هذه المادة يتضح جليا أن هذا القانون قد منح الحجية القانونية للتوقيع الإلكتروني، وربطت هذه الحجية بشرط الموثوقية في التوقيع الإلكتروني ودرجة الأمان التي يوفرها، فيما تركت للأشخاص حرية إختيار طرق إثبات موثوقية التوقيع الإلكتروني، وأهم ما في هذه المادة هو إعتبارها التوقيع الإلكتروني كفيلا ومستوفيا للمتطلبات القانون بوجود توقيع[3].

وفضلا عما تقدم فإنه إستناد إلى المعيار المرن المبين في المادة 7 (1) (ب) من قانون الأونيسترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية، تنشئ المادتان 6 و7 من القانون النموذجي الجديد آلية يمكن بها جعل التوقيعات الإلكترونية التي تستوفي المعايير الموضوعية لقابلية التعويل التقني

---

1. المادة 6 من القانون النموذجي بشأن التوقيعات الإلكترونية لعام 2001.

2. دليل اشتراع قانون الاونيسترال النموذجي بشأن التوقيعات الالكترونية 2001، منشورات الأمم المتحدة، نيويورك، 2002، بند 115، ص63.

3. لملوم كريم، مرجع سابق، ص151.

عليها تنال البث المبكر في مفعولها القانوني، ورهنا بالوقت الذي يتم فيه التأكد من الإعتراف بتوقيع إلكتروني بإعتباره يناظر وظيفيا التوقيع الخطي[1]، ينشئ القانون النموذجي نظامين متميزين، فالنظام الأول والأعم هو النظام المبين في المادة 7 من قانون الأونيسترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية، وهو يتناول أي "طريقة" يمكن إستخدامها لإستيفاء الإشتراط القانوني الذي يقتضي التوقيع الخطي، أما الأثر القانوني لتلك "الطريقة" فيتوفق على إثبات أنها جديرة بالتعويل عليها لدى جهة تبت في الوقائع، والنظام الثاني والأضيق هو النظام الذي ينشئه القانون النموذجي والذي يتناول طرق التوقيع الإلكتروني المختلفة، التي قد تعترف سلطة تابعة للدولة، أو هيئة خاصة معتمدة، أو تعترف الأطراف نفسها، بأنها تستوفي معايير قابلية التعويل التقني المبينة في القانون النموذجي، ومن شأن ذلك الإعتراف أن يحقق اليقين لمستخدمي تقنيات التوقيع الإلكتروني تلك قبل أن يستخدموا تقنية التوقيع الإلكتروني فعليا[2].

الفرع الثاني: التوجيه الأوربي بشأن التوقيع الالكتروني.

لم تكن المجموعة الأوروبية، وهيئاتها، بمنأى عن الإهتمام الدولي بتطوير القواعد القانونية لتلائم عصر المعلوماتية، بل العكس تماما فقد أولت التنسيق بين التشريعات الداخلية الخاصة بالدول الأعضاء إهتماما خاصا، نظرا لما يوجد بينهم من تباين فيما يتعلق بقواعد الإثبات وتقديم الدليل، كما أدركت أن تحقيق الانسجام والتنسيق بين تشريعات الدول الأعضاء من شأنه أن يسهم في إشاعة الثقة والأمان داخل السوق الأوروبية، وهذه تعتمد بالدرجة الأولى على الثقة التي يوليها الأفراد للأمان المتوافر في عمليات التبادل الإلكتروني، والتي أصبحت تطبيقاتها المرتبطة بالتوقيع الإلكتروني تمس جوانب حساسة من الحياة الإقتصادية، مثل الوفاء وإبرام العقود، والإجراءات الإدارية، والتزام المرافق العامة...إلخ[3].

وافق مجلس وزراء المجموعة الأوروبية على هذا المشروع في 30 نوفمبر 1999، كما وافق عليه البرلمان الأوروبي بالقراءة الثانية في 13 ديسمبر 1999، الذي أوجب على الدول الأعضاء

---

1. دليل اشتراع قانون الأونيسترال النموذجي بشان التوقيعات الالكترونية، مرجع سابق، بند، 76، ص43.
2. دليل اشتراع قانون الأونيسترال النموذجي بشان التوقيعات الالكترونية، مرجع سابق، بند، 76، ص44.
3. ثروت عبد الحميد، مرجع سابق، ص157.

إتخاذ الإجراءات اللازمة لإدماج أحكام التوجيه الأووربي في قوانينها الداخلية في مدة أقصاه ثمانية عشر شهرا من تاريخ نفاذ هذا التوجيه وهو ما يوافق تاريخ 19 يوليو 2001[1].

وتم إصدار التوجيه الأوروبي رقم 93/ 1999 بشأن وضع إطار مشترك للتوقيعات الإلكترونية، متضمنا تنظيما لبعض جوانبها القانونية، بإعتبار أن وضع نظام مشترك بشأن شروط التوقيعات الإلكترونية ومعايير الإعتراف بآثارها القانونية، سوف ييسر إستخدامها بلا عقبات في الأسواق الداخلية[2]. ويدعم التقنيات الحديثة وإستخدامها الآمن في إنجاز المعلومات، ويقر التوجيه الأوروبي إتفاقات الإثبات التي يتفق بموجبها أطرافها على شروط وأوضاع قبول التوقيعات الإلكترونية في الاثبات[3].

ومن أجل ايجاد إطار عام تلتزم به دول المجموعة الأوروبية أثناء إصدار تشريعاتها الداخلية المتعلقة بتعديل قواعد الإثبات، وحتى يمكن تلافي التعارض بين هذه التشريعات بما يعرقل التجارة الإلكترونية، فقد حدد التوجيه الأوروبي المحاور الأساسية التي يجب معالجتها والتنسيق بشأنها بين تشريعات دول المجموعة الأوروبية، فأما المحور الأول فيتعلق بتحديد الأثر القانوني الذي يترتب على إصدار التوقيع الإلكتروني، وأما المحور الثاني فيتعلق بتنظيم خدمة إعتماد هذا التوقيع بشكل يسمح بالإعتراف المتبادل بين الدول الأعضاء بالإعتمادات الصادرة من الجهات المختصة في ذلك، وهو ما يقتضي تحديد المواصفات التي يتم على أساسها اعتماد التوقيع الإلكتروني، وأما المحور الثالث فيتعلق بتحديد إلتزامات الجهة التي تقوم على خدمة اعتماد التوقيع الإلكتروني[4].

وقد تبنى التوجيه الأوروبي تعريفا موسعا للتوقيع الإلكتروني، وذلك من خلال تعريفه لهذا الأخير في المادة الثانية فقرة (1) بقولها :" بيانات في شكل إلكتروني مضافة أو مدرجة في بيانات إلكترونية أخرى أو مرتبطة بها منطقيا والتي تستخدم كطريقة مقبولة للتوثيق"، فهذا يبن حرص التوجيه على تحديد المقصود بالتوقيع الإلكتروني بوجه عام، بحيث يشمل التقنيات المختلفة التي تكفل تحديد

---

[1]. سند حسن سالم صالح، مرجع سابق، ص85.

[2]. المادة الأولى من التوجيه الأوربي رقم 1999/93.

[3]. صفوان حمزة إبراهيم عيسى الهواري، مرجع سابق، ص187.

[4]. حسن عبد الباسط جميعي، اثبات التصرفات، مرجع سابق، ص87.

هوية صاحب التوقيع وتمييزه في الإستعمالات المختلفة لأنظمة المعلومات، إلا أن هذا التوجيه لم يوضح ما هو المقصود بطريقة التوثيق الواردة في التعريف، رغم إشارته إلى ذلك التعبير في الحيثية رقم 21[1].

ومن جهة أخرى تتضمن المادة الثانية فقرة (2) تعريفا لطائفة خاصة من التوقيعات الإلكترونية يصفها التوجيه بالتوقيع الإلكتروني المتقدم حيث تشير إلى المقصود بالتوقيع الإلكتروني بأنه "توقيع إلكتروني يلبي المتطلبات الآتية : (أ) أن يرتبط بشخص الموقع وحده، (ب) أن يتيح تحديد هوية الموقع، (ج) أن يتم إنشاؤه بطرق أو تقنيات تقع تحت سيطرته وحده، (د) أن يكون مرتبطا بالبيانات المدرج فيها المحرر على نحو يكشف عن تغيير أو تعديل يطرأ على تلك البيانات مستقبلا"، ويهدف التوقيع الإلكتروني المتقدم إلى ضمان تأمين المعاملات الإلكترونية والإعتداد بالتقنيات المختلفة والخدمات التي ستسمح بالتصديق على التبادلات الإلكترونية، كما أن الضمانات التي تتوفر لكذلك التوقيع تجعله يقدم مستوى عاليا من التأمين وتتوافر له حجية في الإثبات تعادل التوقيع الخطي[2].

وترتيبا على ذلك فقد ميزت المادة الثانية منه بين نوعين من التوقيعات، التوقيع المعزز أو المؤمن والتوقيع العادي أو غير المعزز، فالنوع الأول هو الذي تتوافر فيه بعض الشروط التي تؤمنه وتجعله قويا موثوقا فيه، ونخص بالذكر أن يكون التوقيع مؤمنا بمعنى ترافقه إحدى أدوات تأمينه، وهي كل أداة أو وسيلة للتوقيع الإلكتروني يتوافر فيها المتطلبات المنصوص عليها في الملحق الثالث من التوجيه[3]، وأن يكون مؤهلا وذلك بأن تصدر بشأنه شهادة توثيق تعززه وتؤهله للحماية القانونية[4].

أما فيما يتعلق بالنوع الثاني من التوقيعات، فهو التوقيع العادي أو غير المعزز وهو الذي يتم بطريقة إلكترونية دون أن تتوافر فيه الشروط التي تؤمنه وتجعله موثوقا فيه، فالقاعدة التي وضعها التوجيه الأوروبي تجاه هذا التوقيع أنه لا يفرض على الدول الأعضاء إلا الإلتزام بعدم إنكاره كدليل

---

1. إيمان عبد الجواد مصطفى إبراهيم، مرجع سابق، ص375.
2. تامر محمد سليمان الدمياطي، مرجع سابق، ص397.
3. المادة الثانية من التوجيه الأوربي.
4. عزة على محمد الحسن مرجع سابق، ص210.

إثبات في الإجراءات القانونية لمجرد أنه في شكل إلكتروني أو أنه لم يصطحب بشهادة موصوفة بصحته أو أنه لم يجر نشاط بإستخدام أداة من أدوات تأمين التوقيع[1].

ووفقا لنص المادة 2/5 من التوجيه الأوروبي فإنها لا تحرم التوقيع الإلكتروني البسيط المتقدم الذي فقد أحد المتطلبات الضرورية لتمتعه بالقوة الثبوتية، ولكن هذه القوة موقوفة على عدم إنكارها من الطرف الآخر، فإذا تم إنكارها فإنه يقع على عاتق الطرف الذي يتمسك بالتوقيع الإلكتروني البسيط أو المعيب إثبات إمكانية إنشاء منظومته، وذلك من خلال إثبات سلامة الوسيلة الفنية المستخدمة في إحداث بيانات التوقيع الإلكتروني[2].

إن التوجيه الأوروبي بشأن وضع إطار عام للتوقيعات الإلكترونية يقدم نموذجا لتنظيم قبول التوقيعات الإلكترونية في الإثبات وشروط تحقيق ذلك، سواء فيما يتعلق بتحديد النطاق الذي يتعين التنسيق فيه بين تشريعات الدول الأعضاء في الإتحاد الأوروبي، أو فيما يتعلق بتحديد الحد الأدنى من القواعد التي يتطلبها هذا التنسيق، أو فيما يتصل بمراجعة التنظيم المشترك دوريا ليستجيب إلى التطور المتلاحق الذي تشهده تقنيات التوقيع الإلكتروني، وما تحتاجه سوق المعاملات من أدوات قانونية في مجال الإثبات، وعلى ذلك يسهم التوجيه في تنمية التجارة الإلكترونية عن طريق إلزام الدول الأعضاء بالإعتراف القانوني بحجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات[3].

المطلب الثاني: التنظيم القانوني لحجية التوقيع الإلكتروني في التشريعات الوطنية.

لم يكن الهدف من إعداد القانون النموذجي حول التوقيع الإلكتروني، والذي أقرته الجمعية العامة للأمم المتحدة في ديسمبر 1996 هو توحيد القواعد التي تحكم التجارة الإلكترونية على المستوى العالمي، أو إزالة العقبات التي تحول دون تطويرها، بل حث الدول الأعضاء على أن تتخذ من هذا

1. المادة الخامسة فقرة 2 من التوجيه الأوربي.
2. علاء حسين مطلق التميمي، مرجع سابق، ص273.
3. تامر محمد سليمان الدمياطي، مرجع سابق، ص403.

القانون نموذجا يحتذ به عند وضع النصوص التشريعية المنظمة للتجارة الإلكترونية والتوقيع الإلكتروني[1].

غير أن الدول قد اختلفت فيما بينها في طريقة معالجة الأحكام الخاصة به، حيث عالجته بعض التشريعات ضمن تشريع متكامل للتجارة الإلكترونية والمعاملات الإلكترونية والتوقيع الإلكتروني[2]، في حين أفرد جانب آخر من التشريعات قانونا مستقلا للتوقيع الإلكتروني على سبيل المثال قانون التوقع الإلكتروني المصري[3]، والقانون الذي يحدد القواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين الجزائري[4]، بينما أكتفى البعض الآخر بمجرد إدخال تعديل على القواعد الخاصة بالإثبات من أجل الإعتداد بالتوقيع الإلكتروني[5].

لذلك سيتم تقسيم هذا المطلب إلى فرعين، نخصص الفرع الاول لدراسة التنظيم القانوني لحجية التوقيع الإلكتروني في التشريعات الغربية بينما نتناول في الفرع الثاني التنظيم القانوني الحجية القانونية للتوقيع الإلكتروني في التشريعات العربية.

الفرع الأول: التنظيم القانوني لحجية التوقيع الإلكتروني في التشريعات الغربية.

ظهرت الحاجة إلى التدخل التشريعي لتنظيم الإثبات عن طريق المحررات الإلكترونية والتوقيع الإلكتروني نظرا لإتساع دائرة إبرام العقود وإتمام الصفقات عن طريق شبكة الإنترنت، فصدرت العديد

[1]. ثروت عبد الحميد، التوقيع الإلكتروني، مرجع سابق، ص168.

[2]. القانون التونسي رقم 83 لسنة 2000 المتعلق بالمبادلات والتجارة الإلكترونية.

[3]. قانون التوقيع المصري رقم 15 لسنة 2004.

[4]. القانون رقم 04/15 المتعلق بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين الجزائري.

[5]. القانون الفرنسي الصادر في 13 مارس 2000.

من التشريعات التي إعترفت بحجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات[1]، طالما استوفى بعض الشروط الخاصة بتوثيق هذا التوقيع ومنحه الثقة والأمان[2].

أولا: القانون الأمريكي.

تعتبر الولايات المتحدة الامريكية من أولى الدول التي إعترفت بالتوقيع الإلكتروني حيث أصدرت تشريعات تمنحه الحجية القانونية في التعاملات التي تتم بواسطته[3].

وكانت بعض الولايات الأمريكية سباقة في إصدار تنظيم الإعتراف بالتوقيع الإلكتروني في الإثبات، مثل كاليفورنيا، إلينوي، ميسوري، لكن السلطات الفيدرالية كانت راغبة في إطار قانوني عام ينظم مسألة التوقيع الإلكتروني على المستوى الإتحادي، بما يسهم في إذابة الإختلاف في تشريعات الولايات المختلفة ويحقق نوعا من الإنسجام والتناغم بينها، ويدعم الثقة في المعاملات الإلكترونية، فجاء قانون التوقيع الإلكتروني محققا لهذا الهدف والذي صدر في 30 يونيو 2000 على أن يسري إعتبار من أول أكتوبر 2000[4].

ووقع على هذا القانون الرئيس الأمريكي بيل كلينتون بعد أن أقره الكونجرس بمجلسيه، وكان سبب إصدار هذا القانون هو الوصول إلى توحيد قوانين التجارة الإلكترونية في الولايات المختلفة، بهدف تحقيق نوعا من الإنسجام والتوافق فيما بينها، ومن ثم العمل على تدعيم الثقة في التعاملات الإلكترونية[5].

1. ممدوح محمد علي مبروك، مرجع سابق، ص126.
2. سند حسن سالم صالح، مرجع سابق، ص92.
3. إبراهيم الدسوقي أبو الليل، توثيق التعاملات الالكترونية ومسؤولية جهة التوثيق تجاه الغير المتضرر، مؤتمر الاعمال المصرفية الالكترونية بين الشريعة والقانون، جامعة الإمارات، 10 _ 12 مايو 2003، ص1863.
4. ثروت عبد الحميد، التوقيع الإلكتروني، مرجع سابق، ص185.
5. أسامة بن غانم العبيدي، مرجع سابق، ص178.

وتجدر الإشارة إلى إختلاف مواقف القوانين المحلية في الولايات المتحدة الأمريكية بشأن التوقيع الإلكتروني إلى ثلاث اتجاهات[1].

الإتجاه الأول: إعترفت بعض الولايات التي اتخذت هذا الاتجاه بالتوقيع الإلكتروني إذا كان يستخدم أسلوب " المفتاح العام" ومراقبة سلطات الإشهار العام، وجعلت ذلك أساسا لهذا القبول وقد أخذت بهذا الأسلوب ولاية يوتا وولاية مينوسوتا ولاية واشنطن وولاية نيو مكسيكو.

الإتجاه الثاني: إعترفت الولايات التي أخذت هذا الاتجاه بالتوقيع الإلكتروني بشرط إستيفاء هذه التوقيعات لمعايير معينة من الأمن والمصداقية بدلا من الإقتصار في القبول على أسلوب تكنولوجي معين، ولذلك فإن الأنواع الأخرى من التوقيعات الإلكترونية ـ بخلاف تلك التي تستخدم تكنولوجيا المفتاح العام ـ تكون مقبولة عند أصحاب هذا الإتجاه إذا كانت تلك التوقيعات تستوفي الشروط والمعايير الموضوعية، ومن الولايات التي تبنت هذا الإتجاه ولاية كاليفورنيا، ثم صارت في نفس الإتجاه كل من ولاية فرجينيا وولاية جورجيا وكذلك ولاية تكساس.

الإتجاه الثالث: ويتسم أصحاب هذا الإتجاه بأنهم لم يتبنوا أسلوبا تكنولوجيا معينا كما فعل أصحاب الإتجاه الأول، أو معيارا محددا كما فعل أصحاب الإتجاه الثاني، بل قبلوا أي علامة إلكترونية ما دامت تهدف إلى توثيق المحرر لإستيفاء شرط التوقيع، وقد إعترفوا بالتوقيع إلكتروني وأعطوه مرتبة التوقيع التقليدي نفسه، ونجد أن ولاية فلوريدا قد تبنت هذا الإتجاه وكذلك لحقتها ولاية ماساتشوستس.

ويطبق التشريع الإتحادي الأمريكي حول التوقيع الإلكتروني على التصرفات والتجارة الإلكترونية على المستوى الداخلي أو الخارجي، كما يعترف هذا التشريع بحجية المحررات الإلكترونية والتوقيع الإلكتروني دون أن يعلق هذا الأثر على الحصول على موافقة شخص ما، أو ترخيص من جهة معينة[2].

---

1. سند حسن سالم صالح، مرجع سابق، ص96،97.
2. ثروت عبد الحميد، التوقيع الإلكتروني، مرجع سابق، ص187.

ثانيا: ألمانيا.

صدر قانون خدمة المعلومات والإتصالات في 5 مارس 1977، ثم صدر قانون التوقيع الإلكتروني الرقمي في أول نوفمبر 1997، والذي اعترف للتوقيع الرقمي بالحجية في الإثبات[1].

ثالثا: إنجلترا.

صدر قانون الإتصالات والتجارة الإلكترونية الذي بدأ العمل به في 25 يوليو 2000، حيث أعتبر التوقيع الإلكتروني دليلا مقبولا في الإثبات وله الحجية الكاملة، كما نظم الجهات التي توفر الأمان القانوني للتعاقد عن بعد[2].

ويعرف قانون الإتصالات الإنجليزي التوقيع الإلكتروني بأنه:" بيانات إلكترونية ترتبط بشكل منطقي بالبيانات الإلكترونية الأخرى، وهذا يخدم مسألة التصديق"[3].

كما تضمنت لوائح التوقيعات الإلكترونية لعام 2002، مفهوم التوقيع الإلكتروني المتقدم والذي يعتبر توقيعا أكثر أمانا، بمعنى أنه يعتبر وكأنه توقيع تقليدي خطي شريطة توفره على الخصائص التالية [4].

1 ـ يحدد هوية الموقع.

2 ـ يرتبط بشكل صريح بالموقع.

3 ـ تحت سيطرة وتحكم الموقع دون غيره.

5 ـ يرتبط بالبيانات بطريقة تجعل أي تغيير لاحق يمكن ملاحظته بسهولة.

---

1. ابراهيم الدسوقي ابو الليل، مرجع سابق، ص1864.
2. عبد العزيز المرسى حمود، مرجع سابق، ص89.
3. أسامة بن غانم العبيدي، مرجع سابق، ص175.
4. المرجع نفسه، ص175.

هذا وينص قانون الإتصالات الإلكترونية لعام 2000 على قبول التوقيعات الإلالكترونية كدليل أمام المحاكم شريطة توافر الشرطين التاليين:

1 ـ أن يكون التوقيع مصدقا.

2 ـ أن يكون جزءا من رسالة إلكترونية.

رابعا: فرنسا.

وعى المشرع الفرنسي مبكر بضرورة إعتماد وسائل الإتصال الحديثة في المعاملات، وعيه هذا جعله يتدخل بموجب القانون رقم 525/80 الصادر في 12 يوليو 1980 والذي بموجبه عدل المادة 1348 من القانون المدني لينظم وسائل إثبات التصرفات القانونية بوجه عام[1].

ويعتبر حكم محكمة إستئناف مونبيليه الصادر في 19 أبريل 1987 أول حكم قضائي فرنسي يعترف بصحة وحجية التوقيع الإلكتروني، وذلك لإعتراف القضاء بحجية العمليات المصرفية التي تتم عبر بطاقة الصراف الآلي "ATM" وكان ذلك الحكم مغايرا للحكم الذي أصدرته محكمة "Sàte" الإبتدائية في 14 مايو 1984، ومن نجد ذلك إتجاه القضاء الفرنسي للإتداد بالتوقيع الإلكتروني وإن كان مقتصرا على صورة واحدة لهذا التوقيع، وهي حالة إستخدام البطاقات الممغنطة المقترنة برقم سري وهي صورة شاع إستخدامها من جانب الأفراد في تعاملاتهم البنكية[2].

ووفقا لأحكام محكمة النقض الفرنسية هذا فإنه يجوز للأفراد الإتفاق على الإحتجاج بوسيلة أخرى غير التوقيع الخطي المعروف بمعناه التقليدي، وفي تقريرها السنوي قررت محكمة النقض الفرنسية عام 1989 في هذا الصدد، أن التوقيع الذي يتم بتلك الاجراءات الحديثة (التوقيع المعلوماتي) يقدم الأمان والضمان والثقة التي يقدمها التوقيع الخطي، بل يفوقه كثيرا، حيث أن الرقم السري للبطاقة البنكية لا يعرفه إلا صاحبها[3].

---

1. محمد محروك، مرجع سابق، ص26.
2. تامر محمد سليمان الدمياطي، مرجع سابق، ص380.
3. محمد السعيد رشدي، مرجع سابق، ص199.

ولمواجهة النمو المتزايد للمعاملات الإلكترونية، وما صاحبها من توصيات مقدمة على المستوى الوطني أو على المستوى الدولي، فالنسبة لضرورة الإعتراف بالتوقيع الإلكتروني ودوره في الإثبات، لم يستطيع المشرع الفرنسي أن يظل بدون ردة فعل إيجابي تجاه ذلك، ولذا فقد تدخل في صورة تعديل النصوص المتعلقة بالإثبات الواردة في القانون المدني من خلال إضافة صورة جديدة، بما يجعل هذه القواعد متوافقة مع تقنيات المعلومات وشيوع اللجوء إلى التوقيع الإلكتروني[1]. والهدف من هذا كله جعل القانون الوطني منسجما مع أحكام التوجيه الأوروبي في هذا الشأن[2].

وبهذا الخصوص أصدر المشرع الفرنسي قانون التوقيع الإلكتروني رقم 230 لسنة 2000 في 13 مارس 2000[3]، بشأن تطويع قانون الإثبات لتكنولوجيا المعلومات، في صورة تعديل للنصوص المنظمة للإثبات في القانون المدني الفرنسي، ليضفي على التوقيع الإلكتروني حجية في الإثبات، ويجعل المستندات الإلكترونية مساوية للمستندات الورقية كما صدر في 31 مايو 2001 قرار حدد قواعد وإجراءات توثيق التوقيع الإلكتروني، ثم استكمل هذا القرار بالقرار رقم 535 لسنة 2002 الصادر في 18 أبريل 2002 في شأن التوثيق الإلكتروني[4].

وقد كرس قانون التوقيع الفرنسي مبدأ الإعتراف بالتوقيع الإلكتروني، وأضفى عليه ذات الحجية المقرر للتوقيع التقليدي، طالما تم إستخدام وسيلة أمنة لتحديد هوية الموقع وضمان صلته بالتصرف الذي وقع عليه، وفي ظروف من طبيعتها ضمان سلامته من التحريف أو التعديل والتزوير طبقا لنص المادة (1316 ـ 1 و 4)[5].

ومن أجل إزالة كل تعارض تشريعي مع مبدأ المساواة بين التوقيع الإلكتروني وغيره من أساليب التوقيع التقليدية، وبصفة خاصة التوقيع بخط اليد بهدف إلغاء أي تفرقة بينهما قام بتعديل عبارة

---

1. تامر محمد سليمان الدمياطي، مرجع سابق، ص405.
2. ثروت عبد الحميد، التوقيع الإلكتروني، مرجع سابق، ص174.
3. نجوى أبو هيبة، مدى حجية التوقيع الإلكتروني، مرجع سابق، ص86.
4. ابراهيم الدسوقي أبو الليل، مرجع سابق، ص1864.
5. ممدوح محمد علي مبروك، مرجع سابق، ص130.

"التوقيع بخط اليد" في المادة 1326 لتصبح "التوقيع بواسطة الشخص"، وذلك حتى يتلافى تمسك أي من الخصوم بمصطلح "خط اليد" لرفض المحررات الموقعة إلكترونيا[1].

ويؤكد المرسوم الصادر في 30 مارس 2001 بشأن تطبيق المادة 1316-4 من القانون المدني الفرنسي على إفتراض موثوقية الوسيلة المستخدمة في التوقيع الإلكتروني إلى أن يثبت عكس ذلك، غير أن المرسوم يذهب إلى أبعد من ذلك حين يشير إلى توافر موثوقية تلك الوسيلة، والتي تتلخص من ناحية: في أن تنشئ هذه الوسيلة "توقيعا إلكترونيا مؤمنا"، أي توقيع إلكتروني يستوفي المقتضيات القانونية الواردة في المادة 1316 ـ 4 من القانون المدني، بالإضافة إلى ضرورة أن يكون خاصا بالموقع، وأن ينشأ بواسطة وسائل يمكن أن يحتفظ بها الموقع تحت سيطرته، وأن يكفل رابطة مع المحرر المتصل به بحيث يمكن كشف أي تعديل لاحق يطرأ على المحرر، ومن ناحية أخرى يتعين أن ينشأ التوقيع الإلكتروني المؤمن بفضل منظومة إنشاء توقيع إلكتروني مؤمنة، ومنظومة للتحقق من صحة التوقيع الإلكتروني تعتمد على إستخدام شهادة تصديق إلكتروني مؤهلة، ومن هنا فإن الآلية التي تعنى بضمان دور قرنية الموثوقية ـ التي أنشئت بموجب المرسوم ـ تدور حول توقيع إلكتروني مؤمن يرتبط بهذه العناصر الثلاثة " منظومة إنشاء توقيع إلكتروني مؤمنة، منظومة التحقق من صحة التوقيع الالكتروني، وشهادة تصديق إلكتروني مؤهلة"[2].

كما عالجت المادة 228 ـ 1 الجديدة من قانون المرافعات المدنية الفرنسي، مسألة التوقيع الإلكتروني وتقرر أنه " حيثما يتمتع التوقيع الإلكتروني بقرينة الموثوقية، يستقل القاضي بتقرير ما إذا كانت العناصر التي يتخذها تبرر قلب هذه القرينة"[3]، وتعتبر هذه القاعدة الإجرائية للوهلة الأولى إمتداد لقرينة الموثوقية المنصوص عليها في المادة 1316 ـ4 من القانون المدني الفرنسي[4].

وفضلا عما تقدم، إتفقت جميع التشريعات التي أضفت الحجية القانونية على التوقيع الإلكتروني على ضرورة توافر شروط معينة تعزز من هذا التوقيع وتوفر فيه الثقة والأمان، حتى يتمتع بالحجية

---

1. حسن عبد الباسط جميعي، اثبات التصرفات، مرجع سابق، ص120.

2. "إيمان عبد الجواد مصطفى، إبراهيم، مرجع سابق، ص381.

3-Le nouveau article 288_ 1 du nouveau code de procédure civile

4 Esnault J, « la signature électronique », mémoire de DESS de droit du multimédia de l'informatique, - université paris II (panthéon), Année 2002 _ 2003, p, 31, disponible sur le sit :http :www.signelec.com. –Assas), Année 2002 _ 2003, p, 31, disponible sur le sit :http :www.signelec.com

المعترف بها للتوقيع التقليدي أو أكثر، وتتمحور هذه الشروط حول كون التوقيع مقصورا على صاحبه، وخاضعا لسيطرته المطلقة، وقابليته للتحقيق من صحته إضافة إلى إرتباطه بالبيانات التي يثبتها[1].

الفرع الثاني:التنظيم التشريعي لحجية القانونية التوقيع الإلكتروني في التشريعات العربية.

في خضم هذه البيئة المفعمة بالتغير، لم تكن الدول العربية بمنأى عن مواكبة التقنية الحديثة، نتيجة لما يعرفه الواقع العملي من الإعتماد على طرق ووسائل حديثة في الإتصال، لا تتفق تماما مع فكرة التوقيع بمفهومه التقليدي وفي ظل هذه الظروف قد لا يجد التوقيع اليدوي مكانا أمام إنتشار نظم المعالجة الإلكترونية للمعلومات والتي بدت تغزو العالم، وتعتمد إعتمادا كليا على الوسائط الإلكترونية[2]، الأمر الذي تنبهت له التشريعات العربية من أجل إصدار لتشريعات لتنظيم التوقيع الإلكتروني والإعتراف له بالحجية في الإثبات وهو ما سنبينه في هذا الفرع.

أولا: القانون التونسي.

وعيا من المشرع التونسي بأهمية التجارة الإلكترونية فقد أصدر قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية التونسية في 9 أغسطس 2000، ونشر فيالرائد الرسمي للجمهورية التونسية في العدد 24 ص 2084 و ما بعدها، وقد منح هذا القانون العقد الإلكتروني والتوقيع الإلكتروني نفس حجية العقد الكتابي والتوقيع التقليدي[3]، بشرط أن يحدث التوقيع الإلكتروني بواسطة منظومة موثوق بها يتم ضبط مواصفاتها التقنية بقرار من الوزير المكلف بالاتصالات[4].

وبإعتبار أن التوقيع الإلكتروني هو التوقيع المتلائم مع طبيعة هذه التجارة، فقد إهتم المشرع التونسي بحمايته وبيان حجيته، فقام بتخصيص الباب الأول للأحكام العامة في حين جاء الباب الثاني

---

1. ابراهيم الدسوقي أبو الليل، مرجع سابق، ص1865.
2. محمد محروك، مرجع سابق، ص26.
3. ممدوح محمد على مبروك، مرجع سابق، ص132.
4. هدى حامد قشقوش، الحماية الجنائية للتجارة الالكترونية عبر الأنترنت، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2000، ص71.

متعلقا بالوثيقة الإلكترونية والإمضاء الإلكتروني، وهنا نخص بالذكر الفصل الخامس من هذا القانون والذي جاء فيه:" يمكن لكل من يرغب في إمضاء وثيقة إلكترونية بواسطة منظومة موثوق بها يتم ضبط مواصفاتها التقنية بقرار من الوزير المكلف بالإتصالات".

في حين يتعين على كل من يستعمل منظومة إمضاء إلكتروني وفقا للفصل السادس العمل على ":1 ـ إتخاذ الإحتياطات الدنيا التي يتم ضبطها في القرار المنصوص عليه في الفصل 5 من هذا القانون لتفادي كل إستعمال غير مشروع لعناصر التشفير أو المعدات الشخصية المتعلقة بإمضائه.

2 ـ إعلام مزود خدمات المصادقة الإلكترونية بكل إستعمال غير مشروع لإمضائه.

3 ـ الحرص على مصداقية كافة المعطيات التي صرح بها لمزود خدمات المصادقة الإلكترونية ولكافة الأطراف التي طلب منها أن تثق في إمضائه."

وبهذا يتضح إذا أن المشرع التونسي قد أولى إهتماما بالغا للتوقيع الإلكتروني حماية لأطراف التعاقد، هادفا من خلال ذلك إلى منح الثقة في هذه الوسائل الإلكترونية، حتى تحظى بنفس المرتبة التي تحظى بها الوسائل التقليدية، وهو ما عبر عنه في بداية هذا القانون من خلال الفصل الأول[1]، والذي جاء فيه " يضبط هذا القانون القواعد العامة المنظمة للمبادلات والتجارة الإلكترونية، وتخضع المبادلات والتجارة الإلكترونية في مالا يتعارض وأحكام هذا القانون إلى التشريع والتراتيب الجاري العمل بها.

يجرى على العقود الإلكترونية نظام العقود الكتابية من حيث التعبير عن الإرادة ومفعولها القانوني وصحتها وقابليتها للتنفيذ في ما لا يتعارض وأحكام هذا القانون" مما يدل دلالة واضحة دون قياس أو تفسير على مساواة الوثيقة الموقعة بالتوقيع التقليدي أو الكتابي بتلك الموقعة الإلكتروني، وهذا يعني أن التوقيع الإلكتروني يتمتع بالحجية الكاملة في هذا القانون[2]

1. محمد محروك، مرجع سابق، ص30.

2. ابراهيم بن سطم بن خلف العنزي، مرجع سابق، ص98.

ثانيا: القانون الأردني.

نتيجة لإزدهار التجارة الإلكترونية على الصعيد الدولي ونتيجة لإنضمام الأردن إلى منظمة التجارة العالمية، وتوقيعه للعديد من إتفاقات التجارة الحرة وإتفاقية الشراكة الأردنية الأوروبية، فقد برزت الحاجة الماسة في التشريع الأردني إلى إزالة العوائق التشريعية التي تعيق تقدم وتطور التجارة الإلكترونية، بالإضافة إلى الحاجة لإنشاء إطار قانوني أردني متفق مع الإطار التشريعي الدولي للتجارة الإلكترونية ينظم التعاملات الإلكترونية، ونتيجة لذلك فقد نشطت الجهود وإنطلقت المبادرات في هذا المجال[1]، والتي أسفرت عن صدور قانون المعاملات الإلكترونية رقم 85 لعام 2001[2].

ومن خلال هذا القانون فقد إعترف المشرع الأردني بالتعاملات الإلكترونية والتوقيعات الإلكترونية ومنحها ذات القوة والحجية في الإثبات المترتبة على المحررات والتوقيعات التقليدية[3].

حيث نصت الفقرة (أ) من المادة السابعة من هذا القانون على ما يلي:

أ ـ " يعتبر السجل الإلكتروني و العقد الإلكتروني و الرسالة الإلكترونية والتوقيع الإلكتروني منتجا للآثار القانونية ذاتها المترتبة على الوثائق والمستندات الخطية والتوقيع الخطي بموجب أحكام التشريعات النافذة من حيث إلزامها لأطرافها أو صلاحيتها في الإثبات."

ب ـ كما أكدت الفقرة (ب) من هذه المادة تلك الحجية حيث نصت على " لا يجوز إغفال الأثر القانوني لأي مما ورد في الفقرة (أ) من هذه المادة لإنها أجريت بوسائل إلكترونية شريطة إتفاقها مع أحكام هذا القانون".

---

1. عمر حسن المومني، مرجع سابق، ص90،91.
2. القانون رقم 85 لسنة 2001 المتضمن قانون المعاملات الالكترونية الأردنية الجريدة الرسمية الأردنية العدد 4524، الصادرة في 2001/12/11.
3. أسامة بن غانم العبيدي، مرجع سابق، ص182.

وقد بينت المادة 31 من ذات القانون شروط اعتبار التوقيع الإلكتروني موثقا وهي أربعة شروط[1].

1 ـ أن يتميز بشكل فريد بإرتباطه بالشخص صاحب العلاقة.

2 ـ أن يكون كافيا للتعريف بشخص صاحبه.

3 ـ أن يكون قد تم إنشاؤه بوسائل خاصة بالشخص وتحت سيطرته.

4 ـ أن يرتبط بالسجل الذي يتعلق به بصوره لا تسمح بإجراء تعديل على القيد بعد توقيعه دون إحداث تغيير في التوقيع.

وهي ذات الشروط التي نصت عليها المادة 16 من قانون المعاملات الالكترونية الأردني رقم 15 لسنة 2015[2]، والتي جاء نصها كالآتي:" يعتبر التوقيع الإلكتروني موثقا إذا تحققت فيه جميع الشروط المذكورة في المادة (15) من هذا القانون و كان مرتبطا بشهادة توثيق إلكتروني صادرة وفقا لإحكام هذا القانون والأنظمة والتعليمات الصادرة بمقتضاه، وقت إنشاء التوقيع الإلكتروني عن أي جهة من الجهات التالية:

أ ـ جهة توثيق إلكتروني مرخصة في المملكة.

ب ـ جهة توثيق إلكتروني معتمدة.

ج ـ أي جهة حكومية سواء كانت وزارة أو مؤسسة رسمية عامة أو مؤسسة عامة أو بلدية يوافق لها مجلس الوزراء على ذلك شريطة استيفاء متطلبات هيئة تنظيم قطاع الإتصالات.

د ـ وزارة الإتصالات وتكنولوجيا المعلومات.

هـ ـ البنك المركزي الأردني فيما يتعلق بالأعمال المصرفية أو المالية الإلكترونية".

---

1. ابراهيم بن سطم بن خلف العنزي، مرجع سابق، ص100.
2. القانون رقم 15 لسنة 2015، المتضمن قانون المعاملات الإلكترونية الأردني، ج، ر، الأردنية رقم 5292.

وفي المقابل نصت المادة 32/ب "إذا لم يكن السجل الإلكتروني أو التوقيع الإلكتروني موثقا فليس له أي حجية".فهذه المادة تنفي عن التوقيع الإلكتروني أي حجية في الإثبات إذا لم يتصف بجميع أو إحدى الصفات الواردة في (32)[1].أو بعبارة أخرى لإضفاء الحجية القانونية على التوقيع الإلكتروني في الإثبات، لابد أن يكون توقيعا موثقا.

ثالثا: الإمارات العربية المتحدة.

أصدرت إمارة دبي قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية رقم 2 لسنة 2002، وقد نص في المادة 1/10 على أنه : " إذا أشترط القانون وجود توقيع على مستند أو نص على ترتيب نتائج معينة في غياب ذلك فإن التوقيع الإلكتروني الذي يعوله عليه في إطار هذا المعنى الوارد في المادة (20) من هذا القانون يستوفي ذلك الشرط" نستنتج من هذه المادة أن هذا القانون أضفى الحجية الكاملة على التوقيع الإلكتروني[2].

كما بينت المادة (20) من هذا القانون شروط التوقيع المحمي بأنها:

1 ـ أن ينفرد به الشخص الذي إستخدمه.

2 ـ أن يكون من الممكن أن يثبت هوية الشخص.

3 ـ أن يكون تحت سيطرة الموقع التامة بالنسبة لإنشائه أو وسيلة إستعماله وقت التوقيع.

4 ـ أن يرتبط بالرسالة لإلكترونية ذات الصلة به، بحيث يتم التعويل عليه حول سلامة التوقيع.

وبالرجوع إلى نص المادة 21 من ذات القانون نجد أنها قد أشارت إلى المعقولية مرة أخرى، ولكنها أضافت ما يسمى (بالشهادة الإلكترونية، والتي يقصد بها هنا ورقة تشهد بصحة التوقيع، والتي اشارت إليها قوانين أخرى بشهادات التصديق الصادرة عن طرف ثالث محايد)[3].

---

1. عمر حسن المومني، مرجع سابق، ص109.
2. إبراهيم بن سطم بن خلف العنزي، مرجع سابق، ص100.
3. لزهر بن سعيد، مرجع سابق، ص168.

وجدير بالذكر أن المادة (21) هي التي حددت المتطلبات التي يكون بها التوقيع الإلكتروني موثقا متقدما[1]، كما أصدر المشرع الإماراتي القانون الإتحادي للمعاملات والتجارة الإلكترونية لعام 2006، ويهدف هذا القانون إلى تسهيل وإزالة أية عوائق أمام التجارة الإلكترونية والمعاملات الإلكترونية الأخرى، والتي قد تنتج عن الغموض المتعلق بمتطلبات الكتابة والتوقيع، ولتعزيز التطور القانوني والتجاري لتطبيق التجارة الإلكترونية بصورة مضمونة[2].

وقد أضفى هذا القانون الحجية الكاملة على التوقيع الإلكتروني حيث نصت المادة الثامنة منه في فقرتها الأولى على مساواة التوقيع الإلكتروني بالتوقيع الخطي من حيث أثاره القانونية وحجيته في الإثبات طالما كان محميا، حيث نصت على ما يلي:" إذا إشترط القانون وجود توقيع على مستند أو نص على ترتيب نتائج معينة على التوقيع، فإن التوقيع الإلكتروني الذي يعتمد عليه في إطار المعنى الوارد في المادة (18) من هذا القانون يستوفي ذلك الشرط".

رابعا ـ المملكة العربية السعودية.

إدراكا من المنظم السعودي بأن غياب التنظيم القانوني للتوقيع الإلكتروني يؤدي إلى إثارة العديد من المشاكل القانونية لعدم إمكانية قبوله من القضاء، الأمر الذي يؤدي إلى حرمان الأفراد من إمتلاك الأدلة على إثبات تصرفاتهم التعاقدية[3]، صدر نظام التعاملات الإلكترونية السعودي رقم 80 لعام 1428هـ، ويهدف هذا النظام إلى ضبط التعاملات والتوقيعات الإلكترونية، وتنظيمها، وتوفير إطار نظامي لها بما يؤدي إلى تحقيق ما يلي:[4].

1 ـ إرساء قواعد نظامية موحدة لإستخدام التعاملات والتوقيعات الإلكترونية وتسهيل تطبيقها في القطاعين العام والخاص، بواسطة سجلات إلكترونية يعول عليها.

2 ـ إضفاء الثقة في صحة التعاملات والتوقيعات والسجلات الإلكترونية وسلامتها.

---

1. إيمان عبد الجواد مصطفى ابراهيم، مرجع سابق، ص385.
2. الفقرة 3 من المادة 3 من القانون رقم 1 لسنة 2006 في شان المعاملات والتجارة الإلكترونية الإماراتي.
3. إيناس الخالدي،مرجع سابق، ص25.
4. المادة الثانية من نظام التعاملات الإلكترونية السعودي.

3 ـ تيسير إستخدام التعاملات والتوقيعات الإلكترونية على الصعيدين المحلي والدولي للإستفادة منها في جميع المجالات، كالإجراءات الحكومية والتجارة والطب، والتعليم والدفع المالي الإلكتروني.

4 ـ إزالة العوائق أمام استخدام التعاملات والتوقيعات الإلكترونية.

5 ـ منع إساءة الإستخدام والإحتيال في التعاملات والتوقيعات الإلكترونية.

كما نص النظام على أن للتعاملات والسجلات والتوقيعات الإلكترونية حجيتها الملزمة، ولا يجوز نفي صحتها أو قابليتها للتنفيذ، ولا منع تنفيذها بسبب أنها تمت ـ كليا أو جزئيا ـ بشكل إلكتروني، شريطة أن تتم تلك التعاملات والسجلات والتوقيعات الإلكترونية بحسب الشروط التي نص عليها هذا النظام[1]، ومن ثم فإن هذا النظام أضفى على التوقيع الإلكتروني حجيته في الإلاثبات عند إستخدامه في نطاق التعاملات المدنية والتجارية والإدارية أيضا، وتكون له ذات الحجية المقررة للتوقيعات في نظام المرافعات الشرعية، شريطة أن تراعى في إنشائه و إتمامه الشروط المنصوص عليها في النظام والضوابط الفنية والتقنية التي تحددها اللائحة التنفيذية[2].

وبمراجعة المادة العاشرة من اللائحة التنفيذية للنظام نجد أنها حددت الشروط الواجب توافرها في التوقيع الإلكتروني حتى يكون حجة، فجاء نصها على النحو الآتي:" تنعقد حجية التوقيع الإلكتروني إذا تم الإلتزام بالضوابط والشروط التالية:[3].

1 ـ أن يكون التوقيع مرتبطا بشهادة تصديق رقمي صادرة من مقدم خدمات تصديق مرخص له من قبل الهيئة، أو بشهادة تصديق رقمي معتمدة من المركز.

2 ـ أن تكون شهادة التصديق المرتبطة بالتوقيع نافذة المفعول وقت إجراء التوقيع.

3 ـ الحفاظ على سلامة بيانات هوية الموقع، و توافقها مع شهادة التصديق الرقمي.

---

1. المادة الخامسة من نظام التعاملات الإلكترونية السعودي.
2. أسامة بن غانم العبيدي، مرجع سابق، ص187.
3. إيناس الخالدي، مرجع سابق، ص25.

4 ـ إذا تم التوقيع بالاشتراك مع منظومة بيانات إلكترونية لدى الموقع، ويشترط سلامة الإرتباط المنطقي و الفني بين منظومة التوقيع الإلكتروني ومنظومة البيانات الإلكترونية، ومن ثم خلوهما من العيوب الفنية التي قد تؤثر في صحة انعقاد التوقيع وإرساله..."

كما نص النظام في الفقرة الأولى من المادة (14) منه على أنه:" إذا إشترط وجود توقيع خطي على مستند أو عقد أو نحوه، فإن التوقيع الإلكتروني الذي يتم وفقا لهذا النظام يعد مستوفيا لهذا الشرط، ويعد التوقيع الإلكتروني بمثابة التوقيع الخطي وله الآثار النظامية نفسها."

ونص النظام في الفقرة (4) من المادة (14) منه على أنه:" إذا لم يستوف التوقيع الإلكتروني الضوابط والشروط المحددة في هذا النظام واللائحة، فإن أصل الصحة بموجب الفقرة (3) من هذه المادة لا يقوم للتوقيع ولا للتعامل الإلكتروني المرتبط به."

ولا شك أنه إزاء إعتراف المنظم السعودي بحجية التوقيع، وأضفى عليه الحجية الكاملة، تصبح المنظومة الإلكترونية قد إكتملت، وأصبح له الحجية الموجودة في نظام المرفعات الشرعية السعودي والمعترف به للتوقيع التقليدي، الأمر الذي يدعم إستخدام تلك الوسائل الإلكترونية ويشجع التعامل بها[1].

خامسا: القانون المصري.

كان لإنتشار استخدام شبكة الأنترنت، وغيرها من وسائل الإتصال الحديثة في التفاوض على العقود وإبرامها، بالغ التأثير على المشرع المصري الذي لم يكن بمعزل عن مسايرة التطور التكنولوجي وما إستتبع ذلك من ظهور نمط جديد من التوقيعات يستجيب لطبيعة تلك العقود، وهو " التوقيع الإلكتروني"، وحرص على التدخل بمقتضى القانون رقم 15 لسنة 2004 بشأن تنظيم التوقيع الإلكتروني وإنشاء هيئة تنمية صناعة تكنولوجيا المعلومات ليسد الفراغ التشريعي في شأن تنظيم المعاملات الإلكترونية والتوقيعات الإلكترونية، بهدف دعم التحول إلى عالم إلكتروني لا ورقي، ويشمل

1. أسامة بن غانم العبيدي، مرجع سابق، ص190.

الهدف الأساسي من هذا القانون وضع قواعد قانونية خاصة لتنظيم التوقيع الإلكتروني، والإعتراف بالتكافؤ بين التوقيع الإلكتروني والتوقيعات الخطية وأخيرا تحديده لشروط حجيته في الإثبات[1].

ووفقا للمادة (14) من هذا القانون يكون للتوقيع الإلكتروني في نطاق المعاملات التجارية والمدنية ذات الحجية المقررة للتوقيعات في أحكام قانون الاثبات في المواد المدنية والتجارية، إذا روعي في إنشائه وإتمامه الشروط المنصوص عليها في هذا القانون والضوابط الفنية والتقنية التي تحددها اللائحة التنفيذية لهذا القانون[2].

ونلاحظ من هذه المادة أن المشرع المصري أعطى الحجية للتوقيع الإلكتروني في التعاملات المدنية والتجارية والإدارية[3].

وإشترطت هذه المادة لتمتع التوقيع الإلكتروني بالحجية أن يراعى في إنشائه وإتمامه الشروط المنصوص عليها في هذا القانون، والتي جاءت في المادة 18 من القانون نفسه والتي نصت على ما يلي:

" يتمتع التوقيع الإلكتروني والكتابة الإلكترونية والمحررات الإلكترونية بالحجية في الإثبات إذا ما توافرت فيها الشروط الآتية:

1 ـ إرتباط التوقيع الإلكتروني بالموقع وحده دون غيره.

2 ـ سيطرة الموقع وحده دون غيره على الوسيط الإلكتروني.

3 ـ إمكانية كشف أي تعديل أو تبديل في بيانات المحرر الإلكتروني أو التوقيع الإلكتروني"[4].

---

1. تامر محمد سليمان الدمياطي، مرجع سابق، ص419،420.
2. صفوان حمزة ابراهيم عيسى الهواري، مرجع سابق، ص186.
3. ثروت عبد الحميد، التوقيع الإلكتروني، مرجع سابق، ص190.
4. المادة 18 من قانون التوقيع الإلكتروني المصري رقم 15 لسنة 2004م

وما يلاحظ على هذه الإشتراطات أنها تتطابق مع الإشتراطات التي تطلبها قانون الأونيسترال النموذجي لمنح التوقيع الإلكتروني الثقة اللازمة، والتي جاءت في نص المادة (6) من قانون الأونيسترال النموذجي بشأن التوقيعات الإلكترونية لسنة 2001[1].

ومن ناحية أخرى أحالت المادة 17 من ذات القانون، في شأن إثبات التوقيع الإلكتروني إلى أحكام قانون الاثبات في المواد المدنية والتجارية، وذلك فيما لم يرد بشأنه نص خاص في قانون تنظيم التوقيع الإلكتروني أو لائحته التنفيذية، وفي هذا الخصوص حرصت اللائحة التنفيذية على بيان الضوابط الفنية والتقنية اللازم مراعاتها في إنشاء التوقيع الإلكتروني[2]، وإتمامه من خلال تحديدها لمنظومة تكوين بيانات إنشاء التوقيع الإلكتروني[3].

وفي هذا الخصوص حرصت اللائحة التنفيذية على الإشارة إلى الضوابط الفنية والتقنية اللازمة لحجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات، من خلال بيان الضوابط الفنية والتقنية لتحقيق إرتباط التوقيع الإلكتروني بالموقع وحده دون غيره[4]، كما بينت متى تتحقق من الناحية الفنية والتقنية سيطرة الموقع وحده دون غيره على الوسيط الإلكتروني المستخدم في عملية تثبيت التوقيع الإلكتروني[5]، وأخيرا تعرضت للضوابط الفنية والتقنية اللازمة لكشف أي تعديل أو تحريف في بيانات المحرر الموقع إلكترونيا[6].

وبناءا على ما تقدم، نجد أن المشرع المصري، في تنظيمه للتوقيع الإلكتروني في نطاق المعاملات المدنية والتجارية والإدارية، قد أتجه إلى المساواة بينه وبين التوقيع التقليدي، ومنحه ذات الحجية المقررة للتوقيعات التقليدية في أحكام قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية، متى توافرت

---

1. ابراهيم بن سطم بن خلف العنزي، مرجع سابق، ص99.
2. المادة 18/1 من اللائحة التنفيذية لقانون التوقيع الإلكتروني المصري.
3. إيمان عبد الجواد مصطفى ابراهيم، مرجع سابق، ص383.
4. المادة 9 من اللائحة التنفيذية لقانون التوقيع الإلكتروني المصري.
5. المادة 10 من اللائحة التنفيذية لقانون التوقيع الإلكتروني المصري.
6. المادة 11 من اللائحة التنفيذية لقانون التوقيع الإلكتروني المصري.

الشروط المنصوص عليها في القانون والضوابط الفنية والتقنية الواردة في لائحته التنفيذية التي تضمن صحة وسلامة التوقيع الإلكتروني وتوفر الثقة في نسبته للموقع[1].

سادسا: القانون الجزائري.

أقر القانون الجزائري بالحجية للتوقيع الإلكتروني تماما كالتوقيع التقليدي وذلك بموجب المادة 327 ق. م. ج المعدلة بموجب القانون رقم 10/05، وجاء نص الفقرة الثانية منها على النحو التالي:" ويعتد بالتوقيع الإلكتروني وفق الشروط المذكورة في المادة 323 مكرر 1 أعلاه."

ما يمكن ملاحظته على هذا النص أنه أعتد بالتوقيع الإلكتروني وفق الشروط التي حددتها المادة 323 مكرر 1 من القانون المدني الجزائري والتي تتمثل في الآتي:

1 ـ التأكد من هوية الشخص الذي أصدره.

2 ـ أن يكون معد ومحفوظ في ظروف تضمن سلامته.

وأمام هذه المجهودات الدولية والعربية للإعتراف بالتوقيع الإلكتروني، وجد المشرع الجزائري نفسه أمام إصدار قانون التوقيع الإلكتروني لمواكبة هذه المجهودات، وقد توجت هذه المجهودات بإصدار القانون الذي يحدد القواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين رقم 04/15 المؤرخ في 11 ربيع الثاني عام 1436 الموافق لـ أول فبراير 2015.

ويعرف قانون التوقيع والتصديق الإلكترونيين التوقيع الالكتروني بأنه:" بيانات في شكل إلكتروني، مرفقة أو مرتبطة منطقيا ببيانات إلكترونية أخرى، تستعمل كوسيلة توثيق"[2].

ووفقا للمادة السادسة من هذا القانون يستعمل التوقيع الإلكتروني لتوثيق هوية الموقع وإثبات قبوله لمضمون الكتابة في الشكل الإلكتروني.

---

1. تامر محمد سليمان الدمياطي، مرجع سابق، ص427.

2. المادة 1/2 من قانون التوقيع والتصديق الإلكترونيين الجزائري.

و قد حدد المشرع الجزائري عددا من الشروط التي لابد أن تتوافر في التوقيع الإلكتروني حتى يتمتع بذات الحجية التي يتمتع بها التوقيع التقليدي وهي :[1].

1 ـ أن ينشأ على أساس شهادة تصديق إلكتروني موصوفة.

2 ـ أن يرتبط التوقيع الإلكتروني وحده دون غيره.

3 ـ أن يمكن من تحديد هوية الموقع.

4 ـ أن يكون مصمما بواسطة آلية مؤمنة خاصة بإنشاء التوقيع الإلكتروني.

5 ـ سيطرة الموقع وحده دون غيره على الوسيط الإلكتروني.

6 ـ إمكانية كشف أي تعديل أو تبديل اللاحق بالبيانات الخاصة بالموقع.

كما نص القانون في المادة الثامنة منه على أن التوقيع الالكتروني الوحيد الماثل للتوقيع المكتوب هو التوقيع الالكتروني الموصوف سواء كان لشخص طبيعي أو معنوي، و في هذا الخصوص حرصت المادة العاشرة منه على أن تكون آلية إنشاء التوقيع الإلكتروني الموصوف مؤمنة.

وفي الأخير نخلص أن المشرع الجزائري إعترف بالتوقيعات الإلكترونية ومنحها ذات القوة والحجية في الإثبات المترتبة على التوقيعات التقليدية شريطة توفر الشروط المنصوص عليها في القانون المتعلق بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين.

خلاصة القول إتجهت أن مختلف التشريعات إلى مساواة التوقيع الإلكتروني بالتوقيع اليدوي، ومنحه نفس الحجية في الاثبات، غير أن هذه الحجية ليست مطلقة، تمنح لأي توقيع إلكتروني، حيث إشترطت لمنح الحجية الكاملة للتوقيع الإلكتروني توافر شروط معينة تجعله موثوقا به، ويمكن إجمال هذه الشروط في أنه يكون القصد من التوقيع إثبات هوية الطرف الموقع وأن يتم التوقيع بوسائل

[1] المادة 7 من قانون التوقيع والتصديق الإلكترونيين الجزائري، راجع أيضا مسعودي يوسف، أرجليوس رجاب، مدى حجية التوقيع الالكتروني في الاثبات (دراسة على ضوء أحكام القانون 04/15)، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، المركز الجامعي تامنغست، ع 11، جانفي2017، ص93.

خاصة به، وتحت سيطرته وأن ينفرد به الشخص الذي أصدره وأن يكون مرتبطا بالرسالة الإلكترونية، كما أن الموقع يقوم ببذل العناية المعقولة والحيطة اللازمة لتفادي الإستخدام الغيرمشروع لتوقيعه الإلكتروني.

خاتمة

تناولنا ـ بفضل الله وتوفيقه ـ في بحثنا هذا موضوع التعاقد عبر الأنترنت دراسة مقارنة في قانون الأونيسترال و القانون الجزائري ، وقد تمت دراسة هذا البحث في بابين، ثم انتهينا إلى خاتمة إشتملت على بعض النتائج والتوصيات.

وقد تحدثنا في الباب الأول عن إنعقاد العقد عبر الأنترنت وذلك من خلال فصلين، خصصنا أولها لمفهوم العقد الإلكتروني وآلية إبرامه، حيث تناولها في ثلاثة مباحث، حيث تكلمنا عن مفهوم العقد الإلكتروني وخصائصه في مبحث أول، ثم تحدثنا عن آلية إبرام التعاقد عبر الأنترنت وصحته في مبحث ثان، وإنتقلنا للحديث عن زمان ومكان إبرام التعاقد عبر الأنترنت، أما الفصل الثاني من الباب الأول، والمعنون: بحماية المستهلك في التعاقد عبر الأنترنت، فقد خصصناه للحديث عن حماية المستهلك في التعاقد عبر الأنترنت، وذلك في ثلاث مباحث، تناول الأول منها: مفهوم المستهلك الإلكتروني ، أما المبحث الثاني فقد تعرضنا فيه لحماية المستهلك في المرحلة السابقة على التعاقد عبر الأنترنت، أما المبحث الثالث، فقد بحثنا فيه أوجه الحماية المدنية للمستهلك في المرحلة اللاحقة لإبرام التعاقد عبر الأنترنت .

ثم إنتقلنا إلى الباب الثاني من هذا البحث والذي خصصناه للبحث في إثبات التعاقد عبر الأنترنت، فقسمنا إلى فصلين، حيث جاء الفصل الأول ليعالج الكتابة الإلكترونية في ثلاثة مباحث، تناول أولها مفهوم الكتابة الإلكترونية وتطبيقها على المحرر الإلكتروني، وثانيها، حجية المحررات الإلكترونية طبقا للقواعد التقليدية في الإثبات، والثالث بحثنا فيه الحجية القانونية للمحرر الإلكتروني.

أما الفصل الثاني، والخاص بالتوقيع الإلكتروني، فقد قسمناه إلى ثلاثة مباحث كذلك، أولها تحدثنا فيه عن التوقيع بمفهوميه التقليدي والٌكتروني، وفي المبحث الثاني عرضنا أشكال ووظائف التوقيع الإلكتروني، أما المبحث الثالث من هذا الفصل فقد خصصناه للتنظيم التشريعي لحجية التوقيع الإلكتروني، ومما سبق وبعد الانتهاء من هذه الدراسة، توصلنا إلى بعض النتائج والتوصيات، التي نود من أصحاب الاختصاص النظر فيها، والإقتباس منها بالقدر الكافي لحل المشكلات التي تواجه التعاقد عبر الأنترنت.

أولا ـ النتائج: تبين لنا من خلال هذا البحث أن:

1 ـ توصل الباحث من خلال هذه الدراسة إلى أن أغلب التشريعات القانونية قد أجازت التعاقد عبر شبكة الأنترنت سواء تم هذا التعاقد كليا أم جزئيا عبر الشبكة، وأنه حتى التشريعات التي لم تصدر قوانين خاصة بالمعاملات الإلكترونية أو لم تعدل قوانينها الحالية، توجد ضمن قواعدها العامة نصوصا يمكن أن تستوعب هذا النوع من التعاقد الذي فرض نفسه بقوة نتيجة الثورة المعلوماتية التي شهدها العالم.

2 ـ إن العقد الإلكتروني لا يخرج عن القواعد العامة المنظمة للعقد، سواء من حيث الأطراف، أو الموضوع، إلا أنه ينفرد عن العقد التقليدي بالوسيلة التي ينعقد بها، وهي شبكة الأنترنت، فهذه الخصوصية –التعاقد عبر الأنترنت– يلزم مراعاتها عند إبرام وإثبات هذا التعاقد، كونها تقتضي وجود قواعد تشريعة خاصة إلى جانب القواعد العامة.

3 ـ إن العقد الإلكتروني المبرم عبر الأنترنت يمكن أن يندرج تحت طائفة العقود التي تبرم عن بعد مع وجود بعض الإختلافات التي تضعه في مكانة خاصة بين هذه العقود من حيث أنه يتوافر فيه التفاعل الحكمي بين طرفي العقد الإلكتروني، إما عبر المواقع الإلكترونية أو مواقع المحادثة أو عبر البريد الإلكتروني.

4 ـ يبدو الإختلاف بين العقد التقليدي والعقد الإلكتروني في ركن الرضا من ناحية الإيجاب، حيث أنه يتم بوسيلة مسموعة ومرئية من خلال شبكة الأنترنت، وهي تتيح وصول الإيجاب إلى كافة المستخدمين دون تمييز، وهو الأمر الذي لا يخلو من مخاطره ما إذا كان الموقع غير موثوق فيه.

5 ـ كما أن القبول الالكتروني ما هو إلا قبول تقليدي ويتم التعبير عنه بوسائل إلكترونية حديثة، سواء عن طريق البريد الإلكتروني، أو نتيجة المحادثة أو المشاهدة، أو بالتحميل المباشر للبرنامج محل التعاقد،أوعن طريق الضغط على الأيقونة أو النقر على الفأرة.

6 ـ وفيما يخص السكوت خلصنا إلى أنه لا يمكن إعتبار السكوت بأي حال من الأحوال تعبيرا عن الإرادة للقبول أو الإيجاب في التعاقد عبر الأنترنت، ولا يجوز العمل بالإستثناء المتعلق بالسكوت الملابس الذي جاءت به المادة 68 من القانون المدني الجزائري.

7 ـ كما جرى في البحث دراسة موضوع زمان ومكان إبرام التعاقد عبر الأنترنت، حيث تم إستعراض الحالات التي وردت في قانون الأونسيترال، وبعض قوانين المعاملات الإلكترونية، لما له من أهمية، إذ أن تحديد زمان إبرام التعاقد عبر الأنترنت، يفيد في معرفة الوقت الذي ينعقد فيه العقد، ومن هذا الوقت يرتب العقد الإلكتروني إلتزاماته على طرفيه، كما أن تحديد مكان إبرام العقد، يفيذ في معرفة القانون الواجب التطبيق على العقد، مع بيان المحكمة المختصة فيما يثار بشأنه من منازعات، أما فيما يخص موقف المشرع من ذلك نجد أنه لم يحدد زمان ومكان التعاقد عبر الأنترنت في قانون التجارة الألكترونية رقم 18/،05 ولذلك وجب الرجوع إلى القواعد العامة المنصوص عليها في القانون المدني طبقا لنص المادة 61 و 67 من القانون المدني الجزائري.

8 ـ المفهوم القانوني للمستهلك يتسع ويضيق حسب الزاوية التي ينظر إليه من خلالها، فالمفهوم الضيق يعتمد على معيار الإستهلاك الشخصي، بينما يعتمد المفهوم الواسع على معيار الإستخدام والإستعمال والإستفادة من السلعة أو الخدمة بغض النظر عن المهنة من عدمها، أما بالنسبة للمشرع الجزائري فقد تبنى في تعريفه للمستهلك المفهوم الضيق حيث عرفته المادة 1/3 من القانون 03/09 بأنه: " كل شخص طبيعي أو معنوي يقتني بمقابل أو مجانا سلعة أو خدمة موجهة لإستعمال نهائي من أجل تلبية حاجته الشخصية أو تلبية حاجة شخص آخر أو حيوان متكفل به "، وهو ذات التعريف الذي أورده المشرع في تعريفه للمستهلك الإلكتروني بموجب المادة 6 من قانون التجارة الالكترونية بقوله: "المستهلك الالكتروني: كل شخص طبيعي أو معنوي تقتني بعوض أو بصفة مجانية سلعة أو خدمة عن طريق الاتصالات الإلكترونية من المورد الإلكتروني بغرض الإستخدام النهائي".

9 ـ يشترط لإعتبار الإعلان الإلكتروني كاذبا، إستخدام المعلن معلومات كاذبة عن الخصائص الجوهرية للشيء المعلن عنه سواء كان سلعة أو خدمة، وأن يكون من شأن الإعلان تضليل المستهلكين، ودفعهم إلى التعاقد على سلع وخدمات إنجذابا وراء هذا الإعلان، ولهذا يشترط أن تكون الإعلانات واضحة وشفافة وصادقة في محتواها، وإلا فإن المسؤولية تكون قائمة بحق المهني في هذه الحالة.

10 ـ إن الإلتزام بالإعلام ما قبل التعاقد، هو أهم الحقوق التي يجب أن يتمتع بها المستهلك الإلكتروني بصفة خاصة، لإعتباره من أهم مظاهر الحماية التي يمكن أن تمنح للمستهلك في هذه

المرحلة نظرا لإفتقاره المعلومات التي يجوزها المهني المحترف، فهو يعد ضمانة وقائية للمستهلك، لكونه يسبق مرحلة إبرام العقد، ويشكل درعا واقيا من مخاطر المستقبل التي تهدد العقود، فهو يبصر المستهلك ويحقق له الرضا المستنير الذي يعد ركيزة أساسية في كافة العقود، وحسن فعل المشرع الجزائري بإقراره لهذا الإلتزام في المرحلة السابقة على التعاقد.

11 ـ أما عن حق المستهلك في الرجوع أو الحق في العدول، والذي يمثل في الواقع خروجا على مبدأ القوة الملزمة للعقد، فقد إستنتجنا من خلال هذه الدراسة أنه حق استثنائي للمستهلك في العقود المبرمة عن بعد، ومنها العقود المبرمة عبر الأنترنت، وهو ما أشار له المشرع الجزائري صراحة في نص المادة 22 من قانون التجارة الالكترونية، وقد حددها المشرع بأربعة أيام من التسليم الفعلي للمنتوج، وهنا نجد إختلاف القوانين في تحديد بدأ سريان المهلة المتعلقة بممارسة حق العدول، وقد شرع هذا الحق كون المتعاقد عبر شبكة الأنترنت لا يتوافر على الإمكانية الفعلية أو الحقيقية لمعاينة السلعة واقعيا والتحقق من الأداء المناسب للخدمات، وهذا الخروج يجد مبرر الأساسي في ضرورات حماية المستهلك بإعتباره الطرف الضعيف في مواجهة المهني.

12 ـ يعتبر الغرض الأساسي من تطلب الكتابة في الإثبات إعتبارها وسيلة تدل على وجود التصرف القانوني وتحديد مضمونه، وذلك لكي يكون بإمكان الأطراف في حالة نشوب نزاع بينهما الرجوع إليها، وبناءا على ذلك يجب أن يتم تحديد المقصود بالكتابة في ضوء وظيفتها والغرض منها وليس على أساس نوعية الدعامة التي تتم عليه أو شكل الحروف والرموز المستخدمة فيها، وهذا ما سيؤدي حتما إلى الإعتراف بالمستندات أو الوثائق الإلكترونية بإعتبارها معادلع وظيفيا لنظيرتها التقليدية، إذ ما حققت نفس الوظائف التي تؤديها هذه الأخيرة.

13 ـ وفي مجال الإثبات الإلكتروني، نجد أن المشرع الجزائري قد إستحدث الكتابة الإلكترونية وذلك من خلال المادة 323 مكرر من القانون المدني بقولها: "ينتج الإثبات بالكتابة من تسلسل حروف أو أوصاف أو أرقام أو أية علامات أو رموز ذات معنى مفهوم، مهما كانت الوسيلة التي تتضمنها، وكذا طرق إرسالها"، كما سوى بين الكتابة الإلكترونية والكتابة التقليدية من حيث الحجية في الإثبات بمقتضى المادة 323 مكرر1 من القانون المدني، شريطة إمكانية التأكد من هوية الشخص الذي

أصدرها وأن تكون معدة ومحفوظة في ظروف تضمن سلامتها، مما يضمن لها الثبات والإستمرارية وعدم التحريف التعديل، مما يضمن إستقرار المعاملات، ويوفر للمتعاملين الثقة والأمان.

14 ـ وقد اتضح من خلال هذه الدراسة، أن التوقيع الإلكتروني عبارة عن علامة أو إشارة مميزة تتعلق بشخص محدد، ويقوم بوظائف متمثلة في تحديد شخصية المتعاقد وإثبات رضائه بما ورد في الوثيقة التي تحمل توقيعه، إضافة إلى الحفاظ على مضمون محتوى العقد وتكامله.

15 ـ ولمواكبة عجلة التطور التكنولوجي، إستجاب المشرع الجزائري لهذه الضرورات، بإصداره لقانون خاص ينظم أحكام التوقيع والتصديق الإلكترونيين، وإن جاء متأخرا بالمقارنة بالتشريعات الدولية والوطنية الصادرة في هذا المجال، وهو ما دعت إليه الأمم المتحدة من خلال لجنة الأونيسترال التابعة لها، رغم أنه إعترف بالتوقيع الالكتروني في نصوص القانون المدني، وبالذات المادة 327 من القانون المدني الجزائري.

16 ـ للتوقيع الإلكتروني عدة صور أهمها: التوقيع الرقمي والتوقيع البيومتري، التوقيع بالعلم الإلكتروني، والتوقيع بالرقم السري.

17 ـ يتمتع التوقيع الإلكتروني بالحجية القانونية نفسها التي يتمتع بها التوقيع التقليدي، وذلك بموجب التشريعات القانونية المختلفة، شريطة توفر الشروط والمتطلبات اللازمة.

ثانيا ـ التوصيات:

1 ـ ضرورة التعاون الدولي لإبرام إتفاقيات دولية لسن تشريعات تلتزم بها الدول الأعضاء في الأمم المتحدة عند وضع تشريعاتها الداخلية، لأن الطابع الدولي لهذه المعاملات يقتضي وجود قواعد دولية تحكمها ، كون أن إختلاف الدول في قوانينها الداخلية المنظمة لهذه الوافد الجديد يزيد من حجم الإشكالات القانونية التي يثيرها.

2 ـ ندعو المشرع الجزائري لوضع تنظيم للإيجاب والقبول الإلكتروني، وذلك لعدم كفاية القواعد العامة في حل المشاكل التي قد تثار نتيجة التعبير عن الإرادة إلكترونيا.

3 ـ نرى ضرورة معالجة المشرع الجزائري لمسألة التحقق من أهلية المتعاقد من جهة، وعيوب الإرادة من جهة أخرى، وذلك في ظل غياب النصوص القانونية المعالجة لهذه المسائل في قانون التجارة الإلكترونية نظرا لخصوصية هذا التعاقد.

4 ـ ضرورة أن يتدخل المشرع الجزائري، وأن يضيف نصا خاصا بكيفية تحديد زمان ومكان التعاقد عبر الانترنت، دون الإكتفاء بالقواعد العامة الواردة في القانون المدني.

5 ـ ندعو لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي لوضع قانون نموذجي في مجال حماية المستهلك الإلكتروني، يكون مرجعا للدول عند إعداد قوانينها الداخلية المتعلقة بحماية المستهلك في التعاقد عبر الأنترنت، ومصدرا لتوحيد هذه التشريعات على المستوى الدولي.

6 ـ نلتمس من المشرع الجزائري أن يحدو حدو المشرع الفرنسي في تبني المفهوم الموسع للمستهلك الإلكتروني، بذلا من المفهوم الضيق ليتسع مجال الحماية.

7 ـ نهيب بالمشرع الجزائري إدراج في قانون التجارة الالكترونية جزاءات قانونية واضحة وصريحة على مخالفة الإلتزام بالإعلام ما قبل التعاقد، خاصة في مجال التعاقد عبر الأنترنت.

8 ـ نوصي المشرع الجزائر بإصدار قانون خاص بحماية المستهلك الالكتروني، مع الإستفادة من تجارب الدول التي سبقتنا في هذا المجال، كما ندعوه الى إصدار قانون خاص بالإثبات في المواد المدنية والتجارية مستقل عن القانون المدني ينظم الإثبات في الشكل التقليدي والإلكتروني.

9 . الإسراع في إصدار المراسيم التنظيمة المتعلقة بحق المستهلك في العدول من خلال تحديد شروط وكيفيات ممارسة هذا الحق، وكذا اجال وقائمة المنتوجات المعنية.

10 ـ تعين جهة قضائية مختصة في مجال النزعات الناجمة عن العقود الإلكترونية مع المستهلكين.

11 ـ ضرورة تدخل المشرع لتنظيم مسألة تعارض المحررات الإلكترونية والورقية، وذلك بإعطاء القاضي السلطة التقديرية للترجيح بين المحرر الإلكتروني والورقي، إن لم يكن هناك نص إو اتفاق يحكم النزاع.

12 ـ ندعو المشرع الجزائري إلى إضافة نص إلى قانون التوقيع والتصديق الإلكترونين رقم 15/ 04، يعطي القاضي سلطة تقديرية واسعة في حالة إنكار المحرر أو التوقيع الإلكتروني حتى يستطيع القاضي الرجوع إلى سلطة التصديق الإلكتروني.

13 ـ العمل على إعداد إطارات في مجالات القانون والقضاء، والاقتصاد والأمن، تكون قادرة على تفعيل التعاقد عبر الأنترنت و مواكبة التطورات، تنسب لهم مهمة نشر الوعي المعرفي لهذا التعاقد، مما يكفل الثقة والشفافية في معاملات التجارة الإلكترونية، مما يزيد من حجم معاملاتها.

و أخر ما اختم به كلامي هو كلام العماد الاصفهاني

إني رأيت أنه لا يكتب أحد كتابا في يومه

إلا قال في غده لو غير هذا لكان أحسن

ولو زيد هذا لكان يستحسن

ولو قد هذا لكان أفضل

ولو ترك هذا لكان أجمل

الملاحق

الملحق (1)
قانون الأونسترال النموذجي
بشأن التجارة الإلكترونية

الأصل : بالإسبانية والإنكليزية والروسية والصينية والعربية والفرنسية

الجزء الأول : التجارة الإلكترونية عموماً

الفصل الأول

أحكام عامة

المادة (1) : نطاق التطبيق

ينطبق هذا القانون على أي نوع من المعلومات يكون في شكل رسالة بيانات مستخدمة في سياق أنشطة تجارية .

المادة (2) : تعريف المصطلحات

لأغراض هذا القانون :

آ. يراد بمصطلح "رسالة بيانات" المعلومات التي يتم إنشاؤها أو إرسالها أو استلامها أو تخزينها بوسائل إلكترونية أو ضوئية أو برسائل مشابهة ، بما في ذلك على سبيل المثال لا الحصر تبادل البيانات الإلكترونية ، أو البريد الإلكتروني ، أو البرق أو التلكس أو النسخ البرقي .

ب. يراد بمصطلح "تبادل البيانات الإلكترونية"نقل المعلومات إلكترونياً من حاسوب إلى حاسوب آخر باستخدام معيار متفق عليه لتكوين المعلومات .

جـ. يراد بمصطلح "منشئ" رسالة البيانات الشخص الذي يعتبر أن إرسال أو إنشاء رسالة البيانات قبل تخزينها ، إن حدث قد تمّ على يديه أو نيابةً عنه ، ولكنه لا يشمل الشخص الذي يتصرف كوسيط فيما يتعلق بهذه الرسالة .

د. يراد بمصطلح "المرسل إليه" رسالة البيانات الشخص الذي قصد المنشئ أن يتسلم رسالة البيانات ، ولكنه لا يشمل الشخص الذي يتصرف كوسيط فيما يتعلق بهذه الرسالة .

هـ. يراد بمصطلح "الوسيط" فيما يتعلق برسالة بيانات معينة الشخص الذي يقوم نيابةً عن شخص آخر بإرسال أو استلام أو تخزين رسالة البيانات أو بتقديم خدمات أخرى فيما يتعلق برسالة البيانات هذه .

و. يراد بمصطلح "نظام معلومات" النظام الذي يستخدم لإنشاء رسائل البيانات أو إرسالها أو استلامها أو تخزينها أو لتجهيزها على أي وجه آخر .

المادة (3) : التفسير

1. يولى الاعتبار في تفسير هذا القانون لمصدره الدولي ولضرورة تشجيع توحيد تطبيقه وتوفر حسن النية
2. المسائل المتعلقة بالأمور التي ينظمها هذا القانون ولا يكون قاطعاً صراحةً في شأنها تسوى وفقاً للمبادئ العامة التي يقوم عليها هذا القانون .

المادة (4) : التغيير بالاتفاق

1. في العلاقة بين الأطراف المشتركة في إنشاء رسائل البيانات أو إرسالها أو استلامها أو تخزينها أو تجهيزها على أي وجه آخر ، وما لم ينص على غير ذلك . يجوز تغيير أحكام الفصل الثالث بالاتفاق .
2. لا تخل الفقرة (1) بأي حق قد يكون قائماً في أن تعدل بالاتفاق أية قاعدة قانونية مشار إليها في الفصل الثاني .

الفصل الثاني

تطبيق الاشتراطات القانونية على رسائل البيانات

المادة (5) : الاعتراف القانوني برسائل البيانات

لا تفقد المعلومات مفعولها القانوني أو صحتها أو قابليتها للتنفيذ لمجرد أنها في شكل رسالة بيانات .

المادة (6) : الكتابة

1. عندما يشترط القانون أن تكون المعلومات مكتوبة ، تستوفي رسالة البيانات ذلك الشرط إذا تيسر الإطلاع على البيانات الواردة فيها على نحوٍ يتيح استخدامها بالرجوع إليه لاحقاً .
2. تسري أحكام الفقرة (1) سواءً اتخذ الشرط المنصوص عليه فيها شكل التزام أو اكتفى القانون بمجرد النص على العواقب التي تترتب إذا لم تكن المعلومات مكتوبة.
3. لا تسري أحكام هذه المادة على ما يلي : [....]

المادة (7) : التوقيع

1. عندما يشترط القانون وجود توقيع من شخص ، يستوفى ذلك الشرط بالنسبة إلى رسالة البيانات إذا :

آ. استخدمت طريقة لتعيين هوية ذلك الشخص والتدليل على موافقة ذلك الشخص على المعلومات الواردة في رسالة البيانات . و

ب. كانت تلك الطريقة جديرة بالتعويل عليها بالقدر المناسب للغرض الذي أنشأت أو أبلغت من أجله رسالة البيانات . في ضوء كل الظروف ، بما في ذلك أي اتفاق متصل بالأمر .

2. تسري الفقرة (1) سواء اتخذ الشرط المنصوص عليه فيها شكل التزام أو اكتفى في القانون بمجرد النص على العواقب التي تترتب على عدم وجود توقيع .

3. لا تسري أحكام هذه المادة على ما يلي : [...]

المادة (8) : الأصل

1. عندما يشترط القانون تقديم المعلومات أو الاحتفاظ بها في شكلها الأصلي ، تستوفي رسالة البيانات هذا الشرط إذا :

آ. وجد ما يعول عليه لتأكيد سلامة المعلومات منذ الوقت الذي أنشأت فيه المرة الأولى في شكلها النهائي ، بوصفها رسالة بيانات أو غير ذلك . و

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

2. تسري الفقرة (1) سواء اتخذ الشرط المنصوص عليه فيها شكل التزام أو اكتفى في القانون بمجرد النص على العواقب التي تترتب على عدم تقديم البيانات أو عدم الاحتفاظ بها في شكلها الأصلي .

3. لأغراض الفقرة الفرعية (آ) من الفقرة (1) :

آ. يكون معيار تقدير سلامة المعلومات هو تحديد ما إذا كانت قد بقيت مكتملة ودون تغيير باستثناء إضافة أي تظهير وأي تغيير يطرأ أثناء المجرى العادي للإبلاغ والتخزين والعرض . و

ب. تقدر درجة التعويل المطلوب على ضوء الغرض الذي أنشئت من أجله المعلومات وعلى ضوء جميع الظروف ذات الصلة .

4. لا تسري أحكام هذه المادة على ما يلي : [....]

المادة (9) : قبول رسائل البيانات وحجيتها في الإثبات

1. في أية إجراءات قانونية ، لا يطبق أي حكم من أحكام قواعد الإثبات من أجل الحيلولة دون قبول رسالة البيانات كدليل إثبات :

آ. لمجرد إنها رسالة بيانات . أو :

ب. بدعوى أنها ليست في شكلها الأصلي ، إذا كانت هي أفضل دليل يتوقع بدرجة معقولة من الشخص الذي يستشهد بها أن يحصل عليه .

2. يعطى للمعلومات التي تكون على شكل رسالة بيانات ما تستحقه من حجية في الإثبات . وفي تقدير حجية رسالة البيانات في الإثبات ، يولى الاعتبار لجدارة الطريقة التي استخدمت في إنشاء أو تخزين أو إبلاغ رسالة البيانات بالتعويل عليها، ولجدارة الطريقة التي استخدمت في المحافظة على سلامة المعلومات بالتعويل عليها، وللطريقة التي حددت بها هوية منشئها ، ولأي عامل آخر يتصل بالأمر .

المادة (10) : الاحتفاظ برسائل البيانات

1. عندما يقضي القانون بالاحتفاظ بمستندات أو سجلات أو معلومات بعينها يتحقق الوفاء بهذا المقتضى إذا تم الاحتفاظ برسائل البيانات ، شريطة مراعاة الشروط التالية :

آ. تيسر الإطلاع على المعلومات الواردة فيها على نحوٍ يتيح استخدامها في الرجوع إليها لاحقاً . و

ب. الاحتفاظ برسالة البيانات بالشكل الذي أنشئت أو أرسلت أو استلمت به أو بشكلٍ يمكن إثبات أنه ليس بدقة البيانات التي أنشئت أو أرسلت أو استلمت . و

جـ. الاحتفاظ بالمعلومات ، إن وجدت ، التي تمكن من استبانة منشأ رسالة البيانات وجهة وصولها وتاريخ ووقت إرسالها واستلامها .

2. لا ينسحب الالتزام بالاحتفاظ بالمستندات أو السجلات أو المعلومات وفقاً للفقرة (1) على أية معلومات يكون الغرض الوحيد منها هو التمكين من إرسال الرسالة أو استلامها .

3. يجوز للشخص أن يستوفي المقتضى المشار إليه في الفقرة (1) بالاستعانة بخدمات أي شخص آخر شريطة مراعاة الشروط المنصوص عليها في الفقرات الفرعية (آ) و (ب) و (ج) من الفقرة (1) .

الفصل الثالث

إبلاغ رسائل البيانات

المادة (11) : تكوين العقود وصحتها

1. في سياق تكوين العقود ، وما لم يتفق الطرفان على غير ذلك ، يجوز استخدام رسائل البيانات للتعبير عن العرض وقبول العرض . وعند استخدام رسالة بيانات في تكوين العقد ، لا يفقد ذلك العقد صحته أو قابليته للتنفيذ لمجرد استخدام رسالة بيانات لذلك الغرض .

2. لا تسري أحكام هذه المادة على ما يلي : [....]

المادة (12) : اعتراف الأطراف برسائل البيانات

1. في العلاقة بين منشئ رسالة البيانات والمرسل إليه ، لا يفقد التعبير عن الإرادة أو غيره من أوجه التعبير مفعوله القانوني أو صحته أو قابليته للتنفيذ لمجرد أنه على شكل رسالة بيانات .
2. لا تسري أحكام هذه المادة على ما يلي : [...] .

المادة (13) : إسناد رسائل البيانات

1. تعتبر رسالة البيانات صادرة عن المنشئ إذا كان المنشئ هو الذي أرسلها بنفسه .
2. في العلاقة بين المنشئ والمرسل إليه ، تعتبر رسالة البيانات أنها صادرة عن :
   آ. من شخص له صلاحية التصرف نيابةً عن المنشئ فيما يتعلق برسالة البيانات. أو
   ب. من نظام معلومات مبرمج على يد المنشئ أو نيابةً عنه للعمل تلقائياً .
3. في العلاقة بين المنشئ والمرسل إليه ، يحق للمرسل إليه أن يعتبر رسالة البيانات أنها صادرة عن المنشئ ، وأن يتصرف على أساس هذا الافتراض ، إذا :
   آ. طبق الرسل إليه تطبيقاً سليماً ، من أجل التأكد من أن رسالة البيانات قد صدرت عن المنشئ ، إجراء سبق أن وافق عليه المنشئ لهذا الغرض ، أو
   ب. كانت رسالة البيانات كما تسلمها المرسل إليه ناتجة عن تصرفات شخص تمكن بحكم علاقته بالمنشئ أو بأي وكيل للمنشئ من الوصول إلى طريقة يستخدمها المنشئ لإثبات أن رسائل البيانات صادرة عنه فعلاً .
4. لا تنطبق الفقرة (3) :
   آ. اعتباراً من الوقت الذي تسلم فيه المرسل إليه إشعاراً من المنشئ يفيد بأن رسالة البيانات لم تصدر عن المنشئ ، وتكون قد أتيحت فيه أيضاً للمرسل إليه فترة معقولة للتصرف على هذا الأساس ، أو
   ب. بالنسبة لحالة تخضع للفقرة (3) (ب) ، في أي وقت عرف فيه المرسل إليه أو كان عليه أن يعرف ، إذا بذل العناية المعقولة أو استخدم أي إجراء متفق عليه، إن رسالة البيانات لم تصدر عن المنشئ .
5. عندما تكون رسالة البيانات صادرة عن المنشئ أو عندما تعتبر أنها صادرة عن المنشئ ، أو عندما يكون من حق المرسل إليه أن يتصرف على أساس هذا الافتراض ، يحق عندئذٍ للمرسل إليه ، وفي إطار العلاقة بين المنشئ والمرسل إليه، أن يعتبر أن رسالة البيانات كما تسلمها هي الرسالة التي قصد المنشئ إرسالها وأن يتصرف على أساس هذا الافتراض ، ولا يكون للمرسل إليه ذلك الحق متى عرف، أو كان عليه أن يعرف ، إذا بذل العناية المعقولة أو استخدام أي إجراء متفق عليه ، إن البث أسفر عن أي خطأ في رسالة البيانات كما تسلمها .
6. يحق للمرسل إليه أن يعامل كل رسالة بيانات يتسلمها على أنها رسالة بيانات منفصلة عن الرسائل السابقة إلاّ إذا كانت نسخة ثانية من رسالة بيانات أخرى . ويعرف المرسل إليه أو كان

عليه أن يعرف أنه بذل العناية المعقولة لو استخدم أي إجراء متفق عليه ، إن رسالة البيانات كانت نسخة ثانية

المادة (14) : الإقرار بالاستلام

1. تتطبق الفقرات (2) إلى (4) من هذه المادة عندما يكون المنشئ قد طلب من المرسل إليه ، وقت أو قبل توجيه رسالة البيانات ، أو بواسطة تلك الرسالة ، توجيه إقرار باستلام رسالة البيانات ، أو اتفق معه على ذلك .
2. إذا لم يكن المنشئ قد اتفق مع المرسل إليه على أن يكون الإقرار بالاستلام وفق شكلٍ معين أو على أن يتم بطريقة معينة ، يجوز الإقرار بالاستلام عن طريق :
   آ. أي إبلاغ من جانب المرسل إليه سواءً أكان بوسيلة آلية أو بأية وسيلة أخرى . أو
   ب. أي سلوك من جانب المرسل إليه وذلك بما يكون كافياً لإعلام المنشئ بوقوع استلام رسالة البيانات .
3. إذا كان المنشئ قد ذكر أن رسالة البيانات مشروطة بتلقي ذلك الإقرار بالاستلام ، تعامل رسالة البيانات وكأنها لم ترسل أصلاً إلى حين ورود الإقرار .
4. إذا لم يكن المنشئ قد ذكر أن رسالة البيانات مشروطة بتلقي الإقرار بالاستلام ، ولم يتلق المنشئ ذلك الإقرار في غضون الوقت المحدد أو المتفق عليه ، أو في غضون وقت معقول إذا لم يكن قد تم تحديد وقت معين أو الاتفاق عليه ، فإن المنشئ :
   آ. يجوز له أن يوجه إلى المرسل إليه إشعاراً يذكر فيه أنه لم يتلق أي إقرار بالاستلام ويحدد فيه وقتاً معقولاً يتعين في غضونه تلقي ذلك الإقرار ، أو
   ب. يجوز له إذا لم يرد الإقرار بالاستلام في غضون الوقت المحدد في الفقرة الفرعية (آ) ، بعد توجيه إشعاراً إلى المرسل إليه ، أن يعامل رسالة البيانات كأنها لم ترسل أصلاً ، أو يلجأ إلى التمسك بما قد يكون له من حقوق أخرى .
5. عندما يتلقى المنشئ إقراراً بالاستلام من المرسل إليه يفترض أن المرسل إليه قد استلم رسالة البيانات ذات الصلة ، ولا ينطوي هذا الافتراض ضمناً على أن رسالة البيانات التي أرسلت تتطابق مع الرسالة التي وردت .
6. عندما يذكر الإقرار بالاستلام الذي يرد أن رسالة البيانات ذات الصلة قد استوفت الشروط الفنية سواءً المتفق عليها أو المحددة في المعايير المعمول بها ، يفترض أن تلك الشروط قد استوفيت .
7. لا تتعلق هذه المادة إلاّ بإرسال رسالة البيانات أو استلامها ، ولا يقصد منها أن تعالج العواقب القانونية التي قد تترتب سواءً على رسالة البيانات أو على الإقرار باستلامها .

المادة (15) : زمان ومكان إرسال واستلام رسائل البيانات

1. 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 رسالة البيانات نيابةً عن المنشئ .
2. ما لم يتفق المنشئ والمرسل إليه على غير ذلك ، يتحدد وقت استلام رسالة البيانات على النحو التالي :

آ. إذا كان المرسل إليه قد عين نظام معلومات لغرض استلام رسائل البيانات يقع الاستلام :

1. وقت دخول رسالة البيانات نظام المعلومات المعين ، أو
2. وقت استرجاع المرسل إليه لرسالة البيانات ، إذا أرسلت رسالة البيانات إلى نظام معلومات تابع للمرسل إليه ، ولكن ليس هو النظام الذي تم تعيينه .

ب. إذا لم يعين المرسل إليه نظام معلومات ، يقع الاستلام عندما تدخل رسالة البيانات نظام معلومات تابعاً للمرسل إليه .

3. تنطبق الفقرة (2) ولو كان المكان الذي يوجد فيه نظام المعلومات مختلفاً عن المكان الذي يعتبر أن رسالة البيانات استلمت فيه بموجب الفقرة (4)
4. إذا أرسلت رسالة البيانات من المكان الذي يقع فيه مقر عمل المنشئ ، ويعتبر أنها استلمت في المكان الذي يقع فيه مقر عمل المرسل إليه ، ولأغراض هذه الفقرة :

آ. إذا كان المنشئ أو المرسل إليه أكثر من مقر عمل واحد ، كان مقر العمل هو المقر الذي له أوثق علاقة بالمعاملة المعنية ، أو مقر العمل الرئيسي إذا لم توجد مثل تلك المعاملة .

ب. إذا لم يكن للمنشئ أو للمرسل إليه مقر عمل ، يشار من ثمّ إلى محل إقامته المعتاد.

5. لا تنطبق أحكام هذه المادة على ما يلي : [....] .

الملاحق الثاني (2)

قانون التجارة الإلكترونية الجزائري

قوانين

قانون رقم 18-05 مؤرخ في 24 شعبان عام 1439 الموافق 10 مايو سنة 2018، يتعلق بالتجارة الإلكترونية.

إنّ رئيس الجمهورية،

– بناء على الدستور، لا سيما المواد 43 و46 و136 و138 و140 و143 و144 منه،

– وبمقتضى الأمر رقم 66-155 المؤرخ في 18 صفر عام 1386 الموافق 8 يونيو سنة 1966 والمتضمن قانون الإجراءات الجزائية، المعدّل والمتمّم،

– وبمقتضى الأمر رقم 66-156 المؤرخ في 18 صفر عام 1386 الموافق 8 يونيو سنة 1966 والمتضمن قانون العقوبات، المعدل والمتمم،

– وبمقتضى الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975 والمتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم،

– وبمقتضى الأمر رقم 75-59 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975 والمتضمن القانون التجاري، المعدل والمتمم،

– وبمقتضى القانون رقم 79-07 المؤرخ في 26 شعبان عام 1399 الموافق 21 يوليو سنة 1979 والمتضمن قانون الجمارك، المعدل والمتمم،

– وبمقتضى القانون رقم 84-21 المؤرخ في أول ربيع الثاني عام 1405 الموافق 24 ديسمبر سنة 1984 والمتضمن قانون المالية لسنة 1985، لاسيما المادة 156 منه، المعدلة والمتممة،

– وبمقتضى القانون رقم 90-22 المؤرخ في 27 محرم عام 1411 الموافق 18 غشت سنة 1990 والمتعلق بالسجل التجاري، المعدل والمتمم،

– وبمقتضى الأمر رقم 96-22 المؤرخ في 23 صفر عام 1417 الموافق 9 يوليو سنة 1996 والمتعلق بقمع مخالفة التشريع والتنظيم الخاصين بالصرف وحركة رؤوس الأموال من وإلى الخارج، المعدل والمتمم،

– وبمقتضى الأمر رقم 03-03 المؤرخ في 19 جمادى الأولى عام 1424 الموافق 19 يوليو سنة 2003 والمتعلق بالمنافسة، المعدل والمتمم،

– وبمقتضى الأمر رقم 03-05 المؤرخ في 19 جمادى الأولى عام 1424 الموافق 19 يوليو سنة 2003 والمتعلق بحقوق المؤلف والحقوق المجاورة،

– وبمقتضى الأمر رقم 03-07 المؤرخ في 19 جمادى الأولى عام 1424 الموافق 19 يوليو سنة 2003 والمتعلق ببراءات الاختراع،

– وبمقتضى الأمر رقم 03-11 المؤرخ في 27 جمادى الثانية عام 1424 الموافق 26 غشت سنة 2003 والمتعلق بالنقد والقرض، المعدّل والمتمم،

– وبمقتضى القانون رقم 04-02 المؤرخ في 5 جمادى الأولى عام 1425 الموافق 23 يونيو سنة 2004 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، المعدل والمتمم،

– وبمقتضى القانون رقم 04-08 المؤرخ في 27 جمادى الثانية عام 1425 الموافق 14 غشت سنة 2004 والمتعلق بشروط ممارسة الأنشطة التجارية، المعدل والمتمم،

– وبمقتضى القانون رقم 05-01 المؤرخ في 27 ذي الحجة عام 1425 الموافق 6 فبراير سنة 2005 والمتعلق بالوقاية من تبييض الأموال وتمويل الإرهاب ومكافحتهما، المعدل والمتمم،

– وبمقتضى القانون رقم 08-09 المؤرخ في 18 صفر عام 1429 الموافق 25 فبراير سنة 2008 والمتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية،

– وبمقتضى القانون رقم 09-03 المؤرخ في 29 صفر عام 1430 الموافق 25 فبراير سنة 2009 والمتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، المعدّل،

– وبمقتضى القانون رقم 09-04 المؤرخ في 14 شعبان عام 1430 الموافق 5 غشت سنة 2009 والمتضمن القواعد الخاصة للوقاية من الجرائم المتصلة بتكنولوجيات الإعلام والاتصال ومكافحتها،

– وبمقتضى القانون رقم 15-04 المؤرخ في 11 ربيع الثاني عام 1436 الموافق أول فبراير سنة 2015 الذي يحدد القواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين،

– وبمقتضى القانون رقم 15-13 المؤرّخ في 28 رمضان عام 1436 الموافق 15 يوليو سنة 2015 والمتعلق بأنشطة وسوق الكتاب، لاسيما المادتان 32 و33 منه،

– وبمقتضى القانون رقم 18-04 المؤرخ في 24 شعبان عام 1439 الموافق 10 مايو سنة 2018 الذي يحدد القواعد العامة المتعلقة بالبريد والاتصالات الإلكترونية،

– وبعد رأي مجلس الدولة،

– وبعد مصادقة البرلمان،

يصدر القانون الآتي نصه :

الباب الأول
أحكام عامة

المادّة الأولى : يحدد هذا القانون القواعد العامة المتعلقة بالتجارة الإلكترونية للسلع والخدمات.

المادّة 2 : يطبق القانون الجزائري في مجال المعاملات التجارية الإلكترونية في حالة ما إذا كان أحد أطراف العقد الإلكتروني :

– متمتعا بالجنسية الجزائرية، أو

– مقيما إقامة شرعية في الجزائر، أو

– شخصا معنويا خاضعا للقانون الجزائري،

أو كان العقد محل إبرام أو تنفيذ في الجزائر.

المادّة 3 : تمارس التجارة الإلكترونية في إطار التشريع والتنظيم المعمول بهما.

غير أنه، تمنع كل معاملة عن طريق الاتصالات الإلكترونية تتعلق بما يأتي :

– لعب القمار والرهان واليانصيب،

– المشروبات الكحولية والتبغ،

– المنتجات الصيدلانية،

– المنتجات التي تمس بحقوق الملكية الفكرية أو الصناعية أو التجارية،

– كل سلعة أو خدمة محظورة بموجب التشريع المعمول به،

– كل سلعة أو خدمة تستوجب إعداد عقد رسمي.

تخضع كل المعاملات التي تتم عن طريق الاتصالات الإلكترونية إلى الحقوق والرسوم التي ينص عليها التشريع والتنظيم المعمول بهما.

المادّة 4 : يمكن أن تكون الاستثمارات الداعمة لأنشطة التجارة الإلكترونية موضوع تدابير تحفيزية طبقا للتشريع المعمول به.

المادّة 5 : تمنع كل معاملة عن طريق الاتصالات الإلكترونية في العتاد والتجهيزات والمنتجات الحساسة المحددة عن طريق التنظيم المعمول به، وكذا كل المنتجات و/أو الخدمات الأخرى التي من شأنها المساس بمصالح الدفاع الوطني والنظام العام والأمن العمومي.

المادّة 6 : يقصد في مفهوم هذا القانون بما يأتي :

التجارة الإلكترونية : النشاط الذي يقوم بموجبه مورد إلكتروني باقتراح أو ضمان توفير سلع وخدمات عن بعد لمستهلك إلكتروني، عن طريق الاتصالات الإلكترونية.

العقد الإلكتروني : العقد بمفهوم القانون رقم 04-02 المؤرخ في 5 جمادى الأولى عام 1425 الموافق 23 يونيو سنة 2004 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، ويتم إبرامه عن بعد، دون الحضور الفعلي والمتزامن لأطرافه باللجوء حصريا لتقنية الاتصال الإلكتروني.

المستهلك الإلكتروني : كل شخص طبيعي أو معنوي يقتني بعوض أو بصفة مجانية سلعة أو خدمة عن طريق الاتصالات الإلكترونية من المورد الإلكتروني بغرض الاستخدام النهائي.

المورد الإلكتروني : كل شخص طبيعي أو معنوي يقوم بتسويق أو اقتراح توفير السلع أو الخدمات عن طريق الاتصالات الإلكترونية.

وسيلة الدفع الإلكتروني : كل وسيلة دفع مرخص بها طبقا للتشريع المعمول به تمكن صاحبها من القيام بالدفع عن قرب أو عن بعد، عبر منظومة إلكترونية.

الإشهار الإلكتروني : كل إعلان يهدف بصفة مباشرة أو غير مباشرة إلى ترويج بيع سلع أو خدمات عن طريق الاتصالات الإلكترونية.

الطلبية المسبقة : هو تعهد بالبيع يمكن أن يقترحه المورد الإلكتروني على المستهلك الالكتروني في حالة عدم توفر المنتوج في المخزون.

اسم النطاق : عبارة عن سلسلة أحرف و/أو أرقام مقيّسة ومسجلة لدى السجل الوطني لأسماء النطاق، وتسمح بالتعرف والولوج إلى الموقع الإلكتروني.

الباب الثاني

ممارسات التجارة الإلكترونية

الفصل الأول

المعاملات التجارية العابرة للحدود

المادّة 7 : يعفى من إجراءات مراقبة التجارة الخارجية والصرف، البيع عن طريق الاتصالات الإلكترونية لسلعة و/أو خدمة من طرف مورد إلكتروني مقيم لمستهلك إلكتروني موجود في بلد أجنبي، عندما لا تتجاوز قيمة هذه السلعة أو الخدمة ما يعادلها بالدينار الحد المنصوص عليه في التشريع والتنظيم المعمول بهما.

يجب أن تحوّل عائدات هذا البيع بعد الدفع إلى حساب المورد الإلكتروني الموطّن في الجزائر لدى بنك معتمد من قبل بنك الجزائر، أو لدى بريد الجزائر.

يعفى من إجراءات مراقبة التجارة الخارجية والصرف شراء السلع و/أو الخدمات الرقمية الموجهة حصريا للاستعمال الشخصي من قبل مستهلك إلكتروني مقيم بالجزائر لدى مورد إلكتروني موجود في بلد أجنبي عندما لا تتجاوز قيمة هذه السلعة أو الخدمة ما يعادلها بالدينار الحد المنصوص عليه في التشريع والتنظيم المعمول بهما.

تتّم تغطية الدفع الإلكتروني بمناسبة هذا الشراء عن طريق الحساب البنكي بالعملة الصعبة "شخص طبيعي" للمستهلك الإلكتروني الموطّن بالجزائر.

تحدد شروط وكيفيات تطبيق هذه المادة، عند الحاجة، عن طريق التنظيم.

الفصل الثاني

شروط ممارسة التجارة الإلكترونية

المادّة 8 : يخضع نشاط التجارة الإلكترونية للتسجيل في السجل التجاري أو في سجل الصناعات التقليدية والحرفية، حسب الحالة، ولنشر موقع إلكتروني أو صفحة إلكترونية على الإنترنت، مستضاف في الجزائر بامتداد "com.dz".

يجب أن يتوفر الموقع الإلكتروني للمورد الإلكتروني على وسائل تسمح بالتأكد من صحته.

المادّة 9 : تنشأ بطاقية وطنية للموردين الإلكترونيين لدى المركز الوطني للسجل التجاري، تضم الموردين الإلكترونيين المسجلين في السجل التجاري، أو في سجل الصناعات التقليدية والحرفية.

لا يمكن ممارسة نشاط التجارة الإلكترونية إلا بعد إيداع اسم النطاق لدى مصالح المركز الوطني للسجل التجاري.

تنشر البطاقية الوطنية للموردين الإلكترونيين عن طريق الاتصالات الإلكترونية وتكون في متناول المستهلك الإلكتروني.

الفصل الثالث

المتطلبات المتعلقة بالمعاملات التجارية عن طريق الاتصال الإلكتروني

المادّة 10 : يجب أن تكون كل معاملة تجارية إلكترونية مسبوقة بعرض تجاري إلكتروني وأن توثق بموجب عقد إلكتروني يصادق عليه المستهلك الإلكتروني.

المادّة 11 : يجب أن يقدّم المورد الإلكتروني العرض التجاري الإلكتروني بطريقة مرئية ومقروءة ومفهومة، ويجب أن يتضمن على الأقل، ولكن ليس على سبيل الحصر، المعلومات الآتية :

- رقم التعريف الجبائي، والعناوين المادية والإلكترونية، ورقم هاتف المورّد الإلكتروني،
- رقم السجل التجاري أو رقم البطاقة المهنية للحرفي،
- طبيعة، وخصائص وأسعار السلع أو الخدمات المقترحة باحتساب كل الرسوم،
- حالة توفر السلعة أو الخدمة،
- كيفيات ومصاريف وآجال التسليم،
- الشروط العامة للبيع، لاسيما البنود المتعلقة بحماية المعطيات ذات الطابع الشخصي،
- شروط الضمان التجاري وخدمة ما بعد البيع،
- طريقة حساب السعر، عندما لا يمكن تحديده مسبقا،
- كيفيات وإجراءات الدفع،
- شروط فسخ العقد عند الاقتضاء،
- وصف كامل لمختلف مراحل تنفيذ المعاملة الإلكترونية،
- مدة صلاحية العرض، عند الاقتضاء،
- شروط وآجال العدول، عند الاقتضاء،
- طريقة تأكيد الطلبية،
- موعد التسليم وسعر المنتوج موضوع الطلبية المسبقة وكيفيات إلغاء الطلبية المسبقة، عند الاقتضاء،

– طريقة إرجاع المنتوج أو استبداله أو تعويضه،

– تكلفة استخدام وسائل الاتصالات الإلكترونية عندما تحتسب على أساس آخر غير التعريفات المعمول بها.

المادّة 12 : تمر طلبية منتوج أو خدمة عبر ثلاث مراحل إلزامية :

– وضع الشروط التعاقدية في متناول المستهلك الإلكتروني، بحيث يتم تمكينه من التعاقد بعلم ودراية تامة،

– التحقق من تفاصيل الطلبية من طرف المستهلك الإلكتروني، لاسيما فيما يخص ماهية المنتوجات أو الخدمات المطلوبة، والسعر الإجمالي والوحدوي، والكميات المطلوبة بغرض تمكينه من تعديل الطلبية، وإلغائها أو تصحيح الأخطاء المحتملة،

– تأكيد الطلبية الذي يؤدي إلى تكوين العقد.

يجب أن يكون الاختيار الذي يقوم به المستهلك الإلكتروني معبرا عنه بصراحة.

يجب ألّا تتضمن الخانات المعدة للملء من قبل المستهلك الإلكتروني، أية معطيات تهدف إلى توجيه اختياره.

المادّة 13 : يجب أن يتضمن العقد الإلكتروني على الخصوص المعلومات الآتية :

– الخصائص التفصيلية للسلع أو الخدمات،

– شروط وكيفيات التسليم،

– شروط الضمان وخدمات ما بعد البيع،

– شروط فسخ العقد الإلكتروني،

– شروط وكيفيات الدفع،

– شروط وكيفيات إعادة المنتوج،

– كيفيات معالجة الشكاوى،

– شروط وكيفيات الطلبية المسبقة عند الاقتضاء،

– الشروط والكيفيات الخاصة المتعلقة بالبيع بالتجريب عند الاقتضاء،

– الجهة القضائية المختصة في حالة النزاع، طبقا لأحكام المادة 2 أعلاه،

– مدة العقد حسب الحالة.

المادّة 14 : في حالة عدم احترام أحكام المادة 10 أو أحكام المادة 13 أعلاه، من طرف المورد الإلكتروني، يمكن المستهلك الالكتروني أن يطلب إبطال العقد والتعويض عن الضرر الذي لحق به.

المادّة 15 : لا يمكن أن تكون الطلبية المسبقة محل دفع إلا في حالة توفر المنتوج في المخزون.

بمجرد توفر المنتوج تتحول الطلبية المسبقة بصفة ضمنية إلى طلبية مؤكدة.

دون المساس بحق المستهلك الإلكتروني في التعويض، يجب على المورد الإلكتروني إرجاع الثمن في حالة دفعه قبل توفر المنتوج في المخزون.

الفصل الرابع

التزامات المستهلك الإلكتروني

المادّة 16 : ما لم ينص العقد الإلكتروني على خلاف ذلك، يلتزم المستهلك الإلكتروني بدفع الثمن المتفق عليه في العقد الإلكتروني بمجرد إبرامه.

المادّة 17 : يجب على المورد الإلكتروني أن يطلب من المستهلك الإلكتروني توقيع وصل استلام عند التسليم الفعلي للمنتوج أو تأدية الخدمة موضوع العقد الإلكتروني.

لا يمكن المستهلك الإلكتروني أن يرفض توقيع وصل الاستلام.

تسلّم نسخة من وصل الاستلام وجوبا للمستهلك الإلكتروني.

الفصل الخامس

واجبات المورد الإلكتروني ومسؤولياته

المادّة 18 : بعد إبرام العقد الإلكتروني، يصبح المورد الإلكتروني مسؤولا بقوة القانون أمام المستهلك الإلكتروني عن حسن تنفيذ الالتزامات المترتبة على هذا العقد، سواء تم تنفيذها من قبله أو من قبل مؤديي خدمات آخرين، دون المساس بحقه في الرجوع ضدهم.

غير أنه، يمكن المورد الإلكتروني أن يتحلل من كامل مسؤوليته أو جزء منها إذا أثبت أن عدم التنفيذ أو سوءه يعود إلى المستهلك الإلكتروني أو إلى قوة قاهرة.

المادّة 19 : بمجرد إبرام العقد، يلزم المورد الإلكتروني بإرسال نسخة إلكترونية من العقد إلى المستهلك الإلكتروني.

المادّة 20 : يترتب على كل بيع لمنتوج أو تأدية خدمة عن طريق الاتصالات الإلكترونية، إعداد فاتورة من قبل المورد الإلكتروني، تسلّم للمستهلك الإلكتروني.

يجب أن تعد الفاتورة طبقا للتشريع والتنظيم المعمول بهما.

يمكن أن يطلب المستهلك الإلكتروني الفاتورة في شكلها الورقي.

المادّة 21 : عندما يسلّم المورد الإلكتروني منتوجا أو خدمة لم يتم طلبها من طرف المستهلك الإلكتروني، لا يمكنه المطالبة بدفع الثمن أو مصاريف التسليم.

المادّة 22 : في حالة عدم احترام المورد الإلكتروني لآجال التسليم، يمكن المستهلك الإلكتروني إعادة إرسال المنتوج على حالته في أجل أقصاه أربعة (4) أيام عمل ابتداء من تاريخ التسليم الفعلي للمنتوج، دون المساس بحقه في المطالبة بالتعويض عن الضرر.

وفي هذه الحالة، يجب على المورد الإلكتروني أن يرجع إلى المستهلك الإلكتروني المبلغ المدفوع والنفقات المتعلقة بإعادة إرسال المنتوج، خلال أجل خمسة عشر (15) يوما ابتداء من تاريخ استلامه المنتوج.

المادّة 23 : يجب على المورد الإلكتروني استعادة سلعته، في حالة تسليم غرض غير مطابق للطلبية أو في حالة ما إذا كان المنتوج معيبا.

يجب على المستهلك الإلكتروني إعادة إرسال السلعة في غلافها الأصلي، خلال مدة أقصاها أربعة (4) أيام عمل ابتداء من تاريخ التسليم الفعلي للمنتوج، مع الإشارة إلى سبب الرفض، وتكون تكاليف إعادة الإرسال على عاتق المورد الإلكتروني.

ويلزم المورد الإلكتروني بما يأتي :

– تسليم جديد موافق للطلبية، أو

– إصلاح المنتوج المعيب، أو

– استبدال المنتوج بآخر مماثل، أو

– إلغاء الطلبية وإرجاع المبالغ المدفوعة دون الإخلال بإمكانية مطالبة المستهلك الإلكتروني بالتعويض في حالة وقوع ضرر.

يجب أن يتم إرجاع المبالغ المدفوعة خلال أجل خمسة عشر (15) يوما من تاريخ استلامه المنتوج.

المادّة 24 : على المورد الإلكتروني عدم الموافقة على طلبية منتوج غير متوفر في مخزونه.

المادّة 25 : يجب على كل مورد إلكتروني حفظ سجلات المعاملات التجارية المنجزة وتواريخها وإرسالها إلكترونيا إلى المركز الوطني للسجل التجاري.

تحدد كيفيات تطبيق أحكام هذه المادة عن طريق التنظيم.

المادّة 26 : ينبغي للمورد الإلكتروني الذي يقوم بجمع المعطيات ذات الطابع الشخصي ويشكل ملفات الزبائن والزبائن المحتملين، ألا يجمع إلا البيانات الضرورية لإبرام المعاملات التجارية. كما يجب عليه :

– الحصول على موافقة المستهلكين الإلكترونيين قبل جمع البيانات،

– ضمان أمن نظم المعلومات وسرية البيانات،

– الالتزام بالأحكام القانونية والتنظيمية المعمول بها في هذا المجال.

يتم تحديد كيفيات تخزين المعطيات ذات الطابع الشخصي وتأمينها وفقا للتشريع والتنظيم المعمول بهما.

الفصل السادس

الدفع في المعاملات الإلكترونية

المادّة 27 : يتم الدفع في المعاملات التجارية الإلكترونية إما عن بعد أو عند تسليم المنتوج، عن طريق وسائل الدفع المرخص بها، وفقا للتشريع المعمول به.

عندما يكون الدفع إلكترونيا، فإنه يتم من خلال منصات دفع مخصصة لهذا الغرض، منشأة ومستغلّة حصريا من طرف البنوك المعتمدة من قبل بنك الجزائر وبريد الجزائر وموصولة بأي نوع من أنواع محطات الدفع الإلكتروني عبر شبكة المتعامل العمومي للمواصلات السلكية واللاسلكيّة.

يتم الدفع في المعاملات التجارية العابرة للحدود، حصريا عن بعد، عبر الاتصالات الإلكترونية.

المادّة 28 : يجب أن يكون وصل موقع الإنترنت الخاص بالمورد الإلكتروني بمنصة الدفع الإلكترونية مؤمنا بواسطة نظام تصديق إلكتروني.

المادّة 29 : تخضع منصات الدفع الإلكتروني المنشأة والمستغلّة طبقا للمادة 27 أعلاه، لرقابة بنك الجزائر لضمان استجابتها لمتطلبات التشغيل البيني وسرية البيانات وسلامتها وأمن تبادلها.

الفصل السابع

الإشهار الإلكتروني

المادّة 30 : دون المساس بالأحكام التشريعية والتنظيمية المعمول بها في هذا المجال، كل إشهار أو ترويج أو رسالة ذات طبيعة أو هدف تجاري تتم عن طريق الاتصالات الإلكترونية يجب أن يلبي المقتضيات الآتية :

- أن تكون محددة بوضوح كرسالة تجارية أو إشهارية،

- أن تسمح بتحديد الشخص الذي تم تصميم الرسالة لحسابه،

- ألا تمس بالآداب العامة والنظام العام.

- أن تحدد بوضوح ما إذا كان هذا العرض التجاري يشمل تخفيضا أو مكافآت أو هدايا، في حالة ما إذا كان هذا العرض تجاريا أو تنافسيا أو ترويجيا،

- التأكد من أن جميع الشروط الواجب استيفاؤها للاستفادة من العرض التجاري، ليست مضللة ولا غامضة.

المادّة 31 : يمنع الاستبيان المباشر اعتمادا على إرسال الرسائل عن طريق الاتصالات الإلكترونية باستعمال معلومات شخص طبيعي، بأي شكل من الأشكال، لم يبد موافقته المسبقة لتلقي استبيانات مباشرة عن طريق الاتصال الإلكتروني.

المادّة 32 : يجب على المورد الإلكتروني أن يضع منظومة إلكترونية يسمح من خلالها لكل شخص بالتعبيرعن رغبته في عدم تلقي أي إشهار منه عن طريق الاتصالات الإلكترونية، دون مصاريف أو مبررات.

وفي هذه الحالة، يلزم المورد الإلكتروني بما يأتي :

- تسليم وصل استلام عن طريق الاتصالات الإلكترونية يؤكد من خلاله للشخص المعني تسجيل طلبه،

- اتخاذ التدابير اللازمة لتلبية رغبته في غضون 24 ساعة،

المادّة 33 : في حالة نزاع، ينبغي للمورد الإلكتروني أن يثبت أن إرسال الإشهارات الإلكترونية خضع للموافقة المسبقة والحرة، وأن شروط المادة 30 أعلاه قد تم استيفاؤها.

المادّة 34 : يمنع نشر أي إشهار أو ترويج عن طريق الاتصالات الإلكترونية لكل منتوج أو خدمة ممنوعة من التسويق عن طريق الاتصالات الإلكترونية بموجب التشريع والتنظيم المعمول بهما.

الباب الثالث

الجرائم والعقوبات

الفصل الأول

مراقبة الموردين الإلكترونيين ومعاينة المخالفات

المادّة 35 : يخضع المورد الإلكتروني للتشريع والتنظيم المعمول بهما المطبقين على الأنشطة التجارية وحماية المستهلك.

المادّة 36 : زيادة على ضباط وأعوان الشرطة القضائية المنصوص عليهم بموجب قانون الإجراءات الجزائية، يؤهل لمعاينة مخالفات أحكام هذا القانون، الأعوان المنتمون للأسلاك الخاصة بالرقابة التابعون للإدارات المكلفة بالتجارة.

تتم كيفيات الرقابة ومعاينة المخالفات المنصوص عليها في هذا القانون حسب نفس الأشكال المحددة في التشريع والتنظيم المعمول بهما، لا سيما تلك المطبقة على الممارسات التجارية وعلى شروط ممارسة الأنشطة التجارية وعلى حماية المستهلك وقمع الغش.

يجب على المورد الإلكتروني السماح للأعوان المؤهلين لمعاينة المخالفات بالولوج بحرية إلى تواريخ المعاملات التجارية.

الفصل الثاني

الجرائم والعقوبات

المادّة 37 : دون المساس بتطبيق العقوبات الأشد المنصوص عليها في التشريع المعمول به، يعاقب بغرامة من 200.000 دج إلى 1.000.000 دج كل من يعرض للبيع، أو يبيع عن طريق الاتصال الإلكتروني، المنتجات أو الخدمات المذكورة في المادة 3 من هذا القانون.

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

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

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

المادّة 39 : يعاقب بغرامة من 50.000 دج إلى 500.000 دج، كل مورد إلكتروني يخالف أحد الإلتزامات المنصوص عليها في المادتين 11 و12 من هذا القانون. كما يجوز للجهة القضائية التي رفعت أمامها الدعوى أن تأمر بتعليق نفاذه إلى جميع منصات الدفع الإلكتروني، لمدة لا تتجاوز ستة (6) أشهر.

المادّة 40 : دون المساس بحقوق الضحايا في التعويض، يعاقب بغرامة من 50.000 دج إلى 500.000 دج كل من يخالف أحكام المواد 30 و31 و32 و34 من هذا القانون.

المادّة 41 : يعاقب بغرامة من 20.000 دج إلى 200.000 دج، كل مورد إلكتروني يخالف أحكام المادة 25 من هذا القانون.

المادّة 42 : تقوم الهيئة المؤهلة لمنح أسماء النطاق في الجزائر، بناء على مقرر من وزارة التجارة، بالتعليق الفوري لتسجيل أسماء النطاق لأي شخص طبيعي أو معنوي متواجد في الجزائر، يقترح توفير سلع وخدمات عن طريق الاتصالات الإلكترونية من دون تسجيل مسبق في السجل التجاري.

يبقى تعليق هذا الموقع الإلكتروني ساري المفعول إلى غاية تسوية وضعيته.

المادّة 43 : دون المساس بالأحكام التشريعية والتنظيمية المعمول بها، عندما يرتكب المورد الإلكتروني أثناء ممارسة نشاطه، مخالفات تكون تحت طائلة عقوبة غلق المحل بمفهوم التشريع المتعلق بممارسة الأنشطة التجارية، يتم تعليق تسجيل أسماء نطاق المورد الإلكتروني بشكل تحفظي من طرف الهيئة المكلفة بمنح أسماء النطاق في الجزائر بناء على مقرر من وزارة التجارة.

لا يمكن أن تتجاوز مدة التعليق التحفظي لاسم النطاق ثلاثين (30) يوما.

المادّة 44 : كل مخالفة لأحكام المادة 20 من هذا القانون يعاقب عليها طبقا لأحكام القانون رقم 04-02 المؤرخ في 5 جمادى الأولى عام 1425 الموافق 23 يونيو سنة 2004 والمذكور أعلاه.

المادّة 45 : دون المساس بحقوق الضحايا في التعويض، تؤهل الإدارة المكلفة بحماية المستهلك بالقيام بإجراءات غرامة الصلح مع الأشخاص المتابعين بمخالفة أحكام هذا القانون.

يجب على الأعوان المنصوص عليهم في المادة 36 من هذا القانون اقتراح غرامة صلح على المخالفين.

لا يمكن إجراء غرامة الصلح في حالة العود أو المخالفات المنصوص عليها في المادتين 37 و38 من هذا القانون.

المادّة 46 : مبلغ غرامة الصلح هو الحد الأدنى من الغرامة المنصوص عليها في أحكام هذا القانون.

في حالة قبول المورد الإلكتروني لغرامة الصلح، تقوم الإدارة المؤهلة بإقرار تخفيض قدره 10 %.

المادّة 47 : تبلّغ المصالح التابعة لإدارة التجارة المورد الإلكتروني المخالف خلال مدة لا تتجاوز سبعة (7) أيام ابتداء من تاريخ تحرير المحضر، الأمر بالدفع عن طريق جميع الوسائل المناسبة مصحوبا بإشعار بالاستلام، يتضمن هوية المورد الإلكتروني، عنوان بريده الإلكتروني، وتاريخ وسبب المخالفة، ومراجع النصوص المطبقة ومبلغ الغرامة المفروضة بالإضافة إلى مواعيد وكيفيات الدفع.

إذا لم يتم دفع الغرامة أو لم يمتثل المخالف للأحكام التشريعية والتنظيمية المعمول بها في أجل خمسة وأربعين (45) يوما، يرسل المحضر إلى الجهة القضائية المختصة.

المادّة 48 : يضاعف مبلغ الغرامة في حالة تكرار نفس الجريمة خلال مدة لا تتجاوز اثني عشر (12) شهرا من تاريخ العقوبة المتعلقة بالجريمة السابقة.

الباب الرابع

أحكام انتقالية وختامية

المادّة 49 : يتعين على الأشخاص الطبيعيين والمعنويين الذين يمارسون التجارة الإلكترونية عند تاريخ نشر هذا القانون، الامتثال لأحكامه في أجل لا يتجاوز ستة (6) أشهر.

المادة 50 : ينشر هذا القانون في الجريدة الرّسميّة للجمهوريّة الجزائريّة الدّيمقراطيّة الشّعبيّة.

حرر بالجزائر في 24 شعبان عام 1439 الموافق 10 مايو سنة 2018.

عبد العزيز بوتفليقة

قائمة المراجع باللغة العربية

أولا : المراجع العامة

1. أحمد شوقي عبد الرحمان، النظرية العامة للإلتزام و الإثبات في الفقه و قضاء النقض، النسر الذهبي للطباعة، القاهرة، مصر، 2004 .
2. أحمد محمد علي داود، أحكام العقد في الفقه الإسلامي و القانون المدني، الجزء الأول، دار الثقافة للنشر و التوزيع، الأردن، 2011 .
3. بلحاج العربي، النظرية العامة للإلتزام في القانون المدني الجزائري، الجزء الأول، التصرف القانوني العقد، الإرادة المنفردة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2001 .
4. توفيق حسن فرج، قواعد الإثبات في المواد المدنية و التجارية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2003 .
5. ثروت فتحي اسماعيل، النظرية العامة للإلتزام، الكتاب الأول، مصادر الإلتزام، جامعة عين شمس، مصر، 2017/2016 .
6. حسام الدين كمال الأهواني، الحق في إحترام الحق في الخصوصية، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1978 .
7. حسن عبد الباسط جميعي، الإثبات في المواد المدنية و التجارية ، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2003 – 2004.
8. خليل حسن قدادة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، الجزء الأول، الطبعة الرابعة، ديوان المطبوعات الجامعية، 2010 .
9. دربال عبد الرزاق، الوجيز في النظرية العامة للإلتزام، مصادر الإالتزام، دار العلوم للنشر و التوزيع، الجزائر، 2004 .
10. دريد محمود علي، النظرية العامة للإلتزام ، القسم الأول، مصادر الإلتزام، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2012 .
11. رمضان أبو السعود، مصادر الإلتزام، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر ، 2005.

12. زكريا سرايش، الوجيز في مصادر الإلتزام، العقد و الإرادة المنفردة، دار حومة، الجزائر، 2013.

13. السيد محمد السيد عمران، قواعد الإثبات في المواد المدنية و التجارية، دار الفتح، الإسكندرية، مصر ، 2015 .

14. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول نظرية الإلتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، المجلد الأول، دار النهضة العربية، مصر، 1981 .

15. عبد الرزاق السنهوري، نظرية الإلتزام بوجه عام، الإثبات، آثار الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1968 .

16. عبد القادر الفار، مصادر الالتزام، مصادر الحق الشخصي في القانون المدني، دار الثقافة، الأردن، 2014 .

17. علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، الطبعة السابعة، ديوان المطبوعات الجامعية، 2003 .

18. عمار بوضياف، النظرية العامة للحق و تطبيقاتها في القانون الجزائري، جسور للنشر و التوزيع، 2010 .

19. محمد شكري سرور ، موجز أصول الإثبات في المواد المدنية و التجارية ، دار النهضة العربية، مصر، 1997 .

20. محمد صبري السعيد، الواضح في شرح القانون المدني، الإثبات المواد المدنية والتجارية، دار الهدى، الجزائر، 2008 .

21. محمود عبد الرحمان، دور القرائن في الإثبات، دار النهضة العربية، مصر، 1989 .

22. مندر الفضل، الوسيط في شرح القانون المدني ، مصادر الالتزام و أحكامها ، دار الثقافة، الأردن ، 2012 .

23. نبيل صقر، مكاري نزيهة، الوسيط في القواعد الإجرائية و الموضوعية للإثبات في المواد المدنية، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2009 .

24. يحيى بكوش، أدلة الإثبات المدني في القانون المدني الجزائري و الفقه الإسلامي، دراسة تطبيقية و نظرية مقارنة، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1988 .

25. يحيى عبد الودود، الموجز في النظرية العامة للالتزامات، المصادر، الأحكام ، الإثبات، دار النهضة العربية، مصر، 1994.

ثانيا: المراجع الخاصة

1. أحمد السيد طه كردي، إطار مقترح لحماية حقوق المستهلك من مخاطر التجارة الإلكترونية، كلية التجارة، جامعة نبها، مصر 2011.
2. أحمد عبد التواب محمد بهجت، إبرام العقد الإلكتروني، دراسة مقارنة بين القانون المصري و الفرنسي، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، الطبعة الأولى، 2009.
3. أحمد عزمي الخروب، السندات الرسمية الإلكترونية، دراسة مقارنة، دار الثقافة، عمان، الاردن، الطبعة الأولى، 2010.
4. أسامة أبو الحسن مجاهد، الوسيط في قانون المعاملات الإلكترونية وفقا لأحدث التشريعات في فرنسا، مصر، الأردن، دبي، البحرين، دار النهضة العربية، مصر، 2007.
5. أسامة أبو الحسن مجاهد، خصوصية التعاقد عبر الأنترنت، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2003.
6. أسامة أحمد بدر، حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني، دار الجامعة الجديدة، الأسكندرية، مصر، 2005.
7. إلياس ناصيف، العقود الدولية، العقد الإلكتروني في القانون المقارن، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، 2009.
8. أمينة أحمد محمد أحمد، حماية المستهلك في عقود التجارة الإلكترونية، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، مصر، 2016.
9. إياد أحمد سعيد الساري، النظام القانوني لإبرام العقد الإلكتروني، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، الطبعة الأولى، 2016.
10. أيسر صبري إبراهيم، إبرام العقد عن الطريق الإلكتروني و إثباته، دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، مصر، 2015.

11. إيمان مأمون أحمد سليمان، إبرام العقد الإلكتروني و إثباته، الجوانب القانونية لعقد التجارة الإلكترونية، دار الجامعة الجديدة، للنشر، مصر، 2008.
12. أيمن ابراهيم العشماوي، مجلس العقد الإلكتروني، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، مصر، 2009.
13. أيمن علي حسين الحوثي، التوقيع الإلكتروني بين النظرية و التطبيق، دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية، مصر، 2011.
14. بتول صراوة عبادي، التظليل الإعلاني التجاري و اثره على المستهلك، منشورات الحلبي الحقوقية، 2011.
15. بسمان نواف الراشدي، عقود التجارة الإلكترونية و قواعد إبرامها، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2014.
16. بشار محمود دودين، الإطار القانوني للعقد المبرم عبر شبكة الأنترنت، دار الثقافة للنشر و التوزيع، الأردن، 2006.
17. بودالي محمد، الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري، دراسة مقارنة مع قوانين فرنسا و ألمانيا و مصر، دار هومة، الجزائر، 2007.
18. بودالي محمد، حماية المستهلك في القانون المقارن، دراسة مقارنة مع القانون الفرنسي، دار الكتاب، الحديث، القاهرة، مصر، 2006.
19. بوربابة صورية، الإثبات بالكتابة في الشكل الإلكتروني، دراسة مقارنة، دار ابن بطوطة للنشر و التوزيع، عمان، الأردن، 2003.
20. تامر محمد سليمان الدمياطي، إثبات التعاقد الإلكتروني عبر الأنترنت، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، مصر، 2009
21. ثروت عبد الحميد، التوقيع الإلكتروني، مخاطره و كيفية مواجهتها، مدى حجيته في الإثبات، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2007.
22. ثروت عبد الحميد، التوقيع الإلكتروني، مكتبة الجلاء، مصر، 2001.
23. حسن عبد الباسط جميعي، إثبات التصرفات القانونية يتم ابرامها عن طريق الأنترنت، دار النهضة العربية، مصر، 2000.

24. خالد صبري الجنائي، التراضي في عقود التجارة الإلكترونية، دراسة مقارنة، دار قنديل للنشر و التوزيع، الأردن، 2013.

25. خالد مصطفى فهمي، النظام القانوني للتوقيع الإلكتروني في ضوء الاتفاقيات الدولية و التشريعات العربية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2007.

26. خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، مصر، 2011.

27. خالد ممدوح إبراهيم، إثبات العقود و المراسلات الإلكترونية، الدار الجامعية، مصر، 2010.

28. خالد ممدوح إبراهيم، حماية المستهلك في العقد الإلكتروني، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2008.

29. رضا متولي وهدان، النظام القانوني للعقد الإلكتروني و المسؤولية على الاعتداءات الإلكترونية، دار الفكر و القانون، المنصورة، مصر، 2013.

30. رمزي بيد الله حجازي، الحماية المدنية للمستهلك بعد التعاقد، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، 2018.

31. زينب بنعومر، الحجية القانونية للمستندات الإلكترونية في التشريع المغربي، محكمة الاستئناف التجارية، مراكش، المغرب، 2011.

32. سند حسن سالم صالح، التنظيم القانوني للتوقيع الإلكتروني و حجيته في الإثبات المدني، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2010.

33. السيد محمد السيد عمران، حماية المستهلك أثناء تكوين العقد، دراسة مقارنة، الدار الجامعية للطباعة و النشر، بيروت، 2003.

34. شادي رمضان إبراهيم طنطاوي، النظام القانوني للتعاقد و التوقيع في إطار عقود التجارة الإلكترونية، مركز الدراسات العربية للنشر، مصر، 2015.

35. شحاتة غريب شلقامي، التعاقد الإلكتروني في التشريعات العربية، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2015.

36. شريف محمد غانم، التنظيم القانوني للإعلانات التجارية عبر الشبكة الأنترنت، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2011.

37. الصالح محمد العيش، الكتابة الرقمية طريق للتعبير عن الإرادة و دليلا للإثبات، توزيع منشأة المعارف، الطبعة الأولى، مصر، 2008.

38. صفون حمزة عيسى الهواري، الأحكام القانونية لعقود التجارة الإلكترونية، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، الطبعة الثالثة، مصر، 2016.

39. طاهر شوقي مؤمن، عقد البيع الإلكتروني، دار النهضة العربية، مصر، 2007.

40. عابد فايد عبد الفتاح فايد، الكتابة الإلكترونية في القانون المدني بين التطور القانوني و الأمن التقني، دراسة في الفكرة القانونية للكتابة و وظائفها في القانون المدني، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2014.

41. عبد العزيز المرسي حمود، مدى حجية المحرر الالكتروني في الاثبات في المسائل المدنية والتجارية في ضوء قواعد الاثبات النافذة، د. ن، 2005.

42. عبد الفتاح بيومي حجازي، إثبات المعاملات الإلكترونية عبر الأنترنت، جامعة حلوان، مصر، 2009.

43. عبد الفتاح بيومي حجازي، النظام القانوني لحماية التجارة الإلكترونية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2002.

44. عصام عبد الفتاح مطر، التجارة الإلكترونية في التشريعات العربية و الأجنبية، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2015.

45. علاء عمر محمد الجاف، الآليات القانونية لحماية المستهلك في عقود التجارة الإلكترونية (دراسة مقارنة)، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، 2017.

46. علاء محسن مطلق التميمي، الدليل الإلكتروني في الإثبات المدني، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، مصر، الطبعة الثانية، 2010.

47. علاء محمد الفواعير، العقود الإلكترونية، التراضي و التعبير عن الإرادة، دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر و التوزيع، الأردن، الطبعة الأولى، 2014.

48. عمر أحمد العرائشي، حجية السندات الإلكترونية في الإثبات، دار حامد للنشر و التوزيع، الأردن، الطبعة الأولى، 2016.

49. عمر حسن المومني، التوقيع الإلكتروني و قانون التجارة الإلكترونية، دراسة قانونية و تحليلية مقارنة، الطبعة الأولى، دار وائل للنشر، الأردن، 2003.

50. قدري محمد محمود، حماية المستهلك في العقد الإلكتروني، دار النهضة العربية، مصر، 2014.

51. كوثر سعيد عدنان خالد، حماية المستهلك الإلكتروني، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2016.

52. لزهر بن سعيد، النظام القانوني لعقود التجارة الإلكترونية، دار هومه، الجزائر، 2012.

53. ماجد محمد سليمان أبا الخيل، العقد الإلكتروني، مكتبة الرشد، الطبعة الأولى، المملكة العربية السعودية، 2009.

54. محمد المرسي زهرة، الحماية المدنية للتجارة الإلكترونية (العقد الإلكتروني) الإثبات الإلكتروني، المستهلك الإلكتروني، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2008.

55. محمد أمين الرومي، التعاقد الإلكتروني عبر الانترنت، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 2004.

56. محمد مأمون سليمان، التحكيم الإلكتروني، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2011.

57. محمد محمد السادات، حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، د ت.

58. محمود عبد الرحيم الشريفات، التراضي في تكوين العقد عبر الأنترنت، دار الثقافة للنشر و التوزيع، الأردن، 2009.

59. مصطفى أحمد إبراهيم نصر، التراضي في العقود الإلكترونية، دار النهضة العربية، مصر، 2010.

60. مصطفى أحمد أبو عمرو، مجلس العقد في إطار التعاقد عبر الأنترنت، دراسة مقارنة، جامعة طنطا، مصر، 2008.

61. مصطفى موسى العجارمة، التنظيم القانوني للتعاقد عبر شبكة الأنترنت، دار الكتب القانونية، مصر، 2010.

62. ممدوح علي محمد علي مبروك، مدى حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2009.

63. مناني فرح، العقد الإلكتروني وسيلة إثبات حديثة في القانون المدني الجزائري، دار الهدى، الجزائر، 2009.

64. موفق حماد عبد، الحماية المدنية للمستهلك في عقود التجارة الإلكترونية، دراسة مقارنة، مكتبة السنهوري، بغداد، العراق، 2011.

65. ميكائيل رشيد علي، العقود الإلكترونية على شبكة الأنترنت، بين الشريعة و القانون، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2014، 2015.

66. نوري حمد خاطر، وظائف التوقيع في القانون الخاص في القانون الأردني و القانون الفرنسي، دراسة مقارنة، 1997، متاح على الموقع: www.arablawinfo.com .

67. هالة جمال الدين محمد محمود، أحكام الإثبات في عقود التجارة الإلكترونية، دار النهضة العربية مصر، 2013.

68. هبة تامر محمود عبد الله، عقود التجارة الإلكترونية، دراسة مقارنة، منشورات زين الحقوقية، 2011.

69. هدى حامد قشقوش، الحماية الجنائية للتجارة الإلكترونية عبر الأنترنت، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2000.

ثالثا: الرسائل الجامعية

1. ابراهيم بن سطم بن خلف العنزي، التوقيع الإلكتروني و حمايته الجنائية، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه، كلية الدراسات العليا، قسم العدالة الجنائية، جامعة نايف للعلوم الأمنية، الرياض، السعودية، 2009.

2. ابراهيم عبيد آل علي، العقد الإلكتروني، دراسة مقارنة، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه، كلية الحقوق، جامعة حلون، مصر، 2010.

3. أحمد شهاب أزغبيب، حماية المستهلك في عقود الاستهلاك الإلكترونية، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، مصر، 2016.

4. أحمد عبد الله محمد، التراضي في العقود التي تمر عبر الأنترنت، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، مصر، 2013.
5. أرجليوس رحاب، الإطار القانوني للعقد الإلكتروني، دراسة مقارنة، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه الطور الثالث في الحقوق، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة أحمد دراية، أدرار، 2018/2017 .
6. أزرو محمد رضا، إشكالية إثبات العقود الإلكترونية، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2016/2015.
7. أسل كاظم كريم الصدام، حجية المحرر الإلكتروني في الإثبات، دراسة مقارنة، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه، كلية القانون، جامعة بغداد، العراق، 2006.
8. أكسوم عيلام رشيدة، المركز القانوني للمستهلك الإلكتروني، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه، الطور الثالث (ل،م،د) كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2018.
9. إيمان عبد الجواد مصطفى إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني و إثباته، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، مصر، 2016.
10. براهمي حنان، جريمة تزوير الوثيقة الرسمية ذات الطبيعة المعلوماتية، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2015/2014.
11. بشار طلال أحمد مومني، مشكلات التعاقد عبر الأنترنت، دراسة مقارنة، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، 2003.
12. بلقاسم حامدي، إبرام العقد الإلكتروني، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2014 – 2015 .
13. بلقنشي حبيب، إثبات التعاقد عبر الأنترنت (البريد المرئي)، دراسة مقارنة، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة وهران، 2011/2010.
14. بن سالم المختار، الالتزام بالإعلام كآلية لحماية المستهلك، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه، الطور الثالث، نظام (ل،م،د)، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2018/2017.

15. بوراس محمد، الإشهار عن المنتجات و الخدمات، دراسة قانونية، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2011، 2012.

16. بين خضرة زهيرة، الطبيعة القانونية للعقد الإلكتروني، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2016/2015.

17. جامع مليكة، حماية المستهلك المعلوماتي، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة الجلالي اليابس، سيدي بلعباس، 2018/2017.

18. حابت أمال، التجارة الإلكترونية في الجزائر، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2015.

19. حوحو يمينة، عقد البيع الإلكتروني، دراسة مقارنة، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2011، 2012 .

20. خالد عبد المنعم ابراهيم مصطفى، حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني، دراسة مقارنة، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، 2011.

21. خميخم محمد، الحماية الجنائية للمستهلك في عقود التجارة الإلكترونية، دراسة مقارنة، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2017/2016.

22. زروق يوسف، حجية وسائل الإثبات الحديثة، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة تلمسان، 2013/2012

23. زوبة سمير، الأحكام القانونية المستحدثة لحماية المستهلك المتعاقد، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2016.

24. سامح عبد الواحد محمد التهامي، التعاقد عبر الأنترنت، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الزقازيق، مصر، 2006 .

25. سعاد عبد الحميد فالح أبو طالب، أحكام العقد الإلكتروني في القانون المدني الأردني، دراسة مقارنة، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه، كلية الحقوق جامعة عين شمس، مصر، 2013 .

26. سعود مطلق جلال السهلي، التوقيع الإلكتروني (دراسة مقارنة بين مصر و الكويت)، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 2016.

27. سمير حامد عبد العزيز جمال، التعاقد عبر تقنيات الاتصال الحديثة، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، مصر ، 2005.

28. عايض المري، مدى حجية التكنولوجيا الحديثة في إثبات العقود التجارية، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، مصر، 1998.

29. عزة علي محمد الحسن، الإطار القانوني و التشريعي للتجارة الإلكترونية، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه، كلية القانون، جامعة الخرطوم، السودان، 2005.

30. علي خوجة خيرة، الضمانات القانونية لتعويض المستهلك عن الأضرار بسلامته في التشريع الجزائري، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2016/2015.

31. عمرو عبد الفتاح علي يونس، جوانب قانونية في إطار القانون المدني، دراسة مقارنة، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، مصر، 2009.

32. عنادل عبد الحميد المطر، التراضي في العقد الإلكتروني، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، مصر، 2009.

33. العيشي عبد الرحمان، ركن الرضا في العقد الإلكتروني، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2017/2016.

34. فاطمة بحري، الحماية الجنائية للمستهلك، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2013.

35. مجد الدين محمد إسماعيل السوسوة، إبرام العقد عبر الأنترنت، دراسة مقارنة بين القوانين الوضعية و الفقه الإسلامي، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، مصر، 2010.

36. محمد أحمد محمود أبو الهنا، حماية المستهلك في مرحلة ما قبل إبرام العقد، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، مصر، 2019.

37. مخلوفي عبد الوهاب، التجارة الإلكترونية عبر الأنترنت، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، الجزائر، 2011/ 2012.

38. مراد محمود يوسف مطلق، التعاقد عن طريق وسائل الاتصال الإلكتروني، دراسة مقارنة، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، مصر، 2007.

39. معزوز دليلة، الضمان في عقود البيع الكلاسيكية و الإلكترونية، ضمان التعرض و الاستحقاق و العيوب الخفية، دراسة مقارنة، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2014.

40. نور خالد عبد المحسن العيد الرزاق، حجية المحررات و التوقيع الإلكتروني في الإثبات عبر شبكة الأنترنت، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، 2009.

41. يوسف أحمد النوافلة، الإثبات الإلكتروني، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، مصر، 2010.

42. أبو عجيلة عقيلة علي نصر، حماية المستهلك في مجال التعاقد عبر الأنترنت، رسالة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، مصر، 2015.

43. أراميس عائشة، الإثبات في العقود الإلكترونية المبرمة عبر الأنترنت، رسالة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 01، 2007.

44. ألا أحمد حاج علي، التنظيم القانوني لحجات التصديق على التوقيع الإلكتروني، رسالة لنيل شهادة الماجستير، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، فلسطين، 2013.

45. إياد محمد عارف عطاء سده، مدى حجية المحررات الإلكترونية في الإثبات، دراسة مقارنة، رسالة لنيل شهادة الماجستير كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، فلسطين، 2009.

46. إيهاب سمير محمد صالح، الإثبات بالمحررات الإلكترونية، دراسة مقارنة، كلية الحقوق، جامعة الأزهر، غزة، فلسطين، 2015.

47. بلقاسم عبد الله، المحررات الإلكترونية لإثبات العقد الإلكتروني، دراسة مقارنة، رسالة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2013.

48. بن النية أيوب، وسائل الإثبات في المواد التجارية، رسالة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة قسنطينة 01، 2014/2013.

49. بن حميدة نبهات، حماية الطرف الضعيف في العلاقات التعاقدية، دراسة مقارنة، رسالة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2007.

50. بن خدة حمزة، مظاهر تأثر القانون المدني الجزائري بالشريعة الإسلامية، التصرف القانوني نموذجا، رسالة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة تلمسان، 2007، 2008.

51. بن لحرش نوال، جمعيات حماية المستهلك في الجزائر – دور و فعالية، رسالة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق، جامعة قسنطينة، 2013/2012.

52. بوزكري انتصار، الحماية المدنية للمستهلك في عقد البيع الإلكتروني، رسالة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة الباز 2 ، سطيف ، 2013/2012.

53. بوشارب إيمان، حماية المستهلك من الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك، رسالة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة العربي بن مهيدي، أم البواقي، 2012/2011.

54. بوطالبي زينب، الإيجاب و القبول في التعاقد الإلكتروني، رسالة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة بومرداس، 2014.

55. بولباني فايزة، الإعلام كوسيلة لحماية المستهلك، رسالة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 01، 2012/2011.

56. جلول دواجي بلحول، الحماية القانونية للمستهلك في ميدان التجارة الإلكترونية، رسالة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2015/2014.

57. حماز فتيحة، الرقابة القانونية لحماية المستهلك من الشروط التعسفية، دراسة مقارنة، رسالة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة امحمد بوقرة، بومرداس، 2018/2017.

58. حميدي محمد أنيس، صحة العقد المبرم عبر الأنترنت، رسالة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2016.

59. خلوي (عنان) نصيرة، الحماية القانونية للمستهلك عبر الأنترنت، دراسة مقارنة، رسالة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق العلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2013.

60. رامي زكريا رمزي مرتجى، الحماية الجزائية للمستهلك في التشريع الفلسطيني، دراسة مقارنة بالشريعة الإسلامية، رسالة لنيل شهادة الماجستير، كلية الشريعة و القانون، الجامعة الإسلامية، غزة، 2017.

61. ربارج سعيدة، الحماية العقدية للمستهلك في التشريع الجزائري، رسالة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة سطيف 02، 2014/2013.

62. رفاوي شهيناز، الالتزام قبل التعاقد بالإعلام في عقود الاستهلاك، رسالة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة سطيف 02، 2016/2015.

63. روابحي أمنية، التحكيم الإلكتروني في تسوية منازعات التجارة الإلكترونية، رسالة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة مستغانم، 2017/2016.

64. زبيري بن قويدر، حماية المستهلك من الممارسات التجارية غير الشرعية في ضوء قانون 02/04 المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، رسالة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2007.

65. زرقان وليد، إجراءات الإثبات عن طريق الشهادة في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، رسالة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 01، 2015/2014.

66. زوبير أرزقي، حماية المستهلك في ظل المنافسة الحرة، رسالة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2011.

67. زينب غريب، إشكالية التوقيع و حجيته في الإثبات، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية و الاقتصادية و الاجتماعية، جامعة محمد الخامس، الرباط، المغرب، 2010/2009.

68. سلمة بن سعيدي، حماية المستهلك من الشروط التعسفية في عقد الاستهلاك، رسالة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2014.

69. سي الطيب محمد أمين، الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك، رسالة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2008/2007.

70. شطابي علي، حماية المستهلك من المنتوجات المقلدة، رسالة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 01 ، 2014/2013.

71. شعباني (حنين) نوال، التزام المتدخل بضمان المستهلك في ضوء قانون حماية المستهلك و قمع الغش، رسالة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2012.

72. صياد الصادق، حماية المستهلك في ظل القانون الجديد رقم 03/09 المتعلق بحماية المستهلك و قمع الغش، رسالة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق، جامعة قسنطينة 01، 2014/2013.

73. طمين سهيلة، الشكلية في عقود التجارة الإلكترونية، رسالة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2011.

74. عبد الحميد بادي، الإيجاب و القبول في العقد الإلكتروني، رسالة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2012/2011.

75. عبد الله ديب عبد الله محمود، حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني، دراسة مقارنة، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، فلسطين، 2009.

76. عتيق حنان، مبدأ سلطان الإرادة في العقود الإلكترونية، رسالة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة البويرة، 2012.

77. غادة جواد مسودي، التنظيم القانوني للعقد الإلكتروني في فلسطين، رسالة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق و الإدارة العامة، جامعة بيرزيت، فلسطين، 2007.

78. غدوشي نعيمة، حماية المستهلك الإلكتروني، رسالة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2012.

79. فوغالي بسمة، إثبات العقد الإلكتروني و حجتيه في ظل عالم الأنترنت، رسالة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة سطيف 02، 2015/2014.

80. فلاح فهد العجمي، الحماية المدنية للمستهلك في العقد الإلكتروني، رسالة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، 2011.

81. لالوش راضية، أمن التوقيع، رسالة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2012.

82. لزعر وسيلة، تنفيذ العقد الإلكتروني، رسالة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق، بن عكنون، جامعة الجزائر، 2011.

83. لما عبد الله صادق سلهب، مجلس العقد الإلكتروني، رسالة لنيل شهادة الماجستير، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، فلسطين، 2008.

84. لملوم كريم، الإثبات في معاملات التجارة الإلكترونية بين التشريعات الوطنية و الدولية، رسالة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2011.

85. محمد جازم عبد الستار، الحماية المدنية للمستهلك في العقد الإلكتروني، رسالة لنيل شهادة الماجستير، جامعة الشرق الأوسط، الأردن، 2018.

86. محمد عامر عامر كريم، إثبات العقد المبرم عن طريق الأنترنت، رسالة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، مصر، 2015.

87. مرزوق نور الهدى، التراضي في العقود الإلكترونية، رسالة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2012.

88. معروف عبد القادر، الآليات القانونية لحماية صحة المستهلك، رسالة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة عبد الحميد بن باديس، مستغانم، 2017/2016.

89. معوش رضا، حماية المستهلك من الشروط التعسفية، رسالة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2015.

90. ملال نوال، جريمة الإشهار الخادع في القانون الجزائري و المقارن، رسالة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة وهران، 2013.

91. منال بوروح، ضمانات حماية المستهلك في ظل القانون 03/09 المتعلق بحماية المستهلك و قمع الغش، رسالة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 01 ، 2015/2014.

92. مولود بغدادي، حماية المستهلك من الشروط التعسفية في عقد الاستهلاك، رسالة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 01، 2015/2014.

93. نواف محمد مفلح الدياب، الالتزام بالتبصير في العقود الإلكترونية، رسالة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، 2013.

94. نوزت جمعة حسن الهسنياني، التعاقد بواسطة الشبكة الإلكترونية (الانترنت) و حماية المستهلك، رسالة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، 2014.

95. هدار عبد الكريم، مبدأ الثبوت بالكتابة في ظل ظهور المحررات الإلكترونية، رسالة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق، جامعة بن عكنون، جامعة الجزائر 01، 2014/2013.

96. يحيى يوسف فلاح حسن، التنظيم القانوني للعقود الإلكترونية، شهادة الماجستير، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، فلسطين، 2008.

رابعا: المداخلات والمقالات الأكاديمية

1. أحمد بومدين، دور الالتزام بالإعلام قبل التعاقد في حماية رضا المستهلك، مجلة العلوم القانونية، جوان 2010.
2. أسامة بن غانم العبيدي، حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات، المجلة العربية للدراسات الأمنية و التدريب، المجلد 28، العدد 56، د.ت.
3. أشرف مسعد أبو زيد، أوشن حنان، الحامية القانونية للمستهلك الرقمي من الإشهار المظلل، مجلة الدراسات القانونية و السياسية، جامعة عمار ثلجي، الأغواط، جانفي 2018.
4. أقدس صفاء الدين رشيد البياتي، التعبير عن الإرادة في التعاقد الإلكتروني، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، العراق، المجلد 13، العدد 01، 2016.
5. آلاء يعقوب يوسف، الحماية القانونية للمستهلك في عقود التجارة الإلكترونية، مجلة كلية الحقوق، جامعة النهرين، 2005.
6. إلياس بن ساسي، التعاقد الإلكتروني و المسائل المتعلقة به، مجلة الباحث، العدد الثاني، جامعة ورقلة، 2003.
7. أنيس خالد المنصور، الأحكام الخاصة بالمانع من الحصول على الدليل الكتابي في الإثبات في القانون المدني الأردني و البحريني، مجلة الحقوق، جامعة الإسراء، المجلد السادس، 2009.
8. إيناس الخالدي، حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات في نظام التعاملات الإلكترونية السعودي، جامعة القصيم، د ت، متاح على الموقع www.qu.edu.sa .
9. إيناس هاشم رشيد، التعبير عن الإرادة في العقود الإلكترونية، مجلة رسالة الحقوق، المجلد الأول، العدد الثاني، 2009.
10. بادي عبد الحميد، الالتزام بإعلام المستهلك الإلكتروني في مرحلة ما قبل التعاقد، المجلة الجزائرية للحقوق و العلوم السياسية، جوان 2017.
11. بختيار صابر بايز، الحماية الوقائية للمستهلك من الإعلانات التجارية الخادعة، دراسة قانونية مقارنة، مجلة كلية القانون للعلوم القانونية و السياسية، جامعة كركوك، العراق، 2012.
12. بلحاج محجوبة، الالتزام بالإعلام الإلكتروني ما قبل التعاقد المصرفي الإلكتروني، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، العدد 01، 2019.

13. بوحفص جلاب نعناعة، دور القضاء في تكييف و معاقبة الإعلان التجاري المظلل، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، 2016.
14. بولمعالي زكية، خصوصية الإيجاب الإلكتروني، مجلة الدراسات القانونية، جامعة يبقي فارس، المدية، 2015.
15. بوملسة عبد القادر، خصوصية الإيجاب والقبول في المعاملات الإلكترونية، مجلة الدراسات القانونية و السياسية، جامعة الأغواط، الجزائر، المجلد الرابع، العدد الثاني، جوان 2018.
16. جديد حنان، السندات الرسمية الإلكترونية، مجلة الحقوق و العلوم الإنسانية، العدد 22، المجلد الأول، 2015.
17. جريفيلي محمد، نطاق تطبيق قانون حماية المستهلك من حيث الأشخاص، دراسة تحليلية مقارنة مع قانون الاستهلاك الفرنسي، الجديد لسنة 2016، مجلة القانون و المجتمع، 2018.
18. جفالي حسين، دلول الطاهر، الحماية الجنائية للمستهلك من الإشهار التجاري الإلكتروني غير المرغوب في التشريع الجزائري، المجلة الأكاديمية للبحوث القانونية و السياسية، جامعة عامر ثلجي، الأغواط، د.ت.
19. حازم الرمحين، ماهية الالتزام بالإعلام و أثره في حماية المستهلك، مجلة الحقوق، المجلد12، العدد الأول، جامعة البحرين، كلية الحقوق، 2015.
20. حجاري محمد، الالتزام بالإعلام و تطبيقاته على العقود الإلكترونية، مجلة جامعة الأنبار للعلوم القانونية و السياسية، العراق، جويلية 2013.
21. حشود نسيمة، حجية السندات الرسمية و العرفية في القانون المدني الجزائري، مجلة البحوث و الدراسات القانونية و السياسية، العدد 12، 2017.
22. حمادي محمد رضا، حامية المستهلك من الإشهار المظلل للعلامة التجارية، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية و السياسية، ديسمبر 2016.
23. حمداني محمد، سلاف عزوز، حماية المستهلك من الإشهارات الكاذبة و المظللة، مجلة الاجتهاد القضائي، أفريل 2017.

24. حنان مليكة، النظام القانوني للتوقيع الإلكتروني في ضوء قانون التوقيع الإلكتروني السوري رقم 04 الصادر بتاريخ 2009/02/25، دراسة مقارنة، مجلة دمشق للعلوم الاقتصادية و القانونية، المجلد 26، العدد الثاني، 2010.

25. حوالف عبد الصمد، الحماية القانونية للمستهلك في عقود التجارة الإلكترونية، مجلة الأكاديمية للدراسات الاجتماعية و الإنسانية، جانفي 2016.

26. خليفي مريم، الالتزام بالإعلام الإلكتروني و شفافية التعامل في مجال التجارة الإلكترونية، دفاتر السياسة و القانون، جانفي 2011.

27. رباحي أحمد، أثر التفوق الاقتصادي في فرض الروط التعسفية في القانون الجزائري و القانون المقارن، مجلة اقتصاديات شمال إفريقيا، مخبر العولمة و اقتصاديات شمال إفريقيا، الجزائر، 2009.

28. رباحي أحمد، الطبيعة القانونية للعقد الإلكتروني، مجلة الأكاديمية للدراسات الاجتماعية و الإنسانية، قسم العلوم الاقتصادية و القانونية، العدد 10، جوان 2013.

29. زروق يوسف، حماية المستهلك مدنيا من مخاطر التعاقد الإلكتروني، دراسة مقارنة، دفاتر السياسة و القانون، العدد التاسع، جوان 2013.

30. زغبي عمار، العدول في التعاقد و دوره في حماية المستهلك، مجلة الفكر، العدد التاسع، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2018.

31. زغميش حنان، الإعلانات التجارية الكاذبة، مجلة الحقوق و العلوم السياسية، جامعة عمار ثلجي، الأغواط، جوان، 2017.

32. زواوي عباس، مانع سلمى، الحماية المدنية للمستهلك في نطاق التجارة الإلكترونية، مجلة الحقوق، العدد الرابع، 4 أفريل 2017.

33. سارة عزوز، الحماية المدنية للمستهلك من الإشهار التجاري المظلل، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، جانفي، 2017.

34. سامر بريدي، الحماية المدنية للمستهلك في العقود عبر الأنترنت، مجلة جامعة البعث، سوريا، مجلد 39، العدد 39، 2017.

35. سعاد نويري، الالتزام بالإعلام لحماية المستهلك في التشريع الجزائري، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، جانفي 2016.

36. سعد بن حامد بن صالح المطرفي، دلالات الإيجاب و القبول في البيوع بين الإسلام و القانون الدولي، ذو الحجة 1429، متاح على الموقع الإلكتروني www.almatrfi.com/ar/books .

37. سوالم سفيان، الحماية القانونية للمتعاقد من الشروط التعسفية في التشريع الجزائري، مجلة جيل للأبحاث القانونية المعمقة، العدد الرابع، جوان 2016.

38. السيد محمد عمران، الالتزام بالإعلام الإلكتروني قبل التعاقد عبر شبكة الأنترنت، بحث متاح على الموقع: www.flow.net.

39. شبة سفيان، حماية المستهلك في عقد البيع الدولي في القانون الجزائري و القوانين المقارنة، مجلة دفاتر السياسة و القانون، جامعة ورقلة، ع4، جانفي 2011.

40. شول بن شهر، حماية المستهلك في عقود التجارة الإلكترونية، مجلة الواحات للبحوث و الدراسات، العدد 3، 2008.

41. ضاري تمران طلاق الشمري، الجوانب القانونية لتنفيذ و إثبات العقد الإلكتروني، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، ع4، السنة الخامسة، العدد التسلسلي 20، ديسمبر 2017.

42. طارق كميل، حماية المستهلك في التعاقد عبر الأنترنت، دراسة مقارنة، مجلة الجامعة العربية الأمريكية، مجلد 5، عدد 5، د ت .

43. عادل علي المقدادي، إبرام العقد الإلكتروني وفقا لقانون المعاملات الإلكترونية الأردني، دراسة مقارنة، 2013، متاح على الموقع الإلكتروني http://platformalmanhol.com .

44. عائشة قصار الليل، الالتزام بالإعلام الإلكتروني السابق للتعاقد، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، جانفي 2017.

45. عبايد فريدة حفيظة، الالتزام بالإعلام ما قبل التعاقد الإلكتروني كآلية لحماية المستهلك، مجلة البحوث في الحقوق و العلوم السياسية، العدد الثاني، 2018.

46. عبد الحق ماني، التنظيم القانوني لقيام التراضي في العقود الإلكترونية على ضوء مشروع القانون المتعلق بالتجارة الإلكترونية، مجلة العلوم القانونية و السياسية، جامعة الوادي، العدد الثاني، المجلد التاسع، جوان 2018.

47. عبد الحي القاسم عبد المومن، مفهوم العقد الإلكتروني و خصائصه، مجلة جامعة بخت الرضا العلمية، العدد 13، ديسمبر 2014، السودان.

48. عبد الرحمان خليفي، حماية المستهلك الإلكتروني في القانون الجزائري، دراسة مقارنة، مجلة جامعة النجاح للأبحاث، المجلد 27، 2013

49. عبد الرسول عبد الرضا، محمد جعفر هادي، المفهوم القانوني للتوقيع الإلكتروني، دراسة مقارنة، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية و السياسية، العدد الأول، السنة الرابعة، جامعة بابل، العراق، 2012.

50. عبد الله عبد الكريم عبد الله، فاتن حسن هوى، حماية المستهلك في بعض التشريعات العربية بين الواقع و آليات التطبيق، المركز العربي للبحوث القانونية و القضائية، جامعة الدول العربية، بيروت، لبنان، 42 يونيو 2014.

51. عبير مزغيش، محمد عدنان بن ضيف، الضوابط الحمائية المصوبة لاختلال التوازن العقدي في عقود الاستهلاك التعسفية، مجلة الحقوق و الحريات، جامعة محمد خيضر بسكرة، أفريل 2017.

52. عقوني محمد، الإيجاب و القبول العقد الإلكتروني، مجلة البحوث و الدراسات القانونية، جامعة المسيلة، ع السابع ، 2017.

53. عقيل فاضل حمد الدهان، غني ريسان جادر الساعدي، الالتزام بالإعلام في العقد الإلكتروني، مجلة أهل البيت ، العراق، 2007.

54. علاوة هوام، سارة عزوز، الحماية الجزائية للمستهلك من الممارسات غير النزيهة، مجلة الحقوق و الحريات، أفريل 2017.

55. علي أبو مارية، التوقيع الإلكتروني و مدى قوته في الإثبات، دراسة مقارنة، مجلة جامعة الخليل للبحوث، المجلد 5، العدد 2، 2010.

56. علي السيد حسين، أبو دياب، وليد محمد بشر، الجوانب القانونية للحماية المدنية للمستهلك من الإعلانات التجارية الكاذبة أو المظللة، 2017، متاح على الموقع: www.azhar.edu.eg .

57. عماد حسن سلمان، المانع من تقديم الدليل الكتابي أو فقدان السند، بسبب لا دخل لإرادة صاحبه فيه، مجلة جامعة ذي قار، المجلد الثامن، العدد الثاني، آذار ، 2013.

58. عمارة مسعودة، الحماية المدنية للمستهلك في مرحلة ما قبل التعاقد من خلال الإعلان التجاري الكاذب و الحق في الإعلام، مجلة البحوث و الدراسات القانونية و السياسية، جامعة سعد دحلب، البليدة، جانفي 2012.

59. غازي أبو عرابي، فياض القضاة، حجية التوقيع الإلكتروني، دراسة مقارنة في التشريع الأردني، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية و القانونية، المجلد 20، العدد الأول، 2004.

60. قروف موسى، سلطة القاضي المدني في تقدير الدليل الكتابي، مجلة الفكر، العدد الثامن، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2012.

61. قصي سلمان هلال، الإعلانات التجارية المظللة من منظور القانون المدني، مجلة كلية القانون للعلوم القانونية و السياسية، 2017.

62. قونان كهينة، مواجهة الإشهار المظلل عن طريق دعوى التدليس، دراسات أو ابحاث، المجلة العربية في العلوم الإنسانية و الاجتماعية، سبتمبر 2018.

63. لزعر وسيلة، القبول في التعاقد الإلكتروني، مجلة العلوم القانونية و الاجتماعية، جامعة زيان عاشور الجلفة، العدد التاسع، 2016.

64. محمد بوكماش، كمال تكواشت، عقد البيع المبرم عبر الأنترنت، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، العدد 12، جانفي 2018.

65. محمد عبد الرزاق محمد، تفسير الشك لمصلحة الطرف المذعن، مجلة رسالة الحقوق، كلية القانون، جامعة كربلاء، العراق، السنة الثانية، 2011.

66. محمد عماد الدين عياض، نطاق تطبيق قانون حماية المستهلك و قمع الغش، مجلة دفاتر السياسة و القانون، جامعة ورقلة، جوان 2013.

67. محمد عمار تيبار، مدى حجية المحرر الإلكتروني في الإثبات في القانون الليبي، 2009، متاح على الموقع الإلكتروني : www.iefedie.com .

68. محمد محروك، خصوصية التوقيع الإلكتروني و حجيته في الإثبات، جامعة القاضي عياض، مراكش، المغرب، د ت، متاح على الموقع www.iefpedia.com

69. محمد يونس، حق المستهلك في العدول عن العقد كوسيلة للحماية المدنية اللاحقة للمستهلك في قوانين الاستهلاك، مجلة أكاديمية الشرطة دبي، 2016.

70. مسعودي يوسف، أرجليوس رحاب، مدى حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات (دراسة على ضوء أحكام القانون 04/15) ، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية و الاقتصادية، المركز الجامعي تامنغست، ع 11، جانفي 2017.

71. معهد أبحاث السياسات الاقتصادية الفلسطينية، مراجعة نقدية لمشروع قانون حماية المستهلك الفلسطيني، فلسطين، 2004.

72. منصور حاتم محسن، العدول عن التعاقد في عقد الاستهلاك الإلكتروني، دراسة مقارنة، مجلة المحقق الجلي للعلوم القانونية و السياسية، العدد الثاني، جامعة بابل، العراق، د.ت.

73. منية شوايدية، ضوابط حماية المستهلك من الإشهار الكاذب وفقا للمرسوم التنفيذي رقم 378/13، مجلة تطوير العلوم الاجتماعية، جوان 2015.

74. هادي حسين عبد علي الكعبي، محمد جعفر هادي، الالتزام قبل التعاقد بالإعلام، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية و السياسية، العدد الثاني، السنة الخامسة، د.ت.

75. هلال شعوة، حماية المستهلك من جريمة الإعلان التجاري المظلل أو الكاذب، مجلة دراسات قانونية، مركز البصيرة للبحوث و الاستشارات والخدمات التعليمية، الجزائر، سبتمبر 2016.

76. يمينة بليمان، الإشهار الكاذب أو المظلل، مجلة العلوم الإنسانية، جامعة منتوري، قسنطينة، 2009.

77. إبراهيم الدسوقي أبو الليل، توثيق التعاملات الإلكترونية و مسؤولية حجة التوثيق تجاه الغير المتضرر، مؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة و القانون، جامعة الإمارات، 10-12 ماي 2003.

78. أبو العلا علي أبو العلاء النمر، نحو تعزيز حماية المستهلك في مواجهة انهيار الحدود الجغرافية للإعلام، بحث مقدم إلى مؤتمر الإعلام و القانون، كلية الحقوق جامعة حلوان، مصر 9-10 مارس 1999.

79. ثروت عبد الحميد، مدى حجية التوقيع في الإثبات على ضوء القواعد التقليدية للإثبات، مؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة و القانون، جامعة الإمارات، 10-12 ماي 2003.

80. سلطاني آمنة، حماية المستهلك في مجال التعاقد عن بعد، بحث مقدم إلى الملتقى الوطني المنعقد بمعهد العلوم القانونية و الإدارية، بالمركز الجامعي، الوادي، يومي 13، 14 أفريل 2008.

81. سيد حسن عبد الله، المنظور الإسلامي لوسائل حماية المستهلك الإلكتروني، مؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة و القانون، جامعة الإمارات، 10-12، مايو 2003.

82. الصالحين محمد العيش، مدى قبول الدليل الكتابي الرقمي في إثبات معاملات التجارة الإلكترونية، بحث مقدم إلى المؤتمر الدولي الثاني لقانون الأنترنت، المنظمة العربية للتنمية الإدارية، جامعة الدول العربية، مالطا من 27 إلى 31 نوفمبر 2006.

83. عبد الله بن براهيم بن عبد الله الناصر، العقود الإلكترونية، دراسة فقهية تطبيقية مقارنة، بحث مقدم إلى المؤتمر العلمي حول الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة و القانون، جامعة الإمارة، 10-12، ماي 2003.

84. علي هادي العبيدي، زمان انعقاد العقد الإلكتروني في التشريع الإماراتي، مؤتمر المعاملات الإلكترونية (التجارة الإلكترونية، الحكومة الإلكترونية)، المؤتمر السنوي السابع عشر، 2008.

85. موسى رزيق، رضا حامل البطاقة الائتمانية بالعقد و الحماية التي يقررها المشرع له، مؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة و القانون، جامعة الإمارات، 10-12 مايو 2003.

86. نجوى أبو هيبة، التوقيع الإلكتروني، تعريفه، مدى حجيته، مؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة و القانون، جامعة الإمارات، 10-12 ماي 2003.

خامسا: الوثائق القانونية الرسمية

أ/ الوثائق الرسمية الوطنية

1. القانون 02/05 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية الجزائري، المعدل و المتمم، ج، ر، ع 41.

2. القانون 05/18 المتضمن قانون التجارة الإلكترونية الجزائري ج، ر، ع 28.

3. القانون رقم 04/15 الذي يحدد القواعد العامة المتعلقة بالتوقيع و التصديق الإلكترونيين ج، ر،ع 6.
4. القانون رقم 04/14 المتعلق بالنشاط السمعي البصري ج، ر، ع 16.
5. القانون رقم 03/09 المتعلق بحماية المستهلك و قمع الغش المعدل و المتمم ج، ر، ع 15.
6. القانون رقم 02/06 المتضمن تنظيم مهنة الموثق ج، ر، ع 14.
7. القانون رقم 08/14 ، الذي يعدل ويتمم الأمر 20/70 المتعلق بالحالة المدنية، ج، ر، ع 49.
8. الأمر رقم 75 /58 المتضمن القانون المدني الجزائري، المعدل و المتمم بالقانون رقم 10/05،ج، ر، ع 44.
9. الأمر رقم 07/95 المتعلق بالتأمينات المعدل و المتمم ج، ر، ع 13.
10. الأمر رقم 03/03 المتعلق بالمنافسة المعدل و المتمم ج، ر، ع 43.
11. الأمر 03/06 المتضمن القانون الأساسي العام للوظيفة العامة ج، ر، ع 46.
12. المرسوم التنفيذي رقم 39/90 المتعلق برقابة الجودة و قمع الغش المعدل و المتمم ج، ر، ع 5.
13. المرسوم التنفيذي رقم 254/97 المتعلق بالرخص المسبقة لإنتاج المواد السامة أو التي تشكل خطرا من نوع خاص و استيرادها، . ج، ر، ع 46.
14. المرسوم التنفيذي رقم 101/91 المتضمن منح امتياز عن الأملاك الوطنية و الصلاحيات و الأعمال المرتبطة بالخدمة العمومية للتلفزيون إلى المؤسسة العمومية للتلفزيون ج، ر، ع 19.
15. المرسوم التنفيذي رقم 103/91 ، المتضمن منح امتياز عن الأملاك الوطنية و الصلاحيات و الأعمال المرتبطة بالبث الإذاعي السمعي إلى المؤسسة للإذاعة المسموعة ج، ر، ع 12.
16. المرسوم التنفيذي رقم 378/13 الذي يحدد الشروط و الكيفيات المتعلقة بإعلام المستهلك ج، ر، ع 58.

17. المرسوم التنفيذي رقم 306/06 الذي يحدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين و المستهلكين و البنود التي تعتبر تعسفية ج، ر، ع 56.
18. المرسوم التنفيذي رقم 314/20000 الذي يحدد المقاييس التي تبين أن العون الاقتصادي في وضعية هيمنة أو كذلك مقاييس الأعمال الموصوفة بالتعسف ج، ر، ع 61.
19. المرسوم رقم 41/77 المتضمن التصديق على التوقيعات ج، ر، ع 16.
20. القرار 138806 ، الصادر بتاريخ 9 جويلية 1996، المجلة القضائية، عدد 1، 1997.
21. القرار رقم 45658، الصادر بتاريخ 7 ديسمبر 1987، المجلة القضائية، عدد 4، 1990.
22. القرار رقم 53931، الصادر بتاريخ 28 ماي 1990، المجلة القضائية، عدد 1، 1992.

ب/ القوانين الأجنبية والمواثيق الدولية

1. قانون المبادلات و التجارة الإلكترونية التونسي رقم 83 لسنة 2000
2. قانون المعاملات الإلكترونية الأردني رقم 85 لسنة 2001 .
3. قانون المعاملات الإلكتروني الأردني رقم 15 لسنة 2015.
4. قانون التجارة الإلكترونية البحريين رقم 28 لسنة 2002 .
5. قانون التوقيع الإلكتروني و المعاملات العراقي رقم 78 لسنة 2012.
6. القانون المدني المصري رقم 131 لسنة 1948 .
7. القانون المدني الأردني رقم 43 لعام 1976 .
8. القانون المدني السوري رقم 84 لعام 1949 .
9. القانون قانون حماية المستهلك الفلسطيني رقم 21 لسنة 2005.
10. قانون حماية المستهلك اللبناني رقم 659 لسنة 2004 المعدل و المتمم.
11. قانون حماية المستهلك الأردني رقم 7 لسنة 2017.
12. القانون رقم 15 لسنة 2015 الخاص بالمعاملات الإلكترونية الأردني .

13. الظهير الشريف رقم 11/03 ، القاضي بتنفيذ القانون رقم 03/08 ، القاضي بتحديد تدابير حماية المستهلك.
14. القانون رقم 40 لسنة 1998 المتعلق بطرح البيع و الإشهار التجاري التونسي، ر، ر، ع44.
15. قانون الاستهلاك الفرنسي المعدل بتاريخ 14 مارس 2016.
16. مشروع قانون حماية المستهلك الليبي و مذكرته التوضيحية الصادرة في 2008/07/28.
17. قانون حماية المستهلك المصري رقم 67 لسنة 2006.
18. القانون رقم 15 لسنة 2004، المتعلق بإنشاء التوقيع الإلكتروني و بإنشاء هيئة صناعة تكنولوجيا المعلومات.
19. قانون كاتب العدل الأردني رقم 11 لسنة 1952 المعدل و المتمم.
20. المرسوم بقانون رقم 28 لسنة 2002 بشأن المعاملات الإلكترونية للبحرين.
21. المرسوم 973 لسنة 2005 المعدل للمرسوم 941 لسنة 1971 الفرنسي و المتعلق بأعمال الموثقين. اللائحة التنفيذية لقانون التوقيع المصري رقم 15 لسنة 2004.
22. اتفاقية فينا للبيع الدولي للبضائع لسنة 1980.
23. قانون الإونيسترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية لسنة 1996، مع دليل الإشتراع.
24. قانون الأونيسترال النموذجي بشأن التوقيعات الإلكترونية لسنة 2001، مع دليل الإشتراع.
25. التوجيه الأوروبي رقم99 /1999 بشأن التوقيع الإلكتروني.
26. المذكرة الإيضاحية لاتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة باستخدام الخطابات الإلكترونية في العقود الدولية.

المراجع باللغة الأجنبية

1_ Bresseet P et Kaufman G, *Guide juridique de Internet du commerce électronique*, 2000.

2_ Esnault J, « la signature électronique », mémoire de DESS de droit du multimédia de l'informatique, université paris II (panthéon), Année 2002 _ 2003, , disponible sur le sit :http :www.signelec.com

3_Jean A et Auloyet S, *prix des produits et services*, droit de la consommation, précis dolloz 4éme édition, Paris, 1996.

4_ Jean- Michel Bruguiere Vincent Fauchaux ,droit de l'internt, pevue la my ,n 092 ,2012

5_Guinhar S, Hari C et Tourdonnet R, *internet pour le droit*, éd (6), montchrestien, 1999.

6_ G. Paisant, Le lai no 88-21 du 6 janvier 1988, sur les opérations de la vente à distance et le télé-achat, J.C.P. 1988, doc. 3350, no 17.

7_Thibault V, *commerce électronique*, le nouveau cadre juridique, ed lancier, Bruxelles, 2004.

8_Vincent H, *la vente internationale de marchandise*, droit uniforme, delta, Paris, 2000.

الإهداء
التشكرات
قائمة المختصرات
مقدمة
الباب الاول: انعقاد العقد عبر الأنترنت..... 01
الفصل الأول: مفهوم العقد الإلكتروني وآلية إبرامه..... 02
المبحث الأول: ماهية وخصائص العقد الإلكتروني..... 03
المطلب الأول: مفهوم العقد الإلكتروني..... 04
الفرع الأول: تعريف العقد بصفة عامة..... 04
الفرع الثاني: تعريف العقد الإلكتروني..... 05
المطلب الثاني: خصائص العقد الإلكتروني..... 11
الفرع الاول: العقد الإلكتروني أحد العقود التي تبرم عن بعد.....15
الفرع الثاني: الطابع الدولي للعقد الإلكتروني عبر الأنترنت..... 14
الفرع الثالث: الطابع التجاري للعقود الإلكترونية..... 17
الفرع الرابع: العقد الإلكتروني عقد اذعان أو عقد مساومة.....18
المطلب الثالث: تمييز العقد الإلكتروني عن غيره من العقود.....32
الفرع الأول: التمييز من حيث أسلوب التعاقد.....25
الفرع الثاني: تمييز العقد الإلكتروني عن العقود المحيطة به في البيئة الإلكترونية. 33
المبحث الثاني: آلية إبرام التعاقد عبر الأنترنت وصحته.....37
المطلب الأول: الإيجاب عبر الأنترنت.....38
الفرع الأول: تعريف الإيجاب الإلكتروني وخصائصه..... 38
الفرع الثاني: شروط الإيجاب الالكتروني..... 48
الفرع الثالث: صور الإيجاب الإلكتروني..... 57
المطلب الثاني: القبول عبر الأنترنت..... 63
الفرع الأول: تعريف القبول عبر الأنترنت وشروطه..... 63
الفرع الثاني: طرق التعبير عن القبول عبر الأنترنت..... 71

الفرع الثالث: مدى صلاحية السكوت للتعبير عن القبول عبر الأنترنت..... 78
المطلب الثالث: صحة التراضي في التعاقد عبر الأنترنت..... 82
الفرع الأول: الأهلية القانونية في التعاقد عبر الأنترنت..... 83
الفرع الثاني: عيوب الإرادة في مجال التعاقد عبر الأنترنت..... 93
المبحث الثالث: زمان ومكان إبرام العقد عبر الأنترنت..... 106
المطلب الأول: زمان إبرام العقد عبر شبكة الأنترنت..... 107
الفرع الأول: أهمية تحديد زمان انعقاد العقد عبر الأنترنت..... 108
الفرع الثاني: تحديد لحظة إبرام العقد..... 109
الفرع الثاني: موقف قوانين المعاملات والتجارة الإلكترونية الدولية والوطنية من تحديد لحظة انعقاد العقد عبر الأنترنت.....120
المطلب الثاني: مكان التعاقد عبر الأنترنت..... 131
الفرع الأول: اهمية تحديد مكان انعقاد العقد عبر الأنترنت..... 132
الفرع الثاني: دور القواعد العامة والتشريعات الخاصة بالمعاملات والتجارة الإلكترونية من تحديد مكان انعقاد العقد..... 133
الفصل الثاني: حماية المستهلك في التعاقد عبر الأنترنت.....142
المبحث الأول: مفهوم المستهلك الإلكتروني..... 144
المطلب الأول: المفهوم الفقهي والقضائي للمستهلك..... 145
الفرع الأول: المفهوم الفقهي للمستهلك..... 145
الفرع الثاني: المفهوم القضائي للمستهلك..... 153
المطلب الثاني: المفهوم التشريعي للمستهلك..... 156
الفرع الأول:تعريف المستهلك في الإتفاقيات الدولية وفي التوجيهات الأوربية.....156
الفرع الثاني: مفهوم المستهلك في التشريعات المقارنة.....159

المبحث الثاني: حماية المستهلك في المرحلة السابقة على التعاقد..... 167

المطلب الأول: حماية المستهلك من الإعلانات التجارية المضللة.....169

الفرع الأول: مفهوم الإعلان التجاري المضلل..... 170

الفرع الثاني: معايير تقدير التضليل في الإعلان التجاري..... 183

الفرع الثلث: وسائل الحماية المدنية للمستهلك في مواجهة الإعلان التجاري المضلل.....184

المطلب الثاني: الإلتزام بإعلام المستهلك وتبصيره قبل التعاقد.....191

الفرع الأول: مفهوم وشروط الإلتزام بالإعلام قبل التعاقد..... 192

الفرع الثاني: مضمون الالتزام بالإعلام قبل التعاقد..... 198

الفرع الثالث: جزاء الإخلال بالإلتزام بالإعلام قبل التعاقد..... 209

المبحث الثالث: أوجه الحماية المدنية للمستهلك في المرحلة اللاحقة لإبرام العقد..... 223

المطلب الأول: حماية المستهلك من الشروط التعسفية..... 224

الفرع الأول: مفهوم الشرط التعسفي.....225

الفرع الثاني: معايير تحديد الشروط التعسفية..... 234

الفرع الثالث: مكافحة الشروط التعسفية..... 244

المطلب الثاني: حق المستهلك في العدول..... 258

الفرع الأول: مفهوم الحق في العدول عن العقد..... 260

الفرع الثاني: شروط ممارسة الحق في العدول عن العقد..... 264

الفرع الثالث: آثار ممارسة حق العدول..... 270

الباب الثاني: إثبات التعاقد عبر الأنترنت..... 276

الفصل الأول: الكتابة الإلكترونية..... 279

المبحث الأول: مفهوم الكتابة الإلكترونية وتطبيقها على المحرر الإلكتروني.....280

المطلب الأول: المقصود بالكتابة بوجه عام..... 281

الفرع الأول: الكتابة في اللغة..... 281

الفرع الثاني: تعريف الكتابة..... 283

المطلب الثاني: الكتابة الإلكترونية..... 285

الفرع الأول: مفهوم الكتابة الإلكترونية..... 286

الفرع الثاني: شرط الكتابة الإلكترونية..... 296

المبحث الثاني: حجية المحررات الإلكترونية طبقا للقواعد التقليدية في الإثبات....309

المطلب الأول: حجية المحررات الإلكترونية طبقا لمبدأ حرية الإثبات..... 311

الفرع الاول: مبدأ حرية الإثبات في المواد التجارية..... 312

الفرع الثاني: التصرفات القانونية المدنية التي لا تجاوز نصاب الإثبات بالبينة....318

المطلب الثاني: حجية المحررات الإلكترونية طبقا للإستثناءات على قاعدة وجوب الدليل الكتابي.....321

الفرع الأول: الإستناد إلى المحررات الإلكترونية باعتبارها مبدأ ثبوت بالكتابة..... 322

الفرع الثاني: قبول المحرر الإلكتروني عند إستحالة الحصول على محرر مكتوب بسبب وجود مانع مادي أو أدبي.....331

الفرع الثالث: قبول المحرر الإلكتروني في حالة فقد الدليل الكتابي.....338

المبحث الثالث: الحجية القانونية للمحرر الإلكتروني. 343

المطلب الأول: القوة الثبوتية للمحررات الرسمية الإلكترونيية 345

الفرع الأول: شروط صحة المحرر الإلكتروني الرسمي.....347

الفرع الثاني: حجية المحرر الرسمي الإلكتروني في الإثبات..... 365

المطلب الثاني: القوة الثبوتية للمحرر العرفي الإلكتروني.....381

الفرع الأول: شروط المحررات العرفية الإلكترونية المعدة للإثبات.....383

الفرع الثاني: حجية المحرر العرفي الإلكتروني في الإثبات..... 387

الفصل الثاني: التوقيع الإلكتروني..... 398

المبحث الأول: التوقيع بمفهوميه التقليدي والإلكتروني..... 401

المطلب الأول: مفهوم التوقيع التقليدي..... 402

الفرع الأول: التعريف التشريعي للتوقيع.....403

الفرع الثاني: التعريف الفقهي للتوقيع.....405

المطلب الثاني: مفهوم التوقيع الإلكتروني.....480

الفرع الأول: تعريف التوقيع الإلكتروني في التشريعات الدولية والوطنية.....409

المبحث الثاني: أشكال و وظائف التوقيع الإلكتروني.....432

المطلب الأول: أشكال التوقيع الإلكتروني..... 433

الفرع الأول: التوقيع البيومتري..... 434

الفرع الثاني: التوقيع من خلال القلم الإلكتروني..... 436

الفرع الثالث:التوقيع عن طريق البطاقة المقترنة بالرقم السري(التوقيع الكودي)....438

الفرع الرابع: التوقيع الرقمي..... 440

المطلب الثاني: وظائف التوقيع الإلكتروني..... 445

الفرع الأول: تحديد هوية الموقع.....446

الفرع الثاني: التعبير عن إرادة صاحب التوقيع.....452

الفرع الثالث: الحفاظ على سلامة مضمون المحرر..... 457

المبحث الثالث: التنظيم التشريعي لحجية التوقيع الإلكتروني.....460

المطلب الأول: الجهود الدولية للإعتراف بحجية التوقيع الإلكتروني..... 461

الفرع الأول: قانون الاونيسترال النموذجي بشأن التوقيعات الالكترونية.....462

الفرع الثاني: التوجيه الأوربي بشأن التوقيع الإلكتروني.....466

المطلب الثاني: التنظيم القانوني لحجية التوقيع الإلكتروني في التشريعات الوطنية.....469

الفرع الأول: التنظيم القانوني لحجية التوقيع الإلكتروني في التشريعات الغربية.....470

الفرع الثاني: التنظيم التشريعي لحجية التوقيع الإلكتروني في التشريعات العربية.....477

خاتمة: 490

الملاحق:.....497

قائمة المراجع:.....513

الفهرس:..... 542

الملخص:..... 549

ملخص الرسالة:

تتناول هذه الدراسة موضوع التعاقد عبر الأنترنت في قانون الأونيسترال والقانون الجزائري دراسة مقارنة، الذي فرضه التقدم الهائل الذي شهده مجال تكنولوجيا المعلومات، وقطاع الإتصالات، الذي بدوره مهد إلى ظهور الشبكة العالمية للمعلومات الأنترنت، حيث تلاشت المسافات والحدود الجغرافية التقليدية.

وللإحاطة بموضوع البحث، قمنا بتعريف هذا النوع الجديد من التعاقد، و وإبراز خصائصه والية إبرامه، و مدي الحماية التي يجب توفيرها للمستهلك بإعتبار الطرف الضعيف، إضافة إلى طرق إثباته.

الكلمات المفتاحية: عقد، الأنترنت، المستهلك، الكتابة الإلكترونية، التوقيع الإلكتروني.

الملخص باللغة الفرنسية

Résumé :

Nous proposons dans le cadre de cette thèse d'effectuer une étude comparative sur la question des contrats en ligne dans le droit onistral et le droit algérien. En effet, les énormes progrès du secteur des technologies de l'information et des télécommunications, qui a ouvert la voie à l'émergence de l'Internet, où les distances et les frontières géographiques traditionnelles ont disparu, imposent une nouvelle vision en matière de traitement juridique et nécessite une adaptation des lois aux réalités du terrain.

De plus, pour mieux cerner le sujet de la recherche, nous avons défini ce nouveau type de contrat, en soulignant ses caractéristiques et son mécanisme de conclusion, ainsi que les méthodes de preuve et les moyens de la protection à fournir aux consommateurs afin de mieux les sensibiliser et les préparer à cette nouvelle donne dans les échanges commerciaux.

Mots-clés: contrat, internet, consommateur, notification électronique, signature électronique.