

جامعة محمد الصديق بن يحيى - بجيجل.

كلية الحقوق و العلوم السياسية

قسم الحقوق

العقد الإلكتروني

(الإنعقاد و الإثبات)

مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص فرع قانون السوق

إشراف الدكتور:

إعداد الطالبة:

سهار نصر الدين.

قسنطيني حدة صبرينة

لجنة المناقشة :

- 1- الدكتور كايس شريف..... جامعة تيزي وزو..... رئيسا.
- 2- الدكتور سهار نصر الدين..... جامعة جيجل..... مشرفا و مقرا.
- 3- الدكتور جبايلي محند و اعمر... جامعة تيزي وزو..... مناقشا.
- 4- الدكتور بوسهوة نور الدين.... جامعة البليدة..... مناقشا.

السنة الجامعية 2011-2012

مقدمة:

لقد شهد العالم قفزة نوعية في مجال المعلوماتية و الإتصال و ذلك بظهور ما يعرف بشبكات الإتصال أو المعلومات العالمية ، و أبرزها شبكة الانترنت، مما إنعكس على العلاقات الإجتماعية و الثقافية و الإقتصادية لحياة الأفراد و الجماعات و أدى إلى تغيير نمط الحياة و أسلوب التفكير و طريقة التصرف ، و ذلك نتيجة ظهور نوع جديد من المعاملات لم تكن معروفة من قبل، إذ أصبح يتم إبرام العقود على شبكة الأنترنت في عالم إفتراضي يتجاوز الحدود الجغرافية للدول و لا يشترط الوجود المادي للأطراف .

و يعتبر العقد الإلكتروني أهم وسيلة من وسائل التجارة الإلكترونية بإعتباره مبرما في بيئة إفتراضية لا تعترف بالحدود و هو ما يطرح عدة إشكالات و تساؤلات تتعلق أساسا بمدى إمكانية تطبيق القواعد العامة عليه خاصة و أن المشرع الجزائري و رغم تبنيه التوقيع الإلكتروني إلا أنه لم ينظم أحكامه على خلاف بعض التشريعات العربية.

و نظرا لتزايد معاملات التجارة الإلكترونية فقد سارع المجتمع الدولي إلى وضع قواعد لتنظيمها ، إذ قامت لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي بإعتماد قانون الأونيسترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية عام 1996 كقانون مرجعي تستفيد منه الدول في وضع تشريعاتها الداخلية ، و بالنتيجة لذلك فقد حاولت الدول إستيعاب هذا النوع الجديد من التعاقد ، و ذلك بسن قوانين من شأنها تنظيم هذه المسألة ، و في هذا الصدد نجد أن بعض الدول قامت بوضع تقنين خاص بالمعاملات الإلكترونية على غرار تونس ، مصر و الأردن في حين إكتفى البعض الآخر بإدخال تعديلات على النصوص القائمة على غرار المشرع الفرنسي و المشرع الجزائري الذي سلك نفس مسلك المشرع الفرنسي إذ قام بتعديل القانون المدني بموجب القانون رقم 10/05 و ذلك بإضافة نص المادتين 323 مكرر و 323 مكرر 1 و تعديل المادة 327 .

و لعل أهم ما يطرح بخصوص العقد الإلكتروني هو مسألة الإنعقاد و ما يترتب عنها، خاصة مسألة تحديد زمان و مكان العقد باعتبار أن تبادل التعبير عن الإرادة يكون بوسائل إلكترونية و بين أطراف لا يجمعهم مجلس عقد واحد و في أغلب الأحيان من دول مختلفة بالإضافة إلى مسألة الإثبات و الإشكالات التي تثيرها لكون أن العقد الإلكتروني لا يقوم على دعامة ورقية على النحو المتعارف عليه في مختلف الأنظمة هذا فضلا على مسألة التوقيع الإلكتروني و كيفية قبوله في الإثبات. و تعتبر هذه الإشكالات من أهم الأسباب الموضوعية التي تدفع بالباحث إلى محاولة إزاحة الغموض عنها و توضيح الرؤيا لتسهيل مسألة التصدي للنزاعات التي تثور بشأنها.

و تأسيسا عليه فإن أهمية دراسة الإشكالات التي يثيرها إنعقاد العقد الإلكتروني و إثباته تتمثل أساسا في التعريف بهذه التقنية الجديدة و الأحكام الخاضعة لها و مدى إمكانية حل النزاعات التي تثار بشأن تطبيق النصوص القانونية الحالية و تحديد مدى الحاجة لوضع قوانين تغطي مختلف الإشكالات التي تثيرها هذه المسألة. و على هذا الأساس فإن موضوع بحثنا ينحصر في دراسة مسألة إنعقاد العقد الإلكتروني و إثباته و تهدف دراسة هذا الموضوع إلى تحقيق أهداف علمية و أخرى عملية ، فأما الأهداف العلمية فإنها تتمثل أساسا في دراسة هذه التقنية الجديدة على ضوء التطور التشريعي و وضع الإطار القانوني الذي يحكمها في حين أن الأهداف العملية ترمي إلى وضع أسس و أحكام للحالات التي لم يرد عليها النص أو تلك التي تحتمل أكثر من تأويل لتكون دليلا للمشرع يمكن الإستناد عليه في سن أحكام لتنظيم هذه المسألة و للقاضي في حال طرح النزاع عليه.

و إذا كان إبرام العقود بالطريقة التقليدية لا يثير أي إشكال بحكم أنه يتم وفقا لأحكام قانونية واضحة و بطريقة متعارف عليها منذ القديم فإن الأمر ليس كذلك بالنسبة للعقود الإلكترونية سواء من حيث وسيلة إبرامها أو من حيث وسيلة تنفيذها أو من حيث طرق إثباتها، خاصة و أن المشرع الجزائري قد إعتترف بحجية التوقيع الإلكتروني و عادل بين الكتابة العادية و الكتابة الإلكترونية إلا أنه لم ينص على

الشروط الواجب توافرها للإعتداد بها و هو ما يشكل فراغا قانونيا ، و بالتالي فإن السؤال الذي يطرح نفسه في هذا الصدد يتعلق أساسا بمدى إمكانية تطبيق القواعد القانونية الراهنة المتعلقة بإنعقاد العقود و إثباتها على العقود الإلكترونية ؟ و بعبارة أخرى : هل تغطي الأحكام القانونية الواردة في التشريع الجزائري جميع الإشكالات الناتجة عن إبرام العقود الإلكترونية سيما تلك المتعلقة بتبادل التعبير عن الإرادة و بتحديد زمان و مكان العقد و ما يترتب عليها من تحديد تاريخ بدء الإلتزامات و تحديد الإختصاص القضائي و التشريعي و ما هي الشروط الواجب توافرها لقبولها في الإثبات و منح الحجية للعقود الإلكترونية و فيما إذا كان يجوز إبرام جميع العقود بالطريق الإلكتروني أم أن ذلك محصور فقط في فئة معينة؟

للإجابة على هذه الإشكالية فقد إستعملنا المنهج الوصفي التحليلي و ذلك بتحليل الوضع القانوني الراهن و مدى مواكبته للتطور التكنولوجي الهائل،بالإضافة إلى المنهج المقارن و ذلك من خلال دراسة إتجاه المشرع الجزائري بالمقارنة مع باقي الدول ، و ذلك وفقا للخطة التالية :

الفصل التمهيدي: مفهوم العقد الإلكتروني.

المبحث الأول : التعريف بالعقد الإلكتروني و بيان طبيعته.

المطلب الأول : تعريف العقد الإلكتروني .

الفرع الأول : التعريف الفقهي للعقد الإلكتروني.

الفرع الثاني : التعريف القانوني للعقد الإلكتروني.

المطلب الثاني : الطبيعة القانونية للعقد الإلكتروني.

الفرع الأول: العقود الإلكترونية عقود إذعان .

الفرع الثاني:العقود الإلكترونية هي عقود تفاوضية.

المبحث الثاني : خصائص العقد الإلكتروني و تمييزه عن عقود البيئة

الإلكترونية.

المطلب الأول: خصائص العقد الإلكتروني.

الفرع الأول: العقد الإلكتروني هو عقد مبرم بوسيلة إلكترونية

- الفرع الثاني: العقد الإلكتروني هو عقد مبرم عن بعد
- الفرع الثالث: العقود الإلكترونية بين الطابع التجاري و المدني
- الفرع الرابع:العقود الإلكترونية عقودا دولية
- المطلب الثاني : تمييز العقد الإلكتروني عن عقود البيئة الإلكترونية.
- الفرع الأول: عقد الدخول إلى الشبكة:
- الفرع الثاني: عقد الظهور على الشاشة (الإيواء).
- الفرع الثالث:عقد إنشاء المتجر الافتراضي.
- الفصل الأول: إنعقاد العقد الإلكتروني.
- المبحث الأول : التراضي في العقود الإلكترونية.
- المطلب الأول: التعبير عن الإرادة.
- الفرع الأول : صور التعبير عن الإرادة .
- الفرع الثاني :وسائل التعبير عن الإرادة في العقد الإلكتروني .
- المطلب الثاني : تطابق الإرادتين في العقد الإلكتروني.
- الفرع الأول : الإيجاب في العقد الإلكتروني.
- الفرع الثاني : القبول في العقد الإلكتروني.
- الفرع الثالث : إسناد الإرادة الإلكترونية .
- المبحث الثاني : تحديد زمان ومكان انعقاد العقد .
- المطلب الأول : تحديد زمان إنعقاد العقد الإلكتروني.
- الفرع الأول: كيفية تحديد زمان الإنعقاد.
- الفرع الثاني: أهمية تحديد زمان إنعقاد العقد الإلكتروني.
- المطلب الثاني : تحديد مكان انعقاد العقد الإلكتروني.
- الفرع الأول : كيفية تحديد مكان إنعقاد العقد الإلكتروني.
- الفرع الثاني : أهمية تحديد مكان إنعقاد العقد الإلكتروني.
- الفصل الثاني:إثبات العقد الإلكتروني.
- المبحث الأول : عناصر المحررات الإلكترونية.

- المطلب الأول : الكتابة الإلكترونية .
- الفرع الأول: تعريف الكتابة الإلكترونية.
- الفرع الثاني : شروط الكتابة المعدة للإثبات.
- المطلب الثاني : التوقيع الإلكتروني.
- الفرع الأول: تحديد مفهوم التوقيع .
- الفرع الثاني: أنواع التوقيع الإلكتروني
- الفرع الثالث : شروط التوقيع الإلكتروني .
- المبحث الثاني: القيمة القانونية للعقود الإلكترونية.
- المطلب الأول : نطاق الإثبات بالعقود الإلكترونية
- الفرع الأول: مفهوم الشكلية.
- الفرع الثاني: موقف التشريعات المقارنة من مسألة الشكلية في العقود الإلكترونية.
- الفرع الثالث:موقف المشرع الجزائري من مسألة الشكلية في العقود الإلكترونية.
- المطلب الثاني : حجية العقود الإلكترونية.
- الفرع الأول : حجية العقود العرفية بين أطرافها.
- الفرع الثاني : حجية العقود العرفية بالنسبة للغير.

الفصل التمهيدي: مفهوم العقد الإلكتروني.

إن تحديد مفهوم العقد الإلكتروني يقتضي إعطاء تعريف و مدلول خاص به و كذا تمييزه عن بعض العقود الأخرى و ذلك بالتركيز على خصوصية هذا العقد التي تتمثل بصفة أساسية في الطريقة التي ينعقد بها، بالإضافة إلى الخاصية الأساسية التي يتمتع بها هذا العقد باعتباره ينتمي إلى العقود التي تبرم عن بعد .

تقتضي منا الدراسة في هذا المجال تقسيم هذا الفصل إلى مبحثين نتناول في الأول تعريف العقد و ما يترتب عليه من تحديد طبيعته القانونية في حين نتناول في الثاني خصائص هذا العقد و ما يميزه عن عقود البيئة الإلكترونية.

المبحث الأول : التعريف بالعقد الإلكتروني و بيان طبيعته.

نظرا لخصوصية العقد الإلكتروني من حيث أنه عبارة عن عقد يبرم بين متباعين باستخدام وسائط إلكترونية ، فقد اختلفت التعاريف المقترحة له في المواثيق الدولية و القوانين المقارنة و الفقه و بناءا عليه سوف نتعرض لأهم التعاريف بنوع من الإيجاز ثم نتطرق لدراسة طبيعته القانونية .

المطلب الأول : تعريف العقد الإلكتروني .

إن إرتباط العقد الإلكتروني بالتجارة الإلكترونية أدى إلى تنظيمه على المستوى الدولي قبل أن يتم ذلك على المستوى الداخلي ، و على هذا الأساس سوف نتناول التعريف الفقهي للعقد الإلكتروني ثم التعريف القانوني له.

الفرع الأول : التعريف الفقهي للعقد الإلكتروني.

نظرا للتطور السريع الذي طرأ على مفهوم العقد الإلكتروني فقد ظهرت العديد من التعريفات للعقد الإلكتروني تختلف باختلاف وجهة النظر إلى التجارة الإلكترونية فهناك من يعرفها بأنها عمليات الإعلان و التعريف للبضائع و الخدمات ، ثم تنفيذ¹ عمليات إبرام العقود للشراء و البيع لتلك البضائع و الخدمات ، ثم سداد القيم الشرائية عبر شبكات الإتصال المختلفة سواء كانت الأنترنت أو غيرها من الشبكات التي تربط بين البائع و المشتري.

¹ - أمانح رحيم أحمد ، التراضي في العقود الإلكترونية عبر شبكة الأنترنت ، الطبعة الأولى 2006 ، دار وائل للنشر و التوزيع ، ص43.

و ما يعاب عن هذا التعريف هو حصر العقود الإلكترونية في تلك التي تتم عبر الشبكات رغم أنها أوسع من ذلك إذ تشمل العقود المبرمة عبر باقي الوسائل الأخرى كالهاتف و التلكس.¹

هذا و قد ذهب جانب من الفقه إلى تعريف العقد الإلكتروني بأنه إتفاق يتلاقى فيه الإيجاب و القبول على شبكة دولية مفتوحة للإتصال عن بعد ، و ذلك بوسيلة مسموعة مرئية ، و بفضل التفاعل بين الموجب و القابل ، إلا أن هذا التعريف ناقص إذ لم يبين النتيجة المترتبة عن إنتقاء الإيجاب بالقبول و هي إحداث الأثر القانوني.

كما عرفه جانب من الفقه الأمريكي بأنه العقد الذي ينطوي على تبادل للرسائل بين البائع و المشتري و التي تكون قائمة على صيغ معدة سلفا و معالجة إلكترونيا و تنشئ إلتزامات تعاقدية.²

و مما سبق يمكن تعريف العقد الإلكتروني بأنه العقد الذي يتلاقى فيه الإيجاب و القبول عبر شبكة إتصالات دولية بإستخدام التبادل الإلكتروني للبيانات و بقصد إنشاء إلتزامات تعاقدية .

و يدخل في نطاق العقد الإلكتروني الإتصالات و الرسائل و البيانات الإلكترونية المتبادلة بين المتعاملين الإقتصاديين.³

وبصفة عامة يمكن القول بأن التعريف الشامل للعقد الإلكتروني هو ذلك الذي يعرفه على أساس خصوصيته المتمثلة بصفة أساسية في الطريقة التي ينعقد بها ، دون إغفال أهم صفة فيه بإعتباره من العقود التي تبرم عن بعد.

فالعقد الإلكتروني هو النقاء إيجاب صادر من الموجب بشأن عرض مطروح بطريقة إلكترونية سمعية أو مرئية أو كليهما على شبكة الإتصالات و المعلومات بقبول مطابق له صادر من الطرف القابل بذات الطريق بهدف تحقيق عملية أو صفقة معينة يرغب الطرفان في إنجازها⁴.

1- أمانح رحيم أحمد ، المرجع السابق ، ص43.

2- خالد ممدوح إبراهيم ، أمن المستندات الإلكترونية ، طبعة 2008 ، الدار الجامعية - الإسكندرية ، ص15.

3- نفس المرجع السابق ، ص16.

4- جبار جميلة ، الصعوبات التي يثيرها العقد الإلكتروني ، أشغال الملتقى الوطني الأول : القانون و قضايا الساعة ، النظام القانوني للمجتمع الإلكتروني ، المركز الجامعي خميس مليانة عين الدفلى ، أيام 09 و10 و 11 مارس 2008 ، ص 4.

الفرع الثاني : التعريف القانوني للعقد الإلكتروني.

إن دراسة تعريف العقد الإلكتروني من الناحية القانونية تقتضي منا التطرق إلى المفهوم الذي قدمه له المشرع الدولي ثم دراسة ما كرسته الدول في أنظمتها القانونية الداخلية من تعاريف للعقد الإلكتروني.

أولاً/ التعريف الوارد في المواثيق الدولية:

يعتبر القانون النموذجي للأمم المتحدة حول التجارة الإلكترونية أهم وثيقة دولية عرفت العقد الإلكتروني ، هذا بالإضافة إلى التعاريف الواردة في المواثيق الأوربية وهو ما سوف نتعرض له فيما يلي:

1- التعريف الوارد في القانون النموذجي¹: لقد إكتفى القانون النموذجي حول التجارة الإلكترونية بتعريف تبادل البيانات الإلكترونية ، إذ نص في المادة 2- ب منه على أنه يراد بمصطلح تبادل البيانات الإلكترونية نقل المعلومات من حاسوب إلى حاسوب آخر باستخدام معيار متفق عليه لتكوين المعلومات .

و الملاحظ في هذا المجال بأن لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي قد حددت الأنشطة التجارية التي يجب أن ينطبق عليها هذا القانون تحديداً واسعاً بحيث يشمل جميع المسائل الناشئة عن العلاقات التجارية²، و تضم العلاقات التعاقدية ذات الطابع التجاري عدة معاملات من بينها المعاملة التجارية لتوريد أو تبادل السلع ، إتفاق التوزيع ، الإستثمار ، الأعمال المصرفية³

و طبقاً لهذه المادة فإنه لا تعتبر الأنترنت الوسيلة الوحيدة لإتمام عملية التعاقد ، بل بالإضافة إلى ذلك فقد أضاف هذا القانون التلكس و الفاكس على سبيل المثال لا الحصر،

1- لقد إعتمدت لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي قانوناً نموذجياً ذا طبيعة موضوعية و ذاتية خاصة بالعمليات الإلكترونية التي تتم عبر الشبكة الدولية عام 1996 ، و هذا القانون يحتوي على 17 مادة تناولت كافة الجوانب القانونية لتلك المعاملات بدءاً من تحديد المصطلحات و مروراً بشروط و ضوابط الإستخدام و إنتهاءاً بنموذج للتطبيقات في بعض المجالات ، و يهدف هذا القانون إلى إيجاد مجموعة من القواعد الموحدة المقبولة دولياً تكون مرشداً للدول عند إصدارها القوانين أو إعادة النظر فيها ، بغية تذليل الصعوبات القانونية التي تحول دون إستعمال وسائل الإتصالات الإلكترونية في التجارة الدولية ، و يتضمن هذا القانون أيضاً مبادئ توجيهية للمتعاملين عند إبرام إتفاقاتهم ، و يتضح من ذلك أن هذا القانون ينطوي على نوعين من النصوص القانونية ، الأولى نصوص إلزامية تتعلق بالتطبيق العام للقانون و الثانية نصوص تكميلية لا تنطبق على معاملات الأفراد إلا في حالة عدم وجود إتفاق مخالف. لمزيد من التفصيل أنظر في هذا الصدد أمير فرج يوسف، عالمية التجارة الإلكترونية ، عقودها و أساليب مكافحة الغش الإلكتروني ، المكتب الجامعي الحديث 2009 ، ص164.

2- إبراهيم العيسوي ، التجارة الإلكترونية ، طبعة 2001 ، المكتبة الأكاديمية ، القاهرة ، ص12.

3- محمد خالد جمال رستم، التنظيم القانوني للتجارة و الإثبات الإلكتروني في العالم ، الطبعة الأولى 2006، منشورات الحلبي للحقوق ، بيروت ، لبنان ، ص300.

و ذلك في تعريفه لرسالة البيانات إذ نص في الفقرة أ من المادة 2 منه على أنه يراد بمصطلح رسالة بيانات المعلومات التي يتم إنشاؤها أو إرسالها أو استلامها أو تخزينها بوسائل إلكترونية أو ضوئية أو بوسائل مشابهة بما في ذلك على سبيل المثال لا الحصر تبادل البيانات الإلكترونية أو البريد الإلكتروني أو البرق ، أو التلكس ، أو النسخ البرقي.

2- التعريف الصادر عن البرلمان الأوروبي: لقد تطرق البرلمان الأوروبي إلى تعريف التعاقد عن بعد في المادة 2 من التوجيه الأوروبي رقم 97-07 والمتعلق بالتعاقد عن بعد وحماية المستهلكين إذ عرفه بأنه: "كل عقد يتعلق بالبضائع أو الخدمات أبرم بين مورد و مستهلك في نطاق نظام بيع أو تقديم الخدمات عن بعد ، نظمه المورد الذي يستخدم لهذا العقد تقنية أو أكثر للإتصال عن بعد لإبرام العقد أو تنفيذه"، و قد تم تعريف تقنية الإتصال عن بعد في نفس النص على أنها كل وسيلة يمكن أن تستخدم لإبرام العقد بدون وجود مادي للمورد أو للمستهلك.¹

من خلال هذا التعريف يتضح لنا بأن العقود الإلكترونية بحكم أنها عبارة عن تعاقد عن بعد بين شخصين دون تزامن وجودهما المادي في نفس المكان و الزمان فإنها تدخل ضمن التعريف الذي تبناه البرلمان الأوروبي في التوجيه المذكور أعلاه.

ثانيا/ التعاريف الواردة في القوانين الداخلية:

لم يبادر المشرع الجزائري و إلى حد الساعة و رغم التطور التكنولوجي الحاصل و سياسة العولمة المنتهجة إلى وضع قانون ينظم مسألة التعاقد الإلكتروني و الأحكام المطبقة عليه بخلاف بعض الدول العربية و مثالها تونس و الأردن ، و بناء عليه فإنه و في غياب قانون خاص يتعين الرجوع للقانون المدني² بإعتباره الشريعة العامة ، و في

¹- برني نذير ، العقد الإلكتروني على ضوء القانون المدني الجزائري ، مذكرة تخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء ، دفعة 2006 ص 6 .

²- الأمر رقم 58-75 المؤرخ في 26 سبتمبر سنة 1975 و المتضمن القانون المدني المعدل و المتمم.

هذا الصدد فقد عرف المشرع الجزائري العقد في المادة 54 من القانون المدني بأنه "إتفاق يلتزم بمقتضاه شخص أو عدة أشخاص آخرين بمنح أو فعل أو عدم فعل شيء ما"، و بالتالي فإن العقد وفقا للقانون الجزائري هو توافق إرادتين أو أكثر لإحداث أثر قانوني معين¹.

و على خلاف المشرع الجزائري فقد عرف المشرع الأردني في قانون المعاملات الإلكترونية العقد الإلكتروني في المادة 2 من قانون المعاملات الإلكترونية بأنه الإتفاق الذي يتم إنعقاده بوسائل إلكترونية كلياً أو جزئياً.

أما المشرع المصري فقد عرفه في المادة الأولى من قانون التجارة الإلكترونية بأنه كل عقد تصدر فيه إرادة أحد الطرفين أو كليهما أو يتم التفاوض بشأنه أو تبادل وثائقه كلياً أو جزئياً عبر وسيط إلكتروني.

و ما تجدر الإشارة إليه هو أن المشرع التونسي لم يعرف العقد الإلكتروني في قانون المبادلات و التجارة الإلكترونية التونسي ، إلا أنه نص على أن المبادلات الإلكترونية هي التي تتم بإستعمال الوسائل الإلكترونية².

و في هذا السياق يمكن القول بأن التعريف الذي أورده المشرع الأردني قابل للتطبيق على المدى البعيد و يتماشى مع التطور الإلكتروني و إكتشاف وسائل أخرى للإتصال ، ذلك أنه عرف العقد الإلكتروني في المادة 2 من قانون المعاملات الأردني رقم 85 لسنة 2001 المؤرخ في 2001/12/11 بأنه العقد الذي ينقذ بإستعمال الوسائط الإلكترونية و ذكر بأن الوسائط الإلكترونية هي كل تقنية لإستخدام وسائل كهربائية أو مغناطيسية أو ضوئية أو أية وسائل مشابهة في تبادل المعلومات و تخزينها³ و بالتالي فإنه لم يحصر الوسائط الإلكترونية في تلك الموجودة في الوقت الراهن و إنما ترك المجال مفتوحاً لإعتبار كل وسيلة تتوفر على الخصائص الواردة في التعريف كوسيط إلكتروني.

المطلب الثاني : الطبيعة القانونية للعقد الإلكتروني.

¹- محمد صبري السعدي ، النظرية العامة للالتزامات ، طبعة 2003 ، دار الكتاب الحديث ، ص38.

²- أمانج رحيم أحمد ، المرجع السابق ، ص28.

³- أنظر محمد خالد جمال رستم ، المرجع السابق ، ص181.

اختلفت آراء الفقهاء بين مؤيد و معارض لوصف العقد الإلكتروني بصفة عقود الإذعان ، و يمكن جمع هذه الآراء في اتجاهين:

الفرع/ الأول: العقود الإلكترونية عقود إذعان .

أولا/تعريف عقد الإذعان : عقد الإذعان هو العقد الذي يسلم فيه القابل بشروط مقررة يضعها الموجب و لا يقبل مناقشتها، و ذلك فيما يتعلق بسلعة أو مرفق ضروري يكون محل إحتكار قانوني أو فعلي أو تكون المنافسة محدودة النطاق في شأنها و هو التعريف الذي إستقر عليه أغلب الفقه.

و مقتضى هذا التعريف أن عقد الإذعان يستلزم أن تتوافر فيه ثلاثة شروط مجتمعة و هي أن يتعلق العقد بسلعة ضرورية تمس مصلحة حقيقية ، و تكون خدمة لا يستطيع المستهلك أن يستغني عنها بسهولة ، و أن تكون محل إحتكار سواء من محتكر وحيد أو من عدد قليل من المحتكرين لهذه السلعة ، الذين يقومون بتحديد سعر بيعها بالإضافة إلى شرط أن يسلم أحد الطرفين بشروط الآخر دون مناقشته.¹

و هذا العقد جاء نتيجة التطور في الحياة الإقتصادية المدنية ، فالنشاط المتزايد في الحياة الإقتصادية أدى إلى زيادة هائلة في العقود التي يجب أن تبرم في أقصر وقت و بأقل جهد مما يترتب على ذلك وجود عدد كبير من العقود إنفرد الموجب بتحديد شروطها و إستحال النقاش فيها عند إبرامها.

و بالنظر إلى المفهوم الحديث لعقد الإذعان فإنه يميل إلى عدم التشدد في تحديد فكرة عقود الإذعان إذ لا يشترط تعلق العقد بالسلع و الخدمات الضرورية أو أن تكون هذه السلع أو الخدمات محل إحتكار فعلي أو قانوني بل يكفي أن يكون العقد قد تم تجهيزه مسبقا بواسطة أحد المتعاقدين (الموجب) بحيث لا تقبل أي مناقشة للشروط الواردة به ، أو أن يوجد أحد طرفي العقد في موقع يتفوق فيه على الطرف الآخر من حيث المقدرة الإقتصادية أو الخبرة المهنية ، و قد تطور هذا المفهوم ليستوعب ضرورات حماية المستهلك من أجل مواجهة المجمعات الإنتاجية الضخمة.²

¹- لزهر بن سعيد، النظام القانوني لعقود التجارة الإلكترونية ، دار المناهج ، عدم وجود سنة النشر ، ص 41.
²- لما عبد الله صادق سلهب ، مجلس العقد الإلكتروني ، مذكرة ماجستير في القانون تحت إشراف د/ أكرم داود ، جامعة النجاح الوطنية ، كلية الدراسات العليا فلسطين 2008 ، www. Forum.palmoon.net ص56.

ثانيا/أسباب إعتبار العقد الإلكتروني عقد إذعان: يذهب جانب من الفقه إلى القول بأن العقود الإلكترونية هي عقود إذعان إستنادا إلى كون هذه العقود تعد سلفا و يستقل بفرض شروطها و إملاء بنودها طرف واحد ، و هو الموجب دون تفاوض أو مشاركة من الطرف الآخر بحيث لا يكون أمام هذا الأخير سوى قبول هذه الشروط كلية دون تعديل أو مساومة .¹

و في هذا الصدد فإن المشرع الجزائري لم يعرف عقود الإذعان بذاتها و إنما عرفها بألية إنعقادها إذ نص على أنه يحصل القبول في عقد الإذعان بمجرد التسليم لشروط مقررة يضعها الموجب و لا يقبل مناقشة فيها.²

و يبرر هذا الإتجاه رؤيته بالنسبة للعقد الإلكتروني المبرم عبر الأنترنت لإعتباره عقد إذعان بكون أن القابل " الموجب له" لا يملك إلا الضغط على عدد من الخانات المتاحة أمامه و الخاصة بموقع الموجب على الأنترنت ، موافقا على المواصفات التي يرغب بها و الخاصة بالسلعة و الثمن المحدد سلفا ، فهنا القابل لا يملك خيار الموافقة أو الرفض و لا حتى مناقشة الموجب أو طلب تعديل أي من المواصفات المذكورة أو حتى المفاوضة عليها ، فالمتاح له هو قبول الأمر برمته أو رفضه كليا.³

و ترتيبا عليه فإن العقود الإلكترونية حسب هذا الرأي تشكل دائما عقود إذعان ، حتى في حال إبرامها بين مهنيين (محترفين) فالزبون لا يملك إلا الإذعان للعقد المفروض فإما أن يقبله أو أن يرفضه مع إحتمال خطر ما سيكون.⁴

و لكن ما يؤخذ على هذا الرأي أنه تجاهل أمرا هاما و هو التفاوض القائم خاصة في حالة التعاقد عبر البريد الإلكتروني ، فيمكن للموجب أن يرسل عرضه عبر البريد الإلكتروني فيرد عليه القابل ببريد إلكتروني آخر يرفض العرض أو يفاوضه على ثمن السلعة ، و من هنا يبدأ التفاوض بين الطرفين.⁵

¹- صالح المنزلاوي ، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية ، طبعة 2006 ، دار الجامعة الجديدة للنشر الإسكندرية، ص 25.

²- إرجع للمادة 70 من القانون المدني الجزائري.

³- لما عبد الله صادق سلهب ، المرجع السابق ، ص59.

⁴. Philippe Le Tourneau , contrats informatiques et électroniques, cinquième édition , dalloz paris2008, p296.

⁵- إرجع للمادة 70 من القانون المدني الجزائري.

الفرع الثاني/العقود الإلكترونية هي عقود تفاوضية:

قبل دراسة أسانيد الرأي الذي إعتبر أن العقود الإلكترونية هي عقودا تفاوضية يتعين علينا التطرق لتعريف التفاوض الإلكتروني و تحديد طبيعة المسؤولية أثناء هذه الفترة.

أولا/تعريف التفاوض : يعرف التفاوض بأنه تبادل الإقتراحات والمساومات و المكاتبات و التقارير و الدراسات الفنية و الإستشارات القانونية التي يتبادلها الطرفين ليكون كل منهما على بينة من أمره و هي من أفضل الأشكال التي تحقق مصلحة الأطراف و تبين ما قد يسفر عنه الإتفاق من حقوق و إلتزامات¹.

فالمفاوضات قبل العقدية مرحلة تحضيرية تسبق الإيجاب النهائي للعقد و تكون عبارة عن مجرد عروض ، إذ أن المفاوضات تنتهي بمجرد صدور الإيجاب على إعتبار أن التفاوض على العقد مقدمة للإيجاب ، و تتميز مرحلة التفاوض بوجود عنصر الإحتمال، فلا يشترط وصول طرفي العقد إلى إتفاق ، فإما أن تصل هذه المفاوضات إلى إبرام العقد و بالتالي تنتهي الفترة قبل العقدية و إما أن تصل إلى طريق مسدود تنتهي عندها المفاوضات².

ثانيا/خصائص التفاوض على العقد : يمتاز التفاوض على العقد بعدة خصائص يمكن إجمالها في النقاط التالية:

- التفاوض على العقد يكون ثنائي الجانب على الأقل ، و هذا أمر مسلم به ، ذلك أنه يتم بين شخصين أو أكثر إما بالنقاش و الحوار ووجه لوجه و إما بطريق المراسلة ، و في هذا المجال فإنه تجدر الإشارة إلى أنه لا يتصور التفاوض في حال التعاقد مع النفس ، و ذلك لأن التفاوض يقوم بالأساس على تقريب وجهات النظر المختلفة و المصالح المتضاربة³.
- التفاوض على العقد تصرف إرادي، ذلك أن إرادة الأطراف المتفاوضة تبقى حرة طيلة مرحلة المفاوضات ، فلكل طرف الحرية في الإستمرار أو الإنسحاب ، و مرد ذلك هو إنطباق مبدأ حرية التعاقد على العملية التفاوضية.

¹- لما عبد الله صادق سلهب ، المرجع السابق، ص49.

²- نفس المرجع السابق، ص50.

³- بشار محمود دودين ، الإطار القانوني للعقد المبرم عبر شبكة الأترنيت ، الطبعة الأولى 2006 ، دار الثقافة للنشر و التوزيع عمان ، ص90.

- يقوم التفاوض على التبادل و الأخذ و العطاء ، حيث يتعاون الأطراف فيما بينهم على تقريب وجهات النظر ، و يتم ذلك عن طريق تبادل العروض و المقترحات بحيث يقوم كل طرف بتقديم تنازلات من جانبه من خلال إجراء التعديل في الشروط و المطالب التي جاء بها ، و ذلك حتى يتم التوصل إلى نوع من التوازن بين مصالح الطرفين المتعارضة ، فإذا لم يكن هناك مجال أو قابلية للنقاش أو التنازل فليس هناك أية عملية تفاوض.¹

- التفاوض على العقد ذو نتيجة إحصائية ، ذلك أن النتيجة الطبيعية للتفاوض على العقد هي أن يتم إبرام العقد المتفاوض عليه ، و ذلك بأن ينجح الطرفان في التوصل إلى إتفاق نهائي بشأن جميع الشروط الجوهرية في العقد ، ثم يقومان بإبرام العقد بشكل نهائي عن طريق تبادل الإيجاب و القبول المتطابقين بالتوقيع على وثيقة العقد ، و مع ذلك تعتبر هذه النتيجة إحصائية قد تتحقق و قد لا تتحقق ، فليس كل تفاوض على العقد يؤدي بالضرورة إلى إبرام ذلك العقد فعلا ، و إنما قد ينتهي التفاوض إلى لا شيء.²

ثالثا/ طبيعة المسؤولية أثناء مرحلة التفاوض:

لقد ثار خلاف كبير حول طبيعة المسؤولية التي تنشأ عن الإخلال بأي إلتزام في مرحلة التفاوض لإبرام العقد ، حيث ذهب الرأي الأول إلى أنها مسؤولية عقدية، وصاحب هذا الرأي هو الفقيه الألماني أهرنج ، و الذي أسس رأيه على أساس " نظرية الخطأ عند تكوين العقد" على إعتبار أن الخطأ في مرحلة التفاوض هو خطأ عقدي ، و بالتالي فإن أحكام المسؤولية العقدية تطبق على مرتكبه سواء ترتب على هذا الخطأ عدم إنعقاد العقد أو أدى إلى بطلانه ، مما يترتب الحق في طلب التعويض ، إذ افترض الفقيه أهرنج وجود عقد ضمان لكل محاولة لإبرام العقد أين يتعهد كل طرف أثناء المحاولة بأن لا يأتي من جانبه ما يؤدي إلى إعاقة التعاقد أو بطلان العقد.³

1- نفس المرجع السابق ، ص91.

2- نفس المرجع السابق ، ص92.

3- لما عيّد الله صادق سلهب ، المرجع السابق، ص52.

أما الرأي الثاني فذهب إلى إعتبار أن المفاوضات أعمال مادية غير ملزمة و لا يترتب عليها في ذاتها أثر قانوني ، فكل متفاوض حر في قطع المفاوضات دون أية مسؤولية ، و هو غير مطالب بتقديم مبرر لإنسحابه ، و بالتالي لا يترتب على الطرفين أي إلتزام ، فالعدول عن التفاوض لا يكون سببا للمسؤولية إلا إذا كان متعسفا في الإنسحاب أو صدرت منه أفعالا تتنافى مع الأمانة و حسن النية أو تشكل سلوكا خاطئا ، ففي هذه الحالة تعتبر المسؤولية تقصيرية على أساس الخطأ الثابت و يقع على المتضرر عبئ إثبات الخطأ .¹

و بدراسة هذه الآراء يتضح لنا أن الرأي الأرجح هو الذي إعتبر المفاوضات أعمالا مادية غير ملزمة و لا مرتبة لأي أثر قانوني ، و بالتالي فإن العدول عنها لا يترتب أية مسؤولية إلا إذا كان مصحوبا بتعسف أو سوء نية ، فعندها تترتب مسؤولية تقصيرية على أساس الخطأ الثابت ، و يكون عبئ إثباته على المتضرر ، كما أنه من الصعوبة بمكان الأخذ بالرأي الأول الذي رتب على الإخلال بأي إلتزام في المرحلة التفاوضية مسؤولية عقدية و ذلك لأن عقد الضمان الذي إفترض إهرنج وجوده و الذي رتب على أساسه الخطأ العقدي هو إفتراضي ، ضمني و غير ملموس ، و بالتالي لا يمكن الإعتماد عليه لتحديد طبيعة المسؤولية .²

رابعاً/ أسباب إعتبار العقد الإلكتروني عقدا تفاوضياً: يتجه أنصاره إلى القول أن العقود الإلكترونية ليست عقود إذعان لكون أن عملية المساومة تسود هذا العقد على إختلاف أنواعه ، حيث أن 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 ، فإذا كان إبرام العقد عن طريق الأنترنت فإنه يمكن للموجب له الإنتقال من موقع إلى آخر و إختيار ما يشاء و ترك ما يشاء مما يعني أن الرضائية تسود هذا العقد³، ذلك أن الفقه إستقر على تعريف عقد الإذعان بأنه العقد الذي يسلم فيه أحد الطرفين و هو المذعن بشروط يملئها الطرف

1- نفس المرجع السابق، ص53

2- لما عبد الله صادق سلهب ، المرجع السابق، ص54 .

3- نفس المرجع السابق، ص60.

الآخر و لا يسمح بمناقشتها فيما يتعلق بسلع أو مرافق ضرورية تكون محل إحتكار قانوني أو فعلي، و تكون المنافسة فيها محدودة النطاق و أن يكون العرض موجهًا للكافة و بشروط واحدة و لمدة غير محدودة.¹

و بإعمال هذه الشروط على العقود الإلكترونية يتضح لنا عدم توافرها للأسباب التالية:

- بالنسبة لشرط أن يسلم فيه أحد الطرفين بشروط الطرف الآخر فإن العقد الإلكتروني يماثل العقد التقليدي و أن الإختلاف الوحيد يكمن في وسيلة إبرامه و التي من نتائجها عدم الإلتقاء المادي للطرفين و بالتالي عدم قدرة المستهلك على معاينة المنتج معاينة دقيقة بصورة مادية ، إلا أن مسألة المعاينة قد تتحقق في العقود الإلكترونية حيث يمكن للمستهلك أن يطلب من المورد تصوير المنتج تصويرًا ثلاثي الأبعاد ، و من خلاله تتضح مواصفات المنتج و أبعاده ، كما يمكن للمستهلك اللجوء إلى وسيط لمراقبته و التأكد من جودته.

- فيما يتعلق بقبول العقد الإلكتروني دون مناقشته فإنه لا يوجد ما يمنع إجراء مفاوضات بين المستهلك و المورد ، مع إحتفاظه بحقه في الرفض أو القبول كما في العقد التقليدي ، و له كل الحرية في ذلك.

- فيما يخص شرط الضرورة فإنه لا يمكن توافره في جميع أو معظم عقود المستهلك الإلكترونية ، ذلك أن التعاقد يتم عادة عبر الأنترنت و أن هذه الأخيرة تعتبر بوابة يدخل من خلالها المستهلك إلى أسواق العالم ، إضافة إلى أن حالة الضرورة تختلف من شخص إلى آخر فما يراه الأول ضرورة لا يراه الثاني كذلك، إضافة إلى أن التجارة الإلكترونية توفر البدائل اللازمة حيث تجد نفس السلع معروضة في أكثر من محل تجاري إفتراضي.

- أما شرط الإحتكار على شبكة الأنترنت فهو أمر نادر ، ذلك أن شبكة الأنترنت هي شبكة عالمية لا تعترف بالحدود الجغرافية و تتيح لكل مورد عرض خدماته

¹ - عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، نظرية الإلتزام بوجه عام ، مصادر الإلتزام ، طبعة 1952 ، دار النشر للجامعات المصرية بالقاهرة ، ص229.

وسلعه، و بالتالي فإن فرض توافر الإحتكار لسلعة ما على مستوى العالم نادر، و في حالة توافره فإنه يلزم معه توافر باقي شروط عقد الإذعان.

و لما كان الثابت أن المستهلك يكون دائما هو الطرف الضعيف في عقود التجارة الإلكترونية و أن المورد أو الشركة هي الطرف الأقوى ، فإن هذه المسألة يمكن معالجتها تشريعيًا لحماية المستهلك.¹

و في رأينا أنه لا يمكن إضفاء صفة الإذعان على العقود الإلكترونية ، ذلك أنه أحيانا تكون الشروط الموضوعية من طرف الموجب قابلة للنقاش و التفاوض و أحيانا أخرى لا تكون كذلك، و بالتالي فإن إضفاء إحدى هاتين الصفتين يختلف من عقد لآخر حسب الأحوال.

و إذا كان تعريف العقد الإلكتروني محل آراء مختلفة للفقهاء و دارسي القانون فإن ذلك مرده أساسا لخصائصه التي يتميز بها عن باقي العقود و هو ما سوف نتعرض له في المبحث الثاني.

المبحث الثاني : خصائص العقد الإلكتروني و تمييزه عن عقود البيئة الإلكترونية.

إنطلاقا من التعريفات التي أعطيت للعقد الإلكتروني نجد أنه يتميز عن العقود الكلاسيكية بمجموعة من الخصائص تمنحه طابعا خاصا، إلا أنه و بالرغم من ذلك فإنه قد يختلط مفهوم العقد الإلكتروني مع بعض العقود المبرمة في البيئة الإلكترونية و هو ما يقتضي منا تمييزه عن هذه العقود.

و على هذا الأساس سوف نتناول في الفرع الأول خصائص العقد الإلكتروني لنخصص الفرع الثاني لتمييزه عن عقود البيئة الإلكترونية.

المطلب الأول: خصائص العقد الإلكتروني.

¹- لزهري بن سعيد ، المرجع السابق ، ص42 و 43.

يتميز العقد الإلكتروني بأنه عقد مبرم بوسيلة إلكترونية ، و يتم إبرامه بين متعاقدين متباعين ، كما يغلب عليه الطابع التجاري و هي الخصائص¹ التي سوف نتناولها فيما يلي:

الفرع الأول: العقد الإلكتروني هو عقد مبرم بوسيلة إلكترونية.

إن أهم ما يميز العقد الإلكتروني عن غيره من العقود هو إبرامه بوسيلة إلكترونية،و التي يعتبر جهاز الحاسوب المتصل بشبكات الإتصال المختلفة السلكية و اللاسلكية من أهمها ، و لما كان من الصعب حصر جميع وسائل الإتصال خاصة مع التقدم العلمي فإنه يتعين علينا أن نتعرض بالدراسة لأهمها و ذلك بدراسة التعاقد عن طريق الأنترنت في النقطة الأولى باعتبارها من أهم وسائل إبرام العقد الإلكتروني و أكثرها شيوعا ثم نتطرق إلى دراسة التعاقد بوسائل الإتصال الأخرى.

أولا/التعاقد عن طريق شبكة الأنترنت:

1- تعريف الأنترنت :

كلمة أنترنت (Internet) هي كلمة أنجليزية تتكون من مقطعين : الأول (Inter) و هو إختصار لكلمة (Inteconnection) و معناه التوصل و الترابط أما الثاني (net) و هو إختصار لكلمة (network) و معناه الشبكة و بالتالي فإن الترجمة الحرفية للأنترنت هي الشبكة البينية ، فالأنترنت إذا تعني ترابطا بين شبكات ، حيث تتكون من عدد كبير من شبكات الحاسب الآلي المترابطة و المتناثرة في أنحاء العالم ، و يحكم ترابط تلك الأجهزة و تحدثها بروتوكول موحد يسمى (بروتوكول تراسل الأنترنت).

و على ذلك فإن شبكة الأنترنت في حقيقتها ماهي إلا مجموعة من أجهزة الحاسب الآلي التي تتحاور مع بعضها البعض من خلال إتصالها معا عبر كوابل الألياف الضوئية و الخطوط التليفونية و الأقمار الصناعية و غيرها من وسائل الإتصال الشبكي ، و من ثم يمكن تعريف الأنترنت بأنها عبارة عن شبكة إتصالات دولية متصلة بشبكات المعلومات الدولية في شتى بقاع الأرض و بنوك المعلومات و مراكز البحث العلمي و المكتبات العلمية

¹- لا تنحصر خصائص العقد الإلكتروني في الخصائص التي سوف يتم دراستها في هذا المجال فقط ، بل إن له خصائص أخرى تتعلق أساسا بطريقة تحريره باعتباره يتم على دعامة إلكترونية و كيفية التوقيع عليه و هي الخصائص التي سوف تكون محل دراسة في الفصل الثاني ، إرجع إلى الصفحة 81 و ما بعدها من هذه المذكرة.

و الشركات الكبرى و غيرها في عالم متشابك و متداخل لا تعرف له نهاية و لا بداية ، فهي عبارة عن كم هائل من المستندات المحفوظة في شبكة الحاسوب تتيح لأي شخص و لأية جهة الإطلاع على معلومات تخص جهات أخرى أو أشخاص آخرين ، و قد وضعت بأسلوب تكنولوجي يطلق عليه النص المحوري (hypertext) و الذي يقوم بدوره بتنظيم البيانات و المعلومات تلقائيا مما يساعد على إستعادتها بيسر و سهولة.¹

و قد بدأ إستخدام هذه الشبكة في المعاملات التجارية سنة 1992 عندما ظهرت شبكة الإتصالات العالمية (wide web world) و يرمز لها إختصارا بـ www ، أين كانت هذه المعاملات تجري عن طريق المراسلات عبر البريد الإلكتروني ثم تطورت ليصبح عرض السلع و الخدمات يتم من خلال شبكة المواقع web .

و يجب التفرقة بين التعاقد عبر الأنترنت و التعاقد عبر شبكة الأنترانيت و intranet و الإكسترانيت extranet ، ذلك أن شبكة الأنترانيت هي عبارة عن سلسلة من شبكات المعلومات يمتلكها مشروع مؤسسة واحدة ، و التي تكون داخلية محدودة النطاق تتصل ببعضها البعض داخل نفس المكان أو تكون شبكات واسعة النطاق تتصل ببعضها البعض بأماكن مختلفة، أما شبكة الإكسترانيت فهي حزة من شبكة الأنترانيت الداخلية إلا أنه تم إتاحة إستخدامها لأشخاص خارج المؤسسة و فروعها.²

و إذا كانت شبكة الأنترنت على هذا القدر من الأهمية فإنه لا يمكن إستعمالها إلا بالدخول إليها بأحد الأجهزة المخصصة لذلك و المتمثلة أساسا في جهاز الكمبيوتر و الهاتف المحمول.

ثانيا/ التعاقد بوسائل الإتصال الأخرى:

1- التعاقد بواسطة جهاز المينيتل minitel : ظهر جهاز المينيتل في فرنسا في بداية الثمانينات ، و هو جهاز قريب الشبه بجهاز الكمبيوتر و لكنه صغير الحجم نسبيا و

¹- مندى عبد الله حجازي ، التعبير عن الإرادة عن طريق الإنترنت و إثبات التعاقد الإلكتروني وفقا لقواعد الفقه الإسلامي و القانون المدني، طبعة 2010 ، دار المناهج للنشر و التوزيع ، ص5.

²- محمد أمين الرومي ، التعاقد الإلكتروني عبر الأنترنت ، طبعة 2004 ، دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية ، ص26.

يتكون من شاشة صغيرة و لوحة مفاتيح تشتمل على حروف و أرقام قريبة الشبه بلوحة مفاتيح الكمبيوتر.

و يعتبر جهاز المينيتل وسيلة إتصال مرئية حيث تنقل الكتابة من جهاز لآخر على الشاشة دون الصور ، و يلزم لتشغيله أن يوصل بخط الهاتف.¹

2- التعاقد بالتلكس telex: التلكس هو جهاز لإرسال المعلومات عن طريق طباعتها و إرسالها مباشرة ، و ذلك دون أن يكون هناك فاصل زمني ملحوظ بين إرسال المعلومات و إستقبالها.²

و يوجه التلكس من المرسل إلى المستقبل على شبكة خاصة مراقبة من مركز رئيسي للإتصالات وسيط و محايد يحدد هوية المتراسلين و يكفل إستعداد الجهاز المستقبل للإستقبال ، و يؤرخ العملية.³

و يحتفظ المركز بما يدل على تبادل الرسائل لمدة سنة، وهذا ما يوفر الأمان لكونه يوفر عناصر الإثبات عند وجود النزاع عن طريق مركز الإتصالات ، و الذي يقدم خدمة مشابهة لخدمة البريد الموصى عليه ، بالإضافة إلى قيامه بالحفظ لمدة معينة. و إذا كانت الرسالة التلكسية غير موقعة من العميل مما قد يؤدي إلى الغش فإن رقم التلكس الذي يظهر على رأس الرسالة و في نهايتها يؤكد مصدرها، و قد أقر القضاء الفرنسي بحجيتها في الإثبات.⁴

و في رأينا أن التلكس له حجيته في الإثبات ذلك أن ظهور الرقم على الرسالة قرينة على أنها صادرة من صاحب الرقم إلا أنها قرينة بسيطة يجوز إثبات عكسها .

3- التعاقد بجهاز الفاكس: يعد جهاز الفاكس جهازا للإستنساخ ، إذ ينقل الرسائل بطريقة إلكترونية إلى المرسل إليه طبقا لأصلها الموجود لدى المرسل⁵ ، و يلاحظ هنا أن هناك فاصلا زمنيا للرد على المرسل ، و قد أقرت الغرفة التجارية لمحكمة النقض الفرنسية بالفاكس كدليل إثبات مادام محتوى الوثيقة يمكن نسبته إلى من أنشأه مع إمكانية

¹ - إيمان مأمون أحمد سليمان ، إبرام العقد الإلكتروني و إثباته ، طبعة 2008 ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، ص84.

² - أحمد خالد العجولي ، التعاقد عن طريق الأنترنت ، دراسة مقارنة ، طبعة 2002 ، المكتبة القانونية عمان ،الأردن ، ص 59 .

³ - إيمان مأمون أحمد سليمان ، المرجع السابق ، ص84.

⁴ - إيمان مأمون أحمد سليمان ، نفس المرجع السابق ، ص85.

⁵ - أمانح رحيم أحمد ، المرجع السابق ، ص 77 .

التحقق منه ، و قد إشتترطت محكمة النقض الفرنسية لقبول الفاكس في الإثبات أن يحتوي على توقيع المرسل أو نائبه ، و قد صدرت هذه الأحكام قبل صدور القانون الفرنسي الخاص بالتوقيع الإلكتروني، والذي ساوى بين جميع أنواع الكتابة باختلاف الوسائط المدونة عليها مادامت مقروءة و مفهومة و يمكن نسبتها لمن صدرت عنه.¹

4- التعاقد بالهاتف : يتميز جهاز الهاتف بسرعة الإتصال و سهولة الإستخدام ، و يكون التعاقد عن طريقه فوراً و مباشراً² ، لقد تطور الهاتف العادي و أدخلت عليه تعديلات فظهر ما يعرف بالهاتف المرئي، و الذي يمكن صاحبه من الكلام مع شخص آخر و مشاهدته في نفس الوقت، و يعد من أكثر وسائل الإتصال الفورية فاعلية و إنتشاراً في العالم المتطور.³

الفرع الثاني/ العقد الإلكتروني هو عقد مبرم عن بعد: إن إعتبار العقد الإلكتروني من العقود المبرمة عن بعد يتطلب أن يتمتع ببعض القواعد الخاصة التي لا نجد لها مثيلاً في العقود المبرمة بالطرق التقليدية ، فالأمر يكون سهلاً بالنسبة للعقود التي تبرم بالحضور المادي للأطراف ، إذ يسمح ذلك بالتحقق من تطابق الإرادتين و سلامة الرضاء و تحديد تاريخ التصرف و مكانه و أدلة الإثبات و التوقيع هذا بخلاف التعاقد عن بعد⁴ ، و في هذا الصدد فقد قرر مجمع الفقه الإسلامي في دورته السادسة بجدة في مارس 1990 ما يلي: " إذا تم التعاقد بين غائبين لا يجمعهما مكان واحد و لا يرى أحدهما الآخر و لا يسمع كلامه ، و كانت وسيلة الإتصال بينهما الكتابة أو الرسالة ، و ينطبق ذلك على البرق و التلكس و الفاكس و شاشات الحاسب الآلي ، ففي هذه الحالة ينعقد العقد عند وصول الإيجاب إلى الموجه إليه و قبوله".⁵

و في رأينا أنه و رغم التباعد المكاني للطرفين إلا أن ذلك لا ينفى الوجاهية في العقد خاصة عند إستعمال الوسائل السمعية البصرية ، و بالتالي فإن الإشكال الذي يطرح نفسه

1- إيمان مأمون أحمد سليمان ، المرجع السابق ، ص 86.

2- نفس المرجع السابق ، ص 87.

3- محمد أمين الرومي، المرجع السابق ، ص 14.

4- أسامة أبو الحسن مجاهد، التعاقد عبر الأنترنت ، طبعة 2002، دار الكتب القانونية، مصر، ص 41.

5- إبراهيم رفعت الجمال ، إنعقاد البيع بوسائل الإتصال الحديثة ، طبعة 2007، دار الفكر الجامعي الإسكندرية ، ص 113.

يتعلق أساسا بمكان إنعقاد العقد و مدى إمكانية التحقق من أهلية الطرف الآخر ووثائقه و أسانيدته .

و قد جرى الفقه على التمييز بين الإتصالات المتبادلة بين الأطراف الحاضرة في نفس المكان و الزمان و الإتصالات المتبادلة عن بعد ، و إستقر على أن عقود التجارة الإلكترونية تنتمي إلى عقود التفاوض عن بعد ، و يقصد بالعقود التي تبرم عن بعد كل عقد يتم دون حضور مادي متزامن للمتعاقدين بإستخدام تقنية الإتصال عن بعد.¹

الفرع الثالث/ العقود الإلكترونية بين الطابع التجاري و المدني: قبل تحديد فيما إذا كان العقد الإلكتروني ينتمي إلى طائفة العقود التجارية أو المدنية ينبغي أولا التمييز بين العقود التجارية و العقود المدنية ، خاصة و أن كلا منهما يخضع لأحكام خاصة به سواء من حيث الإبرام أو الشكل أو الإثبات .

و يعرف العمل التجاري بأنه ذلك العمل الذي يتعلق بالوساطة في تداول الثروات و يهدف إلى المضاربة و تحقيق الربح شريطة صدوره في شكل مقاوله في الحالات التي ينص فيها القانون على ذلك².

و في هذا الصدد نجد أن المشرع الجزائري لم يعرف العمل التجاري بذاته و إنما عرفه بأنواعه ، و حدد مجموعة الأعمال التي تدخل تحت كل صنف ، إذ صنفها إلى الأعمال التجارية حسب موضوعها و الأعمال التجارية حسب شكلها و الأعمال التجارية بالتبعية³.

و أما الفقه فإنه يميز بين الأعمال التجارية المنفردة و الأعمال التجارية بطريق الإحتراف و الأعمال التجارية بالتبعية و الأعمال التجارية المختلطة.

فأما الأعمال التجارية المنفردة فإنها تلك الأعمال التي تعتبر تجارية بمجرد ممارستها بغض النظر عن صفة القائم بها ، حتى لو باشرها مرة واحدة، و أما الأعمال التجارية بطريق الإحتراف فإنها تلك الأعمال التي لا تعتبر كذلك إلا إذا مورست من قبل تاجر على وجه الإحتراف ، في حين نجد أن الأعمال المختلطة لا تشكل نوعا جديدا من

1- صالح المنزلاوي ، المرجع السابق، ص21.

2- علي البارودي ، محمد السيد الفقي ، القانون التجاري، طبعة 2006 ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية، ص49.

3- أنظر المواد 2،3،4 من الأمر رقم 59-75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 و المتضمن القانون التجاري المعدل و المتمم.

الأعمال التجارية و إنما هي أحد الأعمال السابق ذكرها ، إلا أنه تعتبر تجارية لطرف و مدنية لطرف آخر ، و يترتب على ذلك ازدواجية القواعد القانونية التي يخضع لها العمل المختلط ، حيث تطبق القواعد المدنية على من يعتبر العمل مدنيا بالنسبة له ، و تطبق القواعد التجارية على من يعد العمل تجاريا بالنسبة له¹ .

و بمطابقة العقد الإلكتروني على مختلف أنواع الأعمال التجارية يتضح لنا بأن العقد الإلكتروني قد يكون تجاريا بحسب موضوعه و أطرافه و الهدف منه كما قد يكون مدنيا .
الفرع الرابع/العقود الإلكترونية عقودا دولية: اختلفت آراء الفقهاء حول مفهوم الصفة الدولية للعقود الإلكترونية التي تتم عبر الشبكة العالمية للاتصالات ، و لعل مرد ذلك هو اختلافهم حول مدى إمكانية توطين العلاقات القانونية التي تتم عبر الشبكة الإلكترونية و التي تتخطى الحدود الجغرافية للدول ، و يمكن جمع هذه الآراء في إتجاهين:

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

أ- العقود التي يكون أحد أطرافها مقيما في دولة و مورد خدمات الإشتراك في الشبكة مقيما في دولة أخرى و شركة تكنولوجيا معالجة البيانات و إدخالها و تحميلها عبر الشبكة مقيما في دولة ثالثة ، فهذه العقود هي عقودا دولية .

ب- العقود التي تتركز فيها جميع العناصر السابقة في دولة واحدة ، فهذه العقود لا تثير إشكالية الطابع الدولي من عدمه .

- **الإتجاه الثاني** : يرى هذا الإتجاه بأن الطابع الدولي هو الغالب في العقود الإلكترونية أيا كان نوعها تأسيسا على أن الشبكة الإلكترونية تعد تجسيدا حقيقيا لفكرة العولمة ، و من ثمة يصعب توطين المعاملات القانونية التي تجري في إطارها ، إذ لا خلاف حول دولية تلك العلاقات لتوافر المعايير التي تستخدم في تحديد دولية العقود .

و في الحقيقة فقد أثبت الواقع العملي أن الحدود الفاصلة بين العقد الدولي و العقد الداخلي على شبكة الأنترنت قد سقطت ، فكل العقود التي تبرم على الشبكة هي عقودا دولية ، إذ لا يمكن إعمال التفرقة بين هذه العقود إلى عقود دولية و عقود داخلية

¹ - صالح المنزلاوي ، المرجع السابق ، ص28،29،30.

خاصة في حالة إبرامها أثناء التنقل من دولة إلى أخرى ، أو التواجد في مكان لا يخضع لسيطرة دولة ما كأعالي البحار مثلا¹.
و خلاصة القول أن العقود الإلكترونية التي تتم عبر الشبكة الدولية هي عقود تتم عن بعد دون الحضور المادي لأطراف العقد ، إلا أنها و مع ذلك فإنها تتميز بإمكانية تبادل الحوار بين أطراف العقد ، إضافة إلى أنها قد تكون تجارية أو مدنية ، و أنه و مع ذلك فإنه يصعب إعمال معيار التمييز بين العقود الدولية و الداخلية على هذه العقود.

المطلب الثاني : تمييز العقد الإلكتروني عن عقود البيئة الإلكترونية.

العقد الإلكتروني أو عقود التجارة الإلكترونية ليست هي الوحيدة التي تبرم في البيئة الإلكترونية ، فهناك عقودا أخرى تتم في هذا المحيط و تكون مرتبطة بالعقد الإلكتروني و متلازمة معه ، بحيث تكون هي الأساس الذي يرتكز عليه هذا العقد، و بالتالي يمكن القول بأنها تلك العلاقات العقدية المتنوعة التي تنشأ لتحقيق العقد الإلكتروني دون أن تكون محلا له ، و يطلق عليها البعض عقود الخدمات الإلكترونية ، و سوف نتناول فيما يلي أهم هذه العقود.

الفرع الأول/ عقد الدخول إلى الشبكة: في البداية تجدر الإشارة إلى أنه لا يوجد نموذج واحد لعقد الدخول ، و إنما توجد صور عديدة مثلما يوجد العديد من متعهدي الدخول²، فعقد الدخول إلى الشبكة هو العقد الذي يحقق الدخول إلى الشبكة من الناحية الفنية ، و بمقتضى هذا العقد يتيح مقدم خدمة الدخول إلى شبكة الأنترنت للعميل الوسائل التي تمكنه من الدخول للشبكة ، و بالتالي فإن الإلتزام الرئيسي لمتعهد خدمة الدخول هو إتاحة الإتصال بشبكة الأنترنت و ذلك لقاء أجر، و يمكن لعقد الدخول إلى الشبكة أن يتضمن إلتزامات مكملة مثل الإلتزام بتوريد المواد الضرورية للإتصال ، و الإلتزام بصيانة و تطوير الشبكة ، و نجد أن مختلف نماذج عقد الدخول إلى الشبكة إما أن تكون لمدة محددة أو غير محددة ، و على ذلك فإنه بإتمام عقد الدخول يكون للعميل

¹- صالح المنزلاوي ، المرجع السابق ، ص 35-36-37.

²- لزه بن سعيد ، المرجع السابق ، ص 44 .

موقع محدد على شبكة الأنترنت يمارس فيه نشاطه، و يقع على عاتقه المحافظة على سرية رموز و كلمات المرور الخاصة به.¹

و هناك ما يسمى بخدمة الخط الساخن ، و الغرض من هذه الخدمة هو مساعدة العميل مستخدم شبكة الأنترنت في عملية التسوق عبر الشبكة و إبرام العقود، و ذلك عن طريق تذليل المشاكل الفنية التي قد يواجهها أثناء تواجده على الشبكة ، و يلاحظ أن الإشتراك في هذه الخدمة قد يكون أثناء إبرام عقد الدخول إلى الشبكة² باعتبارها أحد بنود ذلك العقد و قد يبرم إتفاق خاص بها ، و قد يتولاها المشروع الذي يسوق سلعته أو خدمته كما قد يتولاها أحد من الغير لحساب هذا المشروع .

و يلاحظ أن إلتزام متعهد الوصول (عقد الدخول إلى الشبكة) هو إلتزام بتحقيق نتيجة و ليس ببذل عناية³ ، و يثور التساؤل حول طبيعة إلتزام متعهد الوصول بضمان جودة الإتصال بالشبكة و عدم إنقطاع الإتصال بها .

هناك من الفقه الفرنسي من يرى أن إلتزام متعهد الوصول بجودة الإتصال بالشبكة هو إلتزام بتحقيق نتيجة ، و هناك من الفقه المصري من يرى وجوب التفرقة بين أمرين: الأمر الأول : إذا كان متعهد الوصول له السيطرة الكاملة على العوامل الفنية التي تؤثر على جودة الإتصال فهنا إلتزامه هو إلتزام بتحقيق نتيجة و ليس ببذل عناية مثالها حالة تولي جهة الإتصالات الهاتفية تقديم خدمة الدخول على الأنترنت فهنا تتحمل مسؤولية جودة الإتصال.

الأمر الثاني : إذا تدخلت عناصر أخرى لا يستطيع متعهد الدخول السيطرة عليها بمفرده، بحيث تؤثر على جودة الإتصال مثل مدى جودة الإتصالات بصفة عامة في المنطقة التي يقع بها جهاز الحاسب الآلي الخاص بالعميل، فهنا يكون إلتزام متعهد الوصول إلتزام ببذل عناية و ليس بتحقيق نتيجة⁴.

1- نفس المرجع السابق ، ص 45.

2- محمد أمين الرومي ، النظام القانوني للتحكيم الإلكتروني ، طبعة 2007 ، دار الكتب القانونية ، مصر ، المحلة الكبرى ، ص 47.

3- محمد أمين الرومي ، النظام القانوني للتحكيم الإلكتروني ، المرجع السابق، ص 47.

4- نفس المرجع السابق ، ص 38 .

الفرع الثاني/ عقد الظهور على الشاشة (الإيواء): و هو عقد يبرم بين من يرغب أن يكون له موقعا أو عنوانا على شبكة الأنترنت و بين من يقدم الخدمة ، و قد يشمل هذا العقد الأجهزة و الأدوات الإلكترونية اللازمة و قد يقتصر على مهمة الترخيص بإستعمال فراغ لا مادي يمكن طالب الخدمة من الظهور على الشاشة بموقع يميزه عن غيره من المواقع.

و يكون الظهور على الشاشة إما بشكل مباشر من خلال إسم و عنوان مستقل كصفحة مستقلة و إما من خلال جزء كصفحة داخلية على موقع موجود أصلا و ظاهرة على الشاشة مثل (Yahoo أو Msn أو غيرها....).

و قد إختلف الفقه في تحديد الطبيعة القانونية لمثل هذا التعاقد فيما إذا كان يكيف على أنه من قبيل عقود الخدمات أم من قبيل العقود التي تقع على البرامج كالبيع والإيجار والمقولة؟

فذهب البعض إلى إعتبارها من قبيل عقود الإيجار للمعلوماتية التي ترد على خدمات معلوماتية و ذهب البعض إلى إعتبارها من قبيل عقود الخدمات التي توفر الإشتراك في قواعد المعلومات عبر الشبكة و تم تكييفها على أنها من عقود المقولة،و يذهب فريق آخر إلى إعتبارها من عقود البيع لبعض الحقوق المالية الواردة على البرامج.

و يرى الدكتور عمر خالد زريقات أنه يجب التفرقة بين نوعي الظهور على الشاشة فإذا ما كان طلب الظهور مباشرا و مقتصرأ على حجز موقع فإن العلاقة بين المورد و الطالب هي من باب شراء الموقع ، و هنا إذا كان الطلب متضمنا الموقع مع البرنامج الذي يساعد على الظهور فإننا بصدد علاقة مقولة ، أما إذا ما كان الظهور على الشاشة من خلال موقع آخر فلا يعدوا أن يكون إيجارا لمساحة إفتراضية ، مع التمييز فيما إذا كان الطلب متضمنا تقديم البرنامج مع الظهور فيمكن القول بأنه عقد إشتراك و يتعين تصنيفه تحت باب عقود المقولة.¹

¹ - عمر خالد زريقات، عقود التجارة الإلكترونية، عقد البيع عبر الأنترنت الطبعة الأولى 2007 ، دار الحامد للنشر و التوزيع ، عمان ، الأردن، ص86،85.

الفرع الثالث/ عقد إنشاء المتجر الافتراضي: المركز الافتراضي هو خدمة إلكترونية يتم الدخول إليها عبر شبكة الأنترنت و مفتوحة لكل مستعمليها و تسمح للتجار بعرض سلعهم أو خدماتهم على العملاء من خلالها، و تنقسم المراكز الافتراضية إلى قسمين: **الأول:** يمكن الدخول إليه دون الحاجة لإتخاذ إجراء معين ، إلا أنه يسمح لزائر الموقع بالإطلاع عليه فقط و التعرف على السلع و الخدمات المعروضة دون أن يتمكن من شرائها و يتعين عليه إذا أراد الشراء أن يدخل للقسم الثاني.

أما الثاني : فإنه لا يمكن الدخول إليه إلا بعد إتباع إجراءات معينة تستهدف التحقق من شخصية الزائر و تسجيله ، و تتلخص في أن يذكر رقم بطاقته الائتمانية من أجل تيسير الوفاء كما يجب أن يتبنى توقيعا رقميا من أجل إعتقاد التصرفات التي يبرمها، فإذا تمت هذه الإجراءات إستطاع الزائر لمواقع التجارة الإلكترونية الدخول إلى صفحات البيع لمختلف المحلات التجارية التي يتكون منها المركز و التعاقد على المنتجات أو الخدمات التي يرغب بها، و يجب عليه بعد ذلك أن يقدم نفسه مستخدما الكود الخاص به كلما أراد الدخول إلى هذا المركز.¹

و عقد إنشاء المتجر الافتراضي هو من عقود الخدمات الإلكترونية و يطلق عليه البعض عقد المشاركة و فيه يلتزم مقدم الخدمة أو صاحب المركز بالسماح للمشاركة بفتح متجر افتراضي في المركز التجاري الافتراضي و ذلك بأن يرخص له باستخدام برنامج خاص يتيح له ممارسة الأعمال التجارية على شبكة الأنترنت نظير مقابل مالي يدفعه إلى صاحب المركز الافتراضي.

و يتضمن عقد إنشاء المتجر الافتراضي بعض الأحكام التي تستهدف تنظيم مسؤولية طرفيه بشأن بعض المسائل الضرورية و منها إحترام التشريعات السارية و تنظيم الرقابة على محتويات المتجر و ضمان إحترام الطرفين للأعراف التجارية.²

¹ - محمد أمين الرومي ، المرجع السابق ، ص 33 .

² - نفس المرجع السابق ، ص 34 .

الفصل الأول: إنعقاد العقد الإلكتروني

لا شك أن العقد المبرم إلكترونياً يمر بنفس المراحل التي ينعقد بها أي عقد آخر، لذلك يجب أن يتوافر أركان العقد التقليدي و الشروط التي أوجبها القانون له إضافة إلى إستيفاء بعض ما قد يفرضه القانون لإنعقاد العقد¹ ، و في هذا الصدد فقد نص المشرع الجزائري في المادة 59 من القانون المدني على أنه يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفين التعبير عن إرادتهما المتطابقتين دون الإخلال بالنصوص القانونية.

و إذا كان العقد الإلكتروني ينعقد بمجرد تبادل الإرادتين فإن تنفيذه و الفصل في النزاعات الناشئة عنه مرتبطة بتحديد زمان و مكان الإنعقاد شأنه في ذلك شأن العقود التقليدية و هو ما يتعين معه التطرق بالدراسة للتراضي في العقود الإلكترونية في المبحث الأول ثم لتحديد زمان و مكان إنعقاد العقد الإلكتروني في المبحث الثاني .

¹ - بشار محمود دودين ، المرجع السابق ، ص105.

المبحث الأول : التراضي في العقود الإلكترونية.

يعتبر التراضي أساس العقد و قوامه و يقصد به توافق إرادتي طرفي العقد على إحداث الأثر القانوني المقصود منه ، و بالتالي يتعين وجود إرادة تتجه إلى إحداث أثر قانوني معين و ذلك بخروجها إلى العالم الخارجي عن طريق التعبير عنها¹ (الفرع الأول) و أن تتطابق مع إرادة أخرى (الفرع الثاني) .

المطلب الأول: التعبير عن الإرادة

المقصود من التعبير عن الإرادة هو مختلف الوسائل التي يتم بواسطتها إخراجها الى حيز الوجود الخارجي، و يقتضي وجود التراضي في العقود الإلكترونية توافر الإرادة لدى المتعاقد و اتجاهها الى إحداث أثر قانوني معين².

و تتمثل صور التعبير عن الإرادة في الطريقة التي يعبر بها المتعاقدان عن إرادتهما أما وسائل التعبير عنها هي ما يستعمله المتعاقد لإعلام الطرف الآخر بإرادته، و تأسيسا عليه فإنه يتعين علينا أن نتناول في البداية صور التعبير عن الإرادة ثم نتطرق إلى وسائل التعبير عن الإرادة في العقد الإلكتروني .

الفرع الأول : صور التعبير عن الإرادة .

إن الصور هي الموقف الذي يتخذه المتعاقد إزاء العقد سواء كان إيجابيا أم سلبيا أما الوسائل فهي الطرق المادية المستعملة في نقل هذه الإرادة إلى المتعاقد الآخر.

لقد نص المشرع الجزائري في المادة 60 من القانون المدني على صور التعبير عن الإرادة و الذي إما أن يكون صريحا أو ضمنيا³

أولا /التعبير الصريح : يكون التعبير صريحا إذا قصد صاحبه إحاطة الغير علما به باتخاذ مظهر يدل دلالة مباشرة على ما يريده وبعبارة أصح يكون كذلك إذا كان المظهر

¹ -محمد صبري السعدي ، المرجع السابق ، ص80.

² - إن التعبير عن الإرادة يتطلب وجود إرادة ثم التعبير عنها ، ويقصد بالإرادة أن يكون الشخص مدركا لما هو مقدم عليه ولهذا السبب ربط القانون بين الإدراك و التمييز فالشخص فاقد الإدراك يعتبر عديم الإرادة ، أما التعبير عن الإرادة فهو المظهر الخارجي لها ... أنظر في هذا الصدد محمد صبري السعدي المرجع السابق ص 82- 84

³ - تنص المادة 60 من القانون المدني الجزائري على أن التعبير عن الإرادة يكون باللفظ أو بالكتابة أو بالإشارة المتداولة عرفا كما يكون باتخاذ موقف لا يدع أي شك في دلالة على مقصود صاحبه .
و يجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمنيا إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحا.

مالا یربده من خلال البرید الإلأرونا ویسأ ما یربده فهنا سبأ الأامل بینهما ینشأ فرضا یرر افتراض الأبول فإ آالة السأوت¹ .

■ آالة اتصال الإیاب بأامل سابق بین المأقأین أو آالة كون الإیاب لمصلحة من وآه إلیه ومأال الأامل السابق آالة أاآر الآملة الذا اعأا على إبرام عقود البیع مع أاآر الأآزئة أما بأصوص كون الإیاب لمصلحة من وآه إلیه فإنه ولما كانت أألبیة العقود الإلأرونا هآ عقود أآارآة یأصد من ورائها الربآ فإنه لا یتصور أن یكون الإیاب فإ مصلحة من وآه إلیه² .

وأذا كان بعض من البأأین یرى بأن السأوت بأصفة آامة لا یكفی للأعبیر عن الأبول فإ العقود الإلأرونا³ فإننا وعلى آلاف هذا الرأي نرى أنه إذا كان السأوت لا یعبأر أعبیرا عن الإرادة بأعأبار أن الأعبیر هو المأهر الماأی الآرآی للإرادة إلا أنه یمكنه فإ آالات معینة الالالة على الإرادة الباطنآة ذلك أن الطبیعة الآاصة للعقاا الإلأرونا لا أآول دون إمآانآة أطبیق نص المادة 68 من القانون المأنا الآزآری علیه وبالأالی اعأبار السأوت فإ الآالات الوارآة فإ هذه المادة أبولاً .

الفرع الأناى : وسائل الأعبیر عن الإرادة فإ العقاا الإلأرونا :

إن إبرام العقود الإلأرونا یتم بأسأعمال عدة وسائل إلأرونا أهمها شبكة الإنأرنآة وهو ما یتعین معه الأطرق لآراسة صور الأعبیر الإلأرونا فإ العقود المبرمة عبر شبكة الإنأرنآة ثم صور الأعبیر بأسأعمال الوسائل الأآرى .

أولاً / الأعبیر عن الإرادة فإ العقود المبرمة عن طریق الإنأرنآة :

¹ - أمانآ رآیم أأما ، المرآع السابق ، ص 167.

² - نفس المرآع السابق ، ص 168

³ - یرى الأستاذ أمانآ رآیم أأما أن السأوت قا لا یكفی للأعبیر عن الأبول فإ العقود الإلأرونا لأن شبكة الإنأرنآة وفأرأ وسائل مآعدة و مآنوعة للأعبیر عن الإرادة بأصورة صرآة وسهلة كما أن القضاء یعأما فإ هذا المآال على الأعراف المآبعة فإ إبرام العقود الإلأرونا أنظر أمانآ رآیم أأما ، المرآع السابق ، ص 168.

قد يتم التعبير عن الإرادة الكترونية عن طريق البريد الإلكتروني E-mail أو عن طريق موقع الإنترنت web site أو عن طريق المحادثة أو ما يسمى بنظام التخاطب عبر الانترنت :

أ- التعبير عن الإرادة عبر البريد الإلكتروني :

المقصود بالبريد الإلكتروني هو تبادل الرسائل بين الأطراف بطريقة الكترونية و ينظر عادة للبريد الإلكتروني على أنه المكافئ للبريد العادي وهو ما يؤدي الى إمكانية تطبيق القواعد الخاصة بالبريد العادي لأنه عند وضع الرسالة داخل صندوق البريد لا يمكن استردادها و الأمر نفسه بالنسبة للبريد الإلكتروني¹ .
وتكمن أهمية البريد الإلكتروني في ربط التواصل بين الأشخاص دون أن يتحقق لهم الوجود المادي و الفعلي .

ولكي تتم عملية إرسال البريد الإلكتروني إلى أحد الأشخاص فلا بد من معرفة عنوانه ويتكون عنوان البريد الإلكتروني من ثلاثة أجزاء الأول هو اسم الدخول و الثاني علامة @ و الثالث اسم الحقل لذلك الشخص² .

وتشترط في الشخص الذي يريد التعاقد بهذه الوسيلة أن يكون لديه برنامج للبريد الإلكتروني يدرج ضمن البرامج التي يحتويها جهاز الكمبيوتر الخاص به وأن يتبع بعض الخطوات اللازمة لكي يصبح متمتعاً بهذه الخدمة وذلك بكتابة عنوان المرسل إليه في الخانة المخصصة لذلك ثم كتابة موضوع الرسالة ثم الضغط على أمر الإرسال وبذلك تكون الرسالة قد أدرجت تحت عنوان المرسل إليه على الشبكة³ .

ولما كان معظم المتراسلين عبر البريد الإلكتروني يقعون في عدة دول مختلفة فقد وجب اعتماد نظام زمني موحد لتجنب احتمال أي لبس أو غموض حول وقت وزمان إبرام العقد الإلكتروني ولذلك تم اعتماد توقيت غرينتش GMT⁴ .

ب - التعبير عن الإرادة عبر الموقع web- site :

¹ - خالد ممدوح إبراهيم ، إبرام العقد الإلكتروني دراسة مقارنة ، طبعة 2006 ، دار الفكر الجامعي الإسكندرية ص 129 .

² نفس المرجع السابق ، ص 130 .

³ - أسامة أبو الحسن مجاهد ، المرجع السابق ، ص 8-9 .

⁴ - خالد ممدوح إبراهيم ، إبرام العقد الإلكتروني دراسة مقارنة ، المرجع السابق ، ص 131 .

يعتبر الموقع وسيلة من بين وسائل الاتصال التي تقدم عبر شبكة الإنترنت وهو الوسيلة الأكثر استخداما في الاتصالات عبر الشبكة¹.

ويقصد بـ web-site كل مكان يمكن زيارته على شبكة المعلومات العالمية التي تحتوي على الملايين منها ، لكل من هذه المواقع عنوانا خاصا يشار إليه بأحرف الاختصار الذي يقوم مقام العنوان العادي أو رقم الهاتف ، وتتميز هذه العناوين بالثبات والاستمرارية على مدار الساعة و تقتضي زيارة أحد هذه المواقع تحرير هذا العنوان للدخول عليه وبعدها تظهر الصفحة الرئيسية للموقع التي يمكن من خلالها الوصول الى الصفحات الأخرى².

ويمكن أن يعبر عن الإرادة إما بالكتابة أو النقر على زر الموافقة كما يمكن أن يتم باستخدام بعض الإشارات و الرموز التي أصبحت متعارف عليها بين مستخدمي شبكة الانترنت مثل إشارة وجه مبتسم أو وجه غاضب³.

ج - التعبير عن الإرادة عن طريق المحادثة :

يستطيع مستخدم الانترنت عبر برنامج المحادثة التحدث مع شخص آخر في وقت واحد عن طريق الكتابة بالطبع ، ويشترط لتشغيل نظام المحادثة أن يكون الطرفان متصلين بأحد أجهزة الكمبيوتر المزودة بخدمة المحادثة ويقوم هذا البرنامج بتقسيم الصفحة الرئيسية الى جزئين حيث يقوم أحد الأطراف بكتابة أفكاره على شاشة جهازه الشخصي في الجزء الأول وسيرى في الوقت نفسه ما يكتبه الطرف الآخر على الجزء الثاني من صفحة البرنامج ، وتوفر هذه الوسيلة التعاصر الزمني لتبادل الأفكار بين الطرفين.

وقد نجد في بعض الأحيان إضافة كاميرا رقمية تسمح بأن يشاهد كل متعاقد الطرف الآخر فيصبح التعاقد هنا عن طريق المحادثة و المشاهدة معا⁴.

¹ نفس المرجع السابق ،ص 131.

² - أسامة أبو الحسن مجاهد ، المرجع السابق ،ص 9

³ د/خالد ممدوح إبراهيم ، إبرام العقد الإلكتروني دراسة مقارنة ،المرجع السابق ، ص 131-132

⁴ خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني دراسة مقارنة ،المرجع السابق ، ص132.

وفي هذه الحالة نكون أمام مجلس افتراضي لكون أن المتعاقدين يشاهدون بعضهم البعض مباشرة ، وهنا يمكن أن يكون التعبير صريحا أو ضمنيا على النحو المفصل أعلاه¹.

ثانيا/ صور التعبير عن الإرادة في العقود المبرمة بالوسائل الإلكترونية الأخرى:

نقتصر في هذا المجال على دراسة وسيلتين من وسائل التعاقد الإلكتروني وهما التيلكس والفاكس.

أ- التعبير عن الإرادة بواسطة التيلكس:

يعتبر التيلكس جهازا لإرسال المعلومات بطريقة طباعتها وإرسالها مباشرة، وعدم وجود فارق زمني بين المرسل والمستقبل إلا إذا تم الإرسال ولم يكن هناك من يرد في نفس الوقت، وبذلك يقترب من التعاقد عن طريق الأنترنت في أنه يمكن أن يكون فوريا دون حاجة لمرور فاصل زمني بين الإيجاب والقبول، ويكون التعبير عن الإرادة عن طريق التيلكس بالكتابة دون غيرها من وسائل الإتصال الفوري².

ب- التعبير عن الإرادة بواسطة الفاكس:

هو عبارة عن جهاز استنساخ بالهاتف يمكن به نقل الرسائل والمستندات المخطوطة باليد والمطبوعة بكامل محتوياتها نقلا مطابقا لأصلها، فتظهر المستندات والرسائل على جهاز فاكس آخر لدى المستقبل، ويلاحظ هنا الفارق الزمني للرد على المرسل³، ويتميز هذا الجهاز بالسرعة وضمان وصول الرسائل والمستندات وسهولة الإستعمال.

ويمكن أن يكون التعاقد عبر الأنترنت مطابقا للتعاقد عبر الفاكس إذا كان إرسال المستندات عن طريق جهاز الكمبيوتر، و يكمن الفرق بين الأنترنت و الفاكس في أن التعبير عن الإرادة يكون في الأول فوريا ومباشرا دون الحاجة إلى فاصل زمني بين الإيجاب والقبول، إضافة إلى أن التعبير عنها يكون بكل الوسائل الصريحة والضمنية،

¹ أحمد خالد العجولي ، المرجع السابق ،ص 48.

² -برني نذير ، المرجع السابق ، ص19.

³ أحمد خالد العجولي، المرجع السابق، ص 49.

أما في الفاكس فلا يكون إلا بالكتابة ماعدا حالات وصل جهاز الهاتف مع الفاكس بجهاز واحد، حيث يمكن التعبير في هذه الحالة الأخيرة بالكلام أو بالكتابة¹.

المطلب الثاني : تطابق الإرادتين في العقد الإلكتروني

يتطلب انعقاد العقد أن يتلاقى الإيجاب بقبول يطابقه وهو ما يعرف بتبادل الطرفين للتعبير عن الإرادة طبقا لما نص عليه المشرع الجزائري في المادة 59 من القانون المدني².

وبناء عليه فإنه يتعين علينا التطرق بالدراسة لكل من الإيجاب و القبول مع التركيز على ما يتميز به كل منهما في صورته الإلكترونية³.

الفرع الأول : الإيجاب الإلكتروني

الإيجاب هو التعبير الأول عن إرادة المتعاقد يصدر من الموجب متضمنا عزمه النهائي على إبرام العقد بمجرد أن يقبله الموجه له .
ولأن الإيجاب يترتب عليه انعقاد العقد بمجرد اقترانه بقبول مطابق له فيتعين أن يتضمن الإيجاب العناصر الجوهرية للعقد المراد إبرامه وبصفة خاصة طبيعة العقد وشروطه الأساسية⁴.

ويخضع الإيجاب الإلكتروني بحسب الأصل للقواعد العامة التي تنظم الإيجاب العادي التقليدي ومع ذلك فإنه ينفرد ببعض الأحكام الخاصة به كونه يتم بوسائط الكترونية.

وتأسيسا على ما ذكر أعلاه فإن الإيجاب هو ذلك التعبير البات عن الإرادة الصادر من طرف أحد المتعاقدين بقصد إحداث أثر قانوني ألا وهو إبرام عقد معين .

¹ - أحمد خالد العجولي، المرجع السابق، ص 49.

² - تنص المادة 59 من القانون المدني الجزائري على أنه يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتين دون الإخلال بالنصوص القانونية .

³ - إبراهيم الدسوقي أبو الليل ، إبرام العقد الإلكتروني في ضوء أحكام القانون الإماراتي و القانون المقارن، الدليل الإلكتروني للقانون العربي ص 15 www.arablawninfo.com.

⁴ - نفس المرجع السابق ، ص 16.

وقد نص المشرع الجزائري على أحكام الإيجاب في المواد 61 ، 62 ، 63 ، 64 من القانون المدني ، وبحسبه فإن الإيجاب متى صدر عن الموجب استقل عنه وأصبح ملزما له سواء كان التعاقد بين حاضرين أم بين غائبين.

أولا/ الإيجاب في حالة التعاقد بين غائبين : يخضع الإيجاب في هذه الحالة لأحكام المادتين 62 و63 من القانون المدني وبالتالي فإن الإيجاب متى صدر عن الموجب يبقى ملزما له باستثناء حالة الإشارة في الإيجاب الى خلاف ذلك أو تحديد مدة له أو كانت طبيعة المعاملة أو ظروف الحال تقتضي أجلا معيناً¹.

وترتباً عليه فإن الأثر القانوني للإيجاب يترتب حتى في حالة وفاة الموجب أو فقده أهليته قبل وصول الإيجاب الى علم من وجه إليه باستثناء حالة ما إذا تضمن الإيجاب خلاف ذلك أو كانت طبيعة المعاملة تقتضي زوال الإيجاب مع زوال الأهلية أو وفاة الموجب².

ويعتبر من قبيل التعاقد بين غائبين في العقد الإلكتروني حالة الإيجاب عن طريق البريد الإلكتروني و الموجه الى شخص معين مع عدم وجود اتصال مباشر معه بالكتابة بالإضافة الى حالة الإيجاب عبر شبكة المواقع web ، وما تجدر الإشارة إليه هو أن هذا الأخير لا يختلف كثيراً عن الإيجاب الصادر عبر الصحف و المجلات و القنوات التلفزيونية المخصصة لعرض السلع و توصيلها الى المنازل³.

¹ - تنص المادة 63 من القانون المدني على أنه إذا عين أجل للقبول إلترزم الموجب بالبقاء على إيجابه إلى إنقضاء هذا الأجل و قد يستخلص الأجل من ظروف الحال ، أو من طبيعة المعاملة.

² - أنظر المادة 62 من القانون المدني الجزائري و التي تنص على أنه إذا مات من صدر منه التعبير عن الإرادة أو فقد أهليته قبل أن ينتج التعبير عن الإرادة أثره ، فإن ذلك لا يمنع من ترتب هذا الأثر عند إتصال التعبير بعلم من وجه إليه ، هذا ما لم يتبين العكس من التعبير أو من طبيعة التعامل.

بخصوص أثر الموت أو فقد الأهلية على التعبير على الإرادة فإن الفقهاء يفرقون بين نظريتين ، و يختلف الأثر باختلاف النظرية التي يتبناها المشرع ، فأما نظرية الإرادة الباطنة فإنه وطبقاً لها فإنه في حالة وفاة الشخص أو فقده أهليته قبل أن ينتج التعبير عن الإرادة أثره ، فإن الحكم يقضي بسقوط الإرادة و التعبير عنها على حد السواء ، وبهذا لا يترتب عليهما أي أثر أما نظرية الإرادة الظاهرة فإنه و بمجرد صدور التعبير عن الإرادة يفصل عن صاحبه ، و يصبح له كيان مادي ، و بالتالي فإن هذا الوجود المادي يبقى حتى لو مات صاحبه أو فقد أهليته.... أنظر في هذا الصدد بشار محمود دودين ، المرجع السابق ، ص110. و بالرجوع إلى المادة 62 من القانون المدني الجزائري يتضح و أن المشرع الجزائري قد أخذ بنظرية الإرادة الظاهرة إلا أنه لم يأخذها على إطلاقها و إنما أورد عليها إستثناءات على النحو المفصل أعلاه.

³ - أحمد خالد العجولي ، المرجع السابق ، ص73.

وكثيرا ما يختلط الإيجاب الصادر عبر شبكة المواقع مع الدعوة الى التعاقد ، ويقصد بالدعوة الى التعاقد العرض الذي يتقدم به شخص للتعاقد دون أن يحدد عناصره وشروطه أما الإيجاب فهو التعبير عن إرادة باتة ويتضمن جميع عناصر العقد الأساسية¹.

وبناء عليه فإن الإعلانات الموجهة عبر المواقع تختلف بحسب ما إذا كان متضمنة للعناصر الأساسية للعقد المراد إبرامه ، فلو تضمنت مجرد بعض العناصر دون الأخرى كانت مجرد دعوة للتفاوض حول موضوع العقد .
والتمييز بين ما إذا كان الإعلان إيجابا أم دعوة إلى التعاقد يؤدي إلى نتائج قانونية فائقة الأهمية ، تتمثل أساسا في انعقاد العقد في حالة القبول من عدمه وبالتالي ترتيب المسؤولية العقدية² على عاتق الطرف الذي يمتنع عن تنفيذ التزاماته³.

ثانيا/الإيجاب في حالة التعاقد بين حاضرين :

لقد نصت المادة 64 من القانون المدني الجزائري على أحكام الإيجاب في حالة التعاقد بين حاضرين ، وحسب النص القانوني فإن التعاقد يعتبر بين حاضرين إذا تم في مجلس عقد واحد يجمع الطرفين أو عن طريق الهاتف أو بأي طريق مماثل .
والملاحظ أن المشرع الجزائري لم يحصر وسائل التعامل التي يمكن اعتبار التعاقد بواسطتها بين حاضرين إذ ترك المجال مفتوحا لاعتبار أن أية وسيلة تجمع بين الطرفين مماثلة للهاتف تجعل من التعاقد بين حاضرين ، وترتبا عليه فإنه يمكن اعتبار أن التعاقد

¹ - يذهب جانب من الفقه الى أن الفارق بين الإيجاب والدعوة الى التفاوض و التعاقد هو فارق وظيفي ، بإعتبار أن وظيفة هذه الأخيرة هو مجرد الإعلان من صاحبها عن رغبته في التعاقد ، بقصد إكتشاف من تكون لديه رغبة مقابلة ، بخلاف الإيجاب الذي يرمي الى صياغة مشروع محدد المعالم قابل للتحويل الى عقد متكامل الأركان بمجرد إعلان من يوجه إليه عن قبوله ، لمزيد من التفصيل أنظر خالد ممدوح إبراهيم ، إبرام العقد الإلكتروني دراسة مقارنة ، المرجع السابق، ص 287.

² محمد خالد جمال رستم ، المرجع السابق ، ص 10-11.

³ - تنتج المسؤولية العقدية عن وجود العقد مع إخلال أحد الطرفين بالتزاماته وبالتالي متى إقترن الإيجاب بالقبول أصبح العقد شريعة المتعاقدين طبقا للمادة 106 من القانون المدني الجزائري ، و في حالة إخلال أحد الطرفين بالتزاماته تترتب المسؤولية العقدية طبقا للمادة 119 من القانون المدني و التي نصت على أنه : في العقود الملزمة للجانبين ، إذا لم يوفي أحد المتعاقدين بالتزامه جاز للمتعاقد الآخر بعد إعداره المدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو فسخه مع التعويض في الحالتين إذا إقتضى الحال ذلك.

بواسطة التلكس و البريد الإلكتروني في حالة الكتابة مع الاتصال و التعاقد عن طريق المحادثة أو التخاطب عبر الانترنت يعتبر تعاقدًا بين حاضرين ويخضع لأحكام المادة 64 من القانون المدني الجزائري.

و في هذا الصدد فقد نصت المادة 64 من القانون المدني الجزائري على أنه : "إذا صدر الإيجاب في مجلس العقد لشخص حاضر دون تحديد أجل القبول فإن الموجب يتحلل من إيجابه إذا لم يصدر القبول فوراً ، و كذلك إذا صدر الإيجاب من شخص إلى آخر بطريق الهاتف أو بأي طريق مماثل. غير أن العقد يتم ، و لو لم يصدر القبول فوراً ، إذا لم يوجد ما يدل على أن الموجب قد عدل عن إيجابه في الفترة ما بين الإيجاب و القبول ، و كان القبول صدر قبل أن ينفذ مجلس العقد".

وعلى هذا الأساس فإن الإيجاب الصادر عن طريق التخاطب عبر الإنترنت أو عن طريق البريد الإلكتروني مع الاتصال في آن واحد دون تحديد أجل القبول ملزم للموجب فقط لحظة إبدائه ، إذ يتعين على المتعاقد الآخر أن يبدي قبوله فوراً و إلا يتحلل الموجب من إيجابه ، باستثناء حالة عدم وجود ما يدل عن عدول الموجب عن إيجابه في الفترة الممتدة بين الإيجاب و القبول فهنا يكفي أن يصدر القبول قبل انقضاء مجلس العقد حتى يعتد به ولا ضرورة لصدوره فوراً.

الفرع الثاني : القبول في العقد الإلكتروني

القبول هو الرد الإيجابي على العرض ، و الذي يتضمن الموافقة بتصريح يحمل هذا المعنى ، إلا أنه لا يؤدي إلى إبرام العقد إلا إذا تطابق مع الإيجاب ، ذلك أن كل رد يختلف عن الإيجاب يعتبر إيجاباً جديداً و لا يمكنه أن يؤدي إلى إبرام العقد إلا إذا قبله الموجب.¹

¹ - Brahim Lahraoua , le commerce électronique au regard des principes généraux des contrats , mémoire présenté en vue d'obtenir le D.E.S.A, université abd elmalek essaadi département de droit privé, Tanger;2004/2005, p24, 06/05/2006 disponible sur: webmaster @ memoireonline. Com.

يعرف القبول بأنه تعبير بات عن الإرادة يصدر ممن وجه إليه الإيجاب برضاه بإبرام العقد بالشروط الواردة في الإيجاب ، ويشترط في القبول توافر الشروط المتعلقة بوجود الإرادة و اتجاهها الى إحداث أثر قانوني و التعبير عنها ، كما يجب أن يصدر القبول عندما يكون الإيجاب مازال قائما وأن يكون مطابقا للإيجاب مطابقة تامة¹. وطبقا للقواعد العامة فإن المشرع الجزائري لم يحدد طريقة معينة للتعبير عن القبول ، إذ أجاز المشرع للمتعاقد أن يعبر عن إرادته بالقبول بأية وسيلة ، بل إنه قد نص على حالات القبول الضمني والحالات التي يمكن فيها اعتبار السكوت قبولا². و إذا كان الأصل العام أن القبول يمكن أن يتم صراحة أو ضمنا فإن الغالب أن يتم القبول الإلكتروني صراحة ، إذ يصعب مع هذا النوع من القبول أن يتم ضمنا ، فهو يتم عن طريق أجهزة و برامج إلكترونية تعمل آليا و هذه الأجهزة لا يمكنها إستخلاص أو إستنتاج إرادة المتعاقد.

و يتم القبول الإلكتروني عادة عن طريق الضغط على الأيقونة المخصصة لإعلان الموافقة و القبول بجهاز الكمبيوتر ، كما يمكن أن يتم بالعديد من الطرق الأخرى منها القبول عن طريق هاتف الأنترنت أو غرف المحادثة أو البريد الإلكتروني ، فالأصل العام أن القبول و بإعتباره تعبيراً عن الإرادة يمكن أن يتم بأية وسيلة و بأية طريقة طالما كانت كافية للإفصاح عن هذا القبول ، كالإشارة الشائعة الإستعمال ، أو إتخاذ أي موقف آخر لا تدع ظروف الحال شكاً في دلالاته على حقيقة المقصود منه³.

إضافة إلى القبول الصريح فهناك طرقاً حديثة ابتكرتها تقنيات التجارة الإلكترونية وهي طرق لم تكن مألوفة من قبل في العالم المادي ، ومنها التعبير عن القبول من خلال قيام القابل بإرسال معلومات بطاقة الانتماء الخاصة به الى الموجب أو أن يقوم بتنزيل أو تحميل المنتجات الإلكترونية عبر شبكة الأنترنت عن بعد كما في عقود شراء أقراص (CD) أو برامج الحاسوب الآلي أو الكتب أو الجرائد أو الأفلام....ويتم ذلك

¹ - أمانج رحيم أحمد ، المرجع السابق ، ص 159

² - لم يحدد المشرع الجزائري وسيلة للقبول و بالتالي فإنه يخضع لأحكام المادتين 60 و 68 من القانون المدني على النحو الذي فصلناه أعلاه.

³ - إبراهيم الدسوقي أبو الليل ، المرجع السابق ، ص 23

عادة بتحميل ما تحتويه هذه المنتجات ونقله من مصدره الى الحاسوب الشخصي للمشتري.¹

فإذا كان القبول يتم من خلال الموقع الإلكتروني web فإنه يكون بإستعمال وسيلة معلوماتية ، فالمستعملون يستقبلون مختلف المعلومات عن طريق شاشة العرض وبعدها يتم ملئ نموذج الطلب و الذي يتم إرساله إلى المورد عن طريق الضغط على الأيقونة المخصصة لذلك ، و على كل فإن القبول يتم عادة بالضغط بإستعمال فأرة التأشير على ok بنعم أو موافق ، و السؤال الذي يطرح في هذا المجال يتعلق بالقيمة القانونية للضغط على الأيقونة.

إن الإجابة على هذا التساؤل ترتبط بمدى صحة الإلتزام، و هنا ينبغي الرجوع إلى القواعد العامة للعقود ، و طبقا للنظرية العامة للعقد فإن القبول يجب أن يكون واضحا ، بسيطا ، حرا و صريحا، فأما الوضوح فلكونه يفترض العلم المسبق بمحتوى العقد و أما البساطة فذلك مرده أن كل إجابة مختلفة عن العرض تشكل إجابا جديدا ، أما مسألة كونه حرا فذلك لكونه لا يمكن إكراه أي شخص على القبول بالعقد في حين أن شرط الصراحة لكونه لا يمكن أن ينتج القبول عن السكوت.²

و بتطبيق النظرية العامة للعقود يتضح لنا أنه لا يمكن أبدا إعتبار النقر أو الضغط على الأيقونة كمظهر لقبول واضح ، بسيط ، حر و صريح.

و مع ذلك فإنه في المجال العملي يمكن إعتبار أن التعبير عن الإرادة قد تم عندما يؤكد الزبون طلبه بالضغط على الأيقونة المخصصة لذلك و إرسال بياناته البنكية.³

وفي هذا الصدد نصت الفقرة الأولى من المادة 10 من مشروع اتفاقية اليونسترال للتعاقد الإلكتروني على جواز التعبير عن الإيجاب و القبول باستخدام رسائل البيانات أو تدابير أخرى تبلغ الكترونيا بطريقة يقصد بها التعبير عن الإيجاب وعن القبول بما في

¹ أمانج رحيم أحمد ، المرجع السابق ، ص 160 .

² - Brahim Lahraoua ,op.cit.,p31.

³ - Brahim Lahraoua ,op.cit.,p31.

ذلك على سبيل المثال لا الحصر لمس أو ضغط زر أو مكان معين على شاشة الحاسوب ما لم يتفق الطرفان على خلاف ذلك¹.

و إذا كانت بعض التشريعات قد تضمنت النص على هذه المسألة فإن الإشكال يثور بخصوص التشريعات التي سكتت عن الإشارة الى صحة التعبير عن القبول من خلال النقر أو اللمسة الواحدة على جهاز الحاسوب ، كمبدأ عام فإنه في حالة عدم النص على عدم صحة التعبير عن القبول من خلال النقر أو اللمسة الواحدة على جهاز الحاسوب يتعين الرجوع الى القواعد العامة و التي لا تمنع ذلك باستثناء حالة النص على شكلية معينة².

ونظرا للإشكالات التي تطرحها مسألة النقر أو اللمسة الواحدة على جهاز الحاسوب من احتمال أن يأتي الضغط على أيقونة القبول خطأ أو سهوا عن غير قصد فإن بعض البرامج الإلكترونية التي تعرض التعاقد تتطلب بعض الإجراءات التي تؤكد هذا القبول للتيقن من صحة إجراءاته ، منها تكرار الضغط على أيقونة القبول ، أو الرد³

بالقبول برسالة عن طريق البريد الإلكتروني ، أو الإجابة عن بعض الأسئلة التي توجه الى القابل أو كتابة بعض البيانات الخاصة التي تظهر على شاشة جهاز الحاسوب. والواضح من خلال هذه الإجراءات أنها ترمي الى تأكيد القبول و جعله في صورة أكثر فعالية يمنح القابل فرصة للتروي ، و التأكد من رغبته في القبول وإبرام العقد حتى إذا تم منه بالشكل أو بالإجراء المطلوب كان معبرا عن إرادته الجازمة في القبول⁴.

الفرع الثالث : إسناد الإرادة الإلكترونية

لا يكفي لإبرام العقد الإلكتروني تحقق الإيجاب و القبول وإنما يتعين اقترانهما وتقابلهما بما يحقق الإرادة المشتركة للمتعاقدين و يثير تقابل الإرادتين الكثير من

¹ أمانح رحيم أحمد ، المرجع السابق ، ص 162.

² ينص القانون في بعض المجالات على ضرورة صب العقد في شكل معين لإنعقاده و هنا يعتبر الشكل ركن من أركان العقد إذ يترتب على تخلفه بطلان العقد بطلانا مطلقا ، و مثاله العقد الناقل لملكية عقارأنظر المادة 324 مكرر I من القانون المدني الجزائري.

³ إبراهيم الدسوقي أبو الليل ، المرجع السابق ، ص 24.

⁴ إبراهيم الدسوقي أبو الليل ، المرجع السابق ، ص 24.

المسائل القانونية و لاسيما ما يتعلق منها بإسناد الإرادة الإلكترونية سواء الإيجاب أو القبول ، ذلك أن توسط الأجهزة الإلكترونية في إعلان المتعاقد رغبته وإرادته في التعاقد إلكترونيا قد يؤدي الى وقوع غش و احتيال بإسناد الإرادة الى شخص لم تصدر منه أو التلاعب في مضمونها وهو ما يؤكد الحاجة الى التحقق من إسناد الإرادة الى الشخص الذي تنسب له و التحقق من مضمونها و حقيقتها .

وتظهر أهمية دراسة إسناد الإرادة الى من صدرت عنه في حالة التعبير عن الإرادة بواسطة رسالة البيانات ذلك أنها تتم بين أطراف متباعدة جغرافيا .

ويتطلب الأمان في تبادل رسائل البيانات أن يقوم المرسل إليه بإشعار المنشئ باستلامه لرسالة البيانات ، ونظرا لأهمية هذا الموضوع فإنه يتعين دراسته بالتطرق الى مسألة إسناد رسالة البيانات و الإشعار باستلامها .

أولا / إسناد رسالة البيانات : من المشاكل التي تبرز في العقود التقليدية المبرمة في بيئة ورقية هي مشكلة إنكار العقد من قبل أحد طرفيه أو كليهما باعتبار أن التوقيع الموجود على العقد مزور ولا يعود للشخص الذي ينكره ، إلا أن هذه المشكلة تبدوا أكثر تعقيدا في البيئة الإلكترونية التي تبرم فيها العقود من خلال رسالة البيانات ويتم التوقيع عليها إلكترونيا من خلال التوقيع الإلكتروني إذ يمكن أن يقوم أي شخص بإرسال رسالة بيانات باستخدام التوقيع الإلكتروني لشخص آخر .

ونظرا لأهمية إسناد رسالة البيانات إلى من أنشأها فقد وضعت مختلف التشريعات ضوابط يمكن الاعتماد عليها ، وفي هذا المجال فقد خصص قانون اليونسטרال النموذجي المادة 13 منه الى إسناد رسالة البيانات إذ إعتبرت هذه المادة أن رسالة البيانات صادرة عن المنشئ إذا كان هو من أرسلها بنفسه أو أرسلت من طرف شخص له صلاحية التصرف نيابة عن المنشئ سواء كان نائبا قانونيا أو نائبا اتفاقيا² أو أرسلت من خلال

¹ نفس المرجع السابق ، ص 27

² - الأصل أن يعبر الموجب أو القابل عن إرادته بنفسه ، فالعقد بغير إرادته لا ينعقد ، و لكن يمكن أن يحل شخص آخر محل المتعاقد فيكون نائبا عنه يمثل في التعاقد و تحل إرادته محل إرادة الأصيل ، هذا النائب قد يكون نائبا قانونيا يعينه المشرع بنص قانوني كالأب في ولايته على مال ابنه القاصر و قد يكون نائبا قضائيا يعينه القاضي مثل الوصي و الحارس ، و قد يكون نائبا اتفاقيا يتلقى نيابته من العقد كالوكيل.... لمزيد من التفصيل أنظر د/ محي الدين إسماعيل علم الدين ، نظرية العقد ، بدون سنة نشر ، دار الكتاب الحديث القاهرة ، ص187

نظام معلومات مبرمج على يد المنشئ أو نيابة عنه للعمل تلقائياً لحساب المنشئ¹ ، وطبقاً للفقرة الثالثة من هذه المادة فإنه يفترض صدور الرسالة عن المنشئ حتى ولو لم تصدر عنه شخصياً أو عن وكيله أو عن الوسيط الإلكتروني الذي يعمل نيابة عنه و باسمه وذلك في حالتين :

- 1- إذا قام المرسل إليه بتطبيق إجراء سبق وأن تم الاتفاق على إتباعه إتجاه المنشئ لأجل التأكد من أن الرسالة صدرت عن المنشئ .
- 2- إذا كانت الرسالة التي وصلت الى المرسل إليه ناتجة عن إجراءات و تصرفات قام بها شخص تابع للمنشئ أو من ينوب عنه أو من أي شخص آخر تمكن بحكم علاقته بالمنشئ أو من ينوب عنه من الوصول الى طريقة يستخدمها المنشئ لإثبات أن رسالة البيانات صادرة عنه فعلا بغض النظر فيما إذا كان هذا الشخص قد توصل الى استخدام هذه الطريقة بصورة مشروعة أم لا ، إلا إذا كان المرسل إليه سيء النية وهو يعلم أو كان بإمكانه أن يعلم ببذل عناية معقولة أن استخدام تلك الطريقة غير مشروع وتم من قبل أجنبي.²

وهذه القرينة هي قرينة قانونية بسيطة قابلة لإثبات العكس³ من قبل المنشئ ونفي نسبة الرسالة له في حالتين :⁴

أ- إذا استلم المرسل إليه إشعاراً من المنشئ يفيد بأن تلك الرسالة لم تكن صادرة عنه بشرط أن تتاح للمرسل إليه فترة أمنية معقولة لكي يستطيع من خلالها تدبر أموره ، فإذا

¹ أمانح رحيم أحمد ، المرجع السابق ، ص 110.

² - نفس المرجع السابق ، ص 111

³ - القرينة القانونية هي وسيلة يلجأ إليها المشرع ليفرض بها ثبوت أمر لم يقم عليه دليل ، وذلك عن طريق الاستنباط من ثبوت أمور أخرى ، و يغلب أن يلجأ المشرع لهذه الوسيلة في حالات يبدو فيها عيب إقامة الدليل على أمر معين ، عيباً بالغا حداً من الصعوبة يجعل المدعي يعجز غالباً عن النهوض به ، و يظهر من ذلك أن القرينة القانونية ليست دليلاً من الأدلة التي يثبت بها المدعي دعواه ، و إنما هي قاعدة يعفي بها المشرع المدعي في ظروف معينة من عيب الإثبات كله أو بعضه و ذلك بأن يلقي على المدعي عليه عيب إثبات العكس بإعتباره مدعياً خلاف الظاهر فرضاً.... لمزيد من التفصيل أنظر سليمان مرقس ، الوافي في شرح القانون المدني ، أصول الإثبات و إجراءاته في المواد المدنية ، الجزء الأول : الأدلة المطلقة، الطبعة الخامسة 1991،

دار الكتاب الحديث ، القاهرة ، ص 110 و 111.

و قد نص المشرع الجزائري في المادة 337 من القانون المدني على أن: "القرينة القانونية تغني من تقررت لمصلحته عن أية طريقة أخرى من طرق الإثبات ، على أنه يجوز نقض هذه القرينة بالدليل العكسي ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك".

⁴ - أمانح رحيم أحمد ، المرجع السابق ، ص 111

كان المرسل إليه مثلا هو مورد بضائع في عقد التوريد فإنه يحتاج الى وقت زمني ينظم إنتاجه حسب مقتضى الحال.

وهنا يبقى المنشئ مسؤولا عن الآثار القانونية المترتبة قبل الإشعار ، و يعفى فقط من الآثار المترتبة بعد الإشعار وذلك حماية لاستقرار المعاملات و توفير الثقة و الأمان.

ب- إذا كان المرسل إليه يعلم أو بإمكانه العلم ببذل عناية معقولة أو باستخدام إجراء متفق عليه في هذا المجال أن رسالة البيانات ليست صادرة عن المنشئ بل إن الشخص الذي أرسلها هو شخص أجنبي وقام باستخدام غير مشروع للوسيلة المستخدمة¹ .

ثانيا/ الإشعار باستلام رسالة البيانات:

يستخدم نظام الإشعار بالاستلام على نطاق واسع في مجال التجارة الإلكترونية بشكل عام و العقود الإلكترونية المبرمة عبر شبكة الانترنت خصوصا ، وقد وجد هذا النظام بهدف تحقيق المزيد من الأمان و الثقة في التبادل الإلكتروني لرسالة البيانات من جهة و التثبت من وصول الرسالة الى المرسل إليه من جهة أخرى .

يتطلب هذا النظام من المرسل إليه أن يقوم بإشعار المنشئ باستلامه لرسالة البيانات منه سواء بموجب اتفاق بين المنشئ و المرسل إليه قبل التبادل أو أثناءه أو بموجب شرط يضعه المنشئ مسبقا مع رسالة البيانات ذاتها² .

وترتيباً عليه فإن هذا الشرط يعتبر شرطا واقفا إذ يتوقف ترتيب رسالة البيانات لأثرها القانوني من إنشاء الالتزام أو تعديله أو إنهائه على إرسال الإشعار بتلقيها الى المنشئ وهو ما يؤدي الى القول بأن العقد الإلكتروني في وجود هذا الشرط يعتبر معلقا على شرط واقف وهو إرسال الإشعار³.

ويتم الإشعار عن طريق أي إجراء أو إبلاغ من جانب المرسل إليه وبأية وسيلة كانت للاتصال بإستثناء حالة وجود الاتفاق بين الطرفين على طريقة أو شكل معين للإشعار.

¹ - نفس المرجع السابق، ص 112.

² أمانح رحيم أحمد ، نفس المرجع السابق ، ص 113

³ نفس المرجع السابق، ص 114.

وفي حالة عدم وجود شرط بتلقي الإشعار بالاستلام يجوز للمنشئ أن يرسل إشعار لاحقاً للمرسل إليه بضرورة إرسال الإشعار ويحدد له وقتاً معقولاً للرد و في حالة عدم رده يحق للمنشئ معاملة رسالة البيانات و كأنها لم ترسل أصلاً هذا فضلاً عن طلب التعويض إذا كان لذلك محل.¹

المبحث الثاني : تحديد زمان ومكان انعقاد العقد :

ينعقد العقد بصفة عامة في اللحظة الزمنية التي يقترن فيها القبول بالإيجاب سواء كان الاقتران حقيقياً (التعاقد بين حاضرين) أو حكماً (التعاقد بين غائبين) .
و تعتبر مسألة تحديد زمان و مكان العقد من أهم المسائل و الصعوبات التي يثيرها العقد الإلكتروني إذا يترتب على تحديدها تحديد وقت بدء تنفيذ الالتزامات و المحكمة المختصة و القانون الواجب التطبيق.

المطلب الأول : تحديد زمان إنعقاد العقد الإلكتروني.

يعتمد تحديد زمان التعاقد الإلكتروني أساساً على تحديد طبيعة مجلس العقد و للتطرق لجميع الإشكالات التي من شأنها أن تثار بهذا الصدد يتعين دراسة كيفية تحديد زمان العقد (الفرع الأول) ثم دراسة أهمية تحديد زمان العقد (الفرع الثاني).

الفرع الأول: كيفية تحديد زمان الإنعقاد.

¹ نفس المرجع السابق ،ص 115

انتهينا الى أن التعاقد الإلكتروني هو تعاقد بين حاضرين زمانا و غائبين مكانا إلا في حالة التعاقد غير اللحظي إذ يكون العقد بين غائبين زمانا و مكانا كما في حالة التعاقد عن طريق البريد الإلكتروني بصفة غير مباشرة أو غير لحظية¹ .

وترتبيا عليه فإنه يتعين التطرق بالدراسة لمسألة زمان إنعقاد العقد الإلكتروني في حالة التعاقد بين غائبين باعتبار أن التعاقد بين حاضرين لا يثير أي إشكال بخصوص زمان العقد ، و ذلك بدراسة الآراء الفقهية في هذا المجال و موقف القوانين سواء الداخلية أو الدولية.

أولا/ موقف الفقه:

كما سبق البيان فإن العقد الإلكتروني هو تعاقد بين حاضرين من حيث الزمان بإستثناء حالة التعاقد غير اللحظي كالتعاقد بإستعمال البريد الإلكتروني و هنا يثور السؤال بخصوص وقت إبرامه ، فهل يعتبر قد أبرم عند دخول الرسالة الإلكترونية المتضمنة القبول نظام الكمبيوتر الخاص بالموجب أم عندما يصل القبول نظام الكمبيوتر الخاص بالموجب و يسجلها الكمبيوتر أم عندما يصل القبول لنظام المعلومات الخاص بالموجب ويقوم بالإطلاع عليها ومعالجتها و تفسيرها² .

لقد اختلفت الآراء و تشعبت النظريات حول هذه المسألة الى عدة مذاهب يمكن إجمالها في أربع نظريات :

1-نظرية إعلان القبول: طبقا لهذه النظرية فإن العقد يتم بمجرد إعلان القبول للموجب ويتم هذا التوافق بمجرد صدور قبول³ مطابق للإيجاب دون حاجة الى علم الموجب بالقبول من عدمه و تجد هذه النظرية أساسها في القانون في أن العقد ينعقد بمجرد تطابق الإرادتين ، ومن مزايا هذه النظرية توافقها مع ما تقتضيه الحياة التجارية من السرعة في التعامل إلا أن ما يؤخذ عليها هو صعوبة إثبات وقت إعلان القبول هذا فضلا على أن إعلان الإرادة لا ينتج أثره إلا إذا وصل الى علم من وجه إليه القبول⁴ .

¹ - لمزيد من المعلومات أرجع إلى خصائص العقد الإلكتروني في الفصل التمهيدي من هذه المذكرة ، ص 18 .

² خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، المرجع السابق ، ص 290.

³ - نفس المرجع السابق ، ص 296

⁴ - أمانح رحيم أحمد ، المرجع السابق ، ص 178.

و بموجب هذه النظرية فإنه يمكن القول أن لحظة إعلان القبول التي تعتمد عليها هذه النظرية بإعتبارها اللحظة التي ينعقد فيها العقد هي مثلا اللحظة التي يحرر فيها من وجه إليه الإيجاب رسالة إلكترونية تعبر عن قبوله للإيجاب أو هي اللحظة التي يضغط فيها على الأيقونة المخصصة للقبول ، أما بشأن العقود التي تبرم عن طريق البريد الإلكتروني فإن اللحظة التي يمكن القول بانعقاد العقد فيها وفقا لهذه النظرية هي تلك التي يعلن فيها القابل إرادته بالقبول حتى قبل قيامه بالضغط على زر الإرسال¹.

ونجد أن الأخذ بهذه النظرية يؤدي الى زيادة تعقيد المشاكل الناتجة عن التعاقد الإلكتروني إذ غالبا ما يلجأ القابل الى إنكار صدور القبول منه خاصة مع عدم ثبوت إرسال القبول فعلا ، إضافة الى أنه لا يمكن اعتبار مجرد كتابة الرسالة قرينة على علم الموجب بها ولهذا السبب فإن هذه النظرية مهجورة من قبل التشريعات المنظمة للمعاملات الإلكترونية².

2- نظرية تصدير القبول : تشترط هذه النظرية إضافة الى إعلان القبول تصديره حتى يكون نهائيا لا يمكن الرجوع فيه ، وذلك بأن يرسل القبول فعلا الى الموجب، وطبقا لهذه النظرية فإن العقد يعتبر مبرما منذ لحظة خروج الرسالة الإلكترونية المحتوية على القبول و دخولها في سيطرة الوسيط الإلكتروني و لا يشترط وصول الرسالة الى صندوق البريد الإلكتروني الموجود في موقع الموجب على شبكة الانترنت³.

وفي هذا المجال لا يمكن الأخذ بهذه النظرية في مجال التعاقد الإلكتروني لأن مجرد صدور رسالة البيانات المتضمنة القبول لا يعني وصولها فعلا الى نظام المعلومات للمرسل إليه أو لمورد خدمة الاتصال ذلك أنه من الممكن أن تتعرض الى التلف أو عدم تسلمها من قبل نظام المعلومات التابع للشخص المعني ، كما يمكن ألا يعمل النظام المعلوماتي أصلا أو يعمل بصورة غير صحيحة⁴ مما يؤدي الى عدم تحقق واقعة الإرسال و بالتالي عدم انعقاد العقد ، هذا من جهة ومن جهة أخرى قد لا

¹ - محمد حسن قاسم ، التعاقد عن بعد ، طبعة 2005 ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الإسكندرية، ص79.

² - أمانح رحيم أحمد ، المرجع السابق ، ص 179.

³ - خالد ممدوح إبراهيم ، إبرام العقد الإلكتروني، المرجع السابق ، ص 297.

⁴ أمانح رحيم أحمد ، المرجع السابق ، ص 180.

يملك الموجب نظاما خاصا به للمعلومات مما يدفعه الى الاستعانة بمورد خدمة الاتصال الذي يستلم رسالة البيانات نيابة عن المرسل إليه ويقوم مورد الخدمة بدوره بإرسالها الى صندوق البريد الإلكتروني للمرسل إليه مما يثير التساؤل فيما إذا كان العقد منعقدا وقت إرسال رسالة البيانات من القابل الى مورد الخدمة أم لحظة إرسال مورد الخدمة الرسالة الى الموجب، فإذا اعتمدنا هذه النظرية فإن العقد ينعقد وقت إرسال مورد الخدمة الرسالة الى الموجب¹.

3-نظرية وصول القبول : طبقا لهذه النظرية فإن وقت انعقاد العقد هو وصول الرسالة المتضمنة القبول الى الموجب أي سيطرته الفعلية عليها ، وذلك بأن يصبح نهائيا ولا يمكن للقابل استردادها وهنا ينعقد العقد سواء علم الموجب بالقبول أم لا .

ويرى أنصار هذه النظرية أن من مزاياها توزيع المخاطر بين الموجب و القابل بصورة عادلة² إذ يتحمل الموجب المسؤولية سواء علم بالقبول أم لم يعلم به لأن العقد ينعقد بوصول القبول ويعد ذلك قرينة على العلم به³ ، إلا أن السؤال الذي يطرح نفسه هو حالة وصول الرسائل الى مورد خدمة الانترنت وليس الى الموجه إليه في الوقت المحدد.

يذهب البعض الى أن الموجب في هذه الحالة ملزم بالعقد ولا يكون أمامه إلا الرجوع على مقدم خدمة الانترنت طبقا لقواعد المسؤولية.

4-نظرية العلم بالقبول: حسب هذه النظرية يتم التعاقد في الزمان و المكان اللذين يعلم فيهما الموجب فعلا بقبول القابل بأن يطلع على الرسالة الإلكترونية المتضمنة لقبوله ويعلم بما تضمنته ذلك لأن القبول إرادة و التعبير عن الإرادة لا ينتج أثره إلا إذا اتصل بعلم من وجه إليه .

¹ - نفس المرجع السابق ، ص 181.

² خالد ممدوح إبراهيم ، إبرام العقد الإلكتروني، المرجع السابق ، ص 297

³ أمانج رحيم أحمد ، المرجع السابق ، ص 182

ولما كان العلم الحقيقي قد يكون صعب الإثبات فإن وصول القبول الى الموجب يعتبر قرينة على العلم به ولكنها قرينة تقبل إثبات العكس إذ يستطيع الموجب إثبات عدم علمه بالقبول رغم وصوله¹.

ثانيا / موقف المشرع الجزائري و القوانين المقارنة :

1-موقف القانون الجزائري:

يلاحظ أن المشرع الجزائري قد أخذ بنظرية العلم بالقبول إذ نص في المادة 67 من القانون المدني على أنه يعتبر التعاقد مابين الغائبين قد تم في المكان و في الزمان اللذين يعلم فيهما الموجب بالقبول ما لم يوجد اتفاق أو نص قانوني يقضي بغير ذلك . ويفترض أن الموجب قد علم بالقبول في المكان و في الزمان الذي وصل إليه فيهما القبول.

وترتبيا عليه فإنه يمكن القول بأن المشرع الجزائري قد اعتبر أنه في حالة غياب الاتفاق فإن زمان العلم بالقبول هو وقت انعقاد العقد و أعتبر أن زمان وصول القبول هو زمان العلم به و بالتالي زمان انعقاد العقد ، ولم يوضح المشرع فيما إذا كانت هذه الفرضية تشكل قرينة بسيطة قابلة لإثبات العكس أم قرينة قاطعة غير قابلة لإثبات العكس. و نحن نرى في هذا المجال بأنه بتطبيق قواعد العدالة يمكن القول بأن افتراض المشرع أن العلم بالقبول قد تم في مكان وزمان وصوله يشكل قرينة بسيطة تعفي القابل من إثبات علم الموجب ولكنها لا تمنع الموجب من إثبات عكسها للتملص من المسؤولية. ونجد أن معظم التشريعات المنظمة للمعاملات و التجارة الإلكترونية وضعت أحكاما وقواعد لتحديد وقت إرسال البيانات من المنشئ و وقت تسلمها من المرسل إليه، كما وضع البعض من هذه التشريعات حولا خاصة بتحديد زمان انعقاد العقود الإلكترونية بذاتها.

2-موقف القوانين المقارنة :

لقد تباينت مواقف التشريعات بالأخذ بأي من النظريات السالفة الذكر لتحديد لحظة القبول و التي يتحدد بها وقت انعقاد العقد .

¹ - خالد ممدوح إبراهيم ، إبرام العقد الإلكتروني ، المرجع السابق ، ص 298

ففي بريطانيا يؤخذ بنظرية الإرسال في مجال العقود المبرمة بواسطة البريد العادي في حين يؤخذ بنظرية وصول القبول بشأن وسائل الاتصال الأخرى و التي يندرج تحتها وسيلتي الفاكس و التلكس ، وفي كندا يؤخذ بنظرية الاستلام أو الوصول¹.

أما في فرنسا فالملاحظ أن التقنين المدني الفرنسي لم يتضمن أي نص عام في هذا الصدد و هو الأمر الذي يأسف له جانب كبير من الفقه الفرنسي ، و الذي يرى أنه لا بديل عن الحل التشريعي لمسألة تحديد الوقت الذي يصبح فيه العقد تاما حين يعقد² بين غائبين بصفة عامة ، و ذلك بالنظر لأهمية النتائج العملية التي ترتبط بهذا التحديد و هنا كان على القضاء الفرنسي أن يتصدى لحل مشكلة تحديد زمان إنعقاد العقد كلما عرضت عليه.

و قد ترددت أحكام محكمة النقض الفرنسية في هذا الشأن بين إعتبار تحديد وقت إنعقاد العقد مسألة واقع تخضع لقاضي الموضوع و بين إعتبارها مسألة قانون ، فبعد أن كانت تعتبرها مسألة واقع عادت إلى النظر إليها على أنها مسألة قانون ، و أخذت في ذلك بنظرية تصدير القبول³ و ذلك بموجب حكم إعتبره الفقه من أحكام المبادئ إذ قضت محكمة النقض بأنه في حالة عدم وجود إتفاق مخالف يصبح العقد تاما ليس بتسلم من صدر عنه الإيجاب لقبول من وجه إليه و إنما بتصدير هذا الأخير للقبول⁴.

وفي مصر فقد نصت المادة 01 /97 من القانون المدني على اعتبار أن التعاقد بين غائبين قد تم في المكان وفي الزمان اللذين يعلم فيهما الموجب بالقبول⁵ ما لم يوجد نص أو اتفاق يقضي بخلاف ذلك ، وفي مجال المعاملات الإلكترونية فقد عالج مشروع قانون التجارة الإلكترونية المصري مسألة زمان انعقاد العقد الإلكتروني المبرم عبر شبكة الانترنت في الشق الأخير من المادة الثانية منه وذلك ضمن القواعد المتعلقة بتنازع القوانين من حيث المكان إذ نص على أنه يعتبر العقد قد تم بمجرد تأكيد وصول القبول ، و الملاحظ أن مشروع قانون التجارة الإلكترونية المصري قد تبني حل يختلف عن الحلول المعروفة الواردة في النظريات الخاصة بمعالجة زمان انعقاد العقد و المتمثل

1 -عمر خالد زريقات، المرجع السابق ، ص 160.

2 د/ محمد حسن قاسم ، المرجع السابق ، ص 83.

3 - محمد حسن قاسم ، المرجع السابق ، ص84.

4 - نفس المرجع السابق ، ص85.

5 -عمر خالد زريقات، المرجع السابق، ص 160.

في تأكيد وصول القبول¹ أي في اللحظة التي يستلم فيها القابل تأكيداً من الموجب بوصول القبول إليه وبالتالي ينعقد العقد في اللحظة التي تدخل فيها الرسالة التأكيدية الى نظام معالجة المعلومات للقابل حتى ولو لم يطلع القابل على مضمونها. وبالتالي فإن هذا الحل الذي انتهجه المشرع المصري يمثل نظرية خامسة لأنه يحتاج الى إعلان القبول و تصديره و وصوله الى الموجب وعلم هذا الأخير به وإعلام القابل بوصول القبول².

أما في الأردن فقد نصت المادة 101 من القانون المدني على أنه إذا كان المتعاقدين لا يضمهما حين العقد مجلس عقد واحد فيعتبر التعاقد قد تم في المكان وفي الزمان اللذين صدر فيهما القبول ما لم يوجد اتفاق مخالف³ وبالتالي فإن المشرع الأردني قد أخذ بنظرية الإعلان .

ثالثاً/ موقف القانون الدولي :

لقد أخذت الاتجاهات الحديثة في الاتفاقيات الدولية الخاصة بالعقود بنظرية وصول القبول في حالة التعاقد بين غائبين ، ومثالها إتفاقية فيينا للبيع الدولية لسنة 1986⁴ ، ومبادئ عقود التجارة الدولية الصادرة في روما عن العهد الدولي لتوحيد قواعد القانون الخاص لسنة 1994 ، بينما نجد القرار رقم (6/03/54) الصادر عن مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي في دورته السادسة قد نص على أنه إذا تم التعاقد بين غائبين لا يجمعهما مكان واحد و لا يرى أحدهما الآخر معاينة و لا يسمع كلامه وكانت وسيلة الاتصال بينهما الكتابة أو الرسالة أو السفارة (الرسول)- وهذا ينطبق على الكمبيوتر- ففي هذه الحالة ينعقد العقد عند وصول الإيجاب الى الوجه إليه وقبوله⁵ .

¹ - أمانج رحيم أحمد ، المرجع السابق ، ص 195.

² - أمانج رحيم أحمد ، المرجع السابق ، ص 196.

³ - عمر خالد زريقات المرجع السابق ص 161.

⁴ - وما تجدر الإشارة إليه هو أن هذه الإتفاقية لاتطبق بشأن البيوع مع المستهلكين وهي مما قد لا تتناسب مع البيوع عبر الأنترنت و التي تبرم في معظمها مع مستهلكين ، إلا أن الإشارة إليها ليس إلا على سبيل الإستدلال لموضوع تحديد وقت القبول كمسألة خلافية فيما بين التشريعات الوطنية...لمزيد من التفصيل أنظر في هذا الصدد عمر خالد زريقات ، المرجع السابق ، ص 162.

⁵ - خالد ممدوح إبراهيم ، أمن المستندات الإلكترونية ، المرجع السابق ، ص 103.

أما القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية فقد حدد في المادة 1/15 وقت إرسال رسائل البيانات بأنه وقت دخول الرسالة نظاما للمعلومات خارج سيطرة منشئ الرسالة ومن ثمة فإن إرسال رسالة البيانات يتم فعلا عند دخولها نظام معلومات لا يخضع لسيطرة المرسل أو سيطرة الشخص الذي أرسل الرسالة نيابة عنه ، وذلك كله مالم يوجد اتفاق بين المرسل و المرسل إليه على خلاف ذلك ، وهو ما يفهم منه أن هذه¹ الأحكام مكملة لإرادة المتعاقدين وليست أمره وبالتالي يجوز الاتفاق على مخالفتها، ويقوم معيار الاعتداد بوقت إرسال و استقبال رسالة البيانات على فكرة دخولها نظام المعلومات و الذي يتعين أن يكون غير خاضع لسيطرة منشئ الرسالة أو من أرسلها نيابة عنه . وقد عرف القانون النموذجي نظام المعلومات بأنه النظام الذي يستخدم لإنشاء رسائل البيانات أو إرسالها أو استلامها أو تخزينها أو تجهيزها على أي وجه آخر. ويتمثل نظام المعلومات بالنسبة للعقود الإلكترونية في المواقع المنتشرة عبر شبكة الأنترنت و عناوين البريد الإلكتروني².

ولتحديد وقت استلام رسالة البيانات وفقا للقانون النموذجي يتعين التمييز بين حالتين:

■ الحالة الأولى/ حالة تعيين المرسل إليه نظام معلومات :

إذا قام المرسل إليه بتعيين نظام معلومات لاستلام الرسالة الإلكترونية فإن العقد الإلكتروني يبرم في الوقت الذي تدخل فيه الرسالة الإلكترونية نظام المعلومات المعين أو وقت استخراج المرسل إليه للرسالة الإلكترونية إذا أرسلت الى نظام معلومات تابع للمرسل إليه ولكن ليس هو الذي تم تعيينه³.

■ الحالة الثانية/ حالة عدم تعيين المرسل إليه نظام معلومات محدد:

في حالة عدم تعيين المرسل إليه لنظام معلومات محدد لاستلام الرسائل الإلكترونية فإنه وطبقا للقانون النموذجي يبرم العقد الإلكتروني منذ لحظة دخول رسالة القبول نظام معلومات تابع للمرسل إليه ، ولا يشترط في هذه الحالة علم المرسل إليه⁴.

¹ - خالد ممدوح إبراهيم ، أمن المستندات الإلكترونية ، المرجع السابق ، ص 107.

² نفس المرجع السابق ، ص 107.

³ نفس المرجع السابق ، ص 108.

⁴ - نفس المرجع السابق ، ص 109

الفرع الثاني: أهمية تحديد زمان إنعقاد العقد الإلكتروني.

تكمن أهمية تحديد زمان إنعقاد العقد الإلكتروني في التفرقة بين المرحلة ما قبل وجود العقد و مرحلة وجوده أي ترتيبه لآثاره ، و بالتالي فإن تحديد زمان إنعقاد العقد يترتب عليه جملة من النتائج يمكن تلخيصها فيما يلي:

أولا / أثر حق العدول على القوة الإلزامية للعقد:

1- حق العدول في العقود الإلكترونية : بمجرد إقتران الإيجاب بالقبول فإنه ينعقد العقد، و من ثمة يصبح تنفيذه ملزما لطرفيه و لا يجوز لأي منهما الرجوع عنه ، و هو ما يعرف بالقوة الملزمة للعقد¹.

و قد نص المشرع الجزائري على القوة الملزمة للعقد في المادة 106 من القانون المدني الجزائري و التي نصت على أن العقد شريعة المتعاقدين ، لا يجوز نقضه و لا تعديله إلا بإتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقررها القانون.

من خلال هذه المادة يتضح لنا أن تحديد زمان إنعقاد العقد يترتب عليه معرفة الوقت الذي أصبح فيه العقد ملزما للطرفين ، و بالتالي وجوب تنفيذه طبقا لما اشتمل عليه دون أن يكون لأحدهما الحق في تعديله أو العدول عنه دون موافقة الطرف الآخر، إلا أن القول بذلك و إعمال القوة الملزمة للعقد الإلكتروني من شأنه إلحاق الضرر بالمستهلك بحكم أنه ليس له الإمكانية لمعاينة السلعة و الإمام بخصائص الخدمة قبل إبرام العقد ، و هو ما أدى إلى القول بضرورة تمتعه بحق العدول ، و بالتالي منح المستهلك حق نقض العقد بعد إنعقاده بإرادته المنفردة .

و في هذا الصدد فقد نصت العديد من التشريعات ، كالقانون الفرنسي و القانون الأمريكي و القانون الإنجليزي على حق المستهلك في العدول في العقود الإلكترونية خلال فترة السماح¹ ، و تختلف هذه الفترة من قانون إلى آخر، فأما التشريع الفرنسي فقد نص في المادة 26/121 من تقنين الإستهلاك على أنه : " يحق للمشتري في كل عملية

¹ - خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني ، المرجع السابق ، ص 272.

بيع عن بعد إعادة المنتج خلال سبعة أيام كاملة تبدأ من تاريخ تسلمه ، سواء لإستبداله أو لإسترداد ثمنه دون مسؤولية أو نفقات فيما عدا تكاليف الرد .

كما قرر التوجيه الأوربي رقم 97/7 الصادر بتاريخ 20 ماي 1997 هذا الحق بموجب المادة 1/6 منه و التي نصت على أن 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 و السلع ، و من تاريخ إبرام العقد أو من تاريخ كتابة المورد للإقرار الخطي بالنسبة للخدمات ، و تصل هذه المدة إلى ثلاثة أشهر إذا تخلف المورد عن القيام بالتزامه بإرسال إقرار مكتوب يتضمن العناصر الرئيسية للعقد².

و رغم تقرير القانون لحق المستهلك في ممارسة حق العدول إلا أن ذلك قد لا يجدي نفعا في بعض الحالات ، مثل عقود برامج الحاسب ، و ذلك إذا تم إرسالها بالبريد العادي و قام العميل بفض الأختام و نزع الغلاف ، أو إذا تم إرسالها إلكترونيا إلى ذاكرة الحاسب الآلي الخاص بالمستخدم.

و إذا كان كل من القانون الفرنسي و التوجيه الأوربي قد إتفقا على حق العدول ، إلا أن التوجيه الأوربي الخاص بالبيع عن بعد وضع له مجالا أوسع إذ تضمن حق المستهلك في العدول بخصوص المنتجات و الخدمات بخلاف القانون الفرنسي الذي قصر حق العدول على المنتجات فقط دون الخدمات³.

أما القانون التونسي الخاص بالمبادلات التجارية الإلكترونية فقد نص في المادة 30 منه على أنه : " يمكن للمستهلك العدول عن الشراء في أجل عشرة أيام عمل تحتسب : بالنسبة إلى البضائع من تاريخ تسلمها من قبل المستهلك . بالنسبة للخدمات بداية من تاريخ إبرام العقد⁴ . و يتم الإعلام بالعدول بواسطة جميع الوسائل المنصوص عليها مسبقا في العقد .

¹ - نفس المرجع السابق ، ص 272.

² - خالد ممدوح إبراهيم ، إبرام العقد الإلكتروني ، المرجع السابق ، ص 274.

³ - خالد ممدوح إبراهيم ، التحكيم الإلكتروني في عقود التجارة الإلكترونية ، طبعة 2009 ، دار الفكر الجامعي الإسكندرية ، ص 130.

⁴ محمد خالد جمال رستم ، المرجع السابق ، ص 173.

في هذه الحالة يتعين على البائع إرجاع المبلغ المدفوع إلى المستهلك في أجل عشرة أيام عمل من تاريخ إرجاع البضاعة أو العدول عن الخدمة ، و يتحمل المستهلك المصاريف الناجمة عن إرجاع البضاعة".

من خلال هذا النص يتضح لنا أن المشرع التونسي قد منح للمستهلك حق العدول سواء تعلق الأمر بسلعة أو بخدمة إلا أنه لم يترك الأمر على إطلاقه و إنما نص على الحالات التي لا يجوز فيها للمستهلك العدول عن العقد في المادة 32 من نفس القانون و تتمثل هذه الحالات فيما يلي :

- عندما يطلب المستهلك توفير الخدمة قبل إنتهاء أجل العدول عن الشراء و يوفر البائع ذلك .
- إذا تم تزويد المستهلك بمنتجات حسب خاصيات شخصية أو تزويده بمنتجات لا يمكن إعادة إرسالها أو تكون قابلة للتلف أو الفساد لإنهاء مدة صلاحيتها .
- عند قيام المستهلك بنزع الأختام عن التسجيلات السمعية أو البصرية أو البرمجيات و المعطيات الإعلامية المسلمة أو نقلها آليا.
- شراء الصحف و المجلات¹.

2- الطبيعة القانونية لحق العدول: قصد تحديد الطبيعة القانونية لحق العدول فقد رجع الكثير من الفقهاء إلى بعض الأنظمة القانونية التي تتشابه معه مثل : البيع بشرط التجربة ، البيع مع خيار العدول ، البيع المعلق على شرط واقف أو فاسخ ، و الوعد بالتعاقد².

و يرى جانب من الفقه أن حق العدول هو إعطاء المستهلك مكنة فسخ العقد الذي ارتضاه على عجلة ، وهو بذلك يعتبر إعتداء على مبدأ سلطان الإرادة في العقود، بينما يذهب جانب آخر من الفقه إلى أن حق العدول هو مهلة قانونية معقولة للتفكير و ذلك حماية للمستهلك من التسرع في إبرام العقد.

¹ محمد خالد جمال رستم، المرجع السابق ، ص174.

² خالد ممدوح إبراهيم، التحكيم الإلكتروني في عقود التجارة الإلكترونية ، المرجع السابق ، ص 133.

في حين يرى جانب آخر من الفقه أن العقد الإلكتروني المتضمن حق المستهلك في العدول هو عقد غير لازم ، فهو يعتبر في الواقع عقدا نافذا لإنعقاده صحيحا و بالتالي منتجا لآثاره القانونية ، و لكنه يتضمن حق العدول لمصلحة المستهلك ، إذ يستطيع العدول عنه وفقا لنظرية العقد غير الملزم لأحد طرفيه.¹

ثانيا/ سريان المواعيد: يترتب على إنعقاد العقد وجوده من الناحية القانونية و بالتالي بدء سريان المواعيد الخاصة به سواء ما تعلق منها بالتقادم أو بممارسة بعض الدعاوى.

1- التقادم:

و تكمن أهمية تحديد زمان العقد في تحديد تاريخ بدء سريان ميعاد التقادم بالنسبة للدعوى ، فإذا كان الإلتزام منجزا فإن ميعاد التقادم يبدأ من وقت إعلان القبول وفقا لنظرية الإعلان و من وقت العلم بالقبول وفقا لنظرية العلم.²

2- دعوى عدم نفاذ التصرف في حق الدائن:

المقصود بدعوى عدم نفاذ التصرف أنه قد يعمد المدين إذا ساءت حالته المالية إلى بيع أمواله الظاهرة كالعقارات لكي يخفي ثمنها عن دائنيه أو يعمد لمجرد النكاية بدائنيه إلى محاباة الغير من أقاربه أو أصدقائه بأن يبيعهم ماله بثمن بخس أو يهبهم إياه... فالدعوى البولصية هي تلك الدعوى التي يمنحها القانون للدائن ضد مدينه الذي يتصرف غشا إضرارا به ، و تهدف إلى إقرار عدم نفاذ التصرفات الصادرة عن مدينه في مواجهته إذا كان المدين قد لجأ إلى هذه التصرفات بغرض الإضرار بحق الدائن و إنقاص ضمانه العام.³

و قد نظمها المشرع الجزائري في سبع مواد من 191 إلى 197.

و تكمن أهمية تحديد زمان إنعقاد العقد في حساب أجل تقادم الدعوى إذ نص المشرع الجزائري في المادة 197 من القانون المدني الجزائري على تقادم هذه الدعوى بانقضاء ثلاثة سنوات من يوم علم الدائن بسبب عدم نفاذ التصرف ، و إلى جانب هذا التقادم

¹ - خالد ممدوح إبراهيم، التحكيم الإلكتروني في عقود التجارة الإلكترونية ، المرجع السابق ، ص 134.

² - لما عبد الله صادق سلهب، المرجع السابق ، ص 131.

³ - نتار خليفة ، الدعوى البولصية في القانون المدني الجزائري (دعوى عدم نفاذ التصرف) ، مذكرة التخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء ، الدفعة 15 ، السنة 2004/2007، ص4.

القصير فقد نص على تقادم طويل بعد إنقضاء 15 سنة من تاريخ صدور التصرف و ذلك حتى لا يظل التصرف معلقا.¹

إضافة إلى ذلك فإن أهمية تحديد زمان العقد تكمن أيضا في كونه في دعوى عدم نفاذ التصرف في حق الدائن لا يستطيع هذا الأخير الطعن في عقد صدر من مدينه إضرارا بحقه إلا إذا كان هذا العقد متأخرا في التاريخ عن الحق الثابت له في ذمة مدينه ، فلو أن هذا الحق ثبت في ذمة المدين في الفترة ما بين إعلان القبول و العلم في العقد المراد الطعن فيه فإنه يجوز الطعن فيه تبعا لنظرية العلم و لا يجوز تبعا لنظرية الإعلان.²

ثالثا / تحديد القانون الواجب التطبيق من حيث الزمان: لقد نص المشرع الجزائري في المادة 2 من القانون المدني على أنه لا يسري القانون إلا على ما يقع في المستقبل و لا يكون له أثر رجعي.³

و تأسيسا عليه فإن القانون الواجب التطبيق على العقد هو القانون الذي كان نافذا وقت الإنعقاد ، فإذا صدر قانون جديد مثلا يعدل من شروط الإنعقاد فإنه لا ينطبق على العقود التي تمت قبل العمل به و هنا تكمن أهمية تحديد زمان الإنعقاد.⁴

المطلب الثاني : تحديد مكان انعقاد العقد الإلكتروني :

تتم العقود الإلكترونية عادة بين شخصيين لا يجمع بينهما مكان واحد وبالتالي فإنها تعتبر تعاقدًا بين غائبين من حيث المكان دائما.

¹ نتار خليفة ، المرجع السابق، ص37.

² لما عبد الله صادق سلهب، المرجع السابق ، ص131.

³ - أنظر المادة 2 من القانون المدني الجزائري.

⁴ - لما عبد الله صادق سلهب، المرجع السابق ، ص132.

وتكمن أهمية تحديد مكان إبرام العقد في تحديد المحكمة المختصة بنظر النزاعات الناتجة عن العقد سواء كانت تتعلق بإبرام الاتفاق أو أثاره بالإضافة إلى القانون الذي يحكم النزاع¹.

وبالتالي فإن السؤال الذي يطرح نفسه يتعلق أساساً بكيفية تحديد مكان إبرام العقد الإلكتروني وموقف الفقه وقوانين المعاملات و التجارة الإلكترونية من ذلك وهو ما سوف نتولى الإجابة عنه فيما يلي:

الفرع الأول : كيفية تحديد مكان الإنعقاد.

نظراً لصعوبة تحديد مكان العقد فيما إذا كان مكان العلم بالقبول أو مكان صدور القبول أو المكان الذي يتفق عليه الطرفين فإنه يتعين علينا دراسة الأمر من خلال موقف الفقه و الإتجاهات التشريعية في هذا المجال.

أولاً / موقف الفقه :

لقد اختلفت المواقف الفقهية و التشريعية في أخذها بأي الأماكن المحتملة ، فهل هو المكان الذي يعلم فيه الموجب بالقبول أم المكان الذي صدر فيه القبول أو المكان الذي يتفق عليه المتعاقدان ، فإذا أخذنا بالمبدأ الأول فيكون مكان العقد هو المكان الذي يستلم فيه الموجب رسالة البيانات وإذا أخذنا بالمبدأ الثاني فإنه يكون مكان العقد هو المكان الذي يرسل منه القابل رسالة البيانات ، غير أنه ما يلاحظ في حالة العقود الإلكترونية أن الموجب قد يرسل إجابة من موطنه الأصلي أو من مكان عمله أو من مكان إقامته المعتاد ثم يتلقى القبول في مكان آخر غير ذلك الذي يزاول فيه نشاطه كذلك الشأن بالنسبة لمكان الإصدار حيث يمكن أن يقبل الموجب له أثناء تواجده خارج أماكن نشاطه أو إقامته المعتادة مما يؤكد على الخصوصية البالغة لهذه المسألة².

إن الحلول القانونية المطروحة تتمثل أساساً في النظريات الثنائية لتحديد مكان انعقاد العقد في العالم المادي ومن أشد مؤيدي هذه النظريات الأستاذان "مالووري و شيفاليه"

¹ - لورنس محمد عبيدات ، إثبات المحرر الإلكتروني، الطبعة الأولى 2005، دار الثقافة للنشر و التوزيع بيروت ، لبنان ، ص 52.

² عمر خالد زريقات، المرجع السابق ، ص 168.

ويعتمد هذا الاتجاه الحديث بصفة أساسية على أحكام القضاء الفرنسي الذي يوصف بأنه قضاء ذو طابع واقعي ويفصل بين مسألة زمان العقد و مسألة مكان انعقاده ويقدم لكل منهما حلا يختلف عن الآخر¹.

ويرى الأستاذين "مالووري و شيفاليه" أن مكان العقد ليس هو المكان الذي يعلم فيه الموجب بالقبول كما جاء في نظرية العلم بالقبول بل توصل الأستاذ "مالووري" إلى أن أحكام القضاء الفرنسي استقرت على الأخذ بنظرية تصدير القبول و التي تقضي بأن مكان انعقاد العقد هو المكان الذي يصدر فيه القبول مبررا ذلك على أساس أنه لا يجوز إجبار المتعاقد الذي لم يصدر عنه التعبير عن الإرادة على التقاضي بعيدا عن محل إقامته² بل إن الذي يجب أن يقاضى بعيدا عن محل إقامته هو من صدرت عنه المبادرة التعاقدية وفي نفس الاتجاه يرى الأستاذ " شيفاليه " بأن مكان العقد هو المكان الذي يصدر فيه القبول.

وفي ضوء ذلك ينعقد العقد الإلكتروني في المكان الذي يصدر فيه القبول الإلكتروني فإذا استخدم القابل رسالة البيانات للتعبير عن قبوله فهنا ينعقد العقد في المكان الذي أرسلت منه الرسالة المتضمنة للقبول وهو مكان القابل.

ثانيا / موقف قوانين المعاملات و التجارة الإلكترونية:

بالرجوع إلى قانون اليونسترال النموذجي وبعض التشريعات العربية التي صدرت بشأن التجارة الإلكترونية نجد أنها عالجت تحديد مكان إبرام العقد وذلك بتحديد مقر عمل منشئ الرسالة ومستلمها (الموجب) وتم اعتبار مكان إرسال الرسالة الإلكترونية هو المكان الذي يقع فيه مقر عمل المنشئ ومكان استلامها هو مكان أو مقر عمل المرسل إليه وذلك في حالة عدم وجود اتفاق على تحديد النطاق المكاني من قبل طرفي العلاقة العقدية باعتبار أن لهما الحرية التامة في تحديده³.

وفي هذا الصدد نصت الفقرة الرابعة من المادة 4/15 من قانون اليونسترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية على أنه " ما لم يتفق المنشئ و المرسل إليه على

¹ أمانج رحيم أحمد ، المرجع السابق، ص 200.

² - نفس المرجع السابق ، ص 201.

³ لورنس محمد عبيدات ، المرجع السابق ، ص 53

غير ذلك يعتبر أن رسالة البيانات أرسلت من المكان الذي يقع فيه مقر عمل المنشئ ، و يعتبر أنها استلمت في المكان الذي يقع فيه مقر عمل المرسل إليه ، وإذا 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 توجد مثل تلك المعاملة أما إذا لم يكن للمنشئ أو المرسل إليه مقر عمل فإنه يشار إلى مقر إقامته المعتاد¹.

إضافة إلى أن أغلب التشريعات الداخلية قد اعتبرت أن العقد الإلكتروني ينعقد في المكان الذي يقع ضمن النطاق الإقليمي لمقر عمل الموجب دون إعطاء أية أهمية لمكان نظام المعلومات الذي تم تلقي الرسالة من خلاله كون هذا النظام عالميا لا يمكن حصره ضمن مكان محدد².

إذ نصت الفقرة 4 من المادة 14 من قانون مملكة البحرين للمعاملات الإلكترونية بأنه ما لم يتم الاتفاق على خلاف ذلك فيما بين المنشئ و المرسل إليه فإن السجل الإلكتروني يعد مرسلا إلى المكان الذي يوجد فيه مقر عمل المنشئ ويعد أنه تم تسلمه في المكان الذي يوجد فيه مقر عمل المرسل إليه³.

والملاحظ أن قانون مملكة البحرين للمعاملات الإلكترونية قد تبنى نفس الأحكام التي تبناها قانون اليونسترال النموذجي للتجارة الإلكترونية سواء بخصوص مكان العقد أو بخصوص مقر المنشئ أو المرسل إليه⁴.

وهو نفس النهج الذي أنتهجه قانون المعاملات الإلكترونية الأردني في الفقرة (ب) من المادة 18 و قانون إمارة دبي للمعاملات و التجارة الإلكترونية في الفقرة (أ) من المادة 4 منه⁵.

وإذا كان الأمر كذلك بخصوص القوانين التي نظمت قواعد التجارة الإلكترونية فإنه تجدر الإشارة إلى أن هذه القاعدة أساسا مستمدة من الأحكام العامة للقانون إذ نصت عليها أغلب القوانين المدنية للدول التي أخذت بنظرية العلم بالقبول في مجال التعاقد بين

¹ - محمد خالد جمال رستم ، المرجع السابق ، ص 308.

² - لورانس عبيدات المرجع السابق ص 53.

³ - أمانج رحيم أحمد ، المرجع السابق ، ص 203.

⁴ - نفس المرجع السابق ، ص 204.

⁵ أمانج رحيم أحمد ، المرجع السابق ، ص 205.

غائبين ، و مثالها التشريع الجزائري إذ نصت المادة 67 من القانون المدني الجزائري على أنه " يعتبر التعاقد قد تم ما بين الغائبين في المكان الذي يعلم فيه الموجب بالقبول ما لم يوجد اتفاق أو نص قانوني يقضي بغير ذلك .

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

وترتيباً عليه نجد أن المشرع الجزائري قد اعتبر أن مكان العقد في حالة التعاقد بين الغائبين هو مكان علم الموجب بالقبول ، وأقام قرينة على أن مكان وصول القبول هو مكان العلم به ، و لكن الإشكال الذي يثور في هذا الصدد هو أن هذا الحكم يصعب تطبيقه في حال التعاقد بين غائبين بالوسائل الإلكترونية ، نتيجة صعوبة إثبات مكان علم الموجب بالقبول ، و هو ما يفتح الباب لوقوع نزاعات بخصوص المحكمة المختصة و تجعل من القضاء عاجزاً عن إيجاد المرجع القانوني مما يتعين معه في مثل هذه الحالات الإجتهد لحل النزاع و الأخذ بالحل الوارد في المادة 4/15 من قانون اليونسترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية و التي إعتبرت أن مكان إستلام رسالة البيانات هو المكان الذي يقع فيه مقر عمل المرسل إليه وأنه إذا كان للمنشئ أو المرسل إليه أكثر من مقر عمل واحد فإن مقر العمل هو المقر الذي له أوثق علاقة بالمعاملة المعنية ، أو مقر العمل الرئيسي إذا لم توجد مثل تلك المعاملة و أنه في حالة عدم وجود مقر عمل فإن المكان هو مقر الإقامة المعتاد.

و ما تجدر الإشارة إليه هو أن هذه الأحكام متوافقة مع ما ورد في المواد 36،37،39 من القانون المدني الجزائري بخصوص الموطن ، ذلك أن المشرع الجزائري قد إعتبر في المادة 36 من القانون المدني أن موطن كل جزائري هو المحل الذي يوجد فيه سكنه الرئيسي ، و أنه في حال عدم وجود سكنى يقوم محل الإقامة العادي مقام الموطن و أنه و طبقاً للمادة 37 من القانون المدني فإن المكان الذي يمارس فيه الشخص تجارة أو حرفة يعد موطناً خاصاً بالنسبة إلى المعاملات المتعلقة بهذه التجارة أو المهنة .

وتأسيساً على ذلك يتضح لنا أن المشرع الجزائري قد إعتبر كمبدأ عام أن مقر الإقامة الرئيسي هو الموطن القانوني للشخص و أنه في حالة عدم وجوده يتم الأخذ بمقر الإقامة

العادي ، و أنه و مع ذلك فإنه في الأمور المتعلقة بالتجارة فإن مكان ممارسة هذه التجارة يعتبر موطننا خاصا لجميع المعاملات المتعلقة بهذه التجارة ، إضافة إلى ذلك فقد أجاز المشرع الجزائري إختيار موطن خاص لتنفيذ تصرف قانوني معين في المادة 39 من القانون المدني إلا أنه إشترط إثبات ذلك كتابة.

الفرع الثاني / أهمية تحديد مكان إنعقاد العقد الإلكتروني:

نظرا لخصائص العقود الإلكترونية فإنها غالبا ما تتم بين أشخاص متواجدين في دول مختلفة و هو ما يجعل العلاقة التعاقدية مرتبطة بقوانين دول متعددة و هو ما يثير التساؤل بخصوص القانون الذي يحكم العلاقة التعاقدية ، و على صعيد آخر فإنه قد يحدث و أن يمتنع أحد الطرفين عن التنفيذ الإختياري طبقا لشروط العقد و هو ما يتطلب من الدائن اللجوء إلى القضاء لإجبار المدين على التنفيذ¹ و هو ما يفترض معه تحديد المحكمة المختصة بنظر النزاع ، و تأسيسا عليه فإنه يتعين علينا دراسة المحكمة المختصة بنظر النزاع ثم التطرق للقانون الواجب التطبيق .

أولا / المحكمة المختصة للفصل في منازعات العقد الإلكتروني:

لقد إختلف الفقه في تحديد المحكمة المختصة في حال وجود إختلاف مكاني بين الخصوم و محل الدعوى ، و ذهب أغلبية الفقه إلى أن القاضي المختص هو قاضي المدعي لأنه في الغالب هو المستهلك و هو الطرف الأضعف في العقد فكان من المناسب حمايته مع مراعاة ما إتفق عليه الطرفين و محل التنفيذ².

و يتم حل إشكالية المحكمة المختصة إما من طرف قواعد القانون الداخلي طبقا لأحكام القانون الدولي الخاص أو من طرف القواعد الإتفاقية المضمنة في المعاهدات الدولية³.

¹ - التنفيذ الجبري القضائي في المواد المدنية و التجارية هو نشاط يمارس بواسطة الجهاز القضائي في الدولة و هو يرمي لحصول الدائن على حقه في مواجهة مدينه ، و هو بهذا المعنى له ثلاثة أركان لا يقوم إلا بتوافرها تتمثل في : السند التنفيذي ، أطراف التنفيذ و المحل الذي يجري التنفيذ عليه...لمزيد من التفصيل أنظر نبيل إسماعيل عمر ، أصول التنفيذ الجبري في المواد المدنية و التجارية ، الطبعة الأولى 1996 ، الدار الجامعية للطباعة و النشر ، بيروت، ص24 و 29 .

² - عبد الله بن إبراهيم بن عبد الناصر ، العقود الإلكترونية ، مجلة البحوث الفقهية المعاصرة بتاريخ 2007/02/01 ، WWW.Faqhia.Com ، بتاريخ 2008/05/03 .

³ - Thibault Verbiest , Le nouveau droit du commerce électronique , Larcier ;imprimé en Belgique,p174 .

و لمعرفة المحكمة المختصة للفصل في منازعات العقد الإلكتروني على ضوء أحكام القانون يتعين علينا دراسة القواعد العامة في تحديد المحكمة المختصة ثم التطرق لقواعد الإختصاص في العقود الإلكترونية.

أ – القواعد العامة:

يطرح موضوع الإختصاص القضائي الدولي عندما تتضمن الدعوى عنصراً أجنبياً، كأن يكون أحد الطرفين أجنبياً أو أن يكون موضوع الدعوى يتناول حقاً موجوداً في الخارج، أو عملاً قانونياً تم في أراضي دولة أجنبية أو حادثاً وقع في الخارج ، و هنا تقوم قواعد الإختصاص الدولي بتحديد الدولة التي يعود إلى محاكمها حق النظر في الدعوى.¹

و من المسلم به أن القواعد المنظمة لتنازع الإختصاص هي من وضع المشرع الوطني، فهو يحدد إختصاص المحاكم الوطنية كما يحدد بصورة غير مباشرة إختصاص المحاكم الأجنبية و ذلك بتخليه عن الإختصاص ، ذلك أنه يقوم بتحديد الإختصاص القضائي للمحاكم الوطنية سواء كان داخلياً أم دولياً²، و تعتبر قواعد الإختصاص الدولي قواعد موضوعية تختلف عن قواعد الإسناد ، ذلك أنها تحدد مباشرة الحالات التي يختص القضاء الوطني بنظرها دون أن تهتم بتحديد القضاء الأجنبي لعدم جدوى ذلك بإعتبار أن القضاء الأجنبي لا يخضع للقواعد التي يصدرها مشرع آخر تطبيقاً لمبدأ سيادة الدولة على إقليمها، و هذا خلافاً لما هو عليه الحال في قواعد تنازع القوانين التي تحدد إختصاص القانون الوطني و إختصاص القانون الأجنبي ، و مرد هذا الإختلاف هو أنه في تنازع القوانين إذا ما أعطت قواعد الإسناد الإختصاص إلى قانون أجنبي فإن القانون المشار إليه سوف يطبق من قبل³ المحكمة التي تسند قواعد إسنادها العلاقة إلى قانون أجنبي سواء قبل مشرع الدولة التابع لها القانون بذلك أم لم يقبل به ، إلا أنه إذا ما أعطي الإختصاص إلى محكمة أجنبية فإنها لا تعمل بأوامر مشرع أجنبي⁴.

¹ - إلياس ناصيف ، العقد الإلكتروني في القانون المقارن ، الطبعة الأولى 2009 ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، لبنان، ص312.

² - حسن الهداوي ، تنازع القوانين ، المبادئ العامة و الحلول الوضعية في القانون الأردني، دراسة مقارنة، طبعة 2005 ، دار الثقافة للنشر و التوزيع عمان الأردن، ص233.

³ - نفس المرجع السابق ، ص234.

⁴ - نفس المرجع السابق ، ص234.

و عندما يعرض النزاع على محكمة في دولة معينة ينطوي على عنصر أجنبي، يتوجب على القاضي أن يحدد أولا فيما إذا كان النزاع يدخل في إختصاص المحاكم الوطنية و هذا ما يعبر عنه بالإختصاص القضائي الدولي ، فإذا تبين للقاضي أن المحاكم الوطنية هي المختصة ، تعين عليه أن يحدد أيا من هذه المحاكم هي المختصة دون غيرها و هذا ما يعبر عنه بقواعد الإختصاص الخاص أو الإختصاص الداخلي¹.

و بالرجوع إلى التشريع الجزائري نجده قد نص على قواعد الإختصاص القضائي الدولي في المادتين 41 و 42 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ، إذ نص في المادة 41 على أنه : "يجوز أن يكلف بالحضور كل أجنبي حتى و لو لم يكن مقيما في الجزائر أمام الجهات القضائية الجزائرية لتنفيذ الإلتزامات التي تعاقدها في الجزائر مع جزائري . كما يجوز أيضا تكليفه بالحضور أمام الجهة القضائية الجزائرية بشأن إلتزامات تعاقدها عليها في بلد أجنبي مع جزائريين."

أما المادة 42 فقد نصت على أنه : "يجوز أن يكلف بالحضور كل جزائري أمام الجهات القضائية الجزائرية بشأن إلتزامات تعاقدها في بلد أجنبي حتى و لو كان مع أجنبي." و من إستقراء أحكام هاتين المادتين يمكن إبداء الملاحظات التالية:

- أن المشرع الجزائري جعل إختصاص القضاء الجزائري للفصل في الدعاوى التي تتضمن عنصرا أجنبيا جوازيا ، و بالتالي فقد ترك الخيار للمعني بالأمر للجوء إلى القضاء الجزائري من عدمه .

- أنه و حماية من المشرع للمواطنين الجزائريين فقد منح الحق لكل جزائري بغض النظر عن محل إقامته برفع دعواه ضد أي أجنبي لحمله على تنفيذ إلتزاماته التعاقدية التي تعاقدها عليها مع جزائريين سواء تم إبرام العقد في الجزائر أو في بلد أجنبي.

- أنه و على صعيد آخر فإنه في حالة تعاقدها جزائري في الخارج فإنه يجوز للمتعاقد الآخر سواء كان جزائريا أم أجنبيا أن يرفع دعواه أمام القضاء الجزائري.

ب - قواعد الإختصاص في العقود الإلكترونية:

¹ - إلياس ناصيف ، المرجع السابق ، ص313.

يجوز لأطراف العقد في المعاملات الدولية تحديد المحاكم المختصة في دولة ما و ذلك بإدراج بند في العقد يولي الإختصاص لمحاكم دولة معينة ، كما يجوز لهم إدراج في العقد بند تحكيمي¹ - و هو الإتجاه الغالب في العقود التي تتسم بالطابع الدولي - و هنا يخرج النزاع من ولاية القضاء بصفة كلية، إلا أن الإشكال يثور في حالة عدم إتفاق الطرفين على المحكمة المختصة بالفصل في النزاع .

1- حالة إتفاق الطرفين على المحكمة المختصة :

لقد جرى التعامل في معظم الأنظمة القانونية المعاصرة ، على أنه في العقود ذات الطابع الدولي يجوز لطرفي العقد الإتفاق على ولاية محكمة دولة معينة لحل نزاع قائم أو محتمل و لو كان هذا النزاع يخرج أساسا من إختصاص المحكمة المتفق على ولايتها وفقا للقواعد العامة للإختصاص ، و هذا ما أخذت به معاهدة بروكسل السارية في دول الإتحاد الأوربي.²

و طبقا لنظام بروكسل فإنه إذا تم الإتفاق بين الطرفين على منح الإختصاص لمحكمة دولة عضو و كان أحدهما على الأقل لديه موطن في دولة عضو فتكون هذه المحكمة هي الوحيدة المختصة بنظر النزاع ، و طبقا للمادة 23 من نظام بروكسل فإنه لا يمكن الإعتداد باتفاقية منح الإختصاص إلا إذا أبرمت بصفة كتابية أو بصفة شفوية مع التأكيد على ذلك كتابة ، أو وفقا للشكل الذي تعود عليه الطرفين في تعاملهما .³

كما إعتبر نظام بروكسل أن شرط منح الإختصاص القضائي في حالة الإتفاق المبرم بصفة مباشرة عن طريق الأنترنت صحيحا إذا تم تأكيده عن طريق البريد الإلكتروني.⁴

¹ يعرف التحكيم على أنه تسوية نزاع بإتفاق الأراء و بمعرفة قضاة من نوع خاص ، و هو نمط يختلف عن العدالة عن طريق القضاء، فالقاضي الخاص أو المحكم يتم تعيينه و دفع أجره من قبل الأطراف بخلاف قضاة الدولة ، و التحكيم طبقا للرأي الغالب في الفقه العالمي يختلف عن الوساطة و التوفيق ، ذلك أن الوسيط يحاول أن يتولى المفاوضات بين الأطراف وصولا إلى قرار يقبلونه ، أما التوفيق فإنه يذهب إلى أبعد من ذلك و يقدم اقتراحا بالتسوية في حين أن المحكم يفصل في النزاع ، و يصدر قراره و هو قرار ملزم للأطراف بغض النظر عن موافقتهم عليه من عدمه.... لمزيد من التفصيل أنظر في هذا الصدد إيهاب السنباطي ، الموسوعة القانونية للتجارة الإلكترونية، طبعة 2008 ، دار الجامعة الجديدة ، بدون مكان نشر، ص 304،305.

² - إلياس ناصيف ، المرجع السابق ، ص314.

³ - Thibault Verbiest , op cit ,p177 .

⁴ - Thibault Verbiest , op cit ,p178 .

و قد قام المشرع الجزائري بالنص على مسألة إتفاق الطرفين على منح الإختصاص الإقليمي لجهة قضائية غير مختصة ، إذ نص في المادة 45 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية على أنه يعتبر لاغيا و عديم الأثر كل شرط يمنح الإختصاص الإقليمي لجهة قضائية غير مختصة إلا إذا تم بين التجار¹.

و الملاحظ أن المشرع الجزائري قد سار في هذا المجال على نفس نهج المشرع الفرنسي ، إذ نصت المادة 48 من قانون أصول المحاكمات المدنية الفرنسي على أن كل شرط يخالف بصورة مباشرة أو غير مباشرة قواعد الإختصاص المكاني يعتبر كأن لم يكن بإستثناء العقود التي يكون أطرافها تجارا، و مع ذلك فإن الرأي السائد في الفقه الفرنسي و في إجتهاد المحاكم يرى عدم إعمال هذا النص في مجال المعاملات الدولية². و لا يثير قبول الإختصاص الضمني مشكلة خاصة في العقد الإلكتروني ، لأن هذا القبول مستمد من الواقع ، ذلك أن رفع الدعوى أمام محكمة غير مختصة يعني قبول المدعي لإختصاصها ضمنا ، و مثل المدعى عليه أمامها و سيره في إجراءات التقاضي دون أن يدفع بالإختصاص قبل مناقشة الموضوع يعني قبوله الضمني بهذا الإختصاص ، أما القبول الصريح بالإختصاص فمفاده وجود شرط مكتوب، و المقصود بالكتابة في هذا المجال هو الكتابة الإلكترونية ، و قد أدخل مجلس الإتحاد الأوربي تعديلا على المادة 18 من معاهدة بروكسل لتتلاءم مع طبيعة العقد الإلكتروني ، فاعتبر في حكم الكتابة كل ما ينقل بالطريقة الإلكترونية ، و يمكن الإحتفاظ به بصورة دائمة، و تطبيقا لذلك يمكن إعتبار شرط إختيار الإختصاص القضائي صحيحا إذا تم تأكيد ذلك برسالة إلكترونية ، على أن تحفظ هذه الرسالة في ذاكرة جهاز المتعاقد على نحو يسمح بالإطلاع عليها فيما بعد ، أما طبع الرسالة على سند ورقي و الإحتفاظ بها فلا يعتبر سندا كافيا .

2- حالة عدم إتفاق الطرفين على تحديد المحكمة المختصة:

في حالة عدم إتفاق الطرفين على منح الإختصاص للفصل في المنازعات الناشئة عن العقد الإلكتروني لمحكمة معينة فإنه يتم إما تطبيق القواعد الدولية المكرسة في

¹- أنظر المادة 45 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري.

²- إلياس ناصيف ، المرجع السابق ، ص314.

المعاهدات و الإتفاقيات وفي حالة عدم وجودها يتم تطبيق قواعد الإختصاص الداخلي على النزاع.

• تطبيق المعاهدات و الإتفاقيات:

تحتل المعاهدات و الإتفاقيات الدولية في الجزائر مكانة هامة في النظام القانوني إذ نص دستور 1996 في المادة 132 منه على مبدأ سمو المعاهدات الدولية على القوانين العادية دون أن تسمو على القانون العضوي لكون هذا الأخير يخضع لإجراءات خاصة و مجالات محددة بموجب المادة 123 من الدستور و يخضع للرقابة المسبقة للمجلس الدستوري و بالتالي فهو بمثابة قانون تكميلي للدستور ، و على هذا الأساس فإن المعاهدة تحتل مكانة وسطى بين الدستور و القوانين العضوية و بين القوانين العادية.¹

و نجد أن نظام بروكسل رقم 2001/44 المؤرخ في 2000/12/22 و الذي دخل حيز التنفيذ بتاريخ 2002/03/01 قد وضع القواعد الخاصة بالإختصاص القضائي و تنفيذ الأحكام في المواد المدنية و التجارية ، و ما تجدر الإشارة إليه هو أن نظام بروكسل جاء بدلا عن إتفاقية بروكسل المؤرخة في 1968/09/27 ، و مع ذلك فإنه تم النص على الإستمرار في تطبيق إتفاقية بروكسل في علاقة الدانمارك بين الدول الأعضاء و بخصوص الدعاوى المقدمة قبل 01 مارس 2002.²

و بدراسة الأحكام التي جاء بها نظام بروكسل نجده قد حدد الإختصاص القضائي من خلال تحديده للإختصاص العام و الإختصاص الخاص وإستبعاده لإمتياز التقاضي .

¹- أنظر المادة 132 من دستور 1996 الجزائري.

² - Philippe Le Tourneau , op cit , p 306

- الإختصاص العام :

طبقا للمادة 2 من نظام بروكسل فإن معيار الإختصاص العام يحدد بإقليم موطن المدعى عليه فهنا يكفي أن يكون المدعى عليه مقيما بإقليم دولة متعاقدة بغض النظر عن جنسيته ، و هو ما يؤكد إستبعاد إمتياز التقاضي .

و تكون بصدد إمتياز التقاضي عندما يمنح الإختصاص القضائي لإقليم دولة ما على أساس جنسية أحد الطرفين ، لقد إستبعدت المادة 3 من نظام بروكسل في البداية إمتياز التقاضي ، و بالتالي يفترض أنه لا يمكن مرافعة الأشخاص المقيمين على إقليم دولة عضو أمام محاكم دولة أخرى عضو إلا بتطبيق أحكام نظام بروكسل .

إلا أن الإشكال يثور في حالة عدم وجود موطن للمدعى عليه في دولة عضو ، و في هذا الصدد فقد نصت المادة 4 من نظام بروكسل على أنه في حالة كون المدعى عليه ليس له موطن في إقليم دولة عضو فإن المدعي يستفيد من إمتياز التقاضي لدولة موطنه مهما كانت جنسيته.¹

- الإختصاص الخاص:

طبقا للمادة 1/5 من نظام بروكسل فإن المحكمة المختصة للفصل في النزاع هي محكمة المكان الذي تم إبرام التصرف فيه أو المكان الذي يتم فيه التنفيذ.

¹. Thibault Verbiest , op cit ,p176 .

و يصعب تحديد مكان تنفيذ الإلتزام المتنازع عليه عندما يكون التنفيذ على شبكة الأنترنت ، مثلا في حالة تحميل البرامج ، فهل يتعلق الأمر بمكان وجوده في لحظة التنفيذ أو بمكان موقع جهاز الحاسوب.¹

تميز القواعد العامة بين السلع و توريد الخدمات ، فعندما يتعلق الأمر بالسلع فإن مكان التنفيذ يكون بمكان تسليم السلع ، أما عندما يتعلق الأمر بتوريد الخدمات فيكون مكان التنفيذ هو مكان توريد الخدمات ، و بالتالي فإنه على فرض التنفيذ على المباشر عن طريق الأنترنت فإن المحكمة المختصة هي محكمة المكان الذي تم فيه تلقي المعطيات المحملة و ليس محكمة مورد المعطيات المرسله.²

• تطبيق قواعد القانون الداخلي:

لقد نص المشرع الجزائري في المادتين 41 و 42 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية على إختصاص القضاء الجزائري للفصل في المنازعات الناجمة عن عقود مبرمة بين جزائري و أجنبي سواء كانت مبرمة في الجزائر أو في بلد أجنبي ، و سواء رفعت الدعوى من طرف جزائري أو من طرف أجنبي .

و بالرجوع إلى أحكام قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري يتضح لنا بأن المشرع الجزائري قد نظم أحكام الإختصاص الإقليمي الداخلي في المواد من 37 إلى 40 منه ، إذ نص في المادة 37 على المبدأ العام في الإختصاص الإقليمي، في حين نص في المادة 38 على الإختصاص الإقليمي في بعض المواد أما المادة 40 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية فقد تضمنت الإختصاص الإقليمي الحصري و الذي لا يجوز مخالفته.

- المبدأ العام في الإختصاص الإقليمي: بصفة عامة ، و في حالة عدم نص القانون على إختصاص إقليمي خاص فإن الإختصاص يؤول إلى محكمة موطن المدعى

¹. Thibault Verbiest , op cit ,p185.

². Thibault Verbiest , op cit ,p176 .

عليه، و في حالة كون هذا الأخير ليس له موطن معروف فإن الإختصاص يؤول إلى الجهة القضائية التي يقع فيها آخر موطن له ، و في حالة إختيار موطن فإن الإختصاص يؤول إلى الجهة القضائية التي يقع فيها الموطن المختار و هذا ما لم ينص القانون على خلاف ذلك¹.

و تكاد تجمع تشريعات دول العالم على أن عقد الإختصاص لمحكمة موطن المدعى عليه يرجع إلى أن الأصل هو براءة الذمة ، و من ثمة فعلى من يطالب خصمه بشيء أن يسعى إلى أقرب محكمة له ، إذ القول بغير ذلك معناه إجبار البريء على الإنتقال إلى مكان قد يبعد عن موطنه للدفاع عن نفسه².

- الإختصاص الإقليمي الخاص: قصد تيسير الأمر على المتقاضين فقد ذهبت معظم التشريعات إلى تحديد إختصاص إقليمي خاص في بعض المواد ، و بالرجوع إلى أحكام قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري نجده قد نص على الإختصاص الإقليمي الخاص في المادة 39 منه ، إذ نصت على أن الدعاوى المختلطة يعود الإختصاص فيها إلى محكمة مقر الأموال ، و دعاوى تعويض الضرر ينعقد إختصاص النظر فيه لمحكمة وقوع الفعل الضار.....³

و من خلال دراسة هذه المادة يتضح لنا بأن المشرع الجزائري قد أقر إختصاص إقليمي خاص في بعض المواد دون أن يحد من تطبيق المبدأ العام المنصوص عليه في المادة 37 و بالتالي فإن إختيار الجهة القضائية الفاصلة في النزاع يعود للمدعي و يكون بالتالي الدفع بعدم الإختصاص الإقليمي المثار من طرف المدعى عليه مردودا حتى و لو كان المدعي قد رفع دعواه طبقا للقاعدة العامة و لم يأخذ بالإختصاص الخاص ، ذلك أن المادة 39 قد حددت الإختصاص الخاص بصفة إضافية و لم تجعله خروجاً عن القاعدة العامة.

- الإختصاص الإقليمي الحصري: و مفاده أنه هناك حالات يكون فيها المدعي مجبرا على رفع دعواه أمام جهة دون سواها ، و بالتالي يمكن إعتبار أن الإختصاص

¹- أنظر المادة 37 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري.

²- نبيل إسماعيل عمر ، قانون أصول المحاكمات المدنية ، طبعة 2008 ، منشورات الحلبي الحقوقية ، ص141.

³- أنظر المادة 39 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري.

الحصري خروجاً عن القاعدة العامة ، و في هذا الصدد فقد نص المشرع الجزائري في المادة 40 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية على الحالات التي ترفع فيها الدعوى أمام محكمة معينه دون سواها و مثالها المواد العقارية و التي يتعين أن ترفع أمام المحكمة الواقع فيها العقار ، و مواد الحجز أمام المحكمة التي وقع في دائرة إختصاصها الحجز¹

إلا أن السؤال الذي يثور في هذا الصدد هو : إذا كان المشرع الجزائري قد نص على الإختصاص الإقليمي الحصري في المادة 40 بعبارة " دون سواها " فهل يعني ذلك أنه من النظام العام و يتعين على القاضي مراقبته من تلقاء نفسه ، و في حالة ما إذا تبين له أن المدعي قد خالفه يقوم بإثارته من تلقاء نفسه أم أنه ليس من النظام العام و بالتالي لا يجوز للقاضي إثارته من تلقاء نفسه؟

إن الإجابة على هذا التساؤل تقتضي منا دراسة طبيعة الدفع بعدم الإختصاص الإقليمي و فيما إذا جعله المشرع من النظام العام أم لا، و في هذا المجال نجد أن المشرع الجزائري قد نص في المادة 47 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية على أنه يجب إثارة الدفع بعدم الإختصاص الإقليمي قبل أي دفاع في الموضوع أو دفع بعدم القبول ، و مؤدى ذلك أنه لا يمكن إعتبار الدفع بعدم الإختصاص الإقليمي في الحالات المنصوص عليها في المادة 40 من النظام العام لعدم وجود نص صريح بذلك بخلاف الدفع بعدم الإختصاص النوعي²، و بالتالي لا يجوز للقاضي إثارته من تلقاء نفسه ، إلا أن الفرق بين الإختصاص الإقليمي الخاص و الإختصاص الإقليمي الحصري يكمن في أنه في المواد التي نص فيها القانون على إختصاص إقليمي خاص فإنه في حالة قيام المدعي برفع الدعوى طبقاً للقاعدة العامة يكون دفع المدعي عليه بعدم الإختصاص الإقليمي غير مقبول لأن الإختيار يعود للمدعي ، أما في المواد التي نص فيها المشرع على الإختصاص الحصري فإنه إذا ما قدم المدعي عليه دفعا بعدم الإختصاص الإقليمي يتعين على القاضي أن يجيبه بإعتبار أن النص

¹- أنظر المادة 40 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري.

²- أنظر المادة 36 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري.

قد حصر الإختصاص في جهة معينة دون سواها و هذا بخلاف الإختصاص الخاص.

و نجد أن أحكام التشريع الجزائري في هذا المجال تتطابق في مجملها مع أحكام قانون الإجراءات المدنية الفرنسي ، إذ نصت المادة 42 منه على أنه يمكن للمدعي في جميع المواد تبليغ المدعى عليه للحضور أمام محكمة إقامة هذا الأخير ، و أنه و طبقا للمادة 46 من نفس القانون فإنه يمكن للمدعي في مواد العقود مرافعة المتعاقد معه أمام الجهة القضائية لمكان التسليم الفعلي للشيء أو مكان تنفيذ توريد الخدمات.¹

و لقد أعطى القانون المدني الفرنسي إمتياز التقاضي بالنظر للجنسية فقط ، إذ نصت المادة 14 من القانون المدني على أن الأجنبي حتى و لو لم يكن مقيما في فرنسا يمكنه رفع دعواه أمام المحاكم الفرنسية لأجل الإلتزامات التي تعاقد عليها في بلد أجنبي مع الفرنسيين، أما المادة 15 من القانون المدني الفرنسي فقد نصت على أن كل فرنسي يمكنه رفع دعواه أمام محكمة فرنسية لأجل إلتزامات تعاقد عليها في بلد أجنبي حتى و لو كان مع أجنبي .

و بالنتيجة لذلك فإنه في حالة سكوت الطرفين و عدم إتفاقهما على تعيين محكمة معينة مع عدم وجود إتفاقية دولية تحظر إمتياز التقاضي فإن الجنسية الفرنسية وحدها تكفي لمنح الإختصاص للجهات القضائية الفرنسية سواء بالنسبة للمدعي أو

المدعى عليه و هذا مع مراعاة الإتفاقيات الدولية .²

ثانيا/ القانون الواجب التطبيق:

تثار مسألة القانون الواجب التطبيق في العقد الإلكتروني نظرا لطبيعته التي غالبا ما تتضمن عنصرا أجنبيا و في هذا المجال وجب التمييز بين المسائل المتعلقة بالشكل و المسائل المتعلقة بالموضوع بخصوص القانون الواجب التطبيق.

1- المسائل المتعلقة بالإجراءات و الشكل :

¹ . Thibault Verbiest , op cit ,p174 .

² . Thibault Verbiest , op cit ,p175 .

أ- فيما يخص الإجراءات : تعد مسألة تحديد القانون الواجب التطبيق على الإجراءات من أقدم المسائل التي تم حسمها في إطار القانون الدولي الخاص إذ تم إخضاعها لقانون القاضي ، و ما تجدر الإشارة إليه هو أن أغلب التشريعات الداخلية قد كرسست هذه القاعدة و جعلت بالتالي القانون الواجب التطبيق على الإجراءات القانون الوطني¹، وفي هذا الصدد فقد سار المشرع الجزائري على هذا النهج و نص في المادة 21 مكرر من القانون المدني الجزائري على أنه يسري على قواعد الإختصاص و الإجراءات قانون الدولة التي ترفع فيها الدعوى أو تباشر فيها الإجراءات² ، إلا أنه و رغم وضوح هذه القاعدة إلا أن التفرقة بين المسائل التي تدخل في إطار الإجراءات فتخضع لقانون القاضي و بين المسائل التي لا تعد كذلك و بالتالي لا تخضع لهذا القانون قد أثارت جدلا واسع المدى في القانون الدولي الخاص إذ إمتد الخلاف ليشمل الأساس القانوني لهذه القاعدة³ ، إذ ذهب جانب من الفقه إلى إعتبار أن أساس هذه القاعدة هو فكرة النظام العام في حين ذهب جانب آخر إلى أن أساس هذه القاعدة يرجع إلى كون قواعد الإجراءات قواعد تنظيمية لسلطة عامة ، فهي ترسم للسلطة القضائية طريق أداء وظائفها و لا يمكن أن تقوم سلطة عامة بأداء وظيفتها إلا وفقا للقواعد المقررة في قانون الدولة.

ب- فيما يخص الشكل: لقد كانت القاعدة العامة المعتمدة منذ القديم تقضي بإخضاع العقد من حيث شكله إلى قانون مكان إبرامه ، و لكن هذه القاعدة أخذت تتطور بإتجاه إعتقاد قانون موطن أحد المتعاقدين ، فالقانون الفرنسي لم يعد يأخذ بمكان العقد فقط لتحديد القانون الواجب التطبيق على الشكل⁴، و هذا تطبيقا لإتفاقية روما⁵ إذ نصت المادة 9 من هذه الإتفاقية على أنه في حالات إبرام العقد على المباشر بين أشخاص

¹ - حفيفة السيد الحداد ، النظرية العامة في القانون القضائي الخاص الدولي ، الكتاب الثاني ، الإختصاص القضائي الدولي و تنفيذ الأحكام الأجنبية ، طبعة 2009 ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، لبنان ، ص223.

² - أنظر المادة 21 مكرر من القانون المدني الجزائري.

³ - حفيفة السيد الحداد ، المرجع السابق ، ص224.

⁴ - إلياس ناصيف ، المرجع السابق ، ص320.

⁵ - لقد تبنى مجلس الدول الأعضاء في مجلس التعاون الإقتصادي الأوربي إتفاقية روما المحررة بتاريخ 19 جوان 1980 لوضع قواعد عامة لتعيين القانون الواجب التطبيق على الإلتزامات التعاقدية و التي تم إدخالها في النظام القانوني الفرنسي الداخلي بموجب مرسوم 1991/03/28 أنظر في هذا الصدد : p190 , Thibault Verbiest .

يقيمون بدول مختلفة يتم تحديد صحة العقد من الناحية الشكلية إما طبقا للقانون الذي يختاره الأطراف أو طبقا لقانون إحدى الدول التي يتواجد بها الأطراف لحظة إبرام العقد¹.

أما المشرع الجزائري فقد نص في المادة 19 من القانون المدني على خضوع التصرفات في جانبها الشكلي لقانون المكان الذي تمت فيه ، كما يجوز إخضاعها لقانون الموطن المشترك للمتعاقدين أو قانونهما المشترك أو للقانون الذي يطبق على أحكامه الموضوعية.²

و ما تجدر الإشارة إليه أن بعض الفقهاء شكك في جدوى هذه القاعدة فيما يتعلق بالعقود الإلكترونية ، لأن هذه العقود لا تعتبر في الأساس عقودا رسمية و بالتالي فإنه لا يمكن اعتبار الوسيلة الإلكترونية لنقل المعلومات شكلا بالمفهوم القانوني ، و هو ما أدى بالبعض إلى القول بأنه و لتفادي هذه الإشكالات يتعين اللجوء إلى إبرام المعاهدات الدولية.

2- المسائل المتعلقة بالموضوع:

تتبع معظم الأنظمة القانونية نظاما ثنائيا لتحديد القانون الواجب التطبيق على العقد من حيث موضوعه ، و هنا يتم التفرقة بين حالة وجود إتفاق بين الطرفين بخصوص القانون الواجب التطبيق و حالة عدم وجود إتفاق.

أ- حالة وجود إتفاق بين الطرفين بخصوص القانون الواجب التطبيق: في هذه الحالة يتم تطبيق القانون المتفق على تطبيقه بين الطرفين سواء كان الإتفاق صريحا أو ضمنيا ، و هو ما يسمى بقانون الإرادة ، و المقصود بقانون الإرادة هو القانون الذي يتم الإتفاق عليه بإرادة الطرفين و بالتالي يسموا إتفاق الأطراف على القانون بإعتبار أن القانون المختار يستمد قوته الملزمة من الإتفاق ، كما أن القانون المحدد يشكل جزءا من العقد

¹ . Thibault Verbiest , op cit ,p192 .

² - أنظر المادة 19 من القانون المدني الجزائري.

باعتبار أن أحكام هذا القانون إندمجت مع شروط العقد¹ ، و في هذا المجال قد يتم الإتفاق بين الطرفين عند إبرام العقد كما قد يكون ذلك بموجب إتفاق ملحق بالعقد أو عند تنفيذه . فالأطراف يمكنهم إختيار قانون يحكم العقد ككل أو فقط جزء منه ، و هذا الإختيار يمكن أن يكون صريحا كأن يتم إدراج بند تعيين القانون المطبق على العقد أو ضمنيا يمكن إستنتاجه من أحكام العقد أو من ظروف الحال.²

و الأصل أن يكون الإتفاق بشأن القانون الواجب التطبيق **صريحا** و ذلك بأن يتضمن العقد بندا صريحا بهذا الشأن أو يتم إدراج هذا البند في إتفاق لاحق مستقل ، كما قد يكون الإتفاق بسند إلكتروني و هنا يجب أن يتم حفظ مضمونه بطريقة تضمن سلامته، أما الإتفاق **الضمني** على تحديد القانون الواجب التطبيق فإنه يستمد من ظروف الواقع و ملاساته طبقا للقواعد العامة ، لكونه مسألة واقع يترك تقديرها لقاضي الموضوع، فإنطواء العقد على شرط مانح للإختصاص القضائي لمحاكم دولة معينة قد يعني رغبة الطرفين في تطبيق قانون هذه الدولة على العقد.³

و يتجه الفقه الغالب إلى عدم إشتراط أن يكون القانون المختار على صلة حقيقية بالعقد، فقد يختار الطرفين قانون دولة معينة لمجرد أنه أكثر تحررا من غيره بالنسبة لما يتضمنه من شروط لصحة التعاقد الإلكتروني.⁴

ب- حالة عدم وجود إتفاق بشأن تحديد القانون الواجب التطبيق: طبقا للمادة 1/4 من معاهدة روما لسنة 1980، و التي تعتبر القانون الوضعي في دول الإتحاد الأوربي، فإنه يخضع العقد إلى القانون الأكثر صلة به ، و قد أقام هذا النص قرينة على أن قانون الدولة الأكثر صلة بالعقد هو قانون موطن المتعاقد المدين بالأداء الأكثر أهمية ، و قد أخذت بهذا الحكم صراحة المادة 117 من القانون الدولي الخاص الفيدرالي السويسري .

¹ - موكة عبد الكريم ، مقال بعنوان القانون الواجب التطبيق على عقد البيع الدولي الإلكتروني ، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني ، عدد 2010/2، دار الهدى للطباعة و النشر و التوزيع ص197.

² . Thibault Verbiest , op cit ,p192 .

³ - إلياس ناصيف ، المرجع السابق ، ص321.

⁴ - هشام صادق ، مقال بعنوان القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية ، مجلة الدراسات القانونية صادرة عن كلية الحقوق جامعة بيروت ، العدد الأول 2004، منشورات الحلبي الحقوقية 2005 ، ص16

أما معاهدة لاهاي المؤرخة في 15/06/1978 المتعلقة ببيع المنقول ، فتعتمد بموطن البائع المعتاد أو مقر شركته ، التي تلقت الطلب كقاعدتي إسناد في حالة عدم تحديد القانون الواجب التطبيق من قبل المتعاقدين¹.

و الملاحظ أن المشرع الجزائري قد كرس هذه الأحكام في المادة 18 من القانون المدني الجزائري إذ نص على تطبيق القانون المختار من المتعاقدين إذا كانت له صلة بهما أو بالعقد ، و أنه في حالة عدم إمكانية تطبيقه فيتم تطبيق قانون الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة ، و في حالة عدم إمكانية ذلك يطبق قانون محل إبرام العقد.

و من إستقراء نص المادة 18 من القانون المدني الجزائري يتضح لنا بأن المشرع قد قيد إرادة المتعاقدين في إختيار القانون الواجب التطبيق و بالتالي يمكن القول أن المشرع الجزائري قد أوجب لإعمال قانون الإرادة توافر الشروط التالية:

- أن يكون العقد دوليا : ويكون كذلك إذا تضمن عنصرا أجنبيا .

- التعبير على القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي: الأصل أنه يتعين أن يكون التعبير عن الإرادة في العقود سواء الدولية التقليدية أو الإلكترونية صريحا ، و ذلك بإتخاذ أحد الأشكال الكتابية التي ينص عليها القانون الداخلي ، و بالعودة إلى المادة 18 من التقنين المدني نجد بأن المشرع لم يحدد طريقة التعبير عن الإرادة أو الشكل الذي تتخذه و من ثم يمكن القول بأن المشرع الجزائري قد أخذ بالحالتين في التعبير عن الإرادة سواء كانت صريحة أو ضمنية.²

- وجود صلة حقيقية بين قانون الإرادة و المتعاقدين أو العقد: لقد قيد المشرع الجزائري من حرية الأفراد في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي من خلال إستعماله في المادة 18 السالفة الذكر لمصطلح (صلة حقيقية) ، إذ ألزم الأطراف بإختيار قانون له صلة حقيقية بهم أو بالعقد عكس ما كان عليه الحال قبل تعديل المادة 18 من التقنين المدني .³

¹- إلياس ناصيف ، المرجع السابق ، ص322.

²- هشام صادق ، نفس المرجع السابق ، ص197.

³- موكة عبد الكريم ، نفس المرجع السابق ، ص198.

و بالتالي فإنه في حال إنعدام هذه الصلة فإنه و رغم إختيار الطرفين للقانون إلا أن القاضي لا يستجيب لرغبة الطرفين و لا يطبق قانون الإرادة و إنما يطبق قانون الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة ، و في حالة عدم وجود موطن مشترك و عدم إشتراك المتعاقدين في جنسية واحدة فإنه يتم تطبيق قانون محل إبرام العقد¹.

¹ - أنظر المادة 18 من القانون المدني الجزائري.

الفصل الثاني: إثبات العقد الإلكتروني.

الأصل أنه يكفي لانعقاد العقود توافر الرضائية دون الحاجة الى إفراغ الإرادة في شكل معين ، إلا أنه ونتيجة لصعوبة إثبات ذلك فقد عمدت التشريعات في مختلف الأزمنة الى ضرورة إفراغ إرادة الطرفين في محرر كتابي¹ ، ومن المعروف أن المحررات الكتابية نوعين محررات رسمية ومحررات عرفية ، فإذا كان المشرع قد ضبط مسألة المحررات بصفة عامة فإن الإشكال يكمن في المحررات الالكترونية باعتبارها وليدة الثورة المعلوماتية وأصبح التعامل بها لاغني عنه.

ونتيجة لذلك فقد حاول المشرع الجزائري مواكبة التطورات إذ قام بإدخال التوقيع الإلكتروني كتقنية جديدة واكتفى بالنص على قبوله في الإثبات دون التفصيل فيه أو في القيمة القانونية للكتابة الإلكترونية .

وبناء عليه فإنه يتعين علينا التطرق بالدراسة الى المحرر الإلكتروني بعناصره (المبحث الأول) ثم نتناول حجتيه في الإثبات (المبحث الثاني).

المبحث الأول : عناصر المحررات الإلكترونية.

لم تعد فكرة المحرر تقتصر فقط على مفهومها التقليدي السائد بل أصبحت منصبة على المحرر الكتابي و الإلكتروني على حد سواء.

ولكي يكون السند دليلا كاملا في الإثبات يتعين أن يتضمن توقيع مصدره ، ويعرف التوقيع بأنه كل وسيلة تقوم بوظيفة تعيين صاحبه وانصراف إرادته نهائيا الى الالتزام بمضمون ما وافق عليه².

ومن ثمة فإن دراسة المحرر الإلكتروني تقتضي منا دراسة الكتابة الالكترونية في المطلب الأول و التوقيع الإلكتروني في المطلب الثاني .

¹ - لقد اختلفت التشريعات في تحديد مبادئ الإثبات إذ تبنت بعض النظم القانونية مبدأ حرية الإثبات في حين تبني البعض الآخر مبدأ الإثبات المقيد ومن أمثله المشرع الفرنسي ، لمزيد من التفصيل في هذا الخصوص راجع إيمان مأمون أحمد سليمان ، المرجع السابق ص 175 .

أما المشرع الجزائري فقد تبني مبدأ الإثبات المقيد في القانون المدني إذ أوجب الإثبات بالكتابة عندما تزيد قيمة التصرف عن 100.000 دج طبقا للمادة 224 من القانون المدني الجزائري و مبدأ الإثبات الحر في القانون التجاري طبقا للمادة 30 من القانون التجاري الجزائري .

² - بشار محمود دودين ، المرجع السابق ، ص 224 .

المطلب الأول : الكتابة الإلكترونية .

تعتبر الكتابة بصفة عامة من أهم طرق الإثبات لما توفره من إستقرار في المعاملات، و إذا كانت الكتابة العادية تقوم عادة على دعائم ورقية فإن الأمر يختلف بخصوص الكتابة الإلكترونية و هو ما يجعل من الإثبات بها صعبا مما يستدعي تدخل المشرع لتنظيم الإثبات بها، إذا كان الأمر كذلك فإنه يتعين علينا التطرق بالتعريف للكتابة الإلكترونية ثم بيان شروطها.

الفرع الأول : تعريف الكتابة الإلكترونية.

تعتبر الكتابة وسيلة لنقل الكلام ، و ذلك لكونها تقنية تعمل على تجسيد الكلام بواسطة آثار تترك على دعامة ، فالنص الكتابي يعتبر محادثة عن بعد بإعتبار أن الكتابة تترجم ما نفكر به و ما نقوله ، و تفترض الكتابة إستعمال الشخص لوسائل بهدف تحديد بوضوح ما نفكر به على دعامة ، و تعرف الدعامة بأنها وسيلة وجود الكتابة و هي عبارة عن شيء مادي يترجم و يثبت اللغة.¹

إن دراسة الكتابة الإلكترونية تقتضي منا دراستها كمفهوم جديد ظهر على الساحة المعلوماتية في التشريعات المقارنة بصفة عامة و في التشريع الجزائري بصفة خاصة. وتعتبر الكتابة بصفة عامة من أوثق وسائل الإثبات ويرجع ذلك لسهولة حفظها وبالتالي إمكان الرجوع إليها في حالة نشوب نزاع بين طرفي العلاقة التعاقدية، وبالتالي فإن الكتابة هي وسيلة إعداد دليل لإثبات الاتفاق و الرضا من الطرفين ، وهو ما يتعين معه تحديد مفهومها في إطار وظيفة الكتابة و الدور الذي تؤديه في الإثبات وليس على أساس نوع الوسيط الورقي بالمفهوم التقليدي² .

وقد عرف الفقه المحرر الإلكتروني بأنه رسالة بيانات تتضمن معلومات تنشأ أو تدمج أو تخزن أو ترسل أو تستقبل كلياً أو جزئياً بوسيلة الكترونية أو رقمية أو صوتية أو وسيلة أخرى مشابهة .

¹ - Elisabeth Joly- Passant, L'écrit confronté aux nouvelles technologies , 2006 , Librairie Générale De Droit et de Jurisprudence , E.J.A Paris , p25 et s.

² - إيمان مأمون أحمد سليمان المرجع السابق ص 181 .

وترتيباً عليه فإن كلا المحررين الإلكتروني و الورقي يتماثلان في أن كلا منهما ينطوي على مجموعة من الرموز تعبر عن حقيقة التصرف المبرم بين طرفيه كما يتماثلان في أنه قد يكون لهما الصفة الرسمية أو العرفية كما أن فحوى كل منهما تمتد إليه يد المشرع بالحماية¹.

إلا أنهما يختلفان في كون أن الكتابة العادية تكون على كيان مادي ملموس بخلاف الكتابة الإلكترونية و التي تكون على دعامة إلكترونية أو رقمية أو ضوئية².

وقد أورد القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية (قانون اليوسترال) المقصود بالكتابة الإلكترونية إذ أشار إلى أنها تشمل رسالة البيانات إذا تيسر الإطلاع على البيانات الواردة فيها على نحو يتيح استخدامها بالرجوع إليها لاحقاً وبالتالي فإن أية وثيقة ينطبق عليها هذا المفهوم تعد كتابة .

هذا و قد عرفت المادة 2/أ من نفس القانون رسالة البيانات بأنها المعلومات التي يتم إنشاؤها أو إرسالها أو إستلامها و تخزينها بوسائل الكترونية أو ضوئية أو بوسائل مشابهة بما في ذلك على سبيل المثال لا الحصر تبادل البيانات الإلكترونية أو البريد الإلكتروني أو البرق أو التلكس أو النسخ البرقي.

وفي هذا الصدد فقد نصت المادة 1316 من التقنين المدني الفرنسي على أن الإثبات الخطي أو الإثبات بالكتابة ينتج عن تتابع للحروف ، للخصائص ، للأرقام ، ولكل رمز أو إشارة مخصصة لعلامة مفهومة واضحة أيا ما كان دعامتها وشكل إرسالها³ .

¹ - إيمان مأمون أحمد سليمان ، المرجع السابق ، ص 190 .

² - محمد حسين منصور ، الإثبات التقليدي و الإلكتروني ، طبعة 2009 ، دار الفكر الجامعي الإسكندرية ، ص 272 .

³ - لقد تم تعديل القانون المدني الفرنسي بالقانون رقم 2000 - 230 المؤرخ في 13 مارس 2000 و المتضمن تكييف قانون الإثبات الخاص بتكنولوجيا الإعلام و المرتبط بالتوقيع الإلكتروني ، و قد أدخل هذا القانون أحكاماً عامة على الإثبات الكتابي و الكتابة الإلكترونية ، يمكن تلخيص الأحكام الكبرى القانونية في خمس نقاط :

- أدخل تعريف الإثبات الكتابي بصفة مستقلة عن الدعامة الخاصة به.

- المعادلة بين الإثبات الكتابي على الدعامة الإلكترونية و الإثبات الكتابي على الدعامة الورقية.

- إقرار شرعية معيار قواعد الإثبات و سلطة القاضي للفصل في نزاعات الإثبات.

- التعريف الوظيفي للتوقيع العادي و للتوقيع الإلكتروني.

- الاعتراف بالتصرف الرسمي المثبت على دعامة إلكترونية.

Pour une explication détaillée ; Elisabeth Joly- Passant, L'écrit, op.cit., p15.

ويتضح من خلال هذا النص أن المشرع الفرنسي قد تبني تعريفا موسعا للإثبات عن طريق الكتابة ليشمل كل أنواع الكتابة سواء على الدعامة الورقية أو على الدعامة الإلكترونية¹.

ونجد أن التشريعات التي نظمت مسألة العقود الإلكترونية قد وضعت مفهوما للكتابة الإلكترونية كما هو الأمر في القانون المصري إذ أورد تعريف الكتابة في قانون التوقيع الإلكتروني وعرفها بأنها كل حروف أو أرقام أو رموز أو أي علامات أخرى تثبت على دعامات الكترونية أو رقمية أو ضوئية أو أية وسيلة أخرى مشابهة و تعطي دلالة قابلة للإدراك ، أما المشرع الإماراتي فقد أورد تعريفا للمعلومات الإلكترونية في قانون المعاملات و التجارة الإلكترونية بأنها معلومات ذات خصائص الكترونية في شكل نصوص أو رموز أو أصوات أو رسوم أو صور أو برامج حاسب آلي أو غيرها².

وبناء على ما تقدم فإن السؤال الذي يطرح نفسه يدور أساسا حول موقف المشرع الجزائري من مسألة الكتابة الإلكترونية .

لم يقتصر المشرع الجزائري على الكتابة التقليدية وإنما أدخل تعريف الكتابة الإلكترونية بموجب القانون رقم 05-10 المعدل للقانون المدني إذ نص في المادة 323 مكرر من القانون المدني على أن الكتابة هي تسلسل حروف أو أوصاف أو أرقام أو أية علامات أو رموز ذات معنى مفهوم مهما كانت الوسيلة التي تتضمنها و طرق إرسالها . و طبقا لهذا النص فإن الكتابة حسب المشرع الجزائري يتعين أن تكون بشكل مقروء ومفهوم وبالتالي إذا ورد التصرف في شكل مشفر فإنه حتى تكون له حجية قانونية يتعين فك التشفير ليصبح مقروءا وقد عبر عنها المشرع الجزائري بأنها " ذات معنى مفهوم " . و إذا كان الفقه و القانون قد أجمعا على أن الكتابة هي كل ما له معنى مفهوم بغض النظر عن دعامته سواء أكانت ورقية أم إلكترونية فإن السؤال الذي يطرح نفسه يتمحور أساسا حول الشروط الواجب توافرها في الكتابة لقبولها كدليل إثبات و هو ما سوف نتناوله فيما يلي.

¹ إيمان مأمون أحمد سليمان ، المرجع السابق ، ص188.

² - نفس المرجع السابق ، ص 189.

الفرع الثاني : شروط الكتابة المعدة للإثبات.

من استقراء نص المادة 323 مكرر من القانون المدني الجزائري يتضح لنا بأن المحرر الكتابي يجب أن يكون مقروءا ومستمرا وغير قابلا للتعديل ، هذا بالإضافة الى توقيعه من المتعاقد توقيعا دالا على شخصيته ومعبرا عن رضائه ، وإذا كان المشرع الجزائري قد نص على شرطي المقرئية والاستمرارية بصريح النص فإنه لم ينص على شرط عدم القابلية للتعديل إلا أن هذا الشرط يفهم من طبيعة المحرر في حد ذاته فإذا كان قابلا للتعديل فإنه لا يمكن الاستناد عليه في الإثبات ، وسوف نتناول فيما يلي شروط المحرر الإلكتروني أما التوقيع سوف ندرسه في حينه :

أولا/ أن يكون المحرر الكتابي مقروء:

يجب أن يكون المحرر الكتابي واضحا ذا دلالة مفهومة لدى الغير ، فالكتابة الإلكترونية المشفرة لا يمكن أن تشكل دليلا إلا إذا أصبحت مفهومة لدى الأطراف ، و هذا الدليل يمكن تقديمه مكتوبا على محرر ورقي أو إلكتروني ، ويشترط أن يكون بلغة مفهومة للطرفين ، فإن صيغ بلغة أجنبية عنهما إستعانا بالترجمة.¹

و لقد عبر المشرع الجزائري عن شرط مقرئية الكتابة عند تعريفه للكتابة بأنها ذات معنى مفهوم "... ويعتبر شرط المقرئية شرطا بديهيا لإمكانية الاعتراف بأي محرر ومنحه الحجية القانونية ، ذلك أنه إذا كانت الكتابة عبارة عن رموز تعبر عن الفكر و القول فإن قراءتها هو تعبير عن وجودها الفعلي ، و من ثمة فإنه إذا كانت المحررات المكتوبة يتم قراءتها بالعين المجردة فإن المحررات الإلكترونية يتم قراءتها من خلال جهاز الحاسب الآلي و الذي يتدخل مباشرة لتحويل لغة الآلة و الرموز المستخدمة الى لغة مقروءة وبالتالي فإنها تكتسب ذات الحجية المقررة للمحركات المكتوبة رغم وجودها على دعامة الكترونية² ، وقد أصدرت في هذا الصدد المنظمة الدولية للمواصفات و المقاييس (الإيزو) المواصفة الخاصة بالمحركات ISO 6760 ، ووفقا لما ورد فيها فإنه لا يشترط أن تتم قراءة

¹ - قارة مولود ، التوقيع الإلكتروني كدليل إثبات في القانون الخاص ، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجستير ، جامعة فرحات عباس سطيف 2004، ص16.

² - خالد مصطفى فهمي ، النظام القانوني للتوقيع الإلكتروني في ضوء التشريعات العربية و الإتفاقيات الدولية ، طبعة 2007 ، دار الجامعة الجديدة الإسكندرية ، ص 82 .

المحرر من الإنسان مباشرة و إنما يمكن أن تتم القراءة بطريق غير مباشر باستخدام آلة¹. فالمحركات الإلكترونية يتم تدوينها على الوسائط الإلكترونية بلغة الآلة فلا يمكن للإنسان قراءتها بشكل مباشر و إنما يتعين أن يتم ذلك بإيصال المعلومات في الحاسب الآلي الذي يجري تغذيته ببرامج لها القدرة على ترجمة لغة الآلة الى اللغة المقروءة للإنسان².

ثانيا/ استمرارية الكتابة:

تعني استمرارية الكتابة أن يتم التدوين على وسيط يسمح بثبات الكتابة عليه واستمرارها ، بحيث يمكن الرجوع إليها وقت الحاجة ، فإذا كان الوسيط الورقي يوفر هذه الخاصية فإن الإشكال يقوم بصفة خاصة في الوسيط الإلكتروني، كالشرائح الممغنطة وأقراص التسجيل ، ذلك أنها تتسم بدرجة حساسية عالية إذ يمكن أن تتلف بمجرد اختلاف شدة التيار الكهربائي أو الاختلاف الشديد في درجة حرارة تخزين هذه الوسائط ، و يترتب على ذلك عدم تحقق هذا الشرط ، إلا أنه تم تجاوز ذلك باستخدام وسائط الكترونية متطورة يتحقق فيها عنصر الثبات و الاستمرارية بالنسبة لما تم تدوينه عليها ، حيث يمكن الاحتفاظ بتلك المعلومات لمدة طويلة قد تفوق قدرة الأوراق التي تتأثر هي الأخرى بعوامل الزمن أو الحريق أو الرطوبة أو الحشرات³.

ثالثا /عدم قابلية الكتابة للتعديل :

يعتبر أي تعديل في المحرر الكتابي التقليدي سواء بالكشط أو التغيير أو المحو أو غير ذلك من العيوب المادية التي تفقده حجيته وقيمه في الإثبات⁴ ، هذا وقد اعتبر المشرع الجزائري في المادة 324 مكرر 4 من القانون المدني أن ما ورد في العقد الرسمي حجة حتى يثبت تزويره، وإذا كان القانون المدني قد أسقط الحجية على العقد الرسمي في حالة ثبوت تزويره إلا أنه لم يعرف التزوير و لم يوضح معناه وبالتالي وجب الرجوع الى أحكام قانون الإجراءات المدنية و الإدارية و قانون العقوبات لتعريف التزوير.

1 - إيمان مأمون أحمد سليمان ، المرجع السابق ، ص 192.

2- نفس المرجع السابق ، ص 193.

3 - نفس المرجع السابق ، ص 194.

4 خالد مصطفى فهمي ، المرجع السابق ، ص 86 .

لقد نصت المادة 179 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية على أن الإدعاء بالتزوير ضد العقود الرسمية هو الدعوى التي تهدف إلى إثبات تزيف أو تغيير عقد سبق تحريره أو إضافة معلومات مزورة له ، و قد تهدف أيضا إلى إثبات الطابع المصطنع له .

أما في قانون العقوبات فقد عرفت المادة 216 منه التزوير في المحررات الرسمية أو العمومية بأنه يتم بإحدى الصور التالية:

- تقليد أو تزيف الكتابة أو التوقيع.
- اصطناع اتفاقات أو نصوص أو التزامات أو مخالصات أو إدراجها في هذه المحررات فيما بعد .
- إضافة أو إسقاط أو تزيف الشروط أو الإقرارات أو الوقائع التي أعدت هذه المحررات لتلقيها أو إثباتها .

واستنادا الى هذين التعريفين فإن تزوير المحررات يتمثل في تغيير الحقيقة في المحرر بإحدى هذه الطرق تغييرا من شأنه أن يسبب ضررا¹ ، ويشترط في المحرر الذي يصلح لأن يكون محلا للتزوير أن يتخذ شكل الكتابة أو العبارات الخطية وبالتالي لا يعد محررا كل ماهو غير مكتوب كالتسجيلات الصوتية مثلا ، وتأخذ الكتابة معنى واسعا يشمل كل علامة أو رمز ينتقل به المعنى من شخص لآخر سواء كانت هذه الكتابة مكونة من حروف أم من علامات اصطلاحية متفق عليها ولو لم تكن من نوع الحروف المعروفة كالأرقام ورموز الشفرة ورموز الإختزال كما لاتهم مادة المحرر² .

وإذا كانت المحررات الورقية التي يمكن أن يعتد بها تكون غير قابلة للتعديل أو الإضافة باعتبار أن حدوث ذلك من شأنه أن يترك أثرا ظاهرا دالا عليه فإن هذا الشرط يتحقق كذلك في الوسيط الإلكتروني إذ يمكن حفظ المحررات الإلكترونية عليه بشكل لا يقبل التبديل أو التعديل ، وذلك من خلال وسائل وأساليب عدة ، فهناك مثلا المفتاح الخاص المحمي بوسائل تقنية متطورة وهناك أيضا نظام النص الثابت و الذي لا يمكن التدخل فيه أو تعديله وغير ذلك من أساليب الحماية³.

¹ بوسقيعة أحسن ،الوجيز في القانون الجنائي الخاص، الجزء الثاني ، طبعة 2004 ، دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع ، الجزائر ، ص 239.

² - نفس المرجع السابق، ص 240

³ عمر خالد زريقات ، المرجع السابق ، ص 217

ونجد أن المشرع الجزائري قد إعتبر في المادة 323 مكرر 1 من القانون المدني أن الإثبات بالكتابة في الشكل الإلكتروني كالإثبات بالكتابة على الورق بشرط إمكانية التأكد من هوية الشخص الذي أصدرها .

من خلال هذا التعريف يتضح لنا أن مجرد الكتابة سواء كانت بالوسيلة التقليدية أو بالوسيلة الإلكترونية ليس لها أية قيمة في الإثبات إلا إذا أمكن التأكد من هوية الشخص الذي أصدرها ، والتأكد من هوية الشخص المتعاقد تكون بواسطة توقيعه على السند أو المحرر ذلك أن التوقيع بصفة عامة يعبر عن طبيعة الشخص الصادر عنه وهويته و انصراف إرادته في التعبير إلى الالتزام بمضمون ما وقع عليه ¹ .

وإذا كانت مسألة التوقيع التقليدي واردة على دعوات ورقية وبالتالي لا تثير إشكالات معقدة فقد استلزم الأمر إيجاد آلية لنسبة الكتابة الإلكترونية للشخص الصادرة عنه، وبناءا عليه ظهر ما يعرف بالتوقيع الإلكتروني وهو ما سوف نتناوله فيما يلي.

المطلب الثاني : التوقيع الإلكتروني.

كما هو الشأن بالنسبة للمحررات الورقية فإن الكتابة الإلكترونية وحدها لا تكفي لأن تكون دليلا كاملا للإثبات ما لم تكن موقعة ممن يراد الاحتجاج بها عليه فالتوقيع شرط جوهري للمحرر لأنه هو الذي ينسب الكتابة الى صاحبها وهو الذي يعطي المحرر قيمته في الإثبات.

وللوقوف على حقيقة التوقيع ووظيفته في المحررات الإلكترونية يتعين علينا تحديد مفهوم التوقيع بصفة عامة ثم التطرق بالتعريف للتوقيع الإلكتروني و تحديد صورته وهو ما سوف نتناوله في هذا المطلب.

الفرع الأول: تحديد مفهوم التوقيع .

إن تحديد مفهوم التوقيع الإلكتروني يقتضي منا التطرق لتعريفه أولا ثم بيان شروطه و هو ما سوف نتناوله فيما يلي:

أولا/ تعريف التوقيع بصفة عامة:

¹ خالد مصطفى فهمي، المرجع السابق، ص 12.

لم يرد في التشريع الجزائري تعريفا للتوقيع رغم الأهمية الكبرى التي يكتسبها في الإثبات لكونه أساس نسبة المحرر أو الكتابة إلى الموقع ، وبالرجوع إلى التشريعات المقارنة نجد أن المشرع المصري و الفرنسي على غرار المشرع الجزائري لم يتطرق الى تعريف التوقيع رغم وجود قانون متعلق بالإثبات بخلاف القانون الجزائري و الذي أدمج وسائل الإثبات في القانون المدني¹.

ويعني التوقيع بالمعني العام للكلمة إشارة مخطوطة اعتاد الناس أن يستعملوها للتعبير عن موافقتهم على أعمال أو تصرفات محددة و بالتالي فإن التوقيع على الورقة يتضمن معنى قبول محتواها واعتماده و إقراره كدليل إثبات كامل ، و لا يشترط أن يكون التوقيع يدويا ، إذ يمكن أن يكون بالإمضاء أو ببصمة الأصبع أو بصمة الختم ذلك أنه يعتبر المصدر القانوني لإضفاء الحجية على المحرر و نسبته الى صاحبه ، ويقصد بمفهوم التوقيع بالإمضاء هو الكتابة المخطوطة بيد من تصدر منه².

وفي هذا الصدد فقد عرف الفقه التوقيع بأنه كل علامة شخصية خاصة مميزة يضعها الشخص باسمه أو ببصمته أو بأي وسيلة أخرى على مستند لإقراره و الالتزام بمضمونه³.

فأما الإمضاء بالإسم فهو الكتابة المخطوطة بيد من تصدر منه ويشمل الاسم كاملا أو مختصرا كما يشمل كل علامة يختارها الشخص لنفسه ليعبر بها عن صدور المحرر منه ، وإقراره له و الالتزام بمضمونه⁴ ، أما الختم فهو وسيلة ميكانيكية تستخدم لطبع توقيع الشخص ولا يشترط أن يكون اسم الشخص هو المطبوع بل يجوز أن يكون بأي اختصار قد اعتاد عليه الشخص ، في حين أن بصمة الإصبع هي الأثر الذي يتركه إصبع الشخص على المحرر نتيجة دبغه بلون ظاهر مما يكون نقوشا و خطوطا يندر أن تتشابه لدى اثنين من البشر⁵.

¹ خالد مصطفى فهمي ، المرجع السابق ، ص 7

² نفس المرجع السابق ، ص 9.

³ إيمان مأمون أحمد سليمان ، المرجع السابق ، ص 243.

⁴ نفس المرجع السابق، ص 244 .

⁵ عمر خالد زريقات ، المرجع السابق، ص 244.

و استنادا الى التعريف المذكور فإنه يشترط في التوقيع أن يحقق الدلالة على شخصية صاحبه ويميز هويته و ذلك من خلال النظر في اعتياد الشخص التعامل به كتوقيع يتميز به عن غيره من الناس بشكل يقطع الشك ويقرب الى اليقين بأن هذا إشارة الى شخص معين ،كما يشترط في التوقيع أيضا الديمومة في الأثر بأن يترك أثرا مستمرا لا يزول مع الوقت كما يجب أن يكون مرئيا ومقروءا أو ظاهرا و صادرا عن الشخص ذاته المراد الاحتجاج به عليه وأن يرد في نفس المحرر المراد الاحتجاج به فلا ينفع وروده في صفحة أخرى أو الحاقه بملحق¹ .

وإذا كان المشرع الجزائري لم يتطرق لمفهوم التوقيع إلا أنه نص في المادة 324 مكرر 2 من القانون المدني على التوقيع وعلى البصمة وهذا على خلاف المشرع الفرنسي و الذي أخذ فقط بالتوقيع المتمثل في الإمضاء دون البصمة و لم يأخذ بتوقيع الختم بحجة أنه لا يسمح بالتعيين الدقيق لشخص الموقع² .

ورغم أن المشرع الجزائري قد أخذ بالبصمة إلا أن ذلك مقيد بشروط عندما يتعلق الأمر بالعقد الرسمي إذ افترض طبقا للمادة 324 مكرر 2 من القانون المدني أن يتم التوقيع على العقد من طرف الأطراف و الشهود إلا أنه في حالة ما إذا كان بين الأطراف أو الشهود من لا يعرف أو لا يستطيع التوقيع فإنه يتعين على الضابط العمومي أن يبين في آخر العقد تصريحاتهم بهذا الخصوص ثم يضعون بصماتهم .

أما فيما يخص المحرر العرفي فإن المشرع منحه الحجية بمجرد التوقيع و وضع البصمة دون اشتراط عدم معرفة الأطراف للتوقيع أو عدم قدرتهم على ذلك³ .

وترتبيا عليه فإن التوقيع في القانون الجزائري يكون بالإمضاء كما يجوز أن يكون بالبصمة و بالتالي فإن السؤال الذي يطرح نفسه يتعلق بموقف المشرع الجزائري من التوقيع الإلكتروني .

¹ نفس المرجع السابق ص 245.

² تنص المادة 324 مكرر 2 من القانون المدني الجزائري على أنه توقع العقود الرسمية من قبل الأطراف و الشهود عند الاقتضاء ، و يؤشر الضابط العمومي على ذلك في آخر العقد .

و إذا كان من بين الأطراف أو الشهود من لا يعرف أو لا يستطيع التوقيع يبين الضابط العمومي في آخر العقد تصريحاتهم في هذا الشأن و يضعون بصماتهم ما لم يكن هناك مانع قاهر.

³ أنظر المادة 327 من القانون المدني الجزائري .

و في هذا الصدد لقد واكب المشرع الجزائري التطورات ونص على التوقيع الإلكتروني في المادة 327 من القانون المدني¹ و هو ما سوف نتطرق له فيما يلي.

ثانيا/ تعريف التوقيع الإلكتروني .

لقد أدخل المشرع الجزائري تقنية التوقيع الإلكتروني في القانون المدني إلا أنه لم يضبط مفهومه كما لم يحدد صورته وهو ما يفرض علينا دراسته وضبطه من خلال التشريعات المقارنة والآراء الفقهية في هذا الصدد.

وفي هذا الصدد فقد عرفه قانون اليونتسترال القانون النموذجي الموحد المتعلق بالتوقيع الإلكتروني في المادة 102/ أ بأنه بيانات في شكل إلكتروني مدرجة في رسالة بيانات أو مضافة إليها أو مرتبطة بها منطقيا ، يجوز أن تستخدم لتعيين هوية الموقع بالنسبة لرسالة البيانات ، ولبيان موافقة الموقع على المعلومات الواردة في رسالة البيانات².

كما عرفه القانون الفرنسي في المادة 4/1316 من التقنين المدني الفرنسي المعدلة بقانون التوقيع الإلكتروني الفرنسي رقم 2000/230 بأنه : (التوقيع الضروري لإتمام التصرف القانوني الذي يميز هوية من وقعته ، ويعبر عن رضائه بالالتزامات التي تنشأ عن هذا التصرف وعندما يكون إلكترونيا فيجب أن يتم باستخدام وسيلة آمنة لتحديد هوية الموقع وضمن صلته بالتصرف الذي وقع عليه³ .

و لقد صدر عن الحكومة الفرنسية المرسوم رقم 2001/272 المطبق للمادة 4-1316 من القانون المدني و المتعلق بالتوقيع الإلكتروني بتاريخ 2001/03/31 و الذي أدخل تصورا جديدا للتوقيع الإلكتروني إلى جانب ما ورد في الفقرة الثانية من المادة 4-1316 من القانون المدني ، و طبقا للمرسوم فإن التوقيع الإلكتروني هو عبارة عن معطيات تنجم عن إجراء يتضمن تحديد هوية و علاقة الموقع بالتصرف ، و هو ما يجعله يقوم على

¹ لقد أدخل المشرع الجزائري تقنية التوقيع الإلكتروني بموجب القانون رقم 10/05 المؤرخ في 20 جوان 2005 المعدل والمتمم للقانون المدني .

² يوسف أحمد النوافلة ، حجية المحررات الإلكترونية في الإثبات ، طبعة 2007 ، دار وائل للنشر ، بيروت لبنان، ص 68

³ - فراس فاضل الشطي ، إبرام العقد الإلكتروني، معهد الكويت للدراسات القضائية و القانونية ، <http://www.lawjo.net> ، 2011/08/11 ، ص28.

المعايير التالية: أنه خاص بالمرسل إليه ، أنه تم وضعه بوسائل تمكن من حفظه تحت رقابة الموقع الحصرية ، أنه يربط العلاقة مع التصرف بشكل يجعل من غير الممكن تعديل التصرف¹.

أما المشرع الأردني فقد عرفه بأنه البيانات التي تتخذ هيئة حروف أو أرقام أو رموز أو إشارات أو غيرها وتكون مدرجة بشكل الكتروني أو رقمي أو ضوئي أو أية وسيلة أخرى مماثلة في رسالة معلومات أو مضافة عليها أو مرتبطة بها ولها طابع يسمح بتحديد هوية الشخص الذي وقعها ويميزه عن غيره من أجل توقيعه و بغرض الموافقة على مضمونه.

أما المشرع المصري فقد عرفه في المادة 1/1 من قانون التوقيع الإلكتروني بأنه ما يوضع على محرر الكتروني ويتخذ شكل حروف أو أرقام أو رموز أو إشارات أو غيرها ويكون له طابع منفرد ويسمح بتحديد شخص الموقع ويميزه عن غيره².

أما المشرع التونسي فإنه وبالرغم من اعترافه بالتوقيع الإلكتروني إلا أنه لم يقد بتعريفه تعريفا مباشرا وإنما نص عليه من خلال تعريف منظومة أحداث التوقيع أو الإمضاء و التي عرفها بأنها مجموعة وحيدة من عناصر التفسير الشخصية أو مجموعة من المعدات التي تمكن من التدقيق في الإمضاء الإلكتروني ، إضافة الى هذا فإن المشرع التونسي حدد الضوابط و الأسس و الضمانات فيما يتعلق بهذا التوقيع من خلال إحداث منظومة التوقيع ومنظومة التدقيق عليه و حدد ضوابط إصدار شهادات المصادقة و ما يجب توافره من قبل مقدمي خدمات المصادقة على الإمضاء بهدف تحقيق هذه الوسائل و الإجراءات للأهداف المرجوة والتي تكفل موثوقية و أمن استخدام التوقيع الإلكتروني³.

وبصفة عامة فإنه و باستقراء مختلف التعاريف التي تضمنتها التشريعات في مختلف الدول يتضح لنا وأنها اتفقت على أن التوقيع الإلكتروني يتكون من رموز أو حروف أو أرقام أو أصوات كما أن الفقه يتفق أيضا مع هذه التعريفات⁴.

1- Elisabeth Joly- Passant, L'écrit, op.cit. p.252.

² يوسف أحمد النوافلة، المرجع السابق ، ص 68.

³ لورنس محمد عيدات ، المرجع السابق ، ص 127.

⁴ يوسف أحمد النوافلة ، المرجع السابق، ص 69.

وعلى هذا الأساس فإن الفقه قام بإدراج عدة تعاريف للتوقيع الإلكتروني و التي يمكن تقسيمها الى طائفتين من حيث ما أوردهته.

فأما الطائفة الأولى من هذه التعريفات فقد قامت بالتركيز على الكيفية و الطريقة التي ينشأ من خلالها التوقيع الإلكتروني دون بيان الدور أو الوظيفة التي يقوم بها التوقيع الإلكتروني ، وهي تحديد هوية الشخص وبيان موافقته و التزامه بما جاء في المحرر،ومن بين هذه التعريفات تعريف التوقيع الإلكتروني بأنه إتباع إجراءات محددة تؤدي في النهاية الى نتيجة معينة معروفة مقدما ، فيكون مجموع هذه الإجراءات هو البديل للتوقيع التقليدي. أما الطائفة الثانية من التعاريف فقد ركزت على كيفية إنشاء التوقيع الإلكتروني على اعتبار أنه مجموعة من الإجراءات التقنية من غير تحديد لهذه الإجراءات ، تاركة المجال لأي إجراءات قد تستجد و تكون لها القدرة على تحقيق هوية الموقع و التعبير عن إرادته بالموافقة على مضمون المحرر الإلكتروني الذي تم وضع التوقيع عليه ومن هذه التعاريف تعريف التوقيع الإلكتروني بأنه مجموعة من الإجراءات التقنية التي تسمح بتحديد شخصية من تصدر عنه هذه الإجراءات وقبوله بمضمون التصرف الذي يصدر التوقيع بمناسبته¹، ويعتبر هذا التعريف أقرب التعريفات من حيث الوضوح في كيفية تكوين التوقيع إذ يبرز كيفية قيام التوقيع تاركا للتشريعات القيام بتحديد الصور المختلفة له و فاتحا المجال للتطورات التكنولوجية التي يمكن ظهورها مستقبلا إضافة الى الوظيفة التي يمكن أن يقوم بها التوقيع² ، وإذا كان الأمر كذلك فإن السؤال الذي يطرح نفسه في هذا الخصوص يتعلق أساسا بصور التوقيع الإلكتروني وهو ما سوف نتناوله في مايلي.

الفرع الثاني: أنواع التوقيع الإلكتروني

تختلف صور التوقيع الإلكتروني بحسب الطريقة التي يتم بها هذا التوقيع و من حيث درجة التقنية و مستوى ما تقدمه من ضمان وذلك بحسب الإجراءات المتبعة في إصدارها و تأمينها و التقنيات المستعملة فيه إذ قد يتخذ تقنية حروف أو أرقام أو رموز كما قد يكون مجرد نسخ للتوقيع العادي أو عبارة عن وحدات ضوئية أو رقمية.

¹ لورنس محمد عبيدات ، المرجع السابق ، ص 127 .
² نفس المرجع السابق ، ص 128

و تأسيسا على ما ذكر أعلاه يمكن القول بأن التوقيع الإلكتروني قد يكون في إحدى الصور التالية:

أولا/ التوقيع اليدوي:

تتمثل هذه الصورة في نقل التوقيع المحرر بخط اليد عن طريق التصوير بالماسح الضوئي (سكانير) ثم نقل هذه الصور الى الملف الذي يراد إضافة هذا التوقيع له لمنحه الثقة و التأكيد¹ ، كما يمكن حمل التوقيع اليدوي على أية دعامة إلكترونية متحركة يستعين بها الموقع كذلك في طبع المحررات الورقية ، و تظهر مكتوبة كأصلها الخطي و يفضل استخدامه في الشبكات الأكثر أمانا كالأنترانيت و شبكات الأكسترنات².

إضافة الى ذلك فإنه يمكن استعمال طريقة أخرى للتوقيع اليدوي وذلك باستخدام القلم الإلكتروني ، إذ في هذه الحالة يقوم الشخص بالتوقيع على جهاز الحاسب الإلكتروني باستخدام قلم إلكتروني خاص وهو ما يستوجب جهاز حاسب أليا ذا مواصفات خاصة تمكنه من أداء مهمته في التقاط التوقيع من شاشته ، وهنا يتم حفظ صورة لتوقيع الشخص في ذاكرة الحاسب الآلي ، وعندما يقوم بإرسال مستند موقع بخط يده عن طريق القلم الإلكتروني يتم المضاهاة بين التوقيع المرسل و التوقيع المخزن بذاكرة الحاسب ويتم التحقق من صحة التوقيع بالاستناد الى حركة القلم الإلكتروني و الأشكال التي يتخذها من انحناءات أو التواءات أو غير ذلك من سمات خاصة بالتوقيع الخاص بالموقع ، و يحتاج التوقيع بالقلم الإلكتروني إلى جهاز حاسب آلي ذي مواصفات خاصة تمكنه من أداء مهمته في التقاط التوقيع من شاشته و التحقق من مطابقته للتوقيع المحفوظ في ذاكرته ، كما أنه يحتاج إلى جهة توثيق إضافية.

و يلاحظ أن جهاز الحاسب الآلي يكون محملا ببرنامج خاص له وظيفة مزدوجة تتمثل في خدمة التقاط التوقيع و خدمة التحقق من صحة التوقيع³.

وإذا كان تزوير هذه الصورة من صور التوقيع الإلكتروني يفوق في الصعوبة تزوير التوقيع على المستندات الورقية لدقة التقنية إلا أنه ومع ذلك فإن هذا التوقيع لا يوفر أي

¹ عمر خالد زريقات المرجع السابق ص 254 .

² قارة مولود ، المرجع السابق ، ص58.

³ - عبد الفتاح بيومي حجازي ، التوقيع الإلكتروني في النظم القانونية المقارنة ، طبعة 2004 ، دار الفكر الجامعي الإسكندرية ، ص399 و400.

صورة من صور الأمان و الثقة و ذلك لسهولة إستعمال صورة التوقيع في حالة التوقيع بالقلم الإلكتروني أو إعادة تصوير توقيع الشخص بإستعمال الماسح الضوئي و إستعمال هذا التوقيع على أي وثيقة ونسبتها لصاحب التوقيع وبالتالي يصبح بالإمكان عمليا إصطناع مستندات في مواجهة صاحب التوقيع دون علمه بها ¹.

ثانيا/ التوقيع البيومتري.

تعتمد هذه الصورة على العلامات الفيزيائية المميزة لكل شخص كبصمة الأصبع، بصمة شبكة العين أو الصوت أو الشفاه ، أو غيرها من المميزات التي يتمتع بها الشخص ، هذه الطرق يمكنها أن تؤدي وظيفة التعريف بالشخص بكل أمان و ثقة ² . يمكن إستخدام هذه الخواص لتمييز هوية الشخص وتأكيد رغبته في إنشاء التعاقد ، فمثلا يتم تخزين بصمة إصبع المستخدم أو بصمة شبكة العين في جهاز ، و عند رغبته في إجراء أي عملية ما عليه إلا الضغط بأصبعه على شاشة الحاسب إشارة منه لموافقته على إجراء العملية وإذا تطابقت بصمته في الشاشة مع البصمة المخزنة داخل الجهاز يتم الموافقة على إجراء العملية بينهما ³ . ويؤخذ على هذه الطريقة أنها تحتاج الى تكاليف عالية وجهد كبير حتى يمكن التعامل بها على أساس الموثوقية ⁴ .

و يتم التحقق من شخصية المستخدم أو المتعامل مع هذه الطرق البيومترية عن طريق أجهزة إدخال المعلومات إلى الحاسب الآلي مثل الفأرة و لوحة المفاتيح التي تقوم بإلتقاط صورة دقيقة لعين المستخدم أو صوته أو يده أو بصمته الشخصية و يتم تخزينها مشفرة في

¹ يوسف أحمد النوافلة ، المرجع السابق، ص 74.

²- Didier Gobert et Etienne Montero , la signature dans les contrats et les paiements électroniques:l'aproche fonctionnelle ,commerce electronique: le temps des certitudes,delta beyrouth 2001,p59.

³ - عمر خالد زريقات ، المرجع السابق ، ص 77.

⁴ نفس المرجع السابق ، ص 256

ذاكرة الحاسب الآلي ، ليقوم بعد ذلك بمطابقة صفات المستخدم مع هذه الصفات المخزنة ، و لا يسمح له بالتعامل إلا في حالة المطابقة¹.

و بصفة عامة إذا كان التوقيع البيومتري يسمح بالتعريف بمصدر التوقيع فإنه لا يضمن بالضرورة التعبير الصريح عن التراضي².

و تذهب الدكتورة إيمان مأمون أحمد سليمان الى أنه ورغم دقة هذا التوقيع و الثقة و الأمان اللذين يمنحهما إلا أنه يؤخذ عليه بأنه قد يكون محل تزوير إذ يمكن تسجيل بصمة الصوت ثم إعادة بثها كما يمكن طلاء الشفاه بمادة معينة تجعلها مطابقة للبصمة الأصلية و الأمر نفسه بالنسبة لبصمة العين إذ يمكن تزويرها عن طريق إستعمال العدسات اللاصقة إلا أنه وحسب الدكتورة إيمان مأمون أحمد سليمان فإن هذه المآخذ لا تقلل من الثقة الواجب إعطاؤها لهذا النوع من التوقيع الإلكتروني ، ذلك أن التزوير وارد حتى في التوقيع التقليدي ، إضافة الى أن هذا التوقيع شأنه شأن باقي التوقيعات الإلكترونية بحاجة الى تكنولوجيا تؤمن إستخدامها عبر شبكة الأنترنت و تحول دون التلاعب بإعادة النسخ و الإستعمال³.

ثالثاً/ التوقيع عن طريق البطاقة المقترنة بالرقم السري:

يقصد به استخدام مجموعة من الأرقام أو الحروف أو كليهما ، يختارها صاحب التوقيع لتحديد هويته وشخصيته ، ويتم تركيبها أو ترتيبها في شكل كودي معين بحيث لا⁴ يعلمها إلا صاحب التوقيع فقط ومن يبلغه بها ، وغالبا ما يرتبط هذا التوقيع الكودي أو السري بالبطاقات الذكية البلاستيكية الممغنطة وغيرها من البطاقات الحديثة المشابهة والمزودة بذاكرة إلكترونية مثل الفيزا كارت، و ماستر كارت، و أمريكان اكسبريس. ويستخدم التوقيع الكودي أو السري في المراسلات وإبرام عقود التجارة الإلكترونية والمعاملات المصرفية البنكية⁵.

¹ - عبد الفتاح بيومي حجازي، المرجع السابق ، ص 398

² - Didier Gobert et Etienne Montero , op cit p 60.

³ - إيمان مأمون أحمد سليمان المرجع السابق ص 258.

⁴ - فراس فاضل الشطي ، إبرام العقد الإلكتروني، المرجع السابق ص34.

⁵ - نفس المرجع السابق ص35.

وتنحصر إجراءات هذا النوع من التوقيع بالموافقة على عمليات السحب النقدي أو السداد بالبطاقة ، بحيث يستطيع كل شخص يمتلك جهاز كمبيوتر موصول بشبكة الأنترنت أن يقوم بإدخال رقم بطاقته الصادرة من أي من البنوك أو مؤسسات الإئتمان في المكان المخصص لذلك عندما يطلب منه ، فهي تماما كما لو كان العميل يستعملها خارج جهاز الكمبيوتر بالسحب من جهاز الصراف الآلي¹ ، حيث يتعرف الجهاز على البطاقة و على هوية صاحبها و يطالبه بإدخال رقمه السري ويشير الجهاز بعد ذلك الى صحة إستخدام البطاقة و إمكانية التعامل مع الجهاز لسحب المبالغ المطلوبة حسب إتفاق البنك مع العميل و يعتمد هذا النوع من التوقيع بالبطاقة الممغنطة على إستخدام الرقم السري و يضع البنك التزام على العميل في حالة فقدته للبطاقة بأن يقوم بسرعة بإخطار البنك لإتخاذ إجراءات وقف التعامل على البطاقة و الغاء الرقم السري .

ويذهب الفقه الى أن هذا النوع يتميز بقدر كبير من الثقة و الأمان نظرا لسهولة استخدامها وبساطتها و أنها تتم بإجتماع البطاقة مع الرقم السري الذي لايعرفه غير العميل وأن فقدته أو فقد البطاقة يؤدي الى إيقاف جميع التعاملات بها بعد إخطار البنك².

لقد شاع إستعمال البطاقات الإئتمانية في الوقت الحالي مثالها بطاقات الفيزا و بطاقات الصراف الآلي ، فأما بطاقة الفيزا فإنها تستخدم من العملاء لعمليات الشراء إذ يكون إستخدامها بتسليمها الى البائع و الذي يوجد بحوزته جهاز مخصص لإستخدامها، إذ يقوم بتمريرها على الجهاز وبعدها تتم عملية سداد ثمن البضاعة و خصم الثمن من حساب المتعامل مباشرة لدى البنك بعد التأكد الكترونيا من وجود الرصيد وصلاحية البطاقة³.

رابعاً/ التوقيع الرقمي :

ويقصد به استخدام أرقام حسابية مطبوعة عن طريق التشفير لتركيز وضغط محتوى المعاملة التي يتم التوقيع عليها، وتتم الكتابة الرقمية للتوقيع ولمحتوى المعاملة عن طريق التشفير، وذلك باستخدام مفاتيح سرية وطرق حسابية معقدة ومعادلات رياضية (لوغاريتمات) تتحول بواسطتها المعاملة من رسالة ذات كتابة عادية مقروءة ومفهومة إلى

¹ - عمر خالد زريقات المرجع السابق ص 255 .

² - خالد مصطفى فهمي المرجع السابق ص 60.

³ - يوسف أحمد النوافلة المرجع السابق ص 75 .

معادلة رياضية أو رسالة رقمية غير مقروءة وغير مفهومة ، ما لم يتم فك تشفيرها ممن يملك مفتاح فك الشفرة وهو المعادلة الخاصة بذلك¹.

وينشأ هذا النوع بإستخدام مفتاح خاص معتمد قانونا من جهة متخصصة بإصداره و التحقق من شخصية الموقع ، ويحتاج التوقيع الرقمي الى وجود مراكز متخصصة تقوم بمراجعة محتويات الوثائق والتأكد من توقيع الأطراف بإستخدام ملف Pdf .

ويعتمد التوقيع الرقمي على فكرة اللوغاريتمات و المعادلات الرياضية المعقدة من الناحية الفنية كإحدى وسائل الأمان التي يبحث عنها المتعاقدون عند إجراء صفقات الكترونية².

ونتيجة لذلك فن التوقيع الرقمي يتم إنتاجه بإستخدام علم التشفير وذلك بإستخدام عدة خطوات تتضمن تشكيل و إنشاء رسالة الكترونية و تشفيرها و اختصارها الى مجموعة³ من الأرقام أو الخانات الرقمية التي تشكل في نهاية المطاف ما يمكن وصفه بالبصمة الإلكترونية .

والتوقيع الرقمي يعتمد على قيام الحاسب بتحويل المحرر المكتوب الى أرقام و حفظها في جهاز الحاسب الآلي مع التوقيع المكون من أرقام أيضا وذلك كله وفق معادلة رياضية خاصة تتوفر لدى طرفي العقد وبالتالي يمكن لأي من الطرفين إعادة المعادلة الرياضية الى شكلها الأصلي بإستخدام هذه المعادلة و هو ما يحقق الأمان من هذه الناحية و يتم فتح الرسالة وفقا لما سبق بواسطة المعادلة و يسمى ذلك بمفتاح المعادلة وهناك⁴ نوعين من المفاتيح الأول مفتاح عام و الثاني خاص ، فأما المفتاح العام يمكن للجميع إستخدامه و إرسال الرسائل على هذا المفتاح إلا أنه لا يمكنه تعديلها إلا بوجود مفتاح خاص لا يعلمه إلا طرفي التعاقد و لا يمكن لعامة الناس معرفته و هو ما يجعل هذا النظام يحقق الأمان للأطراف⁵.

¹ - فراس فاضل الشطي، إبرام العقد الإلكتروني، المرجع السابق ص33.

² - خالد مصطفى فهمي المرجع السابق ص 61

³ - يوسف أحمد النوافلة، المرجع السابق ، ص 71 .

⁴ - نفس المرجع السابق ، ص 72.

⁵ - يوسف أحمد النوافلة، المرجع السابق ، ص72.

وبناء عليه فإنه وبموجب المفتاح العام يستطيع أي شخص قراءة الرسالة أو البيانات المعروضة عبر الأنترنت لكنه لا يستطيع التعديل عليها إلا إذا كان يملك المفتاح الخاص وإذا ما أراد الدخول للإلتزام بها فعليه أن يستخدم مفتاحه الخاص به ليضع توقيعه و يعيد إرسالها مرة أخرى الى مصدرها بحيث لا يستطيع الطرف الأول إن كان هو البائع مثلا أن يعدل عن الرسالة الثانية فهو يطالعها دون أن يعدل فيها لأنه أيضا لا يملك المفتاح الخاص و هكذا لا يستطيع أي كان المساس برسالة البيانات أو التعديل فيها إلا باستخدام المفتاحين الخاصين بطرفي التعامل¹.

و ما تجدر الإشارة إليه هو أن استعمال التشفير بالمفتاح العام يفترض تنظيم إشهار المفتاح العام بألية مراقبة ، وهي مهمة مزدوجة تتعلق بالإشهار و التصديق يجب أن تتم من طرف جهة ثالثة محايدة و هو ما يعرف بسلطة التصديق².
ومن خلال ما سبق يتضح لنا بأن التوقيع الرقمي يهدف إلى تحقيق الوظائف الآتية:

-**التوثيق**: ويقصد به التحقق من هوية الموقع وأن الرسالة الموقعة منه تنسب إليه.

-**السلامة**: ويقصد بها أن محتويات الرسالة الموقع عليها إلكترونيا لم يتم تغيير مضمونها

ولم يتم التلاعب في بياناتها، لا عمدا ولا عن غير عمد.

-**السرية**: يحقق التوقيع الرقمي سرية المعلومات التي تتضمنها المعاملات والرسائل

الإلكترونية حيث لا يمكن قراءة هذه المراسلات إلا ممن أرسلت إليه وباستخدام المفتاح العام للمرسل³.

الفرع الثالث : شروط التوقيع الإلكتروني .

يعتبر التوقيع الإلكتروني وسيلة الربط بين الكتابة الإلكترونية و الشخص الصادرة عنه و لكي يحقق هذه الوظيفة فإنه يتعين أن يكون متوافرا على الشروط المقررة قانونا في هذا

¹ - عمر خالد زريقات ، المرجع السابق ، ص 257.

² - Didier Gobert et Etienne Montero , op cit p 61.

³ - فراس فاضل الشطي ، إبرام العقد الإلكتروني، المرجع السابق ص34.

الصدد ، وبالرجوع للقانون الجزائي و تحديدا إلى أحكام الإثبات في التقنين المدني بعد تعديل سنة 2005 نجد أن المشرع قد نص على الإعتداد بالتوقيع الإلكتروني في المادة 327 منه وأحال على المادة 323 مكرر 1 بخصوص الشروط الواجب توافرها فيه ، و بالرجوع الى هذه المادة يتضح لنا بأن الشروط الواجب توافرها في التوقيع الإلكتروني هو إمكانية التأكد من هوية الشخص الموقع و أن يكون معدا و محفوظا في ظروف تضمن سلامته ، وبإستقراء مختلف التشريعات الداخلية في هذا الخصوص يمكن تحديد الشروط الواجب توافرها في التوقيع الإلكتروني على النحو الآتي:

أولاً/ أن يكون التوقيع متميزا و محددًا لهوية الشخص الموقع .

إن تميز التوقيع الإلكتروني وإرتباطه بالشخص الموقع يعتبر من أهم صفاته حتى يتسنى له أداء وظيفته ، وبالرجوع الى صور التوقيع على النحو التي أوردناه أعلاه يتضح لنا أنه لايمكن القول بوجود توقيع خاص بالشخص إلا إذا كان عبارة عن علامة مميزة خاصة به ¹ .

ونجد أن التوقيع الإلكتروني بصوره المختلفة إذا تم إنشاؤه بصورة صحيحة فإنه يعد من قبيل العلامات المميزة و الخاصة بالشخص وحده دون غيره ، فالتوقيع بالقلم الإلكتروني أو التوقيع الرقمي أو غيرها من صور التوقيع تتضمن علامات مميزة لشخص عن غيره .

وإذا قلنا ضرورة كون التوقيع الإلكتروني مميزا مفاده أن يكون قادرا على التعريف بشخصية الموقع تماما كما هو الأمر في التوقيع التقليدي بأنواعه كالختم و البصمة و الإمضاء فإنه يتعين أن يكون التوقيع الإلكتروني كافيا لتحديد شخصية الموقع على الرسائل الإلكترونية ويكون ذلك مثلا من خلال الرجوع الى جهاز إصدار التوقيعات الإلكترونية وشهادات التصديق و التي تبين شخصية المستخدم للتوقيع بالرقم السري في بطاقات الصراف الآلية ، ذلك أن قيام حامل البطاقة بإدخال الرقم السري الخاص به في الجهاز و

¹ إرجع الى الصفحة 96 من هذه المذكرة .

قيام هذا الأخير بالتعرف على الرقم السري و إدخال الشخص لحسابه تعتبر إجراءات كافية للدلالة على شخصه وإتمام جميع عمليات البطاقة¹.

وفي هذا الصدد فقد نصت المادة 6 / 3 بند أ من القانون النموذجي لسنة 2001 على أنه يعتبر التوقيع الإلكتروني قابل للتعديل عليه إذا كانت بيانات إنشاء الموقع مرتبطة في السياق الذي تستخدم فيه بالموقع دون أي شخص آخر.

أما المشرع الجزائري فإنه و إن كان لم يتخذ بعد موقفا بخصوص مسألة الجهات المنوطة بتحديد التوقيعات الإلكترونية المعتمدة إلا أنه نص في المادة 323 مكرر 1 على " شرط إمكانية التأكد من هوية الشخص الذي أصدرها "

ومن هنا يتبين لنا بأن المشرع الجزائري لن يخرج على ما ذهب إليه التشريعات المقارنة بخصوص إحداث جهات لتوثيق التوقيع الإلكتروني حتى يتسنى له تحقيق هذه الوظيفة ذلك أن التأكد من هوية الشخص مصدر التوقيع لن يكون إلا بالربط بينه وبين بيانات إنشاء التوقيع المخزنة في قاعدة البيانات خاصة و التيقن من تطابقهما من عدمه.

و بصفة عامة فإنه من الناحية القانونية لكي يرتبط التوقيع بالموقع وحده دون غيره فإنه يجب أن يعبر عن إرادة الموقع في الالتزام بالتصرف القانوني الذي يتضمنه المحرر الإلكتروني ويدل على رضائه به وإقراره ، فمجرد قيام الموقع بالتوقيع الإلكتروني يفيد الرضا والالتزام بما تم التوقيع عليه طالما أمكن نسبة التوقيع إلى الموقع. ويرى بعض فقهاء القانون الفرنسي أن التوقيع الإلكتروني هو في حقيقته إجراء آلي يتضمن الطبيعة الإرادية للتوقيع التقليدي، وأنه يفصح عن إرادة الموقع².

أما من الناحية التقنية و الفنية فإن ارتباط التوقيع الإلكتروني بالموقع وحده دون غيره يتحقق إذا استند التوقيع الإلكتروني إلى منظومة تدوين بيانات إنشاء توقيع إلكتروني مؤمنة وتوافرت إحدى الحالتين الآتيتين:

الحالة الأولى/ أن يرتبط التوقيع الإلكتروني بشهادة تصديق إلكتروني: لكي يتحقق ارتباط التوقيع الإلكتروني بالموقع وحده دون غيره فإنه يجب أن يستند إلى منظومة تكوين بيانات

¹ - لورنس محمد عبيدات ، المرجع السابق ، ص 130.

² - فراس فاضل الشطي ، إبرام العقد الإلكتروني، المرجع السابق ص37.

إنشاء توقيع إلكتروني مؤمنة و هذه الأخيرة هي عبارة عن " مجموعة عناصر مترابطة ومتكاملة ، تحتوي على وسائط إلكترونية وبرامج حاسب آلي يتم بواسطتها تكوين بيانات إنشاء التوقيع الإلكتروني باستخدام المفتاح الشفري الجذري " .

الحالة الثانية / أن يتم التحقق من صحة التوقيع الإلكتروني : ويتم التحقق عن طريق شهادة التصديق الإلكتروني، وشهادة التصديق الإلكتروني كما عرفتها المادة 7 من اللائحة التنفيذية لقانون التوقيع الإلكتروني المصري فإنها " الشهادة التي تصدر من الجهة المرخص لها بالتصديق وتثبيت الارتباط بين الموقع وبيانات إنشاء التوقيع"، وتظهر أهمية شهادة التصديق الإلكتروني في كونها تؤكد على صحة التوقيع وارتباطه بالموقع وانه صادر ممن نسب إليه ولم يشوبه أي تقليد أو تزوير أو تحريف أو اصطناع أو غيرها من صور التلاعب ، كما تؤكد الشهادة على أن البيانات الموقع عليها بيانات صحيحة صادرة من الموقع ولم يتم التلاعب فيها ولم يطرأ عليها أي تعديل أو تبديل، وبذلك تصبح هذه البيانات موثقة ولا يمكن إنكارها.

ويتم التحقق من المعلومات السابقة عن طريق استخدام المفتاح العام لمن صدرت عنه الشهادة الإلكترونية والذي يكون مذكورا في الشهادة نفسها نظرا للارتباط بين هذا المفتاح العام والمفتاح الخاص لصاحب الشهادة.

ويجب في شهادة التصديق الإلكتروني أن تستجيب لمقتضيات السلامة والوثوق بها ويتم ذلك باستخدام أنظمة معلوماتية متطورة تحقق الأمن وتخلق الثقة في من يتعامل على أساس هذه الشهادة¹.

ثانيا/ سيطرة الموقع على منظومة التوقيع:

ومفاده أن الموقع نفسه هو الذي قام بإنشاء التوقيع الإلكتروني بطريقته الخاصة و تحت سيطرته ، فالتوقيع الرقمي يتكون من حروف وأرقام لايمكن لأحد أن يعرفها سواه هو، وبالتالي عندما تتحول الحروف الى أرقام بواسطة رموز فك معينة فإن الموقع هو الوحيد القادر على استخدام هذه الرموز من أجل الوصول الى التوقيع لأنه هو الذي قام

¹ - فراس فاضل الشطي، إبرام العقد الإلكتروني، المرجع السابق ص38.

بإنشاء التوقيع الإلكتروني وبطريقته الخاصة به و تمت سيطرته المتمثلة في الرمز المشفر للتوقيع وبالتالي لا يمكن لأحد الوصول إليه سواه¹ .

وفي هذا الصدد فقد نصت المادة 3/6 البند (ب) من القانون النموذجي على أنه يتعين أن تكون بيانات إنشاء التوقيع خاضعة وقت التوقيع لسيطرة الموقع دون أي شيء آخر . أما المشرع الجزائري فقد نص على هذا الشرط في المادة 323 مكرر من القانون المدني إذ نص على ضرورة أن تكون معدة و محفوظة في ظروف تضمن سلامتها"

ثالثا/ارتباط التوقيع بالمحرر الإلكتروني.

إن مسألة ارتباط التوقيع بالمحرر مسألة غاية في الأهمية ذلك أنها تعكس سلامة المحرر من أي تعديل قد يطرأ عليه بعد توقيعه وبالتالي فإن حماية التوقيع الإلكتروني ليست غاية في حد ذاتها و إنما الهدف منها هو حماية المحرر الموقع عليه و الذي يضمن إنصراف مضمون المحرر الى الموقع ، ذلك أن وضع التوقيع الإلكتروني على العقد يعني إتجاه إرادة الموقع الى إنصراف آثار العقد إليه و التزامه به .

ومنه يتضح لنا بأن هذا الشرط يستلزم ضرورة تكامل البيانات المتعلقة بالتوقيع الإلكتروني بحيث يكون أي تغيير يلحق برسالة البيانات أو المحرر بعد توقيعه قابلا للكشف².

وما تجدر الإشارة إليه هو أن هذا الشرط مستقى من شروط التوقيع التقليدي و الذي يعبر عنه بالتوقيع المباشر أين يتولى الشخص بنفسه وضع التوقيع و أن يكون مضمنا في الورقة العرفية ، ونجد أن تضمين التوقيع الإلكتروني في المحررات الإلكترونية له طابع خاص يتلاءم مع البيئة الإلكترونية وهو ما يعبر عنه بالارتباط المنطقي ، وإن كان الغالب في التوقيع الخطي وضعه في نهاية الكتابة حتى يكون منسحبا على جميع البيانات المكتوبة الواردة فيه و يعلن عن موافقة الموقع و تسليمه بما هو ثابت فيه فإن مسألة وضع التوقيع على المحرر الإلكتروني غير مطروحة لأنه لا يوجد إتصال محسوس بين البيانات المكونة للكتابة وبيانات التوقيع فيما بينهما وبين الدعامة التي يظهران عليها فكل منها كيان

¹ يوسف أحمد النوافلة ، المرجع السابق ، ص 87.

² لورنس محمد عبيدات ، المرجع السابق ، ص 131

معلوماتي مستقل ومع ذلك لابد من إرتباطهما لتحقيق هدف¹ ووظيفة التوقيع، فمثلا في التوقيعات الرقمية إن عبث بالرسالة الأصلية فيستحيل الوصول إليها وبالتالي إكتشاف التغيير ، وإن تم تغيير التوقيع يستحيل الوصول للمفتاح العام وفتح خلاصة الرسالة المشفرة بالمفتاح الخاص².

رابعاً/ التوثيق :

يقصد بالتوثيق إعتقاد مجموعة من الإجراءات تصدر عن جهة حكومية تعمل على توثيق التوقيع الإلكتروني و القيود الإلكترونية المراد إستخدامها في إنشاء التصرفات³. وعلى هذا الأساس فقد أوجدت التشريعات التي نظمت أحكام الكتابة الإلكترونية بنوع من التفصيل هيئات للبت في مدى الأخذ بموثوقية و أمان نوع معين من التوقيعات الإلكترونية بصفة مستقلة عن إرادة الأطراف ، وفي هذا الصدد أنشأ المشرع التونسي الوكالة الوطنية للمصادقة الإلكترونية وأحدث المشرع المصري هيئة تنمية صناعة تكنولوجيا المعلومات أما في فرنسا فتوجد Prestataires de services de certification électronique .

ونجد أن المشرع الجزائري وكما سبقت الإشارة لم ينص على إجراءات توثيق التوقيع الإلكتروني رغم أنه أدخل الإعتداد بالكتابة الإلكترونية و بالتوقيع الإلكتروني منذ ما يزيد عن 6 سنوات في القانون المدني ونص على أنه يعتد بها إذا كانت معدة و محفوظة في ظروف تضمن سلامتها إلا أنه ومع ذلك لم يبادر الى إتخاذ إجراءات توثيق وحفظ التوقيعات الإلكترونية ليترك فراغا قانونيا كبيرا يجعل القضاء عاجز بشأن حل النزاعات التي تطرأ بمناسبة إستعمال هذه التقنية نظرا لعدم استيعاب القواعد العامة لذلك .

¹ - كميني خميسة و منصور عز الدين، الإثبات بالكتابة في الشكل الإلكتروني ، مذكرة التخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، الدفعة 16 2008/2005 ، ص 24

² كميني خميسة و منصور عز الدين ، المرجع السابق ، ص 25

³ لورنس محمد عبيدات ، المرجع السابق ، ص 133

المبحث الثاني: القيمة القانونية للعقود الإلكترونية.

توصلنا من خلال المبحث السابق إلى أن المحرر الإلكتروني يتضمن الكتابة الإلكترونية بالإضافة إلى التوقيع الإلكتروني ، و أنه و رغم أن كلا منهما يشكل كيانا معلوماتيا مستقلا إلا أنهما مرتبطان إذ لا قيمة لأحدهما دون الآخر ، ذلك أن الكتابة تتضمن ما ذهبت إليه الإرادة في حين أن التوقيع يتضمن نسبة هذه الإرادة إلى شخص معين ، إلا أنه و مع ذلك فإن السؤال الذي يبقى مطروحا يتعلق أساسا بقيمة هذه المحررات في الإثبات و فيما إذا إعتبرها المشرع كتابة رسمية أم عرفية ، و الشروط الواجب توافرها للاعتداد بها في الإثبات.

إن الإجابة على هذه الأسئلة تقتضي منا دراسة نطاق الإثبات بالعقود الإلكترونية و هذا ما سوف نتناوله في المطلب الأول ثم يتعين علينا دراسة حجية العقود الإلكترونية و هو ما سوف يكون محل دراستنا في المطلب الثاني.

المطلب الأول : نطاق الإثبات بالعقود الإلكترونية.

تناول المشرع الجزائري الحديث عن المحررات الإلكترونية في باب الإثبات، غير أنه لم ينظم الحديث عنها في باب المعاملات العقدية ولا التجارية، مما يثير التساؤل حول ما إذا كان المشرع يقصد أنها مقبولة للإثبات بها فقط دون أن تصح معها التصرفات الشكلية والتي تتطلب الكتابة كركن انعقاد فيها كالبيع العقاري مثلا أو أنه يمكن قبولها في التصرفات الشكلية؟

لقد ذهبت معظم التشريعات إلى استبعاد تطبيق القواعد الخاصة بالعقود الإلكترونية على بعض التصرفات القانونية نظرا لأهميتها و خطورتها و فضلت أن تبرم تلك التصرفات في الشكل التقليدي دون الشكل الإلكتروني و ذلك لعدة اعتبارات تختلف حسب التشريعات .

لدراسة هذه المسألة يتعين علينا أولا تحديد مفهوم الشكلية و هو ما سوف نتناوله في الفرع الأول ثم التطرق لموقف التشريعات المختلفة بخصوص مسألة الشكلية في العقود الإلكترونية و هو ما سوف نتناوله في الفرع الثاني و أخيرا دراسة موقف المشرع الجزائري في الفرع الثالث.

الفرع الأول/ مفهوم الشكلية:

الأصل في العقود هو الرضائية ، بمعنى أن العقد يبرم بمجرد أن يتبادل المتعاقدان التعبير عن إرادتهما دون الحاجة إلى إجراء آخر ، وينطبق ذلك بطبيعة الحال على العقد الإلكتروني ، واستثناءً من ذلك قد يتطلب القانون إفراغ التراضي في شكل محدد وهو ما إصطلح على تسميته بالعقود الشكلية.

والعقود الشكلية هي مجموعة العقود التي لا يكفي لإبرامها مجرد التراضي وإنما يشترط فيها القانون مراعاة شكل خاص بدونه لا يمكن الحديث عن وجود العقد قانونا ، ولا يرتب أثرا ولا يمكن الاحتجاج به ، والشكل الذي تشترطه القوانين المعاصرة غالبا ما يكون الكتابة في ورقة رسمية يقوم بتحريها شخص مكلف قانونا بذلك ، وهو الموثق الرسمي أو محرر العقود و مثالها العقود الواردة على العقارات¹.

وقد تكون الشكلية في صورة الكتابة العرفية أي دون الحاجة إلى تدخل الموثق كما في حالة عقود الإيجار إذ نص القانون على وجوب تجسيد جميع العلاقات بين المؤجر و المستأجر في عقد نموذجي مكتوب و ذلك وفقا للنموذج المحدد و هنا تكفي الكتابة العرفية دون الحاجة إلى الكتابة الرسمية².

والكتابة باعتبارها ركنا لا يتم التعاقد إلا به تستدعي تمييزها عن الكتابة اللازمة للإثبات، ففي الحالة الأخيرة ينعقد العقد ويرتب آثاره كاملة في مواجهة أطرافه غير أنه إذا ثار نزاع بشأنه تكون الكتابة لازمة للإثبات و مثالها إشتراط الكتابة لإثبات التصرفات التي تزيد قيمتها عن 100000.00 دج.³

و يجب عدم الخلط بين الإجراءات التي يشترطها المشرع في بعض الأمور لأهميتها كالشهر وبين الشكلية ، ذلك أن الشهر ليس ركنا شكليا في العقد ولا تتوقف صحة العقد على وجوده ، وإنما هو شرط لإمكان تنفيذ البائع لالتزامه ، فلا تنتقل الملكية للمشتري إلا بشهر

¹ - الصالحين محمد أبوبكر العيش ، الشكلية في عقود الأنترنت و التجارة الإلكترونية ، www.ladis.com ، جويلية 2011 .

² - لقد نص المشرع الجزائري في المادة 21 من المرسوم التشريعي رقم 03-93 المؤرخ في 1993/03/01 و المتعلق بالنشاط العقاري على أنه: تجسد العلاقات بين المؤجرين و المستأجرين وجوبا في عقد إيجار طبقا للنموذج الذي يحدد عن طريق التنظيم و يحرر كتابيا بتاريخ مسمى.

³ - لقد نص المشرع الجزائري في المادة 333 من القانون المدني على أنه: في غير المواد التجارية إذا كان التصرف القانوني تزيد قيمته على 100000 دج أو كان غير محدد القيمة فلا يجوز الإثبات بالشهود في وجوده أو إنقضائه مالم يوجد نص يقضي بغير ذلك.

العقد و ذلك في حالة التصرفات الواردة على العقارات طبقا للمادة 793 من القانون المدني.¹

وهنا يظهر الفارق بين الركنية في العقد وغيرها ، فلو كان الشهر ركناً لما وجد العقد في حال تخلفه ، ولكن باعتبار أنه ليس كذلك فإن العقد يكون صحيحا ويجوز للمشتري إلزام البائع بالقيام بإجراءات الشهر العقاري حتى تنتقل له ملكية العقار، فإن رفض البائع ذلك جاز للمشتري المطالبة قضاءً بالحكم له بصحة ونفاذ العقد، فإذا ما حكم له بذلك سجل حكمه وحق له طلب تثبيت ملكيته استنادا إلى الحكم الذي يقوم مقام العقد بعد شهره².

وإذا كان هذا هو مفهوم الشككية فإنه يحق لنا التساؤل حول إمكانية استيفاء الشككية بنفس الطريقة عند إبرام العقد الإلكتروني؟ بمعنى هل مناط الشككية الكتابة على الورق أم أنها تستوعب الكتابة الإلكترونية و هو ما سوف نتناوله فيما يلي من خلال موقف التشريعات المختلفة.

الفرع الثاني/ موقف التشريعات المقارنة من مسألة الشككية في العقود الإلكترونية:

أولا- التشريع الفرنسي: لقد أثرت أمام الفقه الفرنسي إشكالية إمكانية إبرام العقود الشككية بالطريق الإلكتروني و هنا إنقسم الفقه الفرنسي إلى فريقين .

فذهب جانب من الفقه الفرنسي، وبحكم موقع المادة 1316 من التعديل إلى التفسير الضيق لمفهوم الكتابة الإلكترونية واعتبار أن المحرر الإلكتروني دليل إثبات ولا يصح به الانعقاد طالما لم ينظم المشرع ذلك في النظرية العامة للعقد والالتزامات، كما أن الأعمال التحضيرية لمشروع القانون رقم 230-2000 جاء فيها أن تعريف الكتابة الوارد بنص المادة 1316 "لا يتعلق إلا بالكتابة كأداة للإثبات، ويبقى دون أثر بالنسبة للكتابة المتطلبة لصحة التصرف"³.

في حين ذهب جانب آخر من الفقه إلى أن تواجد المادة في باب الإثبات لا يمنع من إمكان اعتبار أن الكتابة الإلكترونية شرطا لصحة التصرف والانعقاد ذلك أن هذه المادة هي

¹ - تنص المادة 793 من القانون المدني الجزائري على أنه لا تنتقل الملكية و الحقوق العينية الأخرى في العقار سواء كان ذلك بين المتعاقدين أم في حق الغير إلا إذا روعيت الإجراءات التي ينص عليها القانون و بالأخص القوانين التي تدير مصلحة شهر العقار.

² - الصالحين محمد أبو بكر العيش ، نفس المرجع السابق.

³ - محمد حسن قاسم، التعاقد عن بعد(قراءة تحليلية في التجربة الفرنسية مع إشارة لقواعد القانون الأوربي)، طبعة 2005 ، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ص10.

الوحيدة التي تناولت تعريف الكتابة الإلكترونية من جهة، ومن جهة أخرى فإن التفسير الموسع بهذه الطريقة فيه حماية للمستهلك المتعامل بالطريق الإلكتروني باعتباره الطرف الضعيف في العلاقة.¹

و لتوضيح موقف المشرع الفرنسي يتعين علينا التفرقة بين حالتين:

- حالة كون الكتابة شرط للإثبات:

لقد عمد المشرع الأوروبي إلى تبني التوجيه الأوروبي رقم 31/2000 الصادر بتاريخ 2000/06/08 و المتعلق بالتجارة الإلكترونية و كرس هذا المفهوم الواسع و أوجب على الدول الأعضاء العمل على تطوير الأنظمة القانونية بما يشجع على إبرام العقود الإلكترونية ، إذ نص في المادة 1/9 منه أنه على الدول الأعضاء تكليف أنظمتها القانونية لتجعل من إبرام العقد الإلكتروني ممكنا ، و لتحقيق هذا الهدف يتعين عليها تعديل تشريعاتها خاصة فيما يتعلق بإشترط الشكلية².

و تجدر الإشارة إلى أن هذا التوجيه لا يجبر الدول بالضرورة على حذف إشترط الشكلية، إلا أنه يتعين تبعا لأهداف مختلفة وضع الشروط القانونية العامة أو الخاصة التي تكفي لإبرام العقود بالوسائل الإلكترونية.³

واستجابة من المشرع الفرنسي لمقتضيات التوجيه الأوروبي بشأن التجارة الإلكترونية، تم إعداد مشروع قانون بشأن مجتمع المعلومات وفقا للمادة 23 منه والذي اقترح استحداث فصل جديد ضمن الباب الثالث من الكتاب الثالث من التقنين المدني الفرنسي بعنوان "العقود والالتزامات" في الشكل الإلكتروني.⁴

وهذا ما تم فعلا في نص المادة 1/1369 من التقنين المدني الفرنسي و التي نصت على أنه عندما تكون الكتابة متطلب لصحة التصرف القانوني، فإن هذا التصرف القانوني يمكن إعداده وحفظه في الشكل الإلكتروني وفقا للشروط المنصوص عليها في المواد من 1/1316 إلى 4/1316.

¹ - محمد حسن قاسم، نفس المرجع السابق، ص 10.

² - Marie Demoulin et Etienne Montero, Le formalisme contractuel à l'heure du commerce électronique , commerce électronique : de la théorie à la pratique , imprimé en Belgique 2003, p132.

³ - Marie Demoulin et Etienne Montero, op cit , p133.

⁴ - الصالحين محمد أبوبكر العيش ، الشكلية في عقود الأنترنت و التجارة الإلكترونية ، www.ladis.com ، جويلية 2011.

- حالة كون الكتابة شرط للإنعقاد:

لقد قرر التوجيه الأوروبي الصادر في 8 يونيو 2000 أنه لا ينطبق هذا التوجيه على العقود المنشئة أو الناقلة لحقوق الملكية العقارية فيما عدا حقوق الإيجار، والعقود التي تتطلب تدخلا من المحاكم والسلطة العامة وعقود الكفالة والعقود التي يحكمها قانون الأسرة أو قانون الميراث مثل عقود الوصية والهبة والزواج وإشهار الطلاق والتبني¹.

و نتيجة لذلك فقد صدر القانون رقم 230/2000 المتعلق بتطوير قانون الإثبات و المتعلق بالتوقيع الإلكتروني ، والذي نص على أن الشكلية المتمثلة في الرسمية لا يمكن أن تستبدل بالكتابة الإلكترونية أو التوقيع الإلكتروني ، إضافة إلى ذلك فإن التعديل الذي عرفه نص المادة 1/1316 من القانون المدني يتحدث عن الكتابة الإلكترونية و التوقيع الإلكتروني كوسيلة للإثبات ، و لم يكن القصد منه التضحية بالشكلية الرسمية في الأحوال التي يوجبها القانون لانعقاد التصرف أو العقد².

ثانيا/ التشريع المصري: لقد واجه المشرع المصري هذه المسألة في قانون التوقيع الإلكتروني رقم 15 لسنة 2004 ، بأن قرر مبدأ عام مفاده أن الكتابة المطلوبة باعتبارها ركنا في العقد تتحقق مع الكتابة الإلكترونية و ذلك بنصه في المادة 15 من هذا القانون على ما يلي ((للكتابة الإلكترونية و للمحررات الإلكترونية في نطاق المعاملات المدنية و التجارية و الإدارية ذات الحجية المقررة للكتابة و المحررات الرسمية و العرفية في أحكام قانون الإثبات في المواد المدنية و التجارية متى استوفت الشروط المنصوص عليها في هذا القانون وفقا للضوابط الفنية و التقنية التي تحددها اللائحة التنفيذية لهذا القانون)).

و يتضح من هذا النص أن المشرع المصري فرض مبدأ عام في الشكلية الإلكترونية و هو إمكانية استيفاء الشكلية التي يقرها القانون لإبرام العقد أو لترتيب آثاره عن طريق المحررات و المستندات الإلكترونية متى تم مراعاة الشروط المحددة في اللائحة التنفيذية للقانون³.

¹ - الصالحين محمد أبوبكر العيش ، الشكلية في عقود الأنترنت و التجارة الإلكترونية ، www.ladis.com ، جويلية 2011.

² - جبار جميلة ، المرجع السابق ، ص9.

³ - ضيف أحمد ، الشكلية في العقود الإلكترونية ، أشغال الملتقى الوطني الأول القانون و قضايا الساعة حول النظام القانوني للمجتمع الإلكتروني ، المركز الجامعي خميس مليانة ، معهد العلوم القانونية و الإدارية بتاريخ 2008/03/09 ، ص8.

ثالثا / موقف قانون إمارة دبي : لقد إستثنى قانون إمارة دبي للمعاملات في التجارة الإلكترونية رقم 2002/02 المسائل المتعلقة بالأحوال الشخصية كعقود الزواج و الطلاق و الوصايا ، سندات الملكية العقارية ، أو الحقوق العينية ، السندات القابلة للتداول من مجال العقود التي يجوز إبرامها بالطريق الإلكتروني.

و في حقيقة الأمر أن هذه الاستثناءات لا مبرر لها إذ أن الشكلية الإلكترونية أمر أقرته غالبية التشريعات الحديثة و من ثم فإن إبرام العقود الإلكترونية لا يقتصر على نوع معين من العقود ، بل يجوز إبرام العقود الشكلية إلكترونيا سيما و قد ظهرت مهنة جديدة في مجال المعاملات الإلكترونية و هي مهنة الموثق الإلكتروني *notaire électronique* وهو عبارة عن وسيط محايد و مستقل إذ تتركز الوظائف الأساسية للموثق الإلكتروني في إثبات مضمون المستندات و العقود الإلكترونية و توثيقها.¹

رابعاً/موقف مجمع الفقه الإسلامي:

لقد أقر مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي في قراره رقم 54/3/26 بجواز التعاقد الإلكتروني إلا أنه يستثنى عقود ثلاثة من ذلك و يوجب إبرامها في الشكل التقليدي و هي:

- 1/ عقد الزواج لاشتراط الشهادة .
- 2/ عقد الصرف لاشتراط التقايط .
- 3/ عقد السلم لاشتراط تعجيل رأس المال².

الفرع الثالث/ موقف المشرع الجزائري من مسألة الشكلية في العقود الإلكترونية :

رغم تطور وسائل الإتصال إلا أن المشرع الجزائري مازال بعيدا كل البعد عن المتغيرات الحديثة ، و ما تزال القوانين على حالها خاصة التعديل الأخير للقانون المدني بموجب القانون رقم 10/05 المؤرخ في 20 جوان 2005 حيث تطرق عرضيا لمسألة

¹ - جبار جميلة ، المرجع السابق ، ص10.

² - ضيف أحمد ، نفس المرجع السابق ، ص10.

الإثبات بالكتابة في المادة 323 مكرر 1 ، و بالتالي نستنتج أن المشرع الجزائري أبقى على القواعد الخاصة المتعلقة بالشكالية بالطرق التقليدية و هو ما يستشف منه استبعاد الشكالية التي تقوم على الوسائل الإلكترونية الحديثة.

وإذا قلنا بأن المشرع الجزائري قد إعتبر أن المحرر الإلكتروني كشرط للإثبات و لا يمكن إعتبره شرطا للإنعقاد رغم أنه لا يوجد ما يمنع ذلك خاصة فيما يخص العقود التي يجوز تحريرها عرفيا ، فإنه يتعين علينا تبعا لذلك تحديد طبيعة المحرر الإلكتروني فيما إذا كان يجوز أن يكون رسميا أم أنه يتعين أن يكون عرفيا.

كما سبق البيان فإن المادة 323 مكرر من القانون المدني الجزائري تقابلها المادة 1/1316 من القانون المدني الفرنسي قد وردت في باب الإثبات و لم ترد في باب المعاملات العقدية و لا التجارية ، و أن نفس الإشكال و الجدل ثار في فرنسا و هنا إنقسم الفقه إلى إتجاهين.

فأما الرأي الأول فذهب إلى أن موقع المادة في مقدمة باب الإثبات بالمحررات، هو قرينة على أن المشرع قصد أن تكون المحررات الإلكترونية شاملة للرسمية منها والعرفية. أما الرأي الثاني فقد قصر مجال أعمال المحررات الإلكترونية في المحررات العرفية فقط¹. وفي رأينا أنه إذا كان المشرع الجزائري لم يحدد فيما إذا كان يجوز إبرام العقود الرسمية بالطريق الإلكتروني من عدمه ، إلا أنه و بالرجوع إلى أحكام القانون المدني و نتيجة غياب صدور تعديل لاحق بعد إدراج الإثبات بالكتابة الإلكترونية ، سواء بموجب قانون معدل أو مراسيم تنظيمية ، يمكن القول بأن المشرع الجزائري قد قصر العقود التي يجوز إبرامها إلكترونيا على العقود العرفية دون سواها ، و يتضح ذلك بصفة خاصة من خلال إستقراء نصوص القانون المدني إذ نص في المادة 323 مكرر 1 من القانون المدني على إعتبر الإثبات بالكتابة الإلكترونية كالإثبات بالكتابة على الورق بشرط إمكانية التأكد من هوية الشخص الذي أصدرها و أن تكون معدة و محفوظة في ظروف تضمن سلامتها، ثم نص المشرع في المادة 327 من القانون المدني على حجية التوقيع الإلكتروني .

¹- إرجع للصفحة 108 من هذه المذكرة.

و بدراسة هذه المادة نجد أنها تناولت حجية العقد العرفي و شروط نسبته لمن صدر منه، و مع ذلك فإنه لا يوجد ما يمنع قيام المشرع الجزائري مستقبلا بالنص على منح المحررات الإلكترونية ذات الحجية المقررة للمحررات الرسمية الكتابية ، إلا أن ذلك يتطلب تعديلا قانونيا بتوضيح الشروط الواجب توافرها في المحررات الرسمية الإلكترونية و تمييزها عن المحررات العرفية الإلكترونية ، و ذلك لن يكون إلا بإدخال تعديلات جذرية على مستوى مختلف القوانين ذات العلاقة بمجال العقود ، كالقانون المنظم لمهنة الموثق ، إذ أنه لا مناص من اعتماد فكرة الموثق الإلكتروني ، و الموثق الإلكتروني هو طرف ثالث محايد يتمثل في أفراد أو شركات أو جهات مستقلة محايدة تقوم بدور الوسيط بين المتعاملين لتوثيق تعاملاتهم الإلكترونية، و الوظيفة الأساسية للموثق الإلكتروني أو لجهة التوثيق الإلكترونية هي تحديد هوية المتعاملين في التعاملات الإلكترونية و تحديد أهليتهم القانونية في التعامل ناهيك عن التحقق من مضمون هذا التعامل و سلامته و كذلك جديته و بعده عن الغش و الاحتيال.

و بناء على ما سبق يتضح أن هناك اتجاهاً يتخذ من فكرة التوثيق الإلكتروني حلاً لأزمة الشكلية الإلكترونية ، فجهة التوثيق تكون مسؤولة عن توثيق العقد الإلكتروني الأمر الذي يجعل الوضع يبدا تطبيقاً لمهنة الموثق العادي في فرنسا و محرر العقود في ليبيا¹ و الشهر العقاري في مصر على اعتبار أن كلا منهم يعد شاهداً محايداً و مستقلاً عن العقد المبرم بين الأطراف إلا أن ما تجدر الإشارة إليه أن الموثق الإلكتروني لا يعد موظفاً عاماً في حين أن الموثق العادي هو موظف عام طبقاً لأحكام القانون².

و تأسيساً على ما ذكر أعلاه ، و في إنتظار صدور نص صريح في القانون الجزائري يوضح هذه المسألة يمكن القول بأن المشرع الجزائري قد قرر للعقود الإلكترونية نفس الحجية المقررة للعقود العرفية في الإثبات .

و تعتبر المحررات العرفية محررات غير رسمية ، تصدر عن الأفراد دون أن يتدخل في تحريرها موظف عام أو شخص مكلف بخدمة عامة³، و لم يضع المشرع سواء المشرع

¹ - الصالحين محمد أبوبكر العيش ، المرجع السابق.

² - الصالحين محمد أبوبكر العيش ، المرجع السابق.

³ - خالد مصطفى فهمي ، المرجع السابق ، ص 79.

الجزائري أو في القانون المقارن تعريفا لها ، و ترك الأمر للفقهاء ، و في هذا الصدد فقد عرفها إتجاه من الفقه بأنها الأوراق الصادرة من الأفراد ، و التي لا يتدخل موظف عام في تحريرها ، بينما عرفها جانب آخر من الفقه بأنها الكتابة التي يوقعها شخص قاصدا إعداد دليل على واقعة¹ ، و عموما يمكن القول أن المقصود بالمحررات العرفية هو تلك الوثائق والكتابات التي يقوم بتحريرها أطراف العلاقة أو أصحاب الشأن دون أن يقوم بها موظف مختص أو مكلف بخدمة عامة كما في المحررات الرسمية ، أما إذا حررها موظف غير مؤهل لتحريرها فتعتبر محررا غير رسميا ، وبالتالي تعتبر مجرد وثيقة عرفية إذا كانت موقعة من قبل الأطراف².

و بالرجوع إلى أحكام القانون المدني الجزائري نجد أن المشرع لم يعرف العقد العرفي بصفة مباشرة ، إلا أنه يمكن إستنتاج التعريف من خلال المادتين 326 مكرر 2 و 327 من القانون المدني، فأما المادة 326 مكرر 2 من القانون المدني فإنها تعتبر أن العقد الرسمي الذي تنعدم فيه كفاءة الضابط العمومي أو أهليته أو ينعدم فيه الشكل القانوني فإنه يعامل كمحرر عرفي شرط أن يكون موقعا من قبل الأطراف، أما المادة 327 فقد نصت على نسبة العقد العرفي إلى من كتبه أو وقعه أو وضع عليه بصمة إصبعه مالم ينكر صراحة ما هو منسوب إليه ، و بالتالي و من خلال هذه المادة يتضح لنا بأن المشرع الجزائري يقصد بالعقد العرفي كل كتابة مضمنة في محرر ، أو كل محرر موقعا من طرف شخص معين دون أن يقوم بإنكار هذا التوقيع.

المطلب الثاني : حجية العقود الإلكترونية.

إذا كان المشرع قد عادل بين الكتابة الإلكترونية و الكتابة العادية دون النص على أية مفاضلة بينهما و إكتفى فقط بتوضيح شروط الكتابة الإلكترونية ، فإن ذلك مفاده أن العقود الإلكترونية قادرة على أداء وظيفة العقود التقليدية المادية ، و ترتبنا عليه وفي غياب وجود نص خاص ينص على حجية العقود الإلكترونية فإنه يتعين علينا دراستها في ظل

1- نفس المرجع السابق ، ص79.

2- رشيد بن شويخ ، مكانة الإثبات الإلكتروني في النطاق المدني ، أشغال الملتقى الوطني الأول القانون و قضايا الساعة حول النظام القانوني للمجتمع الإلكتروني ، المركز الجامعي خميس مليانة ، معهد العلوم القانونية و الإدارية بتاريخ 2008/03/09 ، ص12.

النصوص الموجودة وذلك بتطبيق أحكام العقود العرفية على العقود الإلكترونية، وبالرجوع الى أحكام القانون المدني نجده قد نص في المادة 327 على حجية العقود العرفية بين أطرافها (الفرع الأول) في حين نص على حجيتها في مواجهة الغير في المادة 328 منه (الفرع الثاني).

الفرع الأول : حجية العقود العرفية بين أطرافها.

لقد نصت المادة 327 من القانون المدني على أنه يعتبر العقد العرفي صادرا ممن كتبه أو وقعه أو وضع عليه بصمة إصبعه مالم ينكر صراحة ما هو منسوب إليه ، أما ورتته أو خلفه فلا يطلب منهم الإنكار و يكفي أن يحلفوا يمينا بأنهم لا يعلمون أن الخط أو الإمضاء أو البصمة هو لمن تلقوا منه هذا الحق.

و يعتد بالتوقيع الإلكتروني وفق الشروط المذكورة في المادة 323 مكرر 1 ، ومن خلال هذه المادة يتضح لنا وأن العقود العرفية تعتبر دليلا كاملا في الإثبات إلا أن هذه الحجية تتوقف أساسا على عدم إنكار الشخص المنسوب إليه العقد صراحة للكتابة أو التوقيع أو البصمة ، و ترتيبا عليه فإن العقد العرفي له حجية من حيث صدوره ممن وقع عليه وأن هذه الحجية تبقى قائمة طالما لم ينكرها ، إضافة إلى أن له حجية من حيث الوقائع الواردة به و عليه سوف نتناول هاتين المسألتين فيما يلي :

- أولا/ حجية العقد العرفي من حيث صدوره ممن وقع عليه:

1- حالة عدم إنكار العقد:

إذا أقر الشخص المحتج عليه بالعقد فإنه يكون حجة عليه ، وفي هذه الحالة ترقى حجيته الى مستوى حجية السند الرسمي في الإثبات و بالتالي لايجوز له الرجوع عنه إلا عن طريق الطعن فيه بالتزوير تماما كالعقود الرسمية ، و يقصد بالتزوير التغيير في حقيقة المحرر بالغش و الإحتيال بتغيير مضمونه أو محتواه من أحد أطراف المحرر بالتعديل أو بالزيادة ، و يعرف الإدعاء بالتزوير على أنه مجموعة الإجراءات التي يجب إتباعها لإثبات التزوير في الأوراق الرسمية أو في أوراق عرفية ثبتت صحتها بعد الإنكار أو بعد

الإعتراف بها ممن صدرت منه¹ ، أما المشرع الجزائري فقد عرف الإدعاء بالتزوير بأنه الدعوى التي تهدف إلى إثبات تزيف أو تغيير عقد سبق تحريره أو إضافة معلومات مزورة له، و قد تهدف أيضا إلى إثبات الطابع المصطنع لهذا العقد².
و ما تجدر الإشارة إليه هو أن المشرع الجزائري قد نص في المادة 175 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية على الطعن بالتزوير في العقود العرفية و نص على تطبيق إجراءات مضاهاة الخطوط عليها، و بالتالي فإن السؤال الذي يطرح نفسه يتمحور أساسا حول العقد العرفي الذي أقر به الشخص الذي أصدره و إكتسب حجية مطلقة في مواجهته، هل يطبق على الطعن بالتزوير فيه المادة 175 أم المادة 179 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية .

في رأينا أنه و متى إكتسب العقد العرفي نفس الحجية المقررة للعقد الرسمي يتعين أن تخضع إجراءات الطعن فيه لنفس الإجراءات المقررة للطعن في العقد الرسمي ، إلا أنه لا إجتهد مع صراحة النص ، و ترتيبا عليه فإنه في حالة الطعن بالتزوير في العقد العرفي فإنه يتعين تطبيق إجراءات مضاهاة الخطوط المنصوص عليها في المادة 164 و ما بعدها من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية.

و الإقرار أو الإعتراف بالسند قد يكون صراحة كما قد يكون ضمني وذلك بالسكوت و إتخاذ موقف سلبي عند عرض السند عليه أو تطرقه لمناقشة موضوعه دون إنكاره .

2- حالة إنكار العقد العرفي:

إذا أنكر الشخص المنسوب إليه العقد خطه أو توقيعه عليه أو صدوره عنه فإنه تنتفي عنه الحجية ، وينتقل عبئ الإثبات الى الشخص الذي قدم العقد و الذي يجوز له أن يطلب إجراء تحقيق حول صحته أو عرضه على خبير خطوط³ هذا فيما يخص الإنكار خارج ساحة القضاء أين يتعين على المعني رفع دعوى أصلية أمام الجهة القضائية المختصة و هي الدعوى التي أجازها المشرع الجزائري بموجب الفقرة الثالثة من المادة 164 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ، أما في حالة وجود خصومة قائمة بين الطرفين

¹- مولود قارة ، المرجع السابق ، ص36.

²- أنظر المادة 179 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري.

³ يوسف أحمد النوافلة ص 38

ويقوم أحد الخصوم بإنكار الخط أو التوقيع المنسوب إليه فهنا إذا تبين للقاضي وأن هذا العقد منتجاً في الدعوى فإنه يؤشر على الوثيقة محل النزاع ويأمر بإيداع أصلها بأمانة الضبط كما يأمر بإجراء مضاهاة الخطوط اعتماداً على المستندات أو على شهادة الشهود و عند الإقتضاء بواسطة خبير ، و قد إشتراط المشرع ضرورة تبليغ النيابة العامة بملف القضية و التي يتعين عليها تقديم طلباتها الكتابية .

و في رأينا أن الهدف من تبليغ النيابة العامة هو حماية النظام العام بإعتبار أنه يقع ذلك على النيابة العامة حتى يتسنى لها في حالة إكتشافها لوقائع مجرمة قانوناً تحريك الدعوى العمومية .

إضافة إلى ذلك فقد عالج المشرع الجزائري حالة تزامن رفع دعوى مضاهاة الخطوط مع تحريك الدعوى الجزائية و نص على إرجاء الفصل في دعوى مضاهاة الخطوط إلى حين الفصل في الدعوى الجزائية¹ ، و في هذه الحالة توقف الخصومة طبقاً للمادة 213 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية.

-ثانيا/ حجية العقد العرفي من حيث صحة الوقائع:

إذا كانت مسألة صدور البيانات المدونة في الورقة العرفية ممن وقعها تنتج عنها قرينة مؤقتة تسقط بمجرد إنكار الورقة دون حاجة إلى الطعن بالتزوير ، فإن صحة البيانات والوقائع الواردة بها² تقوم عليها قرينة بسيطة بأنها صحيحة إلى غاية إثبات عكسها ، و في هذه الحالة لا يقتصر صاحب التوقيع على الإنكار فقط ، بل يقع عليه عبئ إثبات العكس طبقاً للقواعد العامة ، وهنا لايجوز إثبات عكس الكتابة إلا بالكتابة³ ويدخل في صحة الوقائع صحة تاريخ الورقة العرفية فالتاريخ المدون فيها يفترض صحته إلى غاية إثبات صاحب التوقيع عكسه وذلك بالكتابة⁴ .

-ثالثا/ تطبيق هذه الأحكام على العقود الإلكترونية :

¹ أنظر المادة 165 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية.
² عبد الرزاق أحمد السنهوري و تنقيح مصطفى محمد الفقي، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الثاني نظرية الإلتزام بوجه عام ، المجلد الأول : الإثبات ، الطبعة الثانية سنة 1986، دار النهضة العربية القاهرة ، ص 261
³ عبد الرزاق أحمد السنهوري ، المرجع السابق ، ص 262
⁴ نفس المرجع السابق ، ص 263

إذا كان المشرع قد ساوى في الإثبات بين الكتابة الإلكترونية و الكتابة العادية إلا أن ذلك لا يعني بأن جميع الأحكام المطبقة على الكتابة العادية تصلح للتطبيق على الكتابة الإلكترونية ، وذلك لكون أن هذه الأخيرة مثبتة على دعائم الكترونية إضافة الى إختلاف التوقيع الإلكتروني عن التوقيع العادي و عليه يتعين علينا مناقشة مسألتي إنكار التوقيع الإلكتروني وإنكار صحة الوقائع الواردة في الكتابة الإلكترونية .

1- إنكار التوقيع الإلكتروني:

لقد نص المشرع الجزائري في المادة 327 من القانون المدني على الإعتداد بالتوقيع الإلكتروني متى توافرت الشروط المذكورة في المادة 323 مكرر 1 من نفس القانون و المتمثلة في إمكانية التأكد من هوية الشخص الذي أصدره وأن يكون معدا ومحفوظا في ظروف تضمن سلامته .

إلا أن هذه الشروط لايمكن التحقق من توافرها إلا في حالة توثيق التوقيع الإلكتروني، وأن توثيق التوقيع الإلكتروني يكون بإتخاذ إجراءات من شأنها إعطاء مصداقية للعقود الإلكترونية ، أهمها اعتماد نظام معلوماتي عالي الثقة و استخدام أدوات ووسائل التشفير¹.

أ- إعتداد نظام معلوماتي عالي الثقة:

لكي يتم إعتداد نظام معلوماتي عالي الثقة فإنه يتعين على الدولة إستخدام نظام لإنشاء التوقيعات و الإحتفاظ بها لسهولة الرجوع إليها فيما بعد ، وهو ماورد في القانون النموذجي الخاص بالتوقيعات الإلكترونية الصادر عن لجنة الأمم المتحدة عام 2001 وإستجابة لما ورد في هذا القانون النموذجي فقد تضمن التشريع الفرنسي رقم 230 لسنة 2000 بشأن المعاملات الإلكترونية في المادة 4 منه النص على إستخدام وسيلة أمانة في التوقيع الإلكتروني، وذلك بالشروط المحددة بموجب مرسوم من مجلس الدولة. و الملاحظ أن تنظيم موثوقية التوقيع الإلكتروني بموجب نصوص تنظيمية أفضل من تنظيمها بموجب القانون وذلك لإمكانية مراجعتها كلما دعت الحاجة الى ذلك².

¹ عمر خالد زريقات ، المرجع السابق ، ص 264

² عمر خالد زريقات ، المرجع السابق ص 265.

و في هذا الصدد فإن توثيق التوقيع الإلكتروني لا يكون إلا من خلال وجود جهة موثوق بها لربط شخص أو كيان بعينه بالتوقيع ، وذلك بإستخدام طرف ثالث يطلق عليه مقدم خدمات التصديق أو جهة التوثيق¹ ، وهذه الجهة تكون عبارة عن هيئة عامة أو خاصة تعمل تحت إشراف السلطة التنفيذية ، و تتكون غالبا من ثلاثة مستويات مختلفة من السلطة ، تأتي في المرتبة العليا السلطة الرئيسية وهي تختص بالتصديق على تكنولوجيا و ممارسات جميع الأطراف المرخص لهم بإصدار أزواج مفاتيح التشفير أو شهادات تتعلق بإستخدام تلك المفاتيح ، و تليها في المرتبة سلطة التصديق و هي جهة خاصة بعملية التصديق على أن المفتاح العام لأحد المستخدمين يناظر بالفعل المفتاح الخاص لذلك المستخدم ، وفي مستوى أدنى تأتي سلطة تسجيل محلية و مهمتها تلقي² الطلبات من الأشخاص الراغبين في الحصول على أزواج مفاتيح التشفير- العام والخاص- والتأكد من هوية وشخصية هؤلاء المستخدمين ، و منح شهادات تصديق تفيد صحة توقيع العملاء³ وقبل ظهور مسألة توثيق التوقيع الإلكتروني كان يتم إستخدام التشفير.

ب- التشفير: يعرف التشفير بأنه كل العمليات التي تؤدي بفضل بروتوكولات سرية إلى تحويل معلومات أو إشارات مفهومة (مقروءة) الى معلومات و إشارات غير مفهومة أو العكس ، وذلك بإستخدام برامج مصممة لهذه الغاية⁴ كما يعرف أيضا بأنه تقنية تعتمد الخوارزميات الرياضية الذكية التي تسمح لمن يمتلك مفتاحا سريرا أن يحول رسالة مقروءة الى رسالة غير مقروءة و العكس .

أساليب التشفير: تعتمد معظم عمليات التشفير على أسلوبين :

- التشفير المتماثل : وهو الذي يستخدم فيه نظام المفتاح الخاص إذ يستخدم المفتاح أو الرمز السري في تشفير الرسائل وفي فك تشفيرها أي أن كل من الطرفين المرسل و المستقبل يمتلكان مفتاحا واحدا يستطيع بواسطته المرسل تشفير الرسالة و يستطيع المستقبل بواسطة نفس المفتاح فك الشفرة وقراءة الرسالة .

¹ خالد ممدوح إبراهيم ، المرجع السابق ص 195

² نفس المرجع السابق ص 196

³ خالد ممدوح إبراهيم ، نفس المرجع السابق ص 196

⁴ عمر خالد زريقات ، المرجع السابق ص 260

وما يؤخذ على هذا النظام أن متلقي الرسائل المشفرة ، يتعين عليه إقتناء عدد من المفاتيح يوازي عدد مرسلاتها¹ إضافة الى أن إستخدام ذات المفتاح من طرف المرسل و المرسل إليه يضعف من حجية هذه المحررات نظرا لمخاطر تسريب أو إنتقال شفرة المفتاح الخاص للغير.

- التشفير غير المتماثل : هذا النظام وخلافا لسابقه لا يستخدم مفتاحا واحدا و إنما يستخدم مفتاحان مختلفان الأول (الخاص) يعرفه مستخدم واحد فقط و يبقى سري و الثاني (عام) يعمم على المستخدمين الآخرين الذين يرغب في التعامل معهم برسائل مشفرة وهنا يستطيع جميع الحائزين على المفتاح العام إستخدامه في تشفير الرسائل² و إرسالها الى المستخدم الحائز على مفتاح خاص ، إذ يستطيع وحده فك تشفير الرسائل الواردة إليه من المستخدمين الآخرين.³

وقد طرحت مسألة مدى فاعلية هذه الطريقة و إنتهى النقاش فيها الى عدم كفايتها و الى ضرورة وجود طرف ثالث محايد أو ما يسمى بسلطة التصديق لتولي مهمة التصديق على هوية الحائزين على المفاتيح العامة و إصدار شهادات الكترونية تفيد بذلك⁴. وبالرجوع الى القوانين المقارنة نجد أن المشرع الأردني قد عرّف جهة التصديق من خلال تعريف شهادة التوثيق بأنها جهة مختصة مرخصة أو معتمدة لإثبات نسبة التوقيع الإلكتروني الى شخص معين إستنادا الى إجراءات توثيق معتمدة⁵.

أما القانون التونسي فقد نص في الفصل الثامن من القانون الخاص بالمبادلات التجارية الإلكترونية على إحداث مؤسسة عمومية تعرف بالوكالة الوطنية للمصادقة⁶ الإلكترونية، و تتولى منح ترخيص تعاطي نشاط مزود خدمات المصادقة الإلكترونية في حين أسند المشرع التونسي مهام ممارسة نشاط مزود خدمات المصادقة الإلكترونية لكل شخص طبيعي كان أو معنويا تتوافر فيه الشروط المقررة قانونا⁷.

¹ نفس المرجع السابق ، ص 271

² نفس المرجع السابق ، ص 272

³ نفس المرجع السابق ، ص 272

⁴ نفس المرجع السابق ، ص 273

⁵ نفس المرجع السابق ، ص 274

⁶ محمد خالد جمال رسم ، المرجع السابق ، ص 164 و 165 .

⁷ محمد خالد جمال رسم ، المرجع السابق ، ص 164 و 165

وترتبا عليه فإن إنكار التوقيع الإلكتروني في حالة توثيقه يسقط مبدئيا عن العقد حجيته إلا أنه يمكن للطرف الآخر إثبات صحة التوقيع بكل سهولة بمجرد إصدار شهادات التصديق ، و بالتالي يصبح التوقيع صحيحا و لايمكن الطعن فيه إلا بالتزوير .
 أما في حالة عدم توثيق التوقيع الإلكتروني فإن مسألة إنكاره تسقط الحجية عن العقد الإلكتروني وتجعل من الصعب إن لم نقل مستحيلا إثبات نسبة العقد الى المنكر بإستثناء العقود المبرمة برسائل الفاكس أو التلكس إذ يمكن التحقيق فيها وإثبات نسبتها الى موقعها تماما كالعقود المبرمة بالكتابة العادية .

2- إنكار صحة الوقائع الثابتة بالكتابة الإلكترونية :

لقد عادل المشرع الجزائري بين الإثبات بالكتابة في الشكل الإلكتروني وبين الإثبات بالكتابة على الورق ، و إشرط في ذلك إمكانية التأكد من هوية مصدرها بالإضافة الى حفظها في ظروف تضمن سلامتها .

وقد إنتهينا في السابق الى أن قيمة الكتابة الإلكترونية مستمدة أساسا من التوقيع الذي ينسبها الى الصادرة عنه و يضمن عدم تحريفها أو تغييرها .

وتأسيسا عليه فإنه متى كان العقد الإلكتروني موقعا من طرف مصدره ومتى كان هذا التوقيع موثقا فإن هذه الكتابة تكون حجة على من صدرت منه ، و السؤال الذي يطرح نفسه يتعلق أساسا بنطاق هذه الحجية فيما إذا كانت تشكل قرينة بسيطة أو قرينة قاطعة .

إن الإجابة على هذا السؤال تقتضي منا التطرق الى مكانة الكتابة الإلكترونية، وطالما إنتهينا في السابق الى أن المشرع قد منحها نفس المكانة الممنوحة للكتابة العرفية فإنه بالتالي تنطبق عليها هذه الأحكام ، وترتبا عليه فإنه متى ثبت صحة التوقيع و نسبته الى مصدره فإنه بالتبعية لذلك تتم نسبة هذه الكتابة الى الموقع وهنا تقوم قرينة بسيطة على صحتها لا تسقط بمجرد الإنكار وإنما يتعين إثبات عكسها كتابة .

وفي رأينا أنه ونظرا لإرتباط التوقيع الإلكتروني بالكتابة الإلكترونية إرتباطا لايمكن فصله خلافا لما هو عليه الأمر في الكتابة العادية ، إذ أن هذه الأخيرة تكون عادة على دعائم ورقية ومذيلة بالتوقيع ، فإن ثبوت صحة التوقيع يتعين أن تنتج عنه قرينة قاطعة على

صحة ماورد بالكتابة لايجوز الطعن فيها إلا بطريق التزوير، ذلك أن العقود العرفية بمجرد الإقرار بصحة ما ورد بها سواء كان إقرارا صريحا أو ضمنيا تصبح لها حجية مطلقة شأنها في ذلك شأن العقود الرسمية ولايجوز الطعن فيها إلا بالتزوير .

الفرع الثاني : حجية العقود العرفية بالنسبة للغير.

لقد نص المشرع الجزائري في المادة 328 من القانون المدني على أنه لا يكون العقد العرفي حجة على الغير في تاريخه إلا منذ أن يكون له تاريخا ثابتا ، إلا أنه لم يحدد المقصود بالغير ومن ثمة فإنه وجب علينا الرجوع الى إجتهد الفقه في هذا المجال.

أولا/ المقصود بالغير:

الأصل في الأعمال القانونية أنها متى توافرت فيها شروط صحتها تنتج أثرها بقطع النظر عن تاريخ حصولها إذ يتقيد بها المتعاقدان و خلفهما العام كما تكون حجة في مواجهة الدائنين العاديين ذلك أنهم ليس لهم إلا حق الضمان العام على أموال المدين. وتأسيسا عليه فإن الأشخاص الذين يتوقف إنصراف أثر التصرف إليهم على تاريخه هم الخلف الخاص و الدائن الحاجز.

فأما الخلف الخاص فهم كل شخص تلقى من المتصرف مالا معيناً ، وبالتالي فكل تصرف في هذا المال لا ينصرف أثره الى الخلف الخاص إلا إذا كان سابقا على إنتقال المال له ¹. و يلحق بالخلف الخاص في مفهوم الغير الدائن إذا تركز حقه في مال معين بالذات فيصبح غيراً بالنسبة الى تاريخ التصرفات التي تصدر من المدين في هذا المال ، ولا يتركز حق الدائن في مال معين بالذات إلا إذا حجز الدائن على هذا المال ².

أما دائنوا المفلس أو المعسر فإنهم لا يعتبرون غيرا في التصرفات الصادرة من المدين المفلس ويكون لهم الحق في إثبات عدم صحة التاريخ وبالتالي إثبات التاريخ الحقيقي لهذه

¹ سليمان مرقس، المرجع السابق ، ص 275.

² - عبد الرزاق أحمد السنهوري ، المرجع السابق ، ص 297.

التصرفات ، فيعطى عندئذ لكل تصرف حكمه القانوني >> ما صدر في المدة المشتبه فيها و ما صدر بعد توقف المدين عن الدفع وما صدر بعد الحكم بشهر الإفلاس<<¹ .
و ينحصر البحث في أثر العقد الذي أبرمه السلف بالنسبة للخلف الخاص في العقود التي يكون السلف قد أبرمها في شأن الشيء الذي تلقاه الخلف منه ، قبل إنتقال هذا الشيء للخلف الخاص ، أما العقود التي يبرمها السلف و لا شأن لها بالشيء المستخلف فيه أو يبرمها السلف بعد إنتقال الشيء إلى الخلف الخاص فهذه العقود لا ينصرف أثرها إلى الخلف الخاص².

ثانيا/ المقصود بالتاريخ الثابت في العقود العرفية:

لقد حددت المادة 328 من القانون المدني الحالات التي يكتسب فيها العقد العرفي تاريخا ثابتا إلا أنه ومع ذلك فقد منحت الفقرة الثانية من هذه المادة الصلاحية للقاضي لرفض تطبيق هذه الحالات إذا تعلق الأمر بالمخالصة وذلك حسب الظروف و الحالات.
و سنتناول فيما يلي هذه الحالات بالشرح وتحديد مدى انطباقها على العقد الإلكتروني:
1- التسجيل : قد يفرض القانون تسجيل بعض التصرفات لدى مصالح الطابع و التسجيل التابعة لإدارة الضرائب من أجل تحصيل الدولة للرسوم ، فيتخذ يوم تسجيلها تاريخا ثابتا للمحرر العرفي و يحتج به في مواجهة الغير غير أنه ومع ذلك فإن قانون المالية لسنة 1992 قد منع تسجيل المحررات العرفية وأوجب أن تفرغ جميع العقود الخاضعة للتسجيل في محرر رسمي صادر عن الموثق وبالتالي فقد أصبحت هذه الحالة غير متصورة عمليا منذ تلك السنة .

وبناء عليه فإنه إذا كانت هذه الحالة من الناحية العملية أصبحت غير متصورة في العقود العرفية ، فإن الأمر يصبح أكثر تعقيدا بالنسبة للعقود الإلكترونية ، و التي لم يعتمد لها المشرع الجزائري أصلا نظام خاص بها قصد إنئمان التوقيع و التحقق من صحته وبالتالي التحقق من مضمون ماورد بالعقد الإلكتروني إضافة الى مسألة التخوف من التهرب الضريبي و الجمركي ، مما أدى بالبلدان المتطورة في ميدان المعلوماتية الى اعتماد

¹ - عبد الرزاق أحمد السهوري ، المرجع السابق ، ص 310.

² - بلحاج العربي ، النظرية العامة للإلتزام في القانون المدني الجزائري ، الجزء الأول ، الطبعة الرابعة ، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر ، سنة 2005، ص210.

أنظمة خاصة لتسجيل كل العمليات التجارية عبر الشبكات الإلكترونية وهو ما يسمى بالحكومة الإلكترونية وأول من اعتمد هذا النظام هي الولايات المتحدة الأمريكية و نجد أن فرنسا قد نظمت التجار عبر شبكة خاصة مربوطة بإدارة الطابع و التسجيل للمراقبة ومنع التهرب الضريبي.¹

2- ثبوت تاريخ العقد العرفي من يوم ثبوت مضمونه في محرر رسمي :

لقد وقع الخلاف في فرنسا وفي بلجيكا فيما إذا كان يجب أن يكون الموظف العام قد اطلع على الورقة العرفية وقت إيراد مضمونها في الورقة الرسمية التي حررها أو لا وهنا لا يكفي مجرد ذكر الورقة العرفية في المحرر الرسمي بل لابد من أن يذكر في هذا الأخير مضمون الورقة العرفية أي ملخصها و البيانات اللازمة لتعيينها تعيينا كافيا ينتفي معه كل شك ولكن لا يشترط إيراد نصها كاملا² ، و المثال على ذلك إشارة القاضي في حكمه الى عقد عرفي معين و ذكر مضمونه فهنا يعتبر تاريخ صدور هذا الحكم تاريخا ثابتا للعقد العرفي يحتج به في مواجهة الغير أيا كان سواء كان خلفا خاصا أو دانتا حاجزا.

3- التأشير على العقد من طرف موظف عام :

و المقصود به أية كتابة موقعة يضعها على المحرر العرفي موظف عام أو شخص مكلف بخدمة عامة يكون المحرر قد عرض عليه أثناء تأديه وظيفته أو قيامه بالخدمة المكلف بها كتأشير القاضي أو المحقق على سند بإطلاعه عليه و المصادقة على الإمضاء من طرف ضابط الحالة المدنية ، و تأشير أمين الضبط على الوثائق المودعة بملف القضية طبقا للمادة 21 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية.

وفي جميع الأحوال يشترط أن تكون التأشير قد حصل في ظروف لاتدع مجالا للشك في صحة تاريخه .

أما بخصوص العقود الإلكترونية فإن الإشكال بخصوص تطبيق هذه المسألة يبقى مطروحا لعدم وضوح النظام المطبق عليها.

¹ كميني خميسة و منصور عز الدين ، المرجع السابق ، ص 49
² سليمان مرقص ، المرجع السابق ، ص 323

4- وجود خط أو إمضاء لشخص متوفى أو أصبح عاجزا عن الكتابة أو البصم :

فأما الخط و الإمضاء المعترف بصدورهما من الشخص المتوفى فأمرهما واضح ذلك أن الورقة العرفية التي تحمل خطأ أو إمضاء لشخص متوفى لا بد أن تكون قد صدرت قبل وفاته ، ويستوجب في ذلك أن يكون الشخص المتوفى طرفا في الورقة¹ أو شاهدا أو كفيلا أو غير ذلك ، إلا أن مجرد وجود خط لشخص متوفى في الورقة لا يكفي لإثبات التاريخ بل يجب أن تكون الورقة قد وقعت منذ وجود هذا الخط وهو ما يستفاد من نص المادة 328 من القانون المدني إذ جمعت بين الخط و الإمضاء .

أما بخصوص بصمة الأصبع فإنه وأن كان المشرع الجزائري لم ينص عليها كحالة من حالات ثبوت التاريخ ، إلا أنه يجوز للقاضي الأخذ بها ، ذلك أن الحالات الواردة في المادة 328 من القانون المدني قد وردت على سبيل المثال لا الحصر ، و بالتالي يجوز للقاضي الأخذ بأي طريقة تثبت تاريخ الورقة العرفية حسب الظروف و الحالات ، ولعلّ عدم نص المشرع الجزائري على بصمة الأصبع مردّه إمكانية وضعها بعد وفاة الشخص إلا أن هذا الإحتمال وإن كان قائما فإنه يبقى بعيدا ، وعلى كل فإن تقدير الأمر يبقى لقاضي الموضوع في هذا المجال .

إضافة الى ذلك فإنه متى أصبح مستحيلا ممن لهم على الورقة العرفية أثر معترف به من خط أو إمضاء أو بصمة أن يكتبوا أو يبصموا لعله في جسمهم فإن العقد العرفي يصبح ثابت التاريخ ابتداء من تاريخ هذه العلة² .

والملاحظ أن المحرر الإلكتروني يمكن أن يمهر بالتوقيع الإلكتروني من بعد وفاة صاحب التوقيع أو بتر طرفيه أو إصابته بمرض - بخلاف التوقيع التقليدي- لأنه غير مرتبط به حتى و إن كان مميزا له و محددًا لهويته ، وعليه لا بد من التأكد من صدوره عن صاحبه فعلا وهنا نكون أمام دفع بالتزوير.

وفي حالة اعتماد هيئة مكلفة بخدمات التوقيع الإلكتروني لإصداره وتقديم شهادات التصديق على صحته و التحقق من هوية الموقع فهنا يمكن تحاشي الإستخدام غير المشروع للتوقيعات الإلكترونية ، فب وفاة صاحب التوقيع و إعلان ذلك لضابط الحالة المدنية أو الهيئة

¹ عبد الرزاق أحمد السنهوري ، المرجع السابق ، ص 326 .

² نفس المرجع السابق ، ص 327 .

المكلفة بخدمات التوقيع الإلكتروني توقف شهادة التوقيع الإلكتروني فوراً ولا يمكن استخدامه بعد ذلك فتكون التصرفات السابقة عن تاريخ الوفاة كلها ثابتة التاريخ.¹

¹ كميني خميسة و منصور عز الدين ، المرجع السابق ، ص 50

الخاتمة:

تبين لنا من خلال دراستنا أن المحررات الإلكترونية لا تختلف عن المحررات العادية إلا في كونها تبرم بوسائط إلكترونية و بين أشخاص غالبا ما يتواجدون في دول مختلفة ، و بناءا عليه فقد إنتهينا إلى النتائج التالية:

- أن التعبير عن الإرادة في العقد الإلكتروني يتم بوسائط إلكترونية أهمها شبكة الأنترنت ، و أن الإيجاب الإلكتروني يخضع بحسب الأصل العام للقواعد العامة و هذا بخلاف القبول و الذي يثير إشكالات بحكم أن التجارة الإلكترونية قد ابتكرت تقنيات أخرى لم تكن مألوفة في العالم المادي و الذي يتم عادة من خلال الضغط على الأيقونة المخصصة لذلك بموافق.

- التعاقد الإلكتروني هو تعاقد بين حاضرين زمانا و غائبين مكانا بإستثناء التعاقد غير اللحظي فهنا يكون بين غائبين زمانا و مكانا.

- إعتبر المشرع الجزائري أنه في حالة غياب الإتفاق بخصوص زمان و مكان العقد فإن وقت الإنعقاد هو زمان العلم بالقبول و مكان العقد هو مكان علم الموجب بالقبول و بالتالي فقد أخذ بنظرية العلم بالقبول.

- أن الإختصاص القضائي في العقود الإلكترونية غالبا ما يتم تحديده عن طريق الإتفاق و في حالة عدم وجود الإتفاق فإنه يتم تطبيق أحكام المعاهدات و فيما عدا ذلك تنطبق القواعد الداخلية التي تمنح الإختصاص للقضاء الجزائري في حالة كون أحد الأطراف جزائريا.

- أن القانون الواجب التطبيق هو القانون الجزائري إذا تعلق الأمر بالإجراءات ، وقانون محل العقد أو الموطن المشترك أو القانون المشترك للمتعاقدين إذا تعلق الأمر بالشكل ، أما إذا تعلق الأمر بالموضوع فإنه يتم تطبيق القانون المتفق عليه بين الأطراف ، و في حالة عدم وجود إتفاق فإنه يتم تطبيق قانون الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة و في حالة عدم وجوده يتم تطبيق قانون محل إبرام العقد.

- أن العقد الإلكتروني يثبت بالمحرر الإلكتروني و أن هذا الأخير يتضمن الكتابة الإلكترونية و التوقيع الإلكتروني و لا قيمة لأحدهما بدون الآخر.

• لقد عادل المشرع الجزائري بين الكتابة الإلكترونية و الكتابة على الورق.
 • أن المشرع الجزائري لم يحدد فيما إذا كان يجوز إبرام العقود الرسمية بالطريق الإلكتروني من عدمه ، إلا أنه بالرجوع إلى أحكام القانون المدني نجد أنه قد قرر للعقود الإلكترونية نفس الحجية المقررة للعقود العرفية في الإثبات و بالتالي يمكن القول بأنه قد قصر العقود التي يجوز إبرامها إلكترونيا على العقود العرفية دون سواها.

و رغم أننا توصلنا إلى أن القواعد الراهنة يمكن تكييفها و تطبيقها على العقود الإلكترونية إلا أنها تظل غير كافية و لا يمكن إعمالها في جميع الحالات و ذلك بسبب النقائص الواردة في التعديل أهمها:

*الإكتفاء بتعريف الكتابة الإلكترونية دون تعريف المفاهيم الأخرى المتعلقة بالمعاملة الإلكترونية مما اضطرنا في أغلب الحالات إلى اللجوء إلى القوانين المقارنة لتدعيم عناصر البحث .

* عدم الفصل صراحة في مسألة قبول المحررات الرسمية في الشكل الإلكتروني خاصة مع عدم تعديل قانون مهنة التوثيق بما يتوافق و التطورات الجديدة إضافة إلى عدم كفاية المادة 323 مكرر 1 لبيان حجية المحررات الإلكترونية.

*عدم وضع الآليات القانونية والتقنية اللازمة لضمان تفعيل الاعتراف بالمحررات الإلكترونية خاصة و أنه من إستقراء نصوص القوانين المقارنة تبين لنا و أن التوقيع الإلكتروني تمنحه جهة حكومية أو معتمدة لدى الدولة و تتولى عملية توثيقه عن طريق شهادة المصادقة حتى يعتد بصحته و يترتب على عدم تنظيم مسألة التوثيق عدم توفير الحماية للتوقيع الإلكتروني و بالتالي إستبعاد الأخذ به رغم نص المشرع

على حجيته في الإثبات إضافة إلى صعوبة تطبيق مبدأ التعادل الوظيفي بين الكتابة العادية و الكتابة الإلكترونية.

ولتدارك هذه النقائص وجب على المشرع التدخل في أقرب الآجال لتنظيم مسألة التعاقد الإلكتروني خاصة و أنه منذ إدراج الكتابة الإلكترونية و التوقيع الإلكتروني ضمن القانون المدني في سنة 2005 لم يتولى تنظيم المسألة رغم التطور الحاصل في وسائل الإتصال و في هذا الإطار فإننا نقترح أن يشمل تدخل المشرع المسائل التالية :

1- ضرورة تنظيم مسألة العقود الإلكترونية و الأحكام الخاضعة لها و ذلك بإصدار قانون خاص بالمعاملات الإلكترونية يتضمن كيفية الإنعقاد و الآثار و القانون المطبق عليها....و إصدار قانون خاص بالتوقيع الإلكتروني يتضمن الشروط الواجب توافرها و أنواعه و القيمة القانونية لكل نوع .

2- توثيق التوقيع الإلكتروني و ذلك بإنشاء أو اعتماد هيئة متخصصة توكل لها مهمة منح التوقيعات الإلكترونية و التزويد بخدمات التصديق و تنظيم كيفية قبول شهادات تصديق هيئات أجنبية معتمدة لدى دولها لتنشيط التجارة و المبادلات الإلكترونية.

3- توضيح حجية المحررات الإلكترونية بدقة و النص على جواز إبرام العقود الرسمية الإلكترونية مع بيان الحالات التي تتطلب شكلية خاصة و التي لا يمكن إبرامها بالطريق الإلكتروني .

4- تعديل قانون التوثيق و ذلك بإعتماد فكرة الموثق الإلكتروني.

5- حماية التوقيع الإلكتروني من التزوير و ذلك بتجريم كل تحريف أو تغيير أو كل إعتداء عليه.

و في الختام فإنه يمكن القول بأنه في حال عدم تدخل المشرع بتنظيم مسألة التعاقد

الإلكتروني فإنه لا يمكن الحديث عن تطبيقات للتوقيع الإلكتروني و الكتابة

الإلكترونية ، و رغم أنه لم يتم لحد الآن طرح نزاعات من هذا القبيل إلا أنه في حال

طرحها فإن القاضي حتما سيجد نفسه عاجزا عن حل الإشكال بطريقة قانونية سليمة ، ذلك أن تطبيق الأحكام العامة لا يصلح في جميع الحالات و هو ما يؤكد ضرورة تدخل المشرع لإتمام الخطوة التي بدأها في سنة 2005.

قائمة المراجع

1- القوانين:

- * الأمر رقم 58-75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 و المتضمن القانون المدني المعدل و المتمم.
- * الأمر رقم 59-75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 و المتضمن القانون التجاري المعدل و المتمم.
- * القانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فبراير 2008 و المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية.
- * القانون النموذجي للأمم المتحدة حول التجارة الالكترونية المؤرخ في 1996/12/16.

2- الكتب العامة:

- * بوسقيعة أحسن ،الوجيز في القانون الجنائي الخاص، الجزء الثاني ، طبعة 2004 ، دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع ، الجزائر.
- * بلحاج العربي ، النظرية العامة للإلتزام في القانون المدني الجزائري ، الجزء الأول ، الطبعة الرابعة 2005 ، ديوان المطبوعات الجامعية .
- * حسن الهداوي ، تنازع القوانين ، المبادئ العامة و الحلول الوضعية في القانون الأردني ، دراسة مقارنة ، طبعة 2005، دار الثقافة للنشر و التوزيع ، عمان الأردن.
- * حفيظة السيد الحداد ، النظرية العامة في القانون القضائي الخاص الدولي ، الكتاب الثاني ، الإختصاص القضائي الدولي و تنفيذ الأحكام الأجنبية ، طبعة 2009 ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت لبنان.
- * سليمان مرقس ، الوافي في شرح القانون المدني ، أصول الإثبات و إجراءاته في المواد المدنية ، الجزء الأول : الأدلة المطلقة، الطبعة الخامسة 1991، دار الكتاب الحديث ، القاهرة.
- * عبد الرزاق أحمد السنهوري و تتقيح مصطفى محمد الفقي، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الثاني نظرية الإلتزام بوجه عام ، المجلد الأول : الإثبات ، الطبعة الثانية 1986، دار النهضة العربية القاهرة.
- * محمد صبري السعدي ، مصادر الإلتزام النظرية العامة للإلتزامات القانون المدني الجزائري ، طبعة 2003، دار الكتاب الحديث.
- * محي الدين إسماعيل علم الدين ، نظرية العقد ، دار الكتاب الحديث القاهرة، بدون سنة للنشر.
- * نبيل إسماعيل عمر ، أصول التنفيذ الجبري في المواد المدنية و التجارية ، الطبعة الأولى 1996، الدار الجامعية للطباعة و النشر ، بيروت.

*نبيل إسماعيل عمر ، قانون أصول المحاكمات المدنية ، طبعة 2008 ، منشورات الحلبي الحقوقية.

2- الكتب المتخصصة:

- * إبراهيم العيسوي ، التجارة الإلكترونية طبعة 2001، المكتبة الأكاديمية القاهرة.
- * أحمد خالد العجولي ، التعاقد عن طريق الأنترنت ، دراسة مقارنة ، طبعة 2002، المكتبة القانونية عمان، الأردن .
- * أسامة أبو الحسن مجاهد، التعاقد عبر الأنترنت ، طبعة 2002 ، دار الكتب القانونية، مصر.
- * أمانح رحيم أحمد ، التراضي في العقود الإلكترونية عبر شبكة الأنترنت ، الطبعة الأولى 2006، دار وائل للنشر و التوزيع.
- * إبراهيم رفعت الجمال، إنعقاد البيع بوسائل الإتصال الحديثة" دراسة فقهية مقارنة"، طبعة 2007 ، دار الفكر الجامعي الإسكندرية.
- * إيهاب السنباطي ، الموسوعة القانونية للتجارة الإلكترونية، طبعة 2008 ، دار الجامعة الجديدة .
- * إيمان مأمون أحمد سليمان ، إبرام العقد الإلكتروني و إثباته، الجوانب القانونية لعقد التجارة الإلكترونية ، طبعة 2008، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية.
- * أمير فرج يوسف، عالمية التجارة الإلكترونية ، عقودها و أساليب مكافحة الغش الإلكتروني ، طبعة 2009، المكتب الجامعي الحديث ، بدون مكان للنشر.
- * إلياس ناصيف ، العقد الإلكتروني في القانون المقارن ، الطبعة الأولى 2009، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت لبنان.
- * بشار محمود دودين ، الإطار القانوني للعقد المبرم عبر شبكة الأنترنت ، الطبعة الأولى 2006، دار الثقافة للنشر و التوزيع ، عمان الأردن .
- * خالد ممدوح إبراهيم ، إبرام العقد الإلكتروني دراسة مقارنة ، طبعة 2006، دار الفكر الجامعي الإسكندرية.
- * خالد ممدوح إبراهيم ، حجية البريد الإلكتروني في الإثبات ، طبعة 2008 ، دار الفكر الجامعي الإسكندرية.
- * خالد ممدوح إبراهيم ، أمن المستندات الإلكترونية ، طبعة 2008 الدار الجامعية الإسكندرية.
- * خالد ممدوح إبراهيم ، أمن مراسلات البريد الإلكتروني، طبعة 2008، الدار الجامعية الإسكندرية.
- * خالد ممدوح إبراهيم ، التحكيم الإلكتروني في عقود التجارة الإلكترونية طبعة 2009، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية .
- * خالد مصطفى فهمي ، النظام القانوني للتوقيع الإلكتروني في ضوء التشريعات العربية و الإتفاقيات الدولية ، طبعة 2007، دار الجامعة الجديدة الإسكندرية.

- * سمير عبد السميع الأودن، العقد الإلكتروني ، منشأة المعارف بالإسكندرية 2005.
- * صالح المنزلاوي ، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية ، طبعة 2006 ، دار الجامعة الجديدة للنشر الإسكندرية.
- * عمر خالد زريقات، عقود التجارة الإلكترونية ، عقد البيع عبر الإنترنت، دراسة تحليلية ، الطبعة الأولى 2007، دار الحامد للنشر و التوزيع ، الأردن عمان.
- * علي البارودي ، محمد السيد الفقي ، القانون التجاري ، طبعة 2006 ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية.
- * عبد الفتاح بيومي حجازي ، التوقيع الإلكتروني في النظم القانونية المقارنة ، طبعة 2004، دار الفكر الجامعي الإسكندرية .
- * لورنس محمد عبيدات ، إثبات المحرر الإلكتروني، الطبعة الأولى 2005، دار الثقافة للنشر و التوزيع بيروت لبنان.
- * لزهر بن سعيد، النظام القانوني لعقود التجارة الإلكترونية ، دار المناهج ، بدون سنة و لا مكان النشر.
- * محمد أمين الرومي ، التعاقد الإلكتروني عبر الأنترنت ، طبعة 2004، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية.
- * محمد حسن قاسم، التعاقد عن بعد(قراءة تحليلية في التجربة الفرنسية مع إشارة لقواعد القانون الأوربي)، طبعة 2005 ، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية.
- * محمد خالد جمال رستم، التنظيم القانوني للتجارة و الإثبات الإلكتروني في العالم ، الطبعة الأولى 2006 ، منشورات الحلبي للحقوق ، بيروت ، لبنان.
- * محمد أمين الرومي ، النظام القانوني للتحكيم الإلكتروني ، طبعة 2007، دار الكتب القانونية ، مصر ، المحلة الكبرى .
- * محمد حسن رفاعي العطار ، البيع عبر شبكة الأنترنت دراسة مقارنة، طبعة 2007 دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية.
- * محمد مدحت عزمي ، المعاملات التجارية الإلكترونية ، الأسس القانونية و التطبيقات ، طبعة 2008 ، مركز الإسكندرية للكتاب.
- * محمد حسين منصور، الإثبات التقليدي و الإلكتروني ، طبعة 2009 ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية.
- * مندى عبد الله حجازي ، التعبير عن الإرادة عن طريق الإنترنت و إثبات التعاقد الإلكتروني وفقا لقواعد الفقه الإسلامي و القانون المدني، طبعة 2010 دار المناهج للنشر و التوزيع ، عمان ، الأردن .
- * محمد حسن قاسم ، التعاقد عن بعد ، دار الجامعة الجديدة للنشر، بدون سنة للنشر.
- * يوسف أحمد النوافلة، حجية المحررات الإلكترونية في الإثبات ، الطبعة الأولى 2007، دار وائل للنشر ، بيروت ، لبنان.

3 - المذكرات:

- *قارة مولود ، التوقيع الإلكتروني كدليل إثبات في القانون الخاص ، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجستير، جامعة فرحات عباس سطيف 2004،
- *لما عبد الله صادق سلهب ، مجلس العقد الإلكتروني، أطروحة ماجستير في القانون تحت إشراف د/ أكرم داود ، جامعة النجاح الوطنية ، كلية الدراسات العليا فلسطين 2008، [www. Forum.palmoon.net](http://www.Forum.palmoon.net) .
- *برني نذير ، العقد الإلكتروني على ضوء القانون المدني الجزائري ، مذكرة تخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء ، دفعة 2006
- *نتار خليفة ، الدعوى البولصية في القانون المدني الجزائري (دعوى عدم نفاذ التصرف) ، مذكرة التخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء ، الدفعة 15 ، السنة 2007/2004
- *كميني خميسة و منصور عز الدين ، الإثبات بالكتابة في الشكل الإلكتروني ، مذكرة التخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء ، الدفعة 16 2008/2005

4- المقالات و الأبحاث القانونية:

- *جبار جميلة ، الصعوبات التي يثيرها العقد الإلكتروني ، أشغال الملتقى الوطني الأول : القانون و قضايا الساعة ، النظام القانوني للمجتمع الإلكتروني ، المركز الجامعي خميس مليانة عين الدفلى ، أيام 09 و 10 و 11 مارس 2008
- *إبراهيم الدسوقي أبو الليل ، إبرام العقد الإلكتروني في ضوء أحكام القانون الإماراتي و القانون المقارن، الدليل الإلكتروني للقانون العربي ص 15 www.arablawninfo.com
- *عبد الله بن إبراهيم بن عبد الناصر ، العقود الإلكترونية ، مجلة البحوث الفقهية المعاصرة بتاريخ 2007/02/01 ، WWW.Faqhia.Com ، بتاريخ 2008/05/03.
- *موكة عبد الكريم ، القانون الواجب التطبيق على عقد البيع الدولي الإلكتروني ، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني ، عدد 2010/2، دار الهدى للطباعة و النشر
- *هشام صادق ، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية ، مجلة الدراسات القانونية صادرة عن كلية الحقوق جامعة بيروت ، العدد الأول 2004، منشورات الحلبي الحقوقية 2005
- *فراس فاضل الشطي ، إبرام العقد الإلكتروني، معهد الكويت للدراسات القضائية و القانونية ، <http://www.lawjo.net> ، 2011/08/11
- *الصالحين محمد أبوبكر العيش ، مقال بعنوان الشكلية في عقود الأنترنت و التجارة الإلكترونية ، www.ladis.com ، جويلية 2011
- *ضيف أحمد ، الشكلية في العقود الإلكترونية ، أشغال الملتقى الوطني الأول القانون و قضايا الساعة حول النظام القانوني للمجتمع الإلكتروني ، المركز الجامعي خميس مليانة ، معهد العلوم القانونية و الإدارية بتاريخ 2008/03/09

*رشيد بن شويخ ، مكانة الإثبات الإلكتروني في النطاق المدني ، أشغال الملتقى الوطني الأول القانون و قضايا الساعة حول النظام القانوني للمجتمع الإلكتروني ، المركز الجامعي خميس مليانة ، معهد العلوم القانونية و الإدارية بتاريخ 2008/03/09.

5 - المراجع باللغة الفرنسية:

*Elisabeth Joly- Passant,L'écrit confronté aux nouvelles technologies , 2006 , Librairie Générale De Droit et de Jurisprudence , E.J.A Paris

*Didier Gobert et Etienne Montero , la signature dans les contrats et les paiements électroniques:l'aproche fonctionnelle ,commerce électronique: le temps des certitudes,delta beyrouth 2001

* Marie Demoulin et Etienne Montero, Le formalisme contractuel à l'heure du commerce électronique , commerce électronique : de la théorie à la pratique , imprimé en Belgique 2003

*Brahim Lahraoua , le commerce électronique au regard des principes généraux des contrats , mémoire présenté en vue d'obtenir le D.E.S.A, université abd elmalek essaadi département de droit privé, Tanger;2004/2005, p24, 06/05/2006 disponible sur: webmaster @ memoireonline. Com

*Thibault Verbiest , Le nouveau droit du commerce électronique , Larcier ;imprimé en Belgique

*Philippe Le Tourneau , contrats informatiques et électroniques, cinquième édition , dalloz paris2008

الصفحة	الموضوع
01	مقدمة
06	الفصل التمهيدي : مفهوم العقد الإلكتروني
06	المبحث الأول: التعريف بالعقد الإلكتروني و بيان طبيعته
06	المطلب الأول : تعريف العقد الإلكتروني
06	الفرع الأول: التعريف الفقهي للعقد الإلكتروني
08	الفرع الثاني: التعريف القانوني للعقد الإلكتروني
08	أولا/ التعريف الوارد في المواثيق الدولية
10	ثانيا/ التعاريف الواردة في القوانين الداخلية
11	المطلب الثاني: الطبيعة القانونية للعقد الإلكتروني.
11	الفرع الأول: العقود الإلكترونية عقود إذعان.
11	أولا/ تعريف عقد الإذعان.
12	ثانيا/ أسباب إعتبار العقد الإلكتروني عقد إذعان.
13	الفرع الثاني:العقود الإلكترونية عقود تفاوض.
13	أولا / تعريف التفاوض.
13	ثانيا/ خصائص التفاوض على العقد.
15	ثالثا/ طبيعة المسؤولية أثناء مرحلة التفاوض.
16	رابعا/أسباب إعتبار العقد الإلكتروني عقد تفاوض.
18	المبحث الثاني: خصائص العقد الإلكتروني و تمييزه عن عقود البيئة الإلكترونية.
18	المطلب الأول: خصائص العقد الإلكتروني.
18	الفرع الأول: العقد الإلكتروني مبرم بوسيلة إلكترونية
18	أولا/ التعاقد عن طريق شبكة الأنترنت.
20	ثانيا/ التعاقد بوسائل الإتصال الأخرى.
21	الفرع الثاني: العقد الإلكتروني هو عقد مبرم عن بعد.
22	الفرع الثالث:العقود الإلكترونية بين الطابع المدني و التجاري
23	الفرع الرابع:العقود الإلكترونية عقودا دولية
25	المطلب الثاني:تمييز العقد الإلكتروني عن عقود البيئة الإلكترونية
25	الفرع الأول: عقد الدخول إلى الشبكة
26	الفرع الثاني: عقد الظهور على الشاشة
27	الفرع الثالث : عقد إنشاء المتجر الافتراضي
29	الفصل الأول: إنعقاد العقد الإلكتروني.
30	المبحث الأول: التراضي في العقود الإلكترونية
30	المطلب الأول: التعبير عن الإرادة.
30	الفرع الأول:صور التعبير عن الإرادة.
30	أولا/ التعبير الصريح.
31	ثانيا/ التعبير الضمني.
32	الفرع الثاني:وسائل التعبير عن الإرادة في العقد الإلكتروني.

33	أولا/التعبير عن الإرادة في العقود المبرمة عن طريق الأنترنت.
33	أ- التعبير عن الإرادة عبر البريد الإلكتروني.
34	ب - التعبير عن الإرادة عبر الموقع.
34	ج- التعبير عن الإرادة عن طريق المحادثة
35	ثانيا/ صور التعبير عن الإرادة في العقود المبرمة بالوسائل الأخرى
35	أ - التعبير عن الإرادة بواسطة التيلكس
35	ب - التعبير عن الإرادة بواسطة الفاكس
36	المطلب الثاني: تطابق الإرادتين في العقد الإلكتروني
36	الفرع الأول : الإيجاب الإلكتروني.
37	أولا/ الإيجاب في حالة التعاقد بين غائبين.
39	ثانيا/الإيجاب في حالة التعاقد بين حاضرين.
40	الفرع الثاني: القبول في العقد الإلكتروني.
43	الفرع الثالث:إسناد الإرادة الإلكترونية.
43	أولا/إسناد رسالة البيانات.
45	ثانيا/ الإشعار بإستلام رسالة البيانات.
47	المبحث الثاني: تحديد زمان و مكان إنعقاد العقد.
47	المطلب الأول: تحديد زمان إنعقاد العقد الإلكتروني.
47	الفرع الأول: كيفية تحديد زمان الإنعقاد.
47	أولا / موقف الفقه.
48	1- نظرية إعلان القبول.
49	2- نظرية تصدير القبول.
49	3- نظرية وصول القبول.
50	4- نظرية العلم بالقبول
50	ثانيا/ موقف المشرع الجزائري و القوانين المقارنة.
50	1- موقف القانون الجزائري.
51	2- موقف القوانين المقارنة.
53	ثالثا/موقف القانون الدولي.
55	الفرع الثاني: أهمية تحديد زمان إنعقاد العقد الإلكتروني
55	أولا/أثر حق العدول على القوة الإلزامية للعقد
55	1- حق العدول في العقد الإلكتروني
57	2- الطبيعة القانونية لحق العدول
58	ثانيا/ سريان المواعيد.
58	1- التقادم.
58	2- دعوى عدم نفاذ التصرف
59	ثالثا / تحديد القانون الواجب التطبيق.
60	المطلب الثاني: تحديد مكان إنعقاد العقد الإلكتروني
60	الفرع الأول: كيفية تحديد مكان الإنعقاد
60	أولا/ موقف الفقه.

61	ثانيا / موقف قوانين المعاملات و التجارة الإلكترونية
64	الفرع الثاني: أهمية تحديد مكان إنعقاد العقد الإلكتروني
65	أولا/ المحكمة المختصة للفصل في منازعات العقد الإلكتروني
65	أ – القواعد العامة
67	ب- قواعد الإختصاص في العقود الإلكترونية
68	1- حالة إتفاق الطرفين على المحكمة المختصة
69	2- حالة عدم إتفاق الطرفين على المحكمة المختصة
76	ثانيا/القانون الواجب التطبيق
76	1- المسائل المتعلقة بالإجراءات و الشكل
78	2- المسائل المتعلقة بالموضوع.
78	أ – حالة وجود إتفاق بين الطرفين بخصوص القانون الواجب التطبيق.
79	ب- حالة عدم وجود إتفاق بشأن القانون الواجب التطبيق
81	الفصل الثاني: إثبات العقد الإلكتروني
81	المبحث الأول: عناصر المحررات الإلكترونية.
82	المطلب الأول : الكتابة الإلكترونية.
82	الفرع الأول: تعريف الكتابة الإلكترونية.
85	الفرع الثاني: شروط الكتابة المعدة للإثبات.
85	أولا / أن يكون المحرر مقروءا.
86	ثانيا/ إستمرارية الكتابة
86	ثالثا / عدم قابلية الكتابة للتعديل
88	المطلب الثاني: التوقيع الإلكتروني.
89	الفرع الأول: تحديد مفهوم التوقيع.
89	أولا/ تعريف التوقيع بصفة عامة
91	ثانيا/ تعريف التوقيع الإلكتروني
94	الفرع الثاني: أنواع التوقيع الإلكتروني
94	أولا/ التوقيع اليدوي
95	ثانيا/ التوقيع البيومترى
97	ثالثا/ التوقيع عن طريق البطاقة المقترنة بالرقم السري
98	رابعا/ التوقيع الرقمي
100	الفرع الثالث: شروط التوقيع الإلكتروني
101	أولا/أن يكون التوقيع متميزا و محددًا لهوية الموقع
103	ثانيا/سيطرة الموقع على منظومة التوقيع
104	ثالثا/إرتباط التوقيع بالمحرر الإلكتروني.
105	رابعا التوثيق
106	المبحث الثاني : القيمة القانونية للعقود الإلكترونية
106	المطلب الأول : نطاق الإثبات بالعقود الإلكترونية.

107	الفرع الأول: مفهوم الشكلية
108	الفرع الثاني: موقف التشريعات المقارنة من مسألة الشكلية في العقود الإلكترونية.
108	أولا/ التشريع الفرنسي.
110	ثانيا/ التشريع المصري.
111	ثالثا / موقف قانون إمارة دبي.
111	رابعا/موقف مجمع الفقه الإسلامي.
112	الفرع الثالث/ موقف المشرع الجزائري من مسألة الشكلية في العقود الإلكترونية.
115	المطلب الثاني : حجية العقود الإلكترونية.
115	الفرع الأول : حجية العقود العرفية بين أطرافها.
116	أولا/ حجية العقد العرفي من حيث صدوره ممن وقع عليه.
116	1- حالة عدم إنكار العقد.
117	2- حالة إنكار العقد العرفي.
118	ثانيا/ حجية العقد العرفي من حيث صحة الوقائع.
118	ثالثا/ تطبيق هذه الأحكام على العقود الإلكترونية.
118	1- إنكار التوقيع الإلكتروني.
122	2- إنكار صحة الوقائع الثابتة بالكتابة الإلكترونية.
123	الفرع الثاني : حجية العقود العرفية بالنسبة للغير.
123	أولا/ المقصود بالغير.
124	ثانيا/ المقصود بالتاريخ الثابت في العقود العرفية.
124	1- التسجيل.
125	2-ثبوت تاريخ العقد العرفي من يوم ثبوت مضمونه في محرر رسمي
125	3- التأشير على العقد من طرف موظف عام.
126	4-وجود خط أو إمضاء لشخص متوفي أو أصبح عاجزا عن الكتابة أو

	البصم.
128	الخاتمة.
131	قائمة المراجع.
137	الفهرس.

تلخيص

لقد إنعكس التطور الحاصل في مجال المعلوماتية و الإتصال على جميع مجالات الحياة ، مما أدى إلى ظهور تقنية جديدة لإبرام العقود لم تكن معروفة من قبل ، إذ أصبح يتم إبرام العقود في بيئة افتراضية تتجاوز الحدود الجغرافية للدول و دون الحضور المادي للأطراف، و ذلك عن طريق إستخدام وسائط إلكترونية ، و هو ما يعرف بالعقد الإلكتروني. و نظرا لضرورة تنظيم العلاقات بين الأفراد فقد سارعت الدول إلى تبني قوانين سواء على المستوى الدولي أو الداخلي لتنظيم هذه المسألة ، و على غرار باقي الدول فقد أدخل المشرع الجزائري تعديلا على القانون المدني بموجب القانون رقم 10/05 المؤرخ في 20 جوان 2005 و ذلك بإضافة نص المادتين 323 مكرر و 323 مكرر 1 و تعديل المادة 327 من القانون المدني ، إذ عرف الكتابة الإلكترونية في المادة 323 مكرر و نص على الإعتداد بالتوقيع الإلكتروني في المادة 327 و أحال على المادة 323 مكرر 1 بخصوص الشروط الواجب توافرها فيه و هي الأحكام التي لا تغطي جميع الإشكالات التي تثيرها هذه العقود مما يتعين معه تدخل المشرع لتنظيم هذه المسألة بصفة كلية.

Résumé

Reflété l'évolution dans le domaine de l'information et de la communication à tous les domaines de la vie qui ont conduit à l'émergence d'une nouvelle technique pour la conclusion des contrats n'ont pas été connus avant, il est devenu la conclusion des contrats dans l'environnement virtuel au-delà des frontières géographiques des états et sans présence physique des parties, grâce à l'utilisation des médias électroniques, qui connu sous le nom du contrat électronique. En raison de la nécessité de réglementer les relations entre les individus a précipité les états à adopter des lois, tant au niveau international ou interne à l'organisation de cette question, comme le reste de la législature connexion algérienne un amendement au code civil par la loi N°10.05 du 20 juin 2005 en ajoutant le texte des articles 323 bis et 323 bis 1 et l'amendement de l'article 327 du code civil, sont connu pour avoir écrit électronique dans l'article 323 bis fournie pour les soins de la signature électronique dans l'article 327, et renvoyé à l'article 323 bis 1 relatif aux conditions d'être fournie si les dispositions ne couvrent pas tous les problèmes qui donne lieu à ces contrats, qui doivent être avec l'intervention du législateur et l'organisation de cette question dans son intégralité ...