الجوانب القانونية لتنفيذ وإثبات العقد الإلكتروني

ضاري تمران طلاق الشمري*

الملخص:

يتناول هذا البحث مفهوم العقد الإلكتروني من خلال تبيان ماهيته وصوره، وإبراز طبيعة التعاقد الإلكتروني. كما يعرض لتنفيذه وإثباته ومدى الالتزام بالوفاء إلكترونياً عبر كافة طرق الإثبات الخاصة بمثل هذه العقود، ومن بينها كتابته بشكل إلكتروني مع عرض مدى حجيته في الإثبات، مع تبيان ما للتوقيع الإلكتروني من أهمية قصوى في العقد الإلكتروني وإتمامه.

وخلص البحث إلى ضرورة توسيع دائرة تنظيم العقد الإلكتروني في قواعد خاصة في قوانين المعاملات التجارية ليشمل الإيجاب والقبول الإلكتروني، وكذلك إلى ضرورة وضع نصوص خاصة تحمي المستهلك في هذا النوع من العقود وذلك في ضوء استمرار الفراغ التشريعي بالعديد من الدول.

كما أوصى بضرورة توفير الإمكانيات لكافة قضاة المحاكم ليتمكنوا من التعامل والفصل في القضايا الناجمة عن العقود الإلكترونية، بما في ذلك تأهيلهم وتقديم دورات خاصة لهم للتعرف على خصائص تكنولوجيا المعلومات.

* باحث دكتوراه كويتي

المقدمـة:

إن أنشطة التجارة الإلكترونية والعلاقات القانونية الناشئة في بيئتها تثير العديد من التحديات القانونية للنظم القانونية القائمة، تتمحور في مجموعها حول أثر استخدام الوسائل الإلكترونية في تنفيذ الأنشطة التجارية. فالعلاقات التجارية التقليدية قامت منذ فجر النشاط التجاري على أساس الإيجاب والقبول بخصوص أي تعاقد، وعلى أساس التزام البائع مثلا بتسليم المبيع بشكل مادي وضمن نشاط ايجابي ملموس، وأن يقوم المشتري بالوفاء بالثمن إما مباشرة (نقداً) أو باستخدام أدوات الوفاء البديل عن الدفع المباشر من خلال الأوراق المالية التجارية، أو وسائل الوفاء البنكية التقليدية.

وإلى هذا الحد فإن قواعد تنظيم النشاط التجاري سواء الداخلية أو الخارجية، وعلى الرغم من تطورها، بقيت قادرة على الإحاطة بمتطلبات تنظيم التجارة، إذ على الرغم من تطور نشاط الخدمات التجارية والخدمات الفنية واتصال الأنشطة التجارية بعلاقات العمل والالتزامات المتعلقة بالإمداد والتزويد ونقل المعرفة أو التكنولوجيا، فإن القواعد القانونية الناظمة للأنشطة التجارية والعقود أمكنها أن تظل حاضرة وقادرة على محاكاة الواقع المتطور والمتغير في عالم التجارة، لكن الأمر يختلف بالنسبة للتجارة الإلكترونية، فالتغيير ليس بمفهوم النشاط التجاري، وإنما بأدوات ممارسته وطبيعة العلاقات الناشئة في ظله، كيف لا، ويتوسط كل نشاط من أنشطة التجارة الإلكترونية الكمبيوتر والإنترنت أو شبكة المعلومات.

إن أثر وجود التقنية وهيمنتها على آلية إنفاذ النشاط التجاري في ميدان التجارة الإلكترونية، بل ضرورتها لوجود التجارة الإلكترونية، كان لا بد أن يخلق تحدياً جديداً أمام النظم القانونية القائمة. وتتضمن التجارة الإلكترونية – كمفهوم عام – أي شكل لصفقة تجارية يتفاعل فيها الأطراف إلكترونياً بدلاً من المبادلات المادية أو العقود المالية المباشرة[1]. وقد عُرِّفت التجارة الإلكترونية بتعريفات متعددة تتقارب في معناها، ولا تخرج عن هذا المضمون، فقد ذهب البعض إلى تعريفها بأنها: «نوع من التجارة يتم من خلال أي وسيط إلكتروني بما في ذلك التجارة التي تتم عبر الهاتف

(1) د. أسامه أحمد بدر، حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2005، ص40.

والفاكس، وكذلك عبر الإنترنت، وشبكات الاتصال المخصصة لذلك»[2].

وهناك تعريفٌ ثانٍ للتجارة الإلكترونية يعد أكثر ملاءمة للتجارة التي تعتمد على الإنترنت، إذ قيل بأنها: «عبارة عن تكامل وسائل الاتصال وإدارة البيانات والإمكانات الأمنية التي تسهل تبادل المعلومات المتعلقة ببيع السلع والخدمات»[3]. كما تم تعريفها بأنها: «مفهوم جديد يشرح عملية بيع أو شراء أو تبادل المنتجات والخدمات والمعلومات من خلال شبكة كمبيوترية، ومن ضمنها الإنترنت». وقد قيل بأن تعريف هذا المصطلح يختلف بحسب وجهة النظر التي تعرِّفه: فعالم الاتصال يعرِّف التجارة الإلكترونية بأنها: وسيلة من أجل إيصال المعلومات أو الخدمات أو المنتجات عبر خطوط الهاتف أو عبر شبكات الكمبيوتر أو عبر أي وسيلة تقنية (مادية غير ملموسة).

ومن وجهة نظر القائمين على الأعمال التجارية فهي (أي التجارة الإلكترونية): «عملية تطبيق التقنية من أجل جعل المعاملات التجارية تجري بصورة تلقائية وسريعة»، في حين أنه من زاوية القائمين على الخدمات تعرِّف التجارة الإلكترونية، فإنها: «أداة من أجل تلبية رغبات الشركات والمستهلكين والمدراء في خفض كلفة الخدمة والرفع من كفاءتها والعمل على تسريع إيصال الخدمة».

وأخيراً فإن الفاعلين في مجال عالم الإنترنت يعرِّفونها بأنها: «التجارة التي تفتح المجال من أجل بيع وشراء المنتجات والخدمات والمعلومات عبر الإنترنت»[4]. وقد مرَّ استخدام الإنترنت في التجارة الإلكترونية بعدة خطوات ارتبطت بالتطورات التقنية التي طرأت على استخدام الشبكة ويمكن إجمالها في المراحل الآتية:

المرحلة الأولى: استخدام المنشآت التجارية للشبكة في صورة مواقع إعلانية

(2) د. أسامة عبد العليم الشيخ، مجلس العقد وأثره في عقود التجارة الإلكترونية، دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، قسم الشريعة، جامعة أم القرى، المملكة العربية السعودية، 2007، ص5.

(3) د. رمضان علي السيد معروف، التجارة الإلكترونية في اليابان ومدى استفادة مصر منها، مكتبة جزيرة الورد للطباعة والنشر، القاهرة، بدون تاريخ.

(4) هشام محمد الحرك، أساسيات التجارة الإلكترونية، نقلا عن موقع، http://www.annabaa.org/nbanews/21/007.htm وأيضا، الموسوعة العربية للكمبيوتر والإنترنت، نقلاً عن موقع http://www.c4arab.com/showac.php?acid=291،

تُعرِّف العملاء ومستخدمي الويب[5] بنشاط المنشأة ومنتجاتها.

المرحلة الثانية: وهي أكثر تقدما، حيث قامت المنشآت التجارية بنشر المعلومات عن نشاطاتها التجارية، كما امتلأت المواقع بالصور والرسومات الجذابة لمنتجات وخدمات المنتجين.

المرحلة الثالثة: وتتمثل في أنه نتيجة لاستخدام أحدث أنواع التقنية، فقد أصبح من السهل على العميل التعرف على مواقع الإنترنت من خلال عناصر التصفح البسيطة، وبذلك تخطى رجال الأعمال مرحلة الإعلان والترويج إلى مرحلة إتمام عمليات البيع عن طريق الإنترنت.

وأصبح الأمر كالتالي: يقوم المشتري باختيار ما يرغب في شرائه، ويخطر البائع الذي يقوم بدوره بإرسال السلعة إليه، ويتم الدفع عن طريق أنظمة الدفع الإلكتروني ومن أهمها بطاقات الائتمان، كما يتم التوقيع على العقد الإلكتروني عن طريق شفرة معينة يستحيل تزويرها.

وقد ازداد في الآونة الأخيرة حجم التجارة الإلكترونية بشكل كبير، إذ خلصت دراسة حديثة إلى أن الدلائل تشير إلى أن 60 % من النمو الاقتصادي خلال السنوات الأولى من القرن الواحد والعشرين يرجع في المقام الأول إلى التجارة الإلكترونية والتعامل في تكنولوجيا المعلومات عموما[6].

كما تؤكد الإحصائيات أن حركة التجارة الإلكترونية في ازدياد مستمر ففي عام

(5) الويب هو، عالم المعلومات التي يمكن الوصول إليها داخل الشبكة. وحالياً هذا العالم ينفع المجتمع بإعطائه نوعاً جديداً للتواصل بين البشر، وفرصاً جديدة لإشراك المعرفة. وتتمثل أحد الأهداف الأولى للرابطة هي جعل هذه الامتيازات في متناول جميع الأفراد، كيفما كانت نوعيات أجهزتهم وبرامج حاسبهم أو البنية التحتية للشبكة المتوفرة لديهم، ومهما كانت لغتهم الأصلية أو ثقافتهم أو مكانهم الجغرافي أو قدرتهم الجسدية أو الذهنية، فالويب أو البحث أو الدخول إلى المعلومة هو أحد الأدوات الأكثر استخداما على الإنترنت للبحث ونشر المعلومات، فيه يعرف الشخص موقعه بالضبط داخل الإنترنت، وإلى أي مكان يريد الذهاب، وكيف يمكنه الذهاب، فهو أداة تستخدم كمرشد أو دليل في فضاء الإنترنت....(نقلا عن شبكة الإنترنت، موقع، http://66.102.9.104/search?q=cache:uKXmXxUuDHMJ:www.w3c.org.ma/7points/+%D8%A7%D9%84%D9%88%D9%8A%D8%A8+%D9%87%D9%88&hl=ar&ct=clnk&cd=7&gl=eg). وأيضاً، د. محمود عبد المعطي خيال، الإنترنت وبعض الجوانب القانونية، دار النهضة، 1998، ص 12.

(6) د. أسامة أبو الحسن مجاهد، التعاقد عبر الإنترنت، دار الكتب القانونية، المحلة الكبرى، 2002، ص9 – 11.

2000 حققت التجارة الإلكترونية فائضاً قدره 275 مليون دولار، وهذا الفائض وصل في عام 2003 إلى 100 مليار دولار لتعاملات الأفراد، و1000 مليار دولار لتعاملات الهيئات[7].

مما سبق نستنتج بأن العقد الإلكتروني نشأ وترعرع في بيئة الإنترنت وبين أذرع التجارة الإلكترونية[8]، وهو ما سنتناوله من خلال المباحث التالية:

المبحث الأول: مفهوم العقد الإلكتروني.

المبحث الثاني: تنفيذ العقد الإلكتروني وإثباته.

المبحث الثالث: إثبات العقد الإلكتروني.

(7) د.هدى حامد قشقوش، الحماية الجنائية للتجارة الإلكترونية عبر الإنترنت، دار النهضة العربية، ص9.

(8) د. أسامة عبد العليم الشيخ، مجلس العقد وأثره في عقود التجارة الإلكترونية، دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، مرجع سابق، ص 10.

المبحث الأول

مفهوم العقـد الإلكتروني

يتميز العقد الإلكتروني بصفته العالمية التي تغطي كل دول العالم، لكونه يتم في معظم الأحيان عن طريق شبكة المعلومات (الإنترنت)، كما يتميز أيضاً بصفته الانفتاحية، فالشبكة متاحة لكل من يرغب بالدخول فيها، ويتميَّز العقد الإلكتروني أخيراً بصفته الإلكترونية لكونه يتم بواسطة أجهزة وبرامج إلكترونية تنقل إرادة المتعاقدين بعضهم إلى بعض دون حضور مادي معاصر لهم، وبالتالي فهو عقدٌ ينتمي إلى طائفة العقود عن بعد[9].

المطلب الأول

ماهية وصور العقد الإلكتروني

ذهب الفقهاء في تعريف العقد الإلكتروني إلى اتجاهات متعددة؛ فقد ذهب بعض الفقه إلى تعريفه بأنه: "اتفاق يتلاقى فيه الإيجاب بالقبول على شبكة دولية مفتوحة للاتصال عن بعد وذلك بوسيلة مسموعة – مرئية، وبفضل التفاعل بين الموجب والقابل"[10]. وقيل هو: "ذلك العقد الذي ينطوي على تبادل للرسائل بين البائع والمشتري، والتي تكون قائمة على صيغ معدة سلفاً ومعالجة إلكترونياً، وتنشئ التزامات تعاقدية"[11]. وذهب البعض الآخر إلى أنه: "ذلك العقد الذي يتلاقى فيه الإيجاب والقبول عبر شبكة اتصالات دولية باستخدام التبادل الإلكتروني للبيانات، بقصد إنشاء التزامات تعاقدية"[12].

فالعقد الإلكتروني إذن: "هو التقاء إيجاب صادر من الموجب بشأن عرض مطروح بطريقة إلكترونية، سمعية أو مرئية أو كليهما على شبكة للاتصالات والمعلومات

(9) الصالحين محمد أبو بكر العيش، الشكلية في عقود الإنترنت والتجارة الإلكترونية، نقلا عن، http://www.tashreaat.com/view_studies2.asp?id=425&std_id=66.

(10) د. أسامة أبو الحسن مجاهد، خصوصية التعاقد عبر الإنترنت، دار النهضة العربية، عام 2000، ص 29.

(11) د. خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، مرجع سابق، ص 51.

(12) د. أسامة عبد العليم الشيخ، مجلس العقد وأثره في عقود التجارة الإلكترونية، دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، مرجع سابق، ص 16.

بقبول مطابق له صادر من الطرف القابل بذات الطرق دون الحاجة إلى التقاء الأطراف ماديا في مكان معين بهدف تحقيق عملية أو صفقة معينة يرغب الطرفان في إنجازها"[13].

ويُعَدُّ العقد الذي يتم بمجرد النقر بالموافقة (Click Wrap Contract) الصورة الأكثر شيوعاً للعقد الإلكتروني، وهو عقد مصمم لبيئة النشاط (على الخط) كما في حالة الإنترنت، وذلك بوجود (وثيقة) العقد مطبوعة على الموقع متضمنة الحقوق والالتزامات لطرفيه (المستخدم، وجهة الموقع) منتهية بمكان متروك لطباعة عبارة القبول أو للضغط على إحدى العبارتين (أقبل) أو (لا أقبل) أو عبارات شبيهة، وترجع تسميته المشار إليها إلى حقيقة أن إبرام العقد يتم بالضغط (click) على أداة "الماوس"، إما على أيقونة الموضع المتضمنة عبارة (أنا أقبل) أو في المساحة المخصصة لطبع هذه العبارة لغايات وضع المؤشر فيها عبر الضغط ب "الماوس"[14].

ويستخدم العقد الإلكتروني لكافة التصرفات محل الاتفاقات على الشبكة، وبشكل رئيسي إنزال البرامج أو الملفات عن الشبكة، الدخول إلي خدمات الموقع وتحديداً التي تتطلب اشتراكاً خاصاً في بعض الأحيان أو مقابلاً مالياً، أو لغايات الحصول على الخدمة (كالمحادثة ومجموعات الأخبار أو الإعلان والأدلة) أو لغايات التسجيل والالتزام العقدي بإنفاذ الخدمة المعروضة مجاناً بشروط الموقع كخدمات البريد المجاني والاستضافة المجانية وغيرها، وكذلك لإبرام التصرفات القانونية على الخط كالبيع والشراء، والاستئجار، وطلب القرض، وإجراء عملية حوالة مصرفية وإبرام بوالص التأمين، ودفع الثمن، وغيرها[15].

إن تقنية العقود الإلكترونية توفِّر قدرة التعاقد على الشبكة وفي بيئتها، والحصول على الخدمات والبضائع والمصنَّفات بأرخص الأسعار، ومن خلال قوائم اختيار

(13) د. خالد ممدوح، المرجع السابق. وأيضاً، عادل حامد أبو عزة، جمعية الحاسبات السعودية– مقال بعنوان، العقود الإلكترونية، خصائصها والقانون الواجب التطبيق عليها، منشور بمجلة الجزيرة، العدد 158، 18 ربيع أول 1427هـ – 16 إبريل 2006م.

(14) يونس عرب، التعاقد والدفع الإلكتروني، تحديات النظامين الضريبي والجمركي، جزء من أوراق عمل برنامج الندوات المتخصصة حول التجارة الإلكترونية، تنظيم معهد التدريب والإصلاح القانوني، الخرطوم، 2002.

(15) يونس عرب، التعاقد والدفع الإلكتروني، المرجع السابق.

معروفة وواسعة، ومن أي موقع أو مصدر للمورِّدين على الخط، كما تتيح للمورِّد تحديد التزاماته بوضوح، وتحديد نطاق المسؤولية عن الخطأ والأضرار جراء التعاقد، أو بسبب محل التعاقد كأخطاء البرمجيات ومشاكلها، وتسهم في تسهيل المقاضاة بين الطرفين لما تقرره من قواعد شاملة بالنسبة للحقوق والالتزامات[16].

مما سبق يتبيَّن أن التعاقد الإلكتروني يتفق مع التعاقد التقليدي في أنهما ينعقدان بتوافق إرادتي المتعاقدين، أي تطابق الإيجاب والقبول، وهذا ما نصت عليه المادة (89) من القانون المصري، إلا أن التعاقد التقليدي يقوم بين شخصين حاضرين من حيث الزمان والمكان؛ إذ يتم تبادلٍ الإيجاب والقبول في مجلس العقد بالمواجهة، وهو ما يقتضي التواجد المادي لكلٍ من طرفي التعاقد في مكان واحد، ولا يتحقق ذلك في التعاقد الإلكتروني، فالمفترض في هذا التعاقد أن يوجد المتعاقدان في مكانين منفصلين، بل قد يفصل بينهما مئات أو آلاف الأميال، ومن ثم فإن التعاقد التقليدي هو تعاقد بين حاضرين، بينما الانفصال المكاني في التعاقد الإلكتروني يجعل منه تعاقداً من طبيعة خاصة والراجح أنه تعاقدٌ بين غائبين[17].

المطلب الثاني
طبيعة التعاقد الإلكتروني

يثور التساؤل عند دراسة التعاقد الإلكتروني هل هو تعاقد بين حاضرين، أم تعاقد بين غائبين، ذلك أن أحكام التعاقد بين حاضرين تختلف عن أحكام التعاقد بين غائبين، فمعرفة طبيعة هذا التعاقد تجعلنا نعرف أي من هذه الأحكام يمكن أن نطبقها على مجلس العقد الإلكتروني. إن الصورة التي نحن بصددها، وهي أن شخصين يتعاقدان عن طريق شبكة الإنترنت على سلعة معينة، تجعلنا نقول إن هذا التعاقد هو تعاقد بين غائبين؛ وذلك لعدم وجود الشخصين في مكان واحد وقت التعاقد، غير أن العلماء ليسوا متفقين على هذا القول، حيث اختلفوا في طبيعة هذا التعاقد على النحو التالي:

– **ذهب اتجاه فقهي إلى:** أن التعاقد الإلكتروني هو تعاقد بين غائبين زماناً ومكاناً شأنه في ذلك شأن التعاقد بطريق المراسلة أو التعاقد بطريق التليفون، ولا يختلف

(16) د. أسامة عبد العليم الشيخ، مجلس العقد وأثره في عقود التجارة الإلكترونية، دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، مرجع سابق، ص 17.
(17) د. خالد ممدوح، إبرام العقد الإلكتروني، مرجع سابق، ص 67.

عنهما إلا في الوسيلة التي يتم بها ؛ حيث أصبحت وسيلة التعاقد إلكترونية[18].

ويذهب أصحاب هذا الاتجاه إلى أن ما يبرر أن التعاقد الإلكتروني هو تعاقد بين غائبين هو أن ثمة فاصلاً زمنياً بين صدور القبول وعلم الموجب به[19].

– **وذهب اتجاه آخر إلى:** أن التعاقد الإلكتروني هو تعاقد بين حاضرين؛ حيث يكون العاقدان على اتصال مباشر فيما بينهما، فليس هناك فاصل فيما بين صدور القبول من الطرف الموجه إليه الإيجاب والعلم به، ويكون مجلس العقد حينئذ مجلساً حكمياً، تطبَّق عليه قواعد التعاقد بين حاضرين[20].

– **وذهب اتجاه ثالث إلى:** أن التعاقد الإلكتروني هو تعاقد بين حاضرين من حيث الزمان، وبين غائبين من حيث المكان[21].

ويذهب أصحاب هذا الاتجاه إلى أن التعاقد عبر شبكة الإنترنت يتم بوسيلة سمعية – بصرية كما هو الحال في استخدام الشبكة الرقمية للخدمات المتكاملة، مما يسمح بالتفاعل بين طرفين يضمهما مجلس واحد حكمي افتراضي، ولذا فإن التعاقد الإلكتروني يعتبر تعاقداً بين حاضرين من حيث الزمان، ولأن طرفي التعاقد يتواجدان في أماكن مختلفة سواء داخل الدولة أو خارجها فإن التعاقد حينئذ يكون بين غائبين من حيث المكان[22].

ويضيف البعض إلى أن هذا التكييف يسري إذا كان الاتصال بين مقدِّم العرض والمتلقي في حالة القبول عن طريق الضغط أو ملامسة زر الموافقة، أو عن طريق غرف المحادثة والوسائل المرئية، بعكس ما إذا كان القبول عن طريق البريد

(18) د. مدحت عبد الحليم رمضان، الحماية الجنائية للتجارة الإلكترونية – دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، عام 2001، ص 20. د.جابر عبد الهادي سالم، مرجع سابق، ص 229. د. سمير عبد السميع الأودن، العقد الإلكتروني، منشأة المعارف، 2005، ص 63.

(19) د. أسامة أحمد بدر، حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني، مرجع سابق، ص 225.

(20) د. محمد السعيد رشدي، التعاقد بوسائل الاتصال الحديثة، مرجع سابق، ص 39.

(21) د. أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص النوعي، (الإلكتروني – السياحي – البيئي) دار النهضة العربية، عام 2002، ص 69. د. ممدوح محمد خيري هاشم، مشكلات البيع الإلكتروني عن طري الإنترنت في القانون المدني، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، عام 2000 ،ص ص19، 20.

(22) د. أسامة عبد العليم الشيخ، مجلس العقد وأثره في عقود التجارة الإلكترونية– دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، مرجع سابق، ص 27.

الإلكتروني، فقد لا يتحقق فيه الاتصال اللحظي؛ نظراً لأن جهاز الكمبيوتر الموجب قد يكون مغلقاً وقت بث الرسالة القابل مثلا، أو أن يوجد عطل في الشبكة يعوق وصول القبول فيحول دون الاتصال اللحظي، ولذا فإنه إذا تم التعاقد عن طريق البريد الإلكتروني ففي هذه الحال إذا لم يوجد فاصل زمني بين الإيجاب والقبول يكون التعاقد بين حاضرين من حيث الزمان غائبين من حيث المكان، أما إذا وُجد فاصلٌ بينهما فيكون التعاقد بين غائبين زماناً ومكاناً[23].

– **وذهب اتجاه آخر:** إلى أن التعاقد الإلكتروني هو تعاقد بين غائبين ذو طبيعة خاصة؛ ذلك أنه لا يمكن إعطاء وصف التعاقد بين حاضرين للعقد الإلكتروني، لأن أطراف التعاقد لا يتبادلون عملية الإيجاب والقبول من خلال الوسائل المادية التقليدية كالخطابات والتي تستغرق فترة زمنية بين إرسال القبول ووصوله إلى من وُجِّهَ إليه، إنما يكون من خلال تبادل الرسائل إلكترونياً عبر شبكة الإنترنت، حيث يتحقق لهم الاتصال المباشر، فإن غاب الالتقاء المادي للمتعاقدين إلا أن هناك نوعاً من الالتقاء الافتراضي المتزامن، كما لا ينطبق أيضاً على التعاقد الإلكتروني وصف التعاقد بين غائبين؛ لأن التعاقد بين غائبين يقوم على فكرة تفاوت المسافات والزمن معاً، في حين أن التفاوت الزمني غير موجود بالنسبة للتعاقد الإلكتروني،حيث يكون طرفا العقد على اتصال في وقت واحد[24].

ويرى الباحث أنه ليس هناك اتفاقاً على كون التعاقد الإلكتروني تعاقداً بين حاضرين أم تعاقداً بين غائبين؛ نظراً لعدم وجود طرفي العقد في مكان واحد عند التعاقد، ولأن قبول التعاقد يشبه إلى حد كبير القبول في التعاقد بالرسالة.

الفرع الأول

أركـــان العقد الإلكـــتروني

سبق الإشارة إلى أن العقد الإلكتروني عبارة عن التقاء إيجاب صادر من الموجب بشأن عرض مطروح بطريقة إلكترونية، سمعية أو مرئية أو كليهما على شبكة للاتصالات والمعلومات بقبول مطابق له صادر من الطرف القابل بذات الطرق، دون الحاجة إلى التقاء الأطراف المادي في مكان معين بهدف تحقيق عملية أو

(23) د. خالد ممدوح، إبرام العقد الإلكتروني، مرجع سابق، ص 292.

(24) د. فاروق محمد أحمد الأباصيري، عقد الاشتراك في قواعد المعلومات الإلكترونية، دراسة تطبيقية لعقود الإنترنت، دار النهضة العربية، عام 2003، ص 61.

صفقة معينة يرغب الطرفان في إنجازها[25].

والتعاقد بين غائبين هو الذي لا يكون فيه المتعاقدون في مكان واحد، بل في مكانين مختلفين، قرية، أو مدينة، أو حتى دولة أخرى.

الركن المعنوي– (وقت انعقاد العقد الإلكتروني):

لم يتضمن القانون الوضعي نصاً يبيِّن ماهية الإيجاب صراحة، ومع ذلك فقد عرَّفه البعض بأنه: "عرض باتٌّ وكاملٌ للتعاقد وفقاً لشروط معينة يوجهه شخص إلى آخر للتعاقد معه، بحيث إذا ما اقترن به قبول مطابق له انعقد العقد"[26].

ويلاحظ بصفة مبدئية أن صاحب الإيجاب – أي الموجب – هو ذلك الطرف الذي يقدم عرضاً بالتعاقد، يصادفه قبول بغير تعديل أو تحفظ، ولذلك فالموجب ليس دائماً هو صاحب الاقتراح المبتدئ بالتعاقد، فقد يدخل شخصان في مفاوضات صعبة وطويلة، وبناءً على مبادرة من أحدهما تتخللها عروض وعروض مضادة، وفي هذه الحال لا بد عندما تنتهي المفاوضات إلى موقف محدد من الطرفين أن نحدد من هو الموجب ومن هو القابل؛ لأن هذا التحديد يكتسب أهمية في حالة التعاقد بين غائبين لبيان مكان وزمان انعقاد العقد، فالعقد ينعقد وفقاً للمادة (97) من القانون المدني: "في المكان والزمان اللذين يعلم فيهما الموجب بالقبول، ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بغير ذلك، ويفترض أن الموجب قد علم بالقبول في المكان وفي الزمان اللذين وصل فيهما هذا القبول"، وبالتالي يكون تعيين الموجب وتعيين القابل أمراً هاماً في تسكين انعقاد العقد زماناً ومكاناً.

وعلى هذا إذا تحفَّظ الشخص الذي توجه إليه الإيجاب أو قدم تعديلاً على ما عرض عليه، فإن هذا التحفُّظ أو ذلك التعديل يعتبر إيجاباً من جانبه ينتظر قبولاً من المرسل إليه وهكذا...[27].

(25) د. خالد ممدوح، إبرام العقد الإلكتروني، مرجع سابق، ص292. عادل حامد أبو عزة – جمعية الحاسبات السعودية– مقال بعنوان، العقود الإلكترونية، خصائصها والقانون الواجب التطبيق عليها، مرجع سابق.

(26) د. إسماعيل غانم، النظرية العامة للالتزام (مصادر الالتزام)، مكتبة عبد الله وهبة، ص 104. د. رمضان أبو السعود، مصادر الالتزام، الطبعة الثالثة، 2003، ص67. د. حمدي عبد الرحمن، الوسيط في النظرية العامة للالتزامات (الكتاب الأول) – المصادر الإرادية للالتزام والإرادة المنفردة، الطبعة الأولى، 1999، دار النهضة العربية، ص 183.

(27) د. حمدي عبد الرحمن، المرجع السابق، ص183، 184.

مفهوم الإيجاب الإلكتروني: يمكن تعريف هذا الإيجاب بأنه تعبير عن إرادة الراغب في التعاقد عن بعد؛ حيث يتم من خلال شبكة دولية للاتصالات بوسيلة مسموعة – مرئية، ويتضمَّن كافة العناصر اللازمة لإبرام العقد بحيث يستطيع من يوجه إليه أن يقبل التعاقد مباشرة[28].

وليس هناك خلاف بين الإيجاب التقليدي، وبين الإيجاب الإلكتروني كما هو واضح إلا في الوسيلة المستخدمة للتعبير عن الإرادة؛ فلفظة إلكتروني إذا ما أضيفت إلى الإيجاب فلا تنال من أصله المتمثل في المعنى المراد منه وفقاً للنظرية التقليدية في الالتزامات وقانون العقد، فالمسألة مجرد وصف لا أكثر بسبب اختلاف وسيلة التعبير عن الإرادة في عصر رقمي قوامه إلكترونيات تتجسد في وسائل الاتصال الحديثة عن طريق النقر على الحاسب الإلكتروني ليظهر التعبير عن الإرادة على شاشة هذا الحاسب [29].

والإيجاب الإلكتروني قد يكون إيجاباً خاصاً موجهاً إلى أشخاص محدَّدين، وهو يتم في الغالب في عروض التعاقد بواسطة البريد الإلكتروني، أو برنامج المحادثة، وقد يكون إيجاباً عاماً موجهاً إلى أشخاص غير محددين، وهو ما يحدث في حالة التعاقد عبر مواقع الويب التجارية المنتشرة على شبكة الإنترنت[30]، ويجب أن يتضمن الموقع التجاري الشيء المبيع من حيث مقداره ونوعه وكميته وثمنه، والطريقة التي يتم بها أداء الثمن، وغيرها من المسائل التي يعدها صاحب الموقع ضرورية[31].

الركن المادي– (مكان مجلس العقد الإلكتروني):

اعتبر الفقهاء أن محل مجلس التعاقد بالرسالة أو الكتابة بين غائبين هو محل

(28) د. محمد حسين منصور، المسؤولية الإلكترونية، دار الجامعة الجديدة، 2003، ص67.

(29) د. أسامة بدر، حماية المستهلك، مرجع سابق، ص 179. د. خالد ممدوح، إبرام العقد الإلكتروني، مرجع سابق، ص 248.

(30) د. خالد ممدوح، المرجع السابق، ص 249. «ويتم التعاقد عبر موقع الويب حيث تقوم بعض خوادم الويب «Web» بعرض منتجات وتقديم خدمات لجمهور كبير من المستعملين للإنترنت، فصفحات الويب في هذه الحالة تكون عبارة عن شاشات عرض للمنتجات وتقديم الخدمات أو كاتالوجات يستطيع المستهلك أن يتعاقد معها طبقاً لإجراء محدد هو توريد بعض المعلومات، مثل الاسم، وعنوان البريد الإلكتروني،....إلخ). د. محمود عبد المعطي خيال، الإنترنت وبعض الجوانب القانونية، مرجع سابق، ص135.

(31) سمير عبد السميع، العقد الإلكتروني، مرجع سابق، ص 50.

وصول الإيجاب إلى الموجه إليه الإيجاب، وقد نص على ذلك صراحة فقهاء الأحناف في كتبهم[32].

ويكون محل مجلس العقد الإلكتروني هو محل الاطلاع على العرض الموجه من أحد الأشخاص للتعاقد عبر شبكة الإنترنت، سواء عبر البريد الإلكتروني، أو عبر المواقع التجارية المخصصة لذلك، وسواء كان الإيجاب موجهاً لهذا الشخص بعينه أو لكافة الأشخاص[33].

الفرع الثاني

قبـول التعاقـد

لا يختلف مفهوم القبول الإلكتروني عن المفهوم التقليدي للقبول سوى أنه يتم عبر وسائط إلكترونية من خلال شبكة الإنترنت، فهو قبول عن بُعد، يكون مطابقاً للإيجاب[34].

ففي العقد الإلكتروني عبر الخط يعرض المهني رغبته في التعاقد قاصداً الالتزام، أي يصدر منه إيجاب بات، ثم في أثناء المدة المعينة للصلاحية يكون المستهلك متدبراً أموره بروية ليصدر قبوله الذي من شأن مطابقته للإيجاب أن يتم العقد بمراعاة الضوابط الخاصة التي تفرضها وجود التقنيات الرقمية كوسيط بين طرفين يتعاقدان عن بعد [35].

كما كانت مسألة تحديد مكان انعقاد العقد وزمانه مثاراً للجدل والخلاف بين رجال القانون، وذلك قبل صدور القانون المدني الحالي، وظهرت آراء شتى في هذا الصدد، وهي[36]:

(32) أبو بكر الميرغيناني، الهداية نسخة العناية، "..والكتاب كالخطاب وكذا الإرسال، حتى اعتبر مجلس بلوغ الكتاب وأداء الرسالة.." 6/254.

(33) د. أسامة عبد العليم الشيخ، مجلس العقد وأثره في عقود التجارة الإلكترونية، دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، مرجع سابق، ص 38.

(34) د.خالد ممدوح، إبرام العقد الإلكتروني، مرجع سابق، ص267 . د. أسامة بدر، حماية المستهلك، مرجع سابق، ص 204.

(35) د. أسامة بدر، المرجع السابق.

(36) د.إسماعيل النظرية العامة للالتزام، مرجع سابق، ص120. د.حمدي عبد الرحمن، الوسيط، مرجع سابق، ص 205، 206.

- ما ذهب إليه اتجاه إلى القول: "إن العبرة في انعقاد العقد هي بإعلان القبول، ومعنى ذلك أن العقد يعتبر منعقدا متى أعلن من توجه إليه الإيجاب عن قبوله؛ حيث إنه بهذا الإعلان تلتقي إرادته بإرادة الموجب وتتطابق معها".

ووفقاً لهذا الاتجاه فإن لحظة إبرام العقد الإلكتروني، هي اللحظة التي يحرر فيها الموجه إليه الإيجاب مجرد رسالة إلكترونية تتضمن القبول دون تصديرها وإرسالها، أو هي اللحظة التي يضغط فيها على الأيقونة المخصصة للقبول[37].

- وذهب اتجاه آخر إلى أن العبرة بتصدير القبول وليس بإعلانه؛ لأن مجرد الإعلان لا يجعل منه قبولاً نهائياً ما دام حبيساً في حوزة صاحبه، لذلك يجب حينئذ تصدير القبول، فبمجرد هذا التصدير بإرسال الخطاب الذي يحتويه أو تسليمه لرسول ذهب ليبلغه للموجب أو تسليم البرقية إلى موظف البرق، فإذا تم مثل هذا التصدير يعتبر الإعلان عن القبول نهائياً لا رجعة فيه.

ووفقاً لهذا الاتجاه فإن العقد يُعدُّ مبرماً منذ لحظة خروج الرسالة الإلكترونية المتضمنة قبول الموجه إليه الإيجاب، ودخولها في سيطرة الوسيط الإلكتروني، مقدم خدمة الإنترنت، ولا يشترط حينئذ وصول الرسالة إلى صندوق البريد الإلكتروني الموجود في موقع الموجب على شبكة الإنترنت[38].

- وهناك أيضاً من ذهب إلى أن العبرة في انعقاد العقد هي بتسليم القبول للمرسل إليه، ففي هذا الوقت فقط ينعقد العقد، سواء علم الموجب بالقبول أو لم يعلم؛ لأن التسليم يعتبر قرينة على العلم. وتطبيقاً لذلك في مجال التعاقد الإلكتروني يكون التعاقد منعقداً في لحظة وصول الرسالة أو دخولها إلى صندوق البريد الإلكتروني على جهاز الكمبيوتر الخاص بالموجب، ولو لم يكن الأخير قد فتح صندوق بريده الإلكتروني، أي ولو لم يكن قد علم بمضمون الرسالة، فالعبرة بتسلم القبول، وليس بالعلم به[39].

(37) د. خالد ممدوح، إبرام العقد الإلكتروني، مرجع سابق، ص296. د. محمد حسن قاسم، التعاقد عن بعد «قراءة تحليلية في التجربة الفرنسية، مع إشارة لقواعد القانون الأوروبي»، دار الجامعة الجديدة للنشر والتوزيع، 2005، ص 79.

(38) د. خالد ممدوح، المرجع السابق، ص 297 . د. سمير عبد السميع الأودن، العقد الإلكتروني، مرجع سابق، ص 60، 61.

(39) د. خالد ممدوح، المرجع السابق. د. محمد قاسم، التعاقد عن بعد، مرجع سابق، ص 81. د. سمير عبد السميع، المرجع السابق، ص61.

- وأخيراً ذهب البعض إلى أن العقد ينعقد بالعلم بالقبول، فبغير هذا العلم لا ينتج تعبير القبول أثره القانوني، ويضيف هذا الاتجاه إلى أن وصول القبول إلى من وُجه إليه يعتبر قرينة على العلم إلى أن يثبت صاحب المصلحة العكس.

ووفقاً لهذا الاتجاه فإن العقد الإلكتروني يعد مبرماً عندما يعلم الموجب علماً حقيقياً بالقبول، بأن يفتح صندوق بريده الإلكتروني ويطلع على محتويات الرسالة الإلكترونية للقابل، ويعلم أنه قد قبل بالفعل الإيجاب المعروض عليه[40].

هذا ما ذهب إليه رجال القانون بإيجاز، أما فيما يتعلق بالتقنين المدني، فنرى أن المادة (89) من هذا التقنين قد نصت على أنه: "يتم العقد بمجرد أن يتبادل طرفان التعبير عن إرادتين متطابقتين..."، معبرة باستلزامها تبادل التعبيرين معا على هذا النحو: اعتناق الاتجاه القائل بأن العقد ينعقد بالعلم بالقبول.

وقد فسرت ذلك المادة (91) من ذات القانون فنصت على أن: "ينتج التعبير عن الإرادة أثره في الوقت الذي يتصل فيه بعلم من وجه إليه، ويعتبر وصول التعبير قرينة على العلم به، ما لم يقدم الدليل على عكس ذلك"[41].

كما نصت المادة (97) من ذات القانون على أن: "يعتبر التعاقد ما بين الغائبين قد تم في المكان وفي الزمان اللذين يعلم فيهما الموجب بالقبول، ما لم يوجد اتفاق أو نص قانوني يقضي بغير ذلك.

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

فقد عبَّر المشرِّع بهذين النصين الأخيرين عن اعتناقه لنظرية العلم بالقبول، ومؤدى ذلك بداهة أن القبول بوصفه تعبير عن الإرادة لا يصبح نهائياً إلا في الوقت الذي يستطيع فيه الموجب أن يعلم به، فلا يعتبر التعاقد تاماً إلا في هذا الوقت، وقد جعل المشرِّع في كلا النصين وصول التعبير قرينة على العلم تيسيراً لعبء الإثبات.

(40) د. محمد قاسم، المرجع السابق، ص 82. د. خالد ممدوح، المرجع السابق. سمير عبد السميع، المرجع السابق.

(41) د. أسامة عبد العليم الشيخ، مجلس العقد وأثره في عقود التجارة الإلكترونية– دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، مرجع سابق، ص 47.

والملاحظ: أن المادة (91) قد وضعت القاعدة العامة في هذا الشأن فجعلت التعبير عن الإرادة منتجاً لأثره في الوقت الذي يصل فيه إلى علم من وُجِّه إليه، وجعلت التعبير قرينة على العلم به ما لم يثبت العكس، وهذه القاعدة كما تنطبق على القبول الذي ينعقد به العقد تنطبق على كافة صور التعبير عن الإرادة الأخرى تعاقدية كانت كالإيجاب، أو غير تعاقدية كالإجازة والإبراء.

أما نص المادة (97) فيطبق هذه القاعدة على القبول باعتباره أحد التعبيرين اللذين ينعقد بهما العقد.

وعلى هذا: فإن النص الأخير قد حدد زمان ومكان انعقاد العقد بين الغائبين وذلك في الزمان والمكان اللذين يعلم فيهما الموجب بالقبول.

غير أن هذا الحكم لا يسري إذا انصرفت نية المتعاقدين إلى مخالفته صراحة أو ضمناً، أو حيث يقضي القانون بغير ذلك، كما إذا اتفق المتعاقدان أن العقد لا ينعقد إلا بتسليم الشيء محل التعاقد، أو كان القانون يقضي بهذا الشرط[42].

(42) د. مصطفى الجمال، شرح أحكام القانون المدني (مصادر الالتزام)، 1991، ص 81، 82. د. حمدي عبد الرحمن، الوسيط في شرح القانون المدني، مرجع سابق، ص 206.

المبحث الثاني
تنفيذ العقد الإلكتروني وإثباته

يرتِّب العقد الإلكتروني كغيره من العقود الأخرى التزامات على عاتق كل متعاقد في مواجهة المتعاقد الآخر. وتثير هذه الالتزامات مسألتين: الأولى تتعلق بكيفية تنفيذ طرفي العقد الإلكتروني لالتزاماتهما، والثانية خاصة بإثبات العقد الإلكتروني في حالة ما إذا ثار نزاع حول تنفيذ لهذه الالتزامات، لذا ستتم دراسة كل مسألة في مطلب خاص بها:

المطلب الأول
تنفيذ العقد الإلكتروني

تنقسم العقود الإلكترونية من حيث كيفية تنفيذها إلى نوعين، منها ما يبرم عبر الإنترنت وينفذ خارجها، حيث يشمل هذا النوع العقود التي يكون محلها الأشياء المادية التي يقتضي تسليمها في بيئة مادية، والنوع الآخر من هذه العقود ما يبرم وينفذ عبر شبكات الاتصال ذاتها، حيث يشمل العقود التي يكون محلها الأشياء غير المادية وتقديم الخدمات، ومنها عقود الاشتراك في الإنترنت وعقود الاشتراك في بنوك المعلومات وعقود الإعلانات وغيرها.

وغالباً ما يتم دفع مقابل السلعة أو الخدمة عبر هذه الشبكات أيضاً، لذلك سوف يقتصر حديثنا في هذا المبحث على دراسة التزام المعلن على شبكة الإنترنت بتسليم السلعة أو أداء الخدمة، والتزام المتعاقد معه بدفع الثمن المقابل لها إلكترونيا، فيما يلي:

الفرع الأول
التزام المتعاقد بتسليم السلعة

إن الالتزام بنقل حق عيني يتضمن الالتزام بتسليم الشيء والمحافظة عليه حتى التسليم، ويصدق هذا النص على كل العقود الناقلة لحق عيني، كعقد البيع مثلا[43]،

(43) لا ينطبق هذا الحكم على نقل الحقوق العينية العقارية التي يشترط القانون فيها الشكل الرسمي لانعقاد العقد، وهذا ما لا يمكن تحقيقه في العقود المبرمة بالوسائل الإلكترونية.

ونظراً لأن الالتزام بالتسليم يتفرع عن الالتزام بنقل الملكية، فإن تبعة الهلاك مرتبطة بالتسليم وليس بانتقال الملكية، فالبائع في عقد البيع هو الذي يتحمل تبعة الهلاك الذي يحدث قبل التسليم ولو كانت الملكية قد انتقلت فعلاً إلى المشتري، والمشتري هو الذي يتحمل تبعة الهلاك الذي يحدث بعد التسليم ولو لم تكن الملكية قد انتقلت إليه فعلاً من البائع، ومرد ذلك هو أن الالتزام بالتسليم هو التزام بتحقيق نتيجة وليس فقط الالتزام ببذل عناية، فإذا لم يتم التسليم فعلاً لا يكون البائع قد نفذ التزامه.

في موضوع التسليم:»يلتزم البائع بتسليم الشيء المبيع للمشتري في الحالة التي كان عليها وقت البيع»، وحسب هذه المادة فإن موضوع التسليم هو الشيء المبيع، والذي قد يكون سلعة ذات كيان مادي محسوس، كالمعدات والأجهزة الكهربائية، وقد تكون أشياء ذات كيانات معنوية أو اعتبارية ليس لها وجود مادي ملموس، مثل برامج الكمبيوتر وقواعد البيانات أو القطع الموسيقية وغيرها، فيمكن في هذه الحالة أن يكون التسليم بالوسائل الإلكترونية، بحيث يمكن نقل هذه البيانات أو المعلومات إلكترونياً إلى المتعاقد دون اللجوء إلى الطرق التقليدية في التسليم(44).

وفيما يتعلق بحالة المبيع، ينبغي أن يتم تسليمه على الحالة التي كان عليها وقت البيع، فإذا كانت السلعة ذات كيان مادي وكان المبيع شيئاً معيناً بالذات ينبغي أن يتم تسليمه بذاته، أما إذا كان المبيع معيناً بنوعه فيرجع لاتفاق المتعاقدين على درجة جودة الشيء، فإن لم يتفقا ولم يكن من الممكن استخلاص ذلك من العرف

(44) تكون معظم هذه الأشياء خاضعة لحماية خاصة في القوانين المتعلقة بالملكية الفكرية والصناعية والأدبية، وتجدر الإشارة في هذا الصدد إلى أن مسألة الملكية الفكرية هي واحدة من تحديات التجارة الإلكترونية، وتظهر هذه المشاكل خاصة في العقود الإلكترونية الخاصة برخص المنتجات المباعة والمخزنة داخل النظم التقنية، كجزء من المبيع، وتثور أيضاً مشكلة رخص الملكية الفكرية المغلفة مع المبيع، وكذلك حقوق الملكية الفكرية في ميدان النشر الالكتروني خاصة مع تزايد الاستيلاء على التصاميم التي يستخدمها موقع ما، وحقوق الملكية الفكرية على أسماء المواقع، وعلى ملكية المواقع نفسها، وحقوق الملكية الفكرية بالنسبة للعلامات التجارية للسلع والأسماء التجارية، وكذلك حقوق المؤلفين على محتوى البرمجيات التقنية التي تنزل على الخط أو تسوق عبر مواقع التجارة الإلكترونية، إن كل هذه المشاكل استلزمت مراجعة شاملة للقواعد القانونية الخاصة بالملكية الفكرية وربطها بالأنشطة التجارية الدولية في ميدان البضائع والخدمات. لمزيد من التفصيل: يونس عرب، التجارة الإلكترونية،www.arablaw.org

أو من ظرف آخر يلتزم البائع بتسليم صنف متوسط الجودة.

أما إذا كانت السلعة ذات كيان معنوي كالمعلومات مثلاً، فيشترط فيها أن تكون حديثة وشاملة بحيث يحرص المتعاقد على إضافة كل جديد من المعلومات التي تتعلق بالمجال الذي يهتم به المتعاقد الذي من أجله أقدم على إبرام العقد، من جهة، كما عليه أن يغطي تماماً مجال محل العقد.

فالعقد الذي يكون محله تقديم معلومات خاصة بتطورات قيمة الأسهم في البورصة، يلتزم بموجبه المورِّد بأن يقدم كل المعلومات المتعلقة بهذا المجال وفق آخر التطورات المسجلة. أما فيما يتعلق بمقدار المبيع، فقد عالج المشرِّع حالة نقص المبيع أو الزيادة فيه في المادة (365) من القانون المدني التي تنص على أنه: «إذا عين في عقد البيع مقدار المبيع كان البائع مسؤولاً عما نقص منه بحسب ما يقضي به العرف، غير أنه لا يجوز للمشتري أن يطلب فسخ العقد لنقص في البيع إلا إذا أثبت أن النقص يبلغ من الأهمية درجة لو كان يعلمها المشتري لما أتم البيع. وبالعكس إذا تبيَّن أن قدر الشيء المبيع يزيد على ما ذكر بالعقد، وكان الثمن مقدراً بحسب الوحدة وجب على المشتري إذا كان المبيع غير قابل للتقسيم أن يدفع ثمناً زائداً إلا إذا كانت الزيادة فاحشة، وفي هذه الحالة يجوز له أن يطلب فسخ العقد، كل هذا ما لم يوجد اتفاق يخالفه».

أما عن كيفية التسليم في العقود الإلكترونية فيتم بوضع المبيع تحت تصرف المتعاقد بحيث يتمكن من حيازته والانتفاع به دون عائق ولو لم يتسلمه تسليماً مادياً، ما دام البائع قد أخبره بأنه مستعد لتسليمه، وغالباً ما يتم ذلك عبر البريد، ومن المتصور هنا أن تحدث بعض الصعوبات التي قد تتسبب في تأخر التسليم.

الملاحظ بالنسبة للعقود المبرمة عن طريق الإنترنت أن تسليم الأشياء ذات الطابع المعنوي يتم بقيام البائع بتمكين المشتري من تحميل برامج الكمبيوتر محل العقد مثلاً على القرص الصلب الخاص به، أو قيامه بعرض الفيلم الذي يريد المتعاقد مشاهدته على شبكة الإنترنت، بحيث يتمكن هذا الأخير من مشاهدته[45].

(45) نص العقد النموذجي على ضرورة تحديد كيفية التسليم، وإذا ما كان سيتم عن طريق البريد، أو بواسطة وسيلة نقل أو على الخط أو الشبكة نفسها.
Caractéristiques essentielles des bien et services offerts – Mode de livraison، livraison =

أما زمان التسليم، فقد ترك القانون الحرية للمتعاقدين في تحديد زمان التسليم، فقد يكون ذلك فور إبرام العقد، أو بعد إبرامه في أجل معين أو في آجال متتالية، فإذا لم يوجد اتفاق على زمان التسليم، فيجب أن يتم التسليم فور الانتهاء من إبرام العقد، ويمكن أن يتأخر التسليم بعض الوقت بحسب ما يقضي به العرف وطبيعة المبيع(46).

وبخصوص مكان التسليم، فإذا وجب تصدير المبيع إلى المشتري فلا يتم التسليم إلا إذا وصل إليه ما لم يوجد اتفاق يخالف ذلك، فطبقاً لهذا النص فإن التسليم يتم حيث يوجد موطن البائع طبقاً للقواعد العامة، ويترتب على ذلك أن تبعة الهلاك أثناء الطريق تكون على البائع وليس على المشتري لأن التسليم لم يتم بعد(47)، ويمكن أن يتم التسليم بالنسبة للعقود التي يكون محلها شيئاً معنوياً في صندوق البريد الإلكتروني، كمن يشتري كتاباً أو مقالاً أو قطعة موسيقية ويتم الاتفاق على أن التسليم يكون عن طريق تحميلها أو إرسالها في شكل إلكتروني. وتكون نفقات تسليم المبيع على البائع في الأصل إلا إذا اتفق الطرفان على خلاف ذلك.

فإذا أخل البائع بالتزامه بتسليم المبيع وفقاً لما اتفق عليه، يجوز للمشتري أن يطلب

= d'un bien par envoi postal ou via un moyen de transport، livraison d'un bien ou service en ligne en temps réel ou non".

Voir Michel Vivant، Op. cit، annexe 1 contrat type de commerce électronique commerçant– consommateur (chambre de commerce et d'industrie de Paris)

د.أسامة أبو الحسن مجاهد، المرجع السابق، ص 103..

(46) ضرورة تحديد تاريخ التسليم ويقترح أن يتم مثلا خلال 30 يوماً، وإلا جاز إنهاء العقد ورد المبالغ المدفوعة.

Livraison، – date limite de livraison؛

– livraison dans les 30 jours، à peine de résiliation du contrat et du remboursement des sommes versées، sachant que la livraison peut aussi être effectuée en ligne، en temps réel ou non، pour les produits de type logiciel ou base de données".

Voir Michel Vivant، Op. cit، annexe 1 contrat type de commerce électronique commerçant– consommateur (chambre de commerce et d'industrie de Paris)

د.أسامة أبو الحسن مجاهد، المرجع السابق، ص 103..

(47) لذا حرصت العقود المتداولة على تنظيم هذه المسألة فنص البند 12 عقد Infonie على أن: «يتم تسليم السلع في موطنك أو في أي عنوان آخر تختاره في الإقليم الفرنسي وتذكره في طلبك، ولن تتحمل أية نفقات من أجل التسليم بخلاف نفقات التصدير المذكورة سالفا».

د.أسامة أبو الحسن مجاهد، المرجع السابق، ص101 و102.

فسخ البيع مع التعويض عن الضرر الذي لحقه جراء ذلك، كما يستطيع أن يطالب البائع بالتنفيذ العيني[48]، والذي يثير بدوره صعوبات كبيرة كون المتعاقدين عادة ما تفصل بينهما مسافات بعيدة.

الفرع الثاني

التزام المتعاقد بتقديم الخدمة

هناك العديد من الخدمات التي تقدم على شبكة الإنترنت ومن ذلك على سبيل المثال تقديم الاستشارات القانونية من قبل المحامين، أو الاشتراك في بنوك المعلومات، ويلاحظ أن هذا الالتزام غالبا ما يكون مستمراً لفترة من الزمن، فعقد الاشتراك مثلاً في قواعد المعلومات عبر شبكة الإنترنت لا يمكن تنفيذه في لحظة واحدة بل يكون تنفيذه متتابعاً على فترات زمنية مستمرة[49]، وتتطلب مثل هذه العقود تعاون الزبون والمورِّد قصد الاستعلام لتلقي النصائح الفنية التي تمكنه من الحصول على أفضل خدمة يحتاج إليها، ومثال ذلك أن ينصح المتعاقد الزبون بشراء المعدات اللازمة لإجراء عملية البحث في بنك المعلومات التي تسهل حدوث الاتصال والتفاعل بينه وبين بنك المعلومات، ومن الأمثلة أيضاً إعداد الزبون فنياً عن طريق بث دورات تعليمية من خلال شبكة الإنترنت.

وكقاعدة عامة فإن التزام المورِّد بأداء خدمة هو التزام بتحقيق نتيجة ما لم يتضح من نصوص العقد وطبيعة الالتزام أن الأمر يتعلق ببذل عناية، لذا لا يستطيع المورِّد التخلص من المسؤولية إلا بإثبات السبب الأجنبي المتمثل في القوة القاهرة، أو خطأ الغير أو خطأ المضرور.

(48) نص العقد النموذجي الفرنسي للتجارة الإلكترونية في الفقرة 8 من البند 4 منه على ضرورة تحديد ضمانات وخدمات ما بعد البيع، كما كرر ذلك في البند 12 بعنوان الضمانات وخدمة ما بعد البيع، وذلك بالنص على ضرورة تحديد كيفية تقديم خدمة ما بعد البيع، وذكر الضمانات التجارية والقانونية والاتفاقية تحديداً.

Garanties et services après–vente، –modalités de services après–vente et mention précise des garanties commerciales légales et contractuelles".

Voir Michel Vivant، Op.cit، annexe 1 contrat type de commerce électronique commerçant– consommateur (chambre de commerce et d'industrie de Paris)

أسامة أبو الحسن مجاهد، المرجع السابق، ص 107 و108.

(49) د.فاروق محمد أحمد الأباصيري، المرجع السابق، ص87 وما يليها.

المطلب الثاني
الالتزام بالوفاء إلكترونياً

يترتب عن التزام المنتج أو المورِّد بتسليم السلعة أو بتقديم الخدمة، التزام المشتري أو الزبون بأداء ثمن مقابل السلعة أو مقابل الخدمة، وتكون وسائل الدفع التي يعتمد عليها هذا الأخير سائلة كالنقود الورقية أو المعدنية أو التي تحل محلها من وسائل أخرى كالشيكات، غير أن الطابع المادي لهذه الوسائل لا يصلح لتسهيل التعامل الذي يتم في بيئة غير مادية كالعقود الإلكترونية التي تتم في شبكة الإنترنت حيث تزول المعاملات الورقية، ومن هنا كان لابد من البحث من وسيلة سداد تتفق مع طبيعة التجارة الإلكترونية التي تتم عبر الإنترنت، ومن هنا ظهر ما يسمى بأنظمة الدفع والسداد الإلكتروني[50].

الفرع الأول
خصائص الدفع الإلكتروني

يتميز الدفع الإلكتروني بعدة خصائص من حيث طبيعته، ومن حيث الجهة التي تقوم على خدمة الدفع الإلكتروني، ومن حيث وسائل الأمان الفنية، وسيتم التطرق إلى هذه الخصائص عبر الفقرات التالية:

أولاً- من حيث طبيعته:

يتميز الدفع الإلكتروني بأنه من بين وسائل الوفاء التي تتم عن بعد، ويكون ذلك بإعطاء أمر الدفع عبر شبكة الإنترنت وفقاً لمعطيات الكترونية تسمح بالاتصال المباشر بين طرفي العقد، وبهذه الصفة يعد الدفع الإلكتروني وسيلة فعالة لتنفيذ الالتزام بالوفاء في العقود الإلكترونية التي تقتضي تباعد أطراف العقد، حيث يغيب التقاءهم المادي على مائدة مفاوضات واحدة[51].

(50) د. فاروق محمد أحمد الأباصيري، المرجع السابق، ص97 و98.
(51) د. فاروق محمد أحمد الأباصيري، المرجع السابق، ص 100.

ثانياً – من حيث الجهة التي تقوم على خدمة الدفع الإلكتروني:

إن وجود نظام دفع الإلكتروني لتسوية المعاملات التي تتم عبر شبكة الإنترنت يستلزم توافر شروط قانونية وفنية تتمثل فيما يلي:

- – توفير بيئة تشريعية ملائمة تقر وتنظم أحكام الدفع الإلكتروني (في القانون التجاري والمصرفي).
- – توفير نظام مصرفي لإتمام عمليات الدفع وتسهيلها، ويتوقف ذلك على توفير الأجهزة التي تقوم بإدارة مثل هذه العمليات.
- – توفير الإمكانيات الفنية والتقنية لتسهيل هذه العمليات[52].

وبتوافر هذه الشروط يصبح بإمكان المتعاقد أن يوفي بالتزاماته عن بعد من دون اللجوء إلى الوسائل المادية، وقد كانت أنظمة الدفع الإلكتروني في بدايتها تعتمد على اتصال المتعاقد بحسابه لدى البنك، عن طريق موقعه على شبكة الإنترنت إذ يمكنه الدخول إليه وإجراء ما تتيحه له الخدمة، إلا أن هذا النمط تطور مع شيوع الإنترنت إذ أمكن للزبون الدخول من خلال الاشتراك العام عبر الإنترنت، عن طريق فكرة الخدمة المالية عن بعد أو ما يسمى بالبنوك الإلكترونية[53] التي تعرف بأنها: «تلك الأنظمة التي تتيح للزبون الوصول إلى حسابه وأي معلومات يريدها، والحصول على مختلف الخدمات والمنتجات المصرفية من خلال شبكة المعلومات تربط بها جهات الحاسوب الخاص به أو أية وسيلة أخرى»، فالبنوك الإلكترونية بمعناها الحديث ليست مجرد فرع لبنك قائم يقدم خدمات مالية وحسب، بل هي

(52) تشير الإحصائيات في الجزائر أن 80 % من التعاملات التجارية تتم نقداً، وهذا راجع على تخوف البنوك من نظام الدفع الإلكتروني، إذ إن أقل من 250 ألف شخص من بين 10 ملايين مالك لحساب يملك بطاقة للدفع فقط، وهو عدد قليل بالمقارنة مع الدول المجاورة، في حين وصلت فيه الدول المتقدمة إلى تخفيض نسبة استعمال النقد إلى 20 % وهي نسبة في انخفاض مستمر. مداخلة د. يايسي فريد في الملتقى المنظم بمركز تطوير التكنولوجيات الحديثة بالتعاون مع الشركة الكندية لمحطات الدفع الإلكتروني المباشر– الجزائر في 2005/12/14، جريدة الخبر الصادرة يوم 15 ديسمبر 2005، ص 6.

(53) استخدم تعبير البنوك الإلكترونية (Electronic Banque) أو بنوك الإنترنيت كتعبير متطور وشامل للمفاهيم التي ظهرت مع مطلع التسعينات كمفهوم الخدمات المالية عن بعد، أو البنوك الإلكترونية عن بعد، أو البنوك المنزلية أو البنوك على الخط. يونس عرب، أنظمة الدفع والسداد الالكتروني www.arablaw.org

مواقع مالية تجارية شاملة لها وجود على الخط والشبكة، ويلاحظ أن الشبكة التي يتم من خلالها الدفع الإلكتروني يمكن أن يكون الاتصال بها مقتصراً على أطراف العقد Mono–fournisseur وهنا يفترض تواجد معاملات وعلاقات تجارية ومالية سلفاً بين الأطراف، غير أن هذه الطريقة تستلزم عدم قصر إدارة الدفع الإلكتروني عن طريق البنوك، بل كذلك عن طريق المؤسسات الخاصة الأخرى التي يتم إنشاؤها لهذا الغرض أو من خلال شبكة عامة حيث يتم التعامل بين أشخاص لا تربطهم رابطة من قبل Multi–fournisseur وتتم هذه الشبكة سواء كانت الجهة التي تقوم بإدارة الدفع الإلكتروني خاصة أو عامة[54].

ثالثاً – من حيث وسائل الأمان الفنية:

بما أن الدفع الإلكتروني يتم من خلال فضاء معلوماتي مفتوح، فإن فرصة السطو على رقم البطاقة أثناء الدفع الإلكتروني تكون قائمة، وهذا الخطر متواجد عند الدفع الإلكتروني بغير الإنترنت، وأكثر حدوثاً على شبكة الإنترنت باعتبارها فضاءً مفتوحاً لكل الأشخاص من كل البلدان، ويكون ذلك باختراق البيانات المتواجدة في الشبكة واستخدامها إضراراً بصاحب البطاقة، ومن أجل تفادي هذا الخطر، فان الدفع الإلكتروني يكون مصحوباً بوسائل أمان فنية من شأنها أن تحدد المدين الذي يقوم بالدفع، والدائن الذي يستفيد منه، فيتم بطريقة مشفرة باستعمال برنامج معد لهذا الغرض بحيث لا يظهر الرقم البنكي على شبكة الويب Web، كما يتم عمل أرشيف للمبالغ التي يتم السحب عليها، مما يسهل الرجوع إليه، ولتفادي تداول البيانات على الشبكة تم ابتكار نظام للوفاء يقوم على فكرة الأجهزة الوسيطة بإدارة عمليات الدفع لحساب المتعاقدين، وذلك بتسوية الديون والحقوق الناشئة عن التصرفات المختلفة التي تبرم بينهما.

وهذا من شأنه توفير الثقة بين أطراف التعامل ويضمن فعاليتها الأكيدة كوسيلة من وسائل الدفع التي تيسر التجارة الإلكترونية[55].

(54) د. فاروق محمد أحمد الأباصيري، المرجع السابق، ص 101.
(55) د. فاروق محمد أحمد الأباصيري، المرجع السابق، ص 102.

الفرع الثاني
أنواع الدفع الإلكتروني

يمكن للمتعاقد من خلال شبكة الانترنت أن يقوم بالوفاء بمقابل ما قد تلقَّاه من المورِّد مستخدماً إما الطرق التقليدية للوفاء في العقود التي تتم بين غائبين، أو طرق الوفاء المباشرة وذلك من خلال شبكة اتصال لاسلكية متحدة عبر الكمبيوتر Télématique[56]، وهذا ما يعرف بالدفع الإلكتروني، ولهذا الأخير عدة طرق أهمها:

أولاً – الدفع عن طريق التحويل الإلكتروني:

هذه الطريقة تتم بتحويل مبلغ معين من حساب المدين إلى حساب الدائن Télé–virement، دون اللجوء إلى استعمال بطاقات الدفع. فالعملية تتم بطريقة مباشرة عبر الشبكة الإلكترونية، حيث إن أمر الدفع تملكه الجهة التي تقوم على إدارة عملية الدفع الإلكتروني، ومن أمثلتها استعمال الوسائط الإلكترونية المصرفية، التي يستطيع بموجبها الزبون أن يطلب من البنك تحويل مبلغ من المال إلى رصيد البائع مقابل الخدمة أو السلعة التي اشتراها عبر الإنترنت، حيث يتم الاتصال بالبنك بواسطة الهاتف (الهاتف المصرفي)[57].

ثانياً – الدفع بالبطاقات المصرفية Télépaiement par carte:

تعرف البطاقة المصرفية بأنها: «عبارة عن بطاقات بلاستيكية (Plastic money) ممغنطة تصدرها البنوك لصالح زبائنها بدلاً من حمل النقود، ويستطيع حاملها

(56) أشار العقد النموذجي الفرنسي للتجارة الإلكترونية في بنده العاشر بعنوان «الوفاء»، إلى جواز الوفاء بطرق ثلاث، فإما أن يتم الوفاء فوراً ببطاقة مصرفية Paiement immédiat par carte bancaire، وإما أن يتم الوفاء فوراً بواسطة حافظة نقود الكترونية Paiement par porte–monnaie électronique rechargeable، وإما أن يؤجل الوفاء لحين التسليم Paiement différé à livraison.
Voir، Miche Vivant،Op،cit

(57) هناك خدمة ظهرت حديثاً وهي شراء السلع والخدمات وإضافة ثمنها على فاتورة الهاتف النقال.
د.محمد أمين الرومي، المرجع السابق، ص 142. يونس عرب، البنوك الخلوية، التجارة الخلوية، المعطيات الخلوية، ثورة جديدة تنبئ بانطلاق عصر ما بعد المعلومات.www.arablaw.org
Voiraussi، ThibaultVerbiest، commerce électronique par téléphone mobil (m–commerce)، un cadre juridique mal défini، www.droit–technologie.org.

أن يحصل على ما يحتاجه من سلع وخدمات دون أن يضطر إلى الوفاء بثمنها فوراً نقداً، أو بشيكات»[58]، فبإمكانه إرسال رقم البطاقة البنكية عن طريق البريد الإلكتروني أو من خلال فاكس أو إرسال البيانات المتعلقة بحسابه البنكي مما يمكن المورِّد من اقتطاع الثمن من حساب العميل البنكية، غير أن هذه الوسائل لا تخلو من بعض المخاطر تتمثل خاصة في تسليم رقم البطاقة على الشبكة دون تشفير أو اتخاذ الاحتياطيات التي تضمن سريته، وأهم هذه البطاقات ما يلي:

1 – بطاقات الوفاء carte de payement:

تخول هذه البطاقة لحاملها السداد مقابل مشترياته من سلع وخدمات، حيث يتم تحويل ذلك المقابل من حسابه إلى حساب التاجر، ولا تعد هذه البطاقات ائتمانية إنما تحمل تعهداً من البنك مصدر البطاقة بتسوية الدين بين حامل البطاقة والتاجر، وإن كان هناك رصيد دائن لحامل البطاقة.

2 – بطاقة الائتمان Carte de crédit:

تخوِّل هذه البطاقة لحاملها الحق في الحصول على تسهيل ائتماني من مصدر هذه البطاقة لحاملها، حيث يقدمها للتاجر ويحصل بموجبها على السلع والخدمات، تسدد قيمتها من الجهة مصدرة البطاقة، ويجب على حاملها سداد القيمة للجهة المصدرة خلال الأجل المتفق عليه، وبذلك تمنح حاملها أجلاً حقيقياً وهو ذلك الأجل الذي اتفق على السداد خلاله مع الجهة مصدرة البطاقة.

والجهات المصدرة لهذه البطاقة تحصل على الفوائد مقابل توفير اعتماد لحاملها، ولذلك هذه البطاقات أداة ائتمان حقيقية، فضلا عن كونها أداة للوفاء. غير أن البنوك لا تمنح هذه البطاقة إلا بعد التأكد من ملاءة الزبون، أو الحصول منه على ضمانات عينية أو شخصية كافية[59].

(58) د.محمد أمين الرومي، المرجع السابق، ص 130.

(59) ذهب جانب من فقهاء القانون المدني إلى أن هذه البطاقة تشبه ذات النظم القانونية التي تحكم حوالة الدين أو الحق، أو تلك التي تحكم الاشتراط لمصلحة الغير، وهي نوع من الكفالة أو الوكالة، وانتهى هذا الرأي إلى أنها ليست نظاماً من هذه الأنظمة لكن لها الطبيعة الخاصة بها والتي يجب البحث عليها وتأهيلها في ضوء النصوص المتاحة والتشريعات المقترحة. ومن أمثلة هذه البطاقات carte passe chez carrefour، Visa، Master card، Access. لمزيد من المعلومات راجع: د. عبد الفتاح بيومي حجازي، المرجع السابق، ص 114 و 115. و د.محمد أمين الرومي، المرجع السابق، ص 138 و139.

3 – بطاقات الشيكات chèque garante card:

تصدر البنوك هذا النوع من البطاقات لزبائنها من حاملي الشيكات، ويضمن البنك بمقتضى هذه البطاقات الوفاء في حدود معينة بقيمة الشيك الذي يصدره حاملها، وعليه يتعين على حامل البطاقة عند سحب الشيك لأحد التجار إبراز البطاقة وتدوين رقمها على ظهر الشيك وعلى التاجر أن يتحقق من طبيعة البيانات المدونة على البطاقة مع البيانات المدونة على الشيك(60).

ثالثاً– الدفع بالنقود الإلكترونية Monnaie électronique:

يصطلح على تسميتها أيضاً بالنقود الرقمية أو الرمزية أو النقود القيمية (Cybermonnaie – E–mony) وتعرف بأنها: «سلسلة الأرقام التي تعبِّر عن قيم معينة تصدرها البنوك التقليدية أو البنوك الافتراضية لمودعيها، ويحصل هؤلاء عليها في صورة نبضات bits كهرومغناطيسية على بطاقة ذكية أو على الهاردرايف ويستخدمها هؤلاء لتسوية معاملاتهم التي تتم عن طريقه»(61)، ولقد تم ابتكار هذه الطريقة في الوفاء نتيجة للعيوب التي ظهرت على طريقة الدفع بواسطة البطاقات المصرفية، وترتكز هذه التقنية على تجميع وحدات

(60) وبذلك تختلف عن الشيك الإلكتروني أو الشيك الافتراضي Chèque virtuel، الذي هو عبارة عن "بيانات يرسلها المشتري إلى البائع عن طريق البريد الإلكتروني المؤمَّن، تتضمن البيانات التي يحتويها الشيك البنكي من تحديد مبلغ الشيك واسم المستفيد واسم من أصدر الشيك وتوقيع مصدره"، ويعتمد هذا النوع من الشيكات على وجود وسيط بين المتعاملين (ويطلق عليه جهة التخليص)، ويتم استخدام هذا الشيك في عمليات الوفاء بأن يقوم كل من البائع والمشتري بفتح حساب لدى بنك محدد، ويقوم المشتري بتحرير الشيك الإلكتروني وتوقيعه إلكترونياً، وبهذه العملية يندمج التوقيع في الشيك ويصبح كل منهما شيئاً واحداً لا يمكن الفصل بينهما
Voir، Dr. Djamel Djoudi، Op، cit P06.

(61) د. فاروق محمد أحمد الأباصيري، المرجع السابق، ص 105.

وفي هذا الإطار يقول الأستاذ جمال جودي ما يلي:

=« cette monnaie، encore controversée repose en fait sur un mécanisme de prépaiement. Il ne s'agit pas d'unités monétaires liquides et fongibles mais d'un substitut électronique des pièces et billets، stocké sur un support électronique tel qu'une carte à puce ou une mémoire d'ordinateur. Mais quel qu'en soit le support de stockage' la monnaie électronique n'est pas constituée des signes monétaires' scripturaux ou fiduciaires' en contrepartie desquels on l'émet. En réalité' il s'agit d'unités de conversion qui circulent de compte à compte' selon le schéma d'une opération carte en monnaie scripturale »

Voir، Dr Djamel Djoudi، Op،cit،P07.

قيمية في أداة مستقلة عن الحسابات المصرفية، وتتمثل في فكرتي حافظة النقود الإلكترونية portemonnaie électronique (PME)وحافظة النقود الافتراضية portemonnaie virtuel (PMV)، اذ يتم شحنهما مسبقا بوحدات لها قيمة مالية عن طريق البنك، ويتم تسجيل هذا الرصيد المالي في بطاقة خاصة في حالة حافظة النقود الإلكترونية، أو على القرص الصلب لجهاز الحاسوب الخاص بمستعمل الشبكة في حالة النقود الافتراضية(62)، وبهذه الطريقة يستطيع الزبون أن يشتري أي سلعة أو خدمة على شبكة الإنترنت عن طريق إصدار أمر إلى الكمبيوتر الخاص به بدفع قيمة مشترياته بالنقود الإلكترونية المسجلة على القرص الصلب للكمبيوتر الخاص به، وذلك دون أن يعلم البائع أو البنك شخصية الزبون، وبمجرد إصدار الأمر للكمبيوتر بدفع ثمن المشتريات بالنقود الإلكترونية للبائع يتم نقل العملات الإلكترونية من خلال البنك المصدر لها ويقوم بتحميلها على الكمبيوتر الخاص بالبائع، ويستطيع البائع بعد ذلك أن يحول النقود الإلكترونية التي أضيفت إلى حسابه إلى نقود حقيقية عن طريق البنك.

(62) على الرغم مما تقدمه فكرة النقود الإلكترونية أو الافتراضية من تيسير للتجارة عبر الإنترنيت، فان هذه التقنية لا تخلو من المخاطر، فمن ناحية فان حائز هذه النقود الإلكترونية ليس في مأمن من حادث فني يترتب عليه مسح ذاكرة جهازه، وهنا سوف يفقده كل نقوده الموجودة بحافظة النقود الإلكترونية دون رجعة، ومن ناحية أخرى فإنه في حالة إفلاس من أصدر هذه النقود الإلكترونية، فإن العميل يتعرض لخطر عدم استرداد قيمة الوحدات التي لم يستعملها بعد، كما يتعرض التاجر لخطر عدم استيفاء الوحدات التي حولها له العميل. د. أسامة أبو الحسن مجاهد، المرجع السابق، ص100 و101.

المبحث الثالث

إثبات العقد الإلكتروني

إن التطور التقني لوسائل الاتصال الحديثة وتقنيات المعلومات أتاح التعامل بنوع جديد من الدعامات، وخلق نوعاً جديداً من الكتابة والتوقيع اللذين أصبحا يتمَّان إلكترونياً، حيث يتم تبادل رسائل البيانات وإبرام العقود عبر شبكات اتصالات، وتحميلها على دعامات غير ورقية داخل أجهزة الكمبيوتر وخارجها مصحوبة بتوقيع إلكتروني لصاحب الرسالة عن طريق التشفير، مما جعل الكتابة الخطية بصورتها التقليدية ليست هي الوسيلة الوحيد في الإثبات بل أصبح يعتد أيضاً بالكتابات التي تكون على دعامات غير ورقية مادامت هذه التقنيات تسمح بحفظ الكتابة وقراءتها.

المطلب الأول

الكتابة في الشكل الإلكتروني وحجيتها في الإثبات

نتطرق في هذا المطلب إلى تحديد مفهوم الكتابة في الشكل الإلكتروني ثم دراسة القوة الثبوتية لهذه الكتابة.

الفرع الأول

تحديد مفهوم الكتابة في الشكل الإلكتروني

نتعرض أولاً إلى التعريف الجديد للكتابة الذي جاء به القانون المدني، ثم نتطرق ثانياً إلى خصائص هذا التعريف.

الفقرة الأولى- تعريف الكتابة:

أورد المشرِّع تعريفاً للكتابة بالنص على أنها: «ينتج الإثبات بالكتابة من تسلسل حروف وأوصاف وأرقام وأية علامات أو رموز ذات معنى مفهوم مهما كانت الوسيلة التي تتضمنها، وكذا طرق إرسالها»(63).

(63) استعمل المشرِّع في تعريف الكتابة عبارة «أيا كانت الوسيلة التي تتضمنها» والصحيح هو «أيا كانت الدعامة التي تتضمنها» حسب الترجمة الفرنسية للنص، quels que soient leur support....،

فالمقصود بالكتابة في الشكل الإلكتروني حسب هذا النص[64]، ذلك التسلسل في الحروف أو الأوصاف أو الأرقام أو أية علامات أو رموز ذات معنى مفهوم، المكتوبة على دعامة إلكترونية ومهما كانت طرق إرسالها، ومثال ذلك تلك المعلومات والبيانات التي تحتويها الأقراص الصلبة أو المرنة، أو تلك التي يتم كتابتها بواسطة الكمبيوتر وإرسالها أو نشرها على شبكة الإنترنت.

وبالتالي فإن المشرِّع عرَّف الكتابة التي يمكن استعمالها كوسيلة إثبات للتصرفات القانونية بصفة عامة، والتصرفات الإلكترونية بصفة خاصة، وذلك لتفادي الجدل الذي قد يثور حول الاعتراف بالكتابة الإلكترونية كدليل إثبات، كون الكتابة بمفهومها «التقليدي» مرتبطة بشكل وثيق بالدعامة المادية أو الورقة، إلى درجة عدم إمكانية الفصل بينهما، وبالتالي لم يكن القانون يعترف بالكتابة المدونة على دعامة إلكترونية افتراضية، والتي لا تترك أثراً مادياً مدوناً له نفس الأثر المكتوب على الورق في الإثبات.

الفقرة الثانية – خصائص التعريف الجديد للكتابة:

- إن مفهوم الكتابة قابل للتوسع، ذلك أن صياغتها بالنص على أنه: «ينتج الإثبات بالكتابة من تسلسل حروف أو أرقام أو أي علامات أو رموز ذات معنى مفهوم مهما كانت الوسيلة التي تتضمنها»، يفهم منه أن المشرِّع يعتد لإثبات التصرفات القانونية بأي دعامة كانت عليها الكتابة سواء كانت على الورق أو على القرص المضغوط أو على القرص المرن، ويتسع المفهوم إلى كل الدعائم التي يمكن أن تسفر عنها التطورات التكنولوجية في المستقبل، وهذا المبدأ الذي أخذ به المشرِّع في بعض البلدان العربية في عدم التفرقة بين

(64) واستعمل المشرِّع أيضا مصطلح الكتابة في الشكل الإلكتروني وليس الكتابة الإلكترونية، كون شكل الكتابة هو الذي تغير وليس طبيعتها.

في هذا الشأن يقول Eric Caprioli

«Nous préférons également l'expression écrit sous forme électronique à celle d'écrit électronique car ce ne sont que les formes de l'écrit qui changent et non sa nature، s'il peut exister plusieurs formes de preuve littérale، les écrits، à condition qu'ils remplissent les exigences fixées par le législateur sont de même nature et d'une force probante équivalente».

Voir Eric Caprioli، le juge et la preuve électronique، réflexion sur le projet de loi portant adaptation de la preuve aux technologies de l'information et relatif à la signature électronique، www.caprioli–avocats.com.

الدعامات الإلكترونية سماه الفقيه كابريولي بـ: «Principe de neutralité technique et de non–discrimination à l'encontre d'un support ou d'un média»[65].

- ويعتد المشرِّع أيضاً في مفهوم الكتابة بأية وسيلة من وسائل نقلها، فيشمل بذلك تعريف الكتابة في الشكل الإلكتروني التي تكون منقولة عن طريق اليد، والتي تكون منقولة على شبكات الاتصال المختلفة.
- اشتراط المشرِّع أن تكون هذه الكتابة مفهومة signification intelligible وبالتالي يجب أن تكون هذه الأحرف أو الأشكال أو الإشارات أو الرموز أو الأرقام لها دلالة قابلة للإدراك وللقراءة، والمقصود بذلك أنه لو كان هذا التتابع للعلامات أو الرموز، وبمعنى آخر هذا المحتوى المعلوماتي للكتابة المعبر عنها في الشكل الإلكتروني مشفراً بحيث لا يمكن إدراك معاينته من قبل الإنسان بل من قبل الحاسوب فقط فإن هذه الكتابة لا تصح لتكون دليل إثبات، لأنه لا يمكن للقاضي إدراك محتواها في حالة النزاع[66].

من خلال هذه الخصائص يتضح أن هذا المفهوم الجديد للكتابة كما يقول القاضي كمال العياري: «أدخلت مسحة من التطور على مفهوم الكتابة مما آل إلى التخلي عن التعريف التقليدي المرتكز على المفهوم الورقي والمادي، فالاعتراف بالكتابة في الشكل الإلكتروني قد أدى في الحقيقة إلى تقويض ثنائية المحتوى والوعاء (contenu –support)، التي كانت تشكل إحدى أهم خصائص الكتابة التقليدية، ولكن الفصل بين مضمون الكتابة والشكل الذي ترد فيه يثير مسألة الثقة في هذا النوع من الكتابة، ويصيب قيمتها القانونية بالنقصان»[67]، فالكتابة في الشكل الإلكتروني على خلاف الكتابة التقليدية معرَّضة للتبديل وللتحوير اللاحق مما يمس قوتها الثبوتية، الشيء الذي جعل المشرِّع يحيطها بعدة ضمانات نتطرق إليها ضمن الفرع الثاني المخصص للقوة الثبوتية للكتابة في الشكل الإلكتروني.

(65) وهو نفس المبدأ الذي كرسه قانون الأمم المتحدة للتجارة الإلكترونية CNUCDCI في القانون المدني الفرنسي في مادته 1316، المرجع السابق. Eric Caprioli

(66) Eric Caprioli، المرجع السابق.

(67) كمال العياري، التطور العلمي وقانون الإثبات، ورقة عمل مقدمة في الندوة العالمية حول الإثبات باستعمال وسائل المعلوماتية والتكنولوجية الحديثة، بالمركز العربي للبحوث القانونية والقضائية، 6–8 يناير 2003، بيروت، لبنان.

الفرع الثاني

القوة الثبوتية للكتابة في الشكل الإلكتروني

يعتبر الإثبات بالكتابة في الشكل الإلكتروني كالإثبات بالكتابة على الورق، بشرط إمكانية التأكد من هوية الشخص الذي أصدرها أن تكون معدة ومحفوظة في ظروف تضمن سلامتها. ولقد أسس المشرِّع من خلال هذا النص مبدأ التعادل الوظيفي L'équivalent fonctionnel [68] بين الكتابة في الشكل الإلكتروني والكتابة على الدعامة الورقية. غير أنه لم يأخذ به على إطلاقه بل قيده بشرطين هما:

- إمكانية التأكد من هوية الشخص الذي صدرت عنه هذه الكتابة.
- أن تكون مُعدَّة ومحفوظة في ظروف تضمن سلامتها.

وفي هذا الفرع سنتناول بالدراسة المبدأ الذي جاء به المشرِّع الجزائري ضمن الفقرة الأولى، والشروط المقيدة له في الفقرة الثانية؛

الفقرة الأولى- مبدأ التعادل الوظيفي بين الكتابة في الشكل الإلكتروني والكتابة على الورق:

اعترف القانون بالكتابة الإلكترونية في إثبات التصرفات والعقود من جهة، وجعلها معادلة في حجيتها للوثيقة المخطوطة على دعامة ورقية، أي لهما نفس الأثر والفعالية من حيث حجية وصحة الإثبات، لكن السؤال الذي يطرح في هذا الصدد حول نوع الكتابة التي يمكن أن تعادل في حجيتها الكتابة في الشكل الإلكتروني؟، وبمعنى آخر هل يمكن إثبات التصرفات والعقود التي يتطلب القانون في إثباتها الكتابة الرسمية بالكتابة في الشكل الإلكتروني؟

إن موقع المادة (1-1316) من القانون المدني الفرنسي المتعلقة بتعريف الكتابة الواردة ضمن الباب المخصص بإثبات الالتزام، وتحديداً في الفصل الأول الخاص بالإثبات بالكتابة قد أثار جدلاً فقهياً، خاصة في فرنسا عما إذا كانت الكتابة في

(68) وهو نفس المبدأ الذي كرسه القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية في المادة السادسة منه التي تنص: «عندما يشترط أن تكون المعلومات مكتوبة، تستوفي رسالة البيانات ذلك الشرط إذا تيسر الإطلاع على البيانات الواردة فيها على نحو يتيح استخدامها بالرجوع إليها لاحقا». أنظر المادة (1-1316) من القانون المدني الفرنسي التي تقابل المادة (323 مكرر 1) من القانون المدني، والمادة (7) من قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية الأردني.

صورتها الحديثة في الشكل الإلكتروني، تعادل في حجيتها حجية الكتابة الرسمية، وبالتالي يمكن من خلالها إثبات عكس التصرفات والعقود المثبتة بكتابة رسمية.

فقد انقسم الفقه حول هذه المسألة إلى فريقين، ذهب جانب منه في تفسير أحكام هذه المادة إلى أن نطاقها يتسع ليشمل الكتابة التي تكون في الشكل الرسمي، نظراً لعمومية تعريف الكتابة الواردة بنص المادة (1316) من القانون المدني الفرنسي، وموقعها ضمن قواعد الإثبات في مقدمة الفصل الخاص بالإثبات بالكتابة من جهة أخرى، وبالتالي بإمكانها معادلة الكتابة الرسمية في الإثبات[69].

بينما ذهب الفريق الثاني للقول بأن هذا التدخل التشريعي يجب أن يحصر مجال إعماله في العقود العرفية، وبالتالي فإن الكتابة التي تكون في الشكل الإلكتروني لا يمكن لها أن تكون إلا عرفية، كون المشرِّع أراد حماية رضا المتعاقدين عندما اشترط إثبات بعض العقود بالكتابة الرسمية التي يشترط لصحتها حضور الضابط العمومي وتوقيعه، وهذا الأخير هو الذي يمنحها رسميتها، والذي لا يمكن حضوره إذا ما تعلق الأمر بالكتابة في الشكل الإلكتروني[70].

وإننا نميل إلى الرأي الثاني في عدم قابلية إثبات التصرفات والعقود التي يشترط فيها المشرِّع لإثباتها الكتابة الرسمية، كون القانون يشترط حضور الضابط العمومي والحضور المادي لأطراف العقد أمامه لصحته[71]، ويقول القاضي العياري في هذا الشأن: «في الحقيقة يعود هذا الاحتراز إلى أن المشرِّع مازال محتفظاً ببعض الخشية إزاء هذه المعاملات، ولا يروم الجزم ضمن منظومة لم تستكمل بعد فترة التجربة»[72]، وتطبيقاً لذلك فإن الأحكام المتعلقة بالكتابة العرفية هي التي تطبق على الكتابة التي تكون في الشكل الإلكتروني، لذا يمكن إثبات العقود والتصرفات القانونية التي تفوق قيمتها مائة ألف دينار بالكتابة المبرمة في الشكل الإلكتروني، ولا يمكن معارضة الكتابة في الشكل الإلكتروني بشهادة الشهود،

(69) د. محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص107.

(70) Eric Caprioli، Op.cit..

(71) وقد حسم الأمر في فرنسا في ما يخص هذه الإشكالية بصدور المرسومين اللذين يسمحان بإبرام العقود التي تتطلب الكتابة الرسمية في الشكل الإلكتروني

Décret n° 2005–972 modifiant le décret n° 56–222 relatif au statut des huissiers de justice.

Décret n° 2005–973 modifiant le décret n° 71–941 relatif aux actes établis par les notaires.

Marlene Trezeguet، Op cit..

(72) القاضي، كمال العياري، المرجع السابق.

غير أن اليمين الحاسمة قد تقوِّض الدليل الثابت بالكتابة في الشكل العرفي.

الفقرة الثانية– شروط قبول الكتابة في الشكل الإلكتروني كدليل إثبات:

وضع المشرِّع شرطين لقبول الكتابة في الشكل الالكتروني للإثبات، وهما، إمكانية التأكد من هوية الشخص الذي أصدرها، وأن تكون مُعدَّة ومحفوظة في ظروف تضمن سلامتها، وسبب وضع المشرِّع لهذين الشرطين[73] يرجع إلى طبيعة المحيط الذي تتم فيه المعاملات الإلكترونية كونه محيط افتراضي وليس محسوساً virtuel et dématérialisé، مما يفرض عوائق ناتجة عن طبيعة المحيط نفسه وهي:

- صعوبة التعرف على هوية الطرف الآخر في العلاقات العقدية.
- اصطدام استخراج الكتابة في الشكل الإلكتروني من ذاكرة الحامل ببعض العوائق التقنية.
- إمكانية تعرض الكتابة الإلكترونية للتغيير من دون أن يترك هذا التبديل أثراً محسوساً.

وسنتطرق للشرطين المذكورين أعلاه فيما يلي:

أولاً– إمكانية التأكد من هوية الشخص الذي أصدرها:

إن التعاقد الإلكتروني، لاسيما الذي يتم عن طريق الإنترنت يثير مسألة هامة تتعلق بإمكانية تأكد المتعاقد من هوية المتعاقد معه، أي وثوقه من أن الشخص الذي يخاطبه هو فعلاً ذلك الذي قدم له اسمه وعنوان بريده الإلكتروني، وغير ذلك من المعلومات، وقد يمتد هذا الإشكال في حالة المنازعة حول حجية هذا العقد، فما الذي يضمن للقاضي أن الوثيقة الإلكترونية المقدمة له كدليل إثبات صادرة أو متعلقة بهذا الشخص أو ذاك، وتُعد هذه الإشكاليات من بين أهم الإشكاليات التي تواجه العقود الإلكترونية.

في هذا المجال حاول المختصون إيجاد بعض الحلول التقنية لهذه الإشكالية باستعمال وسائل تعريف الشخصية عبر كلمة السر أو الأرقام السرية، و كذا

(73) وهو نفس المبدأ والشروط التي أخذت بها معظم التشريعات التي اعترفت صراحة بالإثبات بالكتابة في الشكل الإلكتروني.

وسائل التشفير أو ما يعرف بوسيلة المفتاح العام والمفتاح الخاص، ووسائل التعريف البيولوجية للمستخدم، كبصمات الأصابع المنقولة رقمياً أو تناظرياً وسمات الصوت أو حدقات العين أو غيرها.

وهي وسائل أريد منها ضمان تأكيد الاتصال من جهة، وإثبات هوية الشخص الذي أصدر الوثيقة الإلكترونية من جهة أخرى، لكن تأكد بعد تجربتها أن لكل منها ثغرات أمنية ولذلك تعد غير كافية.

وهذا ما استدعى اللجوء إلى فكرة الشخص الوسيط بالعلاقة العقدية أو ما يسمى Prestataire de service de certification أو Autoritésسلطات الموثوقية وهي عبارة عن شركات ناشطة في ميدان خدماتcertification électronique التقنية تقدم شهادات تتضمن تأكيداً بأن الطلب أو الجواب قد صدر من الموقع المعني، وتحدد تاريخ صدور الطلب أو الجواب، وحتى تضمن هذه الجهات تأكيد شخصية المخاطب، تستعمل تقنيات التعرف على الشخص بدءاً بكلمة السر وانتهاء بتقنيات التشفير(74).

وقد أخذت معظم التشريعات التي اعترفت بحجية الكتابة في الشكل الإلكتروني في الإثبات بهذه الوسيلة للتأكد من هوية الشخص الذي صدر منه الإيجاب أو القبول، ومنها القانون الفرنسي الذي أنشأ ما يسمى بهيئة خدمات التصديق وكذلك القانون التونسي الذي أنشأ ما،prestataire de service de certification يسمى بجهات المصادقة وسماها الوكالة الوطنية للمصادقة الإلكترونية(75).

ثانياً – أن تكون مُعَدَّةٌ ومحفوظةٌ في ظروف تضمن سلامتها:

مع تطور التقنيات الإلكترونية وتحركها المستمر أصبح من الصعب ضمان الوجود المستمر للوسائط الإلكترونية اللازمة لقراءة السند الإلكتروني المنظم منذ مدة وفقاً لتقنيات قديمة، كما أن السندات الإلكترونية هي عملياً معرضة للتلف بعد مدة، حتى ولو حفظت في شروط ملائمة، وهنا وجه الاختلاف بين السند المادي والسند الإلكتروني، فالأول يمكن إعادة إنشائه من الأصل عندما تغيب

(74) يونس عرب، حجية الإثبات بالمستخرجات الإلكترونية www.arablaw.org

(75) عبد الفتاح بيومي حجازي، المرجع السابق، 128 وما يليها.

Décret n° 2001–272 du 30 Mars 2001 pris pour l'application de l'article 1316–4 du code civil et relatif à la signature électronique. J' n° 77 du 31 Mars 2001 page 2070. www.journal–officiel.gouv.fr..

الورقة، بينما التغيب يمحي السند الإلكتروني كلياً، فمشكلة الحفظ تساوى فيها السند الإلكتروني والسند الرسمي، ولذلك أوجب المشرِّع ضرورة حفظ الوثيقة الإلكترونية من أجل الحفاظ على حقوق الأفراد الذين يتعاملون بها أو من كان لهم حقوق ثابتة بها.

ويمكن حفظ الوثيقة الإلكترونية على حامل إلكتروني، ويسمى الوسيط أيضاً، وهو وسيلة قابلة لتخزين وحفظ واسترجاع المعلومات بطريقة إلكترونية كأن تحفظ في ذاكرة الحاسب الآلي نفسه في أسطواناته الصلبة Disques Durs أو على الموقع في شبكة الإنترنت أو على شبكة داخلية تخص صاحب الشأن، وقد تتمثل في قرص مدمج CD–ROM أو قرص مرن Disquette informatique، أو قرص فيديو رقمي DVD.

ويتعين حسب الفقه أن يتوافر في الحامل الإلكتروني الذي تحفظ عليه الوثيقة الإلكترونية خصائص معينة تتعلق بهذه الرسالة أو الوثيقة وهي:

- إمكانية الاطلاع على الوثيقة الإلكترونية طيلة مدة صلاحيتها وذلك أن هذه الوثيقة تماماً كالوثيقة المكتوبة، لها فترة صلاحية، وطالما فقدت هذه الصلاحية يكون من المتعذر استرجاع البيانات المدونة بها والاستفادة منها، وهذا ما يقتضي أن يكون للحامل صفة القابلية للاستمرار durable support [76].
- حفظ الوثيقة الإلكترونية في شكلها النهائي طوال مدة صلاحيتها، بحيث يمكن الرجوع دائما لهذا الشكل النهائي عند الحاجة إليها.
- يتعين كذلك حفظ المعلومات المتعلقة بالجهة التي صدرت عنها الوثيقة الإلكترونية سواء كان شخصاً طبيعياً أو اعتبارياً، وكذلك الجهة المرسلة إليها.

(76) لذلك فقد استثنى التوجيه الأوروبي رقم 97–07 المتعلق بحماية المستهلك في العقود المبرمة عن بعد مواقع الإنترنيت من الدعامات القابلة للاستمرار كونها دعامة تفتقر إلى هذه الخاصية، فيما عدا تلك التي تستجيب للمعايير المبينة بشأن تعريف الدعامة التي لها قابلية للاستمرار، وهو التعريف الذي جاءت به المادة (2) من هذا التوجيه بقولها: «كل أداة تسمح للمستهلك بتخزين المعلومات التي توجه إليه شخصياً على نحو يمكن معه الرجوع إليها بسهولة مستقبلاً خلال فترة زمنية تتلاءم مع الأغراض التي من أجلها تم توجيه هذه المعلومات، وتسمح بإعادة نسخ هذه المعلومات نسخة مطابقة لتلك التي تم تخزينها. د. محمد حسن قاسم، مرجع سابق، ص 48،49.

- حفظ المعلومات المتعلقة بتاريخ ومكان إرسال الوثيقة واستقبالها، وذلك لأن هذه المعلومات ترتب آثاراً قانونية في حق طرفي الرسالة أو الوثيقة متى تعلقت بعقد من العقود الإلكترونية، إذ يمكن عن طريق هذه البيانات تحديد مكان وزمان انعقاد العقد، وما إذا كان طرفا العقد قد جمعهما مجلس عقد واحد أم لا، والتوصل إلى معلومات تتعلق بسداد الثمن أو الأجرة وكيفية ذلك ومكانه، ولاشك أن كل هذه الأمور من العناصر الجوهرية في التعاقد بالطرق الإلكترونية، لأن الهدف النهائي هو الحفاظ على حقوق الأطراف وحقوق كل من له علاقة بهذه الوثيقة.

وفي القانون المقارن نلاحظ أن المشرِّع التونسي قد فرض التزامات إضافية تتعلق بحفظ الوثيقة الإلكترونية وهي:

- التزام المرسل بحفظ الوثيقة الإلكترونية في ذات الشكل الذي أرسلها به، حتى تكون حجة عليه متى تعلق حق للغير بهذه الوثيقة، فإذا ادعى خلاف ذلك، كانت الصورة المسلمة إليه، حجة عليه وحجة للطرف الآخر الذي يتمسك ضده بهذه الوثيقة الإلكترونية[77].

ونشير في الأخير إلى أن تخزين أدلة الإثبات في الآلات وعبر المواقع المؤقتة التي يمكن أن لا تتمتع بصفة الدوام والاستقرار جعل الفقيه Caprioli يقترح إنشاء جهات ثالثة تضمن سلامة الوثائق الإلكترونية من التبديد والتحريف أو يسمى بـ «Service d'archivage أو Tiers Archiveur»، فتخزين المعلومات في الكومبيوتر الخاص بأحد المتعاقدين يمكن أن يعرضها للتبديل أو التحريف كون هذا الجهاز يخضع لإرادة و إشراف وتوجيهات مستعمليه، وإذا كان هذا الكمبيوتر يؤدي مهمته تنفيذا للتعليمات ولإيعاز الشخص الذي يخزنها فإنه يقال بأن هذه المعلومات التي سوف تقدم كدليل إثبات يمكن أن تكون من صنع هذا المستعمل، فهي إذن صادرة عنه وبالتالي لا يجوز له أن يحتج بها كدليل إثبات، تطبيقا لمبدأ عدم جواز اصطناع الشخص دليلاً لنفسه، ومن هنا تظهر القيمة القانونية لوجود الوسيط لحفظ هذه الوثائق[78].

(77) د. عبد الفتاح بيومي حجازي، مرجع السابق ص 149.

(78) وأكد القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية CNUDCI في مادته (03) إمكانية اللجوء إلى شخص ثالث كوسيلة لإضفاء الجدية على الوثيقة الإلكترونية، إلا أنه أشار إلى بعض الشروط =

المطلب الثاني

التوقيع الإلكتروني

لا تُعد الكتابة سواء كانت في الشكل الإلكتروني أو على دعامة مادية دليلاً كاملاً في الإثبات إلا إذا كانت موقَّعة، فالتوقيع هو العنصر الثاني من عناصر الدليل الكتابي المُعد أصلاً للإثبات، وهو شرط أساسي لصحة الوثيقة سواء كانت إلكترونية أو ورقية.

لذا نص المشرِّع على أنه: «يعتبر العقد العرفي صادراً ممن كتبه أو وقعه أو وضع عليه بصمة أصبعه ما لم ينكر صراحة ما هو منسوب إليه، أما ورثته أو خلفه فلا يطلب منهم الإنكار ويكفي أن يحلفوا يمينا بأنهم لا يعلمون أن الخط أو الإمضاء أو البصمة هو لمن تلقوا منه هذا الحق.

وبذلك يكون المشرِّع قد اعترف صراحة بالتوقيع الإلكتروني استكمالاً لاعترافه بحجية الكتابة في الشكل الإلكتروني، وذلك تماشياً مع إفرازات عهد المعلومات الذي أدخل وسائل حديثة في إبرام العقود والتوقيع عليها إلكترونياً.

الفرع الأول

تحديد مفهوم التوقيع الإلكتروني

في هذا الفرع، نتطرق إلى تعريف التوقيع الإلكتروني وبيان الخصائص التي تميزه عن التوقيع العادي ثم بيان أنواعه في النقاط التالية:

= التي يجب توافرها عند حفظ الوثيقة الإلكترونية وهي:

– تيسر الاطلاع على المعلومات الواردة فيها على نحو يتيح الجوع إليها لاحقاً.

– الاحتفاظ برسالة البيانات بالشكل الذي أنشأت أو أرسلت أو استلمت به، أو بشكل يمكن إثبات أنه يمثل بدقة المعلومات التي أنشأت أو أرسلت أو استلمت.

– الاحتفاظ بالمعلومات، إن وجدت، التي تمكن من استبانة رسالة البيانات وجهة وصولها وتاريخ ووقت استلامها ووصولها

Eric Caprioli، Op cit. وكذلك، د. سامي بديع منصور، الإثبات الإلكتروني في القانون اللبناني معاناة قاض، الجديد في أعمال المصارف من الوجهتين القانونية والاقتصادية، أعمال المؤتمر العلمي السنوي لكلية الحقوق – جامعة بيروت العربية، الجزء الأول، الجديد في التقنيات المصرفية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، طبعة 2004، ص343.

الفقرة الأولى- تعريف التوقيع الإلكتروني:

لم يعرِّف المشرِّع التوقيع الإلكتروني، غير أنه بالرجوع إلى التعريفات التي تم اعتمادها من قبل القوانين المقارنة والفقه، نجدها اهتمت إما بالوسائل التي يتم بها التوقيع، وإما بالوظائف والأدوار التي يضطلع بها التوقيع، ومنها من يجمع بين الوظائف والأدوار في نفس الوقت.

فلجنة التجارة الدولية التابعة للأمم المتحدة عرَّفته بأنه: «مجموعة أرقام تمثل توقيعاً على رسالة معينة «، يتحقق هذا التوقيع من خلال إتباع بعض الإجراءات الحسابية المرتبطة بمفتاح رقمي خاص بالشخص المرسل، ومن ثمة فإنه بالضغط على هذه الأرقام الخاصة بمستخدم الإنترنت، يتكون التوقيع الإلكتروني، ويمكن أن يتم تحديد هذه الأرقام الخاصة من خلال اتفاقيات جماعية لمستخدمي الإنترنت في المعاملات التجارية، أو من خلال عقد مبرم بين الطرفين يحدد الرقم السري الخاص بكليهما، بحيث إن اقتران الرسالة المرسلة بهذه الأرقام، يستطيع الشخص أن يحدد شخصية المتعاقد الذي أرسل الرسالة، وهذا يعني إمكانية تعدد التوقيع الإلكتروني، بتعدد المعاملات التي يقوم بها الشخص[79].

وعرفه المشرِّع الفرنسي في المادة (4-1316) من القانون المدني بأنه: «التوقيع الضروري لإكمال التصرف القانوني، والتعريف بهوية صاحبه، والمعبر عن رضا الأطراف بالالتزامات الناشئه عنه»[80].

كما أوردت التعليمة الأوروبية المؤرخة في 13 ديسمبر 1999 في المادة (2) منه تعريفاً للتوقيع الإلكتروني بأنه عبارة عن: «معلومات أو معطيات في شكل إلكتروني، ترتبط أو تتصل منطقياً بمعطيات إلكترونية أخرى وتستخدم كوسيلة لإقرارها»[81].

(79) د. فاروق محمد أحمد الأباصيري، المرجع السابق، ص 82.

(80) L'article 13164- du code civil français stipule que، «la signature nécessaire à la perfection d'un acte juridique identifie celui qui l'appose، elle manifeste le consentement des parties aux obligations qui découlent de cet acte».

محمد بودالي، التوقيع الإلكتروني، مجلة الإدارة، العدد رقم 2، لسنة 2003، ص 55..

(81) une donnée sous forme électronique qui est jointe ou liée logiquement à d'autre données électroniques et qui serre de méthode d'authentification»

محمد بودالي، نفس المرجع السابق، ص 55..

ومن التعاريف التي اقترحها الفقهاء التعريف القائل بأن التوقيع الإلكتروني هو: «إتباع مجموعة من الإجراءات أو الوسائل التقنية التي يتاح استخدامها عن طريق الرمز أو الأرقام أو الشفرات، بقصد إخراج علامة مميزة لصاحب الرسالة التي نقلت إلكترونيا»[82].

ويرى الباحث أن التوقيع الإلكتروني هو أحد الطرق التي يمكن أن يتفق عليها الطرفان من خلال الوسائل الإلكترونية العديدة والمتطورة بحيث يكون هذا التوقيع عبارة عن رموز سرية سواء كانت أحرفاً أو أرقاماً أو كليهما معاً.

الفقرة الثانية – خصائص التوقيع الإلكتروني:

كما هو واضح من خلال هذه التعاريف فإن التوقيع الإلكتروني يتميز عن التوقيع التقليدي من خلال خصائصه التي نوردها فيما يلي:

- إن التوقيع الإلكتروني، وعلى العكس من التوقيع الكتابي لا يقتصر على الإمضاء أو بصمة الأصابع بل يشمل صوراً لا يمكن حصرها منها الحروف والأرقام والصور والرموز والإشارات وحتى الأصوات، كل ذلك بشرط أن يكون لها طابع فردي، يسمح بتمييز الشخص صاحب التوقيع وتحديد هويته، وإظهار رغبته في إقرار العمل القانوني والرضا بمضمونه، فالتوقيع الإلكتروني على رسالة ما أو وثيقة هو عبارة عن بيانات متجزئة من الرسالة ذاتها (جزء صغير من البيانات) يجرى تشفيره[83] وإرساله مع الرسالة، بحيث

(82) د. عبد الفتح بيومي الحجازي، المرجع السابق، ص 72.

(83) يرتبط التوقيع الإلكتروني بالتشفير ارتباطاً عضوياً، فالتشفير هو عملية لتغيير البيانات بحيث لا يمكن قراءتها إلا من قبل الشخص المستخدم وحده باستخدام مفتاح فك التشفير.
والطريقة الشائعة للتشفير تتمثل في وجود مفتاحين، المفتاح العام وهو معروف للعامة، ومفتاح خاص يتوفر فقط لدى الشخص الذي أنشأه، ويمكن بهذه الطريقة لأي شخص يملك المفتاح العام أن يرسل الرسالة المشفرة، ولكن لا يستطيع أن يفك شفرتها إلا الشخص الذي لديه المفتاح الخاص.
ويجب في هذا الصدد عدم الخلط بين التوقيع الإلكتروني، وبين تشفير الرسالة الإلكترونية chiffrement du message، فصحيح أن كليهما يقوم على عملية حسابية يتم من خلالها تشفير مضمون التوقيع أو الرسالة، ولكن هناك فرق؛ وهو أن تشفير الرسالة يشملها بأكملها، في حين أن التشفير في التوقيع الإلكتروني يقتصر فقط على التوقيع دون بقية الرسالة، بحيث إنه يمكن أن يكون مرتبطاً برسالة غير مشفرة.
Voir: Eric Caprioli، Op cit.
وأيضاً فاروق محمد الأباصيري، المرجع السابق، ص 82 و83.

يتم التيقن من صحة صدور الرسالة من الشخص عند فك التشفير، وانطباق محتوى التوقيع على الرسالة[84].

- إن التوقيع الإلكتروني يتميز بأنه لا يتم عبر وسيط مادي، أي دعامة ورقية، بحيث تذيل به الكتابة، كما هو الحال بالنسبة للتوقيع الكتابي، وإنما يتم كلياً أو جزئياً عبر وسيط إلكتروني من خلال أجهزة الكمبيوتر، أو عبر الإنترنت، بحيث يكون بإمكان أطراف العقد الاتصال ببعضهم البعض والإطلاع على وثائق العقد، والتفاوض بشأن شروطه وإفراغ هذا العقد في محررات إلكترونية، وأخيراً التوقيع عليها إلكترونياً[85].

- لزوم تدخل طرف ثالث Tiers de confiance الذي يقوم بدور الوسيط بين أطراف العقد، حيث استلزمت ضرورة الأمن القانوني وجوب استخدام تقنية آمنة في التوقيع الإلكتروني تسمح بالتعرف على شخصية الموقع[86]، وسوف يتم تفصيل هذه الخاصية عند معالجة حجية التوقيع الإلكتروني.

الفقرة الثالثة– أنواع التوقيع الإلكتروني:

للتوقيع الإلكتروني صورتان شائعتان إحداهما التوقيع الرقمي وآخر بيومتري.

أولاً– التوقيع الرقمي La signature numérique:

يطلق عليه أيضاً اسم التوقيع الكودي Key based signature، تقوم هذه التقنية بتزويد الوثيقة الإلكترونية بتوقيع مشفَّر يمكنه تحديد الشخص الذي قام بتوقيعها والوقت الذي قام فيه بتوقيعها، ومعلومات أخرى خاصة بصاحب التوقيع.

ثم يسجل التوقيع الرقمي بشكل رسمي عند جهات تعرف بسلطات التوثيق Autorités de certification [87]، ويتم هذا التوقيع بوجود مفتاحين، مفتاح عام وهو معروف للكافة، ومفتاح خاص يتوفر فقط لدى الشخص الذي أنشأه، ويمكن بهذه الطريقة لأي شخص يملك المفتاح العام أن يرسل الرسائل المشفرة، ولكن لا

(84) يونس عرب، المرجع السابق.
(85) محمد بودالي، المرجع السابق، ص 57.
(86) محمد بودالي، المرجع السابق، ص 57 وEric Caprioli، Op cit..
(87) د. يونس عرب، المرجع السابق.

يستطيع أن يفك شفرة الرسالة إلا الشخص الذي لديه المفتاح الخاص، ويستخدم هذا النظام خاصة في التعاملات البنكية، وأوضح مثال على ذلك بطاقة الائتمان التي تتضمن رقماً سرياً لا يعرفه إلا الزبون، الذي يدخل بطاقته في آلة السحب، عندما يطلب الاستعلام عن حسابه أو يبدي رغبته في صرف جزء من رصيده.

ويمكن تلخيص مزايا هذا التوقيع في الآتي:

- أنه يؤدي إلى إقرار المعلومات التي يتضمنها السند أو التي يهدف إليها صاحب التوقيع.
- يسمح بإبرام العقود عن بعد، وذلك دون حضور المتعاقدين جسدياً في ذات المكان، الأمر الذي يساعد في ضمان وتنمية التجارة الإلكترونية.
- هو وسيلة مأمونة لتحديد هوية الشخص الذي قام بالتوقيع.

أما أكبر سلبية من سلبيات التوقيع الرقمي فتتمثل في أن احتمال تعرض الرقم السري أو الكودي للسرقة أو الضياع أو التقليد، مما يجعل صاحبه ملزماً بسرية رقمه، وفي حالة تسرب الرقم للآخرين فيعد هو المسؤول عن الآثار المترتبة على ذلك طالما أنه لم يراع قواعد الحيطة والحذر، إلا إذا قام بالإبلاغ عن سرقته أو فقدانه إلى سلطات التوثيقَ أو البنك.

ثانياً – التوقيع البيومتري Signature biométriques:

يعتمد التوقيع البيومتري على تحديد نمط خاص تتحرك به يد الشخص الموقع أثناء التوقيع، إذ يتم توصيل قلم إلكتروني بجهاز كمبيوتر، ويقوم الشخص بالتوقيع باستخدام هذا القلم الذي يسجل حركات يد الشخص أثناء التوقيع كسمة مميزة له، آخذا في الاعتبار بأن لكل شخص سلوكاً معيناً أثناء التوقيع((88)).

ويتم التحقق من صحة هذا التوقيع، عن طريق قيام نفس البرنامج، الذي تم التوقيع بواسطته، بفك رموز الشفرة البيومترية، ومقارنة المعلومات مع التوقيع المخزن، ثم إرسالها إلى برنامج كمبيوتر الذي يعطي الإشارة فيما إن كان التوقيع صحيحا أم لا(89).

(88) د.يونس عرب، المرجع السابق.
(89) د. عبد الفتاح بيومي حجازي، المرجع السابق، ص 99.

الفرع الثاني
حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات

هناك بعض التشريعات التي ساوت في الحجية بين التوقيع التقليدي والتوقيع الإلكتروني، وهو ما يسمى بالتعادل الوظيفي بين التوقيع التقليدي والتوقيع الإلكتروني، أي أن التوقيع الإلكتروني يمكن أن يقوم بذات الوظائف التي يقوم بها التوقيع الخطي من حيث تحديد هوية صاحبه وإقراره بمضمون التعامل الذي استخدم هذا التوقيع في إنجازه(90).

في نفس الوقت أحال المشرِّع على الشروط المنصوص للاعتداد بهذا التوقيع وهي:

- إمكانية التأكد من هوية الشخص الذي أصدره.
- أن يكون معداً ومحفوظاً في ظروف تضمن سلامته.

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

وفي غياب نص تنظيمي للمسألة، تظل مشكلة تحديد الشخص الذي يصدر عنه هذا التوقيع قائمة في كيفية تعيين المتعاقد حتى مع وجود التوقيع الإلكتروني، وفي هذا الصدد تظهر أهمية تحديد هذا التوقيع من خلال شخص آخر يسمى بهيئة الإقرار Autorité certificatrice، والتي تقدم خدمة التصديق prestataire de service de certification، أو غير الموثق Tiers certificateur ou Authentificateur، وهذا يعني ضرورة إنشاء هذه الوظيفة بالنسبة للمعاملات التي تتم من خلال شبكة الإنترنت، وهذه الجهة الموثقة أو هذا الشخص المصدق يجب أن يقدم وثيقة إلى مستخدم الإنترنت في إبرام العقود تتضمن اسمه، عنوانه، وإذا كان شخص معنوياً يتم تحديد سلطاته، ورقمه السري، وهذه الشهادة تحمل التوقيع الإلكتروني للجهة الصادرة عنها، وهذا من شأنه أن يؤكد العلاقة بين الشخص والرسالة الإلكترونية الصادرة عنه، وإن بث الرسالة مقترنة بهذه الإجراءات المكونة للتوقيع الإلكتروني يؤكد نسبتها لشخص محدد من جهة، وأنه لم يحدث تلاعب أو تحريف أو تعديل

(90) د.سامي بديع منصور، المرجع السابق،ص 365.

في الرسالة من جهة أخرى، وهذا من شأنه إضفاء نوع من الثقة في التعامل الذي يتم من خلال شبكة الإنترنت، إذ يضمن للمستقبل سلامة المعلومات المرسلة من الطرف الآخر كما صدرت عنه تماما دون تحريف ناتج عن تدخل شخص آخر على الشبكة، وفي سبيل إضفاء الثقة على هذه الوسيلة يجب على هذه الهيئة أن تخلق لديها نظاماً رقمياً خاصاً بالتوقيع الإلكتروني بما يمنع الخلط بين مستخدمي الإنترنت وكذلك خلق أرشيف إلكتروني، يتضمن التوقيعات الإلكترونية الصادرة عنها[91].

هذا وقد أقرَّت أغلب التشريعات التي اعترفت بالتوقيع الإلكتروني في إثبات التصرفات القانونية مجموعة من الضوابط الصارمة، وتدخلت الدولة في هذا الخصوص بإنشاء هيئة عامة يناط بها مهمة التوثيق بما يؤدي إلى نوع من التنظيم الرسمي لاستخدام الإنترنت في المعاملات التجارية وإبرام العقود بصفة عامة، وبالتالي إضفاء نوع من الثقة على التعامل الذي يتم عبر شبكة الإنترنت[92].

(91) د. فاروق محمد أحمد الأباصيري، المرجع السابق، ص 83 وما يليها. و Eric Caprioli، Op Cit..

(92) وفي هذا الإطار أصدر المشرِّع الفرنسي مرسوماً تنظيمياً يحدد كيفية تطبيق المادة (1316–4) من القانون المدني الذي أنشأ هيئة التوثيق، ونظم هذه المهنة بشكل دقيق، وأحاط بالجوانب التقنية للتوقيع الإلكتروني.

Décret n° 2001–272 du 30 Mars 2001 pris pour l'application de l'article 1316–4 du code civil et relatif à la signature électronique، J' n° 77 du 31 Mars 2001 page 2070. www.journal–officiel.gouv.fr..

الخاتمة:

من خلال ما سبق يمكن القول إن العقد الإلكتروني نشأ في ظل ظهور شبكة الإنترنت من خلال تطور التجارة الإلكترونية حيث أصبحت الإنترنت من أهم الوسائل التي يتم من خلالها إبرام العقود الإلكترونية، نتيجة لانتشار التجارة الإلكترونية التي مرت بعدة مراحل حيث بدأت في بداية الأمر في صورة مواقع إعلانية يتم من خلالها التعرف على نشاط المنشأة ومنتجاتها، ثم تقدمت إلى أن أصبحت المنشآت التجارية تقوم بنشر المعلومات عن النشاط التجاري لها، وكي تجذب العملاء كانت تحتوي على الصور والرسومات الخاصة بالمنتجات، ثم تطورت تلك التجارة إلى أن أصبحت تقوم بإتمام عمليات البيع والشراء عن طريق شبكة الانترنت وذلك نتيجة لاستخدام التقنيات الحديثة التي سهلت على العميل الدفع عن طريق الإنترنت، ولذا تم تعريف العقد الإلكتروني بأنه الاتفاق الذي يتلاقى فيه القبول بالإيجاب على شبكة الانترنت ويختلف عن العقد التقليدي إذ إن له خصائص مختلفة عنه، حيث أن هذا العقد ينتمي لزمرة العقود المبرمة عن بعد حيث يتم انعقاده بوسائط الكترونية دون تواجد مادي للأطراف، حيث إن إثباته يتم بطرق تختلف كثيراً عن العقد التقليدي.

ويتم انعقاد العقد الإلكتروني بتراضي طرفيه، ويتوقف وجود التراضي على تلاقي التعبير عن إرادتين متطابقتين بصدور إيجاب التعاقد وقبول لهذا الإيجاب بإحدى طرق التعبير، وتتحقق صحة العقد الإلكتروني بتحقق صحة أركانه، المحل والسبب والرضا والأهلية التي تنتظم بذات إطار القواعد العامة المنظمة للعقد التقليدي مع بعض الخصوصية لهذه الأركان.

أما الإيجاب الإلكتروني فلا يختلف في جوهره عن الإيجاب التقليدي سوى بالوسيلة المستخدمة للتعبير عنه فقط، وتبرز أهمية التفرقة بين الإيجاب والدعوة إلى التفاوض في تحديد ما إذا كان بالإمكان الرجوع عن الإيجاب، حيث أن اقتران الإيجاب بقبول يؤدي إلى انعقاد العقد ولا يتمكن الموجب من الرجوع عن إيجابه، وهناك شروط للإيجاب الإلكتروني منها أنه يجب أن يكون موضحاً وموجهاً إلى شخص بعينه أو أشخاص معينين وأن يكون باتاً ومحدداً تحديداً كافياً، أما القبول الإلكتروني فله طرق خاصة تتماشى مع طبيعة العقود الإلكترونية ويمكن أن يكون صراحة أو ضمناً أما السكون فلا يعتبر قبولاً.

النتائج:

مما سبق يستنتج الباحث ما يلي :

1- يعتبر العقد الإلكتروني من ضمن العقود المبرمة عن بعد، وبالتالي يخضع في تنظيمه للأحكام الواردة في النظرية العامة للعقد، ويختلف عن العقد التقليدي في الوسيلة التي يتم من خلالها إبرامه كونه ينعقد دون حضور مادي لطرفيه حيث لا يجمعهما مجلس واحد، ولم يضع له المشرِّع في قوانين المعاملات الإلكترونية محل البحث تنظيماً خاصاً به.

2- يقوم العقد الإلكتروني على ذات الأركان العامة للعقد التقليدي وهي: المحل والسبب والرضا والأهلية.

3- هناك مشكلة في صعوبة التأكد من أهلية الأطراف المتعاقدة في التعاقد عبر الانترنت لعدم وجود التقاء فعلي حقيقي، وتعتبر نظرية الوضع الظاهر الحل الأفضل لهذه المشكلة، كما قد تساهم مرحلة التفاوض في الحل.

4- التعبير عن الإرادة بواسطة الإنترنت يتم بوسيلة الكترونية عبر رسائل البيانات الإلكترونية وللأطراف حرية الاتفاق بتعزيزها برسالة مكتوبة.

5- لا يوجد للإيجاب الإلكتروني تعريف خاص به في قوانين المعاملات الإلكترونية فهو لا يختلف في مضمونة عن الإيجاب التقليدي إلا في الوسيلة الإلكترونية المستخدمة للتعبير عنه، ويمكن أن يصنَّف الإيجاب عبر الإنترنت بالإيجاب العام كما هو عليه الحال بالنسبة لشبكة المواقع، والإيجاب الخاص كما هو الحال عبر البريد الإلكتروني والمحادثة مع المشاهدة المرئية.

6- الأصل في الإيجاب عدم قوته الملزمة، ويمكن للموجب العدول عن إيجابه في العقد الإلكتروني بشرط إعلان رغبته في العدول قبل وصول الإيجاب إلى الموجب إليه، كذلك حال اقترانه بمدة محددة ضمناً أو صراحة.

7- في العقد الإلكتروني لابد من التزام المتعاقد بتسليم السلعة، فإذا أخل البائع

بتسليم المبيع وفقاً لما اتفق عليه، يجوز للمشتري أن يطلب فسخ البيع مع التعويض عن الضرر الذي لحقه جراء ذلك.

8- إن الدفع الإلكتروني يتميز بعدة خصائص فمن حيث طبيعته فهو يعد وسيلة من وسائل الوفاء عن بعد وفقاً لمعطيات الكترونية تسمح بالاتصال المباشر بين طرفي العقد، أما من حيث الجهة التي تقوم على خدمة الدفع الإلكتروني فلابد من توافر شروط قانونية وفنية لتسوية المعاملات التي تتم عبر شبكة الإنترنت ومنها توفير بيئة تشريعية وتوفير نظام مصرفي لإتمام تلك العمليات بالإضافة إلى توفير الإمكانيات الفنية والتقنية لتسهيل هذه العمليات، أما من حيث وسائل الأمان الفنية فيتم عمل المعلومات بطريقة مشفرة وذلك باستعمال برنامج معدٍّ لهذا الغرض بحيث لا يظهر الرقم البنكي على شبكة الإنترنت، بالإضافة إلى عمل أرشيف لمعرفة المبالغ المسحوبة، وهذه الوسائل تضمن توفير الثقة بين أطراف التعامل بالإضافة إلى أنها تعمل على الدفع عبر الانترنت بطريقة سهلة ومريحة.

9- هناك أنواع للدفع الإلكتروني وهي الدفع عن طريق التحويل الإلكتروني، أو عن طريق بطاقات الوفاء، أو بطاقات الائتمان، أو بطاقة الشيكات والدفع بالنقود الإلكترونية.

10- من وسائل إثبات العقد الإلكتروني هو الكتابة بالشكل الإلكتروني ولكنها لا تعد دعامة مادية أو دليلاً كاملاً على إثبات العقد، أما التوقيع الإلكتروني فينقسم إلى نوعين توقيع رقمي وتوقيع بيرومتري، والتوقيع الإلكتروني معترف به في إثبات العقد الإلكتروني حيث إنه يتيح التأكد من هوية الشخص الذي أصدره، وذلك من خلال تقديم وثيقة تتضمن اسمه أو عنوانه ورقمه السري وهذه الشهادة تحمل التوقيع الإلكتروني للجهة الصادرة مما يعمل على توثيق العلاقة بين الشخص والرسالة الإلكترونية.

التوصيات:

في ضوء نتائج البحث يوصي الباحث بما يلي:

1- محاولة استخلاص قواعد عرفية خاصة بالعقود المبرمة عبر الإنترنت على غرار القواعد العرفية في العالم المادي لما تساهم به في سد النقص التشريعي في بعض الحالات.

2- تنظيم العقد الإلكتروني في قواعد خاصة في قوانين المعاملات التجارية ليشمل الإيجاب والقبول الإلكتروني.

3- وضع نص حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني عبر الإنترنت في كل النصوص الموجودة في قوانين المعاملات الإلكترونية إذ إنه مازالت إلى الآن بعض الدول لم تضع حماية المستهلك في قانون المعاملات الإلكترونية.

4- الأخذ بالنظريات الثنائية والتي لا ترى تلازماً حتمياً بين زمان ومكان انعقاد العقد الإلكتروني وذلك بتبني نظرية العلم بالقبول لتحديد زمان انعقاد العقد الإلكتروني وعلى وجه التحديد المبرم عبر الإنترنت، والأخذ بمكان إرسال الإيجاب لضمان سهولة وفاعلية التقاضي في حال نشوء نزاع بشأن العقد.

5- توفير الإمكانية لكافة قضاة المحاكم على اختلاف درجاتها ليتمكنوا من التعامل والفصل في القضايا الناجمة عن العقود الإلكترونية، وذلك من خلال الدورات التدريبية المتخصصة بهذا المجال (تكنولوجيا المعلومات).

6- لابد أن يتم إصدار قانون للتجارة الإلكترونية ويكون عاماً على كل الدول ويتضمن القواعد المنظمة لهذا النوع من النشاط التجاري، ولابد أن يكفل هذا القانون الحماية المدنية والجنائية اللازمتين للحفاظ عليها وعلى بياناتها وأموالها.

7- عقد دورات وندوات تدريبية لرجال القضاء بهدف إعداد كوادر قضائية تساير المستجدات الحديثة في مجال التقنية المختلفة.

8- الاستعانة بالكوادر الفنية المتخصصة بتكنولوجيا وسائل الاتصال وبخاصة الإنترنت أثناء صياغة المواد القانونية المتعلقة بالتجارة الإلكترونية.

9- تهيئة الأطر التشريعية في الدول العربية بتعديلها بما يتماشى مع طبيعة التجارة الإلكترونية وأساليب تكوين العقود الإلكترونية.

10- إنشاء مكتب توثيق إلكتروني يتولى توثيق المعاملات الإلكترونية وهو الأمر الذي من شأنه أن يضفي مزيداً من الثقة والأمان للمتعاملين في مجال التجارة الإلكترونية.

11- دعم إدارة الخبراء بوزارة العدل بالمتخصصين في مجال تقنية المعلومات وذلك تسهيلاً وتيسيراً لمهمة القاضي في الفصل في المنازعات المتعلقة بالتعاقد الإلكترونية.

12- وضع بناء قانوني لإدارة البنوك يتيح التعامل مع تحديات الدفع الإلكتروني الذي يتطلب جاهزية تتفق مع مخاطره التقنية والقانونية.

قائمة المراجع:

- الأباصيري، عقد الاشتراك في قواعد المعلومات الإلكترونية، دراسة تطبيقية لعقود الإنترنت، دار النهضة العربية، عام 2003.
- أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص النوعي، (الإلكتروني – السياحي – البيئي) دار النهضة العربية، عام 2002.
- أسامة أبو الحسن مجاهد، خصوصية التعاقد عبر الإنترنت، دار النهضة العربية،عام 2000.
- أسامة أبو الحسن مجاهد، التعاقد عبر الإنترنت، دار الكتب القانونية،المحلة الكبرى، 2002.
- أسامة عبد العليم الشيخ، مجلس العقد وأثره في عقود التجارة الإلكترونية– دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، قسم الشريعة، جامعة أم القرى 2007.
- أسامه أحمد بدر، حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني، دار الجامعة الجديدة 2005.
- إسماعيل غانم، النظرية العامة للالتزام (مصادر الالتزام)، مكتبة عبد الله وهبة.
- حمدي عبد الرحمن: الوسيط في النظرية العامة للالتزامات (الكتاب الأول) – المصادر الإرادية للالتزام والإرادة المنفردة، الطبعة الأولى، 1999، دار النهضة العربية.
- رمضان أبو السعود، مصادر الالتزام، الطبعة الثالثة، 2003.
- سامي بديع منصور، الإثبات الإلكتروني في القانون اللبناني معاناة قاض، الجديد في أعمال المصارف من الوجهتين القانونية والاقتصادية، أعمال المؤتمر العلمي السنوي لكلية الحقوق بيروت العربية، الجزء الأول، الجديد في التقنيات المصرفية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، طبعة 2004.
- سمير عبد السميع الأودن، العقد الإلكتروني، منشأة المعارف، 2005.
- عادل حامد أبو عزة، العقود الإلكترونية، خصائصها والقانون الواجب التطبيق عليها، منشور بمجلة الجزيرة، العدد 158، بتاريخ : 18 ربيع أول 1427هـ – 16 إبريل عام 2006م.
- الصالحين محمد أبو بكر العيش، الشكلية في عقود الإنترنت والتجارة الإلكترونية، نقلا عن:

http://www.tashreaat.com/view_studies2.asp?id=425&std_id=66

- كمال العياري، التطور العلمي وقانون الإثبات، ورقة عمل مقدمة في الندوة العالمية حول الإثبات باستعمال وسائل المعلوماتية والتكنولوجية الحديثة، بالمركز العربي للبحوث القانونية والقضائية، 8–6 يناير 2003، بيروت، لبنان.

- محمد بودالي، التوقيع الإلكتروني، مجلة الإدارة، العدد رقم 2، لسنة 2003.
- محمد حسن قاسم، التعاقد عن بعد "قراءة تحليلية في التجربة الفرنسية، مع إشارة لقواعد القانون الأوروبي"، دار الجامعة الجديدة للنشر والتوزيع، 2005.
- محمد حسين منصور، المسؤولية الإلكترونية، دار الجامعة الجديدة، 2003.
- محمود عبد المعطي خيال، الإنترنت وبعض الجوانب القانونية، دار النهضة، 1998.
- مدحت عبد الحليم رمضان، الحماية الجنائية للتجارة الإلكترونية – دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، عام 2001.
- مصطفى الجمال، شرح أحكام القانون المدني (مصادر الالتزام)، 1991.
- ممدوح محمد خيري هاشم، مشكلات البيع الإلكتروني عن طريق الإنترنت في القانون المدني، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، 2000.
- هدى حامد قشقوش، الحماية الجنائية للتجارة الإلكترونية عبر الإنترنت، دار النهضة العربية.
- هشام محمد الحرك، أساسيات التجارة الإلكترونية، نقلا عن موقع:

http://www.annabaa.org/nbanews/21/007.htm /

- الموسوعة العربية للكمبيوتر والإنترنت، نقلاً عن موقع

http://www.c4arab.com/showac.php؟acid=291

- يايسي فريد في الملتقى المنظم بمركز تطوير التكنولوجيات الحديثة بالتعاون مع الشركة الكندية لمحطات الدفع الالكتروني المباشر– الجزائر في 2005/12/14، جريدة الخبر الصادرة في 15 ديسمبر 2005.
- يونس عرب:
- التعاقد والدفع الإلكتروني، تحديات النظامين الضريبي والجمركي، جزء من أوراق عمل برنامج الندوات المتخصصة حول التجارة الإلكترونية، تنظيم معهد التدريب والإصلاح القانوني – الخرطوم – 2002.
- البنوك الخلوية، التجارة الخلوية، المعطيات الخلوية، ثورة جديدة تنبئ بانطلاق عصر ما بعد المعلومات.www.arablaw.org
- حجية الإثبات بالمستخرجات الإلكترونية www.arablaw.org

المحتوى:

الموضوع	الصفحة
الملخص	63
المقدمة	64
المبحث الأول– مفهوم العقد الإلكتروني	68
المطلب الأول– ماهية وصور العقد الإلكتروني	68
المطلب الثاني– طبيعة التعاقد الإلكتروني	70
الفرع الأول– أركان العقد الإلكتروني	72
الفرع الثاني– قبول التعاقد	75
المبحث الثاني– تنفيذ العقد الإلكتروني وإثباته	79
المطلب الأول– تنفيذ العقد الإلكتروني	79
الفرع الأول– التزام المتعاقد بتسليم السلعة	79
الفرع الثاني– التزام المتعاقد بتقديم الخدمة	83
المطلب الثاني الالتزام بالوفاء إلكترونياً	84
الفرع الأول– خصائص الدفع الإلكتروني	84
الفرع الثاني– أنواع الدفع الإلكتروني	87
المبحث الثالث– إثبات العقد الإلكتروني	91
المطلب الأول– الكتابة في الشكل الإلكتروني وحجيتها في الإثبات	91
الفرع الأول– تحديد مفهوم الكتابة في الشكل الإلكتروني	91
الفرع الثاني– القوة الثبوتية للكتابة في الشكل الإلكتروني	94

المطلب الثاني– التوقيع الإلكتروني	100
الفرع الأول– تحديد مفهوم التوقيع الإلكتروني	100
الفرع الثاني– حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات	105
الخاتمة	107
قائمة المراجع	112