

الهيئة الوطنية للمحامين  
الفرع الجهوي للمحامين بتونس

محاضرة ختم التمرين



الأصل التجاري الإفتراضي

الأستاذ المشرف

الأستاذ الشاذلي بن يونس

الأستاذ المحاضر:

على التمرين:

الأستاذ نادر الخماسي

السنة القضائية

2022/2021

## المخطط

### الجزء الأول : خصوصية العناصر المكونة للأصل التجاري الافتراضي

القسم الأول : تحديد مضمون خصوصية عنصر الحرفاء

الفقرة الأولى : الحريف الإلكتروني

القسم الثاني : تحديد مضمون خصوصية العناصر الأخرى

الفقرة الأولى : عقد الإيواء الإلكتروني

الفقرة الثانية : إسم النطاق

### الجزء الثاني : خصوصية الوسائل المستخدمة في الأصل التجاري الافتراضي

القسم الأول: العقد الإلكتروني

الفقرة الأولى: خصوصية العقد الإلكتروني على مستوى شروط إنعقاده

الفقرة الثانية : خصوصية العقد الإلكتروني على مستوى إثباته

القسم الثاني : وسائل الدفع الإلكتروني

الفقرة الأولى : التحويل الإلكتروني للأموال

الفقرة الثانية : الدفع عن طريق العملة الرقمية

# المقدمة:

إن العالم اليوم يشهد تطور في مختلف المجالات بما فيها مجال التجارة، حيث يتحول النشاط التجاري من صورته التقليدية إلى صورته الإلكترونية بذلك فهي تتكيف مع التطور الحاصل ، حيث أفرز لنا الواقع تجارة إلكترونية تتم فيها عمليات البيع والشراء بشكل متزايد وفي أسرع وقت.

وعمومًا فإن أول ظهور لمصطلح التجارة الإلكترونية كان في الولايات المتحدة الأمريكية وكندا وذلك للتعبير عن الأعمال التجارية وما يتعلق بها من عمليات تتم عبر وسائط إلكترونية.

فمنذ سنة 1992 ومع ظهور الشبكة العنكبوتية العالمية www كمروج للسلع والخدمات أقبل الكثير من التجار ورجال الأعمال وأصحاب المؤسسات والشركات التجارية على تلك المواقع وذلك لما توفره شبكة الإنترنت من إمكانية عرض منجاتهم وخدماتهم للعموم .

وهذا التطور التكنولوجي قد اثر أيضا تأثير على عديد الجوانب القانونية ففي القانون الجزائي أصبحنا نتحدث عن المراقبة الإلكترونية كإحدى العقوبات البديلة أو إحدى بدائل الإيقاف التحفظي لما تمثله هاته الوسيلة من حماية للمبتدئين وعدم الزج بهم في السجون.

أما على مستوى القانون المدني فأصبحنا كذلك نتحدث عن العقود الإلكترونية والإمضاء الإلكتروني و حتى ما يسمى المقر الإلكتروني حيث أتاحت بعض التشريعات الأجنبية إمكانية التبليغ وإرسال التنبيه والإستدعاءات المتعلقة بالدعاوى وغيرها عن طريق المقر الإلكتروني والذي يتمثل عادة في بريد إلكتروني رسمي دون حاجة إلى اللجوء للتبليغ عن طريق عدول منفذين أو عن طريق المحكمة.

وبخصوص القانون التجاري فإن التطور التكنولوجي أثر أيضا تأثيرا كبيرا على القواعد والإجراءات التي تخص المادة التجارية فقد أصبحنا نتحدث مثلا عن إمكانية إنعقاد الجلسات العامة العادية أو الخارقة للعادة عبر وسائل الإتصال الحديث دون الحاجة إلى الإلتقاء المادي المباشر .

كما أصبحنا نتحدث كذلك عن ما يسمى بالتجارة الإلكترونية التي قننها المشرع التونسي منذ سنة 2000, وذلك في إطار مواكبة التشريع التونسي للتطور التكنولوجي وفي نفس هذا السياق وفيما يتعلق بالأصل التجاري فقد شهد هو الآخر تطورا على المستوى الفقه المقارن والقانون المقارن كذلك وفي المقابل لم يواكب المشرع التونسي هذا التطور .

حيث أدى التطور التكنولوجي إلى تحول الأصل التجاري بمعناه التقليدي والذي يعرف بكونه " مال منقول معنوي يشمل جميع الأموال المنقولة المخصصة لممارسة نشاط تجاري أو عدة أنشطة تجارية " وهذا الأصل التجاري بمعناه التقليدي يفترض وجود محل مادي ملموس تمارس فيه أنشطة تجارية ويتكون الأصل التجاري وفقاً لهذا المعنى و تطبيقا للفصل 189 من المجلة التجارية من عناصر وجوبية تتمثل في الحرفاء و السمعة التجارية و أخرى غير وجوبية تتمثل في الاسم التجاري و الحق في الإجارة و المعدات و الآلات و السلع و الاختراعات و علامات المعمل و الأشكال و النماذج و حقوق الملكية الأدبية و الفنية.

فأصبحنا نتحدث عن أصل تجاري إلكتروني أو افتراضي وذلك نتيجة للتطور التكنولوجي و الرقمي الذي شهده العالم, فالتجار الذين يمارسون تجارتهم فقط على الإنترنت, أي دون أن يكون لهم محل مادي و ملموس لا بد للقانون أن يحميهم و يهيكل أعمالهم , حيث أدى هذا التطور التكنولوجي إلى ظهور مفهوم جديد للأصل التجاري لا يرتكز على العناصر التقليدية المعهودة , وهذا التطور في الحقيقة لم يواكبه المشرع التونسي الذي لم يعترف صراحة بمدى إمكانية القول بالأصل التجاري الافتراضي , فالتاجر الذي يضع منتوجات أو خدمات على ذمة العموم سواء بصفحة

على مواقع التواصل الاجتماعي أو موقع إلكتروني أو تطبيق إلكترونية من حقه أن يكون له إطار قانوني يحمي تجارته وأعماله.

وعموماً يختلف الأصل التجاري بمفهومه التقليدي عن الأصل التجاري الإلكتروني من حيث أن هذا الأخير يمارس في مجال افتراضي على شبكة الإنترنت فالمحل هو محل إلكتروني لامادي أما الأصل التجاري التقليدي فيمارس في إطار محل ملموس وهنا تبرز أهمية الحديث عن الأصل التجاري الإلكتروني لما يمثله من تطور وتجديد على المستوى القانوني .

### فما هي إذن خصوصية الأصل التجاري الافتراضي؟

إن النظر للأصل التجاري الافتراضي من زاوية مقارنته بالأصل التجاري التقليدي تنتج عنه عديد الفوارق ونقاط الاختلاف على عديد المستويات مما يجعلنا تحت ضرورة التعرض إلى خصوصية الأصل التجاري الافتراضي وذلك من خلال التطرق إلى العناصر المكونة له ( الجزء الأول ) و من ثم إلى تحديد خصوصية الوسائل المستخدمة في الأصل التجاري الافتراضي (الجزء الثاني).

### الجزء الأول : خصوصية الأصل التجاري الافتراضي من خلال العناصر المكونة له :

بقراءة الفصول 189 وما بعده من المجلة التجارية نستنج أن الأصل التجاري بمعناه التقليدي تندرج في محتوياته الأشياء المنقولة المخصصة لممارسة الأعمال التجارية .

ويشمل الأصل التجاري بمعناه التقليدي بصفة وجوبية الحرفاء و السمعة التجارية .

كما يشمل أيضاً تطبيقاً للفقرة الأخيرة من الفصل 189 من المجلة التجارية بعض العناصر الأخرى التي تعتبر من قبيل المكونات الغير وجوبية أي في غيابها لا تأثير على الأصل التجاري من ناحية وجوده القانوني كما يمكن أيضاً أن يتفق الأطراف في صورة بيع الأصل التجاري على أن هاته العناصر غير مشمولة بعقد البيع وبالتالي لا تعتبر من بين مكونات الأصل التجاري , وذلك كعنوان المحل والإسم التجاري و الحق في الإجارة و المعدات و الألات و السلع و براءات الاختراع و علامات المعمل و الأشكال و النماذج و حقوق الملكية الأدبية و الفنية .

وعموماً لقد أدت الانترنت إلى تحول عناصر الأصل التجاري بمعناه التقليدي المتكون من عناصر معنوية، كالاسم التجاري، والعلامة التجارية، والحرفاء، والسمعة التجارية، والعناصر المادية كالبيضائع إلى عناصر مستحدثة معنوية بحتة للمحل التجاري الإلكتروني، كالحريف الإلكتروني ( القسم الأولى ) و عناصر أخرى ( القسم الثاني ) كإسم النطاق و عقد الإيواء.

## القسم الأول : تحديد مضمون خصوصية عنصر الحرفاء :

### الفقرة الأولى : الحريف الإلكتروني :

لقد اهتم المشرع التونسي بعنصر الحرفاء و جعل منه عنصراً جوهرياً و أساسياً لتكوين الأصل التجاري و ذلك ضمن الفصل 189 من المجلة التجارية الذي نص على أن " الأصل التجاري يشمل وجوبا الحرفاء و السمعة التجارية " .

فعنصر الحرفاء هو عنصر معنوي يفوق بأهميته بقية العناصر المادية الأخرى نظراً لأن المشرع ربط وجود الأصل التجاري بوجوده .

فسواء كانت أسباب تواجد الحرفاء بالمحل مرتبطة بشخص التاجر كأمينته وإخلاصه أو لأسباب أخرى مرتبطة مثلاً بالموقع المتميز للنشاط التجاري فإن عنصر الحرفاء يمثل جوهر نشاط كل تاجر.<sup>1</sup>

وعموماً تقدر قيمة الأصل التجاري بمدى أو حجم تردد الحرفاء عليه , فكلما زاد عدد الحرفاء كلما إرتفعت قيمة الأصل التجاري وزادت شهرته , و العكس صحيح فكلما نقص عدد الحرفاء كلما انخفض رقم المعاملات و تراجعت الأرباح و بالتالي تراجعت قيمة الأصل التجاري.

فعنصر الحرفاء كما يراه أغلبية الفقهاء هو روح الأصل التجاري و قلبه النابض , لدرجة أن أصبح هذا العنصر مرادفاً لكلمة أصل تجاري .

هذا و يؤكد الفقيه "ريبير" أن الأصل التجاري ذاته ليس إلا عنصر الحرفاء و أن العناصر الأخرى تعد ثانوية لأنها مجرد وسائل لتحقيق الغرض الرئيسي ألا وهو الحرفاء.

فعنصر الحرفاء هو العنصر الوحيد المشترك في الأصل التجاري مهما اختلفت صور النشاط التجاري وهو ما أكدته أيضاً محكمة التعقيب الفرنسية بقولها " إن عنصر الحرفاء هو عنصر ضروري و كاف للقول بوجود أصل تجاري فلا يهم إن كان هو العنصر الأول و الوحيد , أو كان عنصراً من مجموع عناصر يتكون منها الأصل التجاري

<sup>1</sup> محاضرة ختم تمرين في مهنة المحاماة, الحرفاء و الأصل التجاري من إعداد الاستاذ توفيق الماجري  
السنة القضائية 2010/2011 , الصفحة 20

المهم هو أنه لا يخلو أبداً أي أصل من هذا العنصر الهام"<sup>2</sup>.

لذلك فإن دور الحرفاء في تكوين الاصل التجاري لا يتضح إلا من خلال ظهور هذا العنصر وعلى هذا الاساس فإن تاريخ ظهور عنصر الحرفاء مهم جداً لتكوين الاصل التجاري ولهاته الغاية نجد ما يسمى بنظرية 'الاستغلال'

### *(La théorie de l'exploitation)*

والتي تعتبر أنه طالما لا يوجد معاملات جديدة لدى التاجر مع حرفائه اللذين يرتادون المحل فإنه لا يمكن الحديث عن وجود عنصر الحرفاء الذي يبقى ضعيفاً ولا يمكن بموجبه أن يتكون الأصل التجاري.<sup>3</sup>

وعموماً بالرجوع إلى المجلة التجارية و خصوصاً إلى الفصل 189 يتضح أن المشرع التونسي لم يقيم ببيان مفهوم الحرفاء كما أنه لم يقيم بتحديد العدد الأدنى المتوفر لوجود الاصل التجاري كما هاته المسألة لم تطرح أمام القضاء التونسي غير أن محكمة التعقيب الفرنسية ذهبت في احد قراراتها إلى أن الاصل التجاري قد لا يتضمن في واقع الأمر سوى حريف واحد ووحيد<sup>4</sup> كما ذهبت نفس المحكمة في قرار آخر إلى إعتبار أن ستة عشر حريفاً يعتبر عددًا كافي لتكوين عنصر الحرفاء.<sup>5</sup>

وعموماً إستقر الفقه و فقه القضاء على إعتبار أن الحرفاء لابد أن يكونوا واقعيين و حقيقيين لتكوين الاصل التجاري .

فالحرفاء الحقيقيين هم الحرفاء اللذين يرتادون المحل التجاري و يشترطون البضائع بمقابل مادي و مرتبطين بالمحل وهم بصفتهم تلك يعتبرون واقعيين في التعاملات التجارية التي تجمعهم بالتاجر.

كما إستقر فقه القضاء على اعتبار أن الحرفاء لابد أن يكونوا شخصيين للتاجر و خاصين به (personnel et propre). إلا أن هذا الشرط يكاد يكون مستحيلاً فلا يعقل أن يفرض التاجر على حرفائه ضرورة التعامل معه دون سواه الامر الذي يتنافى مع مبدأ حرية المعاملات التجارية

وعموماً لقد أدى ظهور الإنترنت و وسائل التواصل الإجتماعي إلى تحول عناصر الاصل التجاري التقليدي إلى عناصر مستحدثة وبالتالي أصبحنا أمام ضرورة الحديث عن ما يسمى " بالحريف الإلكتروني " , فالحريف الإلكتروني هو نفسه الحريف التقليدي غير أن هذا الحريف الإلكتروني يستعمل وسيلة إتصال إلكترونية فوجوده

<sup>2</sup> نفس المرجع السابق.

<sup>3</sup> نفس المرجع السابق.

<sup>4</sup> Cassation 3 éme civile 7/12/1965.bull civ p 565

<sup>5</sup> Cassation 3 éme civile 1970/06/05.bull civ p 673

المادي وإتصاله المباشر بالمحل التجاري غير مهم طالما وأنه موجود من خلال الإنترنت و يقوم بشراء المنتجات أو الخدمات المعروضة إلكترونيا

فالأصل أن يكون هناك إتصال بين الحريف من جهة و الأصل التجاري من جهة أخرى , حيث يرى الاستاذ " شارل فيلار" بأن " عنصر الإتصال بالعملاء او الحرفاء هو جوهر الأصل التجاري و عنصره المحرك و خليته".

في حين ذهب الأستاذين " جورج ريبار" و "ريني روبلوت" إلى إعتبار "أن عنصر الإتصال بالعملاء أو الحرفاء ليس مجرد عنصر من العناصر المكونة للأصل التجاري و إنما هو الأصل التجاري في حد ذاته و بهذا العنصر يتأثر الأصل التجاري وجودًا أو عدما"<sup>6</sup>

و على هذا الأساس فإن المقصود بعنصر الإتصال بالحرفاء هو مجموعة الأشخاص اللذين يعتادون التعامل مع المؤسسة التجارية.

وعموما لم يعرف المشرع التونسي الحريف الإلكتروني بل أنه لم يعرف عنصر الحرفاء من اصله و إكتفى بإعتباره من العناصر الوجوبية للأصل التجاري تطبيقا للفصل 189 من المجلة التجارية فهل يمكن أن نتحدث عن الحريف الإلكتروني كأحد عناصر الأصل التجاري في القانون التونسي ؟

في الحقيقة للجواب عن هذا التساؤل لابد من تدقيق مسألتين :

**أولاً =** الصيغة العامة الواردة بالفصل 189 من المجلة التجارية حيث جاء بعبارات هذا الفصل أنه " ويشمل الأصل التجاري وجوبًا الحرفاء و السمعة التجارية " فعبارة الحرفاء وردت بصيغة عامة و مطلقة و إذا كانت عبارة القانون مطلقة جرت على إطلاقها تطبيقًا للقاعدة الاصولية الواردة بالفصل 533 من مجلة الإلتزامات و العقود.

**ثانياً=** أن المشرع التونسي اعترف منذ تاريخ 9 أوت 2000 بالتجارة الإلكترونية و قد عرف التجارة الإلكترونية بالفصل الثاني من هذا القانون "بتلك العمليات التي تتم عبر المبادلات الإلكترونية" كما إعتبر صلب هذا القانون أن كل خدمة أو منتج طبيعي أو فلاحي أو حرفي أو صناعي مادي أو لا مادي يمكن أن يكون موضوع مبادلة إلكترونية , لكن ورغم أن المشرع لم يتعرض صلب هذا القانون إلى تدقيق مفهوم الحريف الإلكتروني إلا أنه يعتبر إعتراف ضمني بوجود هذا النوع من الحرفاء و هذا النوع من المستهلكين .

**القسم الثاني: تحديد مضمون خصوصية العناصر الأخرى:**

إضافة إلى خصوصية عنصر الحرفاء و تطور النظرة التقليدية للحريف مع إمكانية الحديث عن مصطلح الحريف الإلكتروني كأحد العناصر الوجودية للأصل التجاري الافتراضي , توجد بعض العناصر الأخرى كعقد الإيواء الإلكتروني ( الفقرة الأولى ) و إسم النطاق ( الفقرة الثانية) التي تتميز هي الأخرى بنوع من الخصوصية لا بد من بيانه .

### الفقرة الأولى : عقد الإيواء الإلكتروني :

يعد عقد الإيواء الإلكتروني من بين أهم العقود الحديثة التي ظهرت وذلك بسبب كثرة التعامل مع شبكة الإنترنت ولحدثة مثل هاته العقود لم ينظم المشرع التونسي هذا العقد بأحكام خاصة ولم يرد له تعريف معين وذلك على الرغم من وجود عديد القوانين التي تتعلق بالتجارة الإلكترونية و الإمضاء الإلكتروني .

وعموماً عرف الفقه عقد الإيواء الإلكتروني بتعريفات متعددة منها :

بأنه , عقد من عقود تقديم الخدمات و بمقتضاه يضع متعهد الإيواء تحت تصرف المستخدم البعض من إمكانيات أجهزته الإلكترونية كقيام مقدم خدمة الإيواء بالسماح للعميل بأن يكون له عنوان إلكتروني متصل بشبكة الإنترنت مما يتيح له حرية التصرف بالمعلومات الموجودة في الموقع.<sup>7</sup>

و على هذا الأساس فإن متعهد الإيواء الإلكتروني بموجب هذا العقد يمكن مُستخدم شبكة الإنترنت من الإطلاع على المعلومات و التصرف بها من خلال وضع أجهزته الإلكترونية في تصرف العميل و ذلك مقابل التزام هذا الأخير بدفع مبلغ من المال.

هذا و يعرف مستخدم شبكة الإنترنت بأنه , ذلك الشخص الذي يقوم بالاتصال بموقع من المواقع على شبكة الإنترنت من أجل الحصول على المعلومات التي يحتاجها من خدمات الإنترنت .

أما بالنسبة لمتعهد الإيواء فهو شخص طبيعي أو معنوي يتولى تخزين و حفظ البيانات و المعلومات لعملائه و يوفر الوسائل الفنية و المعلوماتية التي تتيح لهم الوصول إلى هذه البيانات و المعلومات طوال اليوم و ذلك مقابل مبلغ مادي متفق عليه.<sup>8</sup>

دكتور عصمت عبد المجيد , أثر التقدم العلمي في العقد ( تكوين العقد , إثبات العقد ) بغداد 2009 الصفحة 7

دكتور إلياس ناصيف , العقود الدولية - العقد الإلكتروني في القانون المقارن طبعة الأولى , منشورات الحلبي الحقوقية 2009 .الصفحة الأولى.<sup>8</sup>

وعموماً يتميز عقد الإيواء الإلكتروني بمجموعة من الخصائص التي تميزه عن غيره من العقود وأهم هاته الخصائص , هي أنه عقد يبرم عن بعد ويقصد بالعقود المبرمة عن بعد هي تلك العقود التي تبرم بين طرفين يتواجدان في أماكن مختلفة وذلك باستخدام وسائل الاتصال الحديثة , كما أنه يتميز عقد الإيواء بكونه من العقود التجارية وأيضاً من العقود الاستهلاكية .

هذا و يختلف عقد الإيواء الإلكتروني عن بعض العقود الأخرى المشابهة له مما يفترض التمييز بينهما.

حيث يختلف عقد الإيواء الإلكتروني من جهة عن عقد الدخول إلى شبكة الإنترنت و الذي يُعرف بكونه العقد الذي يلتزم بموجبه متعهد الدخول إلى الشبكة بتمكين المستخدم من الدخول إليها من الناحية الفنية من خلال تزويده بالوسائل التي تتيح له هذا الدخول مقابل التزام المستخدم بدفع مبلغ اشتراك الدخول إلى الشبكة.<sup>9</sup>

كما يختلف عقد الإيواء الإلكتروني من جهة أخرى عن اسم النطاق والذي يعرف بكونه " علامة تأخذ مظهر اندماج الأرقام والحروف بحيث يتولى هذا المظهر تحديد مكان الحاسب الآلي أو موقع إلكتروني , أو صفحة عبر شبكة الإنترنت ". كما عرفته المنظمة العالمية للملكية الفكرية بأنه " عنوان مستخدم الإنترنت عادة الذي يسهل معرفته أو تذكره ".<sup>10</sup>

كما يختلف عقد الإيواء الإلكتروني عن عقد الإشهار الإلكتروني الذي يعرف بكونه الإشهار الذي يتم عبر الوسائل الإلكترونية وأشهرها الذي ينشر عبر شبكة الإنترنت ويهدف إلى الترويج لبضاعة أو تسويق خدمة أو دعاية لموقع إلكتروني أو غيره .

كما يعرف أيضاً على أنه وسيلة اتصال إلكترونية , لنقل المعلومات الخاصة بالسلعة أو الخدمة بغرض إقناع الحريف بقرار شراء السلع.<sup>11</sup>

وعموماً أمام هذا الفراغ التشريعي الذي يتعلق بعقد الإيواء الإلكتروني حاول العديد من الفقهاء بسط الطبيعة القانونية لهذا العقد المُستحدث , حيث أنه لمعرفة التكيف القانوني لعقد الإيواء أهمية كبيرة وذلك لبيان الإلتزامات التي تترتب على أطرافه فضلاً عن مسؤولية متعهد الإيواء التي ترتبط بالتكيف القانوني إرتباطاً وثيقاً كما أن تحديد الطبيعة القانونية لعقد الإيواء الإلكتروني سيمكننا من معرفة إلى أي مدى يمكن الإعتراف بالأصل التجاري الافتراضي في القانون التونسي بل أبعد من ذلك تحديد مدى إمكانية مطالبة المستخدم بالحق في التجديد و غرامة الحرمان وكل الحقوق التي جاء بها قانون 1977 .

دكتور إلياس ناصيف , العقود الدولية - العقد الإلكتروني في القانون المقارن طبعة الأولى , منشورات الحلبي الحقوقية 2009 .الصفحة 25<sup>9</sup>

النظام القانوني لأسماء النطاق , مذكرة لنيل شهادة ماجستير في الحقوق من إعداد بلوفي مليكة , كلية الحقوق بالمغرب 2021/2020 الصفحة 30<sup>10</sup>

30

مروى عصام صلاح , الإعلام الإلكتروني " الاسس و آفاق المستقبل" دار الإعصار العلمي .عمان 2015 ص233<sup>11</sup>

هذا و إختلف فقهاء القانون في تحديد الطبيعة القانونية لعقد الإيواء الإلكتروني حيث ذهب رأي من الفقه إلى تكييف عقد الإيواء الإلكتروني على أنه من قبيل عقود الإجارة على الخدمة بينما ذهب رأي آخر إلى تكييفه بأنه من قبيل عقود الكراء أو الإيجار المنظمة بمجلة الإلتزامات و العقود.

### -عقد الإيواء الإلكتروني هو عقد إجارة على الخدمة :-

لقد نظم المشرع التونسي عقد الإجارة على الخدمة بالفصول 828 وما بعده من مجلة الإلتزامات و العقود . هذا و يعرف عقد الإجارة على الخدمة بكونه عقد يلتزم بمقتضاه أحد المتعاقدين مباشرة خدمة معينة بأجل أو إتمام عمل مقابل أجر يلتزم الآخر بأدائه.

ويعتبر إجارة على الخدمة على معنى الفصل 829 من مجلة الإلتزامات و العقود , ما يباشره أصحاب الحرف العلمية و الفنون من حيث علومهم و كذلك معلمو العلوم و الفنون و الصنائع.

وعموماً ذهب إتجاه من الفقهاء إلى تكييف عقد الإيواء الإلكتروني بكونه من قبيل عقود الإجارة على الخدمة و ذلك لأن عقد الإيواء يتحد مع عقد الإجارة على الخدمة من حيث أن كلا العقدين من العقود الواردة على العمل حيث أن متعهد الإيواء يؤدي عملاً يتمثل مضمونه بإنجاز عمل محدد وهو تخزين المعلومات على القرص الصلب لحسابته .

### -عقد الإيواء الإلكتروني هو عقد كراء :-

قد نظم المشرع التونسي عقد الكراء بالفصول 727 و ما بعده من مجلة الإلتزامات و العقود و يُعرف عقد الكراء بكونه " عقد يسلم به أحد الطرفين للأخر منفعة عقار أو منقول مدة بعوض يلتزم له بأدائه الطرف الأخر".

و عموماً لقد ذهب إتجاه فقهي آخر إلى تكييف عقد الإيواء الإلكتروني على أنه من قبيل عقود الكراء و ذلك لأن متعهد الإيواء يسمح لمستخدم الشبكة المعلوماتية بالإنفتاح ببعض إمكانيات أجهزته المعلوماتية مع الاحتفاظ بملكية الأجهزة المذكورة , كما أن الخدمات التي يقدمها متعهد الإيواء , كإلتزامه بتقديم المساعدة الفنية لمستخدمي الشبكة و تقديم خدمة البريد الإلكتروني و غيرها من الخدمات تعد إلتزاماً تبعياً لإلتزامه الأساسي و الجوهرى المتمثل بتأجير مساحة من القرص الصلب التي لا يمكن لعقد الإيواء أن يقوم دونها.

و عموماً توجد العديد من الحجج القانونية الأخرى و النقاط التشابه التي تعزز إمكانية إعتبار عقد الإيواء الإلكتروني من قبيل عقود الكراء المنظمة بمجلة الإلتزامات و العقود و الأتي ذكرها :

## -أولاً = من حيث طبيعة العقدین و اعتبارهما من عقود المنفعة :

يعرف عقد الكراء بأنه :

" عقد يسلم به أحد الطرفين للأخر منفعة عقاراً أو منقول مدة بعوض يلتزم له بأدائه الطرف الأخر".

ونستنج من هذا المفهوم أن عقد الكراء هو من العقود التي تقع على منفعة شئ سواء كان منقول أو عقار و المنفعة هنا هي الإنتفاع بالشئ المكرى لمدة زمنية معينة و بمقابل مادي يتفق عليه الاطراف و على هذا الأساس فإن عقد الكراء أيضا هو من العقود الزمنية و أيضا من العقود الملزمة للجانبين و هو كذلك عقد بعوض.

أما بالنسبة لعقد الإيواء الإلكتروني فيعرف بكونه العقد الذي يلتزم بموجبه متعهد الدخول إلى الشبكة بتمكين المستخدم من الدخول إليها من الناحية الفنية لمدة معينة من خلال تزويده بالوسائل التي تتيح له هذا الدخول مقابل التزام المستخدم بدفع مبلغ اشتراك الدخول إلى الشبكة.<sup>12</sup>

ونستنج من هذا المفهوم أن عقد إيواء الإلكتروني هو كذلك من العقود التي تقع على المنفعة و المنفعة هنا هي ذلك الإلتزام الذي يتحمله متعهد الإيواء بتمكين المستخدم من الدخول إلى الشبكة و تزويده بالوسائل التي تتيح ذلك , لمدة زمنية معينة و بمقابل مادي يتفق عليه الاطراف و على هذا الأساس فإن عقد الإيواء الإلكتروني أيضا هو من العقود الزمنية و أيضا من العقود الملزمة للجانبين و هو كذلك عقد بعوض. و عليه فإن عقد الكراء و عقد الإيواء الإلكتروني يشتركان في عديد النقاط و الخصائص فهما من قبيل العقود الزمنية و الملزمة لجانبين و أيضا من عقود المنفعة و هما كذلك من العقود بعوض.

## ثانياً= من حيث الإلتقاء و التشابه على مستوى ركن المحل :

نص الفصل الثاني من مجلة اللتزامات و العقود أن أركان العقد الذي يترتب عليه تعميم الذمة هي :

\*أهلية اللتزام و الإلتزام.

\*التصريح بالرضاء بما ينبني عليه العقد تصريحاً معتبراً.

\*أن يكون سبب الإلتزام جائزاً.

\*أن يكون المقصود من العقد مالا يجوز التعاقد عليه.

وحيث أن التدقيق في ركن المحل في كلا العقدين ( عقد الكراء وعقد الإيواء الإلكتروني ) هو الذي سيمكننا من إيجاد عديد نقاط التشابه بينهما مما يؤكد التوجه الذي يرى بأن التكييف القانوني السليم لعقد الإيواء الإلكتروني هو إعتبراره من قبيل عقود الكراء.

فالأصل أن يكون المحل مالا يجوز التعاقد عليه حيث جاء بالفصل 62 من مجلة الإلتزامات و العقود أنه " لا يسوغ التعاقد إلا فيما يصح فيه التعامل من الأشياء والأعمال والحقوق المجردة فما لم تصرح القوانين بمنع التعاقد فيه يصح التعامل فيه ".  
بمنع التعاقد فيه يصح التعامل فيه ."

كما جاء بالفصل 64 من مجلة الإلتزامات و العقود أنه " يبطل العقد إذا كان على شئ أو عمل غير ممكن من حيث طبيعته أو من حيث القانون".

و نتيجة لذلك فإن القانون يشترط في المحل أن يكون مالا يجوز التعامل فيه و المال على معنى الفصل الأول من مجلة الحقوق العينية هو " كل شيء غير خارج عن التعامل بطبيعته أو بحكم القانون و من شأنه أن يكون موضوع حق ذي قيمة نقدية ".

فإذا إعتبرنا أن المحل في عقد الكراء يتمثل حسب الفصل 727 من مجلة الإلتزامات و العقود في منفعة عقار أو منقول لمدة زمنية بعوض بمعنى أن المحل يتمثل في المكري من جهة و الذي يمكن أن يكون إما عقارا أو منقولا , و في الثمن من جهة أخرى و هو المقابل الذي سيدفعه المكثري لقاء إنتفاعه بالمكري.

فإن المحل في عقد الإيواء الإلكتروني يتمثل أيضا في الإنتفاع بمساحة من القرص الصلب التي لا يمكن لعقد الإيواء أن يقوم دونها بمعنى أن المستخدم هنا ينتفع بمساحة إفتراضية تمكنه من عرض معطياته و خدماته للعموم وذلك لمدة زمنية معينة و بمقابل مادي يتفق عليه أطراف العقد, و هاته المساحة الإفتراضية تنطبق عليها جميع الأحكام الخاصة بالمحل الموجودة بمجلة الإلتزامات و العقود.

حيث أن هاته المساحة الإفتراضية هي من بين الأشياء التي لم يمنع القانون التعامل فيها بتاتا بالإضافة إلى ذلك فإن هاته المساحة الإفتراضية يمكن أن يتم تقييمها نقديا يبقى فقط أن نبين الطبيعة القانونية لهاته المساحة الإفتراضية فهل هي من صنف العقارات أم المنقولات ؟

المال على معنى الفصل الأول من مجلة الحقوق العينية هو " كل شيء غير خارج عن التعامل بطبيعته أو بحكم القانون و من شأنه أن يكون موضوع حق ذي قيمة نقدية ".  
بحكم القانون و من شأنه أن يكون موضوع حق ذي قيمة نقدية ."

هذا و يصنف المال إلى عقارات و منقولات , و لقد عرف الفصل الثالث من مجلة الحقوق العينية العقار بأنه كل شيء ثابت في مكانه لا يمكن نقله منه دون تلف , و العقارات بدورها تصنف إلى ثلاث أصناف فنجد

العقارات الطبيعية كالأراضي و المباني , و العقارات الحكيمة المنظمة بالفصلين 9 و 10 من مجلة الحقوق العينية , و العقارات التبعية و هي على معنى الفصل 11 م.ح.ع الحقوق العينية العقارية و الدعاوى المتعلقة بها .

أما المنقولات فتكون إما منقولات بطبيعتها و التي عرفها الفصل 14 من مجلة الحقوق العينية بكونها الأجسام التي يمكن إنتقالها من مكان لأخر سواء إنتقلت بنفسها أو بمفعول قوة أجنبية عنها. و أما المنقولات بحكم القانون فهي الإلتزامات و الحقوق العينية و الدعاوى المتعلقة بمنقول و الحصص و الأسهم و الرقاع في مختلف الشركات و إن كانت هذه الشركات مالكة لعقارات.

و عموما و بالعودة إلى التعريف القانوني للعقارات فلا يمكن من حيث المنطق أن نعتبر المساحة الإفتراضية موضوع عقد الإيواء الإلكتروني من قبيل صنف العقارات , فالأقرب أن تكون من صنف المنقولات , حيث أن هاته المساحة الإفتراضية يمكن أن نشبهها بالأسهم من حيث وجودها اللامادي , و بالتالي فإن الطبيعة القانونية للمساحة الإفتراضية التي يوفرها متعهد الإيواء للمستخدم هي من قبيل المنقولات بل هي من قبيل المنقولات التي لم يمنع القانون التعامل فيها .

و على هذا الأساس يمكن أن ننتمي إلى كون أن عقد الإيواء الإلكتروني و عقد الكراء يلتقيان في عديد النقاط و الخصائص مما يعزز الإتجاه القائل بأن عقد الإيواء الإلكتروني هو من قبيل عقود الكراء .

و عموماً و أمام معقولية هذا الإتجاه القائل بأن الطبيعة القانونية لعقد الإيواء الإلكتروني تتمثل في إعتبره من قبيل عقود الكراء فهل يمكن و الحال هكذا أن نتحدث عن فرضية مدى إمكانية مطالبة المستخدم ( وهو المنتفع بعقد الإيواء الإلكتروني ) بالحق في التجديد و غرامة الحرمان و كل الحقوق التي جاء بها قانون 1977 ؟

لقد نظم القانون عدد 37 لسنة 1977 المؤرخ في 25 ماي 1977 العلاقات بين المسوغين و المتسوغين فيما يخص تجديد كراء العقارات أو المحلات ذات الإستعمال التجاري أو الصناعي أو المستعملة في الحرف . هذا و لقد جاء بالفصل الأول من هذا القانون أنه " تنطبق أحكام هذا القانون على عقود تسويغ العقارات و المحلات التي يستغل بها ملك تجاري طيلة عامين متتاليين على الأقل سواء أكان على ملك تاجر أو صاحب صناعة أو صاحب حرفة " .

وحيث يستنتج من هذا الفصل أن التمتع بالحقوق و الامتيازات التي جاء بها قانون 1977 يفترض توفر ثلاث شروط على الأقل .

أولاً- وجود عقد كراء موضوعه عقار أو محل يستغل به ملك تجاري

ثانياً- تواصل عقد الكراء لمدة سنتين متتاليتين

ثالثاً- أن يكون هذا الملك التجاري على ملك تاجر أو صاحب صناعة او صاحب حرفة .

وعموماً إذا اعتبرنا أن عقد الإيواء الإلكتروني من قبيل عقود الكراء وإذا اعتبرنا كذلك أن تلك المساحة الافتراضية محل عقد الإيواء الإلكتروني هي من قبيل المنقولات وبالإضافة إلى ذلك و بقراءة الفصل الأول من قانون 1977 الذي اشترط وجود عقد تسويق لعقار أو محل يستغل به ملك تجاري طيلة عاميين متتالين حتى يتسنى الانتفاع بالحقوق والامتيازات الموجودة بهذا القانون فإن فرضية مدى إمكانية مطالبة المستخدم بالحق في التجديد وغرامة الحرمان وكل الحقوق التي جاء بها هذا قانون تبقى رهين تدقيق المقصود بالمحل وتدقيق طبيعته القانونية وبيان مدى إمكانية اعتبار ذلك الفضاء الافتراضي الذي يمارس به نشاط تجاري من قبيل المحلات و هل يمكن أن نتحدث عن محل افتراضي ؟

لقد أدى ظهور و إنتشار وسائل الإتصال الحديثة و منها الإنترنت إلى إنتعاش حركة التبادل التجاري للسلع و الخدمات بين مناطق مختلفة حول العالم , لذا كان المستقبل للتجارة الإلكترونية في أغلب منافذها و منها المحل الإلكتروني و الافتراضي .

فالمحل الإلكتروني في شكله البسيط ماهو إلا معرض افتراضي تجاري يسمح للعملاء بالتسوق من خلاله و بشكل آخر يمكن تعريف المحل الإلكتروني بأنه " عبارة عن معرض افتراضي يتم من خلاله عملية وضع السلع و الخدمات للعموم"<sup>13</sup>

وعموماً يختلف المحل الإلكتروني عن المحل التقليدي من خلال عالمية المحل الافتراضي و ذلك لأن رواد الإنترنت هم من جميع أنحاء العالم في حين أن أغلب المتاجر التقليدية هي محلية ضمن دولة معينة. و عليه و أمام حداثة هذا المصطلح و هاته الرؤية الثورية للمحل التجارية فإن المشرع التونسي لم يواكب هذا التطور و لم ينص صراحة على المحل الإلكتروني ولكنه كذلك لم يمنع الإعتراف به .

و حيث جاء بالفصل الاول من قانون 1977 " تنطبق أحكام هذا القانون على عقود تسويق العقارات و المحلات التي....."

وحيث بالعودة للصيغة الفرنسية لهذا النص نجد أنه ينص على ما يلي : « LES DISPOSITION DE LA :  
PRESENTE LOI S'APPLIQUENT AUX BAUX DES IMMEUBLES OU LOCAUX »

وحيث أن عبارة المحل في معناها العربي والفرنسي جاءت مطلقة وباعتبار أن القواعد العامة للقانون و خصوصاً الفصل 533 من مجلة الإلتزامات والعقود أكدت أنه إذا كانت عبارة القانون مطلقة جرت على إطلاقها فإنه لا وجود لأي مانع قانوني من تأويل وتفسير عبارة المحل الواردة بالفصل الأول من قانون 1977 وقراءة هذا المصطلح قراءة مستحدثة و ثورية دون المساس بالمبادئ القانونية العامة و دون إخراج النص من مجاله أو إفراغه من محتواه .

وعلى هذا الأساس و إنطلاقاً من هاته القراءة المتجددة فإنه لا مانع قانوناً من إمكانية مطالبة المستخدم بالحق في التجديد و غرامة الحرمان و كل الحقوق التي جاء بها قانون 1977 .

### الفقرة الثانية : اسم النطاق الإلكتروني :

تعتبر شبكة الانترنت عن ربط مجموعة من أجهزة الكمبيوتر بعضها البعض والتي يتم تبادل المعلومات فيما بينها باستخدام تكنولوجيا الاتصالات الالكترونية ، فنظراً للتوسع الهائل لشبكة الإنترنت و تزايد عدد أسماء المواقع فقد تم تقسيم أنواع أسماء النطاق إلى نوعين :

-**أسماء النطاق من المستوى الأول :** وهي التي نجدها في نهاية إسم النطاق التي تقع بعد النقطة الأخيرة الفاصلة في إسم النطاق والتي تقسم بدورها إلى قسمين , **أسماء النطاق الوطنية** , وهي تلك الأسماء الإلكترونية التي تنتهي بمجموعة أحرف تشير إلى إسم الدولة التي تنتمي إليها هذه الأسماء فبالنسبة لأسماء المواقع الإلكترونية التونسية مثلا نجد أنها تنتهي بحرفين من كلمة (tunisie) وهما (tn) و أسماء المواقع المصرية تنتهي ب (eg) و أسماء المواقع الفرنسية تنتهي ب (fr).....إلخ.

ونجد كذلك **أسماء النطاق الدولية** , وهذا النوع من الأسماء يعمل ضمن مؤسسة (الإيكان) وهي المؤسسة التي تتولى تخصيص الأسماء والأرقام على شبكة الإنترنت وأهمها مثلاً , (com) تدل على الشركات التجارية , (edu) تدل على مؤسسات التعليم العالي , و (gov) تدل على المواقع الحكومية . (net) وهي تدل على الشبكات و عادة تقدم خدمات عامة , (org) وهي للمنظمات.<sup>14</sup>

-**أسماء النطاق من المستوى الثاني:** وهي عبارة عن أسماء مواقع نوعية من المستوى الثاني و تتمثل وظيفتها في تحديد صفة صاحب الموقع الإلكتروني ويكون تسجيل أسماء المواقع فيها محصوراً بمن يثبت حمله لهذه الصفة و تحقيق كافة المتطلبات والشروط لتسجيل هذا الاسم .

النظام القانوني للمحل التجاري الإلكتروني , مذكرة تخرج لنيل شهادة ماجستير في الحقوق من إعداد كمال بلول و العيد محبوب 14 الصفحة 40 السنة الجامعية 2021/2020 كلية الحقوق بالجزائر.

وعمومًا لم يعرف المشرع التونسي إسم النطاق ولم يتعرض كذلك إلى طبيعته القانونية وبالرجوع إلى القانون المقارن وكذلك إلى الفقه المقارن نجد اختلافًا في تحديد الطبيعة القانونية لإسم النطاق.

#### -إسم النطاق والعلامة التجارية :

يمكن تعريف العلامة التجارية على أنها " إشارات مميزة تحدد سلعًا أو خدمات على أنها تلك التي ينتجها أو يوفرها شخص محدد أو مشروع محدد " <sup>15</sup>.

وعموما ورغم تعدد التعريفات القانونية واختلافها إلا أنها تشترك كلها على اعتبار وأن العلامة التجارية هي كل وسيلة يمكن أن تستخدم لتمييز المنتجات و الخدمات التي يقدمها الأشخاص أو الشركات عن غيرها من المنتجات و الخدمات التي تخص الغير و انطلاقا من ذلك ذهب إتجاه من الفقهاء إلى إعتبار أن إسم النطاق يعد من صنف العلامات التجارية و ذلك لعدد أوجه التشابه بينهما , كخضوعهما لوجوبية إجراءات التسجيل و كذلك لتشاركتهما في نفس الوظيفة ألا وهي القيام بوظيفة التمييز بين المنتجات سواء سلع أو خدمات بين التجار بالنسبة لمستخدمي الإنترنت.

#### -إسم النطاق و العنوان التجاري :

يعرف العنوان التجاري على أنه " الاسم الذي يتخذه التاجر عند ممارسته الأعمال التجارية و به يوقع جميع العقود و التصرفات القانونية التي يباشرها مع من يتعامل معهم بنشاطه التجاري " .

وللعنوان التجاري أهمية في كونه يدل على شخصية التاجر في المحيط التجاري و ما يتصل بهذه الشخصية من سمعة بين التجار و يلعب دور مهم في جذب الحرفاء <sup>16</sup>.

و على هذا الأساس يرى جانب من الفقه أن إسم النطاق هو من قبيل العناوين التجارية و استندوا في ذلك على أن ممارسة التجارة الإلكترونية تكون من خلال إنشاء متاجر على شبكة الإنترنت لها عناوين تجارية تتمثل في أسماء النطاق , و الصفات التي يتمتع بها العنوان التجاري هي نفسها التي يتمتع بها اسم النطاق من اجل تمييز مشروع تجاري عن آخر و جذب المستهلكين , و أيضا يعتبر إسم النطاق واجهة المحلات التجارية الإلكترونية تعرض فيها المنتجات و الخدمات.

#### -إسم النطاق و الإسم التجاري :

نصر الدين حسن أحمد : عناوين المواقع الإلكترونية تسجيلها و حمايتها و تنازعا مع الماركات التجارية . <sup>15</sup>

ص 20 دار المغرب للنشر

المرجع السابق. <sup>16</sup>

يعرف الاسم التجاري بكونه " الاسم الذي يجب على كل تاجر سواء كان شخصاً طبيعياً أو معنوي أن يتخذه لتمييز نشاطه التجاري , وأن يكون مختلف عن غيره من الأسماء التجارية ".<sup>17</sup>

هذا ويرى جانب من الفقهاء أن اسم النطاق هو من قبيل الأسماء التجارية وذلك لكونهما يتشبهان من حيث وظيفة التمييز بين المشاريع أو السلع أو الخدمات المعروضة للعموم.

وعموما يرى الفقه الفرنسي أن اسم النطاق يعد إشارة مميزة , ونعني بالإشارة المميزة كل ما يحدد هوية الشخص أو الفرد وبالتالي يعد اسم النطاق مثل الإسم التجاري والعنوان أو السمعة التجارية وبذلك يعد اسم النطاق من بين عناصر الأصل التجاري الافتراضي وهو حق مادي له قيمة تجارية وإقتصادية ويتم إكتسابه بالتسجيل , كما يمكن التصرف فيه ويتم حمايته طبقاً لأحكام قانون الملكية الفكرية وكذلك قانون الملكية الصناعية والتجارية و كذلك أحكام المسؤولية المدنية ودعوى المنافسة غير المشروعة .

كما جاء بحكم صادر عن المحكمة الابتدائية بباريس في 12 مارس 1998 أن إسم النطاق يؤدي وظيفة تحديد هوية الشركة وطبيعته القانونية تماثل الإسم التجاري والعنوان .

ويتعلق الحكم بنزاع على علامة ALICE و المملوكة لشركة ALICE D'ISOFT للخدمات والانشطة الاعلانية منذ عام 1975 و حيث قامت شركة أخرى لبيع البرمجيات عام 1997 بتسجيل إسم موقع يحمل نفس إسم شركة ALICE مما جعل هاته الاخيرة بوصفها متضررة تقوم برفع دعوى قضائية تطالب فيها بشطب اسم النطاق و التعويض لها عن الضرر الحاصل , و فعلاً إستجابت المحكمة لهذا الطلب و قضت بشطب الإسم مع غرامة تهديدية بقيمة 1000 فرنك عن كل يوم تأخير مع تعويض عن الضرر الحاصل بقيمة 10 الاف فرنك.

هذا وقد إستندت المحكمة في حثيتها على أن إسم النطاق يمثل على شبكة الإنترنت قيمة تجارية تماماً مثل الإسم التجاري والعلامة وأنه إذا كان الإسم التجاري يسجل بالسجل التجاري والعلامة بسجل العلامات فإن إسم النطاق يسجل لدى هيئة مختصة كذلك وأن تسجيل إسم نطاق مطابق للعلامة يعد منافسة غير مشروعة.<sup>17</sup> و عليه وعلى هذا الأساس وبالعودة إلى الفصل 189 من المجلة التجارية يمكن أن نعتبر أن إسم النطاق يعد من بين عناصر الاصل التجاري الافتراضي .

### الجزء الثاني : خصوصية الوسائل المستخدمة في الاصل التجاري الافتراضي :

إن خصوصية الأصل التجاري الافتراضي لا تقف عند العناصر المكونة له فقط وإنما تتجاوز ذلك بكثير , فالأصل التجاري الإلكتروني له بعض المقومات التي تدعم خصوصيته وهاته المقومات تتمثل في وسائل موجودة ولها

<sup>17</sup> مؤمن طاهر شوقي محمد : النظام القانوني لإسم النطاق ص 2 44 دار المغرب للنشر

نصوص قانونية تنظمها فلا يمكن أن نتحدث عن أصل تجاري دون أن نتحدث أيضا على الغاية من وجود هذا الأصل التجاري وهي ممارسة عمليات البيع والشراء ولذلك لا بد أن نتطرق إلى العقد الإلكتروني كوسيلة من الوسائل المستخدمة في الأصل التجاري الإلكتروني ( القسم الأول) وإذا إنطلقنا من عملية البيع والشراء فلا بد أن نتطرق كذلك إلى المقابل من هاته العمليات ونقصد هنا عملية دفع ثمن الخدمة أو المنتج مما يسوقنا للحديث أيضا عن وسيلة أخرى لا تقل أهمية عن العقد الإلكتروني والتي تتمثل في وسيلة الدفع الإلكتروني ( القسم الثاني)

### القسم الأول : العقد الإلكتروني :

تعتبر العقود الإلكترونية من قبيل العقود المُستحدثة التي فرضها التطور العلمي والتكنولوجي وهاته العقود نظراً لطبيعتها فإنها تتميز بخصوصية على مستوى إنعقادها وشروط صحتها (الفقرة الأولى ) و من ثم فإنها تتميز بخصوصية من جهة أخرى على مستوى إثباتها (الفقرة الثانية )

### الفقرة الأولى : خصوصية العقد الإلكتروني على مستوى إنعقاده:

من الملاحظ أن التقدم العلمي والتكنولوجي الهائل الذي تشهده البشرية في العصر الحديث يلقي بظلاله ونتائجه على كافة جوانب الحياة والعلاقات بين الأفراد والدول، ويبدو ذلك بوضوح بصدد ثورة الاتصالات والفضائيات والحاسبات الآلية والمعلوماتية عبر شبكة الإنترنت، ولذلك يتم تجسيد التجارة الإلكترونية عبر الأساليب التعاقدية ومن خلال العقد الإلكتروني الذي يعتبر من أهم الوسائل التي ساعدت على رواج تلك التجارة.

وبالتالي، لا مناص من التسليم بأن العقد الإلكتروني يعتبر بمثابة القلب النابض للتجارة الإلكترونية، حيث أنه يمثل ترجمة قانونية لتلاقي الإرادات بين البائع ومقدم الخدمة من ناحية والمشتري أو المستهلك من ناحية أخرى، ويقوم هذا العقد مثل العقد التقليدي على الثقة ويتطلب وسطاً قانونياً قوياً تحيطه العديد من الضمانات التي تعمل على تدارك المخاطر التي قد تصيب المعاملات المبرمة عن بعد، ويواكب التطور المتنامي في مجال التجارة الإلكترونية والتي أصبحت حقيقة قائمة.

هذا ويمكن تعريف العقد الإلكتروني بأنه "اتفاق بين شخصين أو أكثر يتلاقى فيه الإيجاب والقبول عبر تقنيات الاتصال عن بعد بهدف إنشاء رابطة قانونية أو تعديلها أو إنهاؤها"

وللعقد الإلكتروني العديد من الخصائص التي تميزه عن غيره من العقود المكتوبة، وتتمثل في الآتي:

أولاً: في إنه عقد إبرام عن بعد يتمثل بمجموعة من الإجراءات الفنية المسموعة والمرئية لإرسال واستقبال المعلومات عن بعد ، ونظراً لأن العقد الإلكتروني ينعقد عن بعد عبر تقنيات الاتصالات الحديثة ودون حضور

شخصي للمتعاقدين ، وهو الأمر الذي أدى إلى تحقيق العديد من المزايا الاقتصادية للمشروعات التجارية والعملاء على حد سواء

وبالنسبة للمشاريع السياحية أدى استخدامها للعقود الإلكترونية في معاملاتها التجارية إلى تخفيض النفقات الداخلية في هذه المشروعات وتقليص عدد العمال بها، وإمكانية الاتصال المباشر بالعملاء في منازلهم، وبالنسبة للعملاء فإنه يوفر الجهد والوقت إذ يغني هذا النوع من السلع والخدمات عن الحاجة إلى المتجر الذي تتواجد فيه هذه السلعة أو الخدمة، أو الانتظار في طابور للحصول على منتج معين.

**ثانياً:** وإن كان العقد الإلكتروني لا يعدو أن يكون عقداً تجارياً تقليدياً لا يختلف في أثره القانوني عن العقد المكتوب إلا أن العقد الإلكتروني ينفرد بالوسيلة التي ينعقد بها إذ يتم إبرامه عن طريق الإنترنت أو غيره من وسائل الاتصال الإلكترونية، وتطبيقاً لذلك فقد يتمثل العقد الإلكتروني في عقد بيع أو عقد قرض أو عقد إجازة أو عقد سمسرة، أو عقد تقديم خدمات، أو معلومات.

**ثالثاً:** أن العقد الإلكتروني عقد عابر للحدود فهو يتم بين شخصين كل منهما في دولتين مختلفتين.<sup>18</sup>

وعموماً نظم المشرع التونسي العقود الإلكترونية بمقتضى القانون عدد 83 لسنة 2000 المؤرخ في 9 أوت 2000 و المتعلق بالمبادلات و التجارة الإلكترونية .

العقد الإلكتروني لا يختلف عن العقد العادي في أركان انعقاده وشروط صحته والأثر المترتب عليه من حيث المسؤولية وإنما يختلف عنه في الوسيلة التي يتم إبرامه بها إذ يكتسب الطابع الإلكتروني من الطريقة التي ينعقد بها فينعقد بتلاقي الإيجاب بالقبول بفضل التواصل بين المتعاقدين بوسيلة مرئية مسموعة عبر شبكة دولية مفتوحة للاتصال عن بعد، ومتى كان العقد الإلكتروني لا يعدو أن يكون عقداً عادياً لا يختلف عنه إلا في الطريقة التي ينعقد بها عبر وسائل الاتصال الحديثة مثل الإنترنت فإنه يلزم أن نعرض للتنظيم الذي وضعه المشرع للعقد بمعناه التقليدي المنظم بمجلة الالتزامات و العقود.

فالعقد هو توافق إرادتين أو أكثر على إحداث أثر قانوني ، فالرضا أو التراضي هي قوام العقد، والتراضي ينصرف إلى إنشاء الالتزام وكل التزام لابد أن يكون له من محل وسبب وهذا هو العقد التقليدي وفقاً للنظرية العامة للالتزام.

وإذا كان العقد الإلكتروني يخضع في تنظيمه للقواعد والأحكام العامة التي تنظمها النظرية العامة للعقد بوجه عام ولكن يختلف بوسيلة إبرامه إذ أنه عقد يُبرم بين غائبين عن بُعد باستخدام وسائل إلكترونية حديثة لذلك كان لابد من التعرض إلى خصوصية العقد الإلكتروني من حيث شروط إنعقاده.

وهاته الخصوصية تتمثل من جهة أولى في عنصر الرضا فالتراضي هو أحد الأركان الأساسية لتكوين العقد الذي ينعقد بتوافق إرادتين بقصد إحداث أثر قانوني ، ويعتبر التراضي موجود إذا تطابقت إرادتا المتعاقدين، وتوافرت شروط صحة التراضي إذ بهذا ينعقد العقد ، ولكي يوجد التراضي لا بد من وجود إرادة لدى كلا من طرفي العقد ولا بد أن تتطابق الإرادتان والقانون يعتد بالإرادة إذا كانت صادرة ممن له القدرة على معرفة ما يترتب على الإرادة من آثار، والإرادة عمل نفسي لا أثر لها ما بقيت كامنة في نفس صاحبها لذلك يجب لكي يعتد القانون بالإرادة أن تتخذ مظهر خارجي يدل عليها ، فلكي ينعقد العقد بصفة عامة لا بد أن يصدر إيجاب من أحد المتعاقدين يعقبه قبول من الطرف الآخر ولا بد أن يقترن الإيجاب بالقبول وان يتطابق كل من الإيجاب والقبول.

و بالنسبة لتعريف الإيجاب بشأن العقد الإلكتروني فقد عرفه التوجه الأوروبي الصادر في 1997/5/20 بأنه " كل اتصال عن بعد يتضمن كافة العناصر اللازمة لتمكين المرسل إليه من أن يقبل التعاقد مباشرة ويستبعد من هذا النطاق مجرد الإعلان"

و عموماً فإن لفظ إلكتروني إذا ما أضيف إلى الإيجاب فلا يؤثر في معناه المذكور شيء وفقاً للنظرية العامة للالتزامات ، فالمسألة مجرد وصف لا أكثر بسبب اختلاف وسيلة التعبير عن الإرادة، فالتعبير في العقد الإلكتروني يتجسد في وسائل الاتصال الحديثة عن طريق الوسائل الآتي ذكرها :

**أولاً: الإيجاب عبر البريد الإلكتروني:** ويهدف الإيجاب الذي يتم عبر البريد الإلكتروني أن يكون العرض لأشخاص محددين وذلك في حالة إذا ما رغب التاجر في أن يخصص الإيجاب لأشخاص الذي يرى إنهم قد يهتمون بمنتجه دون غيرهم من أفراد الجمهور، ويلاحظ أن الإيجاب إما أن يكون موجه لشخص واحد فقط أو موجه لعدة أشخاص، وأن الإيجاب الموجه لشخص واحد هو إيجاب غير ملزم إلا إذا كان الإيجاب خلال مدة معينة يلتزم من خلاله الموجب بالبقاء على إيجابه طوال تلك المدة، وفي حالة الإيجاب غير الملزم يمكن رفضه عبر البريد الإلكتروني إذا قام الموجب له بإغلاق جهاز الحاسب الآلي أو انتقل إلى موقع آخر غير موقع الموجب.<sup>19</sup>

**ثانياً: الإيجاب الذي يتم عبر صفحات الويب:** وهذا النوع من الإيجاب لا يختلف كثيراً عن الإيجاب الصادر من الصحف أو عبر التلفاز وذلك لأنه إيجاباً مستمراً على مدار الساعة، وأن هذا الإيجاب يكون في الأغلب موجه إلى الجمهور وليس إلى فرد معين، وذلك إن الإيجاب الصادر عبر صفحات الويب لا يكون محددًا بزمن وإن كان محددًا بنفاذ الكمية أو مدة معقولة كما في الإيجاب التقليدي ليس إلا وفي مثل هذه الحالة يكون الإيجاب كاملاً إذا استكمل شروطه العامة.<sup>20</sup>

د. خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، دار الفكر العربي، الإسكندرية، 2005، ص 131. 19

نفس المرجع السابق 20

**ثالثاً: الإيجاب عبر المحادثة أو المشاهدة:** وهنا يستطيع المتعامل على شبكة الإنترنت أن يرى المتصل معه على شاشة الحاسب الآلي، وأن يتحدث معه وذلك عن طريق كاميرا بجهاز الكمبيوتر لدى كل من الطرفين، ويتصور في هذه الحالة أن يصدر من أحد الطرفين إيجاباً يصادفه قبولاً من الطرف الآخر وهنا ينعقد العقد بناء على تلاقي الإيجاب والقبول وتكون أمام تعاقد بين حاضرين حكماً.<sup>21</sup>

أما بالنسبة للقبول فهو تعبير عن إرادة من وجه إليه الإيجاب يفيد موافقته على الإيجاب ويؤدي القبول إلى إتمام العقد متى وصل إلى علم الموجب وكان الإيجاب لا يزال قائماً أي لم يكن قد سقط لسبب من الأسباب كموت الموجب أو الموجب له أو بفقد أحدهما الأهلية .

والقبول الإلكتروني يتوافق مضمونه مع المعنى السابق كل ما في الأمر أنه يتم من خلال وسيط إلكتروني ويصدر في الغالب من المستهلك ويتم عن بعد.

وإذا كان القبول العادي قد يكون صريحاً أو ضمناً، فإن القبول الإلكتروني لا يكون إلا صريحاً سواء باستعمال لفظ صريح ومباشر يدل على المعنى المقصود ويتم إما عن طريق اتصال تليفوني عبر الإنترنت أو عن طريق المحادثة الكتابية MIRC أو عن طريق البريد الإلكتروني.<sup>22</sup>

### **الفقرة الثانية: خصوصية العقد الإلكتروني على مستوى إثباته:**

يعرف الإثبات أنه إقامة الدليل أمام القضاء بالطرق التي يحددها القانون على صحة واقعة قانونية يدعيها أحد طرفي الخصومة وينكرها الطرف الآخر ومن هذا يتضح أن الإثبات المقصود هو الإثبات القضائي الذي يتم عن طريق تقديم الدليل أمام القضاء وأن ينصب على واقعة أو تصرف قانوني معين وان يكون بالطريقة التي يحددها القانون

وعموماً فإن الإثبات في المعاملات الإلكترونية تعتره الكثير من الصعوبات من الناحية التقنية نظراً لحدثة هذه التكنولوجيا وتعقيدها فالإثبات له أهمية بالغة حيث أن الحق يتجرد من كل قيمة إذا لم يتم الدليل على الحادث الذي يستند إليه فالدليل هو قوام حياة الحق ، فالحق المجرد من دليل يصبح عند المنازعة هو والعدم سواء ، والنظام القانوني للإثبات يقوم أساساً على الكتابة على مستند ورقي يوقع بخط اليد ممن صدرت عنه الكتابة فالكتابة من ناحية والتوقيع الخطي من ناحية أخرى هما عنصرا الدليل الكتابي للإثبات ، والمشكلة تظهر في

<sup>21</sup> نفس المرجع السابق

<sup>22</sup> نفس المرجع السابق

مدى اتفاق الوسائل التقنية الحديثة في انجاز المعاملات مع المتطلبات القانونية لإثبات التصرفات القانونية من ناحية ومدى قبول الوسائل الجديدة كدليل مقنع للإثبات من ناحية أخرى.

وعموما أحدث المشرع التونسي بموجب القانون عدد 83 لسنة 2000 و المؤرخ في 9 أوت 2000 و المتعلق بالمبادلات و التجارة الإلكترونية إمكانية إمضاء الوثائق إلكترونياً و ذلك من خلال تقنين منظومة إحداث الإمضاء و منظومة التدقيق في الإمضاء .

هذا و عرف القانون الفرنسي التوقيع الإلكتروني 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 وقع و يعبر عن رضائه بالالتزامات التي تنشأ عن هذا التصرف و عندما يكون إلكترونياً فيجب أن يتم باستخدام وسيلة آمنة لتحديد هوية الموقع و ضمان صلته بالتصرف الذي وقع عليه "

وقد عرفه بعض الفقهاء كذلك بأنه " بيان مكتوب بشكل إلكتروني يتمثل في حرف أو رقم أو رمز أو إشارة أو صوت أو شفرة خاصة ومميزة ينتج من إتباع وسيلة آمنة ، وهذا البيان يلحق أو يرتبط منطقياً ببيانات المحرر الإلكتروني في الدلالة على هوية الموقع على المحرر والرضاء بمضمونه"

و عموماً للتوقيع الإلكتروني أهمية كبرى في شتى المجالات منها :

- تحويل المعلومات الشخصية بصورة سرية ومضمونة لكل مواطن

- يمكن الاعتماد اعتماداً كلياً على التوقيع الإلكتروني ضمن الإجراءات القانونية والقضائية في المنازعات بين الأشخاص والشركات الخاصة أو المؤسسات والهيئات الحكومية

. توفير الهوية الرقمية لكل مواطن

-التوفير في جميع إجراءات إرسال البيانات إلى المواطن والحصول على المعلومات منه (التوفير في الورق، الطلبات، الطباعة، إلخ)

-توفير عامل الوقت الثمين للمواطن والموظف وفي هذه الحالة لن يضطر المواطن إلا أن يذهب بسيارته أو باستخدام وسائل النقل إلى الدوائر الحكومية والانتظار مطولاً كما هو الحال في بلداننا العربية وعلى النقيض تماماً في البلدان الغربية.

هذا ونظراً للتطور المذهل في وسائل الاتصالات وفي مجال نظم المعلومات فقد تعددت صور التوقيع الإلكتروني وأنواعه بحسب الوسائل أو التقنية التي تستخدم في إنشاء التوقيع والتي تختلف تبعاً لاختلاف الطريقة التي يتم بها، وهي تختلف أيضاً من حيث توافر الثقة، والأمان ووسائل الحماية التي تعتمد على الوسيلة التقنية الحديثة

وتتمثل أهم صور التوقيع الإلكتروني في: التوقيع البيومتري، التوقيع بالقلم الإلكتروني، التوقيع الرقمي، التوقيع الكودي أو السري.

### القسم الثاني : خصوصية الوسائل المستخدمة في عملية الدفع:

إن تقنية المعلومات أو ما يسمى بالبرمجيات ووسائل الإتصال وشبكة الإنترنت و بفضل هذا التطور التكنولوجي زادت الحركية التجارية للتجارة الإلكترونية وهذا أدى بالنتيجة إلى زيادة عمليات البيع والشراء , مما يعني أن هناك تنافس تجاري في عرض السلع والخدمات وهذا ما فرض حتمية وجود وسائل دفع إلكترونية لإتمام عمليات البيع والشراء بين التجار والمستهلكين.

وللحديث أكثر عن زيادة إبرام المعاملات التجارية الإلكترونية فإنه يستلزم التطرق إلى وسائل الدفع الإلكتروني من جهة ( الفقرة الأولى) ثم من جهة أخرى وأمام التطور الرقمي المشهود فهل يمكن الحديث أيضا عن الدفع بواسطة العملة الرقمية ( الفقرة الثانية ).

### الفقرة الأولى: وسيلة الدفع الإلكتروني :

لقد شهد الإنسان تطورات فكرية وعلمية كثيرة عبر الزمن جعلته يرقى ويسمو ويتطور ويواكب المتغيرات والحاجيات، وتعتبر التكنولوجيا أحد أهم التطورات التي ساهمة في تأسيس العالم المعاصر إذ أصبحت في الوقت الحالي مقياس للتخلف والتخلف ساهم التقدم العلمي والتطور التكنولوجي الهائل الذي شهده العالم في العصر الحديث في زيادة حجم التبادل الإقتصادي والتجاري بين دول العالم وبين الأفراد فأصبحت شبكة الأنترنت أحسن وأسرع وسيلة للإتصال والتواصل وكذلك نقل المعلومات بكل سهولة سواء بالنسبة للناقل أو حتى بالنسبة للمتلقي وهذه الثورة المعلوماتية كانت سبب رئيسي في ميلاد المعاملات الإلكترونية وبفضلها أصبح العالم بحجمه الواسع قرية صغيرة فزالت كل الحدود الجغرافية بين دول العالم وتم اختصار كل من الزمان والمكان ولم تدخل الشبكة العنكبوتية حياتنا فقط بل دخلت منازلنا وأعمالنا ومدارسنا لتصبح من أهم الوسائل التي نستخدمها يوميا من أجل قضاء حوائجنا، وليس فقط الفرد بل حتى الدول ككيان مستقل بذاته وبرز الدور الكبير الذي تلعبه البنوك بعد أن استعانت بالتكنولوجيا لتقديم خدماتها للعميل باعتبارها آلية من أليات التنظيم وتحويل واحتواء الأموال.

هذا وقد واكب المشرع التونسي التحولات التكنولوجية وذلك بتأطير مسألة التحويل الإلكتروني للأموال من الناحية القانونية بمقتضى القانون عدد 51 لسنة 2005 المؤرخ في 27 جوان 2005 والمتعلق بالتحويل الإلكتروني للأموال .

وحيث لم يعرف هذا القانون المقصود من التحويل الإلكتروني للأموال و إكتفى بتنظيم العلاقة بين المصدر و المنتفع و مسؤولية كل منهما .

وعمومًا تختلف القوانين المقارنة في تعريف التحويل الإلكتروني للأموال وذلك تبعًا لاختلاف الفلسفة القانونية و الاقتصادية لكل منهما حيث جاء بالقانون الأمريكي الصادر في عام 1978 أن التحويل الإلكتروني هو " تحويل أموال يتم عبر وحدة طرفية إلكترونية أو هاتف أو جهاز كمبيوتر (شاملًا الخدمات المصرفية الأونلاين) أو شريط ممغنط بغرض أمر أو توجيه أو تحويل مؤسسة مالية بإجراء قيد دائن أو مدين في حساب عميل."

في حين أورد القانون التجاري الموحد Uniform Commercial Code بالمادة 104 منه بأن التحويل الإلكتروني للأموال هو سلسلة من الصفقات تبدأ مع أمر الدفع الصادر من المصدر بهدف الدفع للمستفيد ويتم التحويل بقبول مصرف المستفيد دفع قيمة التحويل لمصلحة المستفيد المبين في أمر الدفع.

أما القانون الأسترالي فقد عرف التحويل الإلكتروني للأموال بأنه " نقل القيمة إلى أو من حساب التحويل الإلكتروني للأموال بما في ذلك بين حسابين للتحويل الإلكتروني أو بين حساب تحويل إلكتروني و حساب آخر."

وعمومًا و بطريقة أكثر تبسيطًا نعني بالتحويل الإلكتروني للأموال هو ذلك الأمر الذي يصدره صاحب الحساب البنكي للمؤسسة البنكية المفتوح لديها الحساب و الذي يتم بمقتضاه تحويل قدر معين من الأموال وفقًا للأمر الصادر للبنك و ذلك لحساب شخص آخر سواء كان هذا الحساب مفتوح بنفس المؤسسة البنكية أو مؤسسة بنكية أخرى .

وعمومًا عرف المشرع التونسي بالقانون عدد 51 لسنة 2005 أداة التحويل الإلكتروني

بأنها كل وسيلة تمكن من القيام إلكترونيًا بصفة كلية أو جزئية بإحدى العمليات التالية :

-تحويل المبالغ المالية.

-سحب الأموال وإيداعها .

-النفاذ إلى الحساب .

-إعادة شحن وسيلة قابلة للشحن أو تفريغها.

كما عرف المصدر بأنه كل شخص معنوي يخول له القانون في إطار نشاطه التجاري وضع أداة تحويل إلكتروني للأموال على ذمة شخص آخر طبقاً لعقد مبرم بينهما .

كما عرف المنتفع بأنه كل شخص يمتلك أداة تحويل إلكتروني للأموال بموجب عقد مبرم مع المصدر .

هذا ويكون تسليم البطاقة البنكية وهي " كل أداة تحويل إلكتروني للأموال تكون وظائفها محمولة على وثيقة مغناطيسية أو ذكية " وذلك من خلال إتفاق مسبق بين المصدر ( البنك ) و المنتفع وقبل إبرام هذا الإتفاق ألزم القانون الصادر في 2005 بفصله الثاني المصدر بإعلام المنتفع بصفة جلية و مكتوبة أو بواسطة وثيقة إلكترونية موثوق بها بمجموعة من المعلومات , كالشروط القانونية و التعاقدية التي تنظم إصدار أداة التحويل الإلكتروني للأموال و إستعمالها , السقف المحدد للعمليات المسموح بإجرائها بواسطة أداة التحويل الإلكتروني للأموال.

كما ألزم البنك بأن يضع مجاناً على ذمة العموم وثيقة تحتوي جميع البنود التعاقدية التي تنظم استعمال أداة التحويل الإلكتروني للأموال .

هذا وتقع على عاتق المنتفع عديد الالتزامات القانونية والتي من بينها أن يستعمل أداة التحويل الإلكتروني للأموال طبقاً لما أعدت له و حسب كما عليه أن يمتنع عن التعريف و ترك معرفه الشخصي في يد الغير , كما يتعين عليه أن يُعلم البنك بالعمليات التي تم تثقيفها بالحساب دون موافقته و بالأخطاء و الإخلالات التي تسربت للحساب .

و عموماً يطرح التساؤل في ما يخص التحويل الإلكتروني للأموال عن مسؤولية البنوك عند القيام بعملية التحويل خصوصاً و أن المؤسسة البنكية هي الهيكل المخول له تنفيذ عملية التحويل من الناحية القانونية و التقنية ؟

في إطار توسيع نشاطات البنك و تحسين الخدمات التي يقدمها للعميل استعان المصرف بوسائل جديدة، مما يجعله يقدم خدمات في أي مكان في العالم عبر هذه الوسائل الحديثة عن طريق التحويل الإلكتروني للأموال بحيث يكون البنك ملزماً بتنفيذ هذه العمليات الإلكترونية عن طريق التكنولوجيا الحديثة التي يستفيد منها كل زبائن البنك فهي تتميز بمواكبة التطورات و تتميز بالسرعة و على الرغم من أن هذه الخدمات الحديثة التي يقدمها البنك لديها الكثير من المزايا إلا أنها لا تخلو من العيوب و الأخطاء و غيرها من السلبيات التي قد ترتب مسؤولية على البنك و قد تكون هذه المسؤولية مدنية و كذلك مسؤولية جزائية طبقاً للقواعد العامة للمسؤولية و كذلك للنصوص الواردة بالقانون المؤرخ في 2005 و المتعلق بالتحويل الإلكتروني للأموال .

- المسؤولية المدنية للبنوك عند التحويل الإلكتروني للأموال :

على اعتبار أن المسؤولية المدنية و بصفة عامة هي ذلك الإلتزام الذي يقع على عاتق الشخص و يفرض

عليه تعويض الأضرار التي أحدثها ، وعند تنفيذ البنك لإحدى الخدمات البنكية منها التحويل الإلكتروني

للأموال فإنه قد يتعرض لقيام المسؤولية المدنية بحقه سواء كانت المسؤولية ناتجة عن إخلال البنك بالعقد المبرم مع العميل أو ناتج عن الإخلال بالالتزام القانوني

إذا تحققت مسؤولية البنك فإنه لا يمكن تصور ها إلا بقيام أركانها الثلاثة وهي الخطأ الذي

يسبب ضرراً للعميل سواء في ماله أو سمعته وكذلك العلاقة السببية بين كل من الخطأ الذي وقع من البنك و الضرر الذي يصيب العميل.

هذا وتعرف المسؤولية على أنها ذلك الإلتزام الذي يقع على الانسان بتعويض الضرر الذي ألحقه بالأخر بفعله و عموماً نص الفصل 7 من قانون قانون 2005 أنه يتعين على البنك قبل إنجاز عملية التحويل التثبت من هوية المنتفع و من أداة التحويل الإلكتروني للأموال ويكون البنك مسؤولاً في الحالات التالية :

-تنفيذ عملية لم يعط المنتفع في شأنها إذناً.

-تنفيذ عملية مع العلم بزور أداة التحويل .

-تنفيذ عملية بعد إعتراض المنتفع وفقاً للإجراءات و الأجل المنصوص عليها بالفصل 10 من هذا القانون

-عدم تنفيذ العملية المأذون بها بواسطة أداة التحويل .

-وجود خلل في الوسائل التقنية أو خطأ في إستعمالها أو عيب في أداة التحويل الإلكتروني للأموال .

و على هذا الأساس إذا قام البنك بإحدى هاته الأفعال المذكورة أنقاً فإنه محمول عليه واجب التعويض للحريف المتضرر و عليه و في الحالة التي يتكون فيها البنك مسؤولاً يجب عليه أن يدفع للحريف المتضرر في أجل لا يتجاوز شهر من تاريخ الإعلام , قيمة العملية العملية المتنازع فيها و المصاريف و فوائض التأخير المنجزة عنها و ذلك بقطع النظر عن التعويض عن الخسائر الأخرى التي قد تلحق المنتفع ( الحريف المتضرر ).

هذا ولا يعفى البنك من هاته المسؤولية إلا أثبت أن الامر راجع إلى القوة القاهرة أو الأمر الطارئ أو خطأ الحريف نفسه

- المسؤولية الجزائية للبنوك عند التحويل الإلكتروني للأموال :

جاء بالفصل 17 من قانون 2005 المتعلق بالتحويل البنكي للأموال أنه يعاقب بالسجن مدة عشرة أعوام و بخطية قدرها 10 آلاف دينار كل من :

زور أداة تحويل إلكتروني للأموال أو إستعملها مع علمه بأنها مزورة .

و كل من قبل تحويله بإستعمال أداة التحويل مزورة مع علمه بذلك .

وعموما نفهم من هذا الفصل أن المشرع أقر صراحة مسؤولية البنوك الجزائرية عند إستعمال أداة التحويل الإلكتروني للأموال بطريقة غير شرعية لكن ما يجب تأكيده أنه في حقيقة لا توجد عقوبة جزائية سالبة للحرية يمكن أن تسلط على المؤسسة البنكية في حد ذاتها لتعارض ذلك مع الطبيعة المعنوية للمؤسسات البنكية ولعدم إقرار المجلة الجزائرية بصفة صريحة للمسؤولية الجزائية للذوات المعنوية و أمام هاته الوضعية فإن من يتحمل المسؤولية الجزائية هو العون البنكي الذي قبل التحويل مع علمه بأن أداة التحويل مزورة وذلك تطبيقاً لمبدأ شخصية العقوبة.

### الفقرة الثانية : مدى إمكانية الدفع بواسطة العملة الرقمية:

تعرضت النقود لعدة متغيرات منذ نشأتها؛ بسبب التطور الذي يطرأ على تعاملات البشر، فمنذ بداية تعامل البشر بتداول وسائل الدفع عن طريق الأطعمة والجلود إلى أن وصلت للتعامل بالمعادن الثمينة كالذهب والفضة، ولصعوبة نقل المعادن الثمينة؛ اتجهت الحكومات إلى إصدار سندات و عملات ورقية تقوم مقام المعادن الثمينة كوسيلة للتداول وتسوية المدفوعات وذلك لسهولة نقلها وحمايتها من المخاطر.

ومع بداية ثورة التكنولوجيا التي اجتازت جميع التعاملات البشرية بما فيها التعاملات المالية والتحول الإلكتروني للتجارة وتغير وسائل الدفع التقليدية، كان لابد على الدول استحداث النقود الرقمية لمجاراة الشركات الخاصة التي تتميز بطبيعتها التجارية بقصد تحقيق الربح المالي.<sup>23</sup>

هذا وتحظى العملة الافتراضية بإنتشار واسع في مختلف أنحاء العالم حيث إعترفت ألمانيا رسمياً بأن "البتكوين" نوع من النقود كما أقر القضاء الفدرالي الأمريكي بأن "البتكوين" نوع من أنواع النقود وعملة يمكن إخضاعها للتنظيم الحكومي لكن دون إعتراف الولايات المتحدة الأمريكية بها بشكل رسمي , كما إحتضنت كندا أول جهاز صراف آلي ATM لعملة البتكوين , كما إتخذت عملت البتكوين سبيلاً للإنتشار في الدول العربية كالأردن و دبي .

لكن و أمام هذا الإنتشار الواسع للعملات الافتراضية في العالم هناك العديد من الدول التي لم تعترف إلى حد الآن بهذا النوع الجديد من العملة ومنها القانون الجزائري والقانون التونسي الذي تجاوز ذلك إلى حدود تجريم التعامل بالعملات الافتراضية و منع التعامل بها .

<sup>23</sup> التنظيم القانوني للعملات الرقمية المستحدثة في التشريع الإماراتي والمقارن ( دراسة تحليلية مقارنة ) عبد الله ناصر عبيد نصيري الزعابي

وعمومًا يرتبط مفهوم العملة بسيادة الدولة حيث تشكّل العملة الوطنية تجسيداً لاستقلالية سياستها النقدية والمالية، وتعد عملية إصدار النقود، والمحافظة على استقرار سعر العملة الوطنية، من أولى المهام التي تضطلع بها الدولة ومن أكثرها أهمية نظراً لحساسيتها الشديدة لمختلف التأثيرات الداخلية والخارجية، وانعكاساتها المباشرة على النظام الاقتصادي فيها .

هذا وقد تولى المشرع التونسي بموجب الفصل 8 من قانون 25 أفريل 2016 والمتعلق بضبط النظام الأساسي للبنك المركزي التونسي بإسناد هذا الأخير صلاحية إصدار العملة التونسية حيث جاء بالفصل المذكور أنه يتولى البنك المركزي التونسي خاصة :

-إصدار العملة وتعهدا وتسهيل تداولها في البلاد التونسية .

وإضافة إلى ذلك فإن القانون التونسي قد نظم كل المسائل التي تتعلق بالعملة سواء في خصوص الصرف أو التجريم و ذلك بالمجلة الجزائية ومجلة الصرف والتجارة الخارجية ومجلة الديوانة ونصوصها التطبيقية .

وعمومًا أمام إنتشار هذا النوع الجديد من العملات في العالم إنقسم فقهاء القانون والخبراء في المجال المالي و الإقتصادي حول الطبيعة القانونية للعملات الافتراضية وأمام هذا الغموض حول ماهية العملات الافتراضية كان لابد من التساؤل حول طبيعتها .

للإجابة عن هذا الإشكال كان لابد أن نبين الإطار المفاهيمي للعملة الافتراضية من جهة قبل التعرض لطبيعتها القانونية وموقف المشرع التونسي منها .

- مفهوم العملة الافتراضية :

تعتبر العملة الافتراضية من أحدث إفرزات الثورة الرقمية، وهي تمثل أحد أشكال النقود الرقمية المتاحة في العالم الافتراضي، وتعد من النقود الرقمية لأنها موجودة حصراً في الفضاء الرقمي، حيث يتم إنتاجها بواسطة برامج حاسوبية وتكون مخزّنة في محافظ الكترونية، ولا يمكن الوصول إليها إلا بواسطة الحواسيب أو الهواتف الذكية التي تكون قيد الاتصال بشبكة الأنترنت، فقد جاء تعريفها في المادة 117 من قانون المالية الجزائري لسنة 2018 بأنها "تلك التي يستعملها مستخدمو الأنترنت عبر شبكة الأنترنت، وهي تتميز بغياب الدعامة المادية كالقطع والأوراق النقدية وعمليات الدفع بالصك أو البطاقة البنكية".

كما تم تعريف العملة الافتراضية من قبل بنك التسوية الدولية BIS بأنها "منتجات مخزونة القيمة أو مدفوعة مقدماً، تكون فيها القيمة المسجلة والمتاحة للمستهلك مخزّنة على جهاز إلكتروني في حيازته، تلك القيمة يشتريها

المستهلك كما يشتري السندات المدفوعة مقدما، وتنخفض هذه القيمة كلما استخدم المستهلك الجهاز الإلكتروني في عمل مشترياته "

فتكون بذلك جميع العملات الافتراضية رقمية، في حين لا تعتبر جميع النقود الرقمية افتراضية، فالنقود الإلكترونية هي أيضا نقود رقمية، إلا أنها تختلف عن النقود الافتراضية في كونها مرادف إلكتروني للنقود التقليدية الورقية، فهي رصيد نقدي ورقي محمل إلكترونيًا في بطاقة بلاستيكية Carte Bancaire ممغنطة تصدرها بنوك تقليدية، أو بنوك افتراضية .

هذا تعرف سوق التبادل بالعملات الرقمية حاليا ما يقارب الستين عملة افتراضية، أهمها البتكوين إلى جانب عملات أخرى مثل ليتكوين ( LTC ) ، اثوريوم ( ETH )، زاد كاش ( ZEC )، الريبل ( XPL )، وداش ( DASH ) ) ، يتم خلق هذه العملات عبر شبكة الأنترنت وفقا لآليات محددة عن طريق ما يعرف بالتعدين وذلك باستخدام برامج مجانية مفتوحة المصدر يتم تثبيتها على حواسيب المعدنين، وبمجرد تشغيل البرنامج يكون الحاسوب قيد الاتصال مع شبكة العملة، ليبدأ في القيام بحسابات معقدة وفك شفرات الحظر، حيث يحتاج المعدن في هذه العملية إلى حل مجموعة من الخطوات الرياضية والمنطقية المتسلسلة لكشف سلسلة طويلة من الأرقام والحروف تميل إلى التعقيد كلما ارتفعت الكمية التي يتم إصدارها ، وفي حال نجاح الحاسوب في الوصول إلى الحل بشكل صحيح يحصل المستخدم على عدد معين من وحدات العملة الافتراضية المنتجة، التي يتم تخزينها بعد ذلك في المحفظة الرقمية الخاصة به، وكلما تم خلق مجموعة جديدة من القطع النقدية الافتراضية لدى كل مستخدم يتم توزيع هذه المبالغ وفق خوارزمية معينة تجنيها مخاطر التضخم، فمثلا لا يمكن أن تصل القيمة الكلية لعملة بتكوين المتداولة في السوق لأكثر من 21 مليون وحدة بتكوين حول العالم .

هذا وتتميز العملة التقليدية عن العملة الافتراضية بكونها عملة ذات وجود مادي ملموس وتصدر عن سلط مختصة ( البنك المركزي في تونس هو الهيكل الوحيد الذي خول له القانون إصدار العملة ) وتحكمها قوانين خاصة وتصدرهاته العملات التقليدية إما في شكل أوراق نقدية أو قطع نقدية "مسكوكات" كما أن لهذه العملة بعد سياسي حيث إنها تعد رمزا من رموز السيادة وأن الإعتداء عليها هو إعتداء على سيادة الدولة وجريمة من الجرائم التي تقع على أمن الدولة وهو ما إنتهجه القانون التونسي مثلما سنبين ذلك لاحقًا.

هذا وتعد الخصائص التي تميز عملة البتكوين عن العملة التقليدية هي محور الابتكار كذلك النظام المميز لألية عملها القائم على نظام رياضي خوارزمي يضمن أمنها ويعزز من ثقة المستخدمين والمتعاملين به كنظام نقدي بديل و من خصائص عملة البتكوين كأحد أشهر العملات الافتراضية نجد :

\*نظام الإصدار أو ما يعرف بالتعدين حيث تختلف عملية إصدار عملة البتكوين نهائيا عن النقود القانونية الورقية أو النقود الرقمية التي يتم إصدارها من البنوك المركزية، والتي تستمد سلطة إصدارها من سيادة الدولة التي تخضع لها،

في حين أن إصدار عملة البتكوين الافتراضية تتطلب برامج خاصة لعملية إصدارها، وتتم هذه للعامّة عبر أجهزة الحاسب الآلي المرتبطة بشبكة الإنترنت، وتتم عملية الإصدار بحلّ مسائلٍ معقدة لا يستطيع العقل البشري حلها إلا بواسطة أجهزة الحاسب، وكلما كانت الأخيرة ذات كفاءة عالية زادت عملية التعدين وحصول المعدن على عدد من عملات البتكوين التي يتم تخزينها في محفظة إلكترونية خاصة بالمعدن.<sup>24</sup>

\*ضوابط الإصدار حيث تعد عملة البتكوين عملة غير نظامية، أي لا يتم إصدارها من قبل الجهات الرسمية كالبنوك المركزية .

- الطبيعة القانونية للعملات الافتراضية :

أحدثت العملات الرقمية اختلافاً حول مدى اعتبار العملات الرقمية شكلاً جديداً من أشكال النقود قانونياً من عدمه وقد إتخذ فقهاء القانون حول العالم عديد الآراء فيما يلي حوصلة لأهمها :

الرأي الأول : يعتبر أن العملات الرقمية هي إحدى أشكال النقود القانونية.

الرأي الثاني : يعتبر أن النقود الرقمية تعد صورة غير مادية للنقود التقليدية ، فإصدار العملات

الإلكترونية يتم من خلال تحويل شكل النقود من الصيغة الورقية إلى الصيغة الإلكترونية فهي إحلال شكل النقود محل شكل آخر.

الرأي الثالث : يرى أن العملات الافتراضية هي أداة إئتمان و طبقاً لهذا الرأي فإن العملات الإلكترونية – التي هي عبارة عن الرصيد النقدي المسجل إلكترونياً على بطاقة مختزنة القيمة - تعد ائتمان لأن هذا الرصيد يعد نوعاً من الديون بالنسبة لمصدرها. ويتمثل الالتزام القانوني لمصدر البطاقة في مواجهة حاملها في الوحدات النقدية والرقمية الإلكترونية المسجلة على البطاقة، ويتشابه ذلك مع حقيقة أن الالتزام القانوني للحكومة حيال حائز.

الرأي الرابع : النقود الرقمية تعد شكلاً جديداً من أشكال النقود إذا توافرت ضوابط معينة حيث يذهب هذا الرأي إلى الضوابط المالية الخاصة بالنقود القانونية المتداولة بين العامة، فيشترط بعض الشروط والمتمثلة في أنه حتى يصبح الشيء نقوداً يجب أن يكون قابلاً للقياس والقبول العام كوسيط للتبادل و وسيلة للدفع وأداة لإبراء الذمة، دون وجود مانع يمنعها من القيام بدورها، وعليه تعد النقود الرقمية - ووفق هذا الرأي - شكلاً جديداً من أشكال النقود متى توافرت الضوابط التي تم ذكرها.

والعملات الافتراضية على استقرار النظام النقدي العالمي"، مجلة آفاق Bitcoin نور الدين صويلحي، "أثر البتكوين - 24  
- علمية، المركز الجامعي لمتنراست، الجزائر، المجلد: 10 ، عدد 02 ، سنة 2018 ، ص ص 219 - 238 ، ص ص 223  
225

وعموما أمام هذا الإختلاف في الآراء حول الطبيعة القانونية للعملات الافتراضية تبقى بعض الدول التي لم تحين قوانينها ولم تواكب التطورات العالمية متخوفة من إدخال هذا الصنف من العملات الرقمية إلى نظمها القانونية و منها المشرع التونسي الذي سنبين موقفه من العملات الرقمية .

#### - موقف المشرع التونسي من العملات الافتراضية :

بالبحث في النصوص القانونية التونسية وتحديداً بمجلة الصرف والتجارة الخارجية لسنة 1976 يتبين ما يلي :

حيث تحدد بمقتضى الفصل الاولى والثاني العمليات الحرة التي يمكن من خلالها تصدير رؤوس الاموال وفوضت للبنك المركزي اختصاص انجاز هذه العمليات او بتفويض منه لوسطاء مقبولين

كما جاء الفصل السادس ليلزم الاشخاص الطبيعيين والمعنويين في تونس بايداع اوراق نقدية اجنبية ومن كل ماهو محرر بنقد اجنبي من شيكات ورسائل اعتمادات نقدية وكمبيالات وسندات تجارية وكل رسوم ديون اخرى لدى وسيط مقبول.

كما بالفصل 21 من نفس المجلة ان الدفعوات بين المقيمين يجب انجازها في البلاد التونسية الا اذا رخص البنك المركزي التونسي خلاف ذلك، مما يعني انه لا يمكن الدفع الا بالعملة التونسية .

بمعنى أنه لا يمكن للتونسيين بمقتضى القوانين المنظمة للصرف إمتلاك او التعامل بالعملات الافتراضية .

وعمومًا فإن مخالفة جميع أحكام مجلة التصرف قد ينجر عنها تتبعات جزائية و عقوبات سالبة للحرية , كما أن القضاء التونسي يعتبر أن التعامل بالعملات الافتراضية يعد من جرائم تبييض الأموال و ذلك في تأويل واسع للنصوص الجزائي التي لم تتحدث مطلقًا عن العملات المشفرة و الافتراضية كالبتكوين و أمام هذا الفراغ التشريعي الذي لم يواكب التطور العالمي لابد من تدخل سريع للمشرع التونسي لتأطير العملات الافتراضية قانونيًا و إقتصاديًا.

## الفهرس

### الجزء الأول : خصوصية العناصر المكونة للأصل التجاري الافتراضي

#### القسم الأول : تحديد مضمون خصوصية عنصر الحرفاء

الفقرة الأولى : الحريف الإلكتروني

#### القسم الثاني : تحديد مضمون خصوصية العناصر الأخرى

الفقرة الأولى : عقد الإيواء الإلكتروني

الفقرة الثانية : إسم النطاق

### الجزء الثاني : خصوصية الوسائل المستخدمة في الأصل التجاري الافتراضي

#### القسم الأول: العقد الإلكتروني

الفقرة الأولى: خصوصية العقد الإلكتروني على مستوى شروط إنعقاده

الفقرة الثانية : خصوصية العقد الإلكتروني على مستوى إثباته

#### القسم الثاني : وسائل الدفع الإلكتروني

الفقرة الأولى : التحويل الإلكتروني للأموال

الفقرة الثانية : الدفع عن طريق العملة الرقمية

## قائمة المراجع

باللغة العربية :

المؤلفات :

-دكتور إلياس ناصيف , العقود الدولية - العقد الإلكتروني في القانون المقارن طبعة الأولى , منشورات الحلبي الحقوقية 2009.

- مروى عصام صلاح , الإعلام الإلكتروني " الأسس و آفاق المستقبل " دار الإحصار العلمي .عمان 2015

-دكتور عصمت عبد المجيد , أثر التقدم العلمي في العقد ( تكوين العقد , إثبات العقد ) دار النشر-بغداد 2009.

- نصر الدين حسن أحمد : عناوين المواقع الإلكترونية تسجيلها و حمايتها و تنازعها مع الماركات التجارية دار المغرب للنشر.

- مؤمن طاهر شوقي محمد : النظام القانوني لأسم النطاق دار المغرب للنشر. طبعة 2017

- دكتور خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، دار الفكر العربي، الإسكندرية، 2005.

المقالات :

-يوسف بن القائد , خصائص الأصل التجاري الإلكتروني , مجلة المنارة للدراسات القانونية والإدارية المغرب 2020 .

- نور الدين صويلحي، "أثر البتكوين Bitcoin والعملات الافتراضية على استقرار النظام النقدي العالمي"، مجلة آفاق علمية، المركز الجامعي لتمرانست، الجزائر، المجلد: 10 ، عدد 02 ، سنة 2018 .

المذكرات :

محاضرة ختم تمرين في مهنة المحاماة، الحرفاء والأصل التجاري من إعداد الأستاذ توفيق الماجري السنة القضائية 2011/2010.

النظام القانوني لأسماء النطاق , مذكرة لنيل شهادة ماجستير في الحقوق من إعداد بلوفي مليكة , كلية الحقوق بالمغرب 2021/2020 .

النظام القانوني للمحل التجاري الإلكتروني , مذكرة تخرج لنيل شهادة ماجستير في الحقوق من إعداد كمال بلول و العيد محبوب , كلية الحقوق قسنطينة 2019/2018.

باللغة الفرنسية :

Cassation 3 éme civile 7/12/1965.bull civ p 565 -

Cassation 3 éme civile 05/06/1970.bull civ p 673 -