

الهيئة الوطنية للمحامين

الفرع الجهوي بتونس

محاضرة ختم تمرين

خصائص عقود البيع الإلكترونية

مقارنة بعقود البيع العادية

الأستاذ _____ أذلة المحاضرة:

الأستاذة ليلي اليعقوبي

المشرف على التمرين: _____

الأستاذ محمد عويني

السنة القضائية : 2010-2011

شكر

إلى من كرّست حياتي لإسعادهما

أمي وأبي

إلى من حباني الزمن بهم فسعدت

إخوتي

إلى كل من تعلمت على يده حرفا فأصبحت له مدينة طوال حياتي

معلمي وأساتذتي

إلى من تبثوا خطواتي في ميدان المحاماة فحاولوا قدر وسعهم إصلاحها

الأستاذ ضو شامخ

الأستاذ العميد منصور الشقي

الأستاذ محمد عويني

كما أتقدّم بشكر خاص إلى الأستاذ حسن الذيب الذي ساعدني بتأطيره وحسن توجيهاته على إتمام هذا العمل.

والشكر كل الشكر إلى الأستاذ محمد عويني الذي فتح لي أحضان مكتبه ووعدني أن تبقى مفتوحة للأبد والذي تشرّفت أن أختتم معه فترة تمريني.

فأنا مدينة لكل هؤلاء

عسى أن يوفقنا الله

المقدمة

لقد تطوّر عالم الاتصالات والتعامل بنسق سريع وأمكن للإنسان اعتمادا على المنهج الرقمي أن ينفى معنى الزمان والمكان والحدود ويتمكن من التعامل مع أية نقطة في العالم صورة وصوتا ونصوصا بطريقة تفاعلية ناتجة عموما عن الثورة التكنولوجية التي شهدتها العالم منذ بداية القرن السابع عشر والثامن عشر.

وأوّل ما توصل إليه الإنسان للاتصال عن بعد هون التلغراف (Télégraphe) على يد (S. Morse) سنة 1837¹ ثمّ جاء بعده الهاتف (téléphone) على يد (G. Bell) سنة 1876.

لكن التلغراف فقد أهمّيته في وقتنا الحاضر وأصبح التلكس هو الأداة المستعملة بكثرة téléscripteurs – tube حيث يرقب المستعمل النص على الآلة الكاتبة وينقل الجهاز الآلي هذا النص إلى إشارات كهربائية التي تتحوّل عند وصولها مباشرة إلى علامات يتولّى الجهاز (Téléscripteur) طبعتها في شكل نص ويحمل كل جهاز رقما خاصا به يعرّف بصاحبه لذلك يقال عادة أنّ شبكة التلكس هي شبكة خاصّة .

ولقد عرف كلّ من التلغراف والهاتف باعتبارهما وسائل اتصال سلكية تطوّرا مهولا وأصبحت أغلب الدول تغطّي بشبكات الهاتف والتلغراف من الأعلى أو بواسطة الكوابل التي تمرّر تحت الأرض.

ويشهد عالمنا اليوم تطوّرا ملحوظا في هذا الجانب فاليوم يمكن للمعلومة أن تنتقل عبر عدّة قنوات فالمكالمة الهاتفية يمكن أن تنتقل سلكيا إلى مركز محليّ ثمّ تنتقل بعدها على الأمواج إلى حد القمر الصناعي أو تؤخذ إلى الكابل تحت المحيط لتنتهي رحلتها سلكيا .

وتعددت شبكات المواصلات متى أمكن للمعلومة أن تصل إلى أي نقطة بالعالم شرط أن تتوفر البنية الأساسية التي تدعم وتمكن من نقل هذه المعلومة وهوما يسمى عادة بالشبكة (Le réseau) والشبكات الموجودة في يومنا هذا هي الشبكة السلكية والشبكة الهريزية والشبكة الخلوية وشبكة الأقمار الصناعية وجميع هذه الشبكات مرتبط ببعض.

ويقصد بالشبكة السلكية (le réseau filiaire) تلك الشبكة المتكونة من خطوط الهاتف والكابل وهي أقدم الشبكات وهي التي تمكن من توزيع الاتصالات الهاتفية بصفة آليّة .

¹ ففي سنة 1937 وضع S. Morse (1781 1872) نظاما يعتمد على الطاقة الكهربائية لنقل رسائل رمزية (Messages codés) وهو ما عرف بالتلغراف.

وتسمح الشبكة الهيرتزبية (Le réseau hertzien) بتوزيع وبث البرامج الإذاعية والتلفزيونية على الهواء والأمواج بواسطة كتلات هرتزبية (faisceaux hertzien) وتتمركز الهوائيات التي ترسل أو تستقبل هذه الكتلات على الأبراج العالية موزعة على كامل الإقليم المعني وإذا كانت المسافة بعيدة ترسل الأمواج الهيرتزبية نحو الأقمار الصناعية للمواصلات التي تتولى بدورها إعادتها إلى الأرض.

أما الشبكة الخلوية (le réseau cellulaire) فهي موجهة إلى المواصلات المتحركة مثل الهاتف الجوال حيث يجرأ الإقليم المعنى إلى خلايا قريبة من بعضها البعض ومتفاوتة الأحجام حسب حدة الحركة (مدن أو خارج مناطق العمران) ويوجد بكل خلية متلقي ومرسل.

أما شبكة الأقمار الصناعية للمواصلات فتعتبر شبكة غير متحركة مقارنة بحركة الأرض وتقع عادة بالمدار قوة خط الاعتدال حيث تمكن علاوة عن إعادة إرسال البرامج الإذاعية والتلفزيونية وغيرها من إرسال البيانات المعلوماتية إلى مناطق بعيدة فتسمح بالربط بين قارتين مثلا إلا أن الإنسان لم يكتف بهذا القدر من التطور حيث أنه طوّر قطاع الإعلامية L, informatique وأمكن بالتالي وضع شبكات اتصالات تسمح بمواصلة سريعة ونقل نوعية من المعلومات والبيانات في شكل إشارات مرقمة وقد تكون هذه المعلومات في شكل أحداث أو صور متحركة أو غير متحركة أو نصوص أو بيانات معلومات. والإعلامية هي مجموعة تلك المعارف التقنية التي تسمح بمعالجة البيانات بطريقة إلكترونية بما في ذلك استقبال وتسجيل وتجميد وتغيير أية معلومة بشكل آلي وفي زمن قياسي² وقد غزت اليوم الإعلامية جميع الميادين وأول أساس للمجال الإلكتروني بدأ منذ سنة 1904 وانتهى في حدود سنة 1943 مع صنع أول آلة حاسبة الكترونية.

وتواصل هذا التطور الإلكتروني خاصة بعد أن انتشرت أجهزة الكمبيوتر في العالم أجمع وارتبطت فيما بينهما وأصبح الإنسان لا يحتاج إلى التنقل للتعاقد بل بإمكانه أن ينهي أعماله ويعرض بضاعته وهو جالس بمكتبه أو أمام أي جهاز كمبيوتر ومن هنا برزت العقود الإلكترونية العقود التي تتكون عبر هذه الشبكات الحديثة مهما تعددت وتنوعت وقد اندمجت كل بلدان العالم في هذا المجال وتسابقت الشركات الدولية لضمان مواقع وبقاع على شبكة الانترنت وحققت التجارة الإلكترونية أرقاما خيالية ويرى رجال الاختصاص أن هذه الشبكات تمثل مستقبل التجارة في العالم لذا شجعت الدول مواطنيها على الانخراط في هذا العمل وبادرت تونس منذ أكثر من 20 سنة إلى وضع الأسس المنطقية التي تسمح بالانخراط في

² يراجع في تعريف الاعلامية حاوين ميشال عيسى خصوصيات التعاقد في المعلومات ، ص 16

مجتمع المعلومات ³ وخاصة فيما يتعلق بميدان التجارة الالكترونية ⁴ وذلك لان تكنولوجيا الاتصال ووسائل الاتصالات الحديثة أصبحت الأساس الضروري لغزو أسواق تجارية جديدة وهي ما عرف بالتجارة الالكترونية التي تستعمل جميع الوسائل الموجودة والمتوفرة بعالم المواصلات لأجل تنمية تجارة المؤسسة على المستوى الدولي والداخلي وأمكن بالتالي للمؤسسات أن تؤسس قطاع التزويد الالكتروني وفتحت عدة أسواق فرعية على الانترنت (internet shopping Net work) .

وظهرت تبعا لذلك شبكات خاصة لرفع مستوى التعامل بين المؤسسات وهو ما عرف بالانترنت والاكسترنيت ⁵ إن التجارة الالكترونية تمثل اليوم الأساس في عالم التجارة وما من شك أنها ستكون الأساس الوحيد للتعامل في السنوات القادمة وسيضطر المتعاملين في الميدان التجاري إلى الانخراط في هذا المنهج وإلا تحتم عليهم الخروج تماما من العالم . وقد حقق هذا القطاع في السنوات الأخيرة أرباحا تقدر بالمليارات وبالتالي فإن التجارة الالكترونية تمثل في نهاية الأمر وسيلة سهلة لتحقيق الانتشار التجاري و السريع وغزو السوق الدولي بأقل التكاليف وبأبخص الأثمان .

وتتدرج ضمن عقود التجارة الالكترونية عقود البيع الالكترونية التي تشمل في نهاية الأمر عرض الخدمات والسلع وبيعها وشراءها سواء بين المؤسسات الاقتصادية فيما بينها أو بين الأشخاص وتتدخل ثلاثة عناصر في تعريف عقود البيع الالكترونية :

³ يراجع المخطط الثامن والتاسع وقرار الوزير الاول المؤرخ في 29 جوان 1996 المتعلق بضبط مخطط التاهيل المركزي لتعمير الادارة والمنهج في يراجع كذلك قانون المالية لسنة 2000.

⁴ انشأ الأمر عدد 2807 لسنة 1999 المؤرخ في 21 ديسمبر 1999 لجنة التجارة الالكترونية التي يتلخص في متابعة قطاع التجارة الإلكترونية.

⁵ L'internet : le déploiement d'un internet au sein d'une entreprise augmente la productivité des actions, sa mise en place permet d'accroître la qualité et le niveau de l'information des collaborateurs. Au de la de ses bénéfices immédiats, l'entreprise gagne globalement en faisant évaluer ses process managériaux.

L'extranet : est un outil complémentaire indispensable de l'intranet, il permet à une entreprise d'intégrer l'ensemble de ses partenaires, fournisseurs et sous traitants à son activité, c.a. d de lier tous ces acteurs de la production, de conception jusqu'à la distribution des produits.

1- عنصر التجارة: ويقصد بالتجارة حسب المفهوم التقليدي للكلمة جميع أعمال تداول الأموال مهما كان نوع العملية⁶ التي يتولاها الأشخاص دون أعمال الإنتاج⁷ وتبنى مفهوم المعاصر للتجارة جميع الأعمال القانونية سواء يقصد بها التوزيع أو الإنتاج أو غير ذلك

ويعتبر الفصل الثاني من المجلة التجارية التونسية على أنه يعد تاجرا كل شخص اتخذ له حرفة من تعاطي أعمال الإنتاج أو التداول أو المضاربة أو التوسط⁸ لكن نؤكد في إطار محاضرتنا على أننا سنتناول بالدرس عقود البيع الإلكترونية فقط.

2- تحديد المعاملات التجارية الإلكترونية: أي أن المعاملات تتخذ شكلا لا ماديا ت تتنافى بمقتضاه المستندات المادية الورقية .

3- دولية المعاملات التجارية: أي أن تكون المعاملات التجارية بين أفراد ينتمون إلى دولتين فأكثر.

فهذه العناصر الثلاثة تشكل أهم الجوانب التي جعلت الناس ينخرطون في منظومة التجارة الإلكترونية مبتعدين عن الأساليب الورقية التي ميزت لعصور طويلة عقود البيع التقليدية وأصبحنا بذلك نعيش في عالم ليس فيه أوراق أو بشر بل هي علاقة بين أجهزة إعلامية منتشرة هنا وهناك في العالم أجمع.

والمرشح التونسي لم يتعرض إلى تعريف عقود التجارة الإلكترونية صلب تنقيح بعض فصول مجلة الالتزامات والعقود بمقتضى قانون 13 جوان 2000 ولا حتى صلب القانون عدد 83 لسنة 2000 المؤرخ في 13 جوان 2000 والمتعلق بالمبادلات والتجارة الإلكترونية الذي اشار في فصله الأول أنه "تجري على العقود الإلكترونية نظام العقود الكتابية من حيث التعبير عن الإرادة ومفعولها القانوني وصحتها وقابليتها للتنفيذ في ما لا يتعارض وأحكام هذا القانون".

ويمكننا تعريف عقود البيع الإلكترونية بأنها عقود مبرمة عن بعد من خلال استخدام معدات وتجهيزات إلكترونية مهما كان نوعها يتم إبرامها بين أشخاص لا يجمع بينهم مجلس واحد.

وعلى هذا الأساس تطرح عقود البيع الإلكترونية عدة تساؤلات في غاية من الدقة ، تساؤلات هي في الواقع تأكيد على أهمية وخصوصية هذه العقود، تساؤلات هي في الواقع تأكيد على أهمية الزمان والمكان

⁶ ALFRED JAUFFRET : Droit commercial , 22ème édition 1955

⁷ HAMEL, Lagarde et Jauffret , droit commercial T2 , collection Dalloz.

⁸ ويعرف القانون التجاري بأنه قانون التجار والأعمال التجارية على وجه الإجمال . ويعد تاجرا كل من قام بأعمال الإنتاج أو التداول أو المضاربة أو التوسط على وجه العادة أو الإحتراف. وتصنف الأعمال التجارية عادة حسب موضوعها أو شكلها أو تبعيتها يراجع في هذا الصدد الفصول 1-2-3-4-5 من المجلة التجارية.

بالنظر لعقود البيع العادية ، أهمية يفقد بهما الزمان والمكان معناه فقد أصبح عالمنا مجرد قرية كونية صغيرة تتبادل فيها كل أشكال السلع والمعارف مع اختزال الآجال وتقريب المسافات .ولسائل أن يتساءل عن خصائص عقود البيع الإلكترونية مقارنة بعقود البيع العادية ولماذا خيّر معظم المتعاملين في ميدان التجارة الالتجاء للوسائل الإلكترونية لإبرام العقود الرابطة بينهم ونلاحظ من خلال فصول القانون عدد 83 لسنة 2000 المزمع الإشارة إليه أن المشرع التونسي أراد إخضاع مفهوم العقود الإلكترونية إلى مفهوم العقود العادية الرضائية الملزمة للجانبين والتي يعتبر العقد فيه تلاقي للإيجاب والقبول .لكن الطبيعة اللامادية والافتراضية لعقود التجارة الإلكترونية تجعل منها عقودا مختلفة لها خصوصيات تخرج بها عن المعتاد . وهذه الخصوصيات تتبلور في جانبين أساسيين :

أولا : خلال طرق تكوين عقد البيع الإلكتروني (الجزء الاول)

ثانيا : من خلال طرق إبرام وتنفيذ العقد الإلكتروني (الجزء الثاني)

الجزء الأول

طرق تكوين عقد البيع الإلكتروني وخصائصه مقارنة بعقد
البيع العادي

الجزء الأول: طرق تكوين عقد البيع الإلكتروني وخصائصه مقارنة بعقد البيع
العادي:

إن في التجاء الأشخاص إلى العقد الإلكتروني يجد سنداً في إيمانهم بمزايا وتطور مادة العقود عبر
الأزمان لكن إحاطة هذه الوثيقة الإلكترونية بجميع الضمانات التي تخول الرجوع إليها كلما دعت الحاجة

إلى ذلك وعدم إمكانية تغييرها أو إتلافها بعد حفظها بصورة نهائية هي شروط ضرورية لاعتبار العقد الإلكتروني. لذلك يعتبر البعض أنّ الوثيقة الورقية متفوّقة على الوثيقة الإلكترونية ولا يمكن الاستغناء عنها بأيّ حال من الأحوال لأنّ المتعاقد يبحث دائما عن الحصول على وسيلة تعاقد أزيّة دائمة في الزمان والمكان يمكن له أن يستظهر بها متى شاء وهذه الضمانات لا يمكن أن يوفرها إلاّ الكتب الورقية.

لكن بإمكاننا الجزم أن العقد الإلكتروني في الوقت الراهن يشكّل قبلة المتعاملين في المجال التعاقدية لما يميزه من خصائص ومميّزات. خصائص تجلّت من خلال طرق إنشاء هذا العقد الذي يبقى خاضعا لقواعد النظرية العامة للالتزامات. (فرع 1) وتتجلّى هذه الخصائص تتجلّى كذلك على المستوى الإيجاب والقبول المتبادلين لإنشاء العقد الإلكتروني. (فرع 2) كما يتجلّى على مستوى قواعد الإثبات المتعلقة بسلامة المعاملة الإلكترونية (فرع 3).

فرع أوّل: خصائص العقد الإلكتروني وقواعد إنشائه مقارنة بعقد البيع العادي:

لقد عرّف المشرّع التونسي المبادلات الإلكترونية بالفصل الثاني من القانون عدد 83 لسنة 2000 على أنّها المبادلات التي تتمّ باستعمال الوثائق الإلكترونية أي العقود الإلكترونية وهذه العقود الإلكترونية تمثّل خصائص تهّم على السواء الشروط الجوهرية للعقد كشروطه الشكلية فتبرز هذه الخصائص على مستوى الشروط الجوهرية من خلال ضرورة احترام القواعد العامة للعقود المنصوص عليها خاصة بالفصل الثاني من مجلّة الالتزامات والعقود (& 1) كما تبرز هذه الخصائص من خلال القواعد الخاصة بإنشاء العقد الإلكتروني (& 2).

-& 1- ضرورة احترام القواعد العامة للعقود: (الأهلية - الرضاء - موضوع العقد - سبب التعاقد):

ما من شكّ في أنّ أهم المبادئ التقليدية التي تأسّست عليها النظرية العامة للعقد هو مبدأ الرضائية الذي يعني كفاية توافق إرادتين أو أكثر على إبرام تصرّف قانوني ليتكوّن العقد صحيحا دونما حاجة لمراعاة شكل مخصوص لإنشاء العلاقة التعاقدية و بالتالي يكفي توافر أركان العقد المتمثلة حسب أحكام الفصل الثاني من م ا ع في أهلية الالتزام و الإلزام والتصريح بالرضاء بما ينبني عليه العقد تصرّحا معبرا وأن يكون المقصود من العقد مالا معيناً يجوز التعاقد عليه وأن يكون موجب الالتزام جائزا ليتكون العقد صحيحا ماضيا ناجزا ومنتجا لآثاره فيما بين الطرفين المتعاقدين. وحيث رتب الفصل 325 من ذات المجلّة على تخلف أحد تلك الأركان بطلان الالتزام من أصله بحيث يكون وجوده وعدمه سواء.

وطالما أخضع المشرّع العقود الإلكترونية لنظام العقود الخطية فمن الفصل الأول من القانون عدد 83 لسنة 2000 المتعلّق بالمبادلات والتجارة الإلكترونية فإنّ أحكام الفصلين 2 و 325 من م 1 ع الإشارة إليهما تنسحبان وتنطبقان على العقود المعلوماتية غير أنّ الطابع اللاماديّ غير الملموس لهذه المعاملات التي تدور في العالم الفرضي تجعل كفيّة تحقّق أركان التعاقد السالف بيانها مختلفة في جانب منها عمّا هو متعارف عليه في مستوى ركني الأهلية و الرضاء.

في خصوص الأهلية: تكتسي الأهلية في التعاقد أهمية قصوى بدليل أنّ المشرّع جعل منها أول ركن مطلوب توافره لصحة العقد وقد اعتنى بتنظيم المسائل المتعلقة بها ضمن الفصول من 3 إلى 17 من م 1 ع واضعا قرينة قانونية إلى جانب كلّ شخص مفادها أنّه أهل للإلزام ما لم يصرّح القانون بخلاف ذلك.

واعتبر المشرّع أنّ التصرفات الصادرة عن عديمي الأهلية بدون واسطة من له النظر عليهم باطلة إطلاقا وعديمة الأثر القانوني وتفرّعا على ذلك فإنّ التحقيق في مدى أهلية الشخص المتعاقد معه يعدّ من أوكد الأمور التي ينبغى على المتعاقد التزامها قبل إتمام عملية التعاقد لضمان صحة العقد وما يحتويه من التزامات.

إلا أنّ هذه الرقابة وإن كانت ممكنة في الفضاء الحسيّ الملموس فإنّه يصعب تحقيقها في العالم اللامادي غير المحسوس أين يتمّ التعاقد عن بعد عبر شبكات اتصال مفتوحة لا تمكننا من معرفة معاقدنا معرفة حسية.

فالمعامل في الفضاء الإلكتروني لا يمكنه التأكّد من أنّ معاقده الذي يجلس أمام جهاز الكمبيوتر في الجهة المقابلة هو شخص طبيعي أو ذات معنوية تخضع لنظام الجمعيات والمنظمات أو لقانون الشركات فكلّ ما يمكن أن يعلمه في هذا الشأن عن معاقده هو "اسم الموقع" الذي يتشكّل عادة من جملة من المختصرات وبعض المفردات المركّبة التي تصلح للتدليل على خصوصيّة الموقع والتعريف به في حين لا تدلّ في شيء على صاحبه وبذلك فإنّ إمكانية التعاقد مع شخص طبيعي مقيد الأهلية (صغير فاق عمره 13 سنة أو محجور عليه لضعف عقله أو لسنّه أو لكونه مفلسا أو ممنوعا من التعاقد بحكم القانون) أو فاقدا لها تماما (صغير غير مميّز أ مجنون) تبقى واردة.

و للحد من الآثار الخطيرة التي قد تترتّب عن اختلال ركن الأهلية من حيث صحة العقد تمّ التفكير في إيجاد آليات قانونية تساعد على التأكّد من توفّر ركن الأهلية وفي هذا الإطار وقع ابتكار آلية المصادقة

الإلكترونية التي عرّفها البعض على أنّها طريقة إلكترونية تسمح بضمان الصلة بين المنظومة العمومية للتشفير وصاحبها بصورة تكفل لكل طرف التأكد من أنّ الإمضاء الموجود بالمراسلة الإلكترونية يتعلّق بشخص معيّن دون غيره وبالتالي تمثّل المصادقة وسيلة تمّ ابتكارها بهدف إضفاء مصداقية على عمليّات التبادل الإلكتروني للمعطيات لما توقّره من إمكانيّات لا يستهان بها من حيث نسبة الإمضاء الإلكتروني إلى صاحبه وهو ما يعرف في إطار العالم اللامادي بالاستثبات L'Authentification .

ولكن الإشكال يكمن في كون تلك الآليّة على أهميتها لا يمكنها تحقيق ذلك المطلوب باعتبار أنّ مزوّد خدمات المصادقة الإلكترونية لا يضمن سوى صلة الإمضاء بصاحبه ولا يكفل مراقبة أهليّته، غير أنّ شهادات المصادقة التي يتصرّف فيها ذلك المزوّد إصدارا وتسليما وحفظا وتعليقا وإلغاء تتضمن لا محالة هويّة صاحبها وربّما أمكنه من خلال هويّته الوقوف على مدى أهليّته.

كما تمّ التفكير في التخفيف من وطأة أعمال الغش والتحيل على المتعاقد الذي يأخذ المعلومات التي يوافيه معاقده بها إلكترونيا مأخذ الجدّ وبرزت في هذا المجال عدّة توصيّات صادرة عن الندوات الدوليّة ذات العلاقة تنادي بضرورة التأكّد من أهليّة المتعاقد وصفته والتحرّي في شأنهما قدر الإمكان قبل إبرام العقد ونادت المجموعات الدولية بضرورة الانضمام إلى معاهدة بروكسال للاستفادة من الأحكام الواردة بها والمتّصلة بالتعويض عن الأضرار الناتجة عن حالات الاحتيال والغش.

و رغم أنّ ركن الأهليّة بالغ الأهمية إلّا أنّ ما يشغل بال التجار وهم الأكثر استعمالا للتعاقد الإلكتروني هو الدفع الفوري لثمن بضائعهم المباعة أو خدماتهم المسداة.

في خصوص الرضاء:

إنّ هذا الركن يعدّ من أهمّ الأركان التي اقتضاها المشرّع لصحّة العقد وقد ساد العمل بمبدأ سلطان الإرادة خلال العصور الماضية إلّا أنّ المشرّع تدخل للحدّ من إرادة الأطراف من خلال سنّ قواعد قانونيّة أمرّة تكفل التوازن العقدي.

وبما أنّ المشرّع التونسي أخضع العقود الإلكترونية لنفس النظام الذي يحكم العقود الخطيّة فإنّ العقد في إطار المعلوماتيّة لا يستوفي شروط صحته إلّا إذا أثبتنا وجود الرضاء الإلكتروني وسلامته من كلّ العيوب التي قد تنال من الإرادة المعبر عنها إلكترونياً.

وإن كان وجود الرضاء أمراً مهماً وضرورياً لتكوين العقد الإلكتروني تماماً كما هو الشأن بالنسبة للعقد الخطّي فإنّ سلامة الإرادة من كلّ عيب لا تقلّ أهميّة ليتكوّن العقد صحيحاً ماضياً وناجزاً، وتبعاً لرفع التفرقة بين العقود الخطيّة ذات السند الورقي والعقود الإلكترونية ذات الطابع اللاماديّ فإنّ أحكام الفصل 43 من م ا ع تبقى عاملة في العالم الافتراضي وبالتالي تبقى إمكانيّة إبطال الرضاء بناءً على غلط أو تدليس أو إكراه قائمة كما سبق.

إلّا أنّه تجدر الإشارة أنّ عيب الإكراه في مفهومه التقليدي مستبعد في عقود المعلوماتيّة على اعتبار أنّ التعاقد يتمّ عن بعد باستعمال وسائل الاتصال وبالتالي لا يمكن الحديث عن إكراه بدني نظراً لانعدام الاتصال المادي المباشر بين المتعاقدين أمّا الإكراه المعنوي فيتمّ في العالم الفرضي مفهومًا مغايرًا لمفهومه الكلاسيكي يتصل بعوامل برمجائيّة كأن يقع التهديد باستعمال فيروس لتدمير البرمجيّات الإعلاميّة.

أمّا في خصوص الغلط فإنّه عيب يمكن أن ينال الإرادة في نطاق العقود الإلكترونية أو المعلوماتيّة ويمكن تعريفه على أنه وهم يقوم في ذهن الشخص فيصور له الأمور على غير حقيقتها ويدفعه بالتالي للتعاقد على هذا الأساس أي أنه لم يكن لنفس الشخص أن يتعاقد ولو علم بالحقيقة وبمقارنة الفصول 44, 45, و 46 من م ا ع يمكن أن يكون هذا الغلط في القانون أو في الواقع إلّا أن الغلط في الواقع هو الأكثر شيوعاً في مجال المعلوماتيّة.

غير أنه في خصوص التغيرير: فإنه يشكّل حسب الفصل 56 من م ا ع عيباً مفسداً للإرادة وهو يتكوّن عموماً من كلّ خدعة أو حيلة يقصد بها إيقاع الشخص في غلط يحمله على التعاقد.

وما يجعل عيب التغيرير أمراً كثير الوقوع في العالم الإلكتروني هو أن التعاقد عبر شبكات الأنترنت يتيح مجالاً فسيحاً لأعمال الغش والإحتيال من خلال المتاجر الافتراضية الوهمية وإعتماد الإشهارات الكاذبة. وتجدر الإشارة إلى أن خصائص العقد الإلكتروني تجاوز الشروط الجوهرية لتكوين العقد لتشمل شروطه الشكلية.

2- القواعد الخاصة بإنشاء العقد الإلكتروني

لا فرق في أنّ إخضاع جانب من التصرفات القانونية إلى بعض الموجبات الشكلية يمثل مظهر من الحماية القانونية التي قد يراد بها في أغلب الأحيان إمّا حماية الشخص المتعاقد أو حماية الشيء موضوع التعاقد.

غير أنّ شكل الكتب في الفضاء الإلكتروني له مفهوم مختلف تماما عن المفهوم الشكلي للكتب الورقي بما يكون معه من المفيد الحديث عن شكل العقد الإلكتروني.

فالعقد الإلكتروني كغيره من العقود حتّى الورقيّة هو عبارة عن وثيقة محرّرة تشبه في شكلها عقود الإذعان إذ أنّ المتعاقد يكون غالبا مضطّرّ إلى توقيع عقود معدّة مسبقا من طرف معاقده.

وإنّ من أهمّ العوامل التي حالت دون الاعتراف بالوثيقة الإلكترونية ككتب يعتدّ به قانونا في ظلّ نظامنا القانوني القديم قبل تنقيح م.إ.ع بموجب القانون عدد 57 لسنة 2000 المؤرّخ في 13 جوان 2000 هو اعتناق المشرع لمفهوم وحيد لشكل الكتب وهو الشكل الورقي الملموس ويبدو أنّ المشرع لم يكن يتصوّر يوما ظهور مفهوم جديد لشكل الكتب لذلك بقيت م.إ.ع خالية من هذا المفهوم والمتعارف عليه لدى الجميع حينها بأنّه يشكل أولا حاملا ورقيا وثانيهما هو مذيّل بإمضاء الأطراف أسفله. إلّا أنّ تطوّر وسائل الاتصال الحديثة و تقدّم تكنولوجيا المعلومات أفضى إلى تطوّر بعض المفاهيم القانونية من ذلك مفهوم الكتب التي أصبح يستند إلى وظيفته دون شكله وعليه فلا فرق بين الكتب الورقي والكتب الإلكترونية طالما يشكّل كلّ منهما وعاء لمضمون الإلتزام.⁹

⁹: محكمة التعقيب الفرنسية في قرارها الصادر بتاريخ 1997/12/02 كذلك تنقيح المجلة المدنية الفرنسية بمقتضى القانون عدد 230 لسنة 2000 المؤرّخ في 13 مارس 2000.

لكن تجدر الإشارة أنّ المصطلحات التي يقع استعمالها أثناء التحرير الإلكتروني للكتب تبقى غريبة نوعا ما عن واقع تعاملنا وحتّى عن معاجمنا اللغوية وقد فسّر البعض هذه الظاهرة بأنّ المعلوماتيّة تمثّل مادّة حديثة ومعاصرة و أنّ لكلّ عصر لغته وبما أنّ هذه المادّة تجد جذورها التاريخية في الولايات المتّحدة الأمريكية فإنّ أغلب ما تتضمنه تلك العقود يشكّل ترجمة حرفية لنماذج أمريكية الأصل.

ويبدو أنّه من غير الممكن تجاوز هذه المشاكل اللغويّة دون الإسراع بتحيين معاجمنا القانونيّة العربيّة و إدراج ترجمات موحّدة لهذه المفردات الدخيلة على لغتنا حتّى يتسنى لنا الانصهار في المنظومة الإلكترونيّة العالميّة خاصّة و أنّ المشرع التونسي اعتبر أنّ الشهادات المسلّمة من قبل مزوّد خدمات المصادقة الإلكترونيّة الموجود ببلد أجنبي بمثابة الشهادات المسلّمة من مزود خدمات المصادقة الإلكترونيّة الموجود بالبلاد التونسيّة إذا تمّ الاعتراف بهذا الهيكل في إطار اتفاقيّة اعتراف متبادل تبرمها الوكالة الوطنيّة للمصادقة الإلكترونيّة مع ذلك البلد الأجنبي.

وتتراوح خصائص النص الإلكتروني بين نظامين أساسيين أولهما: النظام الأمريكي وثانيهما النظام الأوروبي ، ففي حين يقوم النظام الأول على قاعدة الصياغة المفصّلة للعقد قصد الإحاطة بجميع جزئيات وتفصيل العمليّة التعاقدية ويقوم النظام الثاني على قاعدة الصياغة المقتضبة للعقد التي تقتضي الاكتفاء بذكر العناوين والخطوط العريضة الرئيسيّة التي تتعلّق بالعلاقة العقدية الجارية دونما خوض في الجزئيات ولكن تجدر الإشارة أنّه على اختلاف طرق صياغة العقد الإلكتروني ينبغي على أطراف المبادلة التحري قدر الإمكان أثناء مرحلة التفاوض و التباحث التمهيدية التي تسبق مرحلة التعاقد النهائيّة في كفيّة صياغة محتوى الكتب للظفر بصياغة تكفل التوازن والعدالة العقدية حفاظا على مصالح جميع الأطراف.

و في إطار البحث عن حلول كفيلة بتجاوز الإشكاليات التي قد تترتب عن سوء صياغة العقد الإلكتروني وبالتالي تفادي النزاعات التي قد تنشأ بين الأطراف المتعاقدة نادى البعض بضرورة اتّباع صياغة رصينة حال تحرير العقد أهمها :

- طريقة النموذج: و تتمثّل في إعداد عقد محرّر مسبقا يعتمد كأنموذج.
- طريقة القائمة: تتمثّل في وضع جدول بالشروط التي ارتضاها الطرفان يتمّ على أساسه تحرير العقد.
- الطريقة المفصّلة: وهي طريقة تعتمد على ذكر جميع تفاصيل العمليّة التعاقدية الجارية ضمن العقد.

ولكن تجدر الإشارة في هذا السياق أنّ امتلاك هامش للمناورة والتحرّك أثناء المرحلة التحضيرية التي تسبق إتمام التعاقد قد لا تكون متاحة للمتعاقد في جميع الحالات إذ يجد هذا الأخير نفسه مضطرا لتوقيع

عقد لم يشارك في صياغة مضمونه إطلاقاً وهو ما يبرّر شيوع العمل بعقود الإذعان وبشروط الأربع زوايا أي أنّه لا يسع الطرف المقابل سوى رفض جميع بنود العقد أو قبولها دون أيّ مناقشة وهو ما من شأنه أن يخلّ بالتوازن العقدي ويؤدّي إلى تعسف الطرف الأقوى من خلال إملاء شروطه على معاقده الذي قد يكون مجبراً على التعاقد.

أمّا القانون التونسي فقد أضاف إلى مجلّة الالتزامات والعقود الفصل **453** مكرّر بمقتضى القانون عدد 57 لسنة 2000 المؤرّخ في 13 جوان 2000 بحيث أصبح الكتب الإلكتروني معتمداً ككتب خطّي بموجب نصّ صريح من القانون وينصّ الفصل 453 مكرّر المذكور على أنّ الوثيقة الإلكترونية تتكوّن من حروف وأرقام أو أيّ إشارات رقميّة أخرى بما في ذلك المتبادلة عبر وسائل الاتصال تكون ذات محتوى يمكن فهمه ومحفوظة على حامل إلكتروني يؤمّن قراءتها والرجوع إليها وقت الحاجة.⁹

وتعدّ بالتالي الوثيقة الإلكترونية كتباً غير رسمياً إذا كانت محفوظة في شكلها النهائي بطريقة موثوق بها ومدعّمة بإمضاء إلكتروني وبموجب هذا التعديل الجوهري اكتسبت الوثيقة الإلكترونية بصفة نهائية صفة الكتب الرسمي متى توفّرت فيها شروط الفصل عدد 453 من م.ا.ع.¹⁰

وتتنامي خصائص العقد الإلكتروني لتشمل كذلك مظاهر التعبير عن الإيجاب والقبول الإلكتروني (فرع ثاني).

فرع ثاني: الإيجاب والقبول في العقد الإلكتروني:

إنّ كلمة عقد يقصد بها الاتفاق الذي يشمل التوافق بين إرادتين أو أكثر بقصد إحداث أثر قانوني وقد تبلورت هذه الفكرة من خلال الفصل الأوّل من القانون عدد 83 لسنة 2000 المؤرّخ في 08/09/2000

⁹ أحمد الورفلي: ثورة المعلومات و تجديد الفكر القانوني، مجلة القضاء و التشريع جويلية 2005 ص81 .

¹⁰ علي كحلون "التجارة الإلكترونية" مجلة القضاء والتشريع العدد 2 فيفري 2000 وكذلك عمر الطيّب "الكتب الإلكتروني" محاضرة أقيمت في افتتاح السنة القضائية 2001-2002 بمحكمة الاستئناف بقفصة منشورة بمجلة القضاء والتشريع أكتوبر 2001 ص 429 وما يليها.

المتعلّق بالمبادلات والتجارة الإلكترونية حيث نصّ على أنّه "... تخضع المبادلات والتجارة الإلكترونية فيما لا يتعارض وأحكام هذا القانون إلى التشريع والتراتب الجاري بها العمل. ويجري على العقود الإلكترونية نظام العقود الكتابيّة من حيث التعبير عن الإرادة ومفعولها القانوني وصحّتها وقابليّتها للتنفيذ فيما لا يتعارض وأحكام هذا القانون." فكيف يتجلّى تبادل الرضاء في العقود الإلكترونيّة؟

إنّ عمليّة تبادل الرضاء في العقود الإلكترونيّة لا تختلف في مجملها عن تبادل الرضاء في العقود الكتابيّة العاديّة فالتراضي بين الطرفين المتعاقدين يتمّ بإصدار إيجاب (1&) و تصريح بقبول (2&) يتميّزان بجملة من الخصائص:

1&: خصائص الإيجاب في العقود الإلكترونيّة:

الإيجاب عموماً والإلكتروني بصفة أخصّ هو تعبير عن إرادة حرّة حقيقيّة جادّة وواعية تتضمّن عرضاً للتعاقد حسب شروط معيّنة يوجّهه الموجب لشخص آخر.

ويتميّز الإيجاب الإلكتروني بجملة من الخصائص من بينها أن يكون باتّاً لا لبس فيه كذلك أن يكون دقيقاً مشتملاً على كافة أركان العقد و ظاهراً للغير. فالإيجاب يجب أن يكون باتّاً لا لبس فيه يعني أن يكون معبراً عن إرادة صريحة للتعاقد في ظروف معيّنة وبشروط مضبوطة ولا يعدّ إيجاباً مجرد التعبير عن رغبة في التعاقد بل هو فقط دعوة الطرف الآخر للتفاوض كمن يعرض شيئاً للبيع دون بيان ثمنه فالإيجاب يجب إذا أن يكون غير غامض أي أن تكون كلّ البيانات المقدّمة من خلاله واضحة صريحة وسهلة الإدراك.¹¹

وفي العقود الإلكترونيّة والتجاريّة منها بصفة أخصّ التي تعرف بعقود التجارة الإلكترونيّة فإنّ الإيجاب فيها يحمل على المشتري فيكون بذلك تعبيراً منه عن رغبته في التعاقد بعد تلقيه جملة من العروض المقدّمة والموجودة في صندوق رسائله من قبل البائع والتي تكون بمثابة دعوة للتفاوض وليس بالإيجاب الإلكتروني البات والقانوني.

¹¹ Aubert (Jean-Luc) : Le Contrat : Droit des obligations, Paris, Dalloz, 2000, p150 (collection connaissance du Droit).

وقد يفهم من خلال صفحات الواب أو البريد الإلكتروني وبكيفية صريحة رغبة المتقبل للإيجاب في المناقشة فقط لا أكثر ولا أقل دون رغبة منه في قبول الإيجاب والمرور إلى التعاقد.¹²

كما أنّ الإيجاب الإلكتروني يجب أن يكون دقيقاً ظاهراً للغير أي للأشخاص المعيّنين بهذا الإيجاب والذين ينحصرون إمّا في المزودين أو البائعين الذين اختاروا التعاقد عن طريق شبكات الإتصال الحديثة مثل شبكة الأنترنت وتتجلى الدقة من خلال سعي الموجب إلى توفير كلّ البيانات اللازمة للطرف الآخر أي الموجب له ليؤسس عليه قبوله¹³ ويمكن للموجب أن يحدّد أجلاً يقيّد به الموجب له لتقبل ردّه بخصوص الإيجاب المقدم له.

ويتخذ الإيجاب الإلكتروني شكلاً حديثاً معاصراً.¹⁴ وهو ما يميّزه عن عرض الإيجاب العادي الذي يكون إمّا كتابة أو مشافهة فالإيجاب الإلكتروني يعرض اليوم عبر مواقع فيكون إمّا عبر صفحات الواب، أو عبر عنوان إلكتروني خاص.

ففي خصوص الإيجاب عبر صفحات الواب فإنّه يمثّل خصوصيّة العقود الإلكترونية. حيث من ناحية يغيب الوجود المادي للمتعاقدين ومن ناحية أخرى يكون أطراف عملية الإيجاب والقبول متباعدين بحيث يتمّ الالتقاء بينهم من خلال تبادل المعلومات المعالجة بلغة الكمبيوتر عن طريق شبكة الأنترنت مثلاً والتي تعد بيئة غير مادية فاللجوء إلى عرض الإيجاب عبر صفحات الواب يعتبره البعض من أهمّ الأشكال المتطورة لنقل المعلومة والتي تؤدي إلى الرقي بالخدمات أو الشركات أو المنظّمات أو الأشخاص خاصّة منهم أصحاب النشاط التجاري وأصبحت بالتالي صفحات الواب تمثل بالنسبة للمستهلك مغازات افتراضية تحتوي على صور للبضائع مصحوبة بمجموعة من البيانات المتعلقة بها وبالتالي فإنّ هذه الفضاءات الافتراضية تشكّل الآلية أو الأرضية التي ينبنى عليها تفاوض الطرفين حسب البيانات المطروحة أمّا في خصوص الإيجاب عبر البريد الإلكتروني فإنّ هذه الطريقة تفتح مجال الاتصال بين الموجب والموجب له وتفسح لهما مجال التفاوض بة شكل فوري ناجع وسريع وهذا يعني

¹² تراجع: علي كحلون: الجوانب القانونية لفترات الإتصال الحديثة والتجارة الإلكترونية، نشر دار إسهامات في أدبيات المؤسسة 2002 ص 323.

¹³ Montero (Etienne) : Commerce électronique : le temps des certitudes, Bruxelles, Etablissement Emile Bruylant, 2000, p 225.

¹⁴ فاروق محمد أحمد الأباطيري "عقد لاشترك في قواعد المعلومات عبر شبكات الأنترنت" دراسة تطبيقية لعقود التجارة الإلكترونية الدولية"، الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة للنشر، 2002 ، ص 220.

أنّ كلّ من "الموجب" و"الموجب له" له عنوان إلكتروني خاص به وكلّ منهما يتحصل على العروض ويتعرّف عليها بمجرد فتح صندوق الرسائل المخزّنة فيها¹⁵

ولعلّ أهمّ ما يمكن أن يعطّل الموجب أو أن يحدّ من قدرته على الإتّصال السّريع هو نوعيّة من الإشهارات وهوما يعبر عنه بـ "Spams" وهي إشهارات متتالية غير مطلوبة ذات صبغة تجارية لأشخاص لم يتعامل معهم المشتري مسبقا تحصلوا على عناوين المشاركين الإلكترونية من الفضاءات العموميّة للأنترنت بغية ترويج إنتاجهم لأكثر عدد ممكن من الأشخاص.

ومن الضروري الوقاية من هذه النوعيّة من الإشهارات مجهولة المصدر وغير المصادق عليها.

وتجدر الإشارة أن الإيجاب يمكن أن يكون موجّها للعموم أو لشخص معيّن بذاته وأساس التراضي هو صدور إيجاب من طرف الموجب إلّا أنّ هذا الإيجاب لا يعدّ كافيا وناجعا متى لم يقابل بقبول واع وصريح من قبل الموجب له وعمليّة التصريح في العقد الإلكتروني لها جملة من المميّزات سنحاول عرضها في الفقرة الثانيّة من هذا الفرع.

2&- خصائص القبول في العقد الإلكتروني:

إن عرف التجارة لا يقتضي جوابا عندما يخصّ الإيجاب معاملات جارية تقدّم الشروع فيها بين الأطراف وذلك طبقا لأحكام الفصل 29 من ماع إلا أنّه بالنسبة للعقود الإلكترونيّة فإنّ عمليّة التعبير عن القبول تختلف عمّا هو متعارف عليه بالنسبة للعقود الأخرى.

فالقبول هو إبراز للإرادة التي من خلالها يعبر الموجب له عن موافقته عن الإيجاب المعروض عليه وهذا التعبير يكون ضمن أشكال متعدّدة ترد على المواقع الإلكترونيّة للموجب وذلك من خلال حركة واعية تمثل القبول الآني والصريح للعرض المقدّم.

وتتمثّل خصوصيّة القبول الإلكتروني من خلال خصوصيّة الفضاء الإلكتروني الذي لا يتطلّب كثيرا من الشروط الإضافيّة ذلك أنّ القبول الإلكتروني يتميّز بكونه آني و فوري وتبرز هذه الصفة في العقود الإلكترونيّة من خلال سرّيّة إرسال المعلومة. فبعد إرسال الموجب لإيجابه عبر موقع الموجب له يجد

¹⁵ Ben Abbess Badii : La formation du contrat de vente sur Internet, p185, Mémoire de D.E.A, Droit des affaires, Université de Sfax – Faculté de droit de Sfax, 2001 – 2002.

هذا الأخير نفسه ملزما للردّ بأقصى سرعة ممكنة بل أنّه بمجرد الإطّلاع على محتوى الموقع وشروط التعاقد والضغط على مكان الموافقة يتكوّن العقد بصفة صحيحة وينتج آثاره ويتجلى ذلك من خلال الضغط "Clic" على مكان الموافقة ولنا أن نتساءل هل أنّ الضغط يمثل بالمعنى القانوني قبولا؟ الصّحة في القول لإبراز القبول هي "نعم قبلت معاني العقد" ويعبر عن ذلك إلكترونياً من خلال الضغط مرّتين متتاليتين "double Clic Un" والذي يمثل العمليّة الواعية والمجسّمة للقبول¹⁶.

فمجرّد الضغط على الزر المخصّص يعد تصرف تعاقدي يعبر عن قبول صاحبه للإيجاب وهذه الآليّة للتعبير عن إرادة القبول هي الأكثر تواجد على شبكة الأنترنت حيث يمثل مجرّد الضغط قبولا وهو عبارة عن "نعم قبلت بنود العقد" ويوجد إلى جانب ذلك الموقع المخصّص للرفض "لا، لا أقبل بنود العقد".

وبالتالي فإنّ الضغط على زر القبول يعتبر العنصر المادّي المجسّد للقبول وحسب فقه قضاء مجلس الدولة الفرنسيّ يجب الضغط مرّتين متتاليتين على زرّين مختلفين: الأوّل: يتعلّق بنعم قبلت الإيجاب والثاني يتعلّق ببيان من نوع "أتؤيد قبولك؟".

لكن تجدر الإشارة إلى أنّ التصريح بالقبول لا يكون فقط عن طريق آليّة الضغط وهي عمليّة تقنيّة بحتة بل من خلال الإمضاء الإلكتروني للموجب وهو ما سنتناوله بالدرس في القسم الثاني من هذه المذكرة.

وتتكاثر خصائص العقد الإلكتروني الشكليّة لتتجلى كذلك من خلال قواعد إثبات هذا العقد لمعارضة الغير به (فرع ثالث).

-3&- الفرع الثالث: خصائص العقد الإلكتروني بالنسبة لقواعد الإثبات:

¹⁶ Marcellin (Sabrine) (Dir) : « Lamy, Droit de l'informatique et des réseaux – Guide : Solutions et applications – Pratique contractuelle », Paris, Lamy, 2000, p 1032.

لا شك أنّ العقد الإلكتروني يتسم بطابعه اللامادي (Dématérialisation) ومن هذه الناحية توجد إمكانيات فنيّة لتأمين المعاملة خوفاً من إتلافها أو إفسادها وهذا الإشكال لا يطرح بالنسبة إلى الشبكات المغلقة بين المؤسسات لكن أمام شبكة مفتوحة مثل الأنترنت لا شيء يضمن سرّيّة المعلومة أو عدم قرصنتها وقد ظهرت عدّة طرق فنيّة تسمح إلى حدّ ما بتأمين المعاملة التجاريّة وتحقيق جانب كبير من الإستثبات Authentification . إلّا أنّ أغلب التقنيّين لاحظوا عدم قدرة هذه الشبكات على ضمان السريّة والأمان المطلوبين واتّجهت جميع المجهودات إلى صناعة آليّات جديدة واكتشاف طرق حديثة يمكنان في نهاية الأمر من تحقيق الإستثبات والأمان Sécurité والسريّة Confidentialité.

فكيف تكتسب الوثيقة الإلكترونية القوّة الثبوتيّة وإلى أيّ مدى يمكن الإحتجاج بها؟

لقد سنّ المشرّع التونسي مجموعة من النصوص ليؤطر أحكام الإثبات الإلكتروني فأحاط الوثيقة الإلكترونية بجملة من الضمانات الواجب توفرها لإكسابها القوّة الثبوتيّة (1&) وليجعل منها وسيلة إثبات تضاهي في جانب كبير منها الوثيقة الورقيّة (2&).

-1&- : ضمانات إكساء الوثيقة الإلكترونية القوّة الثبوتيّة:

إنّ الوثيقة الإلكترونية لا تخضع إلى شكل ملموس بل هي مجموعة من الأرقام تعبّر عن حالة وجود كهرباء في السلك المجسّم أو مغناطيس في الذاكرة على حدّ تعبير الفنينين لذلك نصّ الفصل 453 مكرّر من م.ا.ع على أنّ " الوثيقة الإلكترونية هي الوثيقة المتكوّنة من مجموعة أحرف وأرقام أو أيّ إشارات رقميّة أخرى بما في ذلك تلك المتبادلة عبر وسائل الاتصال".

ولقد ربط المشرّع بين حيّة الوثيقة الإلكترونية ومسألة حفظها وحدّد وظائف السند الإلكتروني أو الحامل الإلكتروني صلب الفصل 4 من قانون 9 أوت 2000 الذي نصّ على ما يلي: " يعتمد قانونا حفظ الوثيقة الإلكترونية كما يعتمد حفظ الوثيقة الكتابيّة ويلتزم المرسل إليه بحفظ هذه الوثيقة في الشكل الذي تسلمها به ويتم حفظ الوثيقة الإلكترونية على حامل إلكتروني يمكن من:

1. الإطلاع على محتواها طيلة مدّة صلوحيّتها.

2. حفظها في شكلها النهائي بصفة تضمن سلامة محتواها.

3. حفظ المعلومات الخاصة لمصدرها ووجهتها وكذلك تاريخ ومكان إرسالها واستلامها.

وقد استخدم المشرع التونسي عبارة حفظ الوثيقة Conservation وكان من الأجدر استخدام عبارة توثيق Archiving¹⁷ وذلك للاختلاف بين العبارتين فالأولى تنصب على الحقوق أما الثانية فهي تتعلق بالسندات فتقول توثيق السند أو الحجة وليس حفظه والمقصود بالتوثيق هو حفظ معلومات لا مادية داخل برمجيات معلوماتية يمكن الرجوع إليها وقت الحاجة¹⁸ ضمانا لسلامتها. ولديمومتها فالاختلاف لا يتعلق بالكتابة وإنما بفقدان السند الورقي وتعويضه بسند لا مادي فرضته التقنيات المعلوماتية لا بد من توثيقه باعتماد وسائل فنية تضمن الأمان والسرية و الشرعية و المصادقة وتتمثل هذه الوسائل الفنية أساسا في الأوعية ووسائل التوثيق الحديثة مثل الميكرو فيلم والميكروفيش وكل وسيلة خزن إلكتروني أو ضوئي أخرى شرط أن توفر هذه الوسائل الفنية الضمانات لمطابقتها لأصلها¹⁹ وبهذه الطريقة حافظ المشرع التونسي على الحل الذي تبناه بالنسبة للنسخ الأصلية فتبنى صيغة عامة لفسح المجال أمام الاجتهاد القضائي بحسب تطور الوسائل التقنية فالنصوص القديمة بمجلة الالتزامات والعقود لم تكن تقرر بالقوة الثبوتية للنسخ المأخوذة عن الأصل إلا إذا شهد المأمورون العموميون بصحتها وبمطابقتها لأصولها فالنص القديم كان مرتبطا بالسند الورقي فإذا ما قدمت النسخة كان ضروريا أن يتم تقديمها مع أصلها وهو حل لا يتماشى والتقنيات المعلوماتية الحديثة التي لا وجود لحجج أصلية لديها فالأصل يتمثل في جملة المعلومات المخزنة بذاكرة الحاسوب أو الحامل الإلكتروني وما المطبوعة المستخرجة منه إلا نسخة من تسجيل إذ يتم إنجازها وفق وسائل فنية توفر كل الضمانات لمطابقتها لأصولها وفي صورة عدم توفر هذه الشروط يتم عرضها على الاختبار لبيان صحتها تطبيقا لأحكام الفصل 471 من م.أ.ع.

¹⁷ CAPRIOLI (F) : " Variations sur le thème du droit de l'archivage dans le commerce électronique.« Première partie- les petites affiches, 18 Aout 1999-n°164-p4 .

¹⁸ Ben Soussan (A) « Cryptage et signature électronique, aspects juridiques" , Hermes, Paris 1999,p78.

¹⁹ Les informations sont ramassées sur des disques durs respectifs des contractants ou sur d'autres instruments fiables comme les disquettes ZIP, les CD... d'une façon sécurisée et pour une durée suffisante « Ben Abbes (B) mémoire précitée, p107.

وقد اعتبر فقهاء القضاء الفرنسي أنّ للنسخ قوّة ثبوتية تضاهي الأصول بشرط أن لا ينكر الأطراف مضمونها وذلك في قرار:

Société Descamps : la banque scallbert Dupont المؤرخ في 2 ديسمبر 1997²⁰

وهو نفس الحلّ الذي تبنته محكمة التعقيب الفرنسية في قرارها المؤرخ في 28 مارس 2000 :

SA LAZARD C/ Mme Thurin Fueutes²¹

معتبرة وأن النسخة الإلكترونية المستخرجة من الحاسوب بعد حفظها وتوثيقها بطريقة موثوق بها يمكن الإحتجاج بها لتعذر إحضار الأصل. فهذه هي الضمانات التي اشترطها المشرع التونسي لإكساء الوثيقة الإلكترونية بالقوّة الثبوتية وهي حفظها ضمانا لمصادقيتها وارتباطها الوثيق كذلك بالإمضاء الإلكتروني وهوية الممضي وكلما توقّرت هذه الضمانات اكتسبت الوثيقة الإلكترونية قيمة قانونية وأصبحت وسيلة إثبات مشكّلة في عالم فرضي للإستدلال بها في العالم المادي. وينجرّ عن إكساء الوثيقة الإلكترونية بالقوّة الثبوتية آثار عديدة على مستوى إثبات العقد والإحتجاج به (28)

28: آثار إكساء الوثيقة الإلكترونية بالقوّة الثبوتية:

على مستوى الفقه وصف بعض الفقهاء الوثيقة الإلكترونية كبداية حجة على معنى الفصل 477 من م.ا.ع وهو وصف غير مستساغ لسببين:

- السبب الأول: هو أنّ بداية الحجة بداية الإثبات ولا بدّ أن تتواصل مع سنّد إضافي يكمل الحجة بالوسائل غير المنقوصة فيصبح الجمع وسيلة إثبات كاملة. ²²

²⁰ GRYNBAUM (I) sous cassation commerciale, 2 decembre 1997 S.A Descamps C/S A . Banque Scalbert Dupont, arrêt n° 2431 JCP ed G, n° 25, 17 Juin 1998 p 1107.

²¹ LEUENEUR (I.) note sous cassation civile, 1^{ère} civ 28 mars 2000 S.A Tazard c/ Mme THURIN FUEUTES (arrêt n°654 P (J.C.P. Ed. G. n° 35, 30 août 2000, p 1555 et 1556.

• **السبب الثاني:** اعتبار الكتب الإلكترونية بداية حجة بالكتابة سوف يوهنه ويتعارض مع رغبة المشرّع في الارتقاء به إلى مصاف الحجج الكاملة.²³

لذلك فكر جانب آخر من الفقه في الاستثناءات الواردة بقانون الإثبات وهي نوافذ تفتح على أسوار النظام القانوني المهيأ للكتب لكسر عزلته وذلك تطبيقاً لأحكام الفصل 1348 م مدنيّة فرنسيّة والفصل 478 م.ا.ع التي تأخذ بالوسائل الناقصة في الإثبات كلّما كان هناك تعذر مادي أو معنوي في الحصول على كتب إلا أنّ هذا الرأي تمّ انتقاده لعدم اعتباره الوثيقة الإلكترونية كتباً بآتم معنى الكلمة.

أمّا المشرّع التونسي ورغبة منه في تطبيع النظام القانوني مع المستحدثات والآليات التكنولوجيّة في الإثبات اعتبر في إطار الفقرة الثانية من الفصل 453 مكرّر إثر تنقيحه في 13 جوان 2000 وأنّ الوثيقة الإلكترونية تعد "كتباً غير رسميّا" ²⁴ فالوثيقة الإلكترونية باعتبارها كتباً فإنّها لا تقبل أصلاً إثبات خلاف ما جاء فيها باعتماد وسائل إثبات ناقصة إذ لا يمكن إثبات عكس الكتابة إلا بالكتابة تطبيقاً لأحكام الفصل 474 من م.ا.ع .

أمّا بالنسبة للمشرّع الفرنسي فإنّه لم يعط تكييفاً معيّناً للوثيقة الإلكترونية واكتفى بالقول صلب الفصل 1316 -1 أنّ الكتب الذي يكتسي صيغة إلكترونيّة يمكن قبوله في الإثبات مثل الكتب المرتكز على الورق وأضاف الفصل 1316 - 3 أنّ الكتب ذا مرتكز إلكتروني له نفس قوّة إثبات الكتب المرتكز على الورق ممّا يجعل المجال مفتوحاً في القانون الفرنسي لتكييف الوثيقة الإلكترونية كحجّة رسميّة كلّما توفّرت شروط محدّدة.

ولم يتعرّض المشرّع التونسي إلى تنازع السندين : السند الورقي والسند الإلكتروني لسببين أساسيين:

²² HANCE (O) et DIONNE – BALZ (S) : Business et droit d'internet, éditions BEST, 1996 p 221.

²³ CATALA (P): Le formalisme et les nouvelles technologies repertoire Défrénois , 2000 ,p 900.

²⁴ - الفصل 453 مكرّر م.ا.ع عرّف الكتب باعتباره "مجموعة لأحرف وأرقام أو إشارات رقميّة أخرى بما في ذلك تلك المتبادل عبر وسائل الإتصال تكون ذا محتوى يمكن فهمه و محفوظة على حامل الكتروني يؤمّن قراءتها والرجوع إليها عند الحاجة".

السبب الأول: لأنّ الكتب الإلكترونية لا يرتقي في القانون التونسي إلى مصاف الكتاب الرسمية.

السبب الثاني: لأنّ الحجّة الرسمية تغلب على الكتاب الخطيّة من حيث ضرورة رميها بالزور لإثبات عكس ما تحتويه والذي يفترض الاحتجاج بكتائب متعارضة لها نفس الحجّة في حين أنّ المشرّع التونسي يعتبر أنّ الكتب الإلكترونية مجرد حجّة غير رسميّة.

فالمشرّع الفرنسي على خلاف المشرّع التونسي وضع الكتب الخطيّة على قدم المساواة مع الكتب الإلكترونيّة وهو موقف تبنته محكمة التعقيب الفرنسيّة في عديد قراراتها²⁵ تطبيقاً لأحكام الفصل 1341 من المجلّة المدنيّة الفرنسيّة أما بالنسبة للمشرّع التونسي فإنّ هذه الإمكانية تبدو غير متاحة وبالتالي فإنّ قاضي الموضوع في تونس يتمتّع بسلطة تقديرية للترجيح بين السندين ويمكن للقاضي أن يأذن بإجراء اختبار تطبيقاً لأحكام الفصل 470 م.أ.ع كلما أنكر أحد أطراف الكتب إمضاءه أو عندما ينكر الورثة إمضاء مورثهم.

وقد ألزم القانون التونسي ضرورة تسليم البائع لوثيقة إلكترونية للمستهلك تتضمن كافة المعطيات المتعلقة بعملية البيع إذ نص الفصل 28 من قانون عدد 83 لسنة 2000 والمؤرخ في 9 أوت 2000 المتعلق بالمبادلات والتجارة الإلكترونية أنّه "ينشأ العقد الإلكتروني بعنوان البائع وفي تاريخ موافقة هذا الأخير على الطلبية بواسطة وثيقة إلكترونية ممضاة وموجّهة للمستهلك ما لم يتفق الطرفان على خلاف ذلك " كما أضاف الفصل 29 من نفس القانون على أنّه " يتعيّن على البائع أن يوفر للمستهلك عند الطلب خلال العشرة أيام الموالية لإبرام العقد وثيقة كتابية أو إلكترونية تتضمن كافة المعطيات المتعلقة بعملية البيع".

ويتضح بالتالي أن المشرّع التونسي ارتقى بالكتب الإلكترونية إلى مصاف الكتب الورقي رغم جميع الخصائص التي يميّز بها الكتب الإلكترونية ورغم حداثة ظهوره وهشاشة سنده على أن يكون هذا الكتب محفوظاً في صيغته النهائية على سند لا يمكن تغييره وبالتالي لا يمكن التراجع في مضمونه (non

²⁵ Cassation civil 1^{er} , 10 juin 1960, bulletin civil, t, n°316

Cassation civil 1^{er} , 30 novembre 1964, bulletin civil, t, n°531

Cassation civil 1^{er} , 10 février 1965, bulletin civil, t, n°128

(répudiation) وتبقى من أهمّ الضمانات لإثبات هذا الكتب وجوب اللجوء إلى خدمات مزوّد المصادقة الإلكترونية الذي تتمثل مهمته في الإشهاد بصدور الإمضاء الإلكتروني عن صاحبه²⁶.

إنّ الخصائص التي تميّز طرق تكوين العقد الإلكتروني وحادثة هذا الأسلوب الرقمي في تكوين وإثبات المبادلات بين الأشخاص حسب الشبكة العنكبوتية العالمية تتجلّى على مستوى القواعد الجوهرية التقليدية لمادّة الالتزامات والعقود وكذلك على مستوى الشروط الشكلية لتكوين هذه العقود كطرق الكتابة والحفظ والإثبات.

يبقى أنّ تكوين العقد الإلكتروني وإن كان لا يشدّ كثيرا عن المبادئ العامة المبيّنة بمجلة الالتزامات والعقود باعتبار أن المعاملة الإلكترونية تبقى في نهاية الأمر معاملة تعاقدية فإن خصوصية المجال الإلكتروني تصبغ على هذا النشاط التجاري شكلا معينا وتفرد به خصائص ما فتئت تتكاثر بحكم تعقد الوسائل الفنية وتجدها لكن الشيء الأكيد أن لا يبقى هذا المجال بعيدا عن الضوابط القانونية وإن استخفّ البعض بإمكانية تأطير العالم الفرضي بقواعد مادية. نفس الملاحظة يتطلبها الحديث عن طرق إبرام وتنفيذ العقد الإلكتروني (الجزء الثاني).

²⁶ أحمد الورفلي المرجع السابق ص 193

الجزء الثاني

خصائص طرق إبرام وتنفيذ العقد الإلكتروني مقارنة بعقد
البيع العادي

الجزء الثاني: خصائص طرق إبرام وتنفيذ العقد الإلكتروني مقارنة بعقد البيع العادي:

إنّ تطوّر نمط حياة الإنسان على مرّ العصور فيما يتعلق بالوسائل التي دأب على استعمالها لتأمين تواصله مع الآخر قد أصبغ على العقد مفهوما مستحدثا يتّسم بصيغة افتراضية لا مادية مبرمة عن بعد من خلال استخدام معدّات وتجهيزات إلكترونية مهما كان نوعها لتخزين المعطيات وهذه العقود الإلكترونية يمكن تصنيفها صلب عقود الإذعان أو العقود الرضائية فأما بالنسبة للصنف الأول فإنّه لا يمكن للمتعاقد التفاوض في الشروط المعروفة بل هو مجبور على قبول أو رفض شروط التعاقد وكمثال لهذا النوع من العقود عقود "الواب" وهذا الأكثر شيوعا على الشبكة. أما بالنسبة للعقود الرضائية فتتخذ فيها حرية الأطراف على التفاوض أهمية كبرى وهي شائعة عندما تكون المفاوضة بين الطرفين عبر البريد الإلكتروني ممّا يتيح للمستهلك أن يناقش السعر المنصوص على الشبكة. وخصائص عقود البيع الإلكترونيّة في خصوص طرق إبرام هذا العقد بعد أن تكون بتلاقي إرادتي الموجب والذي قبل العرض تتجلى من خلال تقنية الإمضاء الإلكتروني الذي يشكل آلية تثير بعض التساؤلات وتستلزم جملة من التوضيحات (فرع 1ع) كما تتجلى من خلال آلية الدفع الإلكتروني والتي تشكّل طريقة لدفع الأموال عن بعد (فرع ثاني) كما تتجلى هذه الخصائص من خلال النظام القانوني للعقود الإلكترونيّة أي في حالة عدم احترام التشريعات الخاصة بهذه العقود ماهي المحكمة المختصة لفضّ هذه النزاعات وأي من القوانين أجدد بالتطبيق (فرع 3ع).

الفرع الأول: الإمضاء الإلكتروني:

إنّ دراسة آلية الإمضاء الإلكتروني تستلزم لغاية منهجية وتقنية بالأساس الوقوف بادئ ذي بدء عند تعريف هذا الإمضاء (1ع) قبل التعرّض إلى وسائل حماية هذا الإمضاء من التدليس (2ع).

1ع: تعريف الإمضاء الإلكتروني:

يقترن القبول في العالم الإلكتروني بإمضاء الموجب له بطريقة إلكترونية ويكون ذلك سواء بإرجاع المراسلة عن طريق البريد الإلكتروني بعد إمضاءها بالمفتاح السري للموجب له أو عن طريق الضغط على موقع الموجب عبر صفحات الواب ويكون ذلك بالضغط على المفتاح العام للموجب له. فهل يمكن معادلة الإمضاء الإلكتروني بالإمضاء اليدوي؟

لقد كان من الضروري على المشرّع التونسي تعديل بعض الفصول لتتناسب مع وسائل الاتصال الحديثة وفي هذا الإطار وقع تنقيح بعض فصول م.ا.ع بموجب القانون عدد 57 لسنة 2000 المؤرخ في 13 جوان 2000 والذي أقرّ بأنّه في إطار العقود اللامادية أي عقود التجارة الإلكترونية مثلا فإنّه يمكن الاعتراف بالوثيقة الإلكترونية الممضاة إلكترونيا على أنّها وثيقة تمكّن صاحبها من إثبات قيام علاقة تعاقدية من طرفين أو أكثر وبالتالي ومن خلال هذا الفصل أكسب المشرّع التونسي الوثيقة الإلكترونية كامل قوتها الثبوتية ونص الفصل 453 من م.ا.ع أنه "...ويتمثل الإمضاء في وضع اسم أو علامة خاصة بخط يد المعاهد نفسه مدمجة بالكتب المرسوم بها أو إذا كان إلكترونيا في استعمال منوال تعريف موثوق به يضمن صلة الإمضاء المذكور بالوثيقة الإلكترونية المرتبطة به"(أضيف بالقانون عدد 57 لسنة 2000 المؤرخ في 13 جوان 2000). كما نصّ الفصل 453 مكرّر من مجلّة الالتزامات والعقود على أنّ " الوثيقة الإلكترونية تشكّل كتبا غير رسمي إذا كانت محفوظة في شكلها النهائي بطريقة موثوق بها ومدعمة بإمضاء إلكتروني" فما هو المقصود بالإمضاء الإلكتروني؟

إنّ مجلّة الالتزامات والعقود لم تعرف من ناحيتها مفهوم الإمضاء رغم أن هذه العبارة وردت في العديد من الفصول خاصة في الباب المتعلق بالإثبات. وقد عرّف المشرع الفرنسي الإمضاء الإلكتروني صلب الفصل 2-2-132 من المجلّة المدنية الفرنسية وبنى تعريفه لهذه الآلية على وظائفها المتمثلة في تحديد الشخص صاحب الإمضاء و التدليل على رضائه بمضمون الكتب وإنّ هذا التعريف هو تعريف يشمل في نفس الوقت الإمضاء اليدوي والإمضاء الإلكتروني.

ويمكن القول في هذا السياق أن الإمضاء يتضمن معيارين:

معيار عضوي: يتعلق بتحديد الشخص الذي أمضى الكتب.

معيار وظيفي: يتعلق بالتصريح أو التعبير عن الإرادة في التعاقد.

في المقابل أضاف المشرّع التونسي **فقرة ثانية للفصل 453 من مجلّة الالتزامات والعقود** بمقتضى تنقيح 13 جوان 2000 والذي ضمّنه تعريف للإمضاء اليدوي والإمضاء الإلكتروني على حد سواء أنه : " يتمثل الإمضاء في وضع اسم أو علامة خاصّة بيد العاقد نفسه مدمجة بالكتب المرسوم بها أو إذا كان إلكتروني في استعمال منوال تعريف موثوق به يضمن صلة الإمضاء المذكور بالوثيقة الإلكترونية به " فالتعمّن في أحكام الفصل 453 مكرّر يدفعنا للقيام ببعض الملاحظات من بينها أنّ الفصل 453 اشترط أن يكون الإمضاء بيد العاقد نفسه وهذا لا يتطابق مع الإمضاء الوحيد المقبول قانونا بالرغم من

أنّ نيّة المشرّع من خلال تعريفه للإمضاء كانت تهدف إلى توسيع مفهومه حتّى يستوعب جميع أشكال الإمضاءات الجديدة التي قد ينتجها التطوّر التكنولوجي وبالرجوع إلى القانون الفرنسي فقد تجاوز المشرّع الفرنسي هذا الإلتباس من خلال تعويض عبارة de sa main بعبارة Par lui même .

ونصّ الفصل الخامس من القانون عدد 83 لسنة 2000 المتعلّق بالمبادلات و التجارة الإلكترونيّة على أنّه لكلّ من يرغب في إمضاء وثيقة إلكترونيّة إحداث إمضاء إلكتروني في منظومة موثوق بها يتم ضبط مواصفاتها التقنية بقرار من وزير المواصلات كما عرّف الفصل الثاني من نفس القانون منظومة إحداث الإمضاء على أنّها "مجموعة من عناصر التشفير الشخصيّة أو مجموعة من المعدّات المهيّأة خصيصاً لإحداث إمضاء إلكتروني" ²⁷ وفي سياق هذا المعنى كان الإمضاء الإلكتروني محلّ اهتمام الفقهاء إذ عرّفه البعض بكونه يتمثّل في شكل "رموز رياضيّة سريّة مرتبطة برسالة بيانات إلكترونيّة تعرّف بهويّة صاحبها" ²⁸.

كما يعتبر بعض الفقهاء أنّ الإمضاء الإلكتروني هو "كلّ حروف أو أرقام أو رموز أو إشارات أو صوت أو غيره يوضع على محرّر إلكتروني ويكون لها طابع مميز يسمح بتمييز شخص صاحبها و تحديد هوية صاحبه وتعبير عن رضاء صاحبها بمضمون التصرف الذي يصدر التوقيع بمناسبتّه" ²⁹. أمّا على الصعيد الدولي فقد وضعت أغلب التشريعات إطاراً عاماً للإمضاء الإلكتروني مكّنت بمقتضاه من إضفاء الصحّة الضرورية على الوثيقة الإلكترونية التي تحمله وأقرت بالتالي المساواة بينه وبين الإمضاء الخطّي كما وضع الإتحاد الأوروبي إطاراً للإمضاء الإلكتروني وركّزت التوصيات على ضرورة الاعتراف به كوسيلة موثوق بها للتعريف بهوية الشخص المتعاقد والتأكد من رغبته في التعاقد.

وقد اشترط في هذا السياق الفصل 28 من قانون 9 أوت 2000 أن عملية إصدار القبول تكون من خلال وثيقة إلكترونية ممضاة وموجهة للمستهلك بمعنى أن القبول لا يتحقّق إلا بصور وثيقة ممضاة عن الموجب له ومن هنا نتبيّن أهمية عملية الإمضاء كتصريح بالقبول. ففي العالم المادي ولكي تكون

²⁷ نوفل بن أحمد "الإمضاء الإلكتروني" مجلّة الأحداث القانونيّة كليّة الحقوق والعلوم السياسيّة بتونس عدد 15، 2002، ص 149 و150

²⁸ SEDALLIAN (V) : Glyptographie et signature électronique, intervention donnée le 12 juin 1999 dans le cadre du 13^{ème} salon INFOSET.

²⁹ جمال عبد الرحمان محمد علي الحجية القانونيّة للمستندات الإلكترونيّة، دار الفكر العربي، مصر، السنة 2005 ص 17.

للإمضاء قيمة قانونية كاملة يسبق الإمضاء بعبارة "اطلعت ووقعت" كما يمكن إرسال الرسائل مختومة وبصفة موثوق بها مع الإعلام بالبلوغ وذلك لضمان سلامتها حتى التسليم وكل هذه الجهود المادية لا يستلزمها العالم الفرضي رغم عدم الحضور المادي للشخص الممضي إذ أن الإمضاء الإلكتروني كان ذلك عن طريق المفتاح العام أو الخاص للشخص المتعاقد يوفر الكثير من الوقت والجهود.

ويُتَّجه بعد التعرّف على معنى الإمضاء الإلكتروني التعرّض إلى طرق حماية هذا الإمضاء³⁰.

§2: حماية الإمضاء الإلكتروني:

يؤدّي الإمضاء الإلكتروني وظيفتين أساسيتين أولهما التعريف بصاحب الكتب وثانيهما استنبات هويّة الشخص الممضي وحتى يرتب هذا الإمضاء نفس الآثار التي تنتج عن الإمضاء الخطّي اشترط المشرّع التونسي أن يكون هذا الإمضاء موثوق به وفي هذا الإطار أصدر الوزير المكلف بالمواصلات قرار مؤرخا في 19 جويلية 2001 يتعلّق بضبط المواصفات التقنيّة لمنظومة إحداث الإمضاء الإلكتروني وتجدر الإشارة في هذا الإطار إلى أنّ القانون الفرنسي اعتمد منظومة التشفير اللاتماثلي لحماية الإمضاء كما استعمل المشرّع التونسي طريقة الإمضاء اللاتماثلية وخدمات المصادقة الإلكترونية .

وعرّف المشرّع التونسي عمليّة التشفير من خلال الفصل الثاني من قانون 09 أوت 2000 المتعلّق بالمبادلات والتجارة الإلكترونية بأنّه يتمثل في "استعمال رموز أو إشارات غير متداولة تصبح بمقتضاه المعلومات المرغوب تمريرها أو إرسالها غير قابلة للفهم من قبل الغير" (Illisibles).

وفي هذا الصدد يمكن تقسيم آليّة التشفير إلى التشفير التماثلي واللاتماثلي والتشفير التماثلي يقوم على اعتماد مفتاح وحيد يبقى سرّيّا بين الطرفين وهذا المفتاح يعتمد في تشفير النصّ وفكّ التشفير عنه وهو يتطلب إحالة المفتاح بين الأطراف بطريقة موثوق بها لضمان سلامته أمّا بالنسبة للتشفير اللاتماثلي فعوضا عن استخدام مفتاح واحد يتمّ استخدام مفتاحين اثنين المفتاح الخاص والذي لا يعلمه إلا المعني بالأمر والمفتاح العام والذي هو معروف من قبل جميع المتعاملين حيث يتم تشفير نص العقد عن طريق المفتاح الخاص فتصبح غير مفهومة وترسل على الشبكة فيقوم المرسل إليه بفتح المراسلة بواسطة المفتاح العام المعروف عنده وعندما تنفتح الرسالة ويقرأ نصها يتأكد المرسل إليه أن الرسالة صدرت

³⁰ محمد أبو الهيجاء: التحكم بواسطة الأنترنت، دار العلمية للنشر والتوزيع، ودار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الطبعة الأولى السنة 2001. ص 87.

عن المعني بالأمر دون غيره، فالأمر موكول بالتالي لمفتاحين مفتاح للتشفير ومفتاح له علاقة بالمفتاح الأول لكنّه مختلف عنه لفكّ التشفير ويستحيل استخراج المفتاح الخاص انطلاقاً من المفتاح العام فالمفتاح الخاص هو الذي يستخدمه الموقع أما المفتاح العام فهو الذي يستخدمه طرف معوّل عليه للتحقق من صحّة التوقيع الرقمي.

وتجدر الإشارة في هذا السياق أن مزود خدمات المصادقة الإلكترونية يلعب دوراً مهماً في تسليم شهادات المصادقة الإلكترونية التي تثبت صحة عمليات التعاقد الإلكتروني وتمكّن من تحديد هوية المرسل وتؤكد أو تفنّد صدور الإمضاء عن صاحبه أو لا. وقد أنط القانون التونسي بعهدة مزود خدمات المصادقة الإلكترونية مهمّة أساسية تتمثل في تسليم شهادة المصادقة الإلكترونية التي هي طريقة تضمن الصلة بين المنظومة العموميّة للتشفير وصاحب الإمضاء الإلكتروني وتهدف إلى التحقق من أنّ الإمضاء المذيل للمراسلة الإلكترونية يتعلّق بشخص معيّن دون غيره ويمكن لهذا الطرف في المقابل التفتن إن كانت هناك نية في الغش أو الاحتيال وقد تعدّدت المحاولات في تعريف الشخص المصادق واعتبره البعض ذلك الهيكل الذي يعنى بضمان شكليّة بين الشخص ومفتاحه العام واعتبر البعض الآخر أنّ شهادة المصادقة الإلكترونية هي تلك الوثيقة الإلكترونية التي تسمح بضمان الصلة بين صاحب المفتاح الخاص أو السريّ والمفتاح العام المضمّن بالشهادة المسلمة عن مزود خدمات المصادقة الإلكترونية. لكن السؤال الذي يفرض نفسه في هذا السياق هل أن وجود هذا الغير المصادق يعدّ شرطاً ضرورياً يستوجب القانون لضمان صحّة الإمضاء الإلكتروني؟

لقد اعتبر بعض الفقهاء أن تدخل الغير المصادق لا يعدّ شرطاً لصحّة الإمضاء الإلكتروني وأقرّ البعض الآخر أنّ المشرّع أوجب توفّر شرط الموثوقيّة للاعتداد بالإمضاء الإلكتروني ولعلّ أحسن دليل لذلك أنّه جعل من ذلك الموثوقيّة أحد عناصر تعريف الإمضاء الإلكتروني الوارد به الفصل 453 جديد من م.أ.ع.

ويمكننا الجزم في إطار القانون التونسي أنّ تدخل الغير المصادق يعدّ شرطاً ضرورياً لصحّة الإمضاء الإلكتروني باعتبار أن القانون ألزم وجود هذا الطرف للاعتداد بالإمضاء الصادر عن الأطراف المتعاقدة فهذه السلطة الرسمية التي يمثلها مزود خدمات المصادقة الإلكترونية تعتبر الجهة الوحيدة القادرة على التأكد من موثوقيّة منوال التعريف المعتمد في الإمضاء الإلكتروني وبالتالي تعد المصلحة الإدارية الوحيدة في إطار المعاملة الإلكترونية الخاصة التي تدعم الموثوقيّة وتمكن من مزيد الاستثبات من هوية الأطراف المتعاقدة ومن صحة الإمضاء الصادر عنهم.

وبالتالي يمكننا تلخيص مهمة مزود خدمات المصادقة الإلكترونية بأنها تتمثل في الإشهاد بصدور الإمضاء عن صاحبه وحتى تؤدي الوثيقة الإلكترونية الممضاة وظيفة الكتب يجب أن تكون محفوظة في صيغتها النهائية على سند لا يمكن تغييره أو التراجع فيه (la non répudiation) .

ولقد حدّد الفصل 11 من قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية الشروط الضرورية التي يجب أن تتوفر في شخص مزود خدمات المصادقة الإلكترونية كما أضاف الفصل 12 من نفس القانون مهام مزود خدمات المصادقة الإلكترونية والمتمثلة خاصة في إصدار شهادات المصادقة، تسليمها وحفظها ثمّ عند الاقتضاء تعليق العمل بها أو إلغاؤها تماما وفقا لكرّاس الشروط. كما تعرّض الفصل 17 من القانون عدد 83 لسنة 2000 إلى المعطيات التي يجب التنصيص عليها من قبل مزود خدمات المصادقة الإلكترونية في شهادة المصادقة التي يسلمها كالتنصيص على هوية صاحب الشهادة وعناصر التدقيق في إمضائه الإلكتروني ومدة صلوحيّة الشهادة ومجالات العمل بها.

كما يتولّى مزود خدمات المصادقة الإلكترونية توثيق تاريخ الإمضاء المعبر عنه باللغة الفرنسية بمصطلح Horodatage وهو ما نصّ عليه الفصل 18 من القانون عدد 83 لسنة 2000 لأنّ ضبط التوقيت صلب الكتب الإلكتروني وتحديد تاريخ ثابت له يكتسي أهمية قصوى تتعلّق بتحديد بداية انطلاق مدّة معارضة الغير بالتصرّف القانوني موضوع الوثيقة الإلكترونية الواقع إمضاءها من قبل الأطراف بطريقة إلكترونية كذلك.

وبإمكان مزود خدمات المصادقة الإلكترونية جمع معلومات ذات صبغة شخصية وهو ما تعرض له المشرّع في القانون الأساسي عدد 63 لسنة 2004 المؤرّخ في 27 جويلية 2004 المتعلّق بحماية المعطيات الشخصية فمثلا إذا كان طالب الشهادة شخصا معنويًا يقوم المزود بالتحري في هويّة الشخص الذي يتسلّمها والتحقّق من صلته بالشخص المعنوي.³¹

نتبين بناءا على كلّ ما سبق بسطه أن الإمضاء الإلكتروني يمثّل عنصرا أساسيًا لا يمكن التخلّي عنه على مستوى عقود التجارة الإلكترونية وذلك لما يوفره من ضمانات في إبرام هذه العقود. لكن تجدر الإشارة أن خصوصيات عقود التجارة الإلكترونية خاصة عقود البيع منها تتجاوز مرحلة إبرام هذه العقود لتمتدّ إلى مرحلة تنفيذ ما اتفقت عليه إرادة الأطراف (الفرع الثاني).

³¹ وهو الأمر المصادق عليه بمقتضى الأمر عدد 1667 لسنة 2001 المؤرّخ في 17 جويلية 2001.

الفرع الثاني: خصوصية عقود التجارة الإلكترونية على مستوى التنفيذ:

بعد مرحلة إبرام العقد الذي من المفروض أنه استوفى جميع مقوماته الشكلية والجوهرية وهو ما يفترض كذلك أننا قمنا بإمضاء هذا الكتب يجب المرور بصفة آلية إلى مرحلة تنفيذ مقتضيات هذا العقد ومتطلباته وتجدر الإشارة في هذا السياق أنه وفي خصوص مكان تكوين العقد فإنه وفي مثل هذه العقود فإن الوضع يقتضي تأخر القبول على الإيجاب بحيز زمني قد يطول أو يقصر بحسب الوسائل المستعملة وقد نص المشرع التونسي صلب الفصل 28 من قانون 9 أوت 2000 أن العقد ينشأ بعنوان البائع وفي تاريخ موافقة هذا الأخير على الطلب بواسطة وثيقة إلكترونية ممضاة وموجهة للمستهلك ما لم يتفق الطرفان على خلاف ذلك وبالتالي فإن المشرع التونسي لم يتبنّ في هذا الإطار نظرية صدور القبول بل نظرية تسليم القبول أو بالأحرى مذهب العلم بالقبول.

أما في خصوص تحديد تاريخ إبرام العقد فهي في غاية الأهمية لتحديد زمن انتقال الملكية وانتقال المخاطر ففي خصوص زمن انتقال الملكية يمكننا الجزم أنه بإبرام العقد تنتقل الملكية في عقود البيع الإلكترونية بصفة فورية إذا تم دفع كامل الثمن حالا وذلك رجوعا لمقتضيات الفصل 583 من م ا ع أما في خصوص تحديد زمن انتقال المخاطر فإنه يمثل نتيجة حتمية لأثر انتقال الملكية لكن القانون عدد 83 لسنة 2000 المؤرخ في 9 أوت 2000 نص على استثناء لهذه القاعدة في حالة البيع مع التجربة ففي هذه الحالة يتحمل البائع الأخطار التي قد تتعرض إليها البضائع إلى غاية انتهاء أمد التجربة .

وتنفيذ عقود البيع الإلكترونية كغيرها من العقود الخطية يمكن أن يكون تلقائيا إذا ما وقى كلّ طرف بالالتزامات المحمولة عليه بصفة آلية وبالشروط المنصوص عليها بالعقد أما إذا أخل أحد الطرفين أو كليهما بالالتزامات المحمولة عليه فإن هذا التنفيذ يصبح قضائيا وبالتالي ليس تلقائيا بل جبريا.

و سنتعرّض إلى حالة التنفيذ التلقائي والآلي لعقود البيع الإلكترونية والتي تتفرّع إلى فكرتين أساسيتين أولهما دراسة الالتزامات المحمولة على البائع (&1) ثمّ الالتزامات المحمولة على المشتري (&2).

1&- الالتزامات المحمّولة على البائع:

لم ينصّ القانون عدد 83 لسنة 2000 المتعلّق بالمبادلات والتجارة الإلكترونيّة على التزامات جديدة محمّولة على البائع في إطار عقد البيع الإلكتروني ليتدخل القانون العام في هذا المجال خاصة ما تضمنه **الفصل 591 من مجلّة الالتزامات والعقود** المتعلق بعقود البيع التقليدية والذي يندرج في القسم المتعلق بما **"يجب على البائع"** والذي حصر الالتزامات المحمّولة على البائع في أمرين وهما تسليم المبيع وضمان المبيع من العيوب.

لكن تجدر الإشارة في هذا السياق أن خصوصيّة الفضاء الإلكتروني ولا حدوديته ولا مادية معطيات عقد البيع الإلكتروني من شأنهم أن يحمّلوا البائع التزامات جديدة نابعة من مميزات العالم الافتراضي الذي تحوم حوله المعاملات الفرضية في عصرنا الراهن.

• في خصوص واجب تسليم المبيع وضمانه:

بالرجوع إلى القواعد العامّة للالتزامات وتحديدًا **الفصل 591 من مجلّة الالتزامات والعقود** نتبيّن أن البائع في الفضاء الإلكتروني مثله مثل البائع العادي في إطار عقود البيع التقليدية ملزم بأمرين وهما تسليم المبيع أي وضعه على ذمة المشتري وكذلك ضمان المبيع من العيوب .

• في خصوص واجب تسليم المبيع:

لا يمكن الحديث عن عقد بيع دون تصور مقابل عن هذا العقد, مقابل من قبل المشتري يتمثل في الثمن الذي سيدفعه ليتحوّز بمشتراه ومقابل من قبل البائع يتمثل في تسليمه البضاعة موضوع عقد البيع للمشتري. وتجدر الإشارة أن هناك فرقا بين مفهومين متقاربين في المدلول متباعين في المعنى وهما معطى نقل الملكية وواجب تسليم البائع للبضاعة موضوع عقد البيع, فبالنسبة إلى نقل الملكية فإنّه يمثل نتيجة حتمية لإبرام عقد البيع الذي بمقتضاه تنتقل ملكية المبيع من الذمة المالية للبائع لتصبح بالتالي ملكا للمشتري, ويمكننا القول بالتالي أن معطى انتقال الملكية يشكّل الأثر المباشر لعقد البيع حسب مدلول **الفصل 583 من مجلّة الالتزامات والعقود** الذي ينص **"إذا تم البيع بتراضي الجانبين انتقلت ملكية المشتري للمشتري"** وبالتالي فإن معطى نقل الملكية يمثل الأثر الآلي الذي ينجر حتما عن إبرام عقد البيع وبالتالي هو لا يمثل التزاما بل نتيجة حتمية للتعاقد في البيع أما بالنسبة لمعطى التسليم فهو الالتزام الأساسي المحمول على كاهل البائع إذ لا يمكن الحديث عن عقد بيع دون تصور لعملية تسليم آلية للمبيع

أي لتنازل وتخلي عن المبيع من قبل البائع لفائدة المشتري حسب مقتضيات الفصل 592 من م. ا. ع الذي ينص "يتم التسليم إذا تخلى البائع عن المبيع وصدر منه أو من نائبه إذن للمشتري في تسلم المبيع ويمكن المشتري من حوزة بلا مانع" وبالتالي فإن واجب التسليم يمثل واجبا محمولا على كاهل البائع ينشأ بمقتضى وجود عقد صحيح وناجز قانونا ويتضمن هذا الالتزام ضرورة احترام مبدأ الوفاء و تمام الأمانة كما يلتزم البائع حسب الفصل 31 من قانون مبادلات التجارة الإلكترونية بتسليم بضاعة للمستهلك مطابقة للطلب أي مطابقة للمواصفات التي تم التعاقد عليها و ".....يمكن للمستهلك إرجاع المنتج على حالته إذا كان غير مطابق للطلبية أو إذا لم يحترم البائع آجال تسليمه وإلا فإن المستهلك بإمكانه إرجاع وذلك في أجل عشرة أيام تحتسب بداية من تاريخ التسليم".

ويتمثل التسليم حسب م. ا. ع في فصلها 592 في تنازل البائع عن المبيع و صدور إذن للمشتري في تسلم المبيع بالتالي فالتسليم يمكن المشتري من حوز المبيع دون مانع. ويقصد المشرع بالحوز الحوز المادي والملموس للبضاعة موضوع عقد البيع وهو ما لا يتناسب وواقع التجارة الإلكترونية وخصوصيات الواقع الرقمي الفرضي اللامادي باعتبار أن عقد البيع الإلكتروني هو عقد بيع بين غائبين إذ أنّ التبادل التجاري عبر شبكة الانترنت مكن من تسليم البضائع والسلع عن بعد دون الاتصال المباشر بين أطراف العقد وحتى يمكن الحديث عن التسليم عن بعد يجب على البضائع أو السلع أن تكون قابلة للإرسال عبر شبكات الانترنت مثال ذلك اقتناء خدمات أو برامج أو نشرات أو صحف أو مدونات رقمية أو معلومات افتراضية عن أي مجال كان يمكن إرسالها عبر الشبكة في وقت قصير وبمجرد إبرام عقد البيع الإلكتروني.

وأوكل المشرع التونسي أجل تسليم المبيع إلى اتفاق الطرفين كما أوجب على البائع أن يوفر للمستهلك بطريقة واضحة ومفهومة وقبل إبرام العقد جملة من المعلومات عددها تفصيلا 28 وذلك حتى يؤسس المتعاقد في الفضاء الإلكتروني رضاه على أسس واضحة ومعلومة بحيث يمكنه الإطلاع على جميع البيانات المتصلة بموضوع التعاقد من حيث النوع والمواصفات والطبيعة وكذلك بهوية المتعاقد معه وبالثمن وطرق الدفع وآجال التسليم وما إلى ذلك من شروط التعاقد وهو ما يسمى بالحق في الإعلام المسبق.

وقد رتب المشرع عقابا جزائيا عن عدم احترام واجب الإعلام المسبق إذ اعتبره المشرع جريمة معاقب عليها (فصل 49 من قانون 9 أوت 2000) علاوة على إقراره جزاء البطلان للعقد وهو ما يتيح الفرصة

أمام المستهلك للتحري والتروّي من جدية ومردودية العرض التجاري قبل أن يعبر عن رضائه عن طريق الضغط على زر الموافقة .

أمّا بالنسبة للتشريع الأوروبي فلقد اقتضى ضمن التوصية رقم 97 الصادرة في 20 ماي 1997 وجوب تسليم المبيع في أجل 30 يوما بداية من اليوم الموالي لتاريخ تقديم الطلبية وذلك إذا لم يتفق الطرفان على أجل معين لذلك, أمّا في صورة إخلال البائع بالتزامه في تسليم البضاعة في الآجال التي نصّ عليها العقد فإنّه يمكن للمستهلك استرجاع المال المدفوع لقاء تسلّم البضاعة مع غرامات جبر الضرر اللاحق به جراء عدم استلامه للمبيع في الآجال المنصوص عليها بالعقد وهو ما اقتضاه الفصل 35 من قانون 9 أوت 2000 المتعلّق بمبادلات التجارة الإلكترونية الذي ينص أنه "يتعين على البائع في صورة عدم توفر المنتج أو الخدمة المطلوبة إعلام المستهلك بذلك في أجل أقصاه 24 ساعة قبل تاريخ التسليم المنصوص عليه في العقد وإرجاع كامل الثمن المدفوع إلى صاحبه".

وتجدر الإشارة أنّ خصوصيّة مجال التجارة الإلكترونية مسّت جميع جوانب العقد بما فيها واجب تسليم البضائع وواجب ضمانه من جميع العيوب .

• واجب ضمان المبيع:

إن ضمان البائع للمشتري يهم أمرين ضمان الاستحقاق و ضمان العيب وذلك حسب مقتضيات الفصل 630 من م ا ع وفيما يخص ضمان العيب فإنه يشكل التزاما محمولا على البائع حتى وإن لم ينص عقد البيع على ذلك وهو ما يعني أن يقوم البائع بضمان المبيع من جميع العيوب التي يمكن أن تصيبه والتي قد تجعله غير صالح للاستعمال فيما أعدّ له بحسب نوعه أو بمقتضى العقد أو كأن ينقص من قيمته أو يغيّر مواصفاته المطلوبة وهو ما حدده المشرع التونسي بالفصل 647 من مجلّة الالتزامات والعقود الذي ينص أن "البائع يضمن للمشتري سلامة المبيع من العيوب التي تنقص من قيمته نقصا محسوسا أو تصيره غير صالح لاستعماله فيما أعد له بحسب نوعه أو بمقتضى العقد " وقد أكّد المشرّع التونسي ضمن الفصل 652 من نفس المجلّة المذكورة أعلاه على أن المشتري ملزم بإعلام البائع بالعيب عندما يتفطن إليه عند وصول البضاعة إليه حالا وخلال مدّة زمنيّة لا تتجاوز 7 أيّام وفي حالة سكوت المشتري عن القيام بإعلام البائع يعتبر ذلك قبولا للمبيع على الحالة التي هو عليها.

وقد أحاط المشرع المستهلك بحماية خاصة إذ اعترف له بإمكانية العدول عن الشراء ونظم كيفية ممارسة هذا الحق صلب الفصول 30 و 32 و 33 من قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية. وما يمكن ملاحظته على هذا المستوى أن الحق في العدول عن الشراء لا يهم سوى مصالح الأطراف المتعاقدة ولا يتصل

بالنظام العام بدليل أن المشرع عمد صلب الفصل 30 من قانون المبادلات و التجارة الإلكترونية إلى الإحالة إلى مقتضيات الفصل 25 من ذات القانون الذي يجيز للأطراف المتعاقدة الاتفاق حول إمكانية العدول عن الشراء وأجله وبالتالي فغنه وإذا ما تم الاتفاق على استبعاد ممارسة الحق في العدول عن الشراء ضمن العقد الإلكتروني فإنه لا يمكن للمستهلك بعد ذلك بأحققته في النكول عن الشراء وقيد المشرع أجل العدول هذا بعشرة أيام عمل تحتسب بالنسبة للبضائع بداية من تاريخ تسلمها من قبل المستهلك وبالنسبة للخدمات بداية من تاريخ إبرام العقد على أن يتم الإعلام بالعدول من قبل المشتري بواسطة جميع الوسائل المنصوص عليها بالعقد.

ويترتب عن ممارسة حق العدول عن الشراء تحميل البائع واجب إرجاع المبلغ المدفوع إلى المستهلك في تاريخ عشرة أيام من تاريخ إرجاع البضاعة أو العدول عن الخدمة وتحميل المستهلك بالتالي المصاريف الناجمة عن إرجاع البضاعة،

كما تتوسع عملية الحماية التشريعية للمستهلك في إطار عقود التجارة الإلكترونية وذلك من خلال حرص المشرع على حماية المستهلك الذي يضطر إلى اقتراض مبلغ مالي بهدف إتمام مبادلة تجارية ولكنه يعجز بعد ذلك عن إنجازها من خلال منحه إمكانية فسخ عقد القرض برمته متى تراءى له ممارسة إمكانية العدول عن الشراء الذي هو حق مطلق بالنسبة للعيوب الظاهرة والخفية .

أما بالنسبة إلى العيوب الأخرى التي يكتشفها المشتري بعد مرور الأجل القانوني للإعلام في صورة حصول مانع عاقه عن التقلب فإنه يجب إعلام البائع بمجرد إطلاعه على العيب وإلاّ يعتبر القانون سكوت المشتري عند إطلاعه على العيب رضاءا بالبضاعة.

§ 2 :الالتزامات المحمولة على المشتري:

بالرغم من أن عقود التجارة الإلكترونية هي عقود خاصة من حيث إبرامها وتنفيذها يبقى دفع الثمن وقبض المبيع هما الواجبان اللذان يتحملهما المشتري. بالإضافة إلى هذه الالتزامات المشتركة بين العقود المدونة والعقود الإلكترونية يتحتم علينا التعرض إلى النظام القانوني لوسائل الدفع الإلكتروني.

- خصوصية واجب دفع الثمن وقبض المبيع:

يمثل الثمن المقابل المالي الذي يدفعه المشتري للبائع لقاء تحوزه بالبضاعة موضوع عقد البيع وعلى المشتري أن يؤدي الثمن في التاريخ وبالصورة المنصوص عليها بالعقد وعند إغفال العقد التنصيص على صور مخصوصة للثمن يعتبر البيع نقدا ويلزم المشتري أداء الثمن عند تسلم المبيع (فصل 675 من م ١ ع) والثمن يشكل تنصيص أساسي في عقد البيع وغياب التنصيص عليه موجب لبطلان العقد.

وبتمثل الثمن في مبلغ مالي يدفع للبائع لخلاص قيمة المبيع حسب ما نص عليه اتفاق الطرفين وقد تعودنا في إطار العقود التقليدية على تحديد الثمن باتفاق الطرفين مع ما يمكن أن تفرزه المناقشات قبل إبرام عقد البيع النهائي من تخفيض في الثمن لفائدة المشتري لكن هذا المبدأ يختلف في إطار عقود التجارة الإلكترونية إذ يمكن أن ينفرد البائع بتحديد الثمن ولا يبقى للمشتري أي مجال للمناقشة بل عليه إما قبول أو رفض التعاقد وهو ما يدعم فكرة تشبيه عقود التعاقد عبر شبكة الأنترنت بعقود الإذعان.

وفي مجال التجارة الإلكترونية اشترط الفصل 25 من القانون عدد 83 لسنة 2000 والمتعلق بالمبادلات والتجارة الإلكترونية ضرورة التنصيص على ثمن المبيع من قبل البائع قبل إبرام عقد البيع حتى يكون هذا الأخير على بينة من أمره في خصوص شروط التعاقد وذلك لأن الثمن يشكل إحدى التنصيصات الضرورية لعقد البيع.

وبما أن عمليات البيع عبر الأنترنت تجري في فضاء فرضي ومفتوح للعموم تثير مسألة الدفع الحيني على الشبكات بعض المشاكل التي تشكك في مصداقية هذه الشبكات المفتوحة وفي قدرتها على إضفاء الثقة والأمان اللازمين لدفع المتعاملين في هذا المجال على التعاقد عبره إذ لا يمكن لأي شخص أن يضمن صحة المعاملة وسلوكها لاتجاه معين دون غيره فبإمكان الغير أن يتدخل ويوجه المعلومة بطريقة أو بأخرى ولولا وسائل التشفير المخترعة لبقى باب الدفع على الشبكات مغلقا إلى حد الآن.

وأدى البحث على طرق فعالة لضمان عملية الدفع الإلكتروني إلى ظهور عدة أنظمة للدفع تعتمد على تدخل طرف ثالث لضمان الدفع وظهرت بالتالي الشبكات الإلكترونية التي تستلزم تدخل بنك على الواب لضمان عملية الدفع والخلاص بالنسبة للبائع. كما ظهرت حاملات النقود الإلكترونية التي تمكن من الدفع عن طريق حساب مالي مفتوح ومضمن ببطاقة بنكية شبيهة بالبطاقة الذكية العادية تمكن من الدفع على الواب .

وتتأسس الأموال الإلكترونية الفرضية على إحالة جملة من الأرقام المشفرة المعتمدة بنكيا والتي تحمل قيمة نقدية ثابتة بواسطة برمجيات متطورة وتمكن هذه الطريقة من الدفع السابق للمعاملة على خلاف البطاقات الذكية العادية التي تقوم أساسا على الدفع اللاحق لوقوع المعاملة التجارية.

وتجدر الإشارة في هذا السياق أن البنوك تلعب دور الغير الموثوق به لتمام عملية الدفع الإلكتروني كما أن أنظمة التشفير كان لها الدور الفعال في تنظيم عمليات الدفع الإلكتروني بما أنها تشكل اللغة الجديدة الغير مفهومة لكل من الدافع والبنك والمستفيد المجهزين جميعا بأجهزة إلكترونية والحاملين لمنوال تعريف موثوق به يمكن من الاستثبات من هوياتهم جميعا.

ولعل أكثر الصيغ شيوعا في وسائل الدفع على شبكة الأنترنت هي أسلوب بطاقات الائتمان ومعظم شركات بطاقات الائتمان تتولى حماية عملائها من التعرض إلى أي خسائر إذا ما جرى سرقة بطاقته الائتمانية سعيا منهم لإزالة أي حواجز تعرقل سير السيولة النقدية الرقمية.

فهذه الأموال الرقمية ليس لها وجود مادي وقد تم خلق بنوك الأموال الرقمية بالاشتراك مع بنك حقيقي فمستخدم شركة الأنترنت يقوم بتحميل العملات من البنك إلى محفظة رقمية وذلك على سواقة أقراص صلبة "Hard drive" حيث أنه هناك برامج كمبيوتر خاصة تعمل مع متصفح للشبكة العنكبوتية تتيح لمستخدم الشبكة بسهولة دفع نفوده إلكترونيا للتجار الذين لديهم خادمت الشبكات "servers" أو للأفراد الذين يستخدمون برامج كمبيوتر لقبول أموال رقمية.

لكن واجب دفع الثمن يطرح إشكال زمن القيام بالدفع ولم يحدد المشرع أجلا قانونيا للقيام به لكن تجري العادة في مثل هذه المعاملات على أن يعتمد تاريخ تسليم المنتجات للقيام بدفع الثمن وإن هذا الحل هو الحل الأنسب في عقود التجارة الإلكترونية إذ يمكن للمشتري معاينة المنتجات والتثبت من المواصفات التي حددها البائع مسبقا. ولم يحصر المشرع التونسي وسائل الدفع التي يجب استعمالها بل فضل ترك الأمور للتطور المتواصل للتقنيات في هذا المجال. وهذا الاتجاه اتخذه كذلك المشرع الفرنسي وكذلك الاتحاد الأوروبي من خلال توصيته المؤرخة في 30 جويلية 1997 والمتعلقة بالعمليات المنجزة بواسطة وسائل الدفع الإلكتروني.

وقد عرف الفصل الأول من القانون عدد 83 لسنة 2000 المؤرخ في 9 أوت 2000 الدفع الإلكتروني بأنه الوسيلة التي تمكن صاحبها من القيام بعمليات الدفع المباشر عن بعد عبر الشبكات العمومية للاتصال ويتسم هذا الدفع بالسرعة والبساطة.

كما نذكر في نفس السياق حاملات النقود الإلكترونية أو الافتراضية والتي لا تختلف عن الدفع الآلي بالبطاقة إلا على مستوى المبالغ الزهيدة لأنها مخصصة للمعاملات المسبقة الدفع وأخيرا النقود الإلكترونية مثل تلك التي وضعها البريد التونسي على ذمة العموم وهو الدينار التونسي.

لكن لسائل أن يسأل عن النظام القانوني الذي يخضع له الدفع الإلكتروني في تونس؟

-النظام القانوني لوسائل الدفع الإلكتروني:

يبقى القانون العام في هذا المجال هو الأرضية السامحة لهذا النظام الجديد فقد نصّ الفصل 37 من قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية أنه " تخضع عمليات الدفع المتعلقة بالمبادلات والتجارة الإلكترونية إلى التشريع والتراتيب الجاري بها العمل" وعلى هذا الأساس يخضع الدفع الإلكتروني في الإثبات إلى مبدئين الأول يخضع الإثبات إلى مبدأ الحرية وذلك باستثناء الحالات التي يستوجب فيها القانون اعتماد كتب ثاني في صورة التشكيك في مصداقية وسيلة الدفع والبيئة في هذا المجال على من ادّعى.

لكن يمكننا باجتهاد خاص أن نعتبر الدفع الإلكتروني بأنه يمثل عملية تحويل أموال هي في الأساس تمثل ثمنا لسلع أو خدمات بطريقة رقمية أي باستخدام أجهزة الكمبيوتر أي بشكل فوري وطبيعي تماما كما هو الشأن بالنسبة للدفع النقدي الحقيقي. فعملية الدفع الإلكتروني تحلّ على الشبكة محلّ السيولة النقدية العادية.

ويضيف الفصل 37 من القانون عدد 83 لسنة 2000 أنه في صورة سرقة وسيلة الدفع أو في حالة ضياعها يجب إعلان مصدرها حتى يتصدى لأي استعمال غير قانوني لها ويعتبر المشرع تاريخ الإعلام معياراً لتحديد الطرف المسؤول عن هذه الاستعمالات غير المشروعة فصاحب الوسيلة مسؤول في صورة استعمالها من قبل الغير من لحظة ضياعها أو سرقتها إلى تاريخ إعلام المصدر وبالتالي فبعد عملية الإعلام يكون المصدر المسؤول الحقيقي عن كل استعمال غير مشروع لهذه الوسيلة الإلكترونية للدفع.

وفي صورة وجود تقصير من قبل صاحب الوسيلة في المحافظة على هذه الوسيلة فإنه يتحمل المسؤولية في حالة الاستعمال المزيف والغير مشروع لتلك الوسيلة ولكن يعفى في المقابل صاحب البطاقة من المسؤولية إذا كان هناك تدليس أي فعل خارج عن علمه أو إرادته أو في صورة استعمال وسيلة الدفع الإلكتروني دون تقديم الوسيلة وتحديد الهوية إلكترونياً .

إنّ هذه الواجبات المحمولة على كاهل كلّ من البائع والمشتري رغم خصوصيتهما في بعض المواضع والتي تستمدّ من الواقع الفرضي واللاماديّ لمثل هذه المعاملات الإلكترونية تهّم حالة التنفيذ التلقائي المعبر عن حسن النية في تنفيذ مقتضيات عقد البيع الإلكتروني لكن الأمر ليس كذلك في جميع الحالات فعادة ما يكون مجال التجارة الإلكترونية مربضاً لعدد التجاوزات ويكون بالتالي التنفيذ ليس تلقائياً بل قضائياً (الفرع 3)

الفرع الثالث: خصوصية التنفيذ القضائي لعقود التجارة الإلكترونية:

إنّ خصوصية التنفيذ القضائي لعقود التجارة الإلكترونية تستمد وجودها من خصوصية طبيعة هذا الفضاء الإلكتروني الفرضي الذي يتجاوز مجاله الحدود الجغرافية فهو فضاء يجمع بين أشخاص لا يجمعهم مجلس واحد بل مقيمين في دول مختلفة وهو ما يثير بعض التساؤلات والصعوبات التطبيقية على مستوى تحديد المحكمة المختصة (1&) والقانون الواجب تطبيقه عند حدوث نزاع بين أطراف عقد البيع الإلكتروني (2&).

1&- تحديد المحكمة المختصة:

عند حدوث نزاع بين أطراف عقد البيع الإلكتروني يمكن تحديد المحكمة المختصة بفض هذا النزاع إما من خلال إرادة الأطراف المعبر عنها صراحة بالعقد أو من خلال قواعد تنازع الاختصاص.

ويرمي الاتجاه العام إلى حماية المستهلك وذلك بتمكينه من رفع الدّعى أمام المحاكم الكائنة بمقرّه إذا لم يتفق الأطراف مسبقاً³² على محكمة معينة وقد استمرّت المناقشات على امتداد سنوات وعرفت محطات هامة تجدر الإشارة إليها إلى أن يتم إقرار المبدأ العام في هذا المجال.³³

فعلى مستوى الإتحاد الأوروبي :

قامت اتفاقية بروكسال المؤرخة في 27 سبتمبر 1968 واتفاقية لوجانو المؤرخة في 16 سبتمبر 1988 بتحديد المحكمة المختصة عندما يكون المدعي منتمياً إلى أحد البلدان الأوروبيّة بأنّها محكمة تنفيذ العقد أو الالتزام وذلك بالنسبة للعقود الفوريّة أو المباشرة وهو ما يزيح عقود التجارة الإلكترونيّة. وفي هذا الإطار اعتمد شراح القانون قاعدة عامّة لتحديد المحكمة المختصة وهي قاعدة مكان الحاسوب لكن القرار الأخير لم يخرج عن الإطار العام في اتجاه حماية المستهلك كما نصت على ذلك اتفاقية بروكسال في الفصل الثاني منها أن المحكمة المختصة بالدعوى هي المحكمة التي يوجد فيها مقر المدعى عليه مهما كانت جنسية هذا الأخير وتواصلت الأعمال في هذا السياق وانتهت بتبني أحكام الاتفاقية لسحبها على العقود الإلكترونيّة المبرمة مع المستهلك واعتمد بالتالي القرار الأخير للمجلس الأوروبي بوضوح مقر المستهلك لتحديد المحكمة المختصة وذلك نزولاً عند رغبة أعضاء المجلس الذين طالبوا بمتابعة تطبيق القواعد الهادفة بالأساس إلى حماية المستهلك والمؤسسات الصغيرة باعتبارها الطرف الضعيف في العقد الإلكتروني. واشترط الفصل 15 من أشغال اللجنة أن يبرم العقد مع شخص يمارس نشاطاً تجاريّاً أو مهنيّاً بإقليم مقرّ المستهلك أو يوجّه نشاطه في اتجاه هذه الدول بجميع الطرق أو في اتجاه عدّة دول من بينها دولة المستهلك ويأتي العقد في إطار نشاط هذا الشخص. ويشترط الفصل 13 أن يسبق إبرام العقد إشهار أو عرض خاص وبيّاشر المستهلك إجراءات إبرام العقد انطلاقاً من مقره الكائن بهذه الدولة وبالتالي إذا كان العقد مع المستهلك في إطار الشبكات الحديثة فلا يمكن بالتالي مقاضاته إلا أمام المحكمة التي يوجد بدائرتها مقره وفي المقابل إذا وجهت الدعوى من طرف المستهلك ضد الطرف المقابل في العقد الإلكتروني فيمكن أن يلجأ إلى المحكمة التي بها مقره أو المحكمة التي يوجد بدائرتها مقر المطلوب إذا توفرت الشروط التالية:

- أن يتعلق الأمر بعملية بيع بالتقسيط لمنقولات مادية.

³² علي كحلون الجوانب القانونية لقنوات الاتصال الحديثة والتجارة الإلكترونيّة ص 335

³³ Jurisdiction compétente pour le e-commerce . Voir www.droit-technologie.org

- أن تكون العملية مرتبطة بقرض.

-وفي باقي الحالات يشترط وجود إشهار سابق أو عرض خاص موجه إلى إقليم بلد المستهلك وأن يقع إبرام العقد انطلاقاً من ذلك المقر.

لكن الإشكال الأساسي في عقود التجارة الإلكترونية يتمثل في صعوبة تحديد مقرّ المتعاقد فإذا ما أخذنا مثال متعاقد تونسي مقيم في فرنسا حجز موقعا لدى مزود خدمات في أمريكا فإنّ هذه الحالة تعقد تحديد مقرّ المتعاقد وقد تمّ تعريف الموقع بأنّه ذلك الفضاء الفرضي المعبر عنه باسم المجلس.

وللجواب على هذا التساؤل يمكننا القول أن مقر المستهلك هو المعيار الوحيد المعتمد لتحديد المحكمة المختصة وهي آخر النتائج المتوصل إليها في خصوص عقود التجارة الإلكترونية مع احترام الشرط الأساسي وهو ان ينشأ العقد في إطار العروض الواضحة والداعية إلى التعاقد،

وتجدر الإشارة في هذا المجال أنّ المشرّع التونسي لم يول من خلال القانون عدد 83 لسنة 2000 اهتماما بمسائل العقود الإلكترونية في خصوص تحديد المحكمة المختصة بالنزاع.

فمجلة المرافعات المدنية والتجارية التونسية تبقى سارية المفعول بالنسبة للعقود المبرمة بين تونسيين أو أكثر. أمّا فيما يخصّ النزاعات الدوليّة فيجب اللّجوء في شأنها إلى مجلة القانون الدولي الخاصّ الصادرة بمقتضى القانون عدد 7 لسنة 1998 المؤرّخ في 27 نوفمبر 1998 وقد تمّت الإشارة صلب هذا القانون **بفصله الخامس** على أنّ المحاكم التونسية تكون مختصة في حالة أنّ الدعوى متعلّقة بعقد نفذ أو كان واجب التنفيذ بالبلاد التونسية وبالتالي فإنّ المشرّع التونسي حذف معيار مكان إبرام العقد ليحتفظ بمعيار مكان التنفيذ .

كما يمكن لاختصاص المحكمة أن يكون وليد إرادة الأطراف وذلك بمقتضى شرط إسنادي يمنح اختصاص فض النزاعات المتعلقة بتنفيذ العقد إلى محكمة معينة ويمكن لهذا الاتفاق أن يكون صراحة أو ضمناً لكنه من غير المشترط أن يكون كتابياً فإذا ما كان هذا الاتفاق صراحة فيتم عن طريق التنصيص صراحة صلب العقد أو مشافهة على إسناد الاختصاص للمحاكم التونسية للنظر في النزاع وأمّا بالنسبة للاتفاق الضمني فيستنتج من خلال التصرف الإجرائي الذي يقوم به المتقاضون أطراف العقد الإلكتروني كأن يقع استدعاء المطلوب أمام محكمة معينة فإذا ما مثل الشخص أمام هذه المحكمة اعتبر هذا التصرف قرينة على قبول اختصاص تلك المحكمة لفض النزاعات الناشئة عن تنفيذ العقد

الإلكتروني وبالتالي عدّ هذا التصرف قبولا ضمنيا للاختصاص. ونستشف هنا قيمة إرادة أطراف العقد في تحديد مصيره ومواصلة إمبراطورية سلطان الإرادة هيمنتها على مادة العقود الكتابية منها والرقمية.

وتجدر الإشارة أنه مشاكل تنفيذ العقد الإلكتروني من شأنها أن تخلق مشاكل في خصوص تعيين محكمة دون أخرى ولتجاوز هذه الصعوبات يمكن اللجوء إلى وسائل التقاضي البديلة كالتحكيم الإلكتروني³⁴ فاتفاق التحكيم هو اتفاق بين طرفين على أن يحيلوا إلى التحكيم جميع أو بعض النزاعات المحددة التي نشأت أو قد تنشأ بينهما بشأن علاقة قانونية محددة سواء أكانت تعاقدية أم غير تعاقدية. ويجوز أن يكون اتفاق التحكيم في شكل شرط تحكيم وارد في العقد أو في شكل اتفاق منفصل.

ويتعين أن يكون اتفاق التحكيم كتابيا أي في رسالة بيانات تحتوي العقد الإلكتروني وتشكل الإشارة في العقد إلى نص يتضمن شرطا تحكيميا اتفاق تحكيم شريطة أن تكون الإشارة على نحو يجعل ذلك الشرط جزءا من العقد كما يمكن أن يبرم اتفاق تحكيم منفصل عن طريق رسالة إلكترونية أو رسالة بيانات تبرز رغبة أطراف العقد الإلكتروني في اللجوء للتحكيم لفض النزاع الذي نشأ أو سينشأ جراء تنفيذ مقتضيات العقد الإلكتروني.

ومن شأن مسألة اللجوء إلى التحكيم أن تمكّن من تجاوز صعوبات تحديد اختصاص المحاكم في نزاعات التجارة الإلكترونية ونظرا لمزايا التحكيم العديدة ولتلائمه مع الطبيعة اللامادية للعقد الإلكتروني الذي لا يعترف بالحدود المكانية والجغرافية وهو ما يفرض بالتالي الابتعاد عن قواعد الاختصاص الترابي وقواعد تنازع الاختصاص الملأمين للعقود الكتابية التقليدية وقد يعرف التحكيم بأنه وسيلة يتم بموجبها تسوية المسائل محلّ النزاع بواسطة شخص أو أكثر يسمّى المحكم أو المحكّمين الذين يجب أن يتصفوا بالموضوعية التامة وبالحياد اللازم ويكون حكمهم نهائيا وملزما للأطراف ويتّسم التحكيم الإلكتروني بالمرونة والبساطة وبملاءمته للفضاء الذي تدور فيه مثل هذه المعاملات فليس من الضروري الانتقال إلى محلّ مادّي أمام المحكمين بل يمكن سماع المتنازعين عبر وسائل الاتصال الإلكترونية ويقع استدعاؤهم بطريقة إلكترونية وتقديم المحاضر وتلقي المرافعات بطريقة سمعية بصرية إلكترونية ... (Plaidoiries des avocats par visiophonie)

³⁴ نظم مركز تونس للمصالحة والتحكيم أيام 26 - 27 - 28 أبريل 2001 ملتقى دولي حول الأنترنيت والتجارة الإلكترونية والقانون والتحكيم وقد نوقشت مسألة التحكيم الفوري على امتداد أيام هذا المؤتمر.

لكن وإن تمكنا من تحديد المحكمة المختصة لفض النزاع الإلكتروني فإنه يجب توفير لهذه المحكمة المادة القانونية التي تمكنها من دعم وتعليل أحكامها (2&).

2&- تحديد القانون الواجب تطبيقه:

ترمي هذه المسألة كذلك إلى حماية المستهلك الذي يمكنه التمسك بقانون بلده لحسم النزاع الذي هو فيه طرف. ويمكن تحديد القانون الواجب التطبيق عن طريق اتفاق الأطراف أو قواعد تنازع القوانين في المكان.

ومبدأ حرية الأطراف في اختيار القانون الذي يرومون تطبيقه على النزاع الناشئ بينهم مضمن بأغلب الاتفاقيات الدولية المتعلقة بعقود البيع إذ نص عليه الفصل الثالث من اتفاقية روما المؤرخة في 19 جوان 1980 والذي يؤكد على مبدأ الحرية التعاقدية وأن العقد مهما كان نوعه هو بمثابة التشريع الذي يجب أن يحكم الأطراف المتفقة عليه فبإمكان أطراف العقد الإلكتروني أن يتفقوا على القانون المنطبق في حالة نشوب نزاع بينهم ويجب أن يكون هذا التنصيص واضحا صريحا وليس فيه أدنى التباس. كما يتجسد ذلك في القانون التونسي عبر **الفصل 62 من مجلة القانون الدولي الخاص** الصادرة بتاريخ 27 نوفمبر 1998 بما أنّ القانون عدد 83 لسنة 2000 لم يحدد هذه الجوانب وأشار الفصل 62 المذكور على أنّ العقد تحكمه مقتضيات القانون الذي عينه الأطراف.

كما نجد على المستوى الدولي اتفاقية لاهاي واتفاقية جونايف الأوروبية المؤرخة في 11-04-1980 المتعلقة ببيع البضائع والتي تنطبق على عقود البيع الإلكترونية واتفاقية روما المؤرخة في 14 جويلية 1987 تؤكد على ضرورة احترام إرادة الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على الوضعية العقدية التي تربطهم

و يقع الالتجاء إلى اتفاقية جونايف كلما توفر شرطان:

1- أن يتعلق الأمر بعملية بيع تجارية.

2- أن يقبل أطراف العقد الإلكتروني إخضاع العقد الرابط بينهم لمقتضيات هذه الاتفاقية.

وتشير هذه الاتفاقية أنّ الأطراف أحرار في اختيار القانون الذي يتعيّن على المحكمين تطبيقه على موضوع النزاع.

كما اعتمدت اتفاقية روما المؤرخة في 14 جويلية 1987 هذا الاتجاه عندما أقرّت حرية الأطراف في تحديد القانون الواجب تطبيقه صراحة أو بصفة ضمنية كما هو الحال بالنسبة إلى تحديد المحكمة المختصة.

وحتى وإن لم يختار الطرفان القانون الواجب التطبيق عند نشوب نزاع بينهما فإن القانون الواجب التطبيق إعمالاً لقاعدة تنازع الاختصاص يجب رده إذا كان به مساس بقواعد النظام العام وحتى الاتفاق بين أطراف العقد لا يمكن بأي حال أن يمنع المستهلك من الحماية التي يوفرها له تشريع بلاده لأن القوانين المتعلقة بحماية المستهلك تهم النظام العام والشرط في ذلك أن يبرم العقد انطلاقاً من مقر المستهلك وتعرض عليه إشهارات خاصة أو أن يتلقى البائع طلب المستهلك انطلاقاً من بلد هذا الأخير.

وبما أن عقود التجارة الإلكترونية تشكّل ضرباً من عقود الإذعان فإن البائع بإمكانه أن يفرض القانون الذي يخدم مصالحه على المستهلك وهو ما يعتبر في أعراف التجارة معطى غير شرعي ذلك أن القواعد المتعلقة بحماية المستهلك والتي تهم النظام العام لا يمكن تجاهلها وتبقى سارية المفعول وفي صورة عدم اتفاق الأطراف على تحديد القانون الواجب تطبيقه يتحتم إعمال قاعدة التنازع التي تتمثل في إيجاد حلّ للنزاع في الحالة التي لا ينطبق عليها القانون الوطني الداخلي مباشرة وهو ما يسميه الفقه الدولي الخاص بالتنازع وبالرجوع إلى قواعد القانون الدولي الخاص نجد أنّ تحديد القانون المنطبق على النزاع الإلكتروني لا يتمّ إلا بعد تحديد قاعدة التنازع ويتطلّب تحديد هذه القاعدة تصنيف العلاقة القانونية أي وضعها في إطارها القانوني الصحيح وهو ما يسمّى بعملية التكييف القانوني : La qualification juridique الذي تطبق فيه المحكمة قانونها الداخلي.

وتجدر الإشارة في هذا المجال أن قاعدة التنازع تعد من قواعد النظام العام وللقاضي أن يثيرها من تلقاء نفسه في حالة سكوت الأطراف عن تحديدها ويفيد **الفصل 28 من القانون الدولي الخاص في فقرته الثانية**.

وإن إغفال المشرع التونسي التنصيص صلب القانون عدد 83 لسنة 2000 عن كل هذه المسائل المعروضة آنفاً عند نشوب نزاع بين أطراف عقد البيع الإلكتروني في خصوص تحديد القانون الواجب التطبيق واكتفاؤه بالتنصيص على أن : "العقد يخضع للقانون الذي تعينه الأطراف وإذا لم تحدد

الأطراف القانون المنطبق يقع اعتماد قانون الدولة التي يوجد بها مقر الطرف الذي يكون التزامه مؤثرا في تكييف العقد أو مقر مؤسسته إذا كان العقد قد أبرم في نطاق نشاط مهني أو تجاري "يعتبر غير كافي بالمرة أمام انتشار التعامل الإلكتروني وتفاقم الصعوبات والإشكاليات الناتجة عن التعاقد عن بعد بواسطة الأنترنت نظرا لحدثة هذا الفضاء من جهة ولخصوصيته من جهة أخرى.

الختاتمة

لقد عرفت مادة العقود تحولا جذريا كان لزاما على القانون أن يسايره فقد انتهى عصر الأوراق والدفاتر والأسماء والألقاب وأصبح كل إنسان يحمل رقما يعرف به ويميزه عن الآخرين ويمكنه بمجرد أن يضع يده على شاشة صغيرة أن يتصل بالآخرين من أقصى الشرق إلى أقصى الغرب. فقد أصبح اليوم بإمكاننا التواصل ونقل المعلومة والتعاقد في زمن قياسي وبطريقة تفاعلية تمتاز أساسا بانعدام المادية فيمكننا التعاقد دون أن نترك أي اثر مادي يمكن الرجوع إليه حيننا وأصبحنا بالتالي في حاجة إلى مراجعة معارفنا القانونية القديمة التي أصبحت في حاجة إلى رؤية جديدة وشاملة تأكدت يوما بعد يوم.

فشبكة الأنترنت تتميز بطابعها العالمي اللامادي والمفتوح الذي لا يشجع الاستئناس بمثل هذه الطرق الحديثة أمام الإشكاليات والنقائص التي يمكن أن تظهر في وقتنا الحاضر في عالم فرضي تسوده اللامادية خاصة إذا كان المتعامل مع الأجهزة الحديثة ليس من المؤسسات المتخصصة.

ويرى البعض أن هذا التوجه يشكل المنهج الوحيد بالنسبة للسنوات القادمة ولجميع المنخرطين في المجال التجاري فقد أصبح المرء ليس مخيرا بأن يسلكه أو يتركه بل هو بالعكس مجبرا على المرور به وإلا فإنه سيفاجأ بوجوده خارج حركة التاريخ خاصة في ميدان لصيق بالحياة الاقتصادية مثل ميدان التجارة.

وقد حاولت جلّ التشريعات وخاصة التشريع التونسي مسايرة هذا الانصهار للعالم المادي في العالم الفرضي وغياب الشكلية المادية التي شكلت ولعصور طويلة مادة للإثبات وأصبح مجال التجارة الإلكترونية قبله للتجار لكن وفي المقابل أثار ظهور هذا النوع الجديد من التعامل كثيرا من التساؤلات متعلقة خاصة بقدرة هذا المجال الجديد على منافسة مجال التجارة التقليدي القائم على الكتابات التقليدية وشروط صحة الكتابات الإلكترونية ومدى حجيتها مقارنة بوسائل الإثبات التقليدية وهل يمكن تشبيه مؤسسة المصادقة الإلكترونية بالعدل الذي من شأنه إعطاء الطابع الرسمي للكتابات الإلكترونية؟ وكيف بإمكاننا توفير النظرير الوظيفي لوثيقة أصلية في بيئة إلكترونية؟ وهل أنه بالإمكان في هذا المجال الجديد تحديد المسؤوليات المدنية التعاقدية والتقصيرية والجزائية بصفة دقيقة؟ كما تطرح عدة تساؤلات تتعلق بالنظام القانوني لمثل هذه الأحداث فهل أطر التشريع الحديث هذه المجالات بصفة دقيقة تمكّن من توفير الثقة اللازمة لتشجّع الانخراط في حركة الاقتصاد الحديث والمعلوم؟

لكن تجدر الإشارة في هذا المجال أن رغم الغموض الذي مازال يحوم حول العديد من الجوانب المتعلقة بالتجارة الإلكترونية وبهذا المجال الحديث الذي لا يمكن أن يفهمه بالدقة الضرورية إلا المختصين فيه والتقنيين الأكفاء و رغم ما يمكن أن يخلفه هذا العالم الجديد من خوف وعدم اطمئنان بالنسبة للمتعاملين

فيه نظرا لغياب السندات الورقية التي تبقى شئنا أم أبينا من أثيق وسائل الإثبات فإن هذا المجال له سحر خاص ومثير لألغاز تجعل كل المتعاملين فيه مبهوتين به وعازمين على سبر أغواره وهو ما تبينه الإحصائيات التي هي في نمو مستمر بالنسبة لعدد المنخرطين في مجال التجارة الإلكترونية .

ويبقى السؤال فارضا علينا هل أن هذا التيار الجديد الذي يحملنا إلى الانصهار في العالم اللامادي سيؤدي بنا في يوم من الأيام إلى الغياب الكلي للوثائق ويصبح تاريخنا مجرد رموز تغيب كلما أقمنا شاشة الحاسوب؟

خصائص عقد البيع الإلكتروني

مقارنة بعقد البيع العادي

المقدمة	ص1
<u>لجزء الأول: طرق تكوين عقد البيع الإلكتروني وخصائصه مقارنة بعقد البيع العادي</u>	ص6
فرع أول: خصائص العقد الإلكتروني وقواعد إنشائه مقارنة بعقد البيع العادي	ص7
&- 1- ضرورة احترام القواعد العامة للعقود	ص7
&- 2- القواعد الخاصة بإنشاء العقد الإلكتروني	ص11
فرع ثاني: الإيجاب والقبول في العقد الإلكتروني	ص14
&- 1- خصائص الإيجاب في العقود الإلكترونية	ص14
&- 2- خصائص القبول في العقد الإلكتروني	ص16
فرع ثالث: خصائص العقد الإلكتروني بالنسبة لقواعد الإثبات	ص18
&- 1- ضمانات إكساء الوثيقة الإلكترونية القوة الثبوتية	ص18
&- 2- آثار إكساء الوثيقة الكترونية بالقوة الثبوتية	ص20
<u>لجزء الثاني: خصائص طرق إبرام وتنفيذ العقد الإلكتروني مقارنة بعقد البيع العادي</u>	ص24
الفرع الأول: الإمضاء الإلكتروني	ص25
&- 1- تعريف الإمضاء الإلكتروني	ص25
&- 2- حماية الإمضاء الإلكتروني	ص28
الفرع الثاني: خصوصية عقود التجارة الإلكترونية على مستوى التنفيذ	ص31
&- 1- الالتزامات المحمولة على البائع	ص31
&- 2- الالتزامات المحمولة على المشتري	ص34
الفرع الثالث: خصوصية التنفيذ القضائي لعقود التجارة الإلكترونية	ص37
&- 1- تحديد المحكمة المختصة	ص37
&- 2- تحديد القانون الواجب تطبيقه	ص40
الخاتمة	ص43

المراجع

المراجع باللغة العربية

المراجع الخاصة:

- محمد الزين: "مجموعة النصوص القانونية المتعلقة بالمعلومات والاتصالات", دار إسهامات في أدبيات المؤسسة تونس 2001.
- عباس العبودي: "التعاقد عن طريق وسائل الاتصال الفوري وحجبتها في الإثبات المدني" مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع, عمان.
- علي كحلون: "الجوانب القانونية لقنوات الاتصال الحديثة والتجارة الإلكترونية", دار الإسهامات في أدبيات المؤسسة, 2002.
- فاروق محمد الأباصيري: "عقد الاشتراك في قواعد المعلومات عبر شبكات الأنترنت: دراسة تطبيقية لعقود التجارة الإلكترونية الدولية", الاسكندرية, دار الجامعة الجديدة للنشر, 2002.
- محمد محفوظ: "دروس في العقد" مركز النشر الجامعي, 2004.

المحاضرات:

- عادل بالعربي "وسائل الاتصال وتأثيره على تكوين العقد", رسالة لنيل شهادة ختم الدروس بالمعهد الأعلى للقضاء, الفوج العاشر: 1999-1998.
- بديع بن عباس: مذكرة باللغة الفرنسية "la formation du contrat de vente sur internet كلية الحقوق بصفافس, 2002-2001.
- كريستيان إلياس كامليري: "عقود التجارة الإلكترونية في القانون التونسي", محاضرة ختم تمرين للسنة القضائية 2010-2009.

المقالات والدراسات:

- عبد السلام دمي "القاضي والعولمة" مجلة القضاء والتشريع, أكتوبر 1998, ص 365.
- محمد الصالح بنحسن "قواعد الإثبات والتقنيات المعلوماتية المستجدة", مجلة القضاء والتشريع أكتوبر 2000.
- عبد الفتاح الخرشاني "البيع عن بعد والبيع بالتقسيط", مجلة القضاء والتشريع, أكتوبر 2000.
- عز الدين بن عمر "العقد الإلكتروني بين زوال السند المادي عند إبرامه والآثار اللامادية لتنفيذه" مجلة القضاء والتشريع ديسمبر 2001, ص 84.
- علي كحلون "التجارة الإلكترونية" مجلة القضاء والتشريع عدد 2, فيفري 2002.
- بديع بن عباس "القوة الثبوتية للوثيقة الإلكترونية" مجلة القضاء والتشريع نوفمبر 2003, ص 123.
- علي كحلون "الجرائم المتعلقة بالمحتوى المعلوماتي" مجلة القضاء والتشريع نوفمبر 2003, ص 11.

- علي كحلون "مميزات المسؤولية المعلوماتية مجلة القضاء والتشريع ديسمبر 2004, ص 13.
- علي كحلون "الإطار القانوني للإعلامية في تونس", مجلة القضاء والتشريع, جويلية 2005.
- أحمد الورفلي "ثورة المعلومات وتجديد الفكر القانوني", مجلة القضاء والتشريع, جويلية 2005.
- المنصف زغاب "خصوصية العقد الإلكتروني من حيث القواعد التي تحكم تكوينه", القانونية التونسية من 12 أبريل إلى 9 ماي 2006 ص 11.
- المنصف زغاب "حماية المعطيات الشخصية", القانونية عدد 8-9 سبتمبر 2006, ص 26.

قائمة المراجع باللغة الفرنسية

I-Ouvrages généraux:

- Ghestin (Jaques), "traité de droit civil : la formation du contrat" 3^{ème} édition ,Paris ,L G D J (Librairie générale de droit et de jurisprudence) ,1993 ,p 976;
- Mazeaud (Henri) ,Mazeaud (Léon), Mazeaud (Jean), Chabas (François) ,"lecons de droit civil " Tome Montchrestien,Delta,2000, p 1353 et suiv;
- Tijani (Najeh), "Monnaie,Institutions financières et politique monétaires :Théorie et pratique en Tunisie", Tunis ,Imprimerie Officielle , 2001, p 331 et suiv;
- Alfred Jauffret,Droit Commercial,Dalloz,22^{ème} édition,1955;
- Hamel,Lagarde et Jauffret,Droit Commercial,T2,Dalloz,1978;
- Aubert Jean Luc,Le contrat:Droit des obligations,Paris,Dalloz,2000;

II-Ouvrages Spéciaux:

- Ben Amor (Fayçal),"les clés du commerce électronique",edition C-L-E (Contribution à la littérature de l'entreprise),2001,p 208 et suiv;

-Antoine (Mireille),Eloy (Jean-Francois),"Le droit de la preuve face aux nouvelles technologies de l'information –aspects techniques et juridiques du transfert et la conservation des documents"Namur, Belgique,CRID ,1992,p227;

-Chazeaux (olivier) (dir),"Droit européen comparé d'internet", Bruxelles,Bruylant,2000,p542;

-jean-baptiste (Michelle),"créer et exploiter un commerce électronique",Paris,Litec,1998,p192;

-Montero (Etienne),Commerce électronique:le temps des certitudes ,Bruxelles,bruylant,2000;

-Marcellin (Sabrine)(dir),Lamy, Droit de l'informatique et des réseaux:guide solutions et applications,Paris,Lamy,2000;

-Ben Soussan(A),cryptage et signature électronique: t Dionne-Balz,business et droit d'internet,Best,1996;

aspects juridiques,Hermes,Paris,1999;

-Hance (O) e

-Stauder(Bernard)(Dir),"La protection des consommateurs acheteurs à distance :analyse du droit Suisse à la lumière du droit communautaire et du droit comparé",-Actes colloque organisé par le centre de documentation en droit de la consommation ,Bruxelles,Bruylant,1999,p329;

III:Les articles extraits de l'internet:

-Antonin (Nadia)et Cantero (Anne),"les signatures électroniques :présentation des approches législatives dans différents pays",(<http://www.edifrance.org.fr>);

-Boumiza Khaled , "Le e-dinar fait sa mue"(<http://www.ati./detail.htm>,ednews=94);

IV:Rapports- Colloques et Travaux:

1-Rapports:

-"Rapport du groupe de travail sur le commerce électronique-CNUDCI-sur les travaux de sa 38^{ème} session ,(en ligne) (<http://www.uncitral.org/fr-index.htm>);

"Rapport du groupe de travaux sur le commerce électronique-CNUDCI-sur les travaux de sa 35^{ème} session (en ligne) (<http://www.uncitral.org/fr-index.htm>);

2-Travaux:

-"Etude par la Chambre de commerce et d'industrie de Paris :Pour un contrat type de commerce électronique ":Rapporteur Jean-Paul Saillard:(en ligne)(<http://www.ccip.fr/etudes>);

3-Colloques:

-"Vers l'authenticité électronique":10^{ème} rencontres notariat-université-chambre interdépartementale des notaires de Paris,11 décembre 2000,p 1-39;

-"l'entreprise virtuelle":Colloque organisé par l'association des étudiants du magistère de droit des activités économiques de l'université de Paris I,P.aff,n° 14 ,20 janvier 1999,p1-31;

المختصرات باللغة العربية:

م ا ع : مجلة الالتزامات والعقود.

