الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية- قسنطينة -

كلية الشريعة والاقتصاد

قسم الشريعة والقانون

الرقم التسلسلي:.....

رقم التسجيل:.....

الحماية المدنية للتجارة الالكترونية - دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي -

أطروحة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه الطور الثالث ل، م، د شعبة علوم إسلامية–شريعة،

تخصص الشريعة والقانون

من إعداد الطالبة:

أسماء بن عبد القادر

بإشراف الأستاذة الدكتورة:

حفيظة مبارك

أعضاء المناقشة:

الإسم واللقب	الرتبة	الجامعة	الصفة
ليندة بومحراث	أستاذ	جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية– قسنطينة–	رئيسا
حفيظة مبارك	أستاذ	جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية– قسنطينة–	مشرفا ومقررا
وسيلة شريبط	أستاذ	جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية– قسنطينة–	عضوا
نادية رازي	أستاذ	جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية– قسنطينة–	عضوا
زيان سعيدي	أستاذ	جامعة محمد بوضياف– المسيلة–	عضوا
وليد كحول	أستاذ	جامعة الإخوة منتوري–قسنطينة01–	عضوا

السنة الجامعية:

1446هـ _1447هـ/2025م_2026م

قَالَ تَعَالَى: ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ هَلۡ أَدُلُّكُمۡ عَلَىٰ تِجَٰرَةٖ تُنجِيكُم مِّنۡ عَذَابٍ أَلِيمٖ ١٠ تُؤۡمِنُونَ بِٱللَّهِ وَرَسُولِهِۦ وَتُجَٰهِدُونَ فِي سَبِيلِ ٱللَّهِ بِأَمۡوَٰلِكُمۡ وَأَنفُسِكُمۡۚ ذَٰلِكُمۡ خَيۡرٞ لَّكُمۡ إِن كُنتُمۡ تَعۡلَمُونَ ١١ يَغۡفِرۡ لَكُمۡ ذُنُوبَكُمۡ وَيُدۡخِلۡكُمۡ جَنَّٰتٖ تَجۡرِي مِن تَحۡتِهَا ٱلۡأَنۡهَٰرُ وَمَسَٰكِنَ طَيِّبَةٗ فِي جَنَّٰتِ عَدۡنٖۚ ذَٰلِكَ ٱلۡفَوۡزُ ٱلۡعَظِيمُ ١٢ ﴾

الصف [10-12]

الإهــداء

أهدي ثمرة جهدي وعملي المتواضع:

- إلى من جعل الله الجنة تحت أقدامهما واقترن رضاهما برضا الرحمن وارتبطت طاعتهما بطاعة الخالق، من يسرا لي طريق العلم، وعلماني حب العمل والصبر والمثابرة، وشجعاني على المضي قدما مهما كثرت العقبات: والدي الكريمين، حفظهما الله وبارك في عمرهما.

- إلى فلذتي كبدي، وقرة عيني، اللذين ولدا ونشآ بين صفحات هذا البحث: ابني "لقمان" وابنتي "بيان" رعاهما الله.

- إلى من شد الله تعالى بهم عضدي إخوتي: "عمار"، "صلاح الدين"، "إسلام"، وآخر العنقود أختي الحبيبة "أمال".

- إلى رفيق الدرب، من تقاسم معي كل مراحل هذا المشوار العلمي، وكان له الأثر في إلهامي ومثابرتي: زوجي حفظه الله ورعاه.

- إلى من تكون لي العزة إذا وصلتهم والذل والمهانة إذا قطعتهم كل أفراد عائلتي الكبيرة. وأخص بالذكر حبيبتي "زهرة".

- إلى من يذكرهم القلب ويسعهم ويعجز القلم عن تعدادهم إلى كل الأصدقاء والأحباب، اللذين ملئت حياتي بحبهم، ومعرفتهم بهجة وسرورا.

- إلى من يؤمن بالله ربا و بالإسلام دينا و بمحمد صلى الله عليه و سلم نبيا و رسولا.

أسماء

الشكر و التقدير

الحمد لله الذي بذكره تدوم النعم، فيا ربي لك الحمد، كما ينبغي لجلال وجهك، وعظيم سلطانك، والصلاة والسلام على سيدنا مُحَمَّد القائل: {لَا يشْكُر اللَّه من لَا يشْكُر النَّاس}

فبعد شكر الله على نعمه التي لا تحصى ولا تعد، أتقدم بالشكر الجزيل إلى الأستاذة الدكتورة "**حفيظة مبارك**" التي تكرمت علي بالتوجيه والإشراف، وتقديم نصائحها في إعداد هذا البحث فكانت صبورة ومتفهمة للظروف الصعبة التي واجهتني في إعداد هذا البحث، لها مني كل التقدير والشكر.

كما أتقدم بجزيل الشكر إلى جميع الأساتذة الفضلاء منذ بداية مشواري التعليمي، وأخص بالذكر أساتذتي في جامعة الأمير عبد القادر، وإلى كل من ساهم من قريب أو بعيد في دعمي لإعداد هذا البحث.

وفي الأخير أتوجه بخالص عبارات الشكر والامتنان لأعضاء لجنة المناقشة على جهودهم الكبيرة في قراءة هذه الدراسة وتوجيه ملاحظاتهم حولها، مما سيرفع من قيمتها، لمستوى يليق بحجم الشهادة.

أسماء

قائمة المختصرات:

الرمز	الدلالة	الرمز	الدلالة
إع	إعداد	**ج**	جزء
تح	تحقيق	**ح.ر**	رقم الحديث
تق	تقديم	**د.ت.ن**	دون تاريخ نشر
تع	تعليق	**د.ط**	دون طبعة
تر	ترجمة	**ط**	طبعة
ج.ر	الجريدة الرسمية	**ص**	صفحة
ع	عدد	**ط.ج**	طبعة جديدة
مج	مجلد	**ع.خ**	عدد خاص
ق.م.ج	القانون المدني الجزائري	**ط.ج**	طبعة جديدة
ددن	دون دار نشر	UP	Update
P	Page	Op.cit	Citation ultérieure
Pp	les page	Ed	Edition
V	Volume	N	Numéro

مقدمة

أمام التقدّم التكنولوجي الكبير والمستمر، من تطور وسائل الاتصال وتوسع استخدام شبكة الإنترنت، ظهرت التجارة الإلكترونية كإحدى أبرز صور المعاملات الحديثة التي تجاوزت حدود الزمان والمكان، الأمر الذي استدعى إعادة النظر في المفاهيم التقليدية للتجارة.

فالتجارة الإلكترونية تَعد من أبرز مظاهر التحول الرقمي، وتتميز بعدة مزايا لكل من الشركات والمستهلكين. فهي تمكّن الشركات من تقليل التكاليف التشغيلية، وتوسيع قاعدة عملائها عبر الوصول إلى أسواق عالمية، كما تتيح استخدام أدوات تسويقية فعالة مثل الإعلانات الموجهة وتحليل سلوك المستهلك.

أما بالنسبة للمستهلك، فتوفر له التجارة الإلكترونية الراحة والمرونة من خلال إمكانية التسوق في أي وقت ومن أي مكان، مع سهولة مقارنة الأسعار والمنتجات، وتوفر خيارات واسعة من السلع المحلية والعالمية، إضافة إلى وسائل دفع إلكترونية وخدمات توصيل سريعة تعزز من جودة تجربة الشراء.

لكن لذات الأسباب يواجه عالم التجارة الإلكترونية تهديدات كبيرة. إذ تَظهر الدراسات التي أُجريت في إطار هذا الموضوع، أنه إلى جانب المزايا التي يوفرها الإنترنت، فإن هذه الأداة تَسهم أيضا في ظهور عدد من التحديات التي تثقل كاهل نشاط التجارة الإلكترونية، مما يستدعي ضرورة تأمين بيئة التجارة عبر الإنترنت، بقواعد قانونية وشرعية صارمة، وعدم الاعتماد على الوسائل التقنية فقط.

لمواجهة هذه الوضعية، تدخل كل من المشرعين في مختلف الأنظمة القانونية، وعلماء العصر أفرادا وجماعات في إطار هيئات البحث والمجامع الفقهية، لإيجاد وسائل حماية تتلاءم مع هذا النوع من التجارة، الأمر الذي يفسر تنوع مصادر الحماية على الصعيدين المدني والجنائي.

وفي ظل أزمة الشرعية بين القواعد الجنائية والاعتداءات المرتكبة في الفضاء الإلكترونية، إذ لا يمكن حصرها بنصوص قانونية خاصة، نظرا لسرعة تطورها وتنوعها، برزت الحاجة الملحة للاهتمام بقواعد الحماية المدنية، لضمان عدم ضياع الحقوق الخاصة لضحايا التكنولوجيا. وفي هذا الإطار سيكون هذا البحث:" **الحماية المدنية للتجارة الإلكترونية: دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي**".

أولا: أهمية الموضوع.

يقصد بالحماية المدنية الآليات والقواعد القانونية التي وضعها المشرع لحماية الحقوق الخاصة للأفراد، وهي أكثر نوع من الحماية يحقق مصالح مباشرة وشخصية للمتضرر، لذا فالأطراف المتضررة عادة تسعى إلى جبر الضرر وإصلاحه والتعويض عنه، أكثر مما تسعى إلى توقيع العقاب وردع المتسبب في الضرر والذي هو وظيفة الدولة، لذلك فإن الاهتمام بوضع قواعد قانونية تحمي الحقوق المدنية للأشخاص، في أي معاملات جديدة كالتجارة الإلكترونية له الأهمية الكبيرة لتقرير الحماية المدنية لهذه المعاملة.

وبما أن هذه الدراسة تتناول الموضوع من شقين الشق القانوني والشق الشرعي فتبعا لذلك له أهمية كبيرة من الناحيتين الناحية القانونية ومن الناحية الشرعية، كما تستمد هذه الدراسة أهميتها من أهمية الموضوع الذي تطرقت إليه، فهي تعالج حماية التجارة الإلكترونية، والتي تعد من أبرز ما حققته الثورة التقنية والمعلوماتية في الاقتصاد المعاصر.

وتبرز أهمية الموضوع أيضا في أن النجاح في مجال التجارة الالكترونية يستلزم إيجاد وسائل قانونية وتقنية لحمايتها بشكل يعزز الثقة بين المتعاملين في هذا المجال.

كذلك تظهر أهمية حماية التجارة الالكترونية في أن تقدم المجتمع وتطوره مرهون بتقدم أنظمة المعاملات الالكترونية، ولهذا وجب توفير الحماية للمتعاملين في هذه المعاملات، سواء كانوا تجارا أو مستهلكين أو غير ذلك.

من الناحية الشرعية يتعلق هذا الموضوع بـ"حفظ المال" وهو مقصد أساسي من مقاصد الشريعة، لذا فإنه يستوجب الدراسة والاهتمام. كما تعتبر التجارة الالكترونية من الموضوعات التي تزداد شيوعا وتمارس على نطاق واسع في محيط التعامل بين المشتغلين بأمور التجارة، فكان وثيق الصلة بالواقع المعاصر، ما استوجب دراسة ما استجد من صوره الحديثة، والبحث عن أحكامه في الفقه الإسلامي باعتبار أن المكلف لايقدم ولايحجم عن عمل أو معاملة حتى يعلم حكم الشرع فيها.

ثانيا: حدود الدراسة.

يعد موضوع الحماية المدنية للتجارة الإلكترونية موضوعا عاما وواسعا، يشمل كل أساليب الحماية

المدنية للتجارة المحلية أو الدولية في التشريعات المقارنة غير أننا خصصنا الدراسة بالاقتصار على دراسة الوسائل القانونية لحماية التجارة الإلكترونية بمفهوم التشريع الجزائري(خاصة القانون 18-05)، سواء الوقائية (القبلية)، وهي التي تهدف إلى منع وقوع الضرر، أو التقليل من احتمالية حصوله، أو الوسائل القانونية العلاجية (البعدية)، وهي التي تتدخل بعد وقوع الضرر، وتهدف إلى جبره وإصلاحه، وتعويض المتضرر، ورد الحقوق إلى أصحابها، ومقارنتها بالفقه الإسلامي.

ثالثا: أسباب اختيار الموضوع.

- حداثة الموضوع وأهميته المتزايدة في ظل التحول الرقمي العالمي، وكثرة تناوله في المؤتمرات والتقارير الدولية.
- الانتشار التدريجي للتجارة الإلكترونية بين فئات المجتمع، خاصة الشباب، مما يستوجب توعية قانونية بحقوق والتزامات المتعاملين.
- الرغبة في تخصيص الدراسة بالحماية المدنية تحديداً، باعتبارها الضمان الأساسي لاستقرار هذه المعاملات.
- الحاجة إلى تأصيل فقهي وشرعي لحماية التجارة الإلكترونية، وفق مبادئ الفقه الإسلامي.
- تقييم التشريع الجزائري المتعلق بالتجارة الإلكترونية، والكشف عن نقاط القوة والضعف فيه، والدعوة إلى تطويره لضمان بيئة قانونية آمنة.

رابعا:أهداف الدراسة.

تهدف هذه الدراسة إلى تحقيق مجموعة من الأهداف العلمية، أبرزها:

- بيان الإطار القانوني للتجارة الإلكترونية، مع التركيز على التشريعات المعمول بها في الجزائر، بغرض تحديد ماهية هذه التجارة وأسس تنظيمها القانوني.
- استعراض موقف الفقه الإسلامي من التجارة الإلكترونية، وبيان الأحكام الشرعية ذات الصلة بهذه المعاملات والعقود المستحدثة في ظل التطورات التكنولوجية الحديثة.

- توضيح الآليات والوسائل القانونية التي اعتمدتها الجزائر لحماية أطراف العلاقة التعاقدية في التجارة الإلكترونية.

- استعراض المخاطر القانونية التي قد تهدد المعاملات الإلكترونية، مع التركيز على الحماية المدنية كوسيلة أساسية لضمان الاستقرار والثقة في البيئة الرقمية.

- دعم صنّاع القرار والمشرعين والباحثين بمخرجات بحثية علمية تساهم في صياغة سياسات قانونية وتشريعية أكثر فاعلية في حماية التجارة الإلكترونية وتحصين أطرافها من التحديات التقنية والقانونية.

- الدفع نحو تطوير اجتهاد قانوني وفقهي مشترك، يسعى إلى موافقة الخصوصيات الثقافية والدينية مع مقتضيات التجارة الإلكترونية، بما يعزز من سيادة القانون ويحمي الحقوق دون المساس بالثوابت الدينية.

خامسا: إشكالية الدراسة.

نظرا لأن هذه الدراسة تتناول أحد الإشكالات القانونية المعاصرة التي أفرزها تطور المعاملات الإلكترونية، والمتمثل في الحماية المدنية للتجارة الإلكترونية، وذلك في ضوء المقارنة بين التشريع الجزائري وأحكام الفقه الإسلامي، وفي إطار الحدود السابقة، فإن الإشكالية المحورية التي تسعى الدراسة إلى معالجتها تتمثل في:

هل تُحقق القواعد المدنية في التشريع الجزائري حماية فعالة ومتكاملة لمعاملات التجارة الإلكترونية، وما مدى توافق هذه القواعد مع أحكام الفقه الإسلامي في هذا المجال؟

تندرج تحت هذه الإشكالية مجموعة من التساؤلات الفرعية التي توجه البحث على النحو التالي:

- ما هو الإطار النظري لموضوع الحماية المدنية للتجارة الإلكتروني؟

- كيف نظم الإطار القانوني للتجارة الإلكترونية في التشريع الجزائري العقود الإلكترونية؟ وماهي أساليب الحماية المدنية للأطراف في كل مراحل التعاقد؟

- ما موقع المسؤولية المدنية عن الفعل الشخصي، ضمن منظومة الحماية القانونية المقررة للتجارة الإلكترونية في التشريع الجزائري، وما ينتج عنها من آثار؟ وهل يمكن إثارة صور أخرى من المسؤولية التقصيرية في إطار المعاملات التجارية الإلكترونية، وما هي ضوابطها القانونية؟
- في هذا الإطار نتساءل عن أهم الأحكام الفقهية للحماية المدنية للتجارة الإلكترونية في المجال الذي تناوله المشرع الجزائري؟

سادسا: الدراسات السابقة.

كما هو الحال في الدراسات العلمية عموما، فإن موضوع **"الحماية المدنية للتجارة الإلكترونية: دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي"** يقتضي الاعتماد على إطار مرجعي ونظري، يسهم في فهم الخلفية العلمية لإشكالية البحث، وتحديد موقعه ضمن الجهد العلمي القائم في المجال. وهذا الإطار يتمثل في مجموعة الأبحاث والكتابات العلمية التي تناولت موضوع الدراسة بشكل مباشر أو موضوعات ذات صلة، ومن أبرزها:

- دراسة معنونة **بـ"أساليب الحماية القانونية لمعاملات التجارة الإلكترونية–دراسة مقارنة"**[1] كتاب منبثق عن أطروحة دكتوراه لمحمد سعيد أحمد إسماعيل، مقدمة بجامعة عين شمس القاهرة، كلية الحقوق، 1426هـ- 2005.

تناولت هذه الدراسة عدداً من المحاور المهمة، مثل :مفهوم التجارة الإلكترونية، والعقود الإلكترونية، والتوثيق الإلكتروني، وطرق الدفع الإلكتروني، وهي موضوعات تتقاطع إلى حد كبير مع ما تتناوله دراستنا الحالية.

غير أن الدراسة سلكت مسلكًا مغايرا فيما يتعلق بوسائل الحماية، حيث ركزت على حماية المستهلك الإلكتروني، وحماية أسماء النطاق والعلامات التجارية في الفضاء الإلكتروني، كما تناولت التحكيم الإلكتروني كوسيلة لحل النزاعات، دون التوسع في جميع وسائل وأساليب الحماية المدنية أو

[1] محمد سعيد أحمد اسماعيل: أساليب الحماية القانونية لمعاملات التجارة الإلكترونية، ط1، منشورات حلبي الحقوقية، بيروت–لبنان، 2009.

المعالجة التشريعية الوطنية المفصلة.

- دراسة معنونة بـ " **أحكام التجارة الإلكترونية في الفقه الإسلامي**" [1] كتاب منبثق عن أطروحة دكتوراه لعدنان بن جمعان بن مُحَمَّد الزهراني بجامعة أم القرى بمكة المكرمة، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، 1428هـ-2007م.

وافقت هذه الدراسة دراستنا في عدة جوانب، من بينها إعطاء الحكم الشرعي للتعامل بالتجارة الإلكترونية والعقود الإلكترونية، إضافة إلى العديد من الفروع التطبيقية، مثل :حكم الدفع الإلكتروني، التوقيع الإلكتروني، صور تطابق الإرادتين، والتسليم والتسلم في البيئة الرقمية.

في حين كانت أوجه الاختلاف في عدد من الجوانب الجوهرية، وعلى وجه الخصوص فيما يتعلق بأحكام تنفيذ العقد الإلكتروني وآثار المسؤولية المدنية الناشئة عنه، حيث لم يتم تناول هذه المسائل بنفس العمق أو التحليل المفصل المعتمد في دراستنا الحالية. كما أن الدراسة جاءت ضمن الإطار التشريعي السعودي، بينما دراستنا كزت على التشريع الجزائري.

- دراسة معنونة **بـ "العقد الإلكتروني والمسؤولية المدنية الناتجة عنه"**، أطروحة دكتوراه لزواوية لعروي مقدمة بجامعة عبد الحميد بن باديس مستغانم، كلية الحقوق، 2017-2018.

وافقت الدراسة دراستنا في الهيكلة العامة إذ خصص الجزء الأول منها لبحث العقد الإلكتروني من حيث ماهيته، إبرامه، إثباته وتنفيذه، أما الجزء الثاني فتناول المسؤولية المدنية بنوعيها :العقدية والتقصيرية، بكل أنواعها.

غير أن هذه الأطروحة تختلف عن دراستنا في عدة جوانب، أهمها أنها لم تتناول ماهية التجارة الإلكترونية ومبررات الحماية القانونية لها، كما لم تدرس التزامات المتعاقدين بشكل تفصيلي، بل اكتفت بتسليط الضوء على أبرز التزام لكل طرف. كما يسجل أن الأطروحة لم تتضمن تحليلاً للقانون المنظم

---

[1] عدنان بن جمعان بن مُحَمَّد الزهراني: أحكام التجارة في الفقه الإسلامي، كتاب إلكتروني منبثق عن أطروحة دكتوراه بجامعة أم القرى، منشور بمكتبة نور الإلكترونية من قبل المؤلف في 2008/03/29، اخترنا اعتماد الكتاب الإلكتروني لإقرار الباحث بإجراء تعديلات وتصحيحات وإضافات على أطروحته في هذا الكتاب لذا أعاد نشرها بهذا الشكل، على الرابط:
https://www.noor-book.com/7mchwz

للتجارة الإلكترونية في الجزائر، وذلك على اعتبار أنها نوقشت قبل صدوره، مما دفع الباحثة إلى الاعتماد على تشريعات عربية وأجنبية. يضاف إلى ذلك غياب المعالجة الفقهية أو الجانب الشرعي، الذي حرصت دراستنا الحالية على إدماجه إلى جانب التحليل القانوني.

- دراسة معنونة بـ **"المسؤولية المدنية في مجال المعاملات الإلكترونية"**، أطروحة دكتوراه لقارس بوبكر، بجامعة الحاج لخضر باتنة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2020-2021.

تناولت الدراسة المسؤولية المدنية لكل متعامل الإلكتروني، بمن فيهم المورد والمستهلك الإلكتروني، كما بحثت في مختلف مسائل التعاقد الإلكتروني في إطار قيام المسؤولية العقدية، وهو ما يتقاطع مع دراستنا في بعض الجوانب المتعلقة بتحديد أطراف العلاقة التعاقدية وتحليل أوجه الالتزام بينهم.

إلا أن هذه الدراسة اختلفت عن دراستنا في عدة نقاط جوهرية، حيث اقتصر الطرح على القواعد العامة للمسؤولية المدنية، دون التعمق في تحليل القانون المنظم للتجارة الإلكترونية في الجزائر، كما لم تتطرق إلى الآثار أو الجزاءات القانونية المترتبة على قيام هذه المسؤولية. بالإضافة إلى غياب الجانب الفقهي الشرعي، الذي سعت دراستنا الحالية إلى توضيحه، بغرض تقديم معالجة مزدوجة تجمع بين الرؤية القانونية الوضعية والتأصيل الشرعي.

سابعا: منهج البحث.

اعتمدت الباحثة في إنجاز هذه الدراسة على مجموعة من المناهج العلمية، تمثّلت في المنهج الوصفي، والمنهج الاستقرائي، إلى جانب المنهج التحليلي، والمنهج المقارن، والمنهج الاستدلالي.

ويعزى هذا التنوع المنهجي إلى طبيعة موضوع الدراسة، إذ تَعد التجارة الإلكترونية – بوجه عام – والحماية المدنية لها – بوجه خاص – من المواضيع الحديثة التي يصعب الإلمام بجميع أبعادها من خلال منهج واحد، لذلك اقتضى الأمر تتبُّع المسائل التفصيلية المرتبطة بها وعرضها بصورة منهجية، سواء في إطار القانون الوضعي أو في إطار الفقه الإسلامي، بالاعتماد على المنهجين الوصفي والاستقرائي.

كما اعتمدنا على المنهجين التحليلي والمقارن لتحليل النصوص القانونية والفقهية ذات الصلة، ومقارنة أحكام التشريع الجزائري بمواقف الفقه الإسلامي في مختلف المسائل المطروحة في الدراسة.

أما المنهج الاستدلالي، فقد تجلّى من خلال توظيف الأدلة والنصوص القانونية والشرعية في دعم المعلومات المطروحة، والاستشهاد بمواد القوانين وأقوال الفقهاء والنصوص الشرعية، بحسب السياق الذي تقتضيه كل نقطة من نقاط البحث.

ثامنا منهجية البحث.

اقتضى منا طرح موضوع الدراسة بشكل واضح وسليم، الاعتماد على منهجية بحث، كانت كالآتي:

- حرصنا على نقل النصوص القانونية من مصادرها الأصلية والمعتمدة؛ ففيما يتعلق بالقوانين النموذجية الصادرة عن لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي (الأونسيترال)، تم الرجوع إلى النصوص المتاحة على الموقع الرسمي للجنة https://uncitral.un.org/ar . وفيما يخص القانون الجزائري، فقد استقيت نصوصه من الأعداد الرسمية المنشورة في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية المتوفرة على الرابط: https://www.joradp.dz/، وكان توثيقها كالآتي: ذكر نوع التشريع (القانون، المرسوم...) رقمه، عنوانه (المتعلق بـ) تاريخ صدوره، ورقم الجريدة الرسمية الصادر ضمنها، وتاريخ إصدارها.
- في المقارنة ، اعتمدنا منهجا مزدوجا يقوم على تناول الموضوع أولًا من الناحية القانونية، ثم من الناحية الفقهية، وذلك في غالبية العناوين الفرعية. أما في بعض المواضيع التي تميزت بتباين كبير في الطرح بين القانون والفقه، فقد اقتضت الضرورة العلمية أن تتم المقارنة على مستوى العناوين الكبرى لضمان إحاطة أوفى وأدق بالموضوع.
- تم بناء الدراسة وفق هيكلة منهجية هرمية تبدأ ـ باستثناء الفصل التمهيدي ـ بـ :الباب، ثم الفصل، ثم المبحث، ثم المطلب، ثم الفرع، ثم البند، ثم التقسيم إلى: أولًا وثانيا، ثم 1 و2، ثم (أ) و(ب).
- في جانب الفقه الإسلامي أحيانًا نكتفي بالإحالة إلى المراجع المعاصرة، سواء الاجتهادات الفقهية الفردية أو الصادرة عن هيئات علمية وجماعية، لضرورات الموضوع المعاصر، إلا إذا كان هناك ما يستدعي التحقق والتأكد والإضافة، نعتمد على المذاهب السنية الأربعة (الحنفي، المالكي، الشافعي، والحنبلي)، وذلك بهدف تحقيق مقاربة فقهية متوازنة وشاملة لموضوع البحث.

- كتابة الآيات القرآنية بالرسم العثماني رواية حفص، وتخريجها مباشرة داخل المتن، وذلك بتحديد اسم السورة ورقم الآية، تيسيرا على القارئ في الرجوع إلى النص القرآني.

- خرجنا الأحاديث من مظانها المعتمدة عند أول ذكر للحديث، ملتزمين في تخريجنا لها: ذكر المؤلّف في عنوان المؤلَّف، عن (رواة الحديث)، الكتاب(عنوانه ورقمه إن وجد)، والباب(عنوانه ورقمه إن وجد)، رقم الحديث، معلومات التوثيق (الآتي ذكرها عند أول ذكر للكتاب) ثم الجزء، والصفحة.

- التزمنا عند التوثيق والرجوع إلى المصادر والمراجع عند أول اعتماد للكتاب ما يلي:

- ذكر اسم المؤلف، عنوان المؤلَف، اسم المحقق أم المقدم...إن وجد، رقم الطبعة، دار النشر، مكان النشر (المدينة–بلد)، سنة النشر، وإن لم نقف على أحدها أشرنا لذلك بـ "د.ط ، د.ت.ن"، ثم الجزء، فالصفحة.

- أما الرسائل الجامعية فوثقناها بالمنهجية الآتية: اسم الطالب: عنوان الرسالة، نوع الرسالة ، الكلية، الجامعة، المدينة–البلد، سنة المناقشة، الصفحة.

- وبالنسبة للبحوث والمقالات فوثقناها كما يلي: فالمقالات المنشورة بالمجلات ذكرنا فيها: اسم الكاتب: عنوان المقال، اسم المجلة، العدد، المجلد، سنة النشر، الصفحة.

أما المداخلات بالملتقيات: فذكرنا اسم الكاتب: عنوان المداخلة، نوع الملتقى أو المؤتمر مع مدته، الجهة المنظمة، المجلد أو الجزء إن وجد، الصفحة.(مع إضافة معلومات المجلة أو الكتاب إذا نشر).

- تذييل كل فصل بملخص يشمل أهم العناصر التي تتبعناها بالدراسة فيه.

- إثراء الدراسة بمجموعة من الملاحق التي توضح بعض النقاط في الدراسة وتدعمها.

- وضع الفهارس العلمية التي تخدم البحث بغية تسهيل الرجوع إلى المسائل العلمية المرادة.

تاسعا: صعوبات البحث.

واجهت هذه الدراسة مجموعة من التحديات التي يمكن تلخيص أبرزها كما يأتي:

- اتساع نطاق الموضوع وارتباطه بكل فروع القانون من جهة، بمختلف قضايا المال والضمان في الفقه الإسلامي، مما صعب احتواء جميع فروعه ضمن زاوية دراسة محددة.
- كثرة الخلافات الفقهية في أدق تفاصيل الموضوع، من الناحيتين القانونية أو الشرعية، مما عرقل بناء دراسة مترابطة ومتسلسلة معرفيا. لذا عمدنا تجاوز الاختلافات الفقهية في الكثير من المواضع، والانطلاق من الراجح لبناء دراسة المتغير المختلف حوله، ما لم يكن الخلاف متعلقا بجوهر الموضوع أو يؤثر في متغيرات أساسية ترتبط بها محاور البحث الأخرى.
- التطور المستمر في الميدان لا سيما في المجال التقني والتجاري، مما يحد من قدرة التشريعات أو الاجتهادات الفقهية على وضع أحكام موحدة وثابتة.
- الفجوة بين الطرح النظري والتطبيق العملي، حيث تفتقر العديد من الدراسات إلى الربط بين المفاهيم المجردة والواقع الميداني، ما يؤدي إلى تكرار تعريفات وآراء دون تقديم حلول عملية للإشكاليات القائمة.
- قلة لجوء المتضررين إلى القضاء لطلب جبر الضرر أو رفعه، واعتمادهم غالبا على الوسائل الودية أو الإعراض الكلي عن التعامل الإلكتروني، وهو ما أدى إلى ندرة، بل أحياناً انعدام، القضايا القضائية التي يمكن الاستناد إليها كسوابق أو مؤشرات تطبيقية.
- ضعف التعاون من قبل الجهات العامة والخاصة في توفير المعلومات، واشتراطها عدم ذكر الأسماء أو البيانات عند تقديم أي توضيحات، مما أعاق إمكانية توثيق تلك المعلومات.
- اختلاف المصطلحات القانونية والفقهية المستخدمة في الموضوع، سواء في التشريعات أو الكتابات الفقهية و الفتاوى، مما تطلّب جهداً إضافياً لتوحيد المفاهيم وتفسير المصطلحات في السياق المناسب.
- غياب رؤية موحدة لدى الفقه الإسلامي المعاصر في التعامل مع الوسائل الإلكترونية، إذ تتفاوت المواقف بين التحفّظ المبدئي والتبني المشروط، مما يفرض صعوبة في بناء قاعدة فقهية مستقرة تنسجم مع متطلبات العصر.

عاشرا: خطة البحث.

لحماية أي منظومة قانونية أو تنظيمية، تولي مختلف التشريعات والشرائع اهتماما بالغاً بمجموعة

الوسائل والأساليب التي تَفرض وتَتبع بقصد منع وقوع الضرر أو النزاع، من خلال تنظيم العلاقات وضبط السلوكيات قبل حدوث الخلل من جهة. والجانب الذي يفعل عند الإخلال بالقواعد الوقائية والتنظيمية، ويترجم في صورة عقوبات أو تدابير قانونية تهدف إلى جبر الأضرار وإصلاح الخلل الواقع.

وفي هذا الإطار، تركز هذه الأطروحة على دراسة الحماية المدنية للتجارة الإلكترونية، من خلال عرض شامل للوسائل والأساليب التي أقرها المشرع الجزائري في مختلف التشريعات ذات الصلة، لا سيما القانون المدني الجزائري[1]، والقانون 18-05 المتعلق بالتجارة الإلكترونية[2]، والقانون 15-04 المتعلق بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين[3]، إلى جانب نصوص قانونية أخرى ذات صلة.

وقد اقتضت طبيعة الموضوع أن تَبنى خطة الدراسة وفق الهيكلة الآتية:

الفصل التمهيدي :خصص لتحديد الإطار المفاهيمي للبحث، من خلال دراسة مفهوم التجارة الإلكترونية، ومدى تأثيره في تحديد متغيرات الدراسة، كما تناول الفصل مبررات الحاجة إلى إرساء حماية مدنية فعالة للتجارة الإلكترونية، تحت عنوان: **"الإطار المفاهيمي للحماية المدنية للتجارة الإلكترونية"**.

الباب الأول: **"عقود التجارة الإلكترونية"** التي تعتبر كوسائل حماية مدنية وقائية، تضمن هذا الباب فصلين، عني الفصل الأول بدراسة ماهية العقود التجارة الإلكترونية، وأحكام إبرامها، ثم بحث الثاني إثباتها، وتنفيذها، باعتبارها تمثل أبرز الوسائل القانونية الوقائية التي تضمن استقرار المعاملات الإلكترونية وتحول دون نشوء المنازعات.

الباب الثاني: **"المسؤولية المدنية الناتجة عن التجارة الإلكترونية"** التي تضم القواعد والأساليب التي تعالج وتجبر الضرر، بمختلف أنواعها، العقدية والتقصيرية، إضافة إلى المسؤلية عن الغير وعن الشيء،

---

[1]- القانون رقم 05- 10 المؤرخ في 13 جمادى الأولى عام 1426هـ الموافق 20 يونيو 2005م، يعدل ويتمم الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395هـ الموافق 26 سبتمبر سنة 1975م، والمتضمن القانون المدني، ج.ر 44، الصادرة في 19 جمادى الأولى عام 1426هـ الموافق 26 يونيو 2005م.

[2]- القانون رقم 18-05 المؤرخ في 24 شعبان عام 1439 الموافق لـ10 ماي سنة 2018م، الذي يتعلق بالتجارة الإلكترونية ، ج.ر28، الصادرة بتاريخ 30 شعبان 1439هـ الموافق لـ 16 مايو 2018م.

[3]- القانون 15-04 المؤرخ في 11 ربيع الثاني عام 1436هـ الموافق 01 فبراير 2015سنة م، يحدد القواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين، ج.ر 06، الصادرة في 20 ربيع الثاني عام 1436هـ الموافق10 فيفري سنة 2015م.

وجزاء قيام المسؤولية من تعويض، فتناولنا في الفصل الأول المسؤولية العقدية وانتفائها، وجزاء قيامها باعتبارها المسؤولية الأصلية الناتجة عن التجارة الإلكترونية، أما في الثاني فتطرقنا لصور المسؤولية التقصيرية وأهم تطبيقاتها في المجال.

الفصل التمهيدي:

الإطار المفاهيمي للحماية المدنية للتجارة الإلكترونية.

المبحث الأول: تعريف التجارة الإلكترونية، أشكالها، ومجالاتها.

المبحث الثاني: الحكم الشرعي للتجارة الإلكترونية ومبررات حمايتها قانونا وشرعا.

تمهيد:

أدى الانتشار المتساع والمستمر للتجارة الإلكترونية_بفضل ما توفره من مزايا عديدة ومتنوعة، كسهولة إنجاز المعاملات التجارية في وقت قياسي، وبأقل جهد وتكلفة إلى تحولها إلى أحد الركائز الأساسية في الاقتصاد المعاصر. فقد غيرت هذه التجارة من طبيعة المبادلات التجارية التقليدية، وأسهمت في خلق واقع اقتصادي وتجاري جديد، قائم على الوسائط الرقمية والشبكات المعلوماتية، مما يستدعي دراستها ضمن إطار نظري دقيق يبرز مفاهيمها الأساسية، ويبين حكمها في الشريعة الإسلامية، كما يسلّط الضوء على الحاجة الملحة إلى تأمينها قانونيا، بالنظر إلى التحديات والمخاطر القانونية التي قد تهدّد أطرافها، لا سيما في الشق المدني.

انطلاقًا من هذه المعطيات، سيتم تناول موضوع التجارة الإلكترونية ضمن هذا الإطار النظري من خلال مبحثين رئيسيين:

المبحث الأول: تعريف التجارة الإلكترونية، أشكالها، ومجالاتها.

المبحث الثاني: الحكم الشرعي للتجارة الإلكترونية ومبررات حمايتها قانونا وشرعا.

المبحث الأول: تعريف التجارة الإلكترونية، أشكالها، ومجالاتها.

إن ارتباط التجارة الإلكترونية بالبيئة الرقمية والوسائل الإلكترونية، يضفي عليها طابعا خاصا، من حيث الوسائل والأطراف وطبيعة العمليات. وقد أثارت هذه الخصوصية تساؤلات حول مدى تأثر مفهوم التجارة ذاته بهذه البيئة الجديدة.

وانطلاقًا من ذلك، تقتضي دراسة مفهوم التجارة الإلكترونية بيان أبرز أشكالها المعاصرة، وتصنيفها وفقًا لطبيعة الأطراف المتعاملة، ثم استعراض أهم المجالات التي باتت تشكّل فضاء خصبا لممارستها. لذا قسمنا هذا المبحث إلى مطلبين:

الأول: تعريف التجارة الالكترونية.

الثاني: أشكال التجارة الإلكترونية ومجالاتها.

المطلب الأول: تعريف التجارة الالكترونية.

من الأمور التي كانت مثار جدل واختلاف وتعدد في وجهات النظر، محاولة وضع تعريف للتجارة الإلكترونية، خاصة أن التطور والتغير يلحقها بشكل مستمر، مما جعلها من المواضيع الخصبة للدراسة، لذا لتوضيحها لزم أولا أن نتعرض لتعريف التجارة الإلكترونية كمصطلح مركب، من مقطعين: مصطلح التجارة (commerce)[1] ومصطلح إلكترونية[2] (electronic)، واقتران كلمة تجارة بوصف الكترونية

---

[1]- التجارة لغة: مصدر تجر وهي ممارسة البيع والشراء، والتجارة هي ما يتجر فيه، وهي تقليب المال لغرض الربح.(مجمع اللغة العربية: المعجم الوسيط، ط4، مكتبة الشروق الدولية، مصر، 2004، ص82.) وهي في الإصطلاح الفقهي: " عبارة عن شراء شيء ليباع بالربح"(الجرجاني: التعريفات، دار الكتب العلمية، ط1، بيروت-لبنان، 1403هـ-1983م، ص53.) أما في الإصطلاح القانوني فتعني في مفهومها التقليدي: "ممارسة البيع والشراء"، كما تشير كلمة تجارة إلى أن هناك تبادلا للسلع والخدمات باستخدام وسيط ما، ولقد شهد هذا الوسيط تطورا عبر مراحل زمنية عديدة وطويلة، حتى وصلنا إلى ما يعرف بالتجارة التقليدية، ففي هذه التجارة يتم استخدام العقود والفواتير الورقية والطرق اليدوية في التسليم. صراع كريمة: واقع وأفاق التجارة الإلكترونية في الجزائر، رسالة ماجستير، كلية العلوم الاقتصادية وعلوم التسيير والعلوم التجارية، جامعة أحمد بن بلة، وهران-الجزائر، 2013-2014، ص 3-4.

[2]- الإلكتروني: كلمة معربة عن أصل انجليزي والإلكتروني هو اسم منقوص يتكون من الإلكترون وياء النسبة، والإلكترون هو دقيقة ذات شحنة كهربائية سالبة، شحنتها هي الجزء الذي لا يتجزأ من الكهرباء(المعجم الوسيط، المرجع السابق، ص24.) والإلكترونات عبارة عن شحنات كهربائية دقيقة تستخدم للتصنيع في كثير من المجالات، كما تلعب دورا مهما في التكنولوجيا الحديثة، لأنها الجسيمات الأساسية التي يتكون منها التيار الكهربائي، والذي يستخدم لتشغيل مجموعة كبيرة من الأجهزة والتحكم في تدفق الشحنات

يعني أن أسلوب ممارسة النشاط الاقتصادي قد تغير، حيث أصبح يتم باستخدام وسائل الكترونية متعددة ومتنوعة تشهد تطورا بشكل دائم ومستمر من استخدام الهاتف الثابت أو المحمول أو الفاكس إلى استخدام الإنترنت التي تعتبر أهمها.[1]

أما عن تعريفات التجارة الإلكترونية باعتبارها مركبا إضافيا، فقد اختلفت باختلاف واضعها إلى اتجاهين، وتبعا لهذا الاختلاف الفقهي تنوعت آراء التشريعات فمنهم من أخذ برأي أنصار الاتجاه الأول، ومنهم من أخذ برأي الاتجاه الثاني، بين هذين الرأيين نحاول تقصي التعريف الذي يتوافق مع منظور الفقه الإسلامي لمثل هذه المستجدات، لذا قسم هذا المطلب إلى فرعين: الأول الاتجاهات الفقهية في تعريف التجارة الإلكترونية، الثاني تعريف التشريعات للتجارة الإلكترونية، ثم التعريف المختار، للباحثة مع شرح محترزاته في كخلاصة للمطلب.

الفرع الأول: الاتجاهات الفقهية في تعريف التجارة الإلكترونية.

انقسم الفقهاء والباحثين في تعريفهم للتجارة الإلكترونية بين موسع ومضيق ولكل اتجاه أنصار، ولكل انصار حجج، لذا سنتطرق لتعريف الاتجاه الموسع في البند الأول، ثم تعريف الاتجاه المضيق في البند الثاني، ثم اتجاه الفقه الإسلامي في الثالث.

البند الأول: الاتجاه الموسع في تعريف التجارة الإلكتررونية.

يرى هذا الجانب من الفقه بأن التجارة الإلكترونية تتسع لتشمل جميع الأعمال الإلكترونية بما فيها الأعمال التجارية والتي تتم عبر شبكة الإنترنت أو باستخدام الوسائط الإلكترونية المختلفة.

أي أن التجارة الإلكترونية تستخدم بالمعنى الموسع في العديد من المجالات الحيوية والاقتصادية،

الكهربائية فيها وبالتالي التحكم فيها، فقد ظهر الراديو الذي يستقبل هذه الموجات الإلكترونية ثم ظهر التلفزيون والتلكس والهاتف والفاكس والحاسب الآلي، إلى الهواتف الذكية والسيارات، وغيرها من الأجهزة التي تعمل عن طريق الإلكترونيات. لذلك تسمى بالأجهزة الإلكترونية. يوسف حسن يوسف: العقود التجارية الإلكترونية الدولية، ط1، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة- مصر، 2012، ص11. فهد قيسوني: ماهو الإلكترون، مقال منشور بـ:-http://www.tanawo3.com/Electron information، 2023/09/30، 17:29

[1]- صراع كريمة: المرجع السابق، ص 21.

فهي تستخدم في الصناعة لتبادل طلبات بين منتج وموزع، وتستخدم في التجارة لشراء منتج من أحد متاجر الإنترنت، وفي الخدمات للاستفسار عن مواعيد القطارات، وفي السياحة لحجز رحلة سياحية، وفي الصحة لتبادل المشورة الطبية، وفي الإدارة لدفع الضرائب، وفي الزراعة للاستفسار عن أسعار المحاصيل، وفي التعليم عن بعد. بل وحتى تعاملات الحكومة الإلكترونية تعتبر تجارة الكترونية وجميع تعاملات الصناع والتجار الإلكترونية بمناسبة عملهم.[1]

وفي تعريف آخر: " التجارة الإلكترونية هي المعاملات، والاتصالات، وتبادل السلع والخدمات، التي تبرم وتنفذ كليا أو جزئيا عن بعد وبالوسائل الالكترونية، بين الشركات وشركائها، مهما كانت صفة هؤلاء الشركاء"[2]

أما منظمة التجارة العالمية(OMC) ، فقد عرفت التجارة الإلكترونية بأنها:" إنتاج وتوزيع وتسويق وبيع وتسليم السلع والخدمات بوسائل إلكترونية" [3]

من هذا التعريف يتضح أن التجارة الإلكترونية تشمل جميع الأنشطة التجارية تعاقدية كانت أم غير تعاقدية من الإنتاج (صناعة) إلى الترويج (إشهار) إلى البيع (عقود تجارية)، كما يتضح أيضا أن التجارة الإلكترونية تتم عبر جميع شبكات الاتصال ولا تقتصر على الإنترنت فقط.

يرى كذلك أنصار هذا الاتجاه أن مفهوم العمل الالكتروني يتوافق مع مضمون التجارة الإلكترونية، لكن وصف التجارة الإلكترونية بالأعمال المنفذة من خلال وسيط إلكتروني، لا يتصف بالدقة ولا يعبر عن محتواها الفعلي والقانوني، ويتضمن توسع غير مبرر،[4] لأنه لا يمكن استخدام التجارة الإلكترونية والأعمال الإلكترونية بطريقة تبادلية وعدم مراعاة الفرق الذي بينهما، حيث تعتبر الأعمال الإلكترونية المظلة التي

---

[1]- يحياوي نعيمة، يوسف مريم: التجارة الإلكترونية وآثارها على اقتصاديات الأعمال العربية، المجلة الجزائرية للتنمية الإقتصادية، ع6، 2017، ص183.

[2]- Mehdaoui Kamel: La Formation Du Contrat Electronique International: Le Formalisme Au Regard De La Convention CNUDCI 2005, Mémoire Présenté Comme Exigence Partielle De La Maitrise En Droit International, Université Du Québec À Montréal, 2010, P4.

[3]- OMC، Programme De Travail Sur Le Commerce Electronique, Adopté Par Le Conseil Général. WT/L/274. 1998. P1.

[4]- محمّد سعيد أحمد اسماعيل : المرجع السابق، ص 36.

تندرج تحتها كل من التجارة الإلكترونية، والتسويق الإلكتروني، وغيرها من الأعمال الإلكترونية كالصحة والتعليم والإدارة... [1] بمعنى آخر أن التجارة الإلكترونية هي مجرد وجه من أوجه الأعمال الإلكترونية.[2]

البند الثاني: الاتجاه المضيق في تعريف التجارة الإلكتررونية.

يعريف أنصار هذا الاتجاه التجارة الإلكترونية في إطار ضيق، بحيث تشمل أنشطة بيع وشراء السلع وتقديم الخدمات عبر شبكة الإنترنت، من بين أنصار هذا الاتجاه هدى حامد قشقوش التي تعرفها بأنها:" العملية التي تتم بين طرفين بائع ومشتري أو أكثر عن طريق استخدام الكومبيوتر عبر شبكة الإنترنت".[3]

الاتجاه ذاته الذي تبنته المجلة العالمية للتجارة الإلكترونية: "التجارة الإلكترونية هي ببساطة مصطلح يقصد به عمليات بيع وشراء وتسليم السلع وطلبها من منتجها أو بائعها ليس بالطريقة العادية وإنما إلكترونيا، وعادة ما تتم هذه العمليات عن طريق شبكة الإنترنت".[4]

وهناك من رادف بين العقود الإلكترونية والتجارة الإلكترونية إذ يقول: "عندما لا يكون المتعاقدان حاضرين ماديا معا، يوصف العقد تقليديا بأنه عقد عن بعد. وقد عرفت لهذا النوع من العقود عدة صيغ قديمة نسبيا: كالعقود بالمراسلة (من خلال كتالوج)، أو عبر الهاتف أو بالفاكس أو عبر المينيتيل. وقد انضم إلى هذه الوسائل العقود عبر الإنترنت، والتي تَشكّل ما يعرف بالتجارة الإلكترونية"[5]

يرى أنصار هذا الاتجاه من الفقه بأن التجارة الإلكترونية لا تتعدى عمليات البيع والشراء باستخدام وسيط إلكتروني وهو في الغالب الإنترنت، ورغم إصابتهم في التفريق بين التجارة الإلكترونية والأعمال الإلكترونية، وحصرهم للأولى في العمليات التجارية، يبدو أنه جانبهم الصواب في مواطن لإغفالهم جوانب أخرى للتجارة الإلكترونية، ومنها على سبيل المثال الإعلان عن السلع والمنتجات والخدمات

---

(1)- ديمش سمية: التجارة الإلكترونية حقيقتها وواقعها في الجزائر، رسالة ماجيستير، كلية العلوم الاقتصادية وعلوم التسيير، جامعة منتوري، قسنطينة-الجزائر، 2010-2011، ص.43

(2)- بن سعيد لزهر: النظام القانوني لعقود التجارة الإلكترونية، ط 1، منشورات دار الفكر الجامعي، الإسكندرية-مصر، 2010م، ص 25.

(3)- قشقوش هدى حامد: الحماية الجنائية للتجارة الإلكترونية عبر الإنترنت، د ط ، دار النهضة العربية، القاهرة- مصر، 2000، ص5.

(4)- المجلة العالمية المتخصصة بالتجارة الإلكترونية والتسوق عبر الإنترنت-طبعة الشرق الأوسط- السنة الثانية، ع1، أكتوبر-نوفمبر، سنة 1999م، ص22.

(5)- Le Tourneau Philippe: Contrats informatique et électroniques, Dalloz, Paris, juin 2016, p411.

وتبادل المعلومات.[1]

البند الثالث: اتجاه الفقه الإسلامي في تعريف التجارة الإلكتررونية .

التجارة الإلكترونية لم تعرف سابقا في الفقه الإسلامي، لأنها مصطلح حديث لكن عرفت بتعريفات كثيرة من قبل الدارسين للموضوع من الناحية الشرعية، وقد حاول كل من درسها، أن يعرفها وفق مقتضيات شرعية نختار منها: " التجارة الإلكترونية هي مبادلة مال بمال،[2] على وجه مشروع بالوسائل الإلكترونية الحديثة"[3]

– **مبادلة**: هي أخذ بدل وإعطاء بدل،[4] إذ إن كل من البائع والمشتري عوض صاحبه شيئا بدل المأخوذ منه، وهي بصيغة المفاعلة، فالبيع لا يكون إلا بين إثنين حقيقة، أو حكما، لتولي طرفي العقد.[5]

– **مال**: وهو اسم لجميع ما يملكه الإنسان، وأصله ما جاز الانتفاع به حال السعة والاختيار، والأموال أنواع ثلاثة: نوع منها في العقد ثمن على كل حال، وهو الدراهم والدنانير، صحبها حرف الباء أو لم يصحبها سواء كان ما يقابلها من جنسها، أو من غير جنسها، ونوع منها ما هو مبيع على كل حال، وهو ما ليس من ذوات الأمثال من العروض كالثياب والدواب، والمماليك، ونوع هو ثمن من وجه، مبيع من وجه؛ كالمكيل والموزون فإنها إذا كانت معينة في العقد تكون مبيعة، وإن لم تكن معينة فإن صحبها حرف الباء وقابلها مبيع فهو ثمن، وإن لم يصحبها حرف الباء، وقابلها ثمن فهي مبيعة.[6]

– **بمال**: قيد احترز به عن ما لا يعتبر مالا، وما لا نفع فيه، ويخرج به الهبة والإعارة لعدم المقابلة

---

[1]– مُحَمَّد سعيد أحمد اسماعيل : المرجع السابق، ص35.

[2]– السرخسي، مُحَمَّد بن أحمد بن أبي سهل: المبسوط، د.ط، دار المعرفة، بيروت –لبنان، 1414هـ-1993م، ج25، ص157.

[3]– أبو مصطفى سليمان عبد الرزاق: التجارة الإلكترونية في الفقه الإسلامي، رسالة ماجيستير، الجامعة الإسلامية، كلية الشريعة، غزة-فلسطين،1425هـ-2005م، ص39.

[4]– الكاساني، علاء الدين أبو بكر بن مسعود الحنفي: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ط1، مطبعة الجمالية، مصر، 1327هـ-1328هـ، ج5، ص243.

[5] أبو مصطفى سليمان عبد الرزاق: المرجع السابق، ص40.

[6]– السرخسي: المرجع السابق، ج14، ص2.

فيهما،[1] فمبادلة المال بما ليس بمال لا يدخل تحت الإذن بالتجارة،[2] ليخرج عنه البيع بالميتة ونحوه،[3] ومن مبادلات التجارة الإلكترونية:

- بيع البضائع: حيث توفر التجارة الإلكترونية للفرد ما يحتاجه من سلع سواء أكانت ضرورية، أم حاجية، أم تحسينية.[4]
- بيع المنافع: والمنافع مال، والتي من بينها بيع الأفكار أو بيع برامج الحاسوب، ومنها مايكون عملا كالتصميمات الهندسية.
- بيع العقارات: إذ تبعا لحرية التعامل في الشريعة الإسلامية فلا يوجد ما يمنع تعامل الناس في العقارات عن بعد عبر وسائل الاتصال الإلكتروني.

– **على وجه مشروع**: قيد خرج به المعاملات أو الشروط المنهي عنها شرعا، فما كان مبادلة مال بمال يبطل بالشروط الفاسدة، وما كان مبادلة مال بغير مال.[5]

– **بالوسائل الإلكترونية الحديثة**: لبيان الوسائل المستخدمة في إبرام العقود من هاتف، وفاكس، وإنترنت، أو نحوه، علما بأنه غلب استخدام الانترنت في التجارة الإلكترونية، بهدف مبادلة الأموال، والمنافع إلكترونيا.[6]

وبالتالي فالتجارة الإلكترونية من منظور الفقه الإسلامي تتوافق مع أصحاب الاتجاه الموسع بل قد تكون أوسع من تصورهم.

---

[1]– أبو مصطفى سليمان عبد الرزاق: المرجع السابق، ص40.

[2]– الزيلعي، عثمان: تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، ط1، المطبعة الكبرى الأميرية، القاهرة–مصر، 1314هـ، ج2، ص164.

[3]– المرجع نفسه، ج4، ص3.

[4]– أبو مصطفى سليمان عبد الرزاق: المرجع السابق، ص40.

[5]– الزيلعي: المرجع السابق، ج4، ص131.

[6]– أبو مصطفى سليمان عبد الرزاق: المرجع السابق، ص40.

الفرع الثاني: تعريف التجارة الإلكترونية في التشريعات.

من المعروف أن التعريفات مهمة الفقه وليست من شأن التشريعات لكن نظرا للاختلافات السابق ذكرها نجد أن المؤسسات التشريعية الدولية، أو تشريعات المعاملات الإلكترونية الوطنية حاولت وضع حد للاختلافات حول مفهوم التجارة الإلكترونية بتبني أحد الآراء السابقة في تعريفها للتجارة الإلكترونية، لذا ستنطرق لتعريف قانون الأنيسترال النموذجي كنموذج للتشريعات الدولية في البند الأول، ثم تعريف التشريعات الوطنية في البند الثاني.

البند الأول: تعريف التجارة الإلكترونية في قانون الأنيسترال النموذجي.

بالرجوع للقانون الذي اعتمدته لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي "الأونسيترال" في 16 ديسمبر 1996 نجد أنه لم يضع تعريفا للتجارة الإلكترونية، ولكنه أقر في مادته الأولى التي تحدد "نطاق التطبيق": "ينطبق هذا القانون على أي نوع من المعلومات يكون في شكل رسالة بيانات مستخدمة في سياق أنشطة تجارية"[1] فمرتكزي التعريف هما مصطلحين: "رسالة بيانات" و"أنشطة تجارية" وقد شرح كلا المصطلحين: ففسر مصطلح "أنشطة تجارية" على أنه يشمل المسائل الناشئة عن جميع العلاقات ذات الطابع التجاري، سواء كانت تعاقدية أو لم تكن.

وتشمل العلاقات ذات الطابع التجاري المعاملات التالية على سبيل المثال لا الحصر: المعاملة التجارية لتوريد أو تبادل السلع أو الخدمات، اتفاق التوزيع، التمثيل التجاري أو الوكالة التجارية، الوكالة بالعمولة، الكراء، أعمال التشييد، الخدمات الاستشارية، الأعمال الهندسية، منح التراخيص، الاستثمار، التمويل، الأعمال المصرفية، التأمين، اتفاق أو امتياز الإستغلال، المشاريع المشتركة وغيرها من أشكال التعاون الصناعي أو التجاري، نقل البضائع أو الركاب جوا أو بحرا أو بالسكك الحديدية أو بالطرق البرية"

وعرف رسالة البيانات في المادة 2/أ أنها: "المعلومات التي يتم انشاؤها أو إرسالها أو استلامها أو تخزينها بوسائل الكترونية أو إرسالها أو استلامها أو تخزينها بوسائل الكترونية أو ضوئية أو بوسائل

---

[1]-الأونسيترال(لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي): القانون النموذجي بشأن التجارة الالكترونية، المؤرخ في 17ديسمبر 1996، مع دليل التشريع مع المادة 5 مكرر الإضافية بصيغتها المعتمدة في 1998،منشورات الأمم المتحدة، نيويورك 2000، ص3.

مشابهة، بما في ذلك على سبيل المثال لا الحصر تبادل البيانات الالكترونية، أو البريد الالكتروني، أو البرق، أو التلكس، أو النسخ البرقي"[1].

والعديد من الباحثين تطرقوا لتعريف التجارة الإلكترونية بمفهوم هذا القانون على أنها تنطبق على تبادل البيانات الإلكترونية التي عرفها هذا القانون على أنها: " نقل المعلومات الكترونيا من حاسوب إلى حاسوب آخر باستخدام معيار متفق عليه لتكوين المعلومات".

لكن ما يلاحظ على إطلاق هذا التعريف على التجارة الإلكترونية أنها تقتصر على التجارة بواسطة الحواسيب فقط، كما وأنه قد يكون تبادل البيانات إلكترونيا في إطار غير تجاري، بينما حصرت نطاق تطبيق القانون على رسائل البيانات التي تتبادل في سياق أنشطة تجارية باستخدام كل الوسائل الالكترونية والضوئية، دون حصر لها إذن فقد اختارت اللجنة لتبادل البيانات الإلكترونية شرحا واسعا، شاملا لكل استعمالات المعلومات الإلكترونية المتصلة بالنشاط التجاري بل بالأنشطة الإقتصادية عامة.

هذا يعني أن لجنة الأونسيترال على الرغم من أنها أولى الجهات الدولية التي اهتمت بالتنظيم القانوني للتجارة الإلكترونية، إلا أنها حرصت على ترك تعريف هذه التجارة للفقه أو التشريعات الداخلية. [2]

البند الثاني: تعريف التجارة الإلكترونية في التشريع الجزائري.

أما التشريع الجزائري فقد عرفها في القانون 18-05 الذي يتعلق بالتجارة الإلكترونية في 1/6: "التجارة الإلكترونية النشاط الذي يقوم بموجبه مورد إلكتروني باقتراح أو ضمان توفير سلع وخدمات عن بعد لمستهلك إلكتروني، عن طريق الاتصالات الإلكترونية".

بين تعريف التشريع الجزائري في هذه المادة أطراف المعاملات فسمى التاجر بـ:"المورد الإلكتروني" وأطلق على العميل أو الزبون اسم "المستهلك الإلكتروني"، كما لم يحصر الوسائل المستعملة في التجارة الإلكترونية، بنوع معين فقط بل بقوله الاتصالات الإلكترونية تشمل أي وسيلة موجودة، أو ستظهر

---

[1]- الأونسيترال: القانون النموذجي بشأن التجارة الالكترونية، مرجع سابق، ص3.

[2]- بن سعيد لزهر: المرجع السابق، ص 20.

مستقبلا.

لكن نجد أنه حصر التجارة الإلكترونية في التعاملات بين المورد الإلكتروني والمستهلك الإلكتروني أي أن القانون 18-05 أخذ بالتعريف الضيق للتجارة الإلكترونية الذي يرى بأنها مجموعة العقود الإلكترونية التي تتم بين المورد والمستهلك بغرض الإستعمال النهائي، وحصرها في نوع واحد وفي النشاطات المتعلقة بهذا النوع فقط، بل أن الحماية القانونية التي كرسها بموجب هذا القانون تنصب على الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية وهو المستهلك، فالمطلع على القانون 18-05 المتعلق بالتجارة الإلكترونية يجده بمثابة تمهيد لتكريس وتنظيم الاستهلاك الإلكتروني، وليس حماية وتنظيم نشاط التجارة الإلكترونية، عامة بكل نشاطاتها وأطرافها.

في ختام هذا المطلب نخلص إلى تعريف التجارة الإلكترونية على النحو التالي:

إن: "التجارة الإلكترونية هي مجموعة المعاملات السابقة أو اللاحقة التي تتعلق بتوفير السلع أوتقديم الخدمات أو ضمان توفيرها، عبر وسائل الاتصال الحديثة وفق الأطر القانونية وعلى الوجه المشروع"

- **مجموعة المعاملات:** وهذا القيد يعبر عن جميع الأنشطة والعقود التي يقوم بها أطراف هذه التجارة.

- **السابقة:** مثل التعاملات المتعلقة بالترويج والتسويق كالإشهار الإلكتروني[1] أو التعهدات بالتعاقد -الطلبيات المسبقة[2]- كعقود التوريد أو الإستصناع.

- **اللاحقة:** عقود البيع والشراء وعقود الشحن وعقود التحويلات المالية وغيرها، كما يشمل القيد خدمة ما بعد البيع، الضمان، التوصيل، الصيانة.

- **تتعلق بتوفير أو ضمان توفير:** قد يكون المورد مالكا لمحل المعاملة وقد يكون وكيلا، أو صانعا،

---

[1]- عرفته المادة 6/6 من القانون 18-05 المتعلق بالتجارة الإلكترونية أنه: "كل إعلان يهدف بصفة مباشرة أو غير مباشرة إلى ترويج بيع سلع أو خدمات عن طريق الاتصالات الإلكترونية"

[2]- عرفها المشرع في المادة 7/6 من القانون 18-05 كالآتي: "هو تعهد بالبيع يمكن أن يقترحه المورد الإلكتروني على المستهلك الإلكتروني في حالة عدم توفر المنتوج في المخزون".

وضمان توفيرها هو التعهد بتوفيرها مثلا: كالتعهد بتوفير سلعة من مصنعها أو بصنعها إذا كان هو من يصنعها.

- **السلع والخدمات**: فمحل العقود التجارية الإلكترونية قد يكون سلع مادية أو إلكترونية، أو خدمات نفعية واستشارات.

- **وسائل الاتصال الحديثة**: تشمل أي وسيلة أو الوسائل الإلكترونية التي تحقق اتصالا بحيث يتم إجراء التعاملات التجارية بواسطتها، مثل الهاتف، الحاسب الآلي، الآلات الكهرومنزلية الذكية... ومختلف الآلات التي تستخدم الإنترنت، التطبيقات الذكية، البريد الإلكتروني...وغيرها.

- **وفق الأطر القانونية**: وهذا القيد مهم جدا فمن خلاله يتضح الفرق بين التجارة الإلكترونية الخاضعة للتشريع الداخلي، حسب القانون 18-05 الذي ينظم النشاط في الجزائر بدرجة أولى والذي بدوره يحيل على القوانين الأخرى التي تنظم النشاط بدرجات متفاوتة، وبين باقي التعاملات في البيئة الرقمية، والتي لا تخضع للقوانين المنظمة لنشاط التجارة الإلكترونية.

- **وعلى الوجه المشروع**: أي أن التجارة الإلكترونية يجب أن تمارس وفق الضوابط الشرعية الآتي الحديث عنها، وتحري الحلال والحرام واتقاء الشبهات في مختلف تعاملاته، مثل الابتعاد عن الربا، الغرر، أو بيع المحرمات.

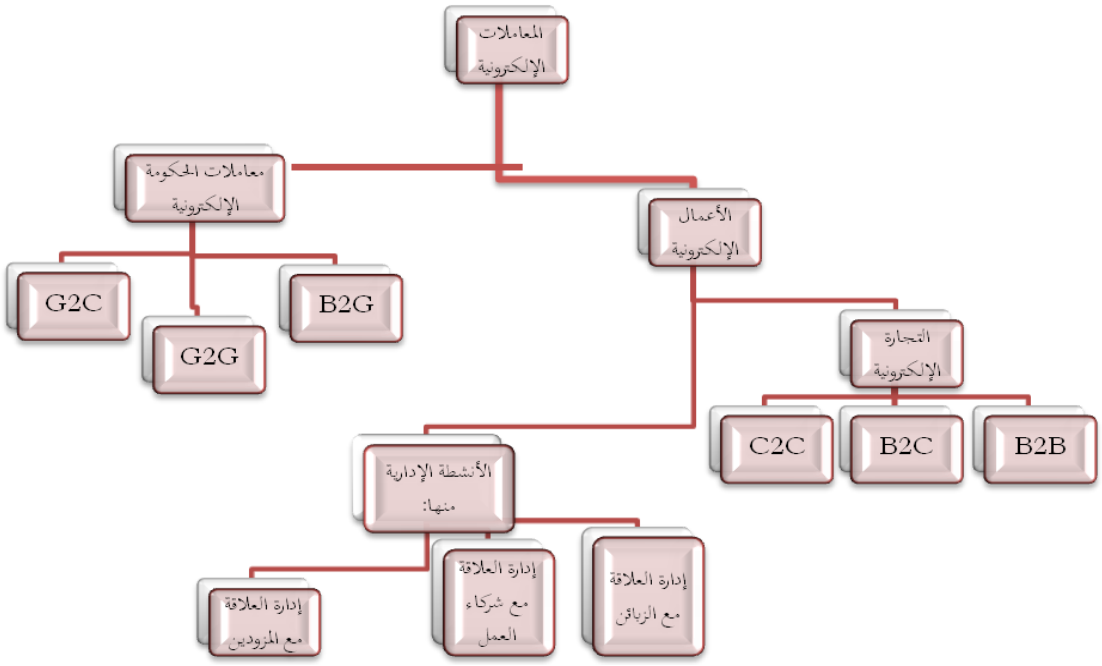
المطلب الثاني: أشكال التجارة الإلكترونية ومجالاتها.

تعتبر التجارة الإلكترونية من أبرز مفرزات الثورة التكنولوجية التي فرضت على النشاط التجاري، فغيرت من طرق وأساليب المعاملات، وخلقت صيغا وتبادلات تجارية جديدة لا تخضع للحدود لا الزمنية ولا الجغرافية، ونظرا لتعدد صور هذه التجارة وتنوع المجالات التي تنشط فيها، أصبح من الضروري دراسة أشكالها المختلفة من حيث طبيعة أطرافها، وكذا تحديد أهم الميادين التي تُمارس فيها.

لذا يهدف هذا المطلب إلى دراسة التصنيفات الأساسية للتجارة الإلكترونية من حيث العلاقة بين المتعاملين في الفرع الأول، إضافة إلى إبراز أهم المجالات التي تشهد رواجا لهذه المعاملات في الواقع العملي في الفرع الثاني.

الفرع الأول: موقع التجارة الإلكترونية في البيئة الرقمية وأشكالها.

يوجد العديد من الإعتبارات لتصنيف التجارة الإلكترونية، منها تصنيف المعاملات بناء على طبيعة النشاط التجاري، أو التصنيف بحسب المنتجات والخدمات، أو باعتبار وسائل الإبرام وربما بحسب طرق الدفع، وأهمها وأشهرها التصنيف القائم على الأطراف المشاركة في المعاملة، فهناك تعاملات تكون فيها الحكومات طرفا تبرم من خلالها صفقات وعقود إلكترونيا، تناولناها في عنصر مستقل، عن المعاملات التي تبرمها باقي الأطراف ولا تكون فيها الحكومات طرفا، اخترنا إيراد الأنواع الآتي ذكرها لأنها حسب رأينا وبعد البحث في الموضوع تحتوي كل الأشكال والاعتبارات الأخرى. وفيما يلي مخطط يوضح موقع التجارة الإلكترونية



–الشكل رقم1: مخطط يبين موقع التجارة الإلكترونية في البيئة الرقمية–

أي أن الأعمال الإلكترونية أعم من التجارة الإلكترونية. وسنشرح الأشكال الموضحة في المخطط كما يلي:

البند الأول: معاملات الحكومة الإلكترونية E-Government.

هذه الأنواع تشتمل على المعاملات التجارية الإلكترونية دون الخدمات الإدارية الغير تجارية، التي تبرمها الحكومة مع باقي الأطراف إلكترونيا:

أولا: المعاملات بين الأجهزة الحكومية بعضها مع البعض(G2G[1]).

يشير هذا المصطلح إلى الأنشطة التجارية داخل حكومة دولة واحدة والتي تتم بالوسائل الإلكترونية كأن تؤجر وزارة ما ممتلكات خاصة بها لهيئة حكومية باستعمال أحد الوسائط الإلكترونية، أو الأنشطة التجارية الإلكترونية التي تتم بين حكومتين أو أكثر لدولتين بما في ذلك تقديم المساعدات الأجنبية، إذ يهدف هذا النوع من التفاعل إلى تحسين الكفاءة والفعالية في العمليات الحكومية من خلال تبادل البيانات والمعلومات بين المؤسسات الحكومية.[2]

ثانيا: المعاملات بين الأجهزة الحكومية والمنشآت (B2G[3]).

تتمثل في قيام منشآت الأعمال بتلبية طلبات الأجهزة الحكومية من السلع والخدمات بالاعتماد على الوسائل الإلكترونية، ويشهد هذا النوع اهتماما خاصا مع ظهور بما يعرف بالحكومة الإلكترونية، ومن أمثلتها ما يتعلق بالضرائب والأوضاع النقدية والمالية التي تنشرها الحكومة على الأنترنت. وجملة العقود والصفقات الإلكترونية بين الحكومة الإلكترونية ومنشآت الأعمال والشركات.[4]

ثالثا: المعاملات بين الأجهزة الحكومية والمستهلكين(G2C[5]).

تتمثل في تقديم خدمات تجارية مباشرة للمستهلكين من طرف الحكومة باستخدام الوسائل الإلكترونية، يحظى هذا النوع باهتمام الحكومات والدوائر الحكومية المختلفة لتطوير ما تقدمه من خدمات للجماهير بتكلفة قليلة، سواء من حيث الحصول على المعلومات والبيانات، أو تلبية لعض المطالب مثل خدمات المطارات، واستخراج رخص السيارات، والتراخيص لممارسة المهن، بل حتى صرف الرواتب.[6]

---

(1)- Government to Government

(2)- Mahesh S. Raisinghani: Key Factors and Implications for E-Government Diffusion in Developed Economies, Economies, Source: Encyclopedia of Information Science and Technology, 2nd Ed, 2009, P 8.

(3)- Business to Government

(4)- ينظر: بن وارث حكيمة: دور وأهمية التجارة الإلكترونية في اقتصاد المعرفة، رسالة ماجيستير، معهد العلوم الاقتصادية وعلوم التسيير، المركز الجامعي العربي بن مهيدي، أم البواقي-الجزائر،2007-2008، ص41-43.

(5)- Government to Consumer

(6)- بن وارث حكيمة: المرجع السابق، ص 44.

البند الثاني: معاملات التجارة الإلكترونية.

وهنا سنتعرف على التعاملات التجارية الأخرى التي تدور بين منشآت الأعمال، والمستهلكين والتي لا تكون الحكومة فيها طرفا:

أولا:التجارة الإلكترونية بين منشآت الأعمال بعضها مع البعض(B2B[1]).

هذا النوع من التجارة في الغالب معني بالعقود بين المنتجين وتجار الجملة والتجزئة، ولا يشارك فيها المستهلكين، وتكون عبارة عن مراحل أو تعاقدات سابقة لعملية التعاقد والتعامل مع الفئة المعنية مباشرة وهم المستهلكين. لكن قد تكون العقود متعلقة بالمنشآت، وتسييرها أو تمويلها.[2]

ثانيا: التجارة الإلكترونية بين منشآت الأعمال والمستهلكين (B2C[3]).

هذا النوع من التجارة معني بشكل أساسي بالعقود والتعاملات الإلكترونية المباشرة بين الشركات أو التجار وبين المستهلكين، حيث تقوم الشركة ببيع السلع والخدمات مباشرة للمستهلكين، ويقوم المستهلكون من خلال التصفح عبر الموقع الإلكتروني للشركة المعنية باختيار ما يرغبون بشرائه كما يتم في العادة دفع الرسوم المضافة إليها تكاليف الشحن، وعليه تقوم الشركة المعنية بشحن الطلب وإرساله مباشرة إلى عنوان المستهلك. إذا كانت توفر خدمة الشحن وإلا تتعاقد مع شركة مختصة لشحن الطلبات.[4]

ثالثا: التجارة الإلكترونية بين المستهلكين أنفسهم (C2C[5]).

يتم هذا النوع بين المستهلكين، حيث يقوم أحد المستهلكين بعرض ما يرغب ببيعه عبر الشبكة العالمية للمعلومات، وعليه يقوم من يرغب بشراء المنتج المعروض بالاتصال مباشرة بالبائع، مثل بيع سيارة أو أثاث أو هاتف....وهذه الحالة هي في الغالب بيع عبر الأنترنت، ضمن الأسواق

---

(1)- Business to Business

(2)- ينظر جمال قاسم حسن، محمود عبد السلام: التجارة الإلكترونية، د.ط، صندوق النقد العربي، لأبو ظبي- الإمارات العربية المتحدة، 2021، ص10.

(3)- Business to Consumer

(4)- See: Karakaya Fahri: "Business-To-Consumers Ecommerce: How Companies Use The Internet In Marketing Products And Services To Consumers." E-Marketing: Concepts, Methodologies, Tools, And Applications, Edited By Information Resources Management Association, IGI Global, 2012, P 1056.

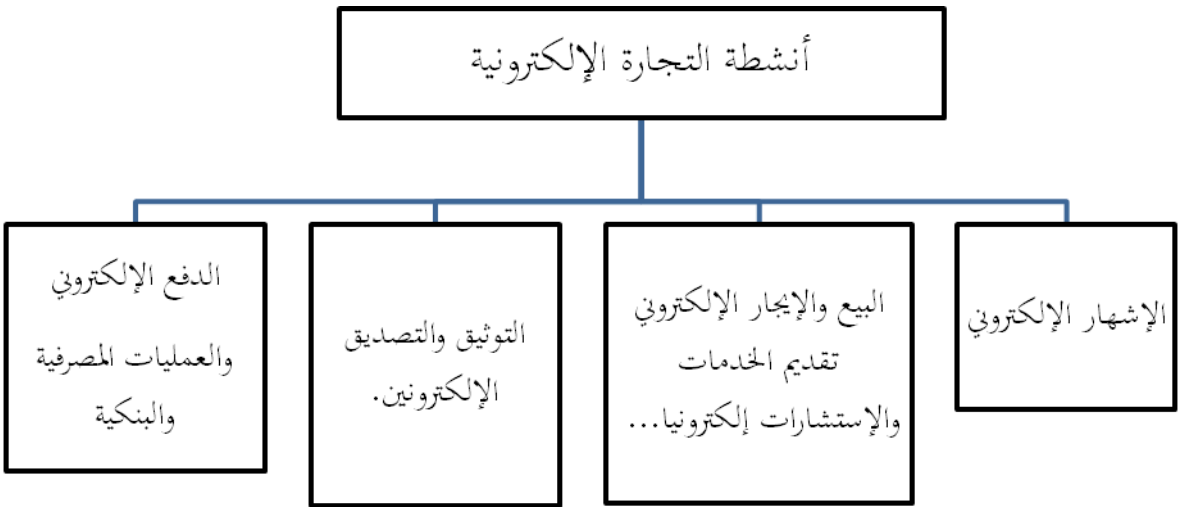
(5)- Consumer to Consumer

الإلكترونية،[1] مثل: المواقع التي أنشأتها شركة ebay.com التي تمكن المستهلكين من تبادل عدد غير محدود من السلع والخدمات.

الفرع الثاني: مجالات التجارة الإلكترونية.

تتضمن التجارة الإلكترونية جميع العمليات الأساسية المساهمة في التعاقد حول منتج استهلاكي أو خدماتي أو فكري، ولكن هذه العمليات المختلفة تأخذ شكلا جديدا لاختلاف الأدوات المساعدة على تنفيذها وهي الأدوات المعلوماتية الإلكترونية.

أي أن أهم ما في التجارة الإلكترونية هو مجموعة العقود التجارية التي تتم بالوسائل الالكترونية مهما اختلفت الأطراف، وفق القوانين المنظمة لهذه العمليات والعقود سواء الوطنية أو الدولية، ويمكن تلخيص أنشطة التجارة الإلكترونية في المخطط الآتي ملتزمين برأي واتجاه التشريع الجزائري، ونظرته للتجارة الإلكترونية في القانون 18-05 المتعلق بالتجارة الإلكترونية.



-الشكل2: مخطط يوضح أنشطة التجارة الإلكترونية-

[1]-Aurélien Rouquet, Christine Roussat et Valentina Carbone: Le supply chain management Décloisonner pour créer de la valeur, Revue française de gestion,N 277, V8, 2018, P97.

لكن في الواقع العملي، تشمل التجارة الإلكترونية العديد من التعاملات التي في مجملها عبارة عن صفقات أو عقود تجارية إلكترونية من بينها:[1] تقديم الخدمات عبر الإنترنت، (prestation de services en ligne)، بيع السلع (vente de biens) ، العمل عن بعد (travail à distanc)، عدم الإفشاء والسرية "حماية البيانات الشخصية" (non-divulgation et de confidentialité)، ترخيص البرامج (licence de logiciel) التوزيع (distribution)، الإيجار(location).

وكل هذه التعاملات عبارة عن صفقات أو عقود تجارية إلكترونية سواء الداخلية والتي يكون فيها المتعاملين من في نفس البلد بحيث يبرم العقد وينفذ في البلد ذاته، أو معاملات التجارة الدولية بحيث يكون أطرافها من جنسيات مختلفة، والعقد ابرم وسينفذ في بلدان كذلك مختلفة.

[1]-Geffray Maxime: Le contrat électronique, un outil pour accélérer et sécuriser la signature de contrats**,** 07 janvier 2025, https://www.oodrive.com/fr. vue le 06/05/2025, 20:33.

المبحث الثاني: الحكم الشرعي للتجارة الإلكترونية ومبررات حمايتها قانونا وشرعا.

نظرا لكون نمط هذه التجـارة من مخرجات التطور التكنولوجي في العقود الأخيرة، فإنه يعد من النوازل المعاصرة التي تستدعي النظر والاجتهاد، وبحث آراء علماء العصر والمجامع الفقهية في بيان حكمها الشرعي. لذا فإن الانطلاق من الحكم الشرعي للتجارة الإلكترونية يعد أمرا ضروريا لدراسة مدى مشـروعية هذا النوع من المعاملات، تمهيدا للبحث في سبل حمايته المدنية في إطار القانون الجزائري والفقه الإسلامي، وكذا دراسة الدوافع لتعزيز هذا النوع الحديث من التعاملات بالحماية.

لذا قسمنا المبحث إلى مطلبين:

الأول: الحكم الشرعي للتجارة الإلكترونية.

الثاني: مبررات تعزيز التجارة الإلكترونية بالحماية قانونا وشرعا.

المطلب الأول: الحكم الشرعي للتجارة الإلكترونية.

إذا كان غير المسلمين يهتمون بالكسب المالي دون النظر إلى الوسيلة والطريقة فإن شريعتنا حثت على الكسب ولكن في إطار أخلاقي شرعي، مبني على مراعاة المصالح الدينية والدنوية، واعتماد المعاملات الإقتصادية الوازع الأخلاقي والباعث الديني المتمثل في مرضاة الله سبحانه وتعالى، ووردت في هذا السياق نصوص عديدة منها:

قوله تعالى: ﴿ يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ كُلُواْ مِن طَيِّبَٰتِ مَا رَزَقْنَـٰكُمْ وَٱشْكُرُواْ لِلَّهِ إِن كُنتُمْ تَعْبُدُونَ إِيَّاهُ ﴾ البقرة [172]

وقوله أيضا:﴿ يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَنفِقُواْ مِن طَيِّبَٰتِ مَا كَسَبْتُمْ ﴾ البقرة [267]

أمر الله في هذه الآيات المؤمنين أن يأكلوا من طيبات ما رزقهم، ويعني بالطيبات الحلال من الرزق،[1] أي الإنفاق من الكسب الطيب من خلال إجراء معاملات الحلال ومن بين هذه المعاملات "التجارة"

[1]- مقاتل، أبو الحسن بن سليمان: تفسير مقاتل بن سليمان، تح: عبد الله محمود شحاته، ط1، دار إحياء التراث، بيروت-لبنان، 1423 هـ، ج3، ص157.

كما جاء في تفسير مجاهد للآية الثانية.[1]

إذ أن الأصل في المعاملات فقها هو الإباحة ما لم يرد دليل على التحريم،[2] وأن الشريعة الإسلامية جاءت لتنظيم المعاملات لا لمنعها، مراعية في ذلك حاجات الناس ومصالحهم، ضمن ضوابط تضمن تحقيق العدل ورفع الضرر.[3]

وتعد التجارة من أبرز صور المعاملات التي أقرها الإسلام وساهم في ازدهارها بما يحقق تبادل المنافع بين الناس بقواعد عادلة، فإذا كانت التجارة التقليدية قد ثبتت مشروعيتها بنصوص واضحة من الكتاب والسنة، فإن التجارة الإلكترونية، وإن كانت وسيلتها جديدة، امتدادا لتبادل السلع والخدمات بوسائل عصرية، لكن تتطلب دراسة مدى إمكانية تطبيق تلك النصوص عليها.

لذلك، نعرض فيما يلي لأهم أدلة مشروعية التجارة بوجه عام، ثم ندرس مدى انطباق هذه الأدلة على التجارة الإلكترونية، باعتبارها أحد الصور الحديثة للتجارة.

الفرع الأول: أدلة مشروعية التجارة.

ورد في الكتاب والسنة ومن الآثار وأقوال السلف نصوص مما يدل على إباحة التجارة وتشجيعها، بوصفها وسيلة كسب مشروعة، وفي هذا السياق، نعرض أهم الأدلة التي استند إليها الفقهاء في تقرير مشروعية التجارة في ذاتها، في ثلاثة بنود: في الأول نعدد أدلة مشروعية التجارة من الكتاب، وفي الثاني من السنة وفي الثالث من الأثر بتتبع أحوال الصحابة.

---

[1]-عن مجاهد " :أنفقوا من طيبات ما كسبتم" (البقرة:267) قال : "من التجارة". مجاهد، أبو الحجاج: تفسير مجاهد، تح: محمد عبد السلام أبو النيل، ط1، دار الفكر الإسلامي الحديثة، مصر، 1989م، ص244.

[2]-بن محمد الدبيان دبيان: المعاملات المالية أصالة ومعاصرة، تق: عبد الله بن بن عبد المحسن التركي وآخرون، ط2، الهيئة العامة للأوقاف، بريدة-المملكة العربية السعودية، 1432هـ، ج4، ص206.

[3]-محمد عبد الحليم عمر: التجارة الإلكترونية من منظور إسلامي، مجلة مركز صالح عبد الله كامل للاقتصاد الإسلامي بجامعة الأزهر، ع10، مج10، 2000، ص292-293.

البند الأول: أدلة مشروعية التجارة من الكتاب.

وردت في ذلك أدلة كثيرة مثل:

قوله تعالى: ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَأۡكُلُوٓاْ أَمۡوَٰلَكُم بَيۡنَكُم بِٱلۡبَٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٖ مِّنكُمۡ وَلَا تَقۡتُلُوٓاْ أَنفُسَكُمۡ إِنَّ ٱللَّهَ كَانَ بِكُمۡ رَحِيمٗا ٢٩ ﴾ النساء[29] ووجه الدلالة في هذه الآية أن ظاهرها يقتضي إباحة سائر التجارات الواقعة عن تراض، وأن الله لم يحرم التجارة إلا ماكان مشتملا على محرم أو يفضي إلى محرم وذلك بالنهي عن أكل الأموال بالباطل.

وقوله: ﴿...إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً حَاضِرَةٗ تُدِيرُونَهَا بَيۡنَكُمۡ فَلَيۡسَ عَلَيۡكُمۡ جُنَاحٌ أَلَّا تَكۡتُبُوهَا وَأَشۡهِدُوٓاْ إِذَا تَبَايَعۡتُمۡ وَلَا يُضَآرَّ كَاتِبٞ وَلَا شَهِيدٞ.... ٢٨٢ ﴾ البقرة [282] ووجه الدلالة: هو الترخيص بترك التوثيق بالكتابة المحثوث عليه في الآية حرصا على تيسير المعاملات التجارية وعدم تعقيدها هو دليل على إباحة التجارة.[1]

وأما قوله تعالى: ﴿ وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلۡبَيۡعَ وَحَرَّمَ ٱلرِّبَوٰاْ ﴾ البقرة [275] فاشتق منها القاعدة الفقهية "الأصل في المعاملات الحل" بمعنى الأصل في جميع المعاملات الحل سواء التقليدية أو المعاصرة إلا ما منع بنص شرعي يفيد النهي أو التحريم كالتعامل بالربا مثلا.[2] والبيع هو الأصل العام الذي وضعه الشارع الحكيم لحركة التبادل التجاري إذا فالبيع وهو أهم ماتقوم عليه التجارة حلال ومباح شرعا بكل صوره وأشكاله وأجناسه، ما لم تأتي صور جديدة توقع الضرر بأحد الطرفين، والربا حرام بكل صوره وأشكاله وأجناسه.[3]

وقوله تعالى: ﴿ لَيۡسَ عَلَيۡكُمۡ جُنَاحٌ أَن تَبۡتَغُواْ فَضۡلٗا مِّن رَّبِّكُمۡ ﴾ البقرة [198] جاء في تفسير هذه الآية: عن ابن عباس، قال :"كانوا لا يتجرون في أيام الحج، فنزلت هذه الآية".كما جاء عن مجاهد في هذه الآية، قال : "التجارة، أحلت لهم في المواسم، فكانوا لا يبيعون، أو يبتاعون في الجاهلية بعرفة".[4]

---

[1]-بن عاشور، مُحَمَّد الطاهر: مقاصد الشريعة الإسلامية، د.ط، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، قطر، 2004م، ج3، ص472.

[2]-أمداح أحمد: أثر القواعد الفقهية في تحكيم المعاملات المالية المعاصرة، مجلة الإحياء، ع16، 2013، ص 167.

[3]-بومحراث ليندة: طرق تسوية منازعات التجارة الإلكترونية-دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي-، أطروحة دكتوراه، كلية الشريعة والاقتصاد، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، قسنطينة- الجزائر، 2015- 2016، ص27-28.

[4]- الطبري، أبو جعفر ابن جرير: جامع البيان عن تأويل آي القرآن، د.ط، دار التربية والتراث، مكة المكرمة-المملكة العربية السعودية، د.ت.ن، ج4، ص166.

البند الثاني: أدلة مشروعية التجارة من السنة.

سنستشهد على جواز التجارة من السنة باشتغال الرسول ﷺ بها، وقد أمر ﷺ التجار بالصدق والأمانة والوزن بالقسط في العديد من الأحاديث منها:

ما ورد عن أبي سعيد عن النبي ﷺ قوله: { **التَّاجِرُ الصَّدُوقُ الأَمِينْ مَعَ النَّبِيّينَ وَالصِّدّقِينَ وَالشُّهَدَاءِ** }[1] وهذا يدل على إباحة التجارة لكن بضوابط شرعية سيأتي ذكرها.

وقوله كذلك ﷺ: { **تِسْعَةَ أَعْشَارِ الرِّزْقِ فِي التِّجَارَةِ**}[2]

عن مجاهد، أنه قال في تفسير هذه الآيتين:

قوله تعالى: ﴿ يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ كُلُواْ مِن طَيِّبَـٰتِ مَا رَزَقْنَـٰكُمْ ﴾ البقرة [172]

وقوله: ﴿ يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَنفِقُواْ مِن طَيِّبَـٰتِ مَا كَسَبْتُمْ ﴾ البقرة [267] قال: "من التجارة".[3]

وعن قتادة، في هذه الآية ﴿ يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ لَا تَأْكُلُوٓاْ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَـٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَـٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ وَلَا تَقْتُلُوٓاْ أَنفُسَكُمْ إِنَّ ٱللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا ﴿٢٩﴾ ﴾ البقرة [282]

قال:" أن التجارة رزق من رزق الله، حلال من حلال الله، لمن طلبها بصدقها وبرها"[4]

---

[1]-أخرجه الترمذي في سننه، عن سفيان، عن أبي حمزة، عن الحسن، عن أبي سعيد، أبواب البيوع عن رسول الله ﷺ رقم (12)، باب ما جاء في التجار وتسمية النبي ﷺ إياهم رقم (4)، ح.ر1209، تح أحمد محمد شاكر وآخرون، ط2، مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي، مصر، 1395هـ- 1975م، ج3، ص507.

[2]-أخرجه الألباني في ضعيف الجامع الصغير وزيادته(الفتح الكبير)، عن يحي بن جابر الطائي ونعيم بن عبد الرحمان الأزدي، ح.ر: 2434، ط3، المكتب الإسلامي للطباعة والنشر، دمشق- سوريا، 1408 هـ-1988م، ص359.

[3]-أخرجه البيهقي في السنن الكبرى، عن شعبة، عن الحكم بن عتيبة، عن مجاهد، كتاب البيوع، باب إباحة التجارة، ح.ر 10492و ح.ر 10493، تح: عبد الله بن عبد المحسن التركي، ط1، مركز هجر للبحوث والدراسات العربية والإسلامية، القاهرة-مصر، 1432 هـ - 2011 م، ج11، ص5.

[4]- أخرجه البيهقي في السنن الكبرى، عبد الوهاب بن عطاء، أخبرنا سعيد بن أبي عروبة، عن قتادة، ، كتاب البيوع، باب إباحة التجارة، ح.ر10494، ج11، ص6.

البند الثالث: أدلة مشروعية التجارة من الأثر.

فإن المتتبع لأحوال الصحابة يجد أن أغلبهم كانوا تجارا ولم ينكر عليهم أحد من المسلمين ذلك وقد روى الإمام البخاري في صحيحه:" وقال قتادة: كان القوم يتبايعون ويتجرون ولكنهم إذا نابهم حق من حقوق الله لم تلههم تجارة ولا بيع عن ذكر الله حتى يؤدوه إلى الله".[1]

وكذلك كان الفاروق ففي قوله:" ألهاني الصفق بالأسواق يعني الخروج إلى تجارة"[2] ، وذو النورين كان من أغنى الناس يومئذ، وكذلك عبد الله بن الزبير(وهو أحد العشرة الكرام)، وعبد الرحمان بن عوف، وكذلك نافع، فإنه كان من التجار الذين ضرب بهم المثل في التجارة، وكانت تجارته واصلة إلى الشام ومصر.[3]

لأن التجارة من الأمور الفاضلة في الشريعة الإسلامية، نجد علماء الإسلام في الأيام السالفة أغلبهم كانوا تجارا كذلك، فهذا البخاري كان في بلاده تاجرا، وهو رئيس التجار، وكان الإمام أبو حنيفة من التجار الأثرياء.[4]

الفرع الثاني: مشروعية التجارة الإلكترونية.

تنطبق الأحكام والأدلة نفسها على التجارة الإلكترونية لأن الفارق في الوسيلة المتبعة، لا في جوهر المعاملة أو ضوابطها، وعليه فإن أدلة مشروعية التجارة العادية تنسحب على التجارة الإلكترونية بالقياس. وبالتالي يمكننا القول بأن التجارة الإلكترونية هي نوع من التجارة المشروعة في شريعتنا الإسلامية والتي لا تعدو أن تكون بيعا أو شراء لسلع أو خدمات مختلفة. [5]

---

[1]- أخرجه البخاري، في صحيحه، عن قتادة في تفسير الآية [37] من سورة النور كتاب البيوع رقم (39)، باب التجارة في البر رقم (8)، تح: مصطفى ديب البغا، ط5، دار ابن كثير، دار اليمامة، دمشق-سوريا، 1414هـ- 1993م، ج2، ص726.

[2]-أخرجه البخاري في صحيحه : عن مُحَمَّد بن سلام، عن مخلد بن يزيد، عن ابن جريج، عن عطاء، عن عبيد الله بن عمير، عن أبا موسى الأشعري، كتاب البيوع رقم (39)، باب الخروج في التجارة رقم (9)، ح.ر 1956، ج2، ص727.

[3]-بن عفانة، حسام الدين: فقه التاجر المسلم، ط1، المكتبة العلمية ودار الطيب للطباعة والنشر، بيت المقدس، 1426هـ-2005م، ص30-31.

[4]- أمداح أحمد: التجارة الإلكترونية من منظور الفقه الإسلامي، رسالة ماجيستير، كلية العلوم الإجتماعية والعلوم الإسلامية، جامعة الحاج لخضر، باتنة-الجزائر، 2005-2006، ص108.

[5]- بومحراث ليندة: المرجع السابق، ص27-28.

وبما أن التجارة الإلكترونية قادمة لا محالة ولا يمكن الانفصال عنها لأنها عرضت نفسها على الواقع باعتباره أحد أدوار العولمة الاقتصادية، لذا من الأفضل أن يكون موقفنا نحن المسلمين من هذا النوع من التجارة موقفا إيجابيا، وأن يكون دور المسلمين الحقيقي هو البحث عن وسائل شرعية لتجنب مخاطر هذه التجارة، وتوسيع قاعدة الاستفادة منها، وتوفير ضمانات الثقة للمتعاملين من خلالها، خاصة وأن إسلامنا يحثنا على التعامل مع كل وسيلة تحقق لنا الفائدة في الإطار المشروع. [1]

بالإضافة إلى أنه يمكن للأنترنت أن تتيح لنا نحن المسلمين فرصة أكبر للتعريف بقواعد وضوابط التجارة الإلكترونية من منظور إسلامي، وفرضها على الآخرين من خلال التعامل، سواء كانوا مؤسسات إقتصادية أو كان التعامل فرديا، وسواء كان الطرف الآخر من الشرق أو الغرب. [2]

كما أن القول بجواز التجارة الإلكترونية وفق الأطر الشرعية يتوافق مع الفطرة الإنسانية المجبولة على حب التملك وجلب المنفعة، والتي تتوافق مع نصوص قرآنية عديدة تحث على الكسب المشروع، الذي من بين وسائله التجارة، فالمال من نعم الله على عباده، وقد من الله به على أنبيائه، فقال مخاطبا الرسول ﷺ: ﴿وَوَجَدَكَ عَآئِلًا فَأَغۡنَىٰ ۝٨﴾ الضحى [8] وأنعم الله على سيدنا سليمان عليه السلام بالمال والملك.

وهذا ما وصلت إليه الندوة العلمية لجامعة الأزهر، حيث خلصت إلى أن التجارة الإلكترونية تتوافق مع مبادئ وقواعد الشريعة الإسلامية الغراء، فهي حلال شرعا، وذلك لأن الشارع الحكيم اقتصر في تشريعه للأحكام العملية المتعلقة بالمعاملات على وضع المبادئ الكلية والأسس العامة، التي لا تتغير بتغير الزمان والمكان، ومنه فلايوجد في أحكام الشريعة ما يمنع الإستفادة من الأنترنت والوسائل الإلكترونية في مجال التجارة، مادام التعامل يتم في إطار الضوابط والقواعد الشرعية العامة. ويمكن إعمال أحكام الشريعة الإسلامية لمواجهة المشكلات التي تعترض التعامل بالتجارة الإلكترونية، ومن ثم يقع على عاتق الدول الإسلامية مهمة الحفاظ على أخلاقيات النظام العام للمجتمع الإسلامي، بأن تتخذ ما تراه مناسبا وضروريا لحماية قيمها الدينية في ضوء أحكام الشريعة الإسلامية، واستخدام الأساليب الفنية

---

[1]- الجنكو علاء الدين بن عبد الرزاق: التقابض في الفقه الإسلامي وأثره على البيوع المعاصرة، ط1، دار النفائس، عمان- الأردن، 1423هـ-2004م ، ص 342.

[2]- الجنكو علاء الدين بن عبد الرزاق: المرجع السابق، ص 342.

المتاحة بما يكفل تجنب الأضرار الناجمة عن الممارسات المخالفة للشريعة الإسلامية، في التعامل بالتجارة الإلكترونية.[1]

فبالرجوع إلى القانون 18-05 المتعلق بالتجارة الإلكترونية نجد أن المشرع منع التعامل بالمحرمات شرعا ومنع التعامل بما يؤدي إلى المساس بمصالح الدفاع الوطني والنظام العام والأمن العمومي الذي هو مقصد كلي من مقاصد الشريعة الإسلامية وهنا تظهر الصبغة الدينية للتشريع الجزائري.

كما أنه، وبصرف النظر عن الأحكام القانونية والتشريعية يجب التوعية إلى دور التاجر المسلم في ممارسة تجارته وفق تعاليم الدين الإسلامي وأن يكون الرادع هو تقواه وخوفه من الله تعالى، فالتاجر المسلم صاحب عقيدة يدعو الناس إليها.

فالتاجر المسلم صاحب خلق يدعو الناس إليه، والتاجر المسلم داعية إلى دين الله بسلوكه وحسن تعامله مع الناس فهو داعية بلسان الحال وإن لم يكن كذلك بلسان المقال ولذا نأمل أن يتحلى تجارنا بهذه المعاني الطيبة وأن يعيدوا سيرة التجار المسلمين السابقين الذين كانوا هداة مهتدين،[2] من خلال التعامل بهذه الوسائل المستحدثة مع المسلمين وغيرهم لاتصافها بالعالمية.

المطلب الثاني: مبررات تعزيز التجارة الإلكترونية بالحماية قانونا وشرعا.

مبررات حماية التجارة الإلكترونية هي الأسباب التي تدفع المجتمع والدولة إلى سن قوانين وقواعد لحماية المعاملات التجارية الإلكترونية من أي انتهاكات أو أضرار قد تحدث، سواء كانت هذه الانتهاكات من قبل الأفراد أو المؤسسات. لخلق بيئة آمنة ومستقرة تساهم في تنمية الاقتصاد وتلبية احتياجات المجتمع

أما المبررات الشرعية فهي تلك الدوافع التي تجعل من الاهتمام بالدراسة الشرعية وبحث موضوعاتها في مظان المصادر الفقهية ضرورة قصوى، لمعرفة مدى شرعية وسائل وطرق الحماية المدنية القانونية للتجارة الإلكترونية. لذا سنخصص لكل صنف فرع مستقل.

---

[1]- ينظر: الندوة المنعقدة في مركز صالح كامل للاقتصاد الإسلامي في جامعة الأزهر بتاريخ 2000/03/23.

[2]- بن عفانة حسام الدين: المرجع السابق، ص 6.

الفرع الأول: مبررات تعزيز التجارة الإلكترونية بالحماية قانونا.

إن دراسة تحديات وآفاق التجارة الإلكترونية في المجتمع يبين لنا أهمية ووجوب تقرير حماية مدنية قوية للتجارة الإلكترونية، التي تخلقها تلك التحديات، لذا قسم هذا المطلب إلى فرعين: الأول خصصناه لتحديات التجارة الإلكترونية، والثاني لآفاقها المستقبلية كمبررات لحمايتها.

البند الأول: تحديات التجارة الإلكترونية كمبررات لحمايتها.

- غياب التواجد المادي في التجارة الإلكترونية بين طرفي العلاقة ووجودهم في أماكن مختلفة. فهي تحرر من تكلفة الموقع المادي، وتسمح للمستهلك بعالمية الاختيار، لكن لا يمكن معاينة أو رؤية السلعة من قبل المشتري، إلا بالوصف أو بالصور وأحيانا لا يمكن رؤيتها إلا بعد الحصول عليها، وتسليمها، فاطلاع المشتري على السلعة يدفع الغرر، وينفي الخصومة المتوقعة. كما ينتج عنه صعوبة التحقق من هوية المتعاملين في التجارة الإلكترونية نظرا لغياب العلاقة المباشرة بين العملاء فقد يتم إبرام عقد بين البائع والمشتري يبعد عنه آلاف الأميال ويختلف عنه التوقيت الزمني. [1]

- وجود وسيط إلكتروني يتم بواسطته إبرام العقود والصفقات، وبالتالي الاعتماد الكبير على تكنولوجيا المعلومات، أي وجوب توفر بنية تكنولوجية واسعة الانتشار وشيوع استخدام وسائل الاتصال خاصة الانترنت لدى مختلف الأطراف.[2]

- غياب استخدام الدعامة الورقية في الإثبات، والتعامل بالوسائل الإلكترونية من خلال الشبكات الدولية،[3] يهدد مصالح العملاء والشركات والبنوك نتيجة إمكانية حدوث تزوير بالبيانات أو تلاعب بالفواتير والمستندات عند الطلب، حدوث اختراقات تؤدي إلى فضح أسرار العملاء والبنوك

---

[1]-غازي محمود إبراهيم: الحماية الجنائية للخصوصية والتجارة الالكترونية، ط1، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية-مصر، 2014م، ص322.

[2]- فلاح يحي يوسف حسن: التنظيم القانوني للعقود الإلكترونية، رسالة ماجيستير، جامعة النجاح الوطنية، نابلس- فلسطين، 2007، ص17.

[3]- عارف علي عارف، نادية ياس البياتي: العقود الإلكترونية-دراسة فقهية تحليلية-، مجلة الإسلام في آسيا، ع2، مج10، 2013، ص7.

والشركات.[1]

- استيراد سلع ممنوعة الاستعمال في الأسواق المحلية.(تجارة الخمور، وتجارة السلاح).[2]

- عدم ملائمة القوانين القائمة، والتشريعات الخاصة بالتجارة الإلكترونية، فقد استأثرت الدول الغربية بوضع النظم والتشريعات الخاصة بها، وهذا يدعو البلدان الإسلامية إلى المشاركة الإيجابية فصياغة التشريعات والقوانين الخاصة بهذه التجارة بما لا يتعارض مع توجيهات الإسلام، ويحقق العدل في التعامل بين البلاد.[3]

- غياب الضمانات الكافية لحماية المستهلك من الغش، والخداع، والإعلانات المضللة عن السلع، والخدمات، فقد تتضمن العديد من المبالغات والمعلومات المضللة للمستهلك، ومشكلة التلاعب بالأسعار والممارسات التجارية غير العادلة.[4]

- فرض شروط تعسفية على المستهلك، والإضرار به، والتلاعب بالمستهلكين. وعدم الالتزام بالعقد من قبل المستهلكين وعدم تسليم أو تسلم المنتوج.[5]

- من حيث تسليم المقابل يتم في الغالب استخدام أحد أساليب الدفع الإلكتروني، وما ينجر عنه من سرقة أو تزييف البطاقات الائتمانية يؤدي إلى تحمل أصحابها تكاليف سلع وخدمات لم يقم بشرائها.[6]

- مع توسع التجارة الإلكترونية، يسلط الضوء على ازدياد حالات الاحتيال، مثل بيع المنتجات الوهمية أو غير المطابقة للوصف وسرقة بيانات البطاقات الائتمانية، مما يستدعي توفير حماية قانونية مدنية تضمن للمستهلكين حق استرداد أموالهم وحمايتهم من التعامل مع بائعين غير موثوقين. كذلك

---

[1]- صراع كريمة: المرجع السابق، ص25-26.

[2]- عارف علي عارف، نادية ياس البياتي: المرجع السابق، ص 26.

[3]-المرجع نفسه..

[4]- جعيجع نبيلة: التجارة الإلكترونية في العالم العربي وأهم المعوقات التي تحد من تطويرها، مجلة آفاق علوم الإدارة الاقتصاد، ع2، مج2، 2018، ص282.

[5]- أبو مصطفى سليمان عبد الرزاق: المرجع السابق، ص 62.

[6]- صراع كريمة: المرجع السابق، ص25-26.

النزاعات المتكررة بين البائعين والمشترين بخصوص جودة المنتجات وتأخير التسليم أو عدم تسليم المنتجات على الإطلاق، ويؤكد على أهمية وجود قوانين مدنية تنظم العلاقات وتحل النزاعات بطرق عادلة.[1]

- قضية جمع واستخدام البيانات الشخصية دون موافقة المستهلكين، وتبرز أهمية الحماية القانونية في فرض قيود على جمع البيانات وحماية خصوصية الأفراد.[2]

– التعقيدات في سلاسل التوريد العالمية وتأثيرها على التجارة الإلكترونية، حيث يحتاج المستهلكون إلى ضمانات قانونية لاسترداد الأموال أو التعويض عند فقدان الشحنات أو تأخرها.[3]

– انتشار وكثرة المواقع والصفحات والمنصات التي تعرض على المستهلك سلعا وخدمات يكثر عليها الطلب وبأسعار رخيصة جدا وخصومات مغرية، وذلك بهدف النصب على المستهلك.[4]

– ضعف الوعي القانوني لدى المستهلكين مما يؤدي إلى استغلالهم من قبل التجار، أو الوسطاء مثل منصات البيع أو خدمات الدفع الإلكتروني.[5]

البند الثاني: آفاق التجارة الإلكترونية المستقبلية كمبررات لحمايتها.

بالرغم من التحديات السابق ذكرها فإن التجارة الإلكترونية قطعت مراحل متقدمة في تقنياتها واستخداماتها، وقد بات من المؤكد أن تطبيق أساليبها في العلاقات التجارية بين الدول أصبح حقيقة واقعية لا يمكن التخلف عنها، خاصة أن نسبة كبيرة من العقود الدولية تتم عبر شبكة الإنترنت،

---

[1]– خمقاني كريمة: المسؤولية المدنية للمورد الإلكتروني، في ظل القانون رقم18 -05، أطروحة دكتوراه،كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الشهيد حمة لخضر، الوادي- الجزائر، 2023، ص19-20./سقلاب فريدة: المسؤولية العقدية للمورد الإلكتروني في القانون الجزائري، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني،ع03، مج12، 2021، ص31.

[2]– خمقاني كريمة: المرجع السابق، ص 31.

[3]– التوجيه خلال أزمة البحر الأحمر: كيف تتكيف التجارة الإلكترونية والصناعات مع تحديات الشحن العالمية، 2024/01/19 تم الإطلاع عليه: 2024/04/26- 03:43 https://reads.alibaba.com/ar/steering-th

[4]– وزارة البريد والمواصلات السلكية واللاسلكية: دليل إرشادي خاص بالتجارة الإلكترونية، تم إصداره جانفي 2024، ص5.

[5]– خمقاني كريمة: المرجع السابق، ص 31.

وتستخدم عقود التجارة الإلكترونية، إذ يزداد حجم التجارة الإلكترونية بازدياد عدد مستخدمي الإنترنت على مستوى العالم، فحجم التجارة الإلكترونية يصل إلى الذروة في البلدان التي تستحوذ على أكبر عدد من مستخدمي الانترنت وهي الدول المتقدة طبعا، في حين ينخفض في الدول النامية أو دول العالم الثالث ومنها الدول العربية.[1]

و بعدما بدأت أنظمة الدفع عبر الهاتف المحمول تَستخدم من قبل الناس في المعاملات الإلكترونية، ودخول تقنيات الهاتف المحمول لهذه المعاملات أدى إلى تغير الحياة الاقتصادية، فضاعفت نفقات التجارة الإلكترونية أكثر، لكن المعطيات السابقة تغيرت كثيرا بعد سنة 2019 أعقاب جائحة كوفيد-19، حيث أدت القيود التي فرضها انتشار المرض في العالم إلى ارتفاع معدلات نمو حجم التجارة الإلكترونية بوتيرة أسرع.[2]

في الجزائر تأخر ظهور نشاط التجارة الإلكترونية نظرا لتأخر انتشار مستخدمي الأنترنت، واشتراكات الهاتف المحمول فقد كانت في السنوات 2000، 2001، 2002، شبه منعدمة.[3]

إذ تأسست أول أسواق الإنترنت الجزائرية في عام 2009، ولكن بدأت التجارة الإلكترونية في الارتفاع في عام 2014 مع وصول شركة جوميا الأفريقية، والتي تظل أكبر موزع عام على الإنترنت في البلاد، يظهر سوق التجارة الإلكترونية الجزائري إمكانيات واعدة بحجم يقدر بحوالي 5 مليار دولار، ولكنه يتخلف عن أسواق أخرى في شمال أفريقيا، خاصة المغرب ومصر. إذ تحتل الجزائر المرتبة العاشرة بين الدول الأفريقية والمرتبة 97 عالميا وفقًا لمؤشر الأمم المتحدة للتجارة الإلكترونية لعام 2017.[4]

بينما بدأت في التطور والظهور بصورة مكتملة خلال السنوات الأخيرة وخاصة سنة 2018 و2019 وهذا يعود إلى اهتمام الحكومة بالبنية التحتية لتكنولوجيا المعلومات والاتصالات، وكذا صدور تشريع قانوني وطني ينظم نشاط التجارة الإلكترونية في البلد وهو القانون 18-05 المتعلق

---

[1]- ينظر: مُحَمَّد سعيد أحمد اسماعيل : المرجع السابق، ص72.

[2]- UNICTAD. (2020), "Estimates of Global E-Commerce ".unctad.org

[3]- بن نامة فاطمة الزهرة، عدة مُحَمَّد، بن نامة نورية: واقع التجارة الإلكترونية في الجزائر قبل وبعد جائحة كورونا دراسة تحليلية إحصائية للفترة 2016-2021، مجلة الاقتصاد والبيئة، ع 03، مج04، 2021، ص 86.

[4]LLOYDSBANK: E-COMMERCE IN ALGERIA, LATEST UPDATE: DECEMBER 2023
https://www.lloydsbanktrade.com/en/market-potential/algeria/ecommerce

بالتجارة الإلكترونية، رغم ظهور بوادر صعوبة تطبيقه واقعيا والعمل بأحكامه من قبل الأفراد والشركات لصعوبة استخراج بطاقات الدفع الإلكترونية من البنوك من جهة أخرى، وكذا تأخر صدوره تكون عرف في التعاملات الإلكترونية في ظل غياب التشريع مما يؤدي إلى صعوبة في التحول والعمل بالقواعد القانونية خاصة تلك المخالفة للقانون، لذا فإن تفعيل هذا القانون مرهون بتوفير بيئة ملائمة لتطبيقه.[1]

وقد لا ترد أرقام وإحصائيات دقيقة عن حجم ونمو التجارة الإلكترونية فيها لكن مؤشراتها وملامحها تظهر جليا من خلال ظهور وانتشار العديد من المواقع الإلكترونية التجارية كموقع www.ouedkniss.com وموقع www.dzsoq.dz، اللذان يشبهان إلى حد كبير موقع "eBay" وبعض المواقع الجزائرية المحتوى والصنع بنسبة 100%.[2]

كما ساهم إغلاق المحلات التجارية زمن جائحة كوفيد-19 بشكل كبير في انتعاش التجارة الإلكترونية التي تعرف نموا بطيئا جدا في الجزائر، فبعد ممارسة البعض للتجارة عبر المنصات ومن خلال تطبيقات الهواتف الذكية بدلا من التجارة التقليدية، اقتحم البعض الآخر نشاط التجارة الإلكترونية بطريقة قانونية منظمة تكفل حماية النشاط ورواده. [3]

وعلى الرغم من عدم التطور الكبير للجزائر في مجال التجارة الإلكترونية مقارنة بباقي الدول الرائدة في المجال، إلا أنها لجأت خلال السنوات الأخيرة إلى التبادلات الإلكترونية ما بين المنظمات والزبائن تمثلت في البيع والتجزئة الإلكتروني، ويتم التعامل بين المنظمة والأفراد سواء على مستوى السوق المحلي أو الدولي. [4]

لذا فالآفاق المستقبلية للتجارة الإلكترونية تنبئ بأنها ستشهد نموا كبيرا يفوق معدلات النمو التي وصلت إليها لحد الآن، خاصة مع حرص المجتمع الدولي على تفادي المعيقات السالفة الذكر، من خلال

---

[1]-مزهود نور الدين، مقدم ياسين: واقع عقود التجارة الإلكترونية في الجزائر، مجلة الدراسات والبحوث القانونية، ع2، مج7، 2022، ص38

[2]- عبد الهادي مسعودي، لخضر لعروس: تقييم واقع التجارة الإلكترونية واستعمالات البطاقات الالكترونية بالجزائر،مجلة التنمية والإقتصاد التطبيقي، ع02، 2017، ص315.

[3]- بن نامة فاطمة الزهرة، عدة مُحَمَّد، بن نامة نورية: المرجع السابق، ص86.

[4]- المرجع نفسه، ص84.

إيجاد مختلف الحلول القانونية والتقنية التي من شأنها القضاء أو التقليل من آثار تلك المعيقات، فعلى مستوى أمن وسرية المعاملات المالية على الإنترنت تم استحداث تقنيات جديدة من أجل تذليل هذه العقبة، ومن ثم زيادة تعزيز الثقة في التعامل بالتجارة الإلكترونية، هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى فإن البحوث والدراسات القانونية التي تعنى بالتجارة الإلكترونية وإيجاد الحلول لما تفرزه من إشكالات قانونية مستمرة سواء على مستوى التشريعات الوطنية أم على مستوى الهيئات الدولية.[1]

الفرع الثاني: مبررات تعزيز التجارة الإلكترونية بالحماية شرعا.

إن أي قضية جديدة يفرزها التطور العلمي تعرف في الفقه الإسلامي بالمستجدات وهي:" القضايا المالية التي استحدثها الناس في العصر الحديث، أو القضايا التي تغير موجب حكمها، نتيجة التطور، وتغير الظروف، أو القضايا التي تحمل اسما جديدا، أو القضايا التي تتكون من عدة صور قديمة" [2]

فهي طريق للتيسير على الناس في الحصول على مآربهم المختلفة، وتحقيق رغباتهم المتنوعة بأسرع وقت وأقل جهد، سيما وأن استخدام الوسائل والتقنيات الجديدة يمكّن التاجر من عقد ما شاء من العقود، دون أن يغادر منزله أو يتكبد عناء السفر ومشقته. فلو حكم ببطلان هذه العقود لوقع الناس في حرج وضيق، ولشلت الحركة في الأسواق، ولتقطعت العلاقات التجارية بين الناس، في وقت يشهد اتساعا في أفق الصفقات التجارية، وتشعب أشكالها وتنوعها بحسب العرف التجاري، حتى وجدت عقود لم تكن معروفة من قبل، وتفنن الناس في الشروط تفننا يضمن تحقيق المصلحة المعتبرة شرعا. كما أنه باعد بين هذه العقود وأصولها المعتبرة في كتب الفقه، وغدت هذه العقود تحقق من المصالح والمنافع ما كان يصعب على الفقهاء القدماء تحقيقه في غياب تلك الوسائل. [3]

من المواضيع المستجدة، والواقعات الحادثة، ما أصبح يعرف بالتجارة الإلكترونية وعقودها الكثيرة، وهي معاملات قد بلغت من الانتشار حدا فاق التوقعات، واحتاج الناس إلى بيان أحكامها الشرعية حاجة شديدة. والمسلم الناصح لنفسه يحرص في جميع أعماله أن تكون على سنن الشريعة، ومن

---

[1]- ليندة بومحراث: المرجع السابق، ص85.

[2]- أبو مصطفى عبد الرزاق سليمان: المرجع السابق، ص 22.

[3]- أبو مصطفى عبد الرزاق سليمان: المرجع السابق، ص31.

مشكاتها يستقي.[1]

وهذا لا يتضاد مع قواعد الشريعة وأدلتها عن بيان أحكام تلك الواقعة، فإنما تقع مسؤولية البحث عن ذلك وإعلانه على أهل العلم. ومن الموجبات التي تلزم دراسة أحكام هذا الموضوع أن الدراسات الشرعية فيه كانت بين مقالة عابرة، أو تفسير مختصر، أو دراسة موجزة،[2] وفي هذا قال تعالى:

﴿ وَإِذَا جَآءَهُمْ أَمْرٌ مِّنَ ٱلْأَمْنِ أَوِ ٱلْخَوْفِ أَذَاعُواْ بِهِۦ ۖ وَلَوْ رَدُّوهُ إِلَى ٱلرَّسُولِ وَإِلَىٰٓ أُوْلِى ٱلْأَمْرِ مِنْهُمْ لَعَلِمَهُ ٱلَّذِينَ يَسْتَنۢبِطُونَهُۥ مِنْهُمْ ۗ وَلَوْلَا فَضْلُ ٱللَّهِ عَلَيْكُمْ وَرَحْمَتُهُۥ لَٱتَّبَعْتُمُ ٱلشَّيْطَٰنَ إِلَّا قَلِيلًا ﴾ النساء [83]

فالتجارة الإلكترونية أصبحت واقعا لا يمكن للمسلمين تجاهله، وإلا أصبحوا في عزلة عما يحدث حولهم، وهو واقع لابد أن نتعامل معه بوعي وإدراك تام، وأن نضعها على خريطة اهتماماتنا التعليمية، باعتبارها أحد أدوات العولمة الاقتصادية التي لا يمكن تجاهلها أو التهرب منها.[3]

إذن يعد هذا الموضوع حماية لحقوق المتعاملين بالتجارة الإلكترونية المالية، وحماية الحقوق المالية من المسائل الجوهرية في مقاصد الشريعة الإسلامية، فحفظ المال كلية من كليات مقاصد الشريعة، إذ اهتمت الشريعة الإسلامية بحفظ الأموال، وأمرت باتخاذ الوسائل الكفيلة بحفظها، وشرعت العقوبات الرادعة لمن يتجرأ أو يحاول الاعتداء عليها بالتزييف أو التزوير أو غير ذلك من طرق الاعتداء.

وقد حرم الله عز وجل أكل الأموال بالحيل الماكرة والطرق الملتوية، في قوله تعالى:

﴿ وَلَا تَأْكُلُوٓاْ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ وَتُدْلُواْ بِهَآ إِلَى ٱلْحُكَّامِ لِتَأْكُلُواْ فَرِيقًا مِّنْ أَمْوَٰلِ ٱلنَّاسِ بِٱلْإِثْمِ وَأَنتُمْ تَعْلَمُونَ ﴾ البقرة [188]

كما أباحت الشريعة الإسلامية للمسلم أن يدافع عن ماله ويحميه ولو بروحه وهذا ما يبينه قوله ﷺ:

---

[1]- الزهراني عدنان بن جمعان بن محمد: المرجع السابق، ص 10.

[2]- ينظر: المرجع نفسه، ص 11.

[3]- الذيب جمال عبود محمد: حكم التجارة الالكترونية في الشريعة الإسلامية، مجلة البحوث والدراسات الإسلامية، ع6، مج 8، 2006، ص25.

{ مَنْ قُتِلَ دُونَ مَالِهِ فَهُوَ شَهِيدٌ }[1]وجعلت كل من تسبب في اتلاف مال متقوم بغير حق فإنه يضمنه حتى ولو كان ذلك بطريق الخطأ.

وهذه الأحكام وغيرها تبين مدى حرص الشريعة الإسلامية على إيجاد الحماية للأموال ذاتها وعلى وسائل حفظها أيضا.

[1]- أخرجه البخاري في صحيحه، عن عبد الله بن يزيد، عن سعيد، عن أبي الأسود، عن عكرمة، عبد الله بن عمرو τ، كتاب المظالم رقم (51)، باب من قاتل دون ماله رقم (34)، ح.ر 2348، ج2، ص 877.

ملخص الفصل التمهيدي:

تناول هذا الفصل الإطار النظري لحماية المعاملات التجارية الإلكترونية، الذي وضح المفاهيم الأساسية والمبادئ التي يرتكز عليها النظام القانوني لحماية الحقوق المدنية المتعلقة بالتجارة الإلكترونية.

إذ تشمل هذه التجارة البيع بالتجزئة والجملة، وتقديم الخدمات، سواء بين الشركات فيما بينها (B2B)، أو بين الشركات والمستهلكين (B2C)، أو بين المستهلكين فيما بينهم في إطار الأسواق الإلكترونية (C2C).

كما تتزايد الحاجة إلى حماية التجارة الإلكترونية نتيجة النمو الكبير في حجمها عبر الإنترنت، والتحديات التي تطرأ من استخدام هذه التكنولوجيا، في التجارة حماية لمختلف الأطراف بائعين، مستهلكين، أو مقدمي الخدمات.

أما من الناحية الشرعية فالتجارة الإلكترونية بصفة عامة جائزة، بموجب الأدلة من الكتاب والسنة الواردة في التجارة التقليدية، أما مبررات حمايتها فكونها من المستجدات تستوجب دراستها وحمايتها، لأن موضوع الحماية مرتبط بكلية من كليات الشريعة الإسلامية وهي حفظ المال، بمنع الضرر والغرر، والظلم في هذا النوع المستحدث من التجارة.

الباب الأول: العقود الإلكترونية

كآليات حماية مدنية وقائية للتجارة الإلكترونية

الفصل الأول: ماهية العقود الإلكترونية و إبرامها.

الفصل الثاني : آثار العقود الإلكترونية.

تمهيد:

رغم العقبات والتحديات التي تشكل تحديا ودافعا لاهتمام القوانين الوطنية والدولية بحماية التجارة الإلكترونية بقواعد قانونية محكمة، وكذا لاهتمام الفقهاء والمجامع الفقهية ودور الافتاء ببحث الأحكام المقررة لحماية المال وحقوق الأفراد في هذا النوع من التجارة، مواكبة لسرعة تطور هذه المعاملات، فالتجارة الإلكترونية في تطور مستمر لأنها مرتبطة بتطور وسائل الاتصال الحديثة، فهي انعكاس لاستخدام هذه الوسائل في حياة الفرد والمجتمع في جميع المجالات، من بينها العقود التجارية، فيظهر انتشارها الواسع في صورة ابرام العقود عن بعد.

لأن هذه التجارة مرتبطة بمجموعة العقود التجارية التي تتم بالوسائل الالكترونية مهما اختلفت الأطراف، ولأن الحماية المدنية للتجارة الإلكترونية مرتبطة بحماية العقود الإلكترونية أيضا، كما أن المشرع الجزائري نحى منحى التضييق في مفهوم التجارة الإلكترونية، والتي حصرها في هذا المجال الضيق–مجال العقود الإلكترونية بين المورد والمستهلك الإلكترونيين–، لذا سنسير وفق ما سار عليه التشريع في هذا المفهوم، وذكر أحكام الحماية المدنية التي جاء بها التشريع الجزائري في مختلف مراحل العلاقة التعاقدية، والتي باتباعها تمنع وقوع الضرر أو النزاع.

بناء عليه قسم هذا الباب إلى فصلين على النحو الآتي:

الفصل الأول: ماهية العقود الإلكترونية وإبرامها.

الفصل الثاني : آثار العقود الإلكترونية.

الفصل الأول:

ماهية العقود الإلكترونية وإبرامها.

المبحث الأول: ماهية العقود الإلكترونية.

المبحث الثاني:إبرام العقود الالكترونية

تمهيد:

تعتبر العقود الإلكترونية من المعاملات الحديثة التي تتطلب معرفة حقيقتها أولا، ولحداثتها تعتبر من النوازل الطارئة في الفقه الإسلامي والتي تلزم معرفة حكمها الشرعي أيضا، وقد ظهرت في السنوات الأخيرة مع انتشار التجارة الإلكترونية الكثير من صيغ وطرق ابرام جديدة للعقود الإلكترونية، وكذا طرق اثبات وأساليب تنفيذ مبتكرة وحديثة، التي تستدعي تتبعها بالدراسة لمعرفة حقيقتها، كيفيتها، وأحكامها القانونية، وفي معرض بحث الحكم الشرعي للتجارة الإلكترونية يلزم من باب التقصي الأدق بيان الحكم الشرعي لإبرام العقود التجارية المختلفة عبر الوسائل الالكترونية الحديثة، لذلك أردنا في دراستنا للعقود الإلكترونية في هذا الفصل، دراسة ماهية العقود الإلكترونية،وكذا دراسة طرق إبرام وأركان عقود التجارة الإلكترونية، بتخصيص مبحث لكل عنصر، على النحو التالي:

المبحث الأول: ماهية العقود الإلكترونية.

المبحث الثاني: إبرام العقود الالكترونية.

المبحث الأول: ماهية العقود الإلكترونية.

بما أن العقود الإلكترونية باتت تشكل جزءا أساسيا من المعاملات في بيئة التجارة الحديثة، خاصة عبر شبكة الإنترنت، ولأن العقد الإلكتروني يتميز بخصوصيات تميزه عن العقد التقليدي، سواء من حيث وسيلة التعاقد، أو الأطراف المتعاقدة، أو البيئة التي يبرم فيها، فهذه الخصوصية طرحت تحديات جديدة على الصعيد القانوني والفقهي، تتعلّق بمفاهيم وأطراف جديدة لذا سيتم تناول ماهية العقود الإلكترونية في هذا الفصل، بتحديد مفهوم العقد الإلكتروني وحكمه الشرعي في ضوء المبادئ العامة للعقود في الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية، ودراسة العاقدين في العقد الإلكتروني، وضوابط تعاملهما، في بيئة إلكترونية قد يغيب فيها التوازن التقليدي بين العارض والمستهلك. من خلال مطلبين أساسيين:

الأول: مفهوم العقود الإلكترونية، طبيعتها القانونية وحكمها الشرعي.

الثاني: شروط وضوابط تعامل المتعاقدين بالتجارة الالكترونية.

المطلب الأول: مفهوم العقود الإلكترونية، طبيعتها القانونية وحكمها الشرعي.

تعتبر العقود الإلكترونية الأداة الفعالة للممارسة التجارة الإلكترونية، خاصة تلك التي تتم بين المورد والمستهلك الإلكترونيين، فهي الحلقة الأخيرة من سلسلة التعاملات التي تهدف إلى توجيه منتج أو خدمة لأي فئة مستهدفة، لذلك كان لظهور العديد من الممارسات والمعاملات المستمر فيها، الفضل في تغير ملامح قوانين مبادئ العقود الحديثة، فقد ظهرت موضوعات تعاقدية جديدة لم تكن موجودة من قبل في التجارة التقليدية.

وعملا بقاعدة: "الحكم على الشيء فرع عن تصوره" قبل التطرق لحكمها الشرعي وجب تبيين مفهوم العقود الإلكترونية، بتعريفها وتوضيح طبيعتها، لتتضح صورتها أولا، ثم معرفة شرعية التعامل بها.

لذا تمت دراسة هذا المطلب في فرعين: الأول خصصناه لمفهوم العقود الإلكتروني، والثاني للطبيعة القانونية للعقود الإلكترونية، وحكمها الشرعي.

الفرع الأول: مفهوم العقود الالكترونية.

اكتسب العقد بفعل التقدم التكنولوجي مجالات جديدة للتطبيق، وبالتالي ظهرت تسميات جديدة على الساحة التعاقدية: الوساطة بالمزاد عن بعد، عقد التوصيل، عقد الاستضافة...كذلك أتاحت التكنولوجيا فرصة للعقود التقليدية للحصول على وصف جديد، مثل البيع الإلكتروني، مما خلق عدم استقرار معرفي أبرز الحاجة لعنايتها بالدراسة والتفصيل لمعرفة تعريفها(البند الأول)، خصائصها(البند الثاني).

البند الأول: تعريف العقود الإلكترونية.

مصطلح العقود الإلكترونية، مصطلح مركب من لفظ "العقود"[1] ولفظ"الإلكترونية"[2] وهي العقود التي تتم عبر الوسائل والآلات التي تعمل عن طريق الإلكترون، أي العقود التي تتم بالآلات الكهربائية، هذا من حيث الأصل، إلا أنه بعد ظهور الحاسب الآلي المتصل بالأنترنت وانتشار المراسلة والتعاقد

---

[1]- مفردها العقد وهو في اللغة: نقيض الحل؛ عقد وتعقادا وعقدت الحبل والبيع والعهد فانعقد. والعقد: العهد. ويقال: عهدت إلى فلان في كذا وكذا، وتأويله ألزمته ذلك، فإذا قلت: عاقدته أو عقدت عليه فتأويله أنك ألزمته ذلك باستيثاق(ابن منظور، جمال الدين الأنصاري: لسان العرب، ط3، دار صادر، بيروت- لبنان، 1414 هـ، ج3، ص 297) وفي اصطلاح الفقه الإسلامي: هناك معنيان للعقد الأول عام وهو أقرب إلى المعنى اللغوي والشائع عند جمهور الفقهاء إذ هو: "كل ما عزم المرء على فعله، سواء صدر بإرادة منفردة كالوقف والإبراء والطلاق واليمين، أم احتاج إلى إرادتين في إنشائه كالبيع والإيجار والتوكيل والرهن، أي أن هذا المعنى يتناول الالتزام مطلقاً، سواء من شخص واحد أو من شخصين، ويشمل حينئذ ما يسمى في المعنى الضيق أو الخاص عقداً، كما يشمل ما يسمى تصرفاً أو التزاماً"(المعيدي عبد الله بن راضي: أحكام عقود التمويل في الفقه الإسلامي، ط1، دار كنوز إشبيليا للنشر والتوزيع، السعودية، 1438 هـ - 2017 م، ص17).فالعقد بالمعنى العام ينتظم جميع الالتزامات الشرعية، وهو بهذا المعنى يرادف كلمة الالتزام.(الزحيلي وهبة: الفقه الإسلامي وأدلته، ط4، دار الفكر، دمشق –سورية، د.ت.ن، ج4، ص2918.) والثاني خاص يراد به: "تعلق كلام أحد العاقدين بالآخر شرعاً على وجه يظهر أثره في المحل" وهذا التعريف هو الغالب الشائع في عبارات الفقهاء، كذلك هو المعنى المراد عند إطلاق مصطلح عقد. (الزحيلي وهبة: الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق، ج 4، ص2919). أما في الاصطلاح القانوني: فالعقد هو: "توافق إرادتين على إنشاء التزام أو نقله"(السنهوري عبد الرزاق: نظرية العقد، ط2، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت-لبنان، 1998، ج1، ص80.) وهو كذلك: "أن تتجه إرادتا المتعاقدين إلى انشاء أثر قانوني لاتفاقهما، أي إلى التزام قانوني يلتزم المدين بتنفيذه"(علي علي سليمان: النظرية العامة للالتزام- مصادر الالتزام، ط2، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون-الجزائر، 1988م، ص11) هذا عن تعريف فقهاء القانون للعقد أما المشرع الجزائري فقد عرفه في المادة 54من ق.م والتي تنص على:" العقد اتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص نحو شخص أو عدة أشخاص آخرين بمنح أو فعل أو عدم فعل شيء ما".

[2]- لفظ الإلكتروني عرفناه سابقا وبذلك المعنى لا يوجد شيء اسمه عقد الكتروني فالمفروض أن يسمى بالعقد الذي يتم باستخدام الوسائل الالكترونية، لكن اختصارا لهذه الجملة اصطلح عليها بالعقود الإلكترونية تبعا للوسائل التي تستخدم لإبرامها.(ثامر هبه محمود عبد الله: عقود التجارة الإلكترونية -دراسة مقارنة-، ط1، مكتبة السنهوري، بغداد- العراق، 2011، ص58.)

بواسطته، شاع تخصيص هذا المصطلح للعقود التي تتم عن طريقه، وأصبح مصطلح "العقود الإلكترونية" ينصرف غالبا إلى العقود التي تتم عبر شبكة الأنترنت.[1]

وهذا ما يفسر اتجاه الكثيرين في معرض تعريفهم للتجارة أو العقود الإلكترونيين إلى حصرهما في تلك التي تتم عبر الحاسب والأنترنت، ولكن وكما قلنا هذه التعريفات قاصرة وحتى حصر المصطلح يضيق المعنى فقد أفرز التطور أجهزة أخرى غير الحواسيب تستخدم الأنترنت، أصبحت تتم من خلالها هذه العقود، وقد نصل إلى وسائل أخرى غير الأنترنت وغير الأجهزة الحالية، مع ما يشهده العالم من تطور للذكاء الاصطناعي وتقنيات ضوئية وغيرها. مثل:

- عقود التجارة الإجتماعية[2] social commerce contrat.
- العقود الذكية[3] smart contrat.
- حتى أصبحت العقود الإلكترونية التي يشارك فيها الذكاء الاصطناعي "التعاقد بالوكيل الذكي".

أما عن تعريف العقود الإلكترونية كمركب إضافي، فسنتطرق لتعريف التشريعات للعقود الإلكترونية أولا، ثم التعريفات الفقهية لها ثانيا.

أولا: تعريف العقود الإلكترونية في التشريع.

لم يعرف القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية العقد الإلكتروني مباشرة وبصريح العبارة، لكنه أشار

---

[1]- يوسف حسن يوسف: المرجع السابق، ص 11.

[2]- عقود التجارة الاجتماعية: هي العقود التي تتم عبر وسائل التواصل الإجتماعي كالفايسبوك، الماسنجر، الانستغرام وغيرها...
Français Guillaume :E-Commerce, Mémoire Professionnel En vue d'obtenir le Diplôme Européen d'Etudes Supérieur E-commerce, Ecole De Commerce de lyon, 2014-2015, p 17.

[3]- تتمثل العقود الذكية في تسجيل العقود بشكل مشفر على البلوك تشين دون الحاجة إلى وسيط. فهي عبارة عن آلية إجرائية ذكية لتنفيذ العقود التجارية، فهي قد لا تكون عقودا مستحدثة في حد ذاتها أو في مضمونها وإنما هي عقود تقليدية تنفذ عن طريق تقنيات مستحدثة عبر منصات ذكية، وتستعمل عملات افتراضية لتنفيذ هذه العقود. رحماني سناء، فلوسي مسعود: العقود الذكية ودور القواعد الفقهية في تحكيمها، مجلة الأحياء، ع30، مج22، 2022، ص223-224.

إلى العقد الإلكتروني في المادة 1/11: " في سياق تكوين العقود، وما لم يتفق الطرفان على غير ذلك، يجوز استخدام رسائل البيانات للتعبير عن العرض وقبول العرض وعند استخدام رسالة البيانات في تكوين العقد لا يفقد ذلك العقد صحته أو قابليته للتنفيذ لمجرد استخدام رسالة البيانات لذلك الغرض".

وعرف رسالة البيانات التي يتم من خلالها ابرامه، في المادة 1/2 كالآتي:" المعلومات التي تم إنشاؤها أو إرسالها واستلامها أو تخزينها بوسائل إلكترونية أو ضوئية أو بوسائل مشابهة بما في ذلك على سبيل المثال لا الحصر تبادل البيانات الإلكترونية أو البريد الإلكتروني أو البرق أو التلكس"

يتضح من خلال هذين النصين، أن القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية ترك تعريف العقد الإلكتروني للتشريعات الداخلية وللاجتهادات الفقهية، لكنه ذكر وسائل التعبير عن الإرادة عبر تقنيات الاتصال الحديثة، إذ عرف رسالة البيانات ثم أعطى أمثلة عن الوسائل التي يمكن استخدامها في نقل هذه، منها البريد الإلكتروني، والبرق، والتلكس، والنسخ البرقي.[1]

أما المشرع الجزائري فقد عرف العقد الإلكتروني في القانون 18-05 الذي يتعلق بالتجارة الإلكترونية في مادته السادسة الفقرة الثانية كالآتي:" العقد بمفهوم القانون رقم 04-02 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، ويتم إبرامه عن بعد، دون الحضور الفعلي والمتزامن لأطرافه باللجوء حصريا لتقنية الإتصال الإلكتروني"

وبالرجوع إلى القانون 04-02[2] في المادة 4/3 يعرف العقد في الممارسات التجارية بأنه:"كل اتفاق أو اتفاقية تهدف إلى بيع سلعة أو تأدية خدمة، حرر مسبقا من أحد أطراف الاتفاق مع إذعان الطرف الآخر بحيث لا يمكن هذا الأخير من إحداث تغيير حقيقي فيه، يمكن أن ينجز العقد على شكل طلبية أو فاتورة أو سند ضمان أو جدول أو وصل تسليم أو سند أو أي وثيقة أخرى مهما كان شكلها أو سندها تتضمن الخصوصيات أو المراجع المطابقة لشروط البيع العامة المقررة سابقا"

وإذا قمنا بالدمج الحرفي للمادتين نتحصل على التعريف التالي: "العقد كل اتفاق أو اتفاقية تهدف

---

[1]- يوسف حسن يوسف: المرجع السابق، ص 11.

[2]- القانون 04-02 مؤرخ في 5 جمادى الأولى عام 1425هـ الموافق 23 يونيو سنة 2004م، يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، ج.ر 41 الصادرة في 9 جمادى الأولى 1425هـ الموافق 27 يونيو سنة 2004م.

إلى بيع سلعة أو تأدية خدمة، حرر مسبقا من أحد أطراف الاتفاق مع إذعان الطرف الآخر بحيث لا يمكن هذا الأخير من إحداث تغيير حقيقي فيه، يمكن أن ينجز العقد على شكل طلبية أو فاتورة أو سند ضمان أو جدول أو وصل تسليم أو سند أو أي وثيقة أخرى مهما كان شكلها أو سندها تتضمن الخصوصيات أو المراجع المطابقة لشروط البيع العامة المقررة سابقا، ويتم إبرامه عن بعد، دون الحضور الفعلي والمتزامن لأطرافه باللجوء حصريا لتقنية الاتصال الإلكتروني"

يتضح من خلال نص المادتين أن المشرع الجزائري بتعريفه لعقود التجارة الإلكترونية، حدّد طبيعتها وخصائصها وآليات إبرامها، كما بين نطاق تطبيقها دون أن يحصر وسائل إبرامها في الإنترنت فقط. فقد استخدم تعبير "تقنية الاتصال الإلكتروني"، وهو تعبير جامع يشمل جميع الوسائل الإلكترونية سواء كانت سابقة على ظهور الإنترنت أو لاحقة له، مما يعكس وعي المشرع بالتطور المستمر في مجال التكنولوجيا ويغني عن ضرورة سن نصوص جديدة مع كل مستجد تقني.

كما أن صياغة عبارة "بيع سلعة أو تأدية خدمة" جاءت لتوسيع نطاق محل العقد الإلكتروني، حيث شملت السلع والخدمات معاً، وتفادت بذلك الانتقادات التي وجهت لبعض التعريفات التي قصرت العقود الإلكترونية على المعاملات المتعلقة بالسلع فقط.

غير التعريف يدمج بشكل غير دقيق بين المفهوم العام للعقد الإلكتروني ومفهوم عقد الإذعان، حيث يشير إلى أن العقد "يُحرر مسبقاً من أحد الأطراف مع إذعان الطرف الآخر"، ما يجعل التعريف أقرب إلى توصيف عقد الإذعان الإلكتروني وليس العقد الإلكتروني بشكل عام، وهذا يضيق من المفهوم، بينما الواقع العملي للعقود الإلكترونية قد تكون عقود إذعان أو عقود تفاوضية، وبالتالي فالتعريف لا يغطي جميع أنواع العقود الإلكترونية.

وما يقودنا إلى الاستنتاج هنا أن هذا التعريف ينطبق على العقود النموذجية على الموقع التي تحرر سابقا وتحدد كل تفاصيلها وما على المستهلك إلا الاختيار في إطار المقترحات المعدة دون تفاوض.كما أن التعريف فيه خلط بين الوثائق، إذ يذكر أن العقد يمكن أن ينجز على شكل "طلبية، فاتورة، سند ضمان، جدول، وصل تسليم..." وهي في الواقع وثائق إثبات وتنفيذ، ولا تمثل العقد بحد ذاته كاتفاق قانوني، كما يقود إلى تعارض بين هذا التعريف وبين اشتراطه لتوفر هذه الوثائق جميعها في العقد الإلكتروني لاحقا.

لذلك، كان من الأجدر بالمشرع الجزائري أن يعرف العقد الإلكتروني تعريفاً جامعاً مانعاً ومستقلاً، يبين طبيعته الخاصة ويعترف بصبغته التجارية، مع الإشارة إلى أنه قد يتخذ شكل عقد إذعان بحكم شيوع هذه الصورة في البيئة الإلكترونية، دون أن يقصره عليها. كما كان من المهم أن يُميز التعريف بين العقد في ذاته كشكل من أشكال الاتفاق الملزم، وبين الوسائل التقنية المستخدمة في توثيقه أو تنفيذه، مع مراعاة المبادئ الأساسية للتعاقد، لا سيما حرية الإرادة والرضا المتبادل بين الأطراف.

ثانيا: تعريف العقود الإلكترونية في الفقه الوضعي.

تعددت التعريفات الفقهية للعقود الإلكترونية، وذلك بحسب الزاوية التي ينظر إليها منها، فمنهم من ينظر إليها من الزاوية التقنية، ومنهم من اتجه إلى زاوية الصفة القانونية لأطراف العقد، وآخرون توجهوا بنظرهم إلى الوسيلة المستخدمة فيها، وجزء منهم اهتم بالجانب التجاري المستفاد منها من شبكة الأنترنت، وجزء منهم ركز على الصبغة الدولية أو الطبيعة القانونية ومدى الالتزامات العقدية فيها،[1] منها:

الأول: " العقد الذي يتم إبرامه بإحدى الوسائل الإلكترونية، سواء كليا أو جزئيا متى كانت هذه الوسائل تحدث التفاعل المطلوب لإتمام العقد بين أطرافه، ويرتب التزامات على عاتقهم".[2]

الثاني: " اتفاق بين شخصين أو أكثر يتلاقى فيه الإيجاب والقبول عبر تقنيات الاتصال عن بعد بهدف إنشاء رابطة قانونية أو تعديلها أو إنهائها"[3]

الثالث:" اتفاق يتلاقى فيه الإيجاب بالقبول على شبكة دولية مفتوحة الاتصال عن بعد وذلك بوسيلة مسموعة مرئية، تفضل التفاعل بين الموجب والقابل".[4]

لكن يجب التفريق بين العقود المتعلقة بالإلكترونيات والعقود المبرمة عبر الوسائل الإلكترونية. فالعقود المتعلقة بالإلكترونيات هي تلك التي تستخدم الموارد الإلكترونية والمعلوماتية، مثل عقود توفير خدمة الوصول إلى الإنترنت، وعقود الاستضافة، وبشكل عام، العقود الخاصة المرتبطة بمختلف الأنشطة عبر الإنترنت، أما

---

[1]- نجوى رأفت مُحَّد محمود: النظام القانوني لمجلس العقد الإلكتروني، مجلة جامعة جنوب الوادي الدولية للدراسات القانونية، ع05، 2020، ص366.

[2]- بن سعيد لزهر: المرجع السابق، ص37.

[3]- يوسف حسن يوسف: المرجع السابق، ص 54.

[4]- ثامر هبه محمود عبد الله: المرجع السابق، ص59.

العقود المبرمة عبر الوسائل الإلكترونية، فهي العقود التي تُمكّن من إنجاز عمليات التجارة التقليدية، ولكن عبر شبكة الإنترنت. [1] وهذا النوع هو محل الدراسة.

البند الثاني: خصائص العقود الإلكترونية.

يتميز العقد الإلكتروني بخصائص تميزه عن غيره، إذ تعود الكثير من عقود التجارة الإلكترونية في الواقع إلى نماذج تعاقدية معروفة في القانون التجاري أو القانون المدني، فيتعلق الأمر هنا بتجديد مصطلحي للتوصيفات وتنوع في التطبيقات، أكثر منه تجديد في فئات الأعمال القانونية. على الساحة التعاقدية الرقمية، نجد عقود البيع، والتبادل، والإيجار، والتفويض، والوساطة... ومع ذلك، فقد أثار الإنترنت أيضا ظهور عقود أكثر تحديدا، تستعير من النماذج التعاقدية الكلاسيكية بينما تقدم بعض الخصوصيات، كعقد الوصول إلى الشبكة، عقد إنشاء موقع إلكتروني، وعقد استشارة قاعدة بيانات... كلها نماذج تقدم بعض الأصالة مع ذلك، يُحلل عقد الاستضافة كعقد إيجار، وعقد الإحالة كعقد شركة، وعقد إنشاء موقع إلكتروني كعقد شركة أو نقل عمل. وبالتالي، يتم الحفاظ على الفئات الرئيسية للعقود الخاصة تحت المسميات التعاقدية الجديدة.[2]

لكن مع شيوع هذه التعاملات، أدرك التجار أن التجارة عبر الإنترنت لا تقتصر على إنشاء موقع واجهة، ثم كتالوج إلكتروني فقط. إذ إن الإمكانيات التي توفرها تقنيات المعلومات الجديدة تسمح بالتوافق وإبرام العقود بأشكال جديدة جذريا. تتنوع هذه العقود الخاصة وتغطي تطبيقات جديدة. وهكذا، تكرس مفاهيم جديدة وتستبدل أخرى،[3] لكنه يحتفظ بنفس الوظيفة القانونية الأساسية: من توثيق التزام الأطراف باحترام الالتزامات المنصوص عليها في العقد، لذلك فللعقد الإلكتروني خصائص تتشابه مع العقود التقليدية، وخصائص تختلف فيها العقود الإلكترونية عن التقليدية، فهو عقد تجاري، استهلاكي في الغالب، مبرم عن بعد، قد يكون محليا وقد يكون دوليا، وتتعلق الاختلافات الجوهرية بين العقد التقليدي والعقد

---

(1)-Saadi Ghaith :Les contrats du commerce électronique : étude comparative entre le droit émirien et le droit français, Thèse De Doctorat En Droit. Université Panthéon-Sorbonne - Paris I, 2022. Françe, P11.

(2)-Bérénice De Bertier-Lestrade :Acte Electronique Et Metamorphoses En Droit Des Contrats ,Presses De l'Université Toulouse Capitole, Librairie Générale De Droit Et De Jurisprudence ,Toulouse,-2011 ,P 50-85 .

(3)-Mehdaoui Kamel: op. cit, p6.

الرقمي بثلاث خصائص رئيسية: [1]

- يتم توثيق الاتفاق على شكل ملف رقمي، يحل محل الوثيقة الورقية التقليدية.
- لا حاجة لوجود الأطراف (الموقّعين على العقد) في نفس المكان ماديا لإبرام الاتفاق.
- يتم التعبير عن الموافقة عبر الوسائل الإلكترونية، ويمكن أن يتم ذلك من خلال توقيع إلكتروني أو وسائل قبول إلكترونية أخرى (مثل تحديد مربع للموافقة).

وفيما يلي عرض لأهم خصائص العقود الإلكترونية:

أولا: عقد يبرم عن بعد.

بالنظر إلى أن التجارة الإلكترونية تتم عن بعد وينعدم فيها الاتصال المادي بين طرفيه، أي غياب التواجد المادي بين طرفي العلاقة، ووجودهما في أماكن مختلفة، مما يجعل من رؤية محل العقد الفعلية غير ممكنة إلا بالوصف أو بالصور أو بالفيديو وأحيانا لا يمكن رؤيته إلا بعد الحصول عليه، وتسليمه، وهذه الحالة نادرة الحدوث. [2] وهذه الخاصية أدت إلى السرعة في التعامل فالتجارة الإلكترونية تمتاز بسرعة الاتصال بين لأطراف، وفي تبادل البيانات والاتفاق في أسرع وقت ممكن. بالإضافة إلى سرعة التطور في معاملاتها. [3] ويترتب على هذا الاعتبار بعض الآثار الهامة نخص منها بالذكر أن المستهلك يتمتع بحق العدول أو رخصة الرجوع في العقد.

ثانيا: الانفتاح وازدواجية النشاط المحلي والدولي.

بالنظر إلى أن عقد التجارة الإلكترونية عقد يبرم عن بعد وينعدم فيه الاتصال المادي بين طرفيه، فإنه من المحتمل أن يخترق حدود الدولة الواحدة–وهو الغالب فيه–، ويوصف تبعا لذلك بأنه عقد دولي، خاصة إذا اشتمل على عنصر أجنبي.[4] أما إذا كان المتعاقدان من البلد الذي سينفذ فيه العقد فهو عقد

---

[1]-Geffray Maxime ,op.cit.

[2]- ينظر: يحي يوسف فلاح حسن: المرجع السابق،ش ص17.

[3]- المرجع نفسه، ص12-13.

[4]- عارف علي عارف، البياتي نادية ياس: المرجع السابق، ص7.

محلي.[1] والواقع أن عقود التجارة الإلكترونية مثلها مثل عقود التجارة التقليدية منها ماهو محلي ومنها ماهو دولي، وتحدد دوليتها وفقا للمعايير الكلاسيكية المحددة لدولية عقود التجارة المبرمة بالوسائل التقليدية، مما يترتب عليها إعمال قواعد الإختصاص التشريعي اللازمة لتحديد القانون الواجب التطبيق.[2]

لكن ما يميز هذا النشاط هو ازدواجية النشاط إذ غالبية المشروعات والشركات التجارية تزاول نشاط التجارة الإلكترونية الدولية، والتجارة الإلكترونية المحلية، حتى أنه في هذا المجال أصبح لا فائدة من هذا التصنيف إلا فيما يخص الرخص والوثائق القانونية.

ثالثا: عقد استهلاكي.

حسب نظرة التشريع الجزائري وحصره للعقود والتجارة الإلكترونية، بين المورد الإلكتروني والمستهلك الإلكتروني، فعقود التجارة الإلكترونية ذو طابع استهلاكي، لأنه يتم بين محترف ومستهلك، فلذا نجد أن أغلب قواعد حماية المستهلك تطبق على العقد الإلكتروني،[3] مما يثير مختلف إشكاليات حماية المستهلك كونه الطرف الضعيف، لذا نجد المشرع الجزائري نص على خضوع المورد الإلكتروني لنصوص قانون حماية المستهلك في المادة 35 من القانون 18-05 المتعلق بالتجارة الإلكترونية.

رابعا: عقد تجاري.

لأنه إما يكون القائم به تاجرا أبرمه لحاجات تجارته، كما يكون كذلك إذا كان موضوعه تجاريا. ولأن العقد الإلكتروني يرتبط ارتباطا وثيقا بالتجارة الإلكترونية ويعد الأداة الأساسية لها لذلك يطلق عليه عقد التجارة الإلكترونية، فإن هناك من الفقه من رأى بأن عقد التجارة الإلكترونية هو تنفيذ بعض أو كل المعاملات التجارية، التي تتم بين مشروع تجاري وآخر، أو بين مستهلك وآخر.[4]

---

[1]- عجالي بخالد: النظام القانوني للعقد الإلكتروني في التشريع الجزائري- دراسة مقارنة-، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو-الجزائر، 2014، ص58.

[2]- جندولي فاطمة الزهراء: عقود التجارة الإلكترونية في العلاقات الخاصة الدولية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان-الجزائر، 2017-2018م، ص56.

[3]- رباحي أحمد: الطبيعة القانونية للعقد الإلكتروني، مجلة الأكاديمية للدراسات الإجتماعية والإنسانية، ع10، 2013، ص99-100

[4]- عجالي بخالد: المرجع السابق، ص18.

وقد أقر المشرع الجزائري بتجارية العقد الإلكتروني في المادة السادسة الفقرة الثانية من القانون 18-05 المتعلق بالتجارة الإلكترونية في تعريفه للعقد الإلكتروني بأنه عقد تجاري بمفهوم القانون 04-02 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية.

الفرع الثاني: الطبيعة القانونية للعقود الإلكترونية، وحكمها الشرعي.

سنفصل في هذا الفرع وفق بندين: الأول نخصصه للطبيعة القانونية للعقود الإلكترونية، والثاني لحكمها الشرعي.

البند الأول: الطبيعة القانونية للعقود الإلكترونية.

طالما كانت الطبيعة القانونية للعقود الإلكترونية محل خلاف، فقد اختلف فقهاء القانون في مدى اعتبار العقود الإلكترونية عقود إذعان(أولا)، أو عقود مساومة (ثانيا)، أم عقود من نوع خاص تختلف بحسب طريقة الإبرام (ثالثا)، ثم نفصل في الخلاف (رابعا).

أولا: العقد الإلكتروني عقد إذعان.

نجد نظريتان تختلفان في تعريف عقد الإذعان: الأولى النظرية التقليدية[1] حسب هاذه النظرية يشترط ليعتبر العقد إذعانا أن يكون هناك احتكار للسلعة أو الخدمة من قبل مقدمها وأن تكون ضرورية للمستخدم، وأن تفرض شروط العقد على المستهلك دون أن يكون له الحق في مناقشتها.[2]

أما الثانية وهي النظرية الحديثة في تعريف عقد الإذعان[3]، فلا تشترط لعقد الإذعان الاحتكار وعدم وجود المنافسة، وهو الذي ذهب إليه المشرع الجزائري في المادة 70 ق.م بنصها:" يحصل القبول في عقد

---

[1]- تعرفه بأنه: "العقد الذي يسلم فيه القابل بشروط مقررة يصنعها الموجب ولا يقبل المناقشة فيها، وذلك فيما يتعلق بسلعة أو مرفق ضروري يكون محل احتكار قانوني أو فعلي أو تكون المنافسة محدودة النطاق في شأنها أو منعدمة" رحمون عامر: عقد الإذعان في الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري-دراسة مقارنة-، رسالة ماجيستير، كلية العلوم الإسلامية، جامعة يوسف بن خدة، الجزائر، 2013/2012، ص16.

[2]- المرجع نفسه.

[3]- تعرفه بأنه:" عقد يتم إعداده مسبقا، حيث يتولى أحد أطرافه تحديد مضمونه ببيان الحقوق والالتزامات الناتجة عنه بالطريقة التي تحقق مصلحته، دون أن يكون للطرف الآخر حق مناقشة ذلك المضمون" (بومحراث ليندة: المرجع السابق، ص120) وهناك من عرفه هناك من عرفه حسب هذه النظرية الحديثة كذلك بأنه:" الانضمام إلى عقد نموذجي حدد بصورة انفرادية من أحد الأطراف وينضم إليه الآخرون دون إمكانية حقيقية لتعديله"(عامر رحمون: المرجع السابق، ص17).

الإذعان بمجرد التسليم لشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل المناقشة فيها".

ويرجع أصحاب هذه النظرية عدم اشتراط الاحتكار في عقد الإذعان إلى أن اللامساواة بين المتعاقدين ليست بالضرورة نتيجة احتكار، بل ليست حتى نتيجة قوة اقتصادية ضخمة، فكل محترف عموما هو في وضع يمكنه من فرض شروطه العامة على زبائنه.[1]

وهذا ما صرح به المشرع الجزائري في نص المادة 4/3 من القانون 04-02 التي تعرف العقد التجاري كالآتي "العقد كل اتفاق أو اتفاقية تهدف إلى بيع سلعة أو تأدية خدمة، حرر مسبقا من أحد أطراف الاتفاق مع إذعان الطرف الآخر بحيث لا يمكن هذا الأخير من إحداث تغيير حقيقي فيه..."

وهذا ما جعل المشرع يستحدث لجنة استشارية لدى وزير التجارة تسمى لجنة البنود التعسفية والتي من مهامها البحث في كل العقود التي تربط المتعاملين الاقتصاديين بغيرهم عن البنود التعسفية وتقدم توصيات حولها.[2] لأنه يرى أن كل العقود التي بين المتعاملين الاقتصاديين والمستهلك هي عقود إذعان يكون فيها الطرف الضعيف هو المستهلك ويكون الطرف القوي هو المورد الذي يعد العقد مسبقا بصفة أحادية محددا شروطه التي تكون غير قابلة للنقاش والتفاوض فقط ما على المتعاقد الآخر التسليم وقبول العرض بشروطه.

ثانيا: العقد الإلكتروني عقد مساومة.

وهناك من يرى بأن عقد التجارة الإلكترونية هو عقد مساومة،[3] وقد أسس أصحاب هذا الاتجاه رأيهم أنه لا يوجد مانع من إجراء مفاوضات بين المستهلك والتاجر الإلكتروني، مع احتفاظه بحقه في

---

[1]- بومحراث ليندة: المرجع السابق، ص120

[2]- المادة 6و7 من المرسوم التنفيذي 06-306 المؤرخ في17 شعبان عام 1427هـ 10 سبتمبر 2006، الذي يحدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الإقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية، ج.ر 56 الصادرة في 18 شعبان عام 1427هـ- 11 سبتمبر 2006م.

[3]- عقد المساومة: "هو النموذج التقليدي للعقد، حيث يتمتع فيه كل متعاقد بحرية كاملة في وضع شروط العقد وبنوده، فيساهم كل طرف في صنع الاتفاق، وله الحق في تقديم عروض تكون قابلة للنقاش من قبل الطرف الثاني، لكن هذا لا يعني أنه لابد من مفاوضات في كل عملية عقدية، فقد يتم العقد دون أخذ ورد بين المتعاقدين، فالمهم في عقد المساومة أن يكون للمتعاقد الحق في قبول الإيجاب أو رفضه أو تقديم إيجاب جديد" (فيلالي علي: الالتزامات-النظرية العامة للعقد-، ط3، موفم للنشر، الرغاية-الجزائر، 2013، ص81)

الرفض، أو القبول كما في العقد التقليدي وله كل الحرية في ذلك. ولأن إمكانية المعاينة في العقود الإلكترونية قد تتحقق حيث يمكن للمستهلك أن يطلب من المورد تصوير السلعة على شكل فيديو من كل الجوانب أو صورة ثلاثية الأبعاد، ومن خلالها تتضح مواصفات المنتج وأبعاده، وإذا كان المنتج عبارة عن ملابس يمكن للمستهلك تجربتها على مانيكانات افتراضية، كما يمكن للمستهلك أن يلجأ إلى وسيط لمراقبة الجودة، والتأكد من مطابقة المواصفات المدرجة في بيان المورد. [1]

بالإضافة إلى استحداث الشركات المصنعة تقنيات وتطبيقات ومواقع للتأكد من صحة وجودة السلع المنسوبة لعلاماتها التجارية، كما يمكن للمستهلك اختيار الناقل واختيار مدة النقل، ومكان التوصيل، وفي بعض الأحيان حتى طريقة الدفع.

ثالثا: التفاوض كمعيار لتحديد طبيعة العقد الإلكتروني.

وينتهي بعض الفقه إلى أنه لتحديد نوع العقد الإلكتروني يجب التمييز بين الوسيلة المستخدمة في إبرام العقد، فإذا تم العقد بواسطة البريد الإلكتروني، أو الوسائل السمعية أو الوسائل السمعية البصرية فإنه يكون عقدا رضائيا إذ يتبادل طرفاه وجهات النظر عبر الرسائل الإلكترونية أو عبر المحادثات، ويستطيع من وجه إليه الإيجاب التفاوض بحرية حول شروط العقد والمفاضلة بين العروض المطروحة حتى يحصل على أفضل عرض، أما إذا تم العقد عن طريق مواقع الشبكة الدولية التي تستخدم غالبا عقود نموذجية تكون شروطها معدة سلفا ولا مجال للمناقشة فيها، فإن المتعاقدين لا يكونان على قدم المساواة لعدم التكافؤ في القدرة التعاقدية وبالتالي يكون العقد المبرم عقد إذعان. [2]

وهناك من فصل في هذا النزاع إذ يرى أن عقود التجارة الإلكترونية ليست كلها عقود إذعان، وليست كلها عقود مساومة، فمسألة تحديد طبيعة هذه العقود لا تتوقف على الوسيلة المتبعة في إبرامها، بل ترجع إلى العقد في حد ذاته،[3] فيكفي الأخذ بإمكانية التفاوض في العقود الإلكترونية كمعيار يحدد ما إذا كانت عقود إذعان أو مساومة، فالأمر يتوقف على مدى إمكانية التفاوض حول شروط العقد، فإذا كان

---

[1]- ينظر: بن سعيد لزهر: المرجع السابق، ص 42-43.

[2]- عجالي بخالد: المرجع السابق، ص 56-57.

[3]- بومحراث ليندة: المرجع السابق، ص124.

العقد يجيز التفاوض ويسمح لمن وجه إليه الإيجاب بمراجعة شروطه وتعديلها كان العقد عقد مساومة، أما إذا انعدمت سمة التفاوض وكانت بنود العقد صارمة ثابتة لا تقبل النقاش او التعديل فهو عقد إذعان.[1]

رابعا: الفصل في الخلاف حول طبيعة العقد الإلكتروني.

نرى أن الرأي الثالث هو الرأي الصواب إذ أن العقد الإلكتروني يتميز عن العقود العادية بوسيلة الإبرام، وبالتالي فمختلف أحكام النظرية العامة للعقد تنطبق عليه مع مراعاة الخصوصية التي تفرضها البيئة الرقمية، لاسيما أحكام العقود التجارية وتقسيماتها، فهو أكثر دقة ومنطقية في الوصف.

لكن يمكن تبرير موقف المشرع الجزائري في اعتبار العقد الإلكتروني عقد إذعان، استنادا إلى معيار اختلال التوازن في القوة التعاقدية بين الطرفين، حيث يكون المستهلك عادة في مركز ضعف مقارنة بالمورد الإلكتروني الذي يمتلك مركز قوة اقتصاديا. لذا فإن العقود الإلكترونية غالبا ما تَبرم في شكل نماذج معدة مسبقًا تتضمن شروطًا مفروضة من طرف واحد، دون أن تتاح للمستهلك فرصة حقيقية للتفاوض أو تعديلها، مما يبرر إخضاع هذه العقود لأحكام عقد الإذعان.

وتزداد الحاجة إلى حماية المستهلك في هذا النوع من العقود نظرا لتكرار حالات الغرر والخداع، إضافةً إلى وجود مخاطر غير متوقعة مرتبطة بالعقد، كالشروط الجمركية أو القيود البنكية التي لا يفصح عنها المورد، مما قد يلحق أضرارا جسيمة بالمستهلك. والأخذ بمعيار التفاوض لا يكفي لحماية المستهلك الإلكتروني لأنه في الغالب يكون التفاوض على أمور راجعة للسلعة أو الخدمة محل العقد وقد لا تشتمل على الأخطار المحيطة بالعقد، التي لو علمها ما أقدم على ابرام العقد.

لذا نجده اشترط أن يكون العقد الإلكتروني مسبوق بعرض تجاري يوفر معلومية كافية للمستهلك وموثق بعقد إلكتروني في المادة 10 من القانون 18-05، واشترط في المادة 11 من القانون ذاته المعلومات التي يجب توفرها في العرض التجاري المطروح من قبل المورد الإلكتروني، ونص في المادة 13 على المعلومات التي يجب أن يتضمنها العقد الإلكتروني، وأعطى للمستهلك الإلكتروني الحق في طلب إبطال العقد والتعويض عن الضرر حال عدم تطبيق هذه المواد.

---

[1]- عجالي بخالد: المرجع السابق، ص57.

بالإضافة إلى إمكانية إلغاء القاضي للشروط التعسفية في عقد الإذعان على عكس عقد المساومة الذي هو شريعة المتعاقدين يحكمه سلطان الإرادة ولا يمكن التدخل وتعديله، كما يعزز ميل كفة المشرع لمنح حماية أكبر للمتعاقد الضعيف باستحداثه لجنة البنود التعسفية[1] لدى وزير التجارة والتي من مهامها البحث في كل العقود التي تربط المتعاملين الاقتصاديين بغيرهم وتقدم توصيات حولها، بغية ايجاد حماية قبلية لمن يقع عليه الشروط التعسفية، لأن هذه العقود قد تكون بين المتعاملين الإقتصاديين ذاتهم كتلك التي تبرم بين تجار التجزئة وتجار الجملة أو بين المنتجين والتجار أو بين الناقلين والتجار وغيرها، والتي تؤثر على العمليات التعاقدية التي تجرى مع المستهلك فمن تفرض عليه شروط تعسفية تضر به، قد يحاول تعويض الضرر من المستهلك بدل تحصيل حقه ممن ضر به، لأنه في مركز قوة أكبر منه.

وحتى وجود حالات عقود إذعان حسب النظرية التقليدية، التي تحتكر خدمة ما مثلا كبعض المواقع التي تعرض سلعا وخدمات مهمة متفردة بها وتشترط الدفع الإلكتروني يكون عبر مواقع وبنوك محددة، بينما هذه الأخيرة تفرض رسوما وضرائب سنوية أو شهرية أو حتى على كل عملية تعاقدية، باهضة على صاحب الرصيد ومرهقة.

البند الثاني: الحكم الشرعي للعقود الإلكترونية.

مما سبق العقود التجارية الإلكترونية منها العقود المعروفة سابقا الفارق الوحيد بينها هو وسيلة الإبرام جديدة وليست العقود في حد ذاتها، إذن ينطبق عليها من أحكام فقهية ما ينطبق على العقود التقليدية، ومنها ما يجمع بين العقود التقليدية وأحكام جديدة، ومنها ما يتميز بالأصالة والحداثة بصيغة جديدة تماما عما هو معروف في العقود التقليدية.

أي أنه لا يمكننا إطلاق حكم فقهي موحد على كل العقود التجارية الإلكترونية، فالمعتبر في أحكام العقود الإلكترونية الأصول والقواعد الشرعية إذ الأصل في المعاملات الإباحة إلا ما دل الدليل على تحريمها كالعقود الربوية وبيع المحرمات، وبعض صيغ العقود كبيع مالا يملك،[2] أما باقي العقود كالبيع وعقود المنافع

---

[1]- ينظر : موقع وزارة التجارة:

https//:www.comerce.gov.dz/

[2]- وهو ما يوافق المادة 24 من القانون 18-05 التي تنص على : "على المورد الإلكتروني عدم الموافقة على طلبية منتوج غير متوفر في مخزونه".

حلال، فهي من قبيل البيع على الصفة، أو البرنامج أو عقود الاستصناع، أو غيرها من صيغ العقود المشروعة بنصوص كثيرة أهمها:

قوله تعالى﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَأۡكُلُوٓاْ أَمۡوَٰلَكُم بَيۡنَكُم بِٱلۡبَٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٖ مِّنكُمۡ وَلَا تَقۡتُلُوٓاْ أَنفُسَكُمۡ إِنَّ ٱللَّهَ كَانَ بِكُمۡ رَحِيمٗا ٢٩ ﴾ النساء [29]

وقد قال ابن تيمية في مجموع الفتاوى:" البيع، والهبة، والإجارة، وغيرها، هي من العادات التي يحتاج الناس إليها في معاشهم، كالأكل، والشرب، واللباس؛ فإن الشريعة قد جاءت في هذه العادات بالآداب الحسنة، فحرمت منها ما فيه فساد، وأوجبت ما لابد منه، وكرهت ما لا ينبغي، واستحبت ما فيه مصلحة راجحة، في أنواع هذه العادات، ومقاديرها، وصفاتها، وإذا كان كذلك فالناس يتبايعون، ويستأجرون كيف ما أرادوا، ما لم تحرمه الشريعة، وإن كان بعض ذلك قد يستحب، أو يكون مكروها، وما لم تحد الشريعة في ذلك حدا، فيبقون فيه على الإطلاق الأصلي". [1]

وبما أن أبرز جديد في العقود التجارية الإلكترونية هو وسائل التعبير عن الإرادة، لأن الوسائل الإلكترونية هي وسائل تعبير عن إرادة المتعاقدين، والشريعة الإسلامية جعلت الرضا هو الأساس في انعقاد العقود دون تحديد لفظ أو شكل أو أداة معينة لذلك، مما يجعل أحكامها تستوعب ما استجد من طرق التعبير عن الإرادة ومن بينها الوسائل الإلكترونية.[2]

إذ يكفي في العقود التي لا تحتوي على محظور شرعي أن يقال: "إن الأصل في العقود الحل"، بشرط عدم وجود ما يُحمل على المنع من الناحية الشرعية؛ فلا حاجة حينئذ إلى التكييف الفقهي،أو التخريج على عقد من العقود المسماة عند فقهائنا.[3]

لأن ما يذهب إليه كثير من متفقهة العصر من اتخاذ تلك العقود الموسومة بالعقود المسماة أصولا لعقود جديدة مستحدثة لا يخلو هذا الأمر من نقد، لأن الشطر الأعظم من تلك العقود المسماة لم يرد في

---

[1]- ابن تيمية، تقي الدين أبو العباس أحمد بن عبد الحليم بن عبد السلام: الفتاوى الكبرى، تح: مُحَمَّد عبد القادر عطا، مصطفى عبد القادر عطا، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان، 1408هـ-1987م، ج4، ص13.

[2]- الحمراوي حسن مُحَمَّد عمر: التعبير عن الإرادة في التعاقد الإلكتروني عبر website ووسائل حمايته دراسة مقارنة بين القانون المدني والفقه الإسلامي، مجلة البحوث الفقهية والقانونية، ع39، 1444هـ-2022م، ص625.

[3]- الزهراني عدنان بن جمعان بن مُحَمَّد: المرجع السابق، ص 340.

شأنها نصوص خاصة من الكتاب والسنة، مما يتعذر معه في الحس الأصولي القياس عليها، ولهذا فإن تلك العقود الجديدة والمعاملات الحديثة، والشروط المستحدثة جميعها مشمولة بتلك النصوص الخاصة بالمال والأعمال، ولا تحتاج إلى التكلف بإلحاقها بما يشبهها من عقود قديمة.[1]

أما ما لحق العقود من شروط مستحدثة، فالقول فيها أنها إن لم تحل حراما أو تحرم حلالا، فهي مشروعة ولازمة باعتبارها شروطا مستحدثة مشمولة بتلك الأصول العامة المستمدة من النصوص العامة الواردة في الأمر بالوفاء بالعقود، والعهود، والوعود، والشروط.[2]

وفي ضوء ما سبق يمكننا القول: إنه وإن وجدت مخالفات في عقود التجارة الإلكترونية لبعض القواعد الشرعية فهي مخالفات في الممارسات التي يمكن أن تحدث في التجارة العادية، ويمكن العمل على تلافيها بالأساليب الفنية والقانونية، فهذه المخالفات ليست من طبيعة الوسائل الإلكترونية ذاتها، فلا مانع إذن من القول بجواز عقد التجارة الإلكترونية بالضوابط الشرعية لإن الإسلام مع كل وسيلة جديدة تحقق اليسر والسهولة في التعامل، وتجلب النفع، وتدفع الضرر والغرر عن المتعاقدين، فيأمر به ويحث عليه، لأنه دين حي لا يعرف الجمود.[3]

المطلب الثاني: شروط وضوابط تعامل المتعاقدين بالتجارة الالكترونية.

أدى التطور السريع والمتغير باستمرار في التجارة الإلكترونية إلى ظهور أنماط جديدة من المعاملات يصعب مواكبتها بتشريع يشمل جميع تفاصيلها، ما أبرز الحاجة إلى ضبط الشروط القانونيًة للتعامل في إطارها بالنسبة للمتعاقدين على السواء، تضمن الأمن القانوني وتحمي حقوق جميع الأطراف المتعاملة إلكترونيا، وتحقق التوازن بين حرية التعاقد ومتطلبات حماية المستهلك. أما على الصعيد الشرعي وجد علماء وهيئات الاجتهاد في الفقه الإسلامي أنه من الأسلم وضع ضوابط عامة يجب توفرها أو يشترط غيابها لصحة المعاملة شرعا.

---

[1]- قطب مصطفى سانو: العقود الذكية في ضوء الأصول والمقاصد والمآلات رؤية تحليلية، مؤتمر مجمع الفقه الإسلامي الدولي، الدورة الرابعة والعشرون، دبي-الإمارات، 2019، ص33-34.

[2]- المرجع نفسه، ص36-37.

[3]- ينظر: الزهراني عدنان بن جمعان بن مُحَمَّد: المرجع السابق، ص 341.

لذا سنبحث الشروط القانونية لتعامل المتعاقدين بالتجارة الالكترونية في الفرع الأول، ثم الضوابط الشرعية لتعامل المتعاقدين بالتجارة الالكترونية في الفرع الثاني.

الفرع الأول: شروط تعامل المتعاقدين بالتجارة الالكترونية قانونا.

عند تعريف المشرع للتجارة الإلكترونية في المادة 6 من القانون 18-05، ذكر طرفين في التجارة الإلكترونية هما:

- المورد الإلكتروني (سنعرفه ونذكر شروط ممارسته لنشاط التجارة الإلكترونية القانونية في البند الأول).
- المستهلك الإلكتروني (سنعرفه ونذكر شروط وضوابط تعامله بالتجارة الإلكترونية في البند الثاني).

البند الأول: شروط ممارسة المورد الإلكتروني لنشاط التجارة الإلكترونية.

عرف المشرع الجزائري المورد الإلكتروني في المادة 4/6 من القانون 18-05 المتعلق بالتجارة الإلكترونية أنه :" كل شخص طبيعي أو معنوي يقوم بتسويق أو اقتراح توفير السلع أو الخدمات عن طريق الاتصالات الإلكتروني".

يستخدم مفهوم الشخص للإشارة إلى أصحاب الحقوق والالتزامات وينبغي تفسير ذلك على أنه يشمل كلا من الأشخاص الطبيعين والهيئات الاعتبارية والكايانات القانونية الأخرى، يقتصر نشاط المورد الإلكتروني على العرض والتخزين والنقل والتوزيع إلى المستهلك بغرض الاستهلاك النهائي، وقد أصاب المشرع باستعماله لمصطلح التسويق واصفا لهذا النشاط، لأن هذا المصطلح يعكس تطور ونضج مراحل العلاقة بين المورد والمستهلك الإلكترونيين، فدور المورد الإلكتروني يكمن في المرحلة اللاحقة للعملية الانتاجية، كحلقة ربط بين المنتج والمستهلك، أما اقتراح توفير سلع أو خدمات فيقصد بها في حالة عدم توفر المنتوج أو الخدمة وقت التعاقد أن يتعهد بتوفيرها لاحقا كما أسماه "الطلبية المسبقة".[1]

هذا عن تعريفه أما عن شروط ممارسته للتجارة الإلكترونية فنص عليها المشرع في الفصل الثاني من الباب الثاني من القانون 18-05 المعنون بشروط ممارسة التجارة الإلكترونية في المادتين 8و9، مع وجود

[1]- لموشية سامية: الضمانات القانونية للمشتري في عقد البيع الإلكتروني، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة-الجزائر، 2018-2019، ص39-50.

بعض الشروط متفرقة في نصوص أخرى مرتبطة بمواضيع متفرقة، إذ تعتبر هذه الشروط في الوقت ذاته التزامات شكلية للمورد الإلكتروني يتعرض للمسائلة الجنائية عن عدم توفرها، ويقع في عدم مشروعية نشاطه التجاري، وهي كذلك نوع من الحماية الإجرائية والإدارية لمنظومة التجارة الإلكترونية.

من بين هذه الشروط: الالتزام بتسجيل اسم النطاق مضاف بالامتداد com.dz لدى مصالح المركز الوطني للسجل التجاري(أولا)، وإلزامية توفر الشروط القانونية في أدوات ممارسة المورد الإلكتروني لتجارته (ثانيا)، وأن يحفظ سجلات كل المعاملات المنجزة ويرسلها إلى المركز الوطني للسجل التجاري (ثالثا).

أولا: الالتزام بتسجيل اسم النطاق مضاف بالامتداد com.dz.

لنشر موقع أو صفحة الكترونية على الإنترنت لممارسة التجارة الإلكترونية في الجزائر يشترط أن يسجل باسم نطاق مستضاف بالجزائر بامتداد "com.dz" بحيث لا يمكن ممارسة نشاط التجارة الإلكترونية إلا بعد ايداع اسم النطاق لدى مصالح المركز الوطني للسجل التجاري.[1]

واسم النطاق هو أحد عناصر العنوان الإلكتروني[2] URL، يعتبر مفتاح الدخول إلى الموقع الإلكتروني[3]، الذي يستخدم في التجارة الإلكترونية، لعرض الخدمات أو المنتجات والمعلومات المختلفة

---

[1]- ينظر: المادة 8 من القانون 18-05 المتعلق بالتجارة الإلكترونية.

[2]- وهذا العنوان يتكون من جزئين: الجزء الثابت المشترك بين جميع العناوين وهو عبارة عن البروتوكولات، والجزء المتغير هو "اسم النطاق Name Domain" الذي يتكون كذلك من مستويين الـ TLD (اختصارا لعبارة: "Top Level Domain Name " أي نطاق المستوى الأعلى).والـ SLD (اختصارا لعبارة: "seconde Level Domain Name " أي نطاق المستوى الثاني) الأول هو امتدادات تعريفية تساعد في تصنيف نوع الموقع-تجاري(com، أو تعليمي (edu)....، ولإقليمه كـ: (fr) لفرنسا، (tn) لتونس، ووهو ما قصده المشرع الجزائري بالامتداد com.dz.والثاني هو ما يعبر به صاحب الموقع من حروف وأرقام عن الاسم أو العلامة التي تعبر عن المشروع كـ: batolis أو ouedkniss...(ينظر: المومني أنس طارق ضامن: الحماية المدنية لأسماء النطاقات، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، عمان- الأردن، 2022، ص14- 15)

[3]-يقصد بالموقع الإلكتروني مجموعة من الصفحات الإلكترونية المرتبطة ببعضها البعض والمستضافة على الانترنت. يتم الوصول إليها عن طريق عنوان ويب (URL) وتحتوي عادة على محتوى متنوع مثل النصوص والصور والفيديوهات والروابط التفاعلية وغيرها، وتستخدم لغة الوسم التشعبي (HTML) لبناء صفحاتها. يستخدم الموقع الإلكتروني في التجارة الإلكترونية لعرض البائع خدماته أو منتجاته والمعلومات المختلفة حوله وحول النشاط

Scarpati Jessica, Burke John; URL (Uniform Resource Locator), Nemerrtes Research? https://www.techtarget.com/searchnetworking/definition/URL Date23/02/2024 at 02 :17

حول صاحبه وحول النشاط.[1] إذا فاسم النطاق أهم جزء في عنوان الموقع الإلكتروني، والذي بكتابته وحده على محرك البحث يوصلنا إلى عنوان الموقع الإلكتروني.

وعليه يمكننا القول أن اسم النطاق يميز نشاط المورد عبر شبكة الإنترنت أي أنه بمثابة الاسم التجاري أو العلامة التجارية في التجارة الالكترونية(من حيث الوظيفة مع مراعاة الفروق)، لذا نجد المشرع الجزائري في القانون 18-05 المتعلق بالتجارة الإلكترونية عرف اسم النطاق فقط بوصفه أهم مكون في العنوان الإلكتروني وقد عرفه في المادة 8/6 بأنه:" عبارة عن سلسلة أحرف و/أو أرقام مقيسة[2] ومسجلة لدى السجل الوطني لأسماء النطاق، وتسمح بالتعرف والولوج إلى الموقع الإلكتروني".

جمع المشرع في هذه الفقرة بين نوعين من التعريف: الأول التعريف التقني في عبارة:" سلسلة أحرف و/أو أرقام مقيسة" والثاني التعريف الوظيفي في عبارة:" وتسمح بالتعرف والولوج إلى الموقع الإلكتروني" أي أن لاسم النطاق حسب تعريف المشرع الجزائري وظيفتين هما: التعريف بالمشروع التجاري، والسماح بالولوج إلى الموقع الإلكتروني. بشرط تسجيله لدى المركز الوطني لأسماء النطاق بالجزائر.

يتم تسجيل اسم النطاق في الجزائر لدى مركز أسماء النطاقات .الجزائر (NIC.DZ)[3] وهو الهيئة المرخصة من قبل الهيئة العالمية للأسماء والأرقام على الإنترنت من أجل إدارة أسماء النطاقات في الجزائر، وهي فرع من فروع مركز البحث في الإعلام العلمي والتقني (CERIST)[4]، المسؤول عن تنفيذ برامج البحث العلمي والتطوير التكنولوجي.[5]

تتم عملية تخصيص أسماء النطاقات تحت النطاق ".dz" من خلال عملية تفويض النطاق على خوادم إدارة أسماء النطاقات.إذ يحق لأي كيان مقيم في الجزائر، أو لديه تمثيل قانوني في البلاد، أو يمتلك

---

[1]-See :https://fvs.com.sa/ Date23/02/2024 at 02:35.

[2]- مقيسة أو موحدة أي أن اسم النطاق عبارة عن سلسلة من عدد من الحروف من (a-z)، أو الأرقام من (0-9)، أو الرموز ك: (&-@-$) لا تتجاوز 63 حرفا، ولا تكون محجوزة سابقا، والمعنى المقصود بها هو أن السلسلة (مثل اسم النطاق) تم إنشاؤها أو تنظيمها وفق معايير محددة ومعتمدة رسميا، سواء كانت تقنية أو قانونية. ينظر: www.icann.com

[3]-Network Internet Center.DZ

[4]-https://www.cerist.dz

[5]-ميثاق التسمية للإمتداد.الجزائر، جانفي 2012، http://NIC.DZ

وثيقة تثبت حقوق الملكية فيها، التقدم لهذا المركز للحصول على اسم نطاق تحت هذا الامتداد، كما يتم هذا التسجيل من خلال مسجلين معتمدين من قبل مركز أسماء النطاقات.الجزائر، ويعرفون باسم "registrar" مثل "WISSAL/ EPAY/ISSALNET". إذا استوفى المتقدم للطلب الشروط القانونية المنصوص عليها في ميثاق التسمية المنشور على الموقع الإلكتروني للمركز، يتيح هذا الأخير للمتقدمين الاستفادة من الخدمة تسجيل النطاقات مجانا دون تكلفة على الموقع: www.registrar.nic.dz [1]

ثانيا: إلزامية توفر الشروط القانونية في أدوات ممارسة المورد الإلكتروني لتجارته.

يجب أن يخضع نشاط المورد الإلكتروني لقوانين التجارة الإلكترونية المحلية والدولية، بحيث يراعي الشروط المنصوص عليها في مختلف التشريعات المتعلقة بالموضوع، كقانون التجارة الإلكترونية 18-05 والقانون 15-04 المتعلق بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين، والقانون 04-02 الذي يحدد القواعد المطبقة على الأنشطة التجارية، وكذا القانون 03-09 المتعلق بحماية المستهلك قمع الغش، حسب المادة 35 من القانون 18-05 أيضا:" يخضع المورد الإلكتروني للتشريع والتنظيم المعمول بهما المطبقين على الأنشطة التجارية وحماية المستهلك". إذا كان نشاطه محليا فقط، أما إذا كان نشاطه يتسع خارج حدود الدولة الجزائرية فيلتزم المورد الإلكتروني بالخضوع لأنظمة وسياسات الأيكان"ICANN"[2]، وقوانين التحكيم والقوانين النموذجية للتجارة الإلكترونية والدولية. ويشمل ذلك:

– توفير وسائل تسمح بالتأكد من صحة الموقع، من خلال احتوائه على المعلومات الضرورية حول الشركة ونشاطها وسياساتها وشركاءها، وهو ما نصت عليه المادة 2/8 من القانون 18- والتي تنص: "يجب أن يتوفر الموقع الإلكتروني للمورد الإلكتروني على وسائل تسمح بالتأكد من صحته".

– كذلك إلزامية تأمين منصات الدفع الإلكتروني الخاصة به بتصديق إلكتروني،[3] ووجوب خضوعها

---

[1]–المرجع نفسه.

[2]–اختصارا بالإنجليزية لـ: Internet Corporation For Assigned Names And Numbers، أو الشركة الدولية لأسماء وأرقام الإنترنت المخصصة، هي هيئة غير ربحية تم تأسيسها في عام 1998. ا تتولى مسؤولية تنسيق بعض الجوانب الحيوية لعملية الإنترنت، مثل تخصيص عناوين الآي بي(IP) ، وتخصيص معرفات البروتوكولات، وإدارة أسماء النطاقات العلوية(TLDs) ، مثلcom. وorg. و.net. تهدف كذلك إلى ضمان استقرار وأمان وتوحيد الشبكة العالمية للإنترنت.

اطلع عليه بتاريخ: 2024/05/30 في 03:40. https://www.icann.org/ar/getting-to-know-icann

[3]– المادة 28 من القانون 18-05.

لرقابة بنك الجزائر لضمان استجابتها لمتطلبات التشغيل البيني[1]، وسرية البيانات وسلامتها،[2] فاشترط المشرع في المادة 2/27 من القانون ذاته، أنه في حال كان الدفع إلكترونيا أن يتم من خلال منصات دفع مخصصة لهذا الغرض منشأة ومستغلة حصريا من طرف البنوك المعتمدة من قبل بنك وبريد الجزائر وموصولة بأي نوع من أنواع محطات الدفع الإلكتروني عبر شبكة المتعامل العمومي للمواصلات السلكية واللاسلكية.

ثالثا: إلزامية التسجيل في السجل التجاري أو سجل الصناعات التقليدية والحرفية.

يلزم المورد الإلكتروني بالتسجيل في السجل التجاري أو سجل الصناعات التقليدية والحرفية حسب النشاط بالنسبة للحرفيين، وتبعا لذلك تنشأ بطاقية وطنية للموردين الإلكترونيين لدى المركز الوطني للسجل التجاري، تضم الموردين الإلكترونيين المسجلين، وتنشر هذه البطاقية[3] عن طريق الاتصالات الإلكترونية وتكون في متناول المستهلك.[4]

أما التجار فيعتبر القيد في السجل التجاري من أهم شروط اكتساب صفة التاجر، إذ تعتبر انطلاقة بالنسبة لكل نشاط تجاري سواء كان التاجر شخصا طبيعيا أو شخصا معنويا،[5] ولأن المورد الإلكتروني يحمل صفة التاجر فهو كذلك معني بالقيد في السجل التجاري، وبحكم نشاطه الإلكتروني فكون أدواته التجارية إلكترونية نتيجة حتمية، أي أن التزامه بالقيد في السجل التجاري، يتحقق بالطريق الإلكتروني.[6]

---

[1]-يقصد به قدرة الأنظمة الإلكترونية على تبادل البيانات بشكل آمن وتلقائي بغض النظر عن الحدود الجغرافية أو السياسية أو التنظيمية.

اطلع عليه بتاريخ:.14/10/2023 في 15:06 http://aws.amazon.com

[2]- المادة 29 من القانون 18-05.

[3]- ينظر الملاحق رقم 1.

[4]- ينظر المادة 8 و9 من القانون 18-05 المتعلق بالتجارة الإلكترونية، وينظر البطاقية الوطنية لأسماء النطاق المسجلة لدى المركز الوطني لتسجيل اسم النطاق على الرابط: http://NIC.DZ

[5]- رحالي سيف الدين: السجل التجاري الالكتروني ضمانة لتأطير المعاملات التجارية الالكترونية، مجلة بحوث في القانون والتنمية ، ع1، مج1، 2021، ص72.

[6]- عرف بتعريفات عديدة لكن أصح التعريفات هو الذي يدرج تعريف السجل التجاري التقليدي، مع إضافة خصوصية السجل التجاري الإلكتروني، إذ عرف بناء على ذلك بأنه: " نظام لتسجيل وشهر البيانات الشخصية للتجار، أعمالهم وأوضاعهم التجارية، بطريقة شخصية بحيث يشكل آلية قانونية لتوثيق عمل التاجر وإثباته من الناحية القانونية، أو الاحتجاج به في مواجهة الغير، سواء كانوا أشخاصا طبيعيين أو معنويين، لكن يمتاز السجل التجاري الإلكتروني بحمل رمز إلكتروني محدد بالشفرة البيانية (س ت أ)"(سوالم سفيان، مسياد أمينة: تطبيقات

وهذا الالتزام ليس حكرا على المورد الإلكتروني فقط، كونه تاجر في الفضاء الرقمي وإنما هو التزام عام بين كل التجار مهما كانت صفتهم أو طبيعة نشاطهم، كما هو الشأن في الالتزام بالقيد في السجل التجاري التقليدي، لأن هذا الإجراء قام به المركز الوطني للسجل التجاري منذ سنة 2014 تطبيقا للقانون 13-06[1] المعدل والمتمم للقانون 04-08 المتعلق بشروط ممارسة الأنشطة التجارية، حيث تضيف المادة 3 منه المادة 5 للقانون 04-08 التي تنص على:" يمكن القيد في السجل التجاري بالطريقة الإلكترونية. يمكن إصدار مستخرج السجل التجاري بواسطة إجراء إلكتروني، يحدد نموذجه عن طريق التنظيم"

أباحت هذه المادة القيد في السجل التجاري أو إصدار مستخرجه بالطرق والإجراءات الإلكترونية،[2] كما أحالت على المرسوم التنفيذي 15-111[3] الذي يحدد كيفيات القيد والتعديل والشطب من السجل التجاري، الذي نص في مادته 3 على إمكانية القيد في السجل التجاري عن طريق إرسال الوثائق المتعلقة به إلكترونيا، وفقا للإجراءات التقنية للتوقيع والتصديق الإلكترونيين.

وعلى المرسوم التنفيذي رقم 18-112 [4]الذي يحدد نموذج مستخرج السجل التجاري الصادر

الإدارة الإلكترونية في مؤسسات الخدمة العمومية"السجل التجاري الإلكتروني أنموذجا"، مجلة الحدث للدراسات المالية والاقتصادية، ع7، 2021، ص49) س ت أ: سجل تجاري إلكتروني.

[1]- القانون رقم 13-06 مؤرخ في 14 رمضان عام 1434 الموافق 23 يوليو سنة 2013، يعدل ويتمم القانون رقم 04-08 المؤرخ في 27 جمادى الثانية عام 1425 الموافق 14 غشت سنة 2004 والمتعلق بشروط ممارسة الأنشطة التجارية، ج.ر39، الصادرة 22 رمضان عام 1434هـ الموافق لـ 31 يوليو سنة 2013م.

[2]-لكن هذا الأمر لازال حبيس عدم وصعوبة التنفيذ على أرض الواقع، فرغم كل النصوص القانونية سابقة الذكر، إلا أن المركز الوطني للسجل التجاري أتاح للمتعاملين الراغبين في القيد أو التعديل أو الشطب إلكترونيا فقط إمكانية تقديم طلب موعد للقيد، وإمكانية تحميل الاستمارة الخاصة إما بالقيد أو التعديل أو الشطب الموجودة على مستوى البوابة الإلكترونية للمركز في شكل pdf، مما يعني أن ملئ الاستمارة يكون يدويا، وحتى بالنسبة للوثائق المطلوبة في ملف السجل التجاري، إذ هناك وثائق متعلقة بالشخص وأخرى متعلقة بالمحل والنشاط، وهذه الوثائق يتم استخراجها من إدارات مختلفة قد تكون هذه الإدارات لا تقدم الوثائق الصادرة عنها بالشكل الإلكتروني، إذا فالأمر يقتصر على سحب الاستمارة لتقديمها لاحقا مرفقة بباقي الوثائق الإدارية المطلوبة لدى مركز السجل التجاري على مستوى الولاية التي يدخل في دائرة اختصاصها إقليميا، لأنه لا يمكن استكمال كل المراحل إلكترونيا كما سبق وذكرنا.(سوالم سفيان، مسياد أمينة: المرجع السابق، ص53)

[3]- المرسوم التنفيذي رقم 15-111 المؤرخ في 14 رجب عام 1436هـ الموافق 3 ماي 2015م الذي يحدد كيفيات القيد والتعديل والشطب من السجل التجاري، ج.ر24، الصادرة في 24 رجب عام 1436هـ الموافق 13 مايو سنة 2015م.

[4]- المرسوم التنفيذي 18- 112 المؤرخ في 18 رجب عام1439 الموافق 5 أفريل2018 م الذي يحدد نموذج مستخرج السجل التجاري الصادر بواسطة إجراء الكتروني، ج.ر21، الصادرة في 24 رجب عام 1439هـ الموافق 11 أفريل 2018م.

بواسطة إجراء إلكتروني، الذي تم من خلاله إدراج في مستخرج السجل التجاري الالكتروني رمزا مؤمنا تنص عليه المادة 2 من هذا المرسوم على: "يدرج في مستخرج السجل التجاري للتجار، الأشخاص الطبيعيين أو المعنويين، رمز إلكتروني يدعى السجل التجاري الإلكتروني"س.ت.أ" ، يهدف هذا الرمز إلى تأمين مستخرج السجل التجاري، وإثبات صحة ومراقبة المعطيات لأنه عبارة عن شفرة بيانية تتضمن معطيات ومعلومات مشفرة حول التاجر حسب المادة 3 من المرسوم ذاته.

كما تبين المادة 5 كيفية ووسيلة قراءة هذا الرمز الإلكتروني، إذ تتم بأي جهاز مزود بنظام التقاط الصور كالهواتف أو ساعات الذكية، أو لوحات إلكترونية، بواسطة تطبيق يتم تحميله من البوابة الإلكترونية للمركز الوطني للسجل التجاري.[1]

يوجد هذا الرمز المؤمن في التطبيق بنسختين، الأولى موجهة للجمهور حيث تسمح هذه النسخة بالتعرف على هوية صاحب السجل التجاري، أما النسخة الثانية فهي موجهة إلى كل من المراقبين والبنوك ومصالح والضرائب والجمارك، إذ تسمح هذه النسخة لهم بالوصول إلى معلومات كاملة حول المؤسسة وصاحب السجل التجاري من أجل ضبط التعاملات التجارية الالكترونية وحساباتها وإرساء مبادئ الحكومة الإلكترونية المفتوحة من جهة أخرى.[2]

وتبرز أهمية السجل التجاري القانونية من خلال وظيفته الإشهارية والإعلامية، التي يقصد بها ترتيب الآثار القانونية إثر القيد في السجل التجاري، وتكون للمعلومات المقيدة الحجية التامة في مواجهة الغير، أي أنها توضع في متناول الجمهور قصد الإطلاع عليها في أي وقت للاطمئنان على سلامة المعاملة قبل إتمامها مما يدعم الثقة والائتمان في التعاملات التجارية.[3]

نستنتج في آخر هذا البند: إن التداخل بين الجوانب التقنية والتشريعية في تنظيم العقود الإلكترونية يطرح إشكاليات متعددة تتعلّق بتطبيق القوانين المنظمة لهذه العقود، حيث إن بعض الشروط التي يفرضها القانون لممارسة التجارة الإلكترونية أو لإبرام العقود الإلكترونية تتطلب تجهيزات وبرمجيات تقنية متخصصة،

---

[1]- https://sidjilcom.cnrc.dz/ar/web/cnrc/chahada22

[2]- بوزانة أيمن، حمدوش وفاء: التجارة الإلكترونية في سياق القانون رقم 18-05 والمراسيم التنفيذية المتعلقة بالسجل التجاري الإلكتروني في الجزائر، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، ع01، مج06، 2021، ص 1848.

[3]-سوالم سفيان، مسياد أمينة: المرجع السابق، ص50.

لا تتوفر بالضرورة لجميع الأطراف. وبالتالي، فإن اعتماد هذه الشروط كمعايير لتصنيف التجارة الإلكترونية يعد نوعا من الاجتهاد الاستباقي للتشريع، قد لا يراعي مستوى الجاهزية التقنية في الواقع، [1]وهو ما يتضح جليا في الحالة الجزائرية.

ففي الجزائر، تأخر انتشار التجارة الإلكترونية نسبيا، نتيجة لعدة عوامل، من بينها محدودية انتشار الإنترنت، وانخفاض نسبة اشتراكات الهاتف المحمول،[2] إضافة إلى التأخر في صدور إطار قانوني وطني ينظم هذا النشاط، والذي لم ير النور إلا سنة 2018، بموجب القانون رقم 18-05 المتعلق بالتجارة الإلكترونية.

وانطلاقًا من هذه النظرة الاستشرافية للتشريع، بالإضافة إلى عوامل أخرى، من بينها غياب المراسيم التنفيذية الكافية التي تفصل أحكام القانون وتوضح آليات تطبيقه، وكذلك نشوء أعراف مستقرة في مجال المعاملات الإلكترونية خلال الفترة التي سبقت صدوره، أصبح من الصعب الانتقال الفوري إلى منظومة قانونية جديدة، لا سيما حين تتضمن هذه المنظومة قواعد تخالف ما استقر عليه العرف. ونتيجة لذلك، برزت منذ البداية صعوبات عملية في تطبيق هذا القانون على أرض الواقع، سواء من قبل الأفراد أو الشركات.[3]

البند الثاني: شروط تعامل المستهلك الإلكتروني بالتجارة الإلكترونية.

عرف القانون 18-05 في المادة 3/6: "المستهلك الإلكتروني" بأنه: "كل شخص طبيعي أو معنوي يقتني بعوض أو بصفة مجانية سلعة أو خدمة عن طريق الاتصالات الإلكترونية من المورد الإلكتروني بغرض الاستخدام النهائي"

إذا المستهلك في مجال المعاملات التجارية الإلكترونية هو المستهلك نفسه في العلاقات العقدية التقليدية، لكن الفرق هو وسيلة التواصل والتعاقد الإلكترونية بين الطرفين، وهذا يعني أن للمستهلك الإلكتروني زيادة على الحقوق المقررة بموجب قانون التجارة الإلكترونية، كافة الحقوق المقررة للمستهلك

---

[1]- Labbé Eric :La multiplicité des normes encadrant le contrat électronique: l'influence de la technologie sur la production de normes, Le contrat électronique: Conférence organisée par le Programme international de cooperation scientifique (CRDP/ CECOJI), Montréal, 2003, p2.

[2]- بن نامة فاطمة الزهرة، عدة مُحَّد، بن نامة نورية: المرجع السابق، ص 86.

[3]-ينظر: مزهود نور الدين، مقدم ياسين: المرجع السابق، ص38

التقليدي،[1] من خلال التعريف ونصوص القانون 18-05 يمكننا حصر شروط اكتساب صفة المستهلك الإلكتروني، أن يكون الاستهلاك لغرض غير مهني (أولا)، أن يتمتع بالأهلية القانونية لإبرام العقد (ثانيا)، أن يلتزم بمراجعة تفاصيل الطلبية الإلكترونية قبل التأكيد (ثالثا).

أولا: أن يكون الاستهلاك لغرض غير مهني.

يشترط أن يكون المستهلك من الأشخاص الذين يحصدون أو يستعملون السلع والخدمات لاشباع حاجاتهم، لأن المستهلك يشمل صنفين فقد يكون هو الذي يقتني سلعا وخدمات من أجل اشباع حاجاته الشخصية، أو الصنف الثاني فهو الغير الذي لا تربطه علاقة عقدية مع المورد الإلكتروني لكن هو المعني باستهلاك السلعة أو الخدمة، كأن يقتني المستهلك المتعاقد مع المورد سلعا وخدمات لا يستعملها هو بذاته لكن يستعملها أفراد عائلته، فهؤلاء يعدون مستهلكا رغم أنهم ليسوا طرفا في العقد الإلكتروني المبرم بين المستهلك والمورد الإلكترونيين.[2] كما يجب أن يكون محل الاستهلاك هو السلع والخدمات، أي أن الغرض من الحصول على السلعة أو الخدمة غرض شخصي وليس تجاري ربحي.[3] فالمشرع عند تعريفه للمستهلك الإلكتروني أقصى فكرة المورد الإلكتروني أو التاجر أو أي طرف يسعى إلى التعاقد الإلكتروني بغرض تحقيق ربح من الحماية بموجب قانون التجارة الإلكترونية.[4]

ثانيا: أن يتمتع بالأهلية القانونية لإبرام العقد.

بما أنه يتم إبرام العقد الإلكتروني عبر وسائل الاتصال الإلكترونية دون حضور أطراف العقد، الأمر الذي يرتب على كل طرف من طرفي العقد التأكد من أهلية المتعاقد الآخر، تجنبا لأن يتم التعاقد مع ناقص الأهلية،[5] فبالنسبة للمورد الإلكتروني لا تطرح إشكالية الأهلية لأنه تاجر بمفهوم التشريع ملزم بتسجيل اسم نطاقه وتسجيل علامته التجارية، والتسجيل في المركز الوطني للسجل التجاري، وكل هذه الإجراءات

---

[1]-بن شهر شول: حماية المستهلك في عقود التجارة الإلكترونية، مجلة الواحات والبحوث والدراسات، ع03، 2008، ص214.

[2]- لموشية سامية: المرجع السابق، ص 59-60.

[3]-بن شهر شول: المرجع السابق، ص215.

[4]- لموشية سامية: المرجع السابق، ص 60.

[5]- الفهداوي محمد هادي فرج: الأهلية القانونية للتعاقد في البيئة الإلكترونية(دراسة مقارنة)، رسالة ماجيستير، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، عمان-الأردن، 2020، ص41.

تتطلب وثائق إثبات الأهلية التجارية، أي أن المورد شخص يمتلك أهلية الأداء بمفهوم التشريع التجاري، أما المستهلك الإلكتروني فلم يتحدث المشرع الجزائري عن الأهلية بالنسبة له في القانون 18-05، لأنه تحدث عن وسائل إثبات الهوية والأهلية القانونية من بينها التوقيع والتصديق الإلكترونيين، لكن قد يحدث غش أو تدليس مما يجد المورد نفسه في مواجهة ناقص الأهلية. لذا يرجع الأمر إلى القواعد العامة ففي المادة 40 من ق.م.ج حدد سن الرشد بـ 19 سنة كاملة ولم يحجر عليه لعارض من عوارض الأهلية.

ثالثا: أن يلتزم بمراجعة تفاصيل الطلبية الإلكترونية قبل التأكيد عليها.

يزيد عدم التفاعل بين الأطراف بشكل مباشر من مخاطر الغموض أو اللبس في مضمون العقد. لذا يشترط المشرع على المستهلك الاطلاع الدقيق على كل تفاصيل الطلبية قبل تأكيده، فاشتراط مراجعة تفاصيل الطلب قبل تأكيده من أهم الضمانات الإجرائية التي كفلها المشرع الجزائري للتقليل من المنازعات اللاحقة،[1] إذ نصت المادة 12 من القانون 18-05 على: "تمر طلبية منتوج أو خدمة عبر ثلاث مراحل إلزامية:

- وضع الشروط التعاقدية في متناول المستهلك الإلكتروني، بحيث يتم تمكينه من التعاقد بعلم ودراية تامة،
- التحقق من تفاصيل الطلبية من طرف المستهلك الإلكتروني، لاسيما فيما يخص ماهية المنتوجات أو الخدمات المطلوبة، والسعر الإجمالي والوحدوي، والكميات المطلوبة بغرض تمكينه من تعديل الطلبية، وإلغائها أو تصحيح الأخطاء المحتملة،
- تأكيد الطلبية الذي يؤدي إلى تكوين العقد.

يجب أن يكون يكون الاختيار الذي يقوم به المستهلك معبرا عنه بصراحة..."

الفرع الثاني: ضوابط تعامل المتعاقدين بالتجارة الإلكترونية شرعا.

جاء الإسلام بمجموعة من القيم والضوابط التي تحكم المعاملات التجارية، عكس النظام المالي المحايد تجاه القيم، فإذا ما انطبقت هذه القيم والضوابط على معاملات المسلمين من خلال التجارة الإلكترونية

[1]- في المقابل يلتزم المورد الإلكتروني بتمكين المستهلك من ذلك.

تصبح هذه التجارة مباحة شرعا،[1] وأبرز هذه الضوابط:

الضابط الأول: جواز المحل والتصرف.

مقتضى هذا الضابط حرمة أن يكون محل المعاملة من المحرمات كالخنزير والخمر والأطعمة والأشربة المحرمة عامة، والصلبان، والتماثيل والكتب والأفلام التي تحتوي على فواحش ومواد غير أخلاقية، وغير ذلك. والبعد عن التصرفات المؤدية إلى الكسب الحرام كالربا والاحتكار وتطفيف الميزان والكيل والقمار، وعدم مخالفة أي نشاط لنص شرعي.[2] كما لا تشمل الإباحة النكاح لاشتراط الإشهاد فيه ولا الصرف لاشتراط التقابض ولا السلم لاشتراط تعجيل رأس المال.[3]

والأدلة على ذلك كثيرة منها على سبيل المثال لا الحصر:

قوله تعالى: ﴿ إِنَّ ٱلَّذِينَ يُحِبُّونَ أَن تَشِيعَ ٱلۡفَٰحِشَةُ فِي ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَهُمۡ عَذَابٌ أَلِيمٞ فِي ٱلدُّنۡيَا وَٱلۡأٓخِرَةِ وَٱللَّهُ يَعۡلَمُ وَأَنتُمۡ لَا تَعۡلَمُونَ ١٩ ﴾ النور [19] وهذه المسألة شائعة جدا في وقتنا الحاضر من تداول وإتجار إلكتروني في الأفلام والأغاني والكتب...، المتضمنة للرذيلة والفاحشة والتي تشجع على شيوعها في المجتمع وهي حرام شرعا.

يعتبر جواز المحل والتصرف أهم ضابط للتجارة الإلكترونية لما تعرفه من انفتاح باعتبار طبيعتها الدولية التي لا تعرف الحدود والأقاليم، جعل منها مجالا مفتوحا لكل أنواع المعاملات دون حد، ومن هنا اتسعت دائرة استغلال هذا النوع من المعاملات في التجارة غير المشروعة كالمخدرات، واستغلال الأطفال في التجارة الجنسية، بيع وشراء الصور والمقاطع الإباحية وتسهيل البغاء، وانتحال صفة الغير والقيام بنشاطات تجارية نيابة عنهم، واقتحام مواقع الغير لإلحاق الضرر بهم والإتجار بما يخصهم دون وجه حق، وارتكاب الجرائم المالية كالسطو على البطاقات والحسابات المصرفية خاصة الإلكترونية منها، وغسيل الأموال، ولعب القمار.[4] وغيرها كثير خاصة

---

[1]- الجنكو علاء الدين بن عبد الرزاق: المرجع السابق، ص343.

[2]-سالمي فتيحة: التجارة الإلكترونية وضوابطها في الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري، مجلة الحقيقة للعلوم الاجتماعية والإنسانية، ع4، مج21، 2022، ص96-100/ الجنكو علاء الدين بن عبد الرزاق: المرجع السابق، ص343.

[3]- القرار رقم (6/3/52)، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، ع6، جدة، 1990، ج2، ص785.

[4]- مبارك حفيظة: المعاملات الإلكترونية في ميزان الشريعة الإسلامية تأصيل وتأسيس دراسة مقارنة بالقانون، مجلة المعيار، ع5، مج26، 2022، ص292.

بظهور التقنيات الجديدة التي أصبحت في متناول الصغير قبل الكبير.[1]

الضابط الثاني: الأهلية.

أن يكون العاقد أهلا للتصرف، وهو: الرشيد، العاقل فلا يصح البيع من صغير غير مميز، ومجنون، وسفيه، لكن الصبي إذا كان غير مميز فقد اتفق الفقهاء على عدم أهليته، فلا يقبل بيعه، أو شراؤه، وإن أجازه الولي، لأنه ليس أهلا للتصرف.[2]

أما الصبي المميز ففي التصرفات الدائرة بين النفع والضرر بحسب أصل وضعها، كالبيع والإجارة وسائر المعاوضات المالية، في الراجح يصح صدورها منه، باعتبار ما له من أصل الأهلية؛ ولاحتمال أن فيها نفعا له، إلا أنها تكون موقوفة على إجازة الولي أو الوصي لنقص أهليته، فإذا أجازها نفذت، وإن لم يجزها بطلت. [3]

الضابط الثالث: مراعاة مقاصد الشريعة.

إذا تحققت من خلال المعاملات التجارية الإلكترونية المقاصد المتعلقة بالشأن المالي، وخاصة مقصد الثبات، ومقصد الوضوح ومقصد النماء، فضلا على أن هذه الشروط في الغالب بمثابة وسائل تحول دون وقوع الغش، والتزوير، والتلفيق، وإضاعة المال بل إنه يترتب على الالتزام بهذه الشروط جلب منفعة معتبرة للأطراف المختلفة متمثلة في تخفيف العبء، والتكالبف وسرعة الإنجاز والتنفيذ،[4] أي أن تؤدي التجارة الإلكترونية إلى حفظ الضروريات الخمس كحفظ النفس والمال، أو دفع مفسدة تخل بالكليات الخمس.[5]

ومن بين المقاصد المتعلقة بجلب المنافع في المعاملات التجارية الإلكترونية: حفظ المال ورواجه، كلية من كليات الشريعة ومقصدا من مقاصدها الضرورية، فالتجارة تعد من أهم وسائل حفظ الأموال ونمائها، والتجارة الإلكترونية أحد مفرزات التطور التي تساهم في رواج ونماء المال أكثر، بحيث جلبت أسواق العالم

---

[1]-وعلى هذا تدخل المشرع الجزائري في القانون 18-05 بمنع المحرمات والممنوعات وتحقيقا لهذا الضابط في المادة 3منه.

[2]- الظفيري طلال فهد فالح فهاد: التجارة الإلكترونية من منظور شرعي، مجلة الدراسات الإسلامية والبحوث الأكاديمية، ع99، مج15، 2020، ص203.

[2]- الضويان ابراهيم بن مُحَمَّد بن سالم: منار السبيل في شرح الدليل، تح: زهير الشاويش، ط7، المكتب الإسلامي، دمشق-سوريا، 1409هـ-1989م، ج1، ص307.

[4]- الضويان ابراهيم بن مُحَمَّد بن سالم: المرجع السابق، ص36-37.

[5]- زهر الدين عبد الرحمان: مقاصد الشريعة في أحكام البيوع، د.ط، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان، د.ت.ن، ص261-262.

إلى قاصديها بعد أن كان يتكبد هؤلاء عناء السفر قاصدين إليها، مما يحقق مقصدا آخر من مقاصد الشريعة وهو مقصد التيسير في المعاملات.[1]

وكذا مقصد تحقيق النفع لطرفي المعاملة، وعلى ذلك فما لا منفعة فيه حسا أو شرعا لا يجوز التعامل أو الاتجار به،[2] لذا فمن شروط البيع "النفع" أي الانتفاع به شرعا ولو في المآل فلا يصح بيع ما لا نفع فيه لأنه لا يعد مالا، فأخذ المال في مقابلته ممتنع للنهي عن إضاعة المال،[3] كالمتاجرة بالكلاب والقطط مثلا التي لا فائدة ترجى منها وقد نهى النبي ﷺ عن ثمن الكلب في رواية للبخاري ومسلم [4]، وفي رواية أخرى لمسلم عن أبي الزبير قال: سألت جابرا عن ثمن الكلب والسنور؟ قال: زجر النبي ﷺ عن ذلك.[5] واستثنى من تلك الحرمة كلب الصيد أوماشية أو زرع وحرث،[6] المستفاد الحرمة والاستثناء الوارد عليها، أن ما كان من الاقتناء يترتب عليه نفع راجح، إما بجلب مصلحة أو دفع مفسدة عن النفس أو المال، فهو جائز شرعا ومشروع. وأما ما خلا من ذلك، فلا وجه لاقتنائه، ويكون الخوض فيه غير جائز شرعا.

ومن قواعد درء المفاسد منع الغرر، والضرر والغش، والظلم، ومنع كل مايؤدي إلى المنازعة ويورث الكره والحقد لدى المتعاملين.[7]

الضابط الرابع: التراضي أو الرضا.

---

[1]- سخان نادية، منصوري راوية: التجارة الإلكترونية بالدروب شيبينغ في ميزان الشرع، الملتقى الوطني: التجارة الإلكترونية-بين موقف الفقه الإسلامي والتنظيم القانوني-،كلية الشريعة والاقتصاد، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، قسنطينة-الجزائر، 2023/05/10، ص2./ مبارك حفيظة: المرجع السابق، ص283.

[2]- سالمي فتيحة: المرجع السابق، ص 97.

[3]-الخطيب الشربيني: مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، تح: علي محمد معوض، عادل أحمد عبد الموجود، ط1، دار الكتب العلمية، لبنان، 1415هـ-1994م، ج2، ص343.

[4]-أخرجه البخاري في صحيحه، عن عبد الله بن يوسف، عن مالك، عن ابن شهاب، عن أبي بكر بن عبد الرحمن، عن أبي مسعود الأنصاري ﷺ، كتاب البيوع رقم (39)، باب ثمن الكلب رقم (112)، ح.ر2122، ج2، ص779. وأخرجه مسلم في صحيحه، عن أبي بكر بن عبد الرحمن، عن أبو مسعود الأنصاري؛كتاب المساقاة رقم (22)، باب تحريم ثمن الكلب. وحلوان الكاهن، ومهر البغي. والنهي عن بيع السنور رقم (9)، ح.ر1567، ج3، ص1198.

[5]-أخرجه مسلم في صحيحه، عن سلمة بن شبيب، عن الحسن بن أعين، عن معقل عن أبي الزبير، كتاب المساقاة رقم (22)، باب تحريم ثمن الكلب وحلوان الكاهن ومهر البغي والنهي عن بيع السنور رقم (9)، ح.ر 1569، ج3، ص1199.

[6]-أخرجه مسلم في صحيحه، عن عبد الله بن دينار؛ أنه سمع ابن عمر قال: قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ {**مَنِ اقْتَنَى كَلْبًا إِلَّا كَلْبَ ضَارِيَةٍ أَوْ مَاشِيَةٍ، نَقَصَ مِنْ عَمَلِهِ، كُلَّ يَوْمٍ، قِيرَاطَانِ**}، كتاب المساقاة رقم (22)، باب تحريم ثمن الكَلب. وحلوان الكاهن، ومهر البغي. والنهي عن بيع السنور رقم (9)، ح.ر 1575، ج3، ص1202.

[7]- محمد عبد الحليم عمر: المرجع السابق، ص292-293.

يعتبر الرضا من جميع الأطراف أصلا عاما في العقود، وعليه فقد اشترط الشارع الحكيم هذا الضابط في التجارة عموما في قوله تعالى ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ لَا تَأۡكُلُوٓاْ أَمۡوَٰلَكُم بَيۡنَكُم بِٱلۡبَٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً تَرَاضٖ مِّنكُمۡ وَلَا تَقۡتُلُوٓاْ أَنفُسَكُمۡ إِنَّ ٱللَّهَ كَانَ بِكُمۡ رَحِيمٗا ٢٩ ﴾ النساء [29].

ويتحقق هذا الضابط بأن يكون التعامل صادرا عن إرادة حرة سليمة، لا يشوبها إكراه أو ابتزاز أو نحو ذلك، لقوله ﷺ: { **إِنَّ اللَّهَ قد تَجَاوَزَ عَنْ أُمَّتِي الْخَطَأَ وَالنِّسْيَانَ وَمَا اسْتُكْرِهُوا عَلَيْهِ** }[1] ويتعين التأكيد على هذا الضابط لعموم المسلمين، نظرا لما يشيع في هذا الفضاء الإلكتروني من ممارسات واحتيالات ترمي إلى سلب إرادة الأفراد، واستغلالهم لتحقيق أرباح مالية أو غيرها.

وعليه، فإن الدخول في معاملات التجارة الإلكترونية لا يكون مشروعا إلا إذا صدر عن رضا تام وقناعة راسخة، بقصد تحقيق منفعة مشروعة أو دفع مفسدة متوقعة.

الضابط الخامس: العدل بين طرفي المعاملة.

تتحقق العدالة في التجارة الإلكترونية في توازن المنفعة والعائد من المعاملة لكل أطراف التجارة، ومنعت الشريعة المتعاقدين من كل ما يفسد حقوقهم وحثتهم على الالتزام بمقتضيات تلك العقود وشروطها، ودعتهم إلى الموازنة بين المأخوذ والمدفوع منها، إقامة للقسط بين الناس وتحقيقا لمقصد العدل فيها.[2]

وقد قال الله تعالى: ﴿ وَأَوۡفُواْ بِٱلۡعَهۡدِۖ إِنَّ ٱلۡعَهۡدَ كَانَ مَسۡـُٔولٗا ٣٤ ﴾ الإسراء [34]

وقال أيضا:﴿ وَأَقِيمُواْ ٱلۡوَزۡنَ بِٱلۡقِسۡطِ وَلَا تُخۡسِرُواْ ٱلۡمِيزَانَ ﴾ الرحمن [9]

أي أن الشريعة تحث المتعاقدين على الالتزام بالشروط والضوابط التي تضمن تحقيق العدالة والتوازن في العقود، بحيث يكون المأخوذ من المال أو المنفعة معادلاً لما يدفع في مقابله، وهذا ما يعرف فقها بتحقيق مبدأ التكافؤ في المعاوضات. ومتى اختل التوازن، فإن العقد يدخل دائرة العقود الفاسدة أو المحرمة، التي تفضي إلى النزاع والخصومة والظلم، وهو ما جاءت الشريعة لدفعه ورفعه تحقيقا لمقصد حفظ المال وتحقيق العدل بين الناس. [3]

الضابط السادس: اللزوم.

---

[1]-أخرجه ابن ماجة في سننه، عن أبي ذر الغفاري، أبواب الطلاق، باب طلاق المكره والناسي(16)، ح.ر 2043، ، تح: شعيب الأرنؤوط وآخرون، ط1، دار الرسالة العالمية، دمشق-سوريا، 1430هـ-2009م، ج3، ص199.

[2]- سالمي فتيحة: المرجع السابق، ص97.

[3]-سالمي فتيحة: المرجع السابق، ص97.

أي أداء الحقوق والوفاء بالالتزامات في التعامل بالتجارة الإلكترونية والأدلة على ذلك كثيرة من الكتاب والسنة منها:

﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِ ﴾ المائدة [1] جاء في تفسير الطبري لهذه الآية عدة تفسيرات منها: "هي العقود التي يتعاقدها الناس بينهم، ويعقدها المرء على نفسه...والعقود خمس: عقد العهد، وعقد اليمين والحلف، وعقد النكاح، ، عقد الشركة... وعقد البيع ".[1]

ومن هنا جاءت القاعدة الفقهية: "الأصل في العقود اللزوم"[2] فاللزوم في العقد معناه عدم إمكان رجوع العاقد عن عقده اللازم الصحيح بإرادته المنفردة، فالأصل هو إلزام المتعاقدين بقوة الشرع والسلطان بالتنفيذ الحسن للالتزاماتهم التعاقدية، وتندرج المعاملات الإلكترونية ضمن المعاملات الملزمة لجانبين، وفي هذا النوع من المعاملات لابد لكل طرف من أداء الحقوق لأصحابها لاستحقاقه حقوقه، لأن المعاملات والعقود ليست محلا للعبث والتساهل فهو ما تقوم عليه أكثر مصالح الدين والدنيا فإذا ماقبل التحلل منه لأقل طارئ اختل نظام الحياة، ولحق الناس الضرر ولهذا أمر الشارع الحكيم بالوفاء بها وعدم نقضها.[3] مع مراعاة الإستثناءات من خيارات وحق الرجوع والإقالة التي تكفل بقوة الشرع أو بالاتفاق.

الضابط السابع: عدم اشتراط شروط مخالفة للشرع.

كاشتراط شروط تخالف نصوصا شرعية من الكتاب والسنة، أي شروط تحل حراما أو شروط تحرم حلالا، أو شروط تخالف مقتضى العقد، وقد قال الرسول ﷺ: **{مَا بَالُ رِجَالٍ يَشْتَرِطُونَ شُرُوطًا لَيْسَتْ فِي كِتَابِ اللَّهِ، مَا كَانَ مِنْ شَرْطٍ لَيْسَ فِي كِتَابِ اللَّهِ فَهُوَ بَاطِلٌ، وَإِنْ كَانَ مِائَةَ شَرْطٍ}**.[4]

---

[1]-الطبري، مُحَمَّد ابن جرير: جامع البيان عن تأويل آي القرآن، تح: عبد الله بن عبد المحسن التركي، ط1، دار هجر للطباعة والنشر والتوزيع والإعلان، القاهرة-مصر، 2001م-1422هـ، ج8، ص10.

[2]-الزحيلي، مُحَمَّد مصطفى: القواعد الفقهية وتطبيقاتها، دار الفكر، ط1، دمشق- سوريا، 1437هـ-2007م، ج1، ص113.

[3]-مبارك حفيظة: المرجع السابق، ص289.

[4]-أخرجه البخاري في صحيحه، عن عبد الله بن يوسف، عن مالك، عن هشام بن عروة، عن أبيه، عن عائشة ﵂، كتاب البيوع رقم (39) ، باب إذا اشترط شروطا في البيع لا تحل رقم (73) ، ح.ر2060، ج2، ص759./ وأخرجه مسلم في صحيحه، عن ليث عن ابن شهاب، عن عروة، عن عائشة،كتاب العتق رقم (20)، باب إنما الولاء لمن أعتق رقم (2)، ح.ر 1504، ج2، ص1141.

وقال أيضا: { الْمُسْلِمُونَ عَلَى شُرُوطِهِمْ إِلَّا شَرْطًا أَحَلَّ حَرَامًا أَوْ حَرَّمَ حَلَالًا }[1] والمقصد هنا من الاستدلال بالحديث أنه قد تكون المعاملة صحيحة وملزمة وتتوافق مع الشرع، ولكن يشترط فيها شروطا فاسدة تحل حراما أو تحرم حلالا بأي شكل، فهنا إذا كان الإلتزام بتلك الشروط يقود إلى محرم أو يمنع حلالا، أويؤدي إلى الإضرار بأحد الأطراف فالمعاملة تكون صحيحة ويبطل الشرط فقط، أما إذا كان تنفيذ المعاملة في حد ذاتها بذلك الشرط يوقع في المحظور، تفسد المعاملة ككل وعلى المتعاملين مراجعة الشروط الفاسدة والمفسدة.

الضابط الثامن: أن لا تتسبب في غفلة عن ذكر الله وأداء حقوقه.

وهذا الأمر وجب التوعية إليه لما وصل إليه حال الشباب والتجار في التجارة الإلكترونية من إدمان للوسائل الإلكترونية وإقبال على الكسب بواسطتها بشكل مفرط مما يضيع دينهم، وفروضهم وتؤدي إلى إعراضهم عن ذكر الله، وتقصيرهم في واجباتهم الدنيوية تجاه عائلاتهم. وأن البيع والشراء في التجارة الإلكترونية يجري عليه ما يجري على البيوع العادية من حل وحرمة ومن منع، أي أن لايزيد الوقت الذي يقضيه المسلم في التجارة عن وقت واجباته الدينية والدنيوية الأخرى، لقوله تعالى:

﴿ رِجَالٌ لَّا تُلْهِيهِمْ تِجَرَةٌ وَلَا بَيْعٌ عَن ذِكْرِ ٱللَّهِ وَإِقَامِ ٱلصَّلَوٰةِ وَإِيتَآءِ ٱلزَّكَوٰةِ يَخَافُونَ يَوْمًا تَتَقَلَّبُ فِيهِ ٱلْقُلُوبُ وَٱلْأَبْصَٰرُ ﴿٣٧﴾ ﴾ سورة النور [37].

دلت الآية على وجوب إقامة الصلاة وعدم الالتهاء عنها بالتجارة، ووجوب دفع الزكاة المشروعة في سائر الأعمال التجارية وعروضها حسب ما يقتضيه الشرع في الموضوع.[2]

وخاصة ما ينجم عن الإلتهاء بالتجارة عادية كانت أو الإلكترونية من تأخير للصلاة عن أدائها في أوقاتها المفروضة وإعراض عن ذكر الله. فالتجارة ليست مبررا لتأخير الصلاة عن وقتها أو تركها، كما يجب على المتاجرين بالتجارة الإلكترونية كذلك ما يجب على غيرهم من إيتاء الزكاة إذا استوفوا شروطها المفروضة على المتعاملين العاديين.

---

[1]-أخرجه البيهقي في سننه، عن كثير بن عبد الله بن عمرو بن عوف، عن أبيه، عن جده، عن النبي ﷺ، كتاب النكاح رقم (10)، باب الشرط في المهر والنكاح، ح.ر2564، تح: عبد المعطي أمين قلعجي، ط1، جامعة الدراسات الإسلامية، كراتشي . باكستان، 1410هـ - 1989م، ج3، ص81. وفي رواية البخاري في صحيحه، قال النبي ﷺ: (الْمُسْلِمُونَ عِنْدَ شُرُوطِهِمْ) ، كتاب الإجارة رقم(42)، باب أجر السمسرة رقم (14)، ج2، ص749.

[2]-أمداح أحمد: التجارة الإلكترونية من منظور الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص198.

وقوله: ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِذَا نُودِيَ لِلصَّلَوٰةِ مِن يَوۡمِ ٱلۡجُمُعَةِ فَٱسۡعَوۡاْ إِلَىٰ ذِكۡرِ ٱللَّهِ وَذَرُواْ ٱلۡبَيۡعَ ذَٰلِكُمۡ خَيۡرٞ لَّكُمۡ إِن كُنتُمۡ تَعۡلَمُونَ ٩ فَإِذَا قُضِيَتِ ٱلصَّلَوٰةُ فَٱنتَشِرُواْ فِي ٱلۡأَرۡضِ وَٱبۡتَغُواْ مِن فَضۡلِ ٱللَّهِ وَٱذۡكُرُواْ ٱللَّهَ كَثِيرٗا لَّعَلَّكُمۡ تُفۡلِحُونَ ١٠ وَإِذَا رَأَوۡاْ تِجَٰرَةً أَوۡ لَهۡوًا ٱنفَضُّوٓاْ إِلَيۡهَا وَتَرَكُوكَ قَآئِمٗاۚ قُلۡ مَا عِندَ ٱللَّهِ خَيۡرٞ مِّنَ ٱللَّهۡوِ وَمِنَ ٱلتِّجَٰرَةِ وَٱللَّهُ خَيۡرُ ٱلرَّٰزِقِينَ ﴾ الجمعة [9-11]

طبقا لهذه الآية تحرم التجارة والبيع والشراء وقت النداء لصلاة الجمعة، وهذا التحريم يشمل التجارة الإلكترونية إذا كانت تستلزم تواجد المتعاقدين وقت أداء الصلاة متصلين، وبالتالي منشغلين عن إقامة صلاة الجمعة، فالعلة الانشغال عن أداء الفريضة وفي أي صورة تحققت ثبتت الحرمة.

في الأخير بما أن التجارة الإلكترونية هي مجموعة عقود وتعاملات تجارية عبر الوسائل الإلكترونية وجب علينا التنويه إلى أنه يلزم المقبل على التعامل الإلكتروني، مراعاة شروط وضوابط كل عقد على حدا، لأن العقود في الشريعة ليست على نسق واحد.[1] لأنه كما قال الرسول ﷺ: **{الحَلَالُ بَيِّنٌ وَالحَرَامُ بَيِّنٌ، وَبَيْنَ ذَلِكَ أُمُورٌ مُشْتَبِهَاتٌ، لَا يَدْرِي كَثِيرٌ مِنَ النَّاسِ أَمِنَ الحَلَالِ هِيَ أَمْ مِنَ الحَرَامِ}**.[2]

أي أن كل مقبل على معاملة تجارية إلكترونية بعد مراعاة الضوابط السابقة بصفة عامة، وجب عليه التمحيص والبحث فيها جيدا، وفي مختلف الممارسات المرتبطة بها لمعرفة حكم الشرع فيها وأيضا لموازنة منافعها ومفاسدها عملا بقول عمر رضي الله عنه: « لا بيع في سوقنا إلا من تفقه في الدين».[3]

---

[1]– الجنكو علاء الدين بن عبد الرزاق: المرجع السابق،ص 343.

[2]–أخرجه الترمذي في سننه، عن قتيبة بن سعيد، عن حماد بن زيد، عن مجالد، عن الشعبي، عن النعمان بن بشير، أبواب البيوع عن رسول الله ﷺ رقم (12)، باب ما جاء في ترك الشبهات رقم (1)، ح.ر1205، ج3، ص503.

[3]– أخرجه الترمذي في سننه، عن مالك بن أنس، عن العلاء بن عبد الرحمن بن يعقوب، عن أبيه، عن جده، عن عمر بن الخطاب، أبواب الوتر رقم (3)، باب ما جاء في فضل الصلاة على النبي ﷺ رقم (21)، ح.ر 487، ج2، ص357.

المبحث الثاني: إبرام العقود الالكترونية.

لا ينعقد العقد إلا بتوافر أركانه وشروطه المقررة شرعا وقانونا، وأهمها التراضي بين طرفيه، إلى جانب تحديد الزمان والمكان الذي يعدّ فيه العقد منعقدا، وكذلك بيان محله وسببه.

وفي ظل ظهور أنماط جديدة من المعاملات في مجال التجارة الإلكترونية، نشأت تحديات فقهية وقانونية تتعلق بكيفية إبرام العقد الإلكتروني، من حيث تحقق التراضي عبر الوسائط الإلكترونية، وتحديد زمان ومكان انعقاده بالنظر إلى طبيعته الرقمية، بالإضافة إلى ضوابط مشروعية موضوع العقد–من محل وسبب– ومدى توافقه مع القواعد العامة للعقود في القانون الوضعي، والفقه الإسلامي.

وعليه يدرس هذا المبحث أهم المسائل المتعلقة بإبرام العقود الإلكترونية من خلال ثلاثة مطالب:

الأول: التراضي في العقود الإلكترونية.

الثاني: زمان ومكان ابرام العقود الإلكترونية:

الثالث: موضوع العقود الإلكترونية.

المطلب الأول: التراضي في العقود الإلكترونية.

يعد التراضي الركن الجوهري الذي يقوم عليه العقد سواء في الفقه الإسلامي، أوفي القوانين الوضعية، حيث لا ينعقد العقد إلا إذا تلاقت إرادتان حرتان لإنشاء أثر قانوني معين. ولا يكفي مجرد وجود الرغبة الداخلية لدى الأطراف، بل لا بد أن يعبر عنها صراحة أو ضمنا بوسائل معتبرة قانونا.، تنص المادة 59 ق.م.ج على:" يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتيهما المتطابقتين دون الإخلال بالنصوص القانونية" وبما أن إرادة الشخص أمر كامن في ذاته فلا بد لها أن تظهر وذلك بالتعبير عنها وهنا يكمن التميز في العقود الإلكترونية وهي اختلاف وسائل التعبير عن الإرادة، لذا سندرس هذا الركن في فرعين: الأول نخصصه لطرق ووسائل التعبير عن الإرادة في العقود الإلكترونية، والثاني لتطابق الإرادتين في العقد الإلكتروني.

الفرع الأول: طرق ووسائل التعبير عن الإرادة في العقود الإلكترونية.

حدد المشرع في المادة 60 ق.م.ج طرق التعبير عن الإرادة التي تنص على:" التعبير عن الإرادة يكون باللفظ وبالكتابة، أو بالإشارة المتداولة عرفا كما يكون باتخاذ موقف لا يدع شك في دلالته على مقصود صاحبه ويجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمنيا إذا لم ينص القانون أو يتفق، الطرفان على أن يكون صريحا".

إذن التعبير عن الإرادة في نظرية العقد التقليدية يتم بشكل صريح أو ضمني، سواء باللفظ أو بالكتابة أو بالإشارة المتعارف عليها، باتخاذ موقف لا يدع في دلالته شكا على مقصود صاحبه.

هل تشمل هذه الطرق وسائل التعبير عن الإرادة في العقود الإلكترونية، أم أن الطبيعة الرقمية تحتاج إلى قواعد قانونية خاصة؟ وماهو موقف الفقه الإسلامي من هذه الطرق والوسائل؟

بناء عليه تتطلب الإجابة عن هذا الإشكال دراسة الفرع من الناحية القانونية ثم الفقهية في بندين:

الأول: طرق ووسائل التعبير عن الإرادة في العقود الإلكترونية قانونا.

الثالث: طرق ووسائل التعبير عن الإرادة في العقود الإلكترونية من منظور الفقه الإسلامي.

البند الأول: طرق ووسائل التعبير عن الإرادة في العقود الإلكترونية قانونا.

في التجارة الإلكترونية طريقة التعبير عن الإرادة تحددها الوسيلة المستخدمة في التعاقد، من خلال الاعتماد على أجهزة كثيرة متنوعة: أولها الأجهزة المتصلة بالأنترنت كجهاز الكومبيوتر، واللوحات الرقمية، أو الهاتف الذكي، أو ساعات اليد الذكية، أو غيرها من الأجهزة الإلكترونية الحديثة، فقط العامل المشترك والمشترط بينها هو اتصالها بشبكة الأنترنت، بحيث يمكن الوصول لأي موقع من المواقع التجارية التي تعرض سلعها وخدماتها لإجراء الصفقات والعقود التجارية من خلالها، أو إجراء اتصالات على الخط مباشرة "Online"، وهو ما يعرف بالتجارة عبر الأنترنت رغم أنها أهم صورة وأكثرها شيوعا، لكنها ليست الصورة الوحيدة للتجارة الإلكترونية بل هي جزء منها فقط لأن هذه الأخيرة لا تقتصر على إنجاز العمليات التجارية

عبر الأنترنت فقط بل تمتد لتشمل كل وسيلة إلكترونية مساعدة على إنجاز وتنفيذ المعاملات التجارية.[1]

وقد ظهرت وسائل حديثة تعرف بـ"التجهيزات الذكية"، وهي أنظمة مبرمجة مسبقًا للتعرف على حاجات معينة والتعاقد تلقائيا مع الموردين الذين يوفرون تلك الحاجات، دون الرجوع إلى المستهلك مباشرة. فعلى سبيل المثال، يمكن برمجة نظام في السيارة لرصد النقص في بعض المستلزمات، وعند حدوث ذلك، يرسل إشعارا تلقائيا إلى الشركة المختصة لتزويد السيارة بما يلزم أو لتحديد موعد للصيانة أو التزويد. وتَعد هذه العقود الإلكترونية من نماذج التعاقد عبر "الوكيل الذكي"، إذ تبرم دون تدخل بشري مباشر، وإنما من خلال أنظمة ذكية تعبر عن الإرادة بشكل تلقائي.[2]

حيث تتنوع التجارة الإلكترونية بتنوع وسائل نقل عروض وطلبات الأطراف فهناك: التجارة الإلكترونية بالوسائل الكتابية كالبريد الإلكتروني، وهناك التجارة الإلكترونية بوسائل نقل الصوت فقط كالاتصالات المباشرة، والرسائل الصوتية عبر تطبيقات مختلفة، كما توجد التجارة الإلكترونية بوسائل نقل الصوت والصورة كالفيديو والمحادثات المباشرة.[3]

أي أنه يتم التعبير عن الإرادة إلكترونيا بتبادل الأطراف الرضا لفظا عبر المحادثات المرئية والمسموعة أو المسموعة فقط أو بالكتابة والرسائل التي تنتقل عبر وسيط إلكتروني.[4]

كما يمكن التعبير عن الإرادة إلكترونيا عبر الموقع (web)[5] بموجب هذه الطريقة يتم عرض

---

[1]-بن سعيد لزهر: المرجع السابق، ص25.

[2]- ينظر: حامدي بلقاسم: إبرام العقد الإلكتروني، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر، باتنة-الجزائر، 2014-2015، ص58.

[3]-See: Mohapatra, Sanjay :Channels in E-commerce.chaper In book : E-Commerce Strategy, Springer, Boston-USA, 2013, p173-188.

[4]-الشطي فراس فاضل: إبرام العقد الإلكتروني، رسالة تخرج من معهد الكويت للدراسات القضائية والقانونية، الدفعة التاسعة، د.ت.ن، الكويت، ص6.

[5]-يكون هذا العرض عبر كتالوجات أو تصوير السلع بطريقة ثلاثية الأبعاد وفي بعض الأحيان يكون التصوير مصحوبا بأفلام مصورة تعرض السلعة أثناء التشغيل ببيان عملي لأدائها تحدد المزايا المتعلقة بها وقوائم الأسعار بحيث يستطيع المستهلك التعبير عن إرادته بعد إدخال المعلومات الضرورية(كاسمه، عنوانه، بريده الإلكتروني) على الموقع، إذ يختار المستهلك السلعة المنشورة ويضغط على أيقونة الموافقة ليظهر أمامه صفحة أخرى تتضمن العقد النموذجي المحتوي على الشروط وبنود التعاقد أو ما يعرف بتحرير أمر بالشراء على صفحة الويب، ولايستطيع التفاوض بشأنها، فإذا أراد المستهلك إتمام العقد يقوم بالضغط على أيقونة القبول، ولا يعني القبول حتما إذ قد يحدث نتيجة خطأ لذلك نجد معظم الموردين الإلكترونيين تزود صفحات الويب ببرنامج معلوماتي يمكن من خلاله التحقق من الرغبة الجادة والفعلية

المنتجات على الموقع الخاص بالتاجر مالك السلع أو مقدم الخدمة، وفيه يوضح كل ما يتعلق بمحل التعاقد، أي بذكر البيانات الجوهرية المتعلقة بالسلعة، أو بالمنتج المعروض، أو الخدمة المقدمة.[1] ويتم القبول من خلال طرق متعددة كالنقر على زر يحمل عبارة صريحة بالموافقة كـ"أوافق" أو "I Agree" أو "J'accepte"، أو إدخال توقيع إلكتروني، أو إتمام خطوة تأكيد إضافية توضح الرضا النهائي وتَعد هذه الوسائل مؤشرات واضحة على القبول، إذا لم يترك سلوك الطرف مجالًا للشك في إرادته.[2]

كما قد تشترك في العملية الواحدة أكثر من وسيلة فيكون عرض السلعة عبر الأنترنت مثلا، أما العقد فيتم عبر الهاتف عن طريق الإتصال ويتم التفاوض وإبرام العقد هاتفيا، وتأكيد الطلب وإرسال محرر العقد والفاتورة يتم إلكترونيا عبر البريد الإلكتروني، أو يتم تسليم الوثائق ورقيا عند التوصيل فهنا وسيلة التعاقد هي التي تم بها التأكيد على القبول حسب الاتفاق أو التشريع المعتمد.[3]

أما تشريعيا فقد أقر قانون الأونسيترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية لسنة 1996 بصحة إستخدام رسائل البيانات في تكوين العقود في مادته 1/11: "وعند استخدام رسالة بيانات في تكوين العقد، لا يفقد ذلك العقد صحته أو قابليته للتنفيذ لمجرد استخدام رسالة البيانات لذلك الغرض" وعاد وأكد على القوة القانونية لإستخدام رسائل البيانات في التعبير عن الإرادة في المادة 12 من القانون ذاته وعمم الخطاب ليشمل أي طريقة للتعبير التي تنص:" في العلاقة بين منشئ رسالة البيانات والمرسل إليه، لا يفقد التعبير عن الإرادة أو غيره من أوجه التعبير مفعوله القانوني أو صحته أو قابليته للتنفيذ لمجرد أنه على شكل رسالة بيانات".

وفي التشريع الجزائري، لم يحصر القانون 18-05، وسائل التعاقد الإلكتروني أو طريقة تبادل الإرادتين في وسيلة محددة، بل عبر عنها بعبارات مرنة مثل "تقنية الاتصال الإلكتروني"، وهو ما يسمح قانونَا بامتداد نطاق هذه الوسائل ليشمل الوسائل القائمة والمستقبلية.

للمستهلك في التعاقد، كأن يضغط مرتين على زر الموافقة، أو تلقي رسالة إلكترونية أو هاتفية تفيد تأكيد القبول والرغبة في إتمام التعاقد، أو في صورة أخرى اشتراط وجود توقيع إلكتروني لدى المتعاقد مرتبط بشهادة تصديق إلكتروني.(حامدي بلقاسم: المرجع السابق، ص64)

[1]- الحمراوي حسن مُحَّد عمر: المرجع السابق، ص649.

[2]- صالح بعداش: العقد الإلكتروني، مجلة العلوم الإنسانية، ع2، مج32، 2021، ص 427.

[3]-See: Owen Robert, Humphrey Patricia :The structure of online marketing communication channels, Journal of Management and Marketing Research, 2010, p1-2.

إذ يمكن للمورد الإلكتروني، استخدام وسائل متعددة للتواصل مع المستهلك، سواء عبر الاتصال الصوتي أو الفيديو أو المحادثات الفورية، مع توجيه المستهلك إلى الموقع الإلكتروني لإتمام الطلبية، أو القيام بذلك من خلال البريد الإلكتروني.

البند الثاني: طرق ووسائل التعبير عن الإرادة إلكترونيا من منظور الفقه الإسلامي.

في الفقه الإسلامي التعبير عن الإرادة العقدية الجازمة يكون بأي صيغة تدل عرفاً أو لغة على إنشاء العقد، سواء بالقول مثل بعت واشتريت، أو بالفعل والمعاطاة أو المراوضة: هو التعاقد بالمبادلة الفعلية الدالة على التراضي دون تلفظ بإيجاب أو قبول، كأن يأخذ المشتري المبيع ويدفع الثمن للبائع دون كلام من كلا الطرفين أو من أحدهما.[1] أو بالإشارة أو بالكتابة، وتسمى الصيغة عند القانونيين التعبير عن الإرادة.

فقد جاء في حاشية الدسوقي على الشرح الكبير:" ينعقد العقد بكل ما يدل على الرضا من قول أو كتابة أو إشارة منهما أو من أحدهما".[2]

ومن ذلك تفسيره ﷺ لبيع الملامسة في معرض النهي عنه؛[3] "هو أن يبتاع القوم السلعة لا ينظرون إليها، ولا يخيرون عنها" فبين النبي ﷺ أن الإخبار يقوم مقام النظر إليها مع القدرة عليها.[4]

وبناء عليه، ينعقد العقد الإلكتروني بكل ما يدل عليه من قول أو فعل أو كتابة أو إشارة من كلا العاقدين أو من أحدهما، والوسائل الإلكترونية هي عبارة عن وسائل لتوصيل الإرادة وهي وسائل معتبرة شرعا مالم تتضمن محظورا شرعيا، لأنها شبيهة بالتعاقد عن طريق الرسول أو البريد العادي.[5]

لأن الشريعة الإسلامية جعلت الرضا هو الأساس في انعقاد العقود، مع قبول كل أشكال التعبير عنه، مما يجعل أحكامها تستوعب ما استجد من طرق للتعبير عن الإرادة، ومن بينها الوسائل الإلكترونية، يدل

---

[1]– الزحيلي وهبة: الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق، ج4، ص2948.

[2]– الدسوقي، مُحَمَّد بن أحمد: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، د.ط، دار الفكر، بيروت– لبنان، د.ت.ن، ج3، ص3.

[3]–أخرجه البخاري في صحيحه، عن أبي سعيد أن رسول الله ﷺ نهى عن المنابذة وهي طرح الرجل ثوبه بالبيع إلى الرجل قبل أن يقلبه أو ينظر إليه– ونهى عن الملامسة وهي لمس الثوب لا ينظر إليه، كتاب البيوع (39)، باب بيع الملامسة (62)، ح.ر2037، ج2، ص754.

[4]–الرجراجي علي بن سعيد: مناهج التحصيل ونتائج لطائف التأويل في شرح المدونة وحل مشكلاتها، تق: علي علي لُقَم، ط1، دار ابن حزم، بيروت–لبنان، 1428هـ–2007م، ج6، ص366.

[5]– عارف علي عارف، البياتي نادية: المرجع السابق، ص5.

على ذلك ما جاءت به النصوص الشرعية، والقواعد الفقهية، وما استقرت عليه المجامع الفقهية.[1]

أهمها القرار رقم (6/3/52) لمجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي حول حكم إجراء العقود بآلات الاتصال الحديثة في دورته السادسة الذي يقر بصحة إجراء العقود الإلكترونية وبين بعض الأحكام المتعلقة بها وهذا نصه: (إن مجمع الفقه الإسلامي في دورته...وباستحضار ما تعرض له الفقهاء بشأن إبرام العقود بالخطاب وبالكتابة وبالإشارة وبالرسول، وما تقرر من أن التعاقد بين الحاضرين يشترط له اتحاد المجلس-عدا الوصية والإيصاء والوكالة- وتطابق الإيجاب والقبول، وعدم صدور ما يدل على إعراض أحد العاقدين عن التعاقد، والموالاة بين الإيجاب والقبول بحسب العرف. قرر مايلي:

- إذا تم التعاقد بين غائبين لا يجمعهما مكان واحد ولا يرى أحدهما الآخر معاينة ولا يسمع كلامه وكانت وسيلة الاتصال بينهما الكتابة أو الرسالة أو السفارة "الرسول" وينطبق ذلك على البرق والتلكس والفاكس وشاشات الحاسب الآلي(الحاسوب) ففي هذه الحالة ينعقد العقد عند وصول الإيجاب الموجه إليه وقبوله.

- إذا تم التعاقد بين طرفين في وقت واحد وهما في مكانين متباعدين وينطبق هذا على الهاتف واللاسلكي فإن التعاقد بينهما يعتبر تعاقدا بين حاضرين وتطبق على هذه الحالة الأحكام الأصلية المقررة لدى الفقهاء المشار إليها في الديباجة.

- إذا أصدر العارض بهذه الوسائل إيجابا محدد المدة يكون ملزما بالبقاء على إيجابه خلال تلك المدة وليس له الرجوع عنه". [2]

الفرع الثاني: تطابق الإرادتين في العقد الإلكتروني.

تتطابق الإرادتان بتبادل الإيجاب والقبول، ورغم وجود تشابه بين والإيجاب والقبول في سائر العقود التقليدية ونظيرتهما في العقود الإلكترونية،[3] إلا أن ميزة صدور الإيجاب والقبول وارتباطهما عن بعد

---

[1]- الحمراوي حسن محمد عمر: المرجع السابق، ص625.

[2]- مجلة مجمع الفقه الإسلامي، ع6، جدة، 1990، ج2، ص785.

[3]- الإيجاب عامة هو العرض الذي يتقدم به الشخص ليعبر به-على وجه الجزم عن إرادته في إبرام عقد معين، بحيث ينعقد هذا العقد بمجرد صدور القبول ويكون التعبير عن الإرادة إيجابا متى توفر شرطان: بأن يكون التعبير دقيقا ومحددا، وأن يكون باتا.(فيلالي علي: الالتزامات-النظرية العامة للعقد-، مرجع سابق، ص118) والقبول هو الرد الإيجابي من طرف الموجب له، أو هو التعبير البات عن إرادة

بواسطة تقنيات الاتصال الحديثة، أثارت جملة من الإشكاليات والتحديات،[1] كما أنه لهما من الخصوصية كونهما يندرجان في طائفة العقود التي تبرم عن بعد، فإن دراستهما يجب أن يتم في ظل تعريفهما في العقود المبرمة عن بعد.[2] لذلك فدراسة تطابق الإرادتين إلكترونيا لا يقتضي بحثها بمعناهما التقليدي كثيرا، إنما سنركز في البحث بالأكثر عن أوجه الخصوصية في البيئة الإلكترونية، سواء من الناحية القانونية (البند الأول) أو الفقهية (البند الثاني).

البند الأول: تطابق الإرادتين في العقد الإلكتروني قانونا.

يتميز الإيجاب الإلكتروني أن لا أثر قانوني بمجرد صدوره، بل بعرضه ونشره عن طريق وسيط إلكتروني، ولهذا السبب فإن الإيجاب لا يكون فاعلا لمجرد صدوره وإنما بعرضه إذ بهذا العرض يتحقق الوجود القانوني المؤثر للإيجاب ويكون صالحاً لترتيب آثاره. كما أن الإيجاب الإلكتروني يختفي بمجرد سحبه من مكان عرضه إذ في هذه الحالة ينعدم أثره القانوني ولا يصبح له وجود يعتد به لأنه لن يكون متاحا للجمهور في هذه الحالة.[3] إذن فالعرض هو الذي يحقق الوجود والأثر للإيجاب الإلكتروني.[4]

الطرف الذي وجه إليه الإيجاب بارتضائه العرض الذي تقدم به الموجب ولكي يعتد به لا بد من حصول تطابق كلي بين الإيجاب والقبول، هذا عن القبول بصفة عامة في عقود المساومة، لكن في عقود الإذعان باعتبار العقود الإلكترونية في غالبها عقود إذعان، يتحقق القبول حسب المادة 70 من ق.م.ج بمجرد التسليم لشروط مقررة يضعها الموجب، والتسليم بالشروط المقررة كونه قبولا في عقد الإذعان هو الرد الإيجابي الصادر عن الموجب له بعد تلقيه الإيجاب، فهو مجرد تعبير عن إرادة، قد يكون صريحا أو ضمنيا، ومن ثم، لا نرى في كيفية القبول هذه صورة خاصة كما يعتقد بعض الفقهاء، ولكن لما كانت حرية اختيار الموجب له محدودة، فإن قبوله يعتبر نسبيا بالنظر إلى عقود المساومة.(المرجع نفسه، ص136)

[1]-ينظر: حامدي بلقاسم: إبرام العقد الإلكتروني، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر، باتنة-الجزائر، 2014-2015، ص66.

[2]-مجاهد أسامة أبو الحسن: خصوصية التعاقد عبر الأنترنت، مقال بالكتاب الجماعي: الجوانب القانونية للتجارة الإلكترونية، المجلس الأعلى للثقافة، ط1، القاهرة-مصر، 2003، ص37.

[3]-فراس فاضل الشطي: المرجع السابق، ص 7-8.

[4]-واختلفت الآراء حول الحد الفاصل بين الإيجاب والإعلان فيرى أصحاب الرأي الأول أن الإعلان لا يعتبر إيجابا وإنما دعوة إلى التعاقد وذلك بسبب عدم تعيين الشخص المقصود بالإيجاب فضلا عما يحمله هذا النوع من ضغط معنوي على المستهلك وتحريض له على شراء سلع غير ضرورية. (فراس فاضل الشطي: المرجع السابق، ص 7-8)

أما من الناحية التشريعية لم يحدد المشرع الجزائري "الإيجاب" و"القبول" في العقد الإلكتروني صراحة، لكن يمكن استنباطهما من سير العملية التعاقدية الإلكترونية كما نظّمها القانون، فقد نصت المادة 10 من القانون 18-05: " يجب أن تكون كل معاملة تجارية إلكترونية مسبوقة بعرض تجاري إلكتروني وأن توثق بموجب عقد إلكتروني يصادق عليه المستهلك الإلكتروني" من نص المادة يفترض أن الإيجاب هو العرض التجاري، والقبول مصادقة المستهلك.

لكن بالرجوع للمادة 3/12 من القانون ذاته التي تنص على:" "تأكيد الطلبية الذي يؤدي إلى تكوين العقد"

لذا طرحت إشكاليات انجر عنها اختلافات من بينها أن العرض التجاري للمورد مهما تضمن من معلومات هل يعتبر إيجابا أم إشهارا؟ وتقديم الطلب الصادر من المستهلك هل يعد قبولا أم إيجابا؟ وهل تأكيد الطلب قبول أم تأكيد للقبول؟

أما عن الإشكال الأول نجد أن المشرع فرق بين العرض التجاري للمورد الإلكتروني وبين الإشهار الإلكتروني الذي نظمه في الفصل السابع من الباب الأول من القانون 18-05 المتعلق بالتجارة الإلكترونية في المواد من 30-34.

أي أن إبرام العقد أو تطابق الإرادتين في العقد الإلكتروني يجب أن يمر بمراحل تمهيدية،[1] تبدأ عادة بمرحلة الإشهار، ثم العرض التجاري، ثم تأكيد الطلب.

لذلك يجب أولا معرفة حقيقة الإشهار الإلكتروني، والعرض التجاري، والتفصيل في تأكيد الطلب،

أما الرأي الآخر فيعتبر الإعلان الموجه للجمهور عبر الإنترنت إيجابا، طالما أنه قد تضمن العناصر الأساسية للعقد المراد إبرامه كأن يتضمن تحديدا للسلعة أو الخدمة تحديدا نافيا للجهالة ويتم أيضا تحديد الثمن أما إذا لم يتضمن الإعلان ذلك فإنه لا يعد وأن يكون مجرد دعوة للتعاقد. (المرجع نفسه)

ويذهب رأي آخر إلى أن التفرقة بين الإعلان والإيجاب قد تصح في العقود العادية، لكنها معقدة في العقود الإلكترونية، لهذا يرفض هذا الإتجاه أن يضع وصفا شاملا لكافة العروض الموجهة للجمهور. (عقوني محمود: الإيجاب والقبول في العقد الإلكتروني، مجلة الدراسات والبحوث القانونية، ع 7، 2017، ص100)

[1]-فراس فاضل الشطي: المرجع السابق، ص 7-8.

وفيما يلي توضيح أكثر:

أولا: الإشهار الإلكتروني.

عرف المشرع الجزائري الإشهار الإلكتروني في المادة 6/6 من القانون 18-05 التي تنص: "الإشهار الإلكتروني: كل إعلان يهدف بصفة مباشرة أو غير مباشرة إلى ترويج بيع سلع أو خدمات عن طريق الاتصالات الإلكترونية".

فالإشهار الإلكتروني يهدف إلى تحقيق نفس الغاية التي تسعى إليها الإعلانات عبر الوسائط التقليدية، والمتمثلة في الوصول إلى المستهلك واستقطابه بتحفيزه على استهلاك السلع والخدمات المعروضة من قبل المعلن.[1]

وفي المادة 30 من القانون 18-05 اشترط: " ...كل إشهار أو ترويج أو رسالة ذات طبيعة أو هدف تجاري تتم عن طريق الاتصالات الإلكترونية يجب أن يلبي المقتضيات الآتية:

- أن تكون محددة بوضوح كرسالة تجارية أو إشهارية
- أن تسمح بتحديد الشخص الذي تم تصميم الرسالة لحسابه،
- أن لا تمس بالآداب العامة والنظام العام،
- أن تحدد بوضوح ما إذا كان هذا العرض التجاري يشمل تخفيضا أو مكافآت أو هدايا، في حالة ما إذا كان هذا العرض تجاريا أو تنافسيا أو ترويجيا،
- التأكد من جميع الشروط الواجب استيفاؤها للاستفادة من العرض التجاري، ليست مضللة ولا غامضة"

في هذه المادة ألزم المشرع الجزائري المورد الإلكتروني بتوضيح الغرض من الإشهار هل مجرد إعلان أم أنه عرض تجاري في حد ذاته، وأضاف بموجب المادة نفسها شروطا أخرى تلزمه على وضع حد فاصل بين الإشهار الإلكتروني وبين العرض التجاري أو توضيح أن هذا الإشهار هو عرض تجاري في الوقت نفسه

---

[1]- Hounki Torkia, op.cit, p22.

إشهار، وبالتالي يجب أن يخضع للمادة 11 من القانون 18-05 كما سيأتي توضيحه

وأي مخالفة للضوابط المنصوص عليها في هذه المادة يعتبر خطأ إلكتروني متعلق بالتجارة الإلكترونية من جانب المورد الإلكتروني يؤدي إلى قيام المسؤولية التقصيرية التابعة لقيام مسؤولية جزائية حسب المادة 40 من القانون 18-05.

إذا فالإشهار الإلكتروني يعدّ نقطة الاتصال الأولى بين المورد والمستهلك الإلكترونيين، وقد يكون مدخلا لإبرام العقد. كما يعتبر وسيلة من وسائل تنفيذ الالتزام بالإعلام لذا ألزم المشرع الجزائري المورد بالإعلان والإشهار، لكن يختلف الالتزام بالإعلام عن الالتزام بالإشهار من حيث الهدف، فالأول يهدف إلى تكوين صورة واضحة وكاملة عن محل الالتزام وهو ما يحققه "العرض التجاري".[1]

ثانيا: العرض التجاري الإلكتروني.

يعرف العرض التجاري الإلكتروني أنه" التزام قانوي سابق عن العقد الإلكتروني يتوجب فيه على المورد إعلام المستهلك الإلكتروني بجميع المعلومات والبيانات المتعلقة بالسلعة أو الخدمة محل الصفقة التجارية عبر شبكات الانترنت"، أي أن العرض هو التزام قانوني يسبق العقد الإلكتروني يعلم فيه العارض متلقي العرض بكل البيانات المتعلقة بالسلعة والخدمة وهو بمثابة إيجاب من المورد ينتظر فيه قبولا من المستهلك بصفته متلقي العرض.[2]

لكي يتمكن المستهلك الإلكتروني من اتخاذ قرارات سليمة بشأن إبرام عقد التجارة الإلكترونية، فإنه يحتاج إلى معلومات صحيحة ودقيقة تتعلق بالسلع أو الخدمات المعروضة، ومن ثم ينبغي أن يزوَّد بإعلام واضح وشفاف يتيح له التعرف الكامل على المنتج، ويحول دون وقوعه ضحية لإعلانات مضللة أو كاذبة، وبناء عليه، تفرض ضرورة حماية المستهلك اتخاذ جميع التدابير الكفيلة بترسيخ الثقة لديه قبل التعبير عن إرادته بالقبول.[3]

---

[1]-ينظر: حاج بن علي مُحَّد: تمييز الالتزام بالإعلام عن الالتزام بالنصيحة لضمان الصفة الخطرة للشيء المبيع، مجلة الاكاديمية للدراسات الاجتماعية والإنسانية، ع2، مج3، 2011، ص75.

[2]-بن أوجيت فاطمة الزهرة المفيدة: قانون التجارة الإلكترونية- التأسيس لقانون الإستهلاك الإلكتروني-، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة 8ماي 1945، قالمة- الجزائر، 2022-2023، ص83.

[3]-Hounki Torkia: La Protection Civile Et Penale Du Consommateur Dans Le Commerce Electronique : Etude Comparée E ntre Le Droit Français, Le Droit Egyptien Et Le Droit

إذن لا يكتفي المورد بالإشهار عن نشاطه فقط، بل يلتزم أيضا بإعلام كل مستهلك مرشح للتعاقد بكل التفاصيل التي تهمه في حالة إبرام العقد بهدف تبصيره بحقوقه والتزاماته القانونية وتحديد ملكيته التي تسلم له بعد الإنجاز، وكل الشروط الجوهرية التي يتم الاتفاق عليها، أو التي يقوم عليها العقد.[1]

ألزم المشرع الجزائري المورد الإلكتروني أن يقدم عرضه التجاري محترما الشروط التي تنص عليها المادة 11 من القانون 18-05 إذ جاء فيها: " يجب أن يقدم المورد الإلكتروني العرض التجاري الإلكتروني بطريقة مرئية ومقروءة ومفهومة، ويجب أن يتضمن على الأقل، ولكن ليس على سبيل الحصر، المعلومات الآتية:

- رقم التعريف الجبائي، والعناوين المادية والإلكترونية، ورقم هاتف المورد الإلكتروني،
- رقم السجل التجاري أو رقم البطاقة المهنية للحرفي،
- طبيعة، وخصائص وأسعار السلع أو الخدمات المقترحة باحتساب كل الرسوم،
- حالة توفر السلعة أو الخدمة،
- كيفيات ومصاريف وآجال التسليم،
- الشروط العامة للبيع، ولاسيما البنود المتعلقة بحماية المعطيات ذات الطابع الشخصي.
- شروط الضمان التجاري وخدمة ما بعد البيع.
- طريقة حساب السعر، عندما لا يمكن تحديده مسبقا.
- كيفيات وإجراءات الدفع،
- شروط فسخ العقد عند الإقتضاء،
- طريقة تأكيد الطلبية،
- موعد التسليم وسعر المنتوج موضوع الطلبية المسبقة وكيفيات إلغاء الطلبية المسبقة، عند الإقتضاء،
- طريقة إرجاع المنتوج أو استبداله أو تعويضه،

Libyen, Thèse Pour Obtenir Le Grade De Docteur De L'université De Reims Champagne-Ardenne, Discipline : Sciences Juridiques Spécialité : Droit Privé, 2021, P21.

[1]- لموشية سامية: المرجع السابق، ص57.

- تكلفة استخدام وسائل الاتصالات الإلكترونية إذا احتسبت على أساس غير التعريفات المعمول بها".

وذلك تبعا للمخاطر التي تحف إبرام العقود والمعاملات عن بعد، بالإضافة إلى أن العقد الإلكتروني عقد استهلاكي، فقد عمد التشريع الجزائري الزام المورد إلكتروني بإعلام المستهلك في التعاقد الإلكتروني.[1] لذا فالالتزام بالاعلام،[2] يعد من بين أهم الالتزامات التي تقع على المورد الإلكتروني، بصفته محترفا اتجاه المستهلك الإلكتروني، باعتبار أن الأخير لا يقدم على إبرام العقد إلا إذا كان على دراية كاملة بالمبيع الذي سيشتريه، أو بالخدمة التي سيتفيد منها، ولا يكون ذلك إلاّ بتقديم المورد كل المعلومات والمعطيات التي تساعد في تنوير المستهلك حتى يبرم العقد.[3]

بالرجوع إلى قانون الأونسيترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية، في المادة 1/11 من القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية التي تنص:" في سياق تكوين العقود، وما لم يتفق الطرفان على غير ذلك، يجوز استخدام رسائل البيانات لتعبير عن العرض وقبول العرض".

ثالثا: تأكيد الطلبية الإلكترونية.

ودليل هذه المرحلة المادة 12 من القانون 18-05 التي تنص على: "تمر طلبية منتوج أو خدمة عبر ثلاث مراحل إلزامية:

- وضع الشروط التعاقدية في متناول المستهلك الإلكتروني، بحيث يتم تمكينه من التعاقد بعلم ودراية تامة،
- التحقق من تفاصيل الطلبية من طرف المستهلك الإلكتروني، لاسيما فيما يخص ماهية المنتوجات أو الخدمات المطلوبة، والسعر الإجمالي والوحدوي، والكميات المطلوبة بغرض تمكينه من تعديل الطلبية،

---

[1]- المرسوم التنفيذي رقم 13-378 المؤرخ في 05 محرم 1435هـ الموافق 9 نوفمبر 2013م، يحدد الشروط والكيفيات المتعلقة بإعلام المستهلك، ج.ر 58، الصادرة في 14 محرم 1435هـ الموافق 18 نوفمبر 2013م.

[2]- يعرف هذا الالتزام أنه:" تنبيه وإعلام طالب التعاقد بصورة من شأنها إلقاء الضوء على واقعة ما أو عنصر ما من عناصر التعاقد المزمع إقامته حتى يكون الطالب على بينة من أمره، بحيث يتخذ القرار الذي يراه مناسبا في ضوء حاجته وهدفه من إبرام العقد"(حاج بن علي مُحَمَّد: المرجع السابق، ص75)

[3]- وتجدر الإشارة إلى أن الالتزام بالإعلام لا يقتصر فقط على المرحلة التي تسبق إبرام العقد، بل يمتد أيضاً إلى المرحلة اللاحقة، أي في المرحلة التي تلي توقيع العقد وتنفيذه. فيتوجب على المورد أن يواصل تزويد المستهلك بالمعلومات ذات الصلة مثل تحديثات الحالة، شروط الضمان، تعليمات الاستخدام، وأي تغييرات قد تطرأ على العقد أو على المنتج أو الخدمة المقدمة. هذا الامتداد في الالتزام يهدف إلى حماية حقوق المستهلك وضمان شفافية العلاقة التعاقدية بين الطرفين، مما يعزز الثقة ويساعد على تفادي النزاعات المستقبلية. (لموشية سامية: المرجع السابق، ص57)

وإلغائها أو تصحيح الأخطاء المحتملة،

- تأكيد الطلبية الذي يؤدي إلى تكوين العقد.

يجب أن يكون يكون الاختيار الذي يقوم به المستهلك معبرا عنه بصراحة.

كما يجب ألا تتضمن الخانات المعدة للملء من قبل المستهلك الإلكتروني، أية معطيات تهدف إلى توجيه اختياره"

تدل المادة عن المراحل الإلزامية للطلبية، فالفقرة الأولى من المادة تحدثت عن الإلتزام بالإعلام من قبل المورد الإلكتروني وهذا الإلتزام قبلي، وفي المقابل يلتزم المستهلك بالتحقق من جميع التفاصيل المتعلقة بالعقد لتحصل له دراية تامة، وتمكينه من تعديل الطلبية، أو إلغائها أو تصحيحها.

عند التحقق من تفاصيل الطلبية من قبل المستهلك الإلكتروني تأتي مرحلة التأكيد، حيث هي المرحلة التي تؤدي إلى تكوين العقد، إذ يتم التأكيد بعدة طرق ووسائل كالبريد الإلكتروني أو الاتصال الهاتفي بالمستهلكين، حسب التقنيات التي يتعامل بها المورد الإلكتروني، وهي المرحلة الأخيرة من مراحل إبرام العقد الإلكتروني.[1]

إذا الفعل الذي يؤدي إلى إبرام وتكوين العقد هو "تأكيد الطلبية" لكن يثور التساؤل هنا: هل تأكيد الطلبية هو الذي يعد قبولا؟ أم أنه تأكيد للقبول؟ ولم تحدد المادة أو القانون من الذي يقوم بتأكيد الطلبية هل هو المستهلك أم المورد؟.

عبر العديد من أساتذة القانون وأصحاب المجال من مواقع وموردين بتعبيرات شتى عن المصطلح فنجد مصطلح: "تأكيد الطلبية" أو "تأكيد الطلب" أو "تأكيد القبول" أو"إقرار الإستلام" وهو:"الإجراء الذي بموجبه يرسل المورد الإلكتروني مستندا يعلن فيه استلام طلب المستهلك، وأنه سينفذه وفقا لشروط المحددة".[2]

---

[1]-لموشية سامية: المرجع السابق، ص59.

[2]-Confirmation De Commande: "Acte par lequel l'entreprise envoie au client un document lui annonçant qu'elle a bien reçu sa commande ou qu'elle va l'exécuter suivant certaines conditions. Ce document est appelé confirmation de commande ou accusé de réception".https://www.dictionnaire-commercial.com/ vu 21/03/2024-à 21:25

وفي هذا الصدد يجب توضيح الفرق بين "أمر الشراء"،[1] وبين"تأكيد الطلب"،[2] لأننا وجدنا بعض الخلط بينهما:

أوامر الشراء هي: "المستندات أو الطلبات التي يرسلها المشتري إلى الموردين لإعلان شراء محدد للسلع أو الخدمات".[3] وبالتالي أوامر الشراء هي إعلان الرغبة من المستهلك على تقديم طلب لإبرام العقد.

إذا تَستخدم أوامر الشراء لتأكيد الرغبة في عمليات الشراء.في المقابل، يتم إرسال تأكيدات الطلب من قبل البائعين إلى المشترين لتأكيد إمكانية البيع قبل تنفيذ الطلب.[4]

لكن لا تستخدم أوامر الشراء في كل النماذج التعاقدية الإلكتروني، وفي هذه الحالة إذا اعتبر العرض التجاري مكتمل الأوصاف إيجابا وتأكيذ الطلب الذي يؤدي إلى إبرام العقد قبولا فإن الإيجاب والقبول كلاهما يصدر من المورد الإلكتروني وهذا لا يعقل،[5] فظهرت نظرية جديدة تعرف بـ:"نظرية تأكيد القبول" وقد جرى العمل بهذا النظام في بعض العقود النموذجية الإلكترونية التي أخذت بها العديد من التشريعات المعاصرة[6]، والتي تنص على وجوب صدور تأكيد من التاجر الإلكتروني، يرسله للمستهلك كتابة أو بأي طريقة تضمن وصوله لعلم المستهلك، متضمنا كافة العناصر الرئيسية للعقد الذي أبرم بين الطرفين،[7] يوافق عليه المستهلك مع منحه إمكانية المراجعة والتصحيح والإلغاء. أي أنه لا عبرة للقبول دون صدور تأكيده من المستهلك. إذا نص المادة 12 يدل على تبني المشرع لهذه النظرية الجديدة.

مما سبق نستنتج أنه حسب التشريع الجزائري وبالتصنيف الذي يمكنه أن يشمل جميع طرق التعاقد،

---

[1]–ينظر: نموذج أمر الشراء الملاحق.

[2]– ينظر: نموذج تأكيذ طلبية برسالة عبر البريد الإلكتروني، ونموذج تأكيد طلبية عبر صفحة الويب مباشرة، الملاحق.

[3] Olivier Audino: Demandes d'achat & Commandes :9Juil, 2022
https://www.sourcing-force.com/bon-de-commande vu 22/03/2024-à18:14

[4]–المرجع نفسه.

[5] تجدر الإشارة هنا إلى أنه بالنسبة لمن يرى أن العرض التجاري مهما تضمن من معلومات هو بكل الأحوال مجرد إعلان، وأن الإيجاب هو الطلب الصادر من المستهلك، والقبول هو تأكيد الطلب الصادر من المورد الإلكتروني.

[6]–مرزوق نور الهدى: التراضي في العقود الإلكترونية، رسالة ماجيستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو–الجزائر، 2012، ص183.

[7]– مُحَّد المرسي زهرة: مُحَّد المرسي زهرة: الحماية المدنية للتجارة الالكترونية، ط3، منشورات دار النهضة العربية، القاهرة–مصر، د.ت.ن، ص 45-46.

فإن العرض التجاري للمورد الإلكتروني هو الإيجاب، وبالتالي المورد الإلكتروني هو الموجب، وأن تقديم الطلب الصادر من المستهلك الإلكتروني هو القبول، لكن لا تتطابق الإرادتان بمجرد صدور الإيجاب والقبول بل بتأكيد القبول وهو مايعرف "بتأكيد الطلبية". وأهم أثر ينتج عن هذه المرحلة هو الالتزام بإعلام المستهلك الإلكتروني. أما عن الاختلاف حول الإشهار والعرض، يجب على المورد أن يبين الغرض من الإعلان، وأن يوضحه ويوضح تفاصيل التعاقد والمحل وغيرها، أي بما يحدث للمستهلك معلومية كافية لتفاصيل العقد والمتعاقد.

ويجدر التنبيه إلى عدم صلاحية السكوت وعدم اتخاذ أي موقف للتعبير عن الإرادة في عقد التجارة الإلكترونية، وهو ما يوافق ما جاءت به المادة 2/12 من القانون 18-05 التي تنص:" يجب أن يكون الإختيار الذي يقوم به المستهلك الإلكتروني معبر عنه بصراحة"

ودلت الفقرة الثالثة من المادة ذاتها على عدم تضليل المستهلك بنصها: "كما يجب ألا تتضمن الخانات المعدة للملء من قبل المستهلك الإلكتروني، أية معطيات تهدف إلى توجيه اختياره"

اشترط المشرع في هذه المرحلة أن تكون إرادة المستهلك خالية من العيوب المتمثل في التضليل. حتى أنه ذهب إلى تجريم الإشهار المضلل في المادة 40 من القانون 18-05.

البند الثاني: تطابق الإرادتين في العقود الإلكترونية من منظور الفقه الإسلامي.

في الفقه الإسلامي يتم تبادل الإرادتين بالصيغة وهي في العقود عامة كل ما يدل على رضا الجانبين، أي ترتيب الكلام على نحو معين صالح لترتب الآثار المقصودة منه، إن الصيغة ما يجري به اللسان من الكلام ويعبر عنها بالإيجاب[1] والقبول[1] من العاقدين.[2] فصيغة العقد تظهر حقيقة رغبة المتعاقدين في إبرام

---

[1]- الإيجاب في الفقه الإسلامي هو "ما صدر ممن يكون منه التمليك كالبائع"، سواء صدر أولا أو آخرا، والقبول هو: "ما صدر ممن يصير له الملك وإن صدر أولا"، فالمعتبر هو أن المملّك هو الموجب والمتملك هو القابل، ولا اعتبار لما صدر أولا أو آخرا.(وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية: الموسوعة الفقهية الكويتية، ط2، ددن، الكويت، 1983م، ج30، ص201) لكن عند الأحناف:"الإيجاب" عبارة عما يذكر أولا من كلام المتعاقدين أو ما يقوم مقام كل منهما الدال على الرضا أما القبول هو ما صدر من الطرف الثاني جوابا للأول". إذن الإيجاب عند الحنفية هو ما صدر أولا من البائع أو المشتري.(ابن نجيم، زين الدين: البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ط2،دار الكتاب الإسلامي، القاهرة-مصر، د.ت.ن، ج5، ص283)

العقد وصيغة الماضي هي الصيغة المؤثرة عند الفقهاء المسلمين لانعقاد العقد.[3]

للصيغة في عقود الفقه الإسلامي شروط وهي:[4]

- اتصال الإيجاب بالقبول دون أن يفصل بينهما فاصل يعتبر إعراضا عن الإيجاب أو مبطلا له كصدور إيجاب بالبيع ببدل آخر، وكموت الموجب قبل القبول إذ بموته يبطل إيجابه.

- أن تكون الصيغة خالية من الشوائب التي تمنع صحة العقد مثل الإكراه أو الغش.

- أن يكون الإيجاب والقبول متوافقين ومتطابقين.

- أن يكونا واضحا الدلالة تصدر بوسيلة توصل مراد أحدهم إلى الآخر، تراعي دلالة الإيجاب والقبول على نوع العقد المقصود، وعلى جزم الإرادة، وعلى الإنشاء للحال، وذلك بأن يكونا بصيغة الماضي أو المضارع المقصود به الحال.

هذا حسب القواعد العامة للإيجاب والقبول في الفقه الإسلامي، أما في العقود الإلكترونية ندرس هذا البند في عنصرين: حكم صور الإيجاب والقبول الإلكترونيين في الفقه الإسلامي أولا، ثم نتطرق لأثر هذه المرحلة وهو الإلتزام بالإعلام من منظور الفقه الإسلامي ثانيا.

أولا: حكم تطابق الإرادتين إلكترونيا في الفقه الإسلامي.

فصل ابن تيمية في الصيغة وشرعية كل طريقة في جميع المذاهب والراجح منها، فخلص إلى أنها: "تنعقد بكل مادل على مقصودها من قول وفعل، فكل ما عده الناس بيعا وإجارة فهو بيع وإجارة، وإن

---

[1]- هو من قوله تعالى: ﴿فَتَقَبَّلَهَا رَبُّهَا بِقَبُولٍ حَسَنٍ﴾ (آل عمران 37) أي رضيها، والقبول الرضا بالشيء وميل النفس إليه، (العسقلاني، أحمد بن علي بن حجر: فتح الباري بشرح البخاري، تح: محب الدين الخطيب، ط1، المكتبة السلفية – مصر، 1380 - 1390 هـ، ج10، ص462) وهو ما يكون مرتبا على الإيجاب، (ابن الملقن، سراج الدين أبو حفص عمر بن علي الأنصاري: الأشباه والنظائر في قواعد الفقه، تح: مصطفى محمود الأزهري، ط1، دار ابن عفان للنشر والتوزيع، القاهرة – مصر، 1431 هـ - 2010 م، ج1، ص491)

[2]-الجزيري عبد الرحمن بن مُحَمَّد عوض: الفقه على المذاهب الأربعة، ،ط2، دار الكتب العلمية، بيروت – لبنان، 1424هـ-2003 م، ج2، ص141.

[3]-الجنكو علاء الدين بن عبد الرزاق: المرجع السابق، ص322.

[4]- الخفيف علي: أحكام المعاملات الشرعية، د ط ،دار الفكر العربي، القاهرة-مصر، 1429هـ- 2008م، ص402-403.

اختلف اصطلاح الناس في الألفاظ والأفعال انعقد العقد عند كل قوم بما يفهمونه بينهم من الصيغ والأفعال وليس لذلك حد مستمر لا في شرع ولا في لغة، ولا يجب على الناس التزام نوع معين من الإصطلاحات في المعاملات، ولا يحرم عليهم التعاقد بغير ما يتعاقد به غيرهم، إذا كان ما تم التعاقد به دالا على مقصودهم، وهذا ما لا يختص به المسلم دون الكافر...وهذه القاعدة الجامعة من أن العقود تصح بكل مادل على مقصودها من قول أو فعل، هي التي تدل عليها الشريعة".[1]

والدليل على ذلك قوله تعالى: ﴿إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَـٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ ﴾ النساء [29]

كما أن البيع والإجارة والهبة ونحو ذلك لم يحد الشارع له حدا لا في كتاب الله، ولا في سنة رسوله، بل ولا ينقل عن أحد من الصحابة والتابعين أنه عين للعقود صيغة معينة من الألفاظ أو غيرها، أو قال ما يدل على ذلك من أنها لا تنعقد إلا بالصيغ، بل قد قيل إن هذا القول مما يخالف الإجماع القديم، وأنه من البدع، وليس لذلك حد في اللغة بحيث يقال إن أهل اللغة يسمون هذا بيعا، ولا يسمون هذا بيعا، حتى يدخل أحدهما في خطاب الله فلا يدخل الآخر، بل تسمية أهل العرف من العرب هذه المعاقدات بيعا دليل على أنها في لغتهم تسمى بيعا.[2]

وقد ورد في الأشباه والنظائر للسيوطي بعد تفصيله:" ليس لنا عقد يختص بصيغة إلا النكاح والسلم"[3]

وحيث أن الركن الأساسي في العقد هو صدور الإيجاب والقبول من طرفي العقد ووصول كل منهما إلى علم الآخر بصورة معتبرة شرعا، وفهم كلا الطرفين ما قصده الآخر، وهذا كله متحقق في التعاقد بالوسائل الإلكترونية، فيكون التعاقد صحيحا تترتب عليه آثاره المعتبرة شرعا.[4]

إذن مما سبق الأصل في الصيغة تكون لفظا بلغة واضحة يفهمها الطرفان، أي صحة التعاقد بأي لغة يفهمها المتعاقدان وهذه المسألة مهمة في العقود الإلكترونية، باعتبار عالمية هذه العقود فقد يتم التعاقد بغير

---

[1]-ابن تيمية: المرجع السابق، ج4، ص6-10.

[2]-المرجع نفسه، ص 12.

[3]-السيوطي: المرجع السابق، ص280.

[4]-الناصر عبد الله بن ابراهيم بن عبد الله: العقود الإلكترونية-دراسة فقهية مقارنة-، مؤتمر الأعمال المصرفية، كلية الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة وغرفة تجارة وصناعة دبي، 9-11 ربيع الأول 1424هـ الموافق لـ 10-12 مايو 2003م، مج 5، ص2125.

اللغة العربية، وقد تكون كتابية، وقد تكون بأفعال تؤدي إلى التعاقد. ويصح أن تكون بكل ما يدل على تحقق إرادة التعاقد والجزم بها سواء أتم ذلك بالمكاتبة، أم بالتعاطي، أم بأي طريقة أخرى، وهذا ما استقر عليه رأي علمائنا اليوم،[1] وتبادل الصيغة في العقود الإلكترونية يكون على هيئات:

– قد يكون لفظا في حالة وجود الاتصال المباشر بين طرفي العقد عبر الشبكة العالمية أو الاتصال الهاتفي، أو التلفزيوني المباشر[2]، وهنا يكون المتعاقدان بعيدين مكانيا، لكن عرض كل منهما متزامن مع الآخر فيتم التفاوض والمساومة لفظيا، حتى يصل الأمر إلى التصريح بالإيجاب، والقبول من الطرفين، وهذه الحالة لا نملك منع صحة الصيغة في التعاقد بها لأنها الصورة التقليدية لإبرام العقد ولا اختلاف على جوازه، متى تأكدنا من شخصية المتعاقدين، ومن توجه نيتهما لإنجاز العقد، والالتزام به، بصرف النظر عن الصيغة اللفظية المستعملة في التعاقد.[3]

– حالة التعاقد بالمكاتبة سواء كان الاتصال مباشر ومتزامن أو كان يفصله وقت تبادل رسائل المفاوضة، فهناك الوسائل الإلكترونية الكتابية، كالتعاقد عبر تبادل الرسائل والبيانات الإلكترونية، فحكمها من الناحية الفقهية فيه تفصيل في المذاهب الفقهية:

عند الشافعية:"حيث جوزنا انعقاد البيع ونحوه بالكتابة، فذلك في حال الغيبة، فأما عند الحضور، فخلاف مرتب،[4] والأصح الانعقاد"[5]

أما المالكية[6] والحنفية[7] فذهبوا إلى صحة التعاقد بها مطلقا بين الحاضرين أو الغائبين، والرأي الراجح هو صحة انعقاد العقد بالكتابة لقوته وهو الرأي الذي أخذ به أغلب المعاصرين، لأن

---

[1]–الزهراني عدنان بن جمعان بن مُحَمَّد: المرجع السابق، ص252.

[2]–المقصود بها برامج التسوق الإلكتروني عبر التلفاز، وليس الإشهار أو الدعوة للتعاقد.

[3]–ينظر: الزهراني عدنان بن جمعان بن مُحَمَّد: المرجع السابق، ص243–244.

[4]– خلاف مرتب عن الخلاف حول الطلاق هل يقع بالكتابة أم لا، فترتب عنه الخلاف في انعقاد العقود الأخرى كالبيع ونحوه بالكتابة.

[5]–السيوطي، جلال الدين عبد الرحمان: الأشباه والنظائر في فروع وقواعد الشافعية، دار الكتب العلمية، ط1، بيروت–لبنان، 1406هـ–1987م، ص308.

[6]– الدسوقي: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، مرجع سابق، ج3، ص3.

[7]– الكاساني: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، مرجع سابق، ج5، ص136–137.

ذلك هو الوسيلة المستطاعة لإتمام العقد،[1] ولذا أتت القاعدة الفقهية المشهورة "الكتاب كالخطاب"[2] ، أي أن الكتابة بين الغائبين كالنطق بين الحاضرين، والوسائل الكتابية الإلكترونية ما هو إلا وسيلة لتوصيل الإرادة، وهذه الوسيلة معتبرة شرعا لعدم تضمنها محذورا شرعيا ولأنها شبيهة في حقيقة الأمر بالتعاقد عن طريق الرسول أو البريد العادي التي أجاز العلماء التعاقد بواسطتهما. [3]

– حالة التعاقد بالمعاطاة أي بأفعال تظهر الرغبة في التعاقد، والمعاطاة هي إعطاء كل من العاقدين لصاحبه ما يقع التبادل عليه دون إيجاب ولا قبول، أو إيجاب دون قبول، أو عكسه. وهي من قبيل الدلالة الحالية.[4] ومن صورها في العقود الإلكترونية عند الاستلام من خلال التنزيل عن بعد "download" يمكن تنزيل الكتب والرسائل أو البرامج بعد دفع ثمن، حيث يبرم العقد مباشرة، عن طريق تمكين البائع للمستهلك من التنزيل، ودفع الثاني للثمن من خلال إدخال رقم بطاقته المالية مصرفية كانت أم إلكترونية في الخانة المخصصة لذلك، فيتم خصم الثمن أو تحويله من حساب إلى حساب، مقابل التنزيل دون مفاوضة أو إيجاب ولا قبول.[5]

– حالة التعاقد بالإشارة مثلا كاستعمال لغة الإشارة في العقود عبر غرف المحادثة، أو استخدام إشارات إلكترونية في القبول دالة على موقف الرفض أو القبول كاستعمال إشارة الوجه الضاحك لدلالة على القبول،والوجه الغاضب لدلالة على الرفض وعدم الرضا، أو استخدام إشارات الأيادي الإلكترونية، أو استعمال أحد أرقام أو حروف لوحة المفاتيح مثلا يطلب من العميل للموافقة اضغط على رقم 1 فبمجرد الضغط تفعل خدمة إلكترونية ما على الهاتف أو على الانترنت ويخصم ثمنها من رصيده الإلكتروني المشترك به فيعتبر من قبيل الإشارة كذلك ... [6]

---

[1]–ينظر: عبد العزيز فرج مُحَمَّد موسى: التعاقد بالوسائل المعاصرة–دراسة فقهية مقارنة–، مجلة كلية الشريعة والقانون بتهفنا الأشراف، مج1، ع14، ط1، دقهلية–مصر، 1432هـ–2011م، ص267–268.

[2]–ا(المادة69):" الكتاب كالخطاب"، مجلة الأحكام العدلية، تح: نجيب هواويني، الناشر: نور مُحَمَّد كارخانه تجارت كتب، آرام باغ– كراتشي، ص24.

[3]– الناصر عبد الله بن ابراهيم بن عبد الله: المرجع السابق، ص2124.

[4]–الجنكو علاء الدين بن عبد الرزاق: المرجع السابق، ص324.

[5]–الحمراوي حسن مُحَمَّد عمر، المرجع السابق، ص630

[6]–ينظر التفصيل في: عبد العزيز فرج مُحَمَّد موسى: المرجع السابق، ص271–272.

– أما عن صلاحية السكوت لانعقاد العقد فنكتفي بذكر القاعدة الفقهية: "لاينسب لساكت قول"[1] لأنها الأصل وأن الإستثناءات الواردة عليها لا تتحقق في التعاقد الإلكتروني لذا تبقى على الأصل.

بما أن العقود الإلكترونية تعتمد على وسيلة التعبير الإلكترونية التي يمكن أن تحقق شروط الإيجاب السابقة الذكر، وبما أنه يصح أن تنعقد العقود بأي قول أو فعل يؤدي إلى انعقاد العقد، فيمكننا الحكم بناء على ما سبق بشرعية التعبير عن الإيجاب والقبول بالوسائل الإلكترونية بمختلف أشكالها.

ثانيا: الإلتزام بالإعلام من منظور الفقه الإسلامي.

من أحكام الشريعة الإسلامية تلك التي تقضي بالحسبة في المعاملات التجارية بين الأفراد بما يحقق حماية المستهلك والتي تقضي بالنصيحة والأمر بالمعروف والنهي عن المنكر وحسن التدبير، والتي تقضي عدم الغش بإخلاص النصيحة، وتوجيه كل راغب في التعاقد نحو اتخاذ القرار الصحيح، وتحريضه على إتباع مسلك معين أو عدم اتباعه، ومنحه حق الخيار والالتزام معه بالصدق والبيان لأن فيه بركة لقول الرسول ﷺ :{ **الْبَيِّعَانِ بِالْخِيَارِ مَا لَمْ يَتَفَرَّقَا، فَإِنْ صَدَقَا وَبَيَّنَا بُورِكَ لَهُمَا فِي بَيْعِهِمَا، وَإِنْ كَذَبَا وَكَتَمَا مُحِقَتْ بَرَكَةُ بَيْعِهِمَا** }.[2] وعليه توجب أحكام الشريعة الإسلامية الالتزام بالإعلام قبل التعاقد لبركة بيعهما بالكشف عن أوصاف الشيء المعروض للبيع ومزاياه وعيوبه.

ويعتبر هذا الحق في الفقه الإسلامي من الواجبات الشرعية في المعاملات، إذ يعدّ الصدق والموضوعية في عرض البيانات والمواصفات المتعلقة بالسلع والخدمات من الواجبات الشرعية في المعاملات، ولا سيما في العقود الإلكترونية، التي تغيب فيها المعاينة الحسية المباشرة بين البائع والمشتري، وذلك تحقيقاً للشفافية ومنعا للغرر والغش والظلم في العقود،[3] إذ إن هذه الأمور محرمة شرعاً لما فيها من أكلٍ لأموال الناس بالباطل. وذلك لحرمة هذه الأمور بنصوص كثيرة منها:

أن رسول الله ﷺ مر على صبرة طعام، فأدخل يده فيها، فنالت أصابعه بللا، فقال: { **مَا هَذَا يَا**

---

[1]–مصيلحي عبد الفتاح: الرسالة الندية في القواعد الفقهية، تق: مصطفى بن العدوي، عبد المنجي سيد أمين، ط3، مكتبة العلوم والحكم، الشرقية–مصر، 1439هـ–2018م، ص130.

[2]–أخرجه البخاري في صحيحه، عن صالح أبي الخليل، عن عبد الله بن الحارث عن حكيم بن حزام τ، كتاب البيوع رقم (39)، باب البيعان بالخيار ما لم يتفرقا رقم (44)، ح.ر 2004، ج2، ص 743.

[3]–ينظر: الجنكو علاء الدين بن عبد الرزاق: المرجع السابق، ص343.

صَاحِبَ الطَّعَامِ؟} قال: "أصابته السماء يارسول الله"، قال: { أَفَلَا جَعَلْتَهُ فَوْقَ الطَّعَامِ كَيْ يَرَاهُ النَّاسُ؟ مَنْ غَشَّ فَلَيْسَ مِنِّي}.[1]

وفي حديث آخر عن ابن أبي أوفى قال: قال النبي ﷺ:{ الْخَدِيعَةُ فِي النَّارِ، وَمَنْ عَمِلَ عَمَلًا لَيْسَ عَلَيْهِ أَمْرُنَا فَهُوَ رَدٌّ}.[2]

كذلك عن أبي هريرة قال:« نَهَى رَسُولُ اللَّهِ ﷺ عَنْ بَيْعِ الْحَصَاةِ وَعَنْ بَيْعِ الْغَرَرِ »[3]

كما قال رسول الله ﷺ: {يَا مَعْشَرَ التُّجَّارِ!} فاستجابوا لرسول الله ﷺ ورفعوا أعناقهم وأبصارهم إليه، فقال:{ إِنَّ التُّجَّارَ يُبْعَثُونَ يَوْمَ الْقِيَامَةِ فُجَّارًا، إِلَّا مَنِ اتَّقَى اللهَ وَبَرَّ وَصَدَقَ}.[4]

وقد جاء في شرح حديث (التاجر الصدوق الأمين ...): "فمن تحرى الصدق والأمانة في تجارته كان في زمرة الأبرار من النبيين والصدقين ومن توخى خلافهما كان في قرن الفجار من الفسقة والعاصيين".[5]

المطلب الثاني: زمان ومكان إبرام العقد الإلكتروني (مجلس العقد).

يتم العقد الإلكتروني عن بعد، وعليه لا يمكن تصور اجتماع أطرافه في مجلس واحد محدد المكان، مما يطرح إشكالات حول زمان إبرام العقد ومكانه. وتكمن أهمية تحديد زمان انعقاد العقد لأنه يعتبر ملزما ابتداء من لحظة إبرامه، فتنشأ عنه آثار والتزامات محددة. في حين يُحدد مكان العقد، الشكل الذي يجب أن يتبعه والقانون الذي ينطبق عليه.

أما في الفقه الإسلامي فاختصر فقهاء الشريعة الحديث عن مكان وزمان ابرام العقد في نظرية تعرف بـ: "مجلس العقد"، حيث أفاض الفقهاء في دراسته بالتفصيل، وحددوه بشكل دقيق، لذلك قسم هذا

---

[1]-أخرجه مسلم في صحيحه، عن اسماعيل، عن العلاء، عن أبي هريرة؛ كتاب الإيمان رقم (1)،باب قول النبي ﷺ " من غشنا فليس منا"رقم (43)، ح.ر102، ج1، ص99.

[2]-أخرجه البخاري في صحيحه، عن ابن أبي أوفى، كتاب البيوع رقم (39)، باب النجش ومن قال لا يجوز ذلك البيع،ح.ر2530، ج2، ص753.

[3]-أخرجه مسلم في صحيحه، عن زهير بن حرب (واللفظ له). عن يحي بن سعيد عن عبيد الله، عن أبي الزناد عن الأعرج، عن أبي هريرة، كتاب البيوع رقم (21)، باب بطلان بيع الحصاة والبيع الذي فيه غرر رقم (2)، ح.ر1513، ج3، ص1153.

[4]-أخرجه الترمذي في سننه، عن إسماعيل بن عبيد بن رفاعة، عن أبيه، عن جده، أبواب البيوع عن رسول الله ﷺ رقم (12)، باب ما جاء في التجار وتسمية النبي ﷺ إياهم رقم (4)، ح.ر 1210، ج3، ص507.

[5]- بن عفانة حسام الدين: المرجع السابق، ص16.

المطلب إلى فرعين: الأول يتناول زمان ومكان العقد في القانون، بينما يدرس الثاني مجلس العقد في الفقه الإسلامي.

الفرع الأول: زمان ومكان ابرام العقد قانونا.

إن تحديد زمان ومكان العقد لا تثير أي إشكال بالنسبة للتعاقد بين حاضرين لكن تطرح عدة إشكالات إذا كان التعاقد بين غائبين: متى وأين يصبح العقد لازما وملزما بحيث تَشغل ذمتي المتعاقدين؟ وأي قانون يطبق عليه؟

لذا يخصص البند الأول لدراسة زمان ابرام العقد الإلكتروني، والبند الثاني لدراسة مكان ابرام العقد الإلكتروني.

البند الأول: زمان ابرام العقد الإلكتروني.

من أكثر المواضيع التي اختلف فيها وتضاربت فيها الآراء مسألة تحديد زمان إبرام العقد الإلكتروني أي اللحظة التي يتعبر فيها العقد الإلكتروني مبرما بحيث يترتب عليه آثاره القانونية، باعتبار أن العقد الإلكتروني شكل جديد للعقود المبرمة عن بعد، لذا نجد جانبا من الفقه اعتمد على صيغ التعاقد الإلكتروني لمعرفة النظرية الملائمة في تحديد لحظة إبرام العقد، إذ يمكن التفرقة في التعاقد الإلكتروني بين التعاقد الذي يكون العقد فيه نموذجيا كالعقود التي تتم من خلال مواقع الويب المنتشرة على شبكة الإنترنت، حيث أن العقد ينعقد في اللحظة التي تأكد فيها الطلبية على الموقع بعد تحديد تفاصيل الطلب على الموقع، أو بعد الضغط على زر الموافقة، دون تفاوض مباشر بين المورد والمستهلك إلا ما يمنح للمستهلك من خيارات واختيارات.[1]

وبين ذلك الذي يتم عبر المحادثات المباشرة ويكون هناك تفاوض ولا يوجد فاصل زمني بين الإيجاب والقبول الذي ينعقد العقد فيها في لحظة إعلان القابل قبوله مادام الموجب لم يعرض عن إيجابه. وبين العقد الذي يتم عبر البريد الإلكتروني أو بوسائل المراسلة المختلفة بحيث يكون الاتصال المباشر منقطعا، فأن العقد

[1]-ينظر: بن سعيد لزهر: المرجع السابق، ص 102.

ينعقد في اللحظة التي يعلم فيها الموجب بالقبول أي بقيامه بالإطلاع على رسالة القابل، وتحققه من قبوله للإيجاب المعروض عليه. [1]

لكن تطرح إشكاليات تعدد الحالات وعدم وجود معيار ثابت يؤخذ به وبالتالي ظهور الاجتهادات واختلاف الأحكام، وهو مالم تأخذ به التشريعات الخاصة بالمعاملات الإلكترونية إلا في حالة غياب قانون خاص، واللجوء للقواعد العامة،[2] وبالتالي ظهور نظريات جديدة تنظم المسألة.

في التشريع الجزائري بالرجوع إلى القانون 18-05 نجده في المادة 12/ 3 نص على: "تأكيد الطلبية الذي يؤدي إلى تكوين العقد" أي أنه كما عرفنا سابقا أخذ بنظرية "تأكيد القبول" تختلف هذه النظرية الجديدة عن النظريات التقليدية باستخدامها لحظة جديدة لانعقاد العقد الإلكتروني وهي اللحظة التي تؤكد فيها الطلبية.[3]

وذلك بعد التمكين من مراجعة العرض وتصحيح ما قد يشوبه من أخطاء محتملة، وهو ما نصت عليه الفقرة 2 من المادة ذاتها، لذا فإن التوجه القانوني الحديث قد خالف النظريات التقليدية، لأنها وقفت عاجزة أمام التعاقد الإلكتروني بسبب الخسائر والإشكالات التي قادت إلى استحداث نظرية جديدة مستقلة. ومضمون هذه النظرية : "أن بيان زمان إبرام العقد الذي يتم بالطرق الإلكترونية هو من لحظة "تأكيد القبول" ممن وجه الإيجاب وهو المورد الإلكتروني إلى القابل وهو المستهلك الإلكتروني، وذلك بعد تمكينه من المراجعة والتصحيح، لتحقيق الأمان القانوني "،[4] لكن ما يثير التساؤل هنا: هل اللحظة التي يبرم فيها العقد هي لحظة التأكيد؟ أم لحظة تصدير التأكيد؟ أم لحظة استلامه؟ أم أنها لحظة العلم به؟ انجر

---

[1]-بن سعيد لزهر: المرجع السابق، ص 102.

[2]-كما هو الحال في التشريع المصري إذ لا يوجد تشريع رسمي للتجارة الإلكترونية.

[3]- مرزوق نور الهدى: المرجع السابق، ص 183.

[4]-الجبوري سلمان كامل سلمان وآخرون: نظرية تأكيد القبول في العقد الإلكتروني، مداخلة بالمؤتمر الدولي الأول: ثورة المعلومات وانعكاساتها على الدراسات الأكاديمية والواقع الاجتماعي، في الفترة من 18-2019/03/19، جامعة أقسام ذي قار، كلية الإمام كاظم، العراق، ص257- 258.

الاختلاف في هذه النظرية عن المزج بين هذه النظرية ونظريات الزمان التقليدية في التعاقد بين غائبين،[1] وفي هذا الإطار أخذ المشرع الجزائري بلحظة التأكيد أي بمجرد القيام بفعل تأكيد الطلبية يبرم العقد وهذا حسب نص المادة 2/12 من القانون 18-05، وفعل التأكيد لا يتحقق إلا بخروج الرسالة أو الطلب من نطاق سيطرة المرسل، وهذا الرأي ينطبق مع نظرية "تصدير تأكيد القبول" التي تعتبر أن لحظة الانعقاد هي من الوقت الذي يخرج التأكيد من النظام المعلوماتي للجهاز المستعمل من قبل المرسل، بحيث لا يمكنه إعادة سحبه أو التراجع عن إرسالها، وتصبح في متناول علم المتلقي، فيصبح وفقا لهذه النظرية القبول باتا والعقد مبرما.[(2)]

لكن انتقدت هذه النظرية لأنه بمجرد تصدير رسالة التأكيد المتضمنة للقبول وخروجها من النظام المعلوماتي للمرسل لا يعني وصولها فعلا إلى نظام المعلومات للمرسل إليه أو لمورد خدمة الاتصال، وذلك لإمكانية حدوث أعطاب فنية أو تقنية تحول دون وصول الرسالة للمرسل إليه أو حتى تلفها، وبالتالي لا ينعقد العقد، أو أن تبقى داخل البريد دون أن يعلم بها من وجهت إليه الرسالة. [(3)]

رغم ذلك نرى أن هذه النظرية هي المناسبة لمثل هذه العقود من عدة جوانب:

- فمن ناحية السرعة التي تتطلبها خصوصية المعاملات التجارية، وبالأخص المبرمة عبر الوسائل الإلكترونية فهذه الطريقة الجديدة تحقق السرعة والأمان.

- أما من ناحية اللحظة فإن أغلب الأجهزة الإلكترونية تسجل توقيت التصرفات المنجزة من خلالها، بالإضافة إلى أن المورد الإلكتروني ملزم بتسجيل كل المعاملات بتواريخها في في دفاتره التجارية الإلكتروني، أي أنه مهما اختلف طريقة تحديد اللحظة المعتبرة في تحديد إلزامية العقد، فإن إثباتها أسهل مما يتوجه به أصحاب النظريات السابقة من صعوبة الإثبات، في ظل استخدام التوثيق الإلكتروني.

---

[1] نظرية إعلان القبول، نظرية تصدير القبول، نظرية تسليم القبول، ونظرية العلم بالقبول، وقد أخذ المشرع الجزائري بنظرية العلم بالقبول في المادة 67 من ق.م. التي تنص على:"يعتبر التعاقد بين الغائبين قد تم في المكان والزمان اللذين يعلم فيهما الموجب بالقبول، ما لم بوجد اتفاق أو نص قانوني يقضي بغير ذلك، ويفترض أن الموجب قد علم بالقبول في المكان وفي الزمان اللذين وصل إليه فيهما القبول"

[(2)]-الجبوري سلمان كامل سلمان وآخرون: المرج السابق، ص268.

[(3)]-المرجع نفسه.

– ومن ناحية إمكانية علم أو عدم علم المتلقي برسالة التأكيد فالمشرع وضع الوصول قرينة العلم.

البند الثاني: مكان ابرام العقد الإلكتروني.

يتخذ أمر تحديد مكان انعقاد العقد في البيئة الإلكترونية أهمية خاصة نظرا لتعلق المسألة بطبيعة الوسيط الإلكتروني من جهة، وبالصفة الدولية الغالبة على التعاملات التجارية الإلكترونية من جهة أخرى، وسيترتب على ذلك العديد من الصعوبات التي تبرز عند تحديد المحكمة المختصة بنظر المنازعات الناشئة عن العقد، أو القانون الواجب التطبيق من بين القوانين المتنازعة، والقضايا الضريبية ومسألة تحديد الموقع وثيق الصلة بالصفقات التجارية الإلكترونية، وهل هو مكان المرسل أو المستلم أو مكان نظام معالجة المعلومات؟[1]

وقد اختلف حول الموضوع من الناحية الفقهية أو التشريعية وذلك لاعتبارات كثيرة،[2] فقد –تنازعت العديد من النظريات واختلفت الآراء حول تحديد مكان العقد الإلكتروني وتداخلت مع نظريات الزمان ومع قواعد الاختصاص، مع أخذ الاتفاق أو القانون بعين الاعتبار وبين من يميل الكفة لصالح المستهلك، وفيما يلي توضيح كل حالة، ورأي وحجج كل موقف:

أولا: حالة الاتفاق بين المورد والمستهلك الإلكترونيين:

يجوز للطرفين الاتفاق على اختيار نظرية محددة سواءا تصدير القبول أو تأكيده أو استلامه، أو تحديد مكان العقد بوضوح، فقانون الأونسيترال والمشرع الجزائري في القواعد العامة يتجهان إلى أن مكان انعقاد العقد الإلكتروني وتحديد المحكمة المختصة بالفصل في النزاع إذا قام، يخضع لسلطان الإرادة أولا، إذ يقدم التشريعان مبدأ الاتفاق في المفاوضات، فالمادة 67 من ق.م.ج تنص على:"يعتبر التعاقد بين الغائبين

---

[1] محمد سعيد أحمد اسماعيل : المرجع السابق، ص232.

[2] منها: كون العقد الإلكتروني في الغالب عقد استهلاكي بين متعامل اقتصادي قوي وإمكانياته المالية كبيرة ومعتبرة وبين المستهلك وهو في الغالب طرف ضعيف وامكانياته الاقتصادية محدودة.

– وباعتبار إبرامه يتم بين غائبين متباعدين مكانيا، سواء كان المتعاقدين في حدود الدولة الواحدة وبالتالي خضوعهما لنظام قانوني واحد، فتطرح إشكالية المحكمة المختصة إقليميا. أو كونهما ينتميان لدولتين مختلفتين، وبالتالي اختلاف الأنظمة القانونية، فتثار إشكالية تنازع القوانين والمحكمة المختصة.

– باعتبار كذلك الفترة الزمنية الموجودة بين الإيجاب والقبول، والتلازم بين الزمان والمكان لانعقاد العقد من عدم التلازم بينهما.

قد تم في المكان والزمان اللذين يعلم فيهما الموجب بالقبول، ما لم يوجد اتفاق أو نص قانوني يقضي بغير ذلك،" إذ تنص المادة (4/15) من القانون النموذجي لليونسترال على مايلي: "...مالم يتفق المنشىء والمرسل إليه على غير ذلك"

وتحث المادة 13 من القانون 18-05 على وجوب تضمن نموذج العقد الاتفاق على المحكمة المختصة بنظر النزاع حسب المادة 2 التي تحدد قواعد الاختصاص في العقد الإلكتروني الدولي، وهذه المرحلة تأتي بعد ابرام العقد والاتفاق النهائي حوله بحيث لا مجال للتفاوض والاتفاق حول الموضوع حتى أنه في المادة 10 التي تبين المعلومات الواجب توفرها على سبيل المثال لا الحصر لم يرد الإحالة إلى ضرورة الأخذ بنظرية ما أو جعل من تحديد المحكمة المختصة بنظر النزاع، موضوع نقاش أو تفاوض، أي أن موضوع المكان تحدث عنه المشرع بالنسبة للعقد الدولي دون المحلي أو الداخلي وبالنسبة للعقد الداخلي لا يوجد نص ما يمنع الاتفاق، لكن حسب القواعد العامة يقدم الاتفاق.

ثانيا: نظريات مكان العقد الإلكتروني إن لم يوجد اتفاق:

ثار الجدل حول وجود التلازم بين زمان ومكان انعقاد العقد من عدمه، فيرى البعض أن المكان الذي ينعقد فيه العقد الإلكتروني بالتحديد تبعا للحظة التي تتطابق فيها الإرادتان أي يوجد تلازم بين المكان والزمان، بينما يرى البعض الآخر يوجب الفصل بين الزمان والمكان في انعقاد العقد الإلكتروني،[1] في حين ذهب فريق آخر إلى أن مكان العقد الإلكتروني هو مكان المستهلك مطلقا وفيما يلي التفصيل في كل رأي:

1-نظريات التلازم بين الزمان والمكان:

يرى أصحاب هذا الموقف بالتلازم بين الزمان والمكان أن اللحظة التي يعتبر فيها العقد قد أبرم هي ذاتها التي تحدد مكان انعقاده وعليه فإن النظرية المحددة لزمان انعقاد العقد حسب تشريع دولة ما هي نفسها النظرية المطبقة على مكان انعقاد العقد.[(2)] فمثلا أخذ المشرع الجزائري في العقود عامة بنظرية العلم بالقبول فإن العقد حسب هذه النظرية ينعقد في الزمان والمكان اللذان يعلم فيها الموجب بالقبول، فالمكان

[1] بولمعالي زكية: زمان ومكان انعقاد العقد الإلكتروني، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والإقتصادية والسياسية، مج53، ع1، ص473.

[(2)]-مرزوق نور الهدى: المرجع السابق، ص188.

الذي يعلم فيه الموجب بقبول الإيجاب هو مكان انعقاد العقد. وهو المكان الذي يتحدد على بناء عليه المحكمة المختصة بنظر أي نزاع يدور حوله والقانون الواجب التطبيق إذا اكتسب العقد عنصرا أجنبيا أي إذا ما اتخذ العقد الطابع الدولي.[1]

ونظريات التلازم هي نفسها النظريات الأربع السابقة الذكر في زمان ابرام العقد وهي: نظرية الإعلان عن القبول، ونظرية تصدير القبول، ونظرية تسليم القبول، ونظرية العلم بالقبول. وإذا أخذنا بفكرة التلازم بين لحظة إبرام العقد ومكانه حسب النظرية الجديدة التي ترى أن لحظة انعقاد العقد "تأكيد القبول" نقول أن مكان انعقاد العقد هو مكان تأكيد القبول، وهو مكان القابل أي مكان المستهلك.

2- نظريات الفصل بين الزمان والمكان:

ترى هذه النظريات ضرورة الفصل بين زمان ومكان انعقاد العقد،[2] أي عدم التلازم بينهما، أي أن النظرية المعتبرة في تحديد الزمان، تختلف عن تلك المأخوذة في تحديد المكان، لكن لتوضيح الحجج نجد نظريتين تختلف في شرح التفاصيل:

- حيث يرى أنصار النظرية الأولى أنه لتحديد زمان انعقاد العقد، يجب الأخذ بنظرية استلام القبول (الوصول)، أما فيما يتعلق بمكان انعقاد العقد فيجب الأخذ بنظرية تصدير القبول.[3] أي ينعقد العقد الإلكتروني في المكان الذي يصدر فيه القبول الإلكتروني فإذا استخدم القابل رسالة البيانات للتعبير عن قبوله ينعقد العقد في المكان الذي أرسلت منه الرسالة المتضمنة القبول وهو مكان القابل، وذلك لعدم جواز إجبار الطرف الذي لم يكن سباقا للتعاقد إلى التقاضي بعيدا عن محل إقامته، أي أن أول طرف صدرت منه

---

[1]-مُحَّد المرسي زهرة: المرجع السابق، ص 55.

[2]-أو ما يعرف بنظريات الثنائية أو الإزدواجية: أول من أطلق هذه التسمية هو الأستاذ الدكتور عباس زبون عبيد العبودي، في كتابه: التعاقد عن طريق وسائل الاتصال الفوري وحجيتها في الإثبات المدني "دراسة مقارنة"، الصادر سنة 1997، وهو الذي نسبهما للأستاذين "مالوري" و"شيفالييه" وهما نظريتان اشتهرتا في الفقه العربي أكثر، فجميع المصادر والمراجع التي تناقلت النظريتان نسبتهما لكتاب الأستاذ العبودي، وعند بحثنا عن أصل هاتان النظريتان وجدنا للأستاذ جون شيفالييه كتاب:

"Notes sur la théorie générale des obligations "éd :institut français d'archéologie orientale. 1945، وهو الكتاب نفسه الذي نسبت له النظرية.

See https://almerja.com/reading.php?idm=48837 .13:42_2024/03/30

[3]-بولمعالي زكية: المرجع السابق، ص475.

الرغبة التعاقدية هو من يتقاضى في غير محل إقامته، وبتطبيق هذه النظرية على العقد الإلكتروني فإن العقد يبرم في المكان الذي يرسل فيه القابل رسالة البيانات المتضمنة للقبول، أي مكان تصدير القبول.[1]

– أما أنصار النظرية الثانية فذهبت إلى عدم إمكانية ربط اقتران الإرادتين بزمان ومكان واحد، ففيما يتعلق بالزمان هو الوقت الذي لا يتمكن فيه الموجب من الرجوع عن إيجابه، ويفضل أن يكون وقت العلم بالقبول، وأما فيما يتعلق بمكان انعقاد العقد، فهو المكان الذي أرسل إليه الإيجاب (مكان القابل)، أما إذا كان المراد معرفته هي القواعد التي تنطبق على صحة التعاقد أو تفسير العقد، فعند سكوت الطرفين يجب الرجوع إلى مكان الإرسال الذي انطلقت منه المبادرة التعاقدية (سواء أكانت إيجاباً أم دعوة إلى التعاقد).[2]

برر الباحثون المعاصرون للأخذ بمكان القابل وهو المستهلك، أنه في العلاقة بين مستهلك ومورد يجب تحديد الاختصاص لموطن المستهلك، لأن ما يعاب على تحدد المكان للبائع هو عدم الأخذ بعين الاعتبار كون أحد الطرفين في العقد الإلكتروني ضعيفا وهو المستهلك قد يستحيل قدرته على التقاضي في موطن التاجر، لذا ولضرورة توفير الحماية والرعاية لهذا الأخير بتسهيل إجراءات التقاضي له وإعطاء الإختصاص للمحاكم التي هي محل إقامة هذا المستهلك دون أي تقييد فيما إذا كان هذا المستهلك موجبا في العقد أم قابلا ومع عدم جواز تنازله عن حقه في التقاضي أمام محكمة موطنه.[3]

ثالثا: مكان إبرام العقد الإلكتروني في التشريعات الوضعية.

من الناحية التشريعية الدولية نكتفي بموقف قانون الأونسيترال النموذجي، ومن ناحية التشريعات الوطنية نقتصر على موقف التشريع الجزائري:

1- مكان ابرام العقد الإلكتروني في قانون الأونسيترال النموذجي:

عالج واضعوا قانون الأونسيترال النموذجي التحديد المكاني لإبرام العقد في المادة (4/15) التي تنص على مايلي:

---

[1]–قسنطيني حدة صبرينة: العقد الإلكتروني(الإنعقاد والإثبات)، رسالة ماجيستير، كلية الحقوق وعلوم السياسية، جامعة مُحَّد الصديق بن يحي، جيجل–الجزائر، 2011–2012، ص60.

[2]–سلهب لما عبد الله صادق: مجلس العقد الإلكتروني، رسالة ماجيستير، جامعة النجاح الوطنية، كلية الدراسات العليا، نابلس–فلسطين، 2008، ص133.

[3]–ثامر هبه محمود عبد الله: المرجع السابق، ص 214.

مالم يتفق المنشىء والمرسل إليه على غير ذلك، يعتبر أن رسالة البيانات أرسلت من المكان الذي يقع فيه مقر عمل المنشأ، ويعتبر أنها استلمت في المكان الذي يقع فيه مقر عمل المرسل إليه ولأغراض هذه الفقرة:

-إذا كان للمنشىء والمرسل إليه أكثر من مقر عمل واحد كان مقر العمل هو المقر الذي له أوثق علاقة بالمعاملة المعنية، أو مقر العمل الرئيسي إذا لم توجد مثل تلك المعاملة.

- إذا لم يكن للمنشأ أو المرسل إليه مقر عمل يشار من ثم إلى محل إقامته المعتاد".

نستنتج من المادة أن مكان انعقاد العقد الإلكتروني هو: مكان مقر عمل المرسل إليه إذ اعتد بنظرية الاستلام، وهو كذلك المكان الذي يقع فيه مقر عمل المرسل إذ أخذ هنا بنظرية التصدير،[1] ما معناه أنه إذا تبنت أية دولة أحكام القانون النموذجي، وكانت القواعد العامة فيها تأخذ بنظرية تصدير القبول، فإن مكان انعقاد العقد هو المكان الذي يقع فيه مقر عمل المرسل، أما إذا تبنت الدولة التي انظمت إلى القانون النموذجي في قواعده العامة نظرية تسليم القبول فإن مكان انعقاد العقد هو مكان مقر عمل المرسل إليه، في حين أن الدول التي تبنت نظريتي إعلان القبول أو العلم به غير معنية بأحكام هذا القانون النموذجي إلا في حالة اتفاق المتعاقدين على الأخذ بإحدى النظريتين المنصوص عليهما. [2]

وفي حال تعدد مقرات العمل بالنسبة للطرفين كان المكان مقر العمل الذي له أوثق علاقة بالمعاملة المعنية، وإن لم يوجد مقر عمل معين فالعبرة بمحل الإقامة.

2- مكان ابرام العقد الإلكتروني في التشريع الجزائري:

أما المشرع الجزائري فلم ينص في القانون 18-05 على مكان إبرام العقد صراحة لكنه أوجب تحديد المحكمة المختصة بفصل النزاع عند وقوعه في المادة 10/13والتي تنص:" يجب أن يتضمن العقد الإلكتروني على الخصوص المعلومات الآتية: - الجهة القضائية المختصة في حالة النزاع، طبقا لأحكام المادة 2 أعلاه".

وتقضي المادة 2 من القانون ذاته بـ:" يطبق القانون الجزائري في مجال المعاملات التجارية الإلكترونية في حالة ما إذا كان أحد أطراف العقد الإلكتروني:

- متمتعا بالجنسية الجزائرية، أو

---

[1]-مرزوق نور الهدى: المرجع السابق، ص 191.

[2]-المرجع نفسه، ص 182.

- مقيما إقامة شرعية في الجزائر، أو
- شخصا معنويا خاضعا للقانون الجزائري،
- أو كان العقد محل إبرام أو تنفيذ في الجزائر".[1]

فإن تطابقت إرادة أطراف العقد، أي كان مكان العقد محل الإبرام في الجزائر، ومكان التنفيذ فهو مكان التسليم أو التقديم، وبالتالي يصعب الاعتماد على مكان التنفيذ كمكان للعقد في السلع الرقمية، لذا لتحديد المكان ينظر إلى محل الإبرام، ومحل الإبرام هو مكان الفعل الذي يؤدي إلى تطابق الإرادتين على الوجه المنتج لأثره، إذ عرفنا سابقا أن تطابق الإرادتين في الطلبية المؤكدة يتم بتأكيدها.

وتطابق الإرادتان في الطلبية المسبقة هو توفر المنتوج محل الطلبية فتصبح مؤكدة بصفة ضمنية حسب المادة 2/15، وتوفر المنتوج يكون لدى البائع وبالتالي فمكان العقد في الطلبية المسبقة هو عنوان البائع. وإذا كان العقد محليا بين مورد ومستهلك جزائريين فأن المشرع الجزائري لم يشر إلى مكان العقد كمعيار لتحديد الاختصاص، كما أنه يظهر بأخذه لنظرية تصدير تأكيد القبول أخذه بازدواجية زمان ومكان العقد، على خلاف القواعد العامة، وعلى كل فإن أمر الاختصاص في المحكمة يرجع إلى القواعد العامة.

وفي الأخير نجد أن المشرع الجزائري لم يركز على تحديد مكان ابرام العقد الإلكتروني، كي يفتح مجال الاختصاص أكثر، وكي يترك للإرادة الاتفاقية حرية، وللسلطة التقديرية للقضاء بحكم أن ما يفرضه الواقع من نماذج عقود وتطورات تتخللها بشكل مستمر يصعب ضبطه، كما نرى أنه لا يطرح مكان انعقاد العقد أهمية كبيرة في التشريع الجزائري لتحديد المحكمة المختصة، لأنها من البنود الإلزامية التي أوجب تحديدها في نموذج العقد، وجعل تخلفها حجة لإبطال العقد.[2]

---

[1]–من المادة نفرق بين حالتين إذا كان العقد دوليا بمعنى أحد أطرافه جزائريا والآخر أجنبيا أو كلا أطرافه أجانب ولكن أبرم العقد أو سينفذ في الجزائر، فيمكن للمتعاقد الجزائري أو الأجنبي المقيم بالجزائر، أو أي شخص خاضع للقانون الجزائري، رفع دعوى تحصيل حقه وجبر ضرره أمام القضاء الجزائري، سواء كان موردا أو مستهلكا.

[2]–أما عن حماية الطرف الضعيف في العقد بعدم إرهاقه بتكاليف التعاقد في حال ثبوت الاختصاص لمكان المورد، وكان التقاضي مرهقا فإن المشرع سمح لجمعية حماية المستهلكين بالتأسس كطرف مدني للدفاع عن مصالح المستهلك، بموجب نص المادة 23 من قانون حماية المستهلك وقمع الغش، مع إمكانية إستفادتها من المساعدة القضائية، فيمكن لهذه الجمعيات تولي الدفاع عن مصالح المستهلكين التي يتسبب فيها المورد فمنحها القانون صفة التقاضي باسم المستهلكين أمام القضاء المدني كما يمكنها طلب التعويض عن الأضرار التي تلحق

الفرع الثاني: مجلس العقد الإلكتروني من منظور الفقه الإسلامي.

فكرة مجلس العقد[1] من صنع فقهاء الشريعة الاسلامية، حيث قاموا بصياغتها على شكل نظرية محكمة الدقة، والغرض من هذه الفكرة هو تحديد المدة التي يجب أن تفصل بين الإيجاب والقبول، حتى يتمكّن من عرض عليه الإيجاب من النظر في الأمر واتخاذ قراره بقبول الإيجاب أو رفضه، مع منعه من التراخي الزائد الذي قد يؤدي إلى الإضرار بالطرف الآخر من خلال تأجيل الرد.[2]

وهناك نوعان من مجلس العقد، المجلس الحقيقي وهو الذي يجمع الطرفين في مكان واحد، ويكونان على اتصال مباشر بحيث يسمع كل طرف كلام آخر، فيتم تقديم الإيجاب والتفاوض حوله، وينتهي بالرد إما أن يقبله من وجه إليه أو يرفضه، ومجلس العقد الحكمي يكون فيه الطرفان غائبان عن مكان مجلس العقد، أي أنه يتم التعاقد بين الطرفين دون حضور الأطراف في مجلس العقد، بحيث يكون صدور القبول بفترة زمنية وهي المدة اللازمة لوصول القبول لعلم الموجب.[3]

بتتبع النصوص الفقهية في مجلس العقد عامة تبين أن العقد بين غائبين يتم ويكون ملزما لكلا الطرفين عند الفقهاء،[4] بمجرد تصريح المرسل إليه بقبوله، دون توقف تمامه على أي شيء آخر، وهذا يدل

بهم، وإذا رفع المستهلك دعوى أمام القضاء المدني، فتدخل الجمعية قصد تأييد طلبات المستهلك، وفقا للقواعد العامة للتدخل. (بوروح منال: ضمانات حماية المستهلك في ظل القانون 03-09(المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش)، رسالة ماجيستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر01، 2014-2015، ص144-145)

[1]-مجلس العقد بصفة عامة:"هو الحال التي يكون فيها المتعاقدان مشتغلين في العقد"(أبو مصطفى سليمان: المرجع السابق، ص48).

[2]- بن مصطفى عيسى: مجلس العقد عبر الأنترنت(دراسة فقهية)، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، ع1، مج9، 2016، ص18.

[3]-عارف علي عارف، ياس البياتي نادية: المرجع السابق، ص13.

[4]- من بين نصوص الفقهاء حول الزمان والمكان الذي يبرم فيهما العقد بين غائبين نورد ما يلي: من الحنفية يقول ابن عابدين: " فلو قال بعت فلانا الغائب فبلغه فقبل لم ينعقد (اتفاقا) إلا إذا كان بكتابة أو رسالة فيعتبر مجلس بلوغها. صورة الكتابة أن يكتب أما بعد فقد عبدي فلانا منك بكذا فلما بلغه الكتاب قال في مجلسه ذلك: اشتريت تم البيع بينهما. وصورة الإرسال أن يرسل رسولا فيقول البائع بعت هذا من فلان الغائب بألف درهم فاذهب يا فلان وقل له فذهب الرسول فأخبره بما قال: فقبل المشتري في مجلسه ذلك." (ابن عابدين، مُحَمَّد أمين: حاشية رد المحتار على الدر المختار-شرح تنوير الأصار-،شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، ط2، مصر، 1386هـ-1966م، ج4، ص512)

ومن الحنابلة يقول البهوتي: "وإن كان المشتري غائب عن المجلس فكاتبه البائع أو راسله: إني بعتك داري بكذا أو إني بعت فلانا ونسبه- بما يميزه- داري بكذا، فلما بلغه الخبر –أي المشتري- قبل البيع صح العقد". (البهوتي، منصور بن يونس الحنبلي: كشف القناع عن الإقناع،

على تحديد الزمان والمكان الذي ينعقد فيه العقد بين غائبين، لأن مجلس العقد حسبهم هو مجلس القبول أي المكان الذي أعلن في القابل قبوله.[1]

أما في مجلس العقد الإلكتروني فاختلف في تصنيفه فمنهم من صنفه التصنيف الثنائي التقليدي لمجلس العقد(البند الأول)، ومنهم من صنفه بناء على خصوصية البيئة الإلكترونية(البند الثاني).

البند الأول: التصنيف الثنائي التقليدي لمجلس العقد (حاضرين أو غائبين).

يشمل هذا التصنيف اتجاهين الأول يرى أن مجلس العقد الإلكتروني حقيقي وبالتالي العد الإلكتروني تعاقد بين حاضرين، والاتجاه الثاني يرى عكس ذلك أي أن التعاقد الإلكتروني تعاقد بين غائبين وبالتالي فمجلس العقد الإلكتروني مجلس حكمي وفيما يلي تفصيل في آراء كل اتجاه.

أولا: العقد الإلكتروني تعاقد بين حاضرين.

يرى هذا الاتجاه أن العقد الإلكتروني عبر الإنترنت يشكل تعاقداً بين حاضرين، حيث لا يوجد فاصل زمني بين العرض والقبول، إذ يعتبر الاتصال الدائم عبر الإنترنت بين الطرفين أساسا لهذا التفاعل، ويشدد على أن الفكرة المكانية لا تلعب دورا، نظرا للطبيعة العابرة للحدود للإنترنت، فإذا غاب الالتقاء المادي للمتعاقدين يوجد التقاء حكمي افتراضي، وبالتالي مكان العقد هو الفضاء الإلكتروني. فالثابت أن مجلس العقد يقوم على ركنين هما: الركن المادي وهو المكان، والركن المعنوي وهو الزمان، وبتطبيق ذلك على العقد الإلكتروني نجد أنه مكان افتراضي لأنه يتم عبر فضاء إلكتروني.[2]

تح: لجنة متخصصة في وزارة العدل، الناشر وزارة العدل في المملكة العربية السعودية، ط1،(1421-1429هـ)-(2000-2008م)،ج7، ص300) ومن الشافعية قال الخطيب الشربيني: "...ويشترط القبول من المكتوب إليه حال الإطلاع ليقترن بالإيجاب بقدر الإمكان".(الخطيب الشربيني: المرجع السابق، ج2، ص329) ومن المالكية يقول الدسوقي:" أما لو عرض رجل سلعته للبيع وقال: من أتاني بعشرة فهي له فأتاه رجل بذلك إن سمع كلامه أو بلغه فالبيع لازم"(الدسوقي: المرجع السابق، ج3، ص5).

[1]-عبد العزيز فرج مُحَمَّد موسى: المرجع السابق، ص313

[2] ينظر: أبا الخيل ماجد مُحَمَّد سليمان: العقد الإلكتروني(دراسة مقارنة)، ط1، مكتبة الرشد، الرياض- المملكة العربية السعودية، 1430هـ-2009م، ص62.

ثانيا: العقد الإلكتروني تعاقد بين غائبين.

يرى هذا الاتجاه أن التعاقد الإلكتروني يعتبر تعاقدا بين غائبين من حيث الزمان والمكان، مشبها إياه بالتعاقد عبر المراسلة والهاتف. وبيان ذلك أن هذا الاتجاه يركز على أن وسائل التواصل الإلكترونية تَعد وسيلة جديدة للتفاعل، لكن صورة التعاقد فيها ليست جديدة، حيث قد يكون الاتصال عبر شبكة الأنترنت بين الطرفين مباشر ولحظي فهنا يكون التعاقد مماثل للتعاقد عن طريق الهاتف ويعد مجلس العقد حكميا، وأدلة أصحاب هذا الاتجاه هي:

– مجلس العقد الإلكتروني مجلس عقد حكمي وتطبق عليه أحكامه، وهو مجلس وصول وعلم الموجب إليه وقبوله له، وأن نقل الوسائل الإلكترونية للإيجاب ماهو إلا نقل عن طريق وسيلة كالرسول كل ما هنالك أن النقل هنا يتم عن طريق وسيط إلكتروني، وبالتالي فهو تعاقد بين غائبين.[1]

– اعتبار مجلس العقد في التعاقد الإلكتروني مجلس حكميا يمكن المستهلك–الطرف الضعيف– من الإستفادة من خيارات المجلس في التعاقد عن بعد أبرزها خيار الرؤية.[2]

– عدم وجود مجلس عقد مختلط إنما يكون المجلس إما حقيقيا أو حكميا، لأن هذه الفكرة تؤدي إلى تجزئة مجلس العقد في حين أن الواقع مجلس العقد الإلكتروني تنطبق عليه أحكام مجلس العقد الحكمي.[3]

البند الثاني: التصنيف المعتمد على خصوصية البيئة الإلكترونية:

يشمل هذا التصنيف اتجاهين الأول يرى أن العقد الإلكتروني تعاقد بين حاضرين زمانا غائبين مكانا (أولا)، والثاني يرى أن العقد الإلكتروني ذو طبيعة خاصة تحدده وسيلة الإبرام (ثانيا).

أولا: العقد الإلكتروني تعاقد بين حاضرين زمانا غائبين مكانا.

يرى هذا الاتجاه أن العقد الإلكتروني تعاقد بين حاضرين زمانيا، نظرا لعدم وجود فاصل زمني بين إعلان العرض ومعرفة القبول.[1] وفي نفس الوقت، يعتبر تعاقدا بين غائبين مكانيا بسبب عدم تواجدهما في

---

[1]– أبا الخيل ماجد مُحَمَّد سليمان: المرجع السابق، ص64.

[2]– المرجع نفسه، ص65.

[3]– سليمان أحمد فضل: المرجع السابق، ص82.

مكان واحد عند التعاقد، ومن هنا يمكن تعريف مجلس العقد الإلكتروني في هذه الحالة بأنه: " المجلس الذي يجمع المتعاقدين من حيث الزمان ولا يجمعهم من حيث المكان، والتي يمكن أن لا تفصل مدة زمنية بين صدور القبول وعلم الموجب به أي انشغال كلا المتعاقدين بإبرام العقد في الوقت ذاته"[2]

وعلى ذلك فالتعاقد بطريق الإنترنت يعتبر في الأصل تعاقداً بين غائبين لكن قد يكون الغياب من حيث المكان فقط، وحاضرين من حيث الزمان، وبيان ذلك: أن مكان المتعاقدين مختلف سواء كانا في بلدة واحدة أو دولة واحدة أو دول مختلفة، فهما لا يجتمعان في مكان واحد كما هو الحاصل في التعاقد العادي. أما زمان التعاقد فقد يكون واحد حيث أن صفحة العقد تكون معدة سلفاً من قبل العارض وما على المتعاقد سوى القبول أو الرفض، فلا توجد فترة زمنية تفصل ما بين الإيجاب والقبول، ويستثنى من هذا الأصل بعض الحالات التي يكون فيها انقطاع بين الإيجاب والقبول.[3]

ثانيا: العقد الإلكتروني ذو طبيعة خاصة تحدده وسيلة الإبرام.

يرى هذا الاتجاه أن العقد الإلكتروني ذو طبيعة خاصة،[4] لا يشبه فيها التعاقد بين الحاضرين أو الغائبين بشكل كامل، بل يشبه كلاً منهما بطريقة معينة. إذ يعتبر نوعا خاصا من التعاقد يتم عبر وسائل مختلفة ولكل حالة حكمها فلا يمكن إطلاق حكم أو وصف موحد،[1] وهي كالآتي:

---

[1]- رد أصحاب هذا الاتجاه على سابقيهم بأن التعاقد عبر الحاسوب يختلف عن التعاقد عن طريقه في هذا الزمن إذ لم توجد الشركات العارضة عبر شبكة المواقع وإنما كان الطرف الراغب في التعاقد يرسل بطريق البريد الإلكتروني رسالة يبين فيها رغبته في التعاقد ثم يحصل الرد من الطرف المقابل بالموافقة أو الرد، ولا شك أن ذلك يستغرق شيئاً من الوقت الذي يجعل التعاقد بينهما أشبه بالتعاقد عن طريق البريد العادي فيكون له حكم التعاقد بين الغائبين من حيث المكان والزمان. أما الآن أصبحت الشركات تعرض بضاعتها عبر شبكة المواقع (web)، أو عبر تطبيقات وبرامج المحادثات المباشرة، وما على العميل أو الزبون إلا أن يبدي رغبته في الموافقة على التعاقد، فيتم فوراً ويبدأ سريان آثار العقد من تسليم الثمن والسلعة ونحو ذلك.(يوسف حسن يوسف:المرجع السابق، ص17)

[2]- عارف علي عارف، البياتي نادية ياس: المرجع السابق، ص13-15.

[3]-يوسف حسن يوسف: المرجع السابق، ص17.

[4]- قرار مجمع الفقه الإسلامي رقم (6/3/52) في دورته السادسة حول التعاقد بالحاسب الآلي ذكر أنه في حالة عدم الاتصال المباشر بين الطرفين فيكون التعاقد في هذه الحالة بين غائبين من حيث الزمان والمكان، لكنه ذكر في حالة ما إذا كان التعاقد في الوقت ذاته كالتعاقد بالهاتف أو لاسلكي يعتبر تعاقدا بين حاضرين ويؤخذ الحكم ذاته وبقياس الحالات الجديدة للتعاقد عبر الأنترنت التي يكون فيها المتعاقدين متصلين مباشرة على الاتصال بالهاتف يعتبر حسب مجلة المجمع تعاقدا بين حاضرين.

أما الدكتور سليمان أحمد فضل فقد رجح هذا الاتجاه بعدما أسهب في ذكر أصحاب هذا الرأي وذكر حججهم. في كتابه المنازعات الناشئة عن عقود التجارة الإلكترونية في إطار القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، د ط، القاهرة-مصر، 1432هـ-2011م، ص82-83

– مجلس العقد الإلكتروني الذي يتم عبر الرسائل الكتابية كالتعاقد بالبريد الإلكتروني، أو أي وسيلة كتابية لا يكون فيها المتعاقدان متصلين والتي يكون فيها فاصل زمني بين صدور الإيجاب ووصوله إلى الموجب له، وبين صدور القبول ووصوله إلى الموجب، كالتعاقد بالرسائل العادية، فمجلس العقد هنا مجلس بين غائبين، لأن التطبيقات الكتابية الإلكترونية تعد وسيلة لتوصيل الرسالة إلى الموجب له، غير أنه أسرع من غيره من الوسائل الأخرى، فمجلس العقد هو محل وصول رسالة الموجب إلى القابل وإعلان قبوله، وفتح الرسالة والإطلاع عليها، فإن قبل في مجلسه انعقد العقد، وإذا انقضى مجلسه بالإعراض بطل الإيجاب.[2]

– وإذا كان التعاقد عن طريق شبكة المواقع فمجلس العقد يعتبر مختلط فهو مجلس عقد حقيقي من حيث الزمان، ومجلس عقد حكمي من حيث المكان، لأن مجلس العقد يبدأ لحظة النقر على إيقونة الموافقة أو شراء. فيتم التعاقد فورا ويبدأ سريان آثار العقد من تسليم الثمن والسلعة ونحو ذلك، ينطبق على هذه الحالة الرأي القائل بأن مجلس العقد مجلس بين حاضرين زمانا وغائبين مكانا.[3] هذا في حالة كان الاتصال بهذا الموقع أو المتجر الالكتروني ممكنا في أي وقت بحيث يكون نائبا عن التاجر أو البائع الأصيل عن التعاقد لإنشاء تصرف قانوني في أي وقت، أما إذا كان التواصل غير مباشر فالتعاقد هنا تعاقد بين غائبين يجري عليه ما يجري على المجلس الغيابي.[4]

– أما إذا كان التعاقد عبر غرف المحادثة والمشاهدة حيث أن كلا المتعاقدين يرى الآخر و يسمعه و يقرأ كتابه غير أنه لم يتحد فيه المكان لبعد المسافة، يعتبر تعاقدا بين غائبين مكانيا حاضرين زمانيا. وعلى هذا الأساس فمجلس العقد هو زمن الاتصال مادام الكلام في شأن العقد،[5] وهو تعاقد بين حاضرين

---

[1]– بن مصطفى عيسى: المرجع السابق، ص 19-20.

[2]– ينظر: أبو مصطفى سليمان عبد الرزاق: المرجع السابق، ص49.

[3]–بن مصطفى عيسى: المرجع السابق، ص20.

[4]–بعجي محمد: مجلس التعاقد عبر الأنترنت، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الإقتصادية والسياسية، ع4، مج54، 2017، ص379.

[5]- من الناحية الفقهية ينعقد العقد في هذه الحالة بمجرد الاتفاق وتبادل الطرفين لعرضهما وقبول كلاهما بما اتفق عليه حتى لو شفاهة وإعمالا لمبدأ الثقة التجارية لأن المسلمين عند شروطهم ملزمين بالوفاء بعقودهم إلزاما دينيا، أما من الناحية القانونية كما رأينا سابقا فيشترط التوثيق أي صب مفاوضات وإيجاب وقبول الطرفين في نموذج عقد مصادق عليه بالطريقة القانونية المناسبة التي يحددها البائع مسبقا والتي يسلم بها المستهلك كذلك، غير ذلك لا عبرة قانونية للعقد، هذا حسب الشروط القانونية للتجارة والعقود الإلكترونية في القانون 18-05

ينتهي بانقطاع المكالمة أو انتهائها أو بمشاهدة ما يدل على الإعراض أو الانشغال عن العقد ولو مع بقاء المكالمة مستمرة وتغتفر المغادرة اليسيرة لإحضار ما يتعلق بالعقد.[1]

البند الثالث: ترجيح الاتجاه الأنسب لتحديد مجلس العقد الإلكتروني.

نرى ترجيح الرأي الذي يرى أن التعاقد الإلكتروني هو تعاقد بين غائبين، حتى وإن كان المتعاقدين تفاوضا وتبادلا إرادتيهما وهما متصلين في آن واحد، وذلك لأن الفوارق الزمنية والجغرافية تلعب دورا في تنظيم العقد، كما يثبت في الكثير من الحالات وجود فاصل زمني بين صدور الإيجاب وتلقي القبول، رغم اتصالهما في الوقت ذاته لأن العقد يكون على مراحل تبادلية، تبدأ من العرض التجاري، ثم تحديد تفاصيل الطلب، ثم قبول الطرفين بمخرجات ذلك التحديد وتأكيده، ثم تحرير نموذج العقد وتأكد الطرفين من هوية كلاهما حسب الوسائل المتاحة لذلك، حسب نموذج كل عقد، وهذا يستغرق وقتا، وفواصل زمنية بين كل مرحلة ومرحلة حتى وإن كانت يسيرة، وكذا فترات زمنية متفرقة مابين الردود في كل مرحلة، مع صعوبة تحديد الفعل المنشئ للعقد في الواقع. كما أن كل الاختلافات السابقة هي اختلافات شكلية حول طريقة وكيفية صدور الإيجاب والقبول، ومدى إتاحة كل طريقة القدرة على التفاوض من عدمها.

بالإضافة إلى أن أغلب الوسائل الإلكترونية المعاصرة خاصة الذكية تحتوي على أدوات قياس وقت وتاريخ، وأدوات لتحديد زمان ومكان أي فعل أو قول، أيضا خاصية الاسترجاع فكل الأجهزة الحالية يمكن استرجاع ما صدر من صاحبه بواسطتها حتى وإن مسحت، وهذه الأمور تجعل من تحديد زمان ومكان الإيجاب والقبول أسهل وبالتالي لا ضرورة لتغيير طبيعة العقد من أجل تحديد الزمان والمكان، والتي في الغالب تشترط القوانين خضوعها لمبدأ الاتفاق وتوضيحها في العقد، أو وضع معيار محدد كما رأينا مع المشرع الجزائري.[2]

لكن في البيوع الإلكترونية المنتشرة عبر وسائل التواصل الإجتماعي أو عبر مواقع الأنترنت المختلفة بصفة غير قانونية قد نجد حالة التعاقد بإعمال مبدأ الثقة رغم المخاطر الممكنة التي يمكن أن تؤدي إلى الضرر.

[1]- الجنكو علاء الدين بن عبد الرزاق: المرجع السابق، ص321.

[2]- يتوافق هذا الرأي مع التشريع ومقتضيات الحماية، إذ تعد جميع العقود الإلكترونية عقودا كتابية قانونا، لحتمية تحريرها في محرر إلكتروني مصادق عليه يتضمن وسائل إثبات الهوية، كالتوقيع الإلكتروني أو رقم بطاقة التعريف أو جواز السفر. ويتيح ذلك التحقق من هوية وأهلية المتعاقدين. ويعتبر مجلس العقد الإلكتروني مجلسا حكمياً، لأن المادة 5 من القانون 18-05 عرفته بأنه عقد يبرم عن بعد دون حضور فعلي ومتزامن للأطراف، عبر وسائل الاتصال الإلكتروني، ما يجعله شبيهاً بالعقود الغيابية الأخرى كالرسائل البريدية أو استخدام الرسول، وهو ما يبرر منح المستهلك حق العدول ضمن شروط يحددها القانون.

وبالتالي فزمان انعقاد العقد هو زمان إعلان القابل قبوله، ومكانه هو مكان تواجد القابل عند إعلانه القبول، وبتطبيق ذلك على العقود الإلكترونية يمكننا الخلوص إلى أن العقد الإلكتروني ينعقد في الفقه الإسلامي بمجرد تقديم طلب القبول النهائي من خلال العرض على الشبكة، في المكان والزمان الذي يعلن فيهما القابل قبوله،[1] وننوه هنا إلى أن القابل حسب الفقهاء في الغالب هو المشتري أي أن زمان ومكان انعقاد العقد بين غائبين يحددهما المشتري وهو أمر ثابت في الفقه الإسلامي.

المطلب الثالث: موضوع العقد الإلكتروني.

إن المحل والسبب من الأركان الموضوعية التي يقوم عليها أي عقد، ولا يبرم العقد إلا بتوافرهما بما في ذلك العقود الإلكترونية، ولو أن الاتجاهات الحديثة، تسعى إلى التخلي عن هذين الركنين، واستبدالهما بأنظمة أخرى تقوم بنفس الوظيفة، وتشترط لها نفس الشروط تعرف بـ"موضوع العقد"،[2] هو ما يبرر عدم تطرق المشرع بشكل صريح وواضح لهذين الركنيين في القانون 18-05 إلا ما يستشف بين السطور من خلال مواده المختلفة، وفيما يخص العقد الإلكتروني فلا يبدو أن الفقه قدم إضافات جوهرية بشأن هذين الركنين بل بل ركّز بالأساس على ركن التراضي، لكون جوهر الاختلاف يكمن فيه، لذلك سنخصص لكل ركن منهما فرعا خاصا، ندرس المحل في الفرع الأول من الناحيتين القانونية والفقهية، أما ركن السبب ففي الفرع الثاني كذلك قانونا وفقها، وذلك بتطويع القواعد العامة لتلائم خصوصية العقود الإلكترونية.

الفرع الأول: محل العقد الإلكتروني.

المحل ما يقوم العقد عليه سواء في الفقه أو في القانون، مع اختلاف في الاصطلاح، فقانونا يعرف بـ "المحل"، وفقها اصطلح عليه باسم "المعقود عليه". لذا سنتناول هذا الركن من الزاويتين العامة والخاصة، سواء في الفقه أو في القانون.

---

[1]-ينظر: ابراهيم محمود يوسف المبيضين: الحماية المدنية للمستهلك في عملية التعاقد الإلكتروني، مجلة كلية الشريعة والقانون بتهفنا الأشراف، ع1، مج 18، 2016، ص587.

[2]- ينظر التفصيل في شرح النظرية العامة للعقد حسب تعديلات القانون المدني الفرنسي لسنة 2016 وملامح تغير أركانها: موج ابراهيم خلف: تنظيم العقود وفقا لتعديل عام 2016 للقانون المدني الفرنسي(دراسة تحليلية مقارنة بموقف المشرع العراقي)، مجلة كلية القانون والعلوم السياسية، ع18، 2022.

البند الأول: محل العقد الإلكتروني قانونا.

المحل الذي ينصب عليه العقد هو:" العملية القانونية التي يريد المتعاقدان تحقيقها وهي محل التزام المتعاقدان"[1] فمحل التزام البائع هو "المبيع" ومحل التزام المشتري هو "الثمن". هذا عن المحل بصفة عامة، أما المحل في عقد التجارة الإلكترونية، تستوجب دراسته توضيح تعريفه وصوره أولا، ثم التطرق لشروطه ثانيا.

أولا: تعريف محل العقد الإلكتروني وصوره.

لا يختلف المحل في عقد التجارة الإلكترونية كثيرا عن نطاق ماسبق تعريفه لمحل العقد التقليدي:" ومحل عقد التجارة الإلكترونية هو الالتزامات التي يولدها هذا العقد، فهو الشيء الذي يلتزم أحد الأطراف بتقديمه، أو يلتزم بعمل أو الامتناع عن عمل".[2]

وعرف بأنه:" العملية القانونية التي أراد طرفا العقد تحقيقها، بهدف ترتيب التزامات معينة، سواء الالتزام بنقل ملكية شيء معين، أو القيام بعمل، أو الامتناع عن العمل عبر وسائل الاتصال الإلكتروني".[3]

كما عرف بأنه:" الشيء الذي يتم التعاقد عليه وفي مجال التجارة الإلكترونية يتم التعاقد إما على سلع أو خدمات".[4]

من التعريفات السابقة حسب المادة 6 من القانون 18-05 وفي معرض تعريفها لكل من التجارة الإلكترونية، والمستهلك الإلكتروني، والمورد الإلكتروني، يقوم عقد التجارة الإلكترونية على نوعين من التجارة هما: تجارة السلع(1)، وتجارة الخدمات(2).

1- تجارة السلع:

يقصد بها التجارة التي محلها السلع والبضائع وكلمة بضائع استقر الفقه والقضاء على أنها تشمل المنقولات المادية وغير المادية –المعنوية- على حد السواء. وتختلف أنواع البضائع محل عقد التجارة

---

[1]-محمد حسنين: عقد البيع في القانون المدني الجزائري، د ط، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون- الجزائر، 2005م، ص44.

[2]- بن سعيد لزهر: المرجع السابق، ص 106.

[3]- ينظر: لعروي زواوية: العقد الإلكتروني والمسؤولية المدنية الناتجة عنه، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عبد الحميد بن باديس، مستغانم-الجزائر، 2017-2018، ص50.

[4]- بن جدو منيرة، بن زيوش مبروك: الحماية الجزائية لمحل العقد الإلكتروني في ظل القانون 18-05 المتعلق بالتجارة الإلكترونية، مجلة الفكر القانوني والسياسي، ع2، مج5، 2021، ص105.

الإلكترونية فمنها السلع الاستهلاكية مثل المنتجات الغذائية أو الملابس وهناك السلع ذات القيمة المالية مثل السيارات وهناك سلعا ثقافية مثل الأقراص الموسيقية.[1] الإلكترونيات: والمقصود بها البرامج والتطبيقات والأدوات الإلكترونية.

2- تجارة الخدمات:

يقصد بها التجارة التي يكون محلها توريد خدمات ، ويعتبر مجال الخدمات من المشروعات التي لاتحتاج إلى رأس مال كبير، فهي تعتمد بالأساس على الفكر والمؤهلات العلمية وتوجد أنواع كثيرة من الخدمات، منها الخدمات الاستثمارية وخدمات وكلاء السياحة وغيرها.[2]

ومن أمثلة تجارة الخدمات الإلكترونية كذلك: عقد خدمات المعلومات، الذي لا ينصب إلا على المعلومات المعالجة بالحاسبات، وتكون هذه المعلومات هي محل العقد.[3]

ثانيا: شروط المحل في العقد الإلكتروني:

أما شروط محل العقد الإلكتروني فهي ذاتها شروط محل العقد التقليدي: فالمحل طبقا للقواعد العامة يجب أن يكون موجودا أو قابلا للوجود، وأن يكون ممكنا غير مستحيل، كما يجب أن يكون معينا أو قابلا للتعيين حتى ينعقد العقد، وأن يكون مشروعا وقابلا للتعامل فيه.[4]

1- أن يكون موجود أو ممكن الوجود:

يعني هذا الشرط أن يكون محل الالتزام موجودا وقت نشوء الالتزام أو ممكن الوجود بعد ذلك في المستقبل،[5] كما جاء في المادة 92 من ق.م.ج التي تنص:" يجوز أن يكون محل الالتزام شيئا مستقبلا ومحققا" الأمر ذاته بالنسبة لمحل العقد الإلكتروني ففيما يتعلق بشرط الوجود أو الإمكان، فلا يكفي فيه

---

[1]- بن سعيد لزهر: المرجع السابق، ص 107.

[2]- حامدي بلقاسم: المرجع السابق، ص 142.

[3]- لعروي زواوية: العقد الإلكتروني والمسؤولية المدنية الناتجة عنه، مرجع سابق، ص 50.

[4]- حوحو يمينة: عقد البيع في القانون الجزائري، ط1، دار بلقيس، الدار البيضاء-الجزائر، 2016، ص 49.

[5]-حامدي بلقاسم: المرجع السابق، ص142.

عرض السلعة أو الخدمة على الشبكة أو عرض صورة السلعة، بل يجب أن يكون موجودا ومتاحا وقابلا للتسليم أو الإنجاز، وهو ما تؤكده المادة 24 من القانون 18-05، التي تنص على أنه "على المورد الإلكتروني عدم الموافقة على طلبية منتوج غير متوفر في مخزونه"

فلكي ينشأ الالتزام ويقوم العقد لابد أن يكون محله موجودا غير مستحيلا، والمقصود بالاستحالة هنا المطلقة وليست النسبية،[1] فقد يتم التعاقد على تصميم برنامج إلكتروني غير موجود لكن إمكانية وجوده نسبية، لأنه إذا كان المحل مستحيلا يكون العقد باطلا وهذا ما نص عليه المادة 93 من ق.م.ج على أنه:" إذا كان محل الالتزام مستحيلا في ذاته أو مخالفا للنظام العام أو الآداب العامة كان باطلا بطلانا مطلقا".

وهذا يعني أن إرادة الطرفين المتعاقدين إلكترونيا إذا اتجهت إلى محل كان المتعاقدان يعتقدان أنه موجود، وظهر عدمه، أو ظهر أنه كان موجودا فعلا، لكنه لحظة التعاقد كان قد هلك، عد العقد باطلا لتخلف ركن المحل بعكس ما لو هلك المحل بعد لحظة انعقاد العقد لأن العقد سينعقد صحيحا من جهة توفر ركن المحل غير أن بإمكان المتعاقدين اللجوء إلى أحكام الفسخ أو التعويض.[2]

2- أن يكون معينا أو قابلا للتعيين:

يشترط طبقا للقواعد العامة تعيين المحل عند التعاقد تعيينا نافيا للجهالة الفاحشة وإلا بطل العقد، ويكون ذلك ببيان مضمون المعقود عليه سواء بالإشارة إليه إن كان موجودا، أو بتحديد أوصافه بالشكل الذي تنتفي معه الجهالة الفاحشة، إن كان غير موجود، إذ تنص المادة 94 من ق.م.ج على أنه:" إذا لم يكن محل الالتزام معينا بذاته، وجب أن يكون معينا بنوعه ومقداره وإلا كان العقد باطلا.

ويكفي أن يكون المحل معينا بنوعه فقط إذا تضمن العقد ما يستطاع به تعيين مقداره. وإذا لم يتفق الطرفان على درجة الشيء، من حيث جودته ولم يمكن تبيين ذلك من العرف أو من أي طرف آخر، التزم المدين بتسليم شيء من صنف متوسط"

في المجال الإلكتروني هذا الشرط يعد من أهم الشروط التي يتم النص عليها في محل العقد الإلكتروني،

---

[1]-لعروي زواوية: العقد الإلكتروني والمسؤولية المدنية الناتجة عنه، مرجع سابق، ص52.

[2]-حامدي بلقاسم: المرجع السابق، ص142.

فلابد أن يتم عرض المنتوجات كاملة عن طريق شبكة الاتصال الحديثة والابتعاد عن كل خداع،[1] وهو ما نصت عليه المادة 30 من ق.ت.إ.ج في فقرتها الأخيرة:" التأكد من أن جميع الشروط الواجب استيفاؤها للاستفادة من العرض التجاري، ليست مضللة ولا غامضة"

كما يجب أن يكون التعيين بصورة واضحة، وذلك إما بطريق الوصف أو الصورة أو الفيديو أو قد تجتمع الطرق كلها لتعيينه كوصف أبعاده وحجمه ووزنه وسعته، وصور توضحه من مختلف الجهات، وفيديو يوضح طريقة العمل به واستخدامه، وقد دلت المواد 11 و13 من القانون 18-05 على هذا الشرط فالأولى تنص على أنه:" يجب أن يقدم المورد الإلكتروني العرض التجاري الإلكتروني...ويجب أن يتضمن على الأقل، ولكن ليس على سبيل الحصر، المعلومات الآتية:

- ...طبيعة، وخصائص وأسعار السلع أو الخدمات المقترحة باحتساب كل الرسوم،
- حالة توفر السلعة أو الخدمة..."

والثانية-المادة 13- تنص على:" يجب أن يتضمن العقد الإلكتروني على الخصوص المعلومات الآتية:

- الخصائص التفصيلية للسلع أوالخدمات"

لكن الصورة الأكثر إثارة للمشاكل القانونية في محل العقد الإلكتروني هي تجارة الخدمات والبرامج الإلكترونية:

فعندما يكون العقد الإلكتروني متعلقا بخدمات إذ بإمكان المستفيد حينها أن يدعي أن المورد لم يقم بعمله بشكل كامل بالنسبة للخدمات، نظرا للطبيعة الفنية وغير المادية لهذه العقود، ومع أن مثل هذا التحديد يدخل ضمن المسائل والعناصر الجوهرية الواجب الاتفاق عليها بين المتعاقدين لسلامة التراضي إلا أنها تدخل من جهة أخرى ضمن المحل الذي يجب تعيينه نظرا للطبيعة غير المادية للمحل في مثل هاته العقود.[2]

كذلك عندما يتعلق العقد بإعداد برنامج أو مجموعة برامج إلكترونية، يثير تحديد محل العقد العديد من

---

[1]-لعروي زواوية: العقد الإلكتروني والمسؤولية المدنية الناتجة عنه، مرجع سابق، ص52.

[2]-حامدي بلقاسم: المرجع السابق، ص143-144.

الإشكاليات القانونية، نظرا للطبيعة غير المادية للبرنامج، الذي يمثل محل التزام المبرمج أو المورد الإلكتروني. وعلى الرغم من أن البرنامج كيان غير ملموس، إلا أن التعبير عنه يتم بوسائل مادية (كملف رقمي أو وسيط إلكتروني)، مما يجعله خاضعا لشروط المحل، كالإمكان والتعيين والمشروعية.[1] وتُميز الممارسة العملية بين نوعين من البرامج: البرامج النمطية المتاحة لجميع المستخدمين، والتي تمنح بموجب ترخيص للاستعمال. والبرامج المصممة حسب الطلب، والتي تعد وفقا لاحتياجات خاصة، وتخضع في الغالب لأحكام عقد المقاولة لا البيع، نظرا لارتباطها بتحقيق نتيجة محددة. وكلا النوعين يصلح لأن يكون محلاً لعقد إلكتروني، ما دام قابلاً للتعيين وممكن التنفيذ. في هذه الحالة إذا كان إعداد البرنامج مستحيلاً استحالة مطلقة، فإن العقد يكون باطلاً لانعدام المحل، بخلاف الاستحالة النسبية التي قد تعالج فنيا أو قانونيا.[2]

3- أن يكون المحل مشروعا:

يقتضي هذا الشرط أن يكون المحل مسموح بالتعامل فيه قانونا بأن لا يوجد نص قانوني يدل على منع التعامل به، وغير مخالف للنظام والآداب العامة كما نصت عليه المادة 93 ق.م.ج السالفة الذكر، وأن لا يكون من قبيل التعامل في تركة الإنسان وهو على قيد الحياة عملا بنص المادة 2/92 ق.م.ج، وفي هذا السياق فقد نص القانون 18-05 على السلع الممنوعة كمحل للتجارة الإلكترونية في المادة 3 منه التي تنص على:" تمارس التجارة الإلكترونية في إطار التشريع والتنظيم المعمول بهما، غير أنه تمنع كل معاملة عن طريق الاتصالات الإلكترونية تتعلق بما يأتي:

- لعب القمار والرهان واليانصيب.
- المشروبات الكحولية والتبغ.
- المنتجات الصيدلانية.
- المنتجات التي تمس بحقوق الملكية الفكرية أو الصناعية أو التجارية.(الحقوق المعنوية)
- كل سلعة أو خدمة محظورة بموجب التشريع المعمول به. (كالمخذرات وتجارة الجنس، والأسلحة)

---

[1] عسلة شامل سليمان: الإشكالية القانونية للمحل في عقود البرامج الإلكترونية-في التشريع المدني المصري والتشريعات المدنية المقارنة-، حولية كلية الدراسات الإسلامية و العربية للبنات بالإسكندرية، مج2، ع33، د.ت.ن، ص 260.

[2] المرجع نفسه.

- كل سلعة أو خدمة تستوجب إعداد عقد رسمي. (كالعقارات)"

كما جاء في المادة 5 من القانون ذاته:" تمنع كل معاملة عن طريق الاتصالات الإلكترونية في العتاد والتجهيزات والمنتجات الحساسة المحددة عن طريق التنظيم المعمول به، وكذا كل المنتجات و/أو الخدمات الأخرى التي من شأنها المساس بمصالح الدفاع الوطني والنظام العام والأمن العمومي".

وتتجلى أهمية شرط المشروعية في محل العقد الإلكتروني، لما توفره البيئة الرقمية من سهولة التعامل الإلكتروني بالمحظورات والممنوعات، فقد كثرت المواقع الإلكترونية التي تستغل في ممارسة أنشطة تجارية غير مشروعة، كالاتجار بالمخدرات، وتسهيل الدعارة من خلال المحتويات الإباحية، واستدراج الأطفال واستغلالهم، فضلاً عن الأنشطة الإجرامية مثل اختراق الأنظمة الإلكترونية، أو السطو على بطاقات الدفع الإلكتروني، أو ممارسة ألعاب القمار عبر الإنترنت، وغسيل الأموا. فهذه التصرفات تكون باطلة بقوة القانون لكونها مناقضة للآداب والنظام العام.[1]

لكن عالمية التجارة الإلكترونية أثارت إشكالية مفهوم الآداب والنظام العام، حيث يختلف مفهوم هذه الأخيرة من مجتمع لآخر، فما يعد مشروعا في دولة ما قد لا يكون كذلك في دولة أخرى، وما يكون مباحا هنا لا يكون مباحا هناك، فالمشكلة تكمن في كيفية وضع نظام يؤدي إلى احترام قانون دولة المشتري،[2] ومن أمثلته المواد الصيدلانية والمشروبات الكحولية والأسلحة ممنوعين في الجزائر، لكنها مسموحة في دول أخرى فقد يطلب مستهلك ما سلعة ممنوعة من مورد أجنبي، فتصادر السلعة في الجمارك الجزائرية ولا يمكن لوم المورد لأنه خطأ المستهلك في اقتناء ماهو ممنوع في قانون بلده والذي من المفروض أدرى به. أي أن محل الالتزام في العقود الإلكترونية لا يختلف كثيرا عن نظيره في العقد التقليدي، وهو ما تعهد به المدين سواء كان التعهد ينصب على القيام بعمل أو بالامتناع عن العمل أو بإعطاء شيء.

فشروط المحل التي يجب توافرها في العقد التقليدي يجب أيضا توافرها في العقد الإلكتروني مع مراعاة الخصوصية التي تضفيها عالمية التجارة الإلكترونية، والأنواع المستحدثة من السلع والخدمات التي تتميز

---

[1]-حامدي بلقاسم: المرجع السابق، ص146.

[2]-بن سعيد لزهر: المرجع السابق، ص 107.

بالطابع اللامادي.

البند الثاني: المعقود عليه في العقد الإلكتروني فقها.

المعقود عليه، أو محل العقد، في الفقه الإسلامي: "هو ما ينصب عليه التعاقد ويترتب عليه أثره وحكمه، سواء كان مالاً مادياً كالسّلع والبضائع في عقد البيع، أو منفعة كاستعمال العين المستأجرة في عقد الإجارة، أو حتى حقاً معنوياً أو خدَمة معينة أو فكرة قابلة للاستفادة المشروعة. [1]

وقد اشترط الفقه الإسلامي في المعقود عليه شروطاً تضمن مشروعيته وصلاحيته للتملك والانتفاع. لكن يطرح التساؤل حول العقود الإلكترونية: هل خصوصية الوسيط الإلكتروني تؤثر على شروط المعقود عليه في العقود الإلكترونية، أم يظل المعقود عليه في هذا السياق خاضعاً لنفس الضوابط والشروط الفقهية؟ للإجابة عن هذا التساؤل تم تقسيم هذا البند إلى عنصرين: شروط المعقود عليه في القواعد العامة للفقه الإسلامي (أولا). شروط المحل في العقد الالكتروني من منظور الفقه الإسلامي (ثانيا).

أولا: شروط المعقود عليه في القواعد العامة للفقه الإسلامي.

يشترط في المبيع أن يكون مملوكا لصاحب،ه وأن يكون موجودا حقيقة أو حكما عند العقد، وأن يكون مالا متقوما شرعا، أي له قيمة في الشرع ويباح الانتفاع به، وأن يكون مقدور التسليم وأن يكون معلوما،[2] وفيما يلي التفصيل في هذه الشروط:

1- أن يكون المعقود عليه مشروعا:

كون المعقود عليه مشروعا وهذا الشرط محل اتفاق بين الفقهاء، بأن يكون مالاً مملوكاً متقوما، فإن لم يكن قابلا لها كان العقد باطلا.[3] والمشروعية في الفقه الإسلامي تختلف عن المشروعية في القانون، بناء على الاختلاف في مفهوم السلع في الإسلام عن مفهومها في الفكر الاقتصادي والقانوني المعاصر، فلو بحثنا

---

[1]-خوجة، عز الدين مُحَّد: نظرية العقد في الفقه الإسلامي، ط1، مجموعة دله البركة، جدة- السعودية، 1996م، ص41.

[2]-بن عفانة حسام الدين: المرجع السابق، ص36.

[3]-خوجة، عز الدين مُحَّد: المرجع السابق، ص42.

في النصوص القرآنية نجد كلمة الطيبات والرزق في بعضها تدل على السلع والممتلكات:

كقوله تعالى: ﴿يَسۡـَٔلُونَكَ مَاذَآ أُحِلَّ لَهُمۡ قُلۡ أُحِلَّ لَكُمُ ٱلطَّيِّبَٰتُ...﴾ المائدة [4]

وقوله أيضا: ﴿ٱلۡيَوۡمَ أُحِلَّ لَكُمُ ٱلطَّيِّبَٰتُ ...﴾ المائدة [5]

وكذا قوله: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ كُلُواْ مِن طَيِّبَٰتِ مَا رَزَقۡنَٰكُمۡ وَٱشۡكُرُواْ لِلَّهِ إِن كُنتُمۡ إِيَّاهُ تَعۡبُدُونَ ١٧٢﴾ البقرة [172]

وسر ذلك أن مفهوم الطيبات هو أكثر أخلاقية من مفهوم السلعة، حيث لم يطلق هذا اللفظ على السلعة في الفكر الاقتصادي المعاصر إلا حديثا تحت كلمة Goods والتي تعني الطيبات، فالإسلام سباق إلى إضفاء البعد الأخلاقي على السلع، فلا تعتبر السلع التي لا نفع فيها أو التي تصيب الإنسان بالضرر طيبات بل خبائث كما عبر عنها القرآن الكريم، والإسلام ينبذ الخبائث ويدينها لأنها ليست من قبيل الرزق أو الكسب الحلال.[1]

ومن باب المشروعية كذلك عدم المساس بالحقوق المعنوية للغير فقد أصدر مجمع الفقه الإسلامي قرارا بشأن الحقوق المعنوية، فخلص إلى اعتبارها ذات قيمة مالية في العرف المعاصر، لتمول الناس بها ونصه:

– الاسم التجاري، والعنوان التجاري، والعلامة التجارية، والتأليف والاختراع أو الابتكار هي حقوق خاصة لأصحابها، أصبح لها في العرف المعاصر قيمة مالية معتبرة، لتمول الناس لها. وهذه الحقوق يعتد بها شرعا، فلا يجوز الاعتداء عليها.

– يجوز التصرف في الاسم التجاري، أو العنوان التجاري، أو العلامة التجارية، ونقل أي منها بعوض مالي إذا انتفى الغرر والتدليس، والغش، باعتبار أن ذلك أصبح حقا ماليا.

– حقوق التأليف والاختراع، أو الابتكار مصونة شرعا، ولأصحابها حق التصرف فيها، ولا يجوز الاعتداء عليها".[2]

---

[1]–أمداح أحمد: التجارة الإلكترونية من منظور الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص114.

[2]– قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي رقم 43 (5/5) بشأن الحقوق المعنوية، والمنعقد في دورته الخامسة بدولة الكويت بين 01-06 جمادى الأولى 1409هـ الموافق لـ 10-15 ديسمبر 1988م، والمنشور بمجلة المجمع، العدد الخامس، ج03، ص 2267.

2- أن يكون المعقود عليه مقدورا على تسليمه:

أي القدرة على تسليم البائع المبيع، فلو انتفت القدرة من البائع فان قدر المشتري على التسلم كأن كان المبيع مغصوبا ويمكن المشتري نزعه من يد الغاصب دون البائع فالصحيح جواز بيعه،[1] وهذا الشرط باتفاق العلماء، فلا يصح التعاقد على معجوز التسليم، ولو كان مملوكا للعاقد، وهذا الشرط موجود فقط في عقود المعاوضات.[2] فبيع ما هو غير مقدور التسليم باطل كبيع سفينة غرقت لا يمكن إخراجها من البحر أو حيوان نادر لا يمكن إمساكه وتسليمه.[3]

3- أن يكون المعقود عليه معلوما:

يشترط في المحل أن يكون معينا معروفا لكلا العاقدين، بحيث تنتفي الجهالة المفضية إلى النزاع، ولهذا اشترطت الشريعة الإسلامية في المحل أن يكون معلوما. ويحصل العلم بالمحل بتعينه بالرؤية عند العقد أو قبله بوقت ينتفي تغيره عن حاله، أو بالإشارة إليه إذا وجد عند التعاقد، أو بوصفه وصفًا يبين جنسه ونوعه، وهذا الشرط متفق عليه عند الفقهاء في عقود المعاوضات في الجملة.[4]

وفي هذا تنص المادة 201 من مجلة الأحكام العدلية على:" يصير المبيع معلوما ببيان أحواله وصفاته التي تميزه عن غيره مثلا لو باعه كذا مدا من الحنطة الحمراء أو باعه أرضا مع بيان حدودها صار المبيع معلوما وصح البيع"[5]

والمحل يتعين بتعيينه في العقد. مثلا: لو قال البائع: بعتك هذه السلعة وأشار إلى سلعة موجودة في المجلس إشارة حسية وقبل المشتري لزم على البائع تسليم تلك السلعة بعينها وليس له أن يعطي سلعة غيرها من جنسها.[6] لكن يصح البيع والشراء لما لم يره العاقد إن وقت العقد بشرط ذكر جنسه ووصفه أو بشرط

---

[1]-الغمراوي، محمد الزهري: السراج الوهاج على متن المنهاج ، د.ط، دار المعرفة للطباعة والنشر – بيروت، د.ت.ن، ص174.

[2]خوجة عز الدين محمد: المرجع السابق، ص42.

[3]- المادة 209 من مجلة الأحكام العدلية، مرجع سابق، ص42.

[4]-خوجة عز الدين محمد: المرجع السابق، ص43.

[5]-مجلة الأحكام العدلية، مرجع سابق، ص 41.

[6]-المادة 204 من المرجع نفسه، ص41-42.

الإشارة إلى المبيع أو إلى مكانه، غير أن البيع لا يكون تاماً ولا يلزم المشتري وإن وقع العقد صحيحاً.[1]

4- أن يكون المعقود عليه موجودا حين العقد:

يرى أكثر الفقهاء أنه لا ينعقد بيع المعدوم قبل وجوده.[2] كبيع ثمرة لم تبرز أصلا،[3] أو كما في التجارة الإلكترونية بيع برنامج إلكتروني لم يصنع أبدا ولا يعلم إمكانية صنعه أم لا إلا أن يكون من قبيل الاستثمار والشراكة فللأمر حينها أحكام أخرى.

5- أن يكون المعقود عليه منتفعا به:

أن يكون منتفعا به وهذا شرط لصحة البيع بلا خلاف ولعدم المنفعة أسباب منها:

- القلة الكثيرة كالحبة والحبتين من الحنطة والزبيب ونحوهما فإن هذا القدر لا يعد ما لا قالوا ولا ينظر إلى حصول النفع به إذا ضم إليه غيره ولا إلى ما قد يفرض من وضع الحبة في فخ يصطاد به لأن هذه منفعة لا تقصد، فإن تلفت فالصحيح أنه لا ضمان فيها إذ لا مالية لها.[4]

- الحيوان الذي لا منفعة ترجى من المتاجرة به فلا يصح بيعه، ولا نظر إلى منافعها المعدودة من خواصها لأنها منافع تافهة، وفى معناها السباع التي لا تصلح للاصطياد ولا القتال عليها ولا تؤكل كالأسد والذئب والنمر والدب وأشباهها فلا يصح بيعها لأنه لا منفعة فيها.[5]

- أن لا يكون متقوما عامة فبيع ما لا يعد مالا بين الناس والشراء به باطل مثلا لو باع جيفة أو آدميا حرا أو اشترى بهما مالا فالبيع والشراء باطلان، لأن بيع غير المتقوم باطلشرعا، والشراء بغير المتقوم

---

[1]-باشا محمد قدري: مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان، ط2، المطبعة الكبرى الأميرية ببولاق، مصر، 1308هـ-1891م، ص46.

[2]-عز الدين محمد خوجة: المرجع السابق، ص44.

[3]-المادة 205 من مجلة الأحكام العدلية، مرجع سابق، ص 42.

[4]- النووي، أبو زكريا محيي الدين بن شرف: المجموع شرح المهذب، د.ط، إدارة الطباعة المنيرية، ومطبعة التضامن الأخوي، القاهرة-مصر، 1344هـ - 1347 هـ، ج9، ص639.

[5]- النووي، المرجع السابق، ص 640.

فاسد.[1]

ثانيا: شروط المعقود عليه في العقد الالكتروني من منظور الفقه الإسلامي.

يشترط في محل العقد الإلكتروني نفس الشروط المطلوبة في العقود التقليدية، مع خصوصية في تعيين المحل، حيث يتم غالبا وصفه إلكترونيا عبر المواقع أو البريد، مدعوما بالصور والمواصفات الفنية، مما يعد وسيلة لتحديد المحل وضمان جودته. وقد رأينا أن الفقه الإسلامي يجيز هذه الوسائل لأنها ترفع الجهالة وتثبت خيار الرؤية. كما يشترط أن يكون الثمن معينا، وغالبا ما يحدد في التعاقد الإلكتروني من حيث النوع والمقدار، ولو أن طرق الدفع تختلف بين الدفع الإلكتروني أو عند التسليم. إلا في بعض المعاملات التي تتطلب أوضاعا خاصة، كي تعتبر صحيحة شرعا، فعقد السلم يشترط لصحته تعجيل رأس المال، وعقد الصرف يشترط لصحته القبض الفوري.[2]

كما لا تختلف الطريقة الوضعية عن الفقه الاسلامي من الناحية الوصفية، فالفقه الاسلامي قد وضع قواعد وآليات وشروط لحماية المستهلك من المحترف، باعتبار أن المستهلك هو الطرف الضعيف غالبا في العقد الإلكتروني، وذلك من خلال ان يكون المحل واضحا بينا، كأن يكون المبيع مكيلا أو موزونا، فلا يجوز البيع من دونهما، وإذا كان المبيع مشاهدة، فلا يجوز من دون المشاهدة، وإذا كان كليا، فيجب أن يكون موصوفا، فإن وصف بدقة صح البيع، وإن لم يكن حسب ما وصف، كان له حق الخيار.[3]

الفرع الثاني: السبب في العقود الإلكترونية.

يعدّ السبب ركنًا أساسيا في العقد وفق ما قرره القانون وفقهاؤه، إلا أن ذلك لا يعني أن فقهاء الشريعة الإسلامية أغفلوا هذا العنصر؛ فعلى الرغم من أنهم لم ينصوا عليه صراحة كركن مستقل كما فعل فقهاء القانون، إلا أنهم تناولوه ضمنياً في مباحث العقود تحت مسمى "الباعث"، بل إن بعضهم أفرده

---

[1]- المواد 210، 211، 212، من مجلة الأحكام العدلية، مرجع سابق، ص42.

[2]- رزاق مخور الغراوي: مفهوم العقد الإلكتروني في الفقه الإسلامي والقانون، مقال بموقع كتابات في الميزان، تاريخ النشر: 2017/11/25، تاريخ الإطلاع 2021/11/15، 17:15،

https//:www.kitabat.info/subject.php

[3]- المرجع نفسه

بالدراسة والبحث بشكل خاص.

انطلاقا من ذلك قسم الفرع إلى بندين، خصص البند الأول لدراسة السبب في العقود الإلكترونية من الناحية القانونية، بينما عني البند الثاني بدراسة الباعث في العقود الإلكتروني من منظور فقهي.

البند الأول: السبب في العقود الإلكترونية قانونا.

يعرف السبب بأنه:" الغرض المباشر الذي يقصد الملتزم الوصول إليه من وراء التزامه"[1]

كما عرف أيضا بأنه:" الباعث الدافع للتعاقد، ويقصد بع غاية الملتزم من التزامه "[2]

تناول المشرع ركن السبب في المادتين 97 و98 الواردتين في الفقرة الثانية مكرر المعنونة بـ: "السبب" والتي استحدثها المشرع بموجب القانون المدني، للسبب عموما تصوران : تطغى على التصور الأول الصبغة الموضوعية حيث يقصد به "السبب القصدي " (النظرية التقليدية)، أما التصور الثاني فتطغى عليه الصبغة الذاتية حيث يكون السبب هو "الباعث والدافع للتعاقد".[3]

يتحدد موقف المشرع الجزائري من خلال الشروط التي يخضع لها السبب بمقتضى أحكام المادتين المذكورتين، حيث يظهر أن اهتمام المشرع قد انصب على مشروعية السبب، فالمادة 97 تبطل العقد لـ "..سبب غير مشروع أو لسبب مخالف للنظام العام والآداب.."، أما المادة 1/98 فتقضي بـ:" كل التزام مفترض أن له سببا مشروعا.." وفي فقرتها الثانية أن ".. السبب المذكور في العقد هو السبب الحقيقي حتى يقوم الدليل على ما يخالف ذلك، فإذا قام الدليل على صورية السبب فعلى من يدعي أن للالتزام سببا آخر مشروعا أن يثبت ما يدعيه".

فالعبرة إذن بمشروعية السبب لا بوجوده، مما يفيد أن المشرع أخذ بالنظرية الحديثة، من خلال مراقبة المعاملات والاطلاع على النوايا الحقيقية للمتعاقدين، ومعرفة الدوافع الرئيسية التي تحملهم على التعاقد،[4]

---

[1]–صادقي عباس: تطور ركن السبب في القانون المدني وحدود انعكاساته على العقود الإدارية– دراسة مقارنة بين التشريع الجزائري والمصري والفرنسي–، مجلة آفاق للبحوث والدراسات، ع.خ، 2018، ص126.

[2]–حامدي بلقاسم: المرجع السابق، ص148.

[3]–فيلالي علي: الالتزامات–النظرية العامة للعقود–، مرجع سابق، ص259.

[4]–صادقي عباس: المرجع السابق، ص129.

وتقتضي هذه مشروعية كذلك حظر الاتفاق على مخالفة القانون وبالتالي يمنع الاتفاق على ابرام عقد لارتكاب جريمة ما، كما يمنع كذلك ابرام عقد للقيام بما يخالف الآداب والنظام العام.[1]

كما أن المتعاقدين غير ملزمين بذكر السبب في العقد، خاصة وأن المشرع يفترض وجوده ومشروعيته، ولكن إذا تم ذكره فالمشرع يفترض أنه السبب الحقيقي ما لم يقم الدليل على غير ذلك. وعليه فإن المشرع وضع قرينة قانونية مفادها أن لكل عقد سبب مشروع ولو لم يذكر، غير أن هذه القرينة بسيطة تقبل إثبات العكس.

كما وضع قرينة أخرى مفادها أن السبب المذكور في العقد هو السبب الحقيقي، غير أنها أيضا قرينة بسيطة، حيث يجوز للمدين أن يثبت صورية السبب، فإن استطاع ذلك كان على من يدعي أن للالتزام سببا مشروعا آخر، غير المذكور في العقد ، أن يثبت مشروعية السبب.[2]

هذا عن السبب بصفة عامة أما عن السبب في العقد الإلكتروني فلا يختلف عن السبب في العقود التقليدية، حيث يكون السبب أحد أركان العقد وتخلفه يؤدي إلى بطلان العقد ويشترط في السبب أن يكون موجودا وصحيحا وأن يكون مشروعا، وهذا أهم شرط إذ لا يكون مخالفا للنظام والآداب العامة.

لكن باستقراء نصوص القانون 18-05 نجد أن المشرع الجزائري في تعريفه للمستهلك في مادته 3/6 اشترط أن يكون الغرض من ابرام المستهلك للعقود الإلكترونية اقتناءه سواء بعوض أو بصفة مجانية لمحل العقد سلعة كان أو خدمة بغرض الاستخدام النهائي أي أن لا يكون الغرض من العقد تحصيل الربح، فالسبب في العقود الإلكترونية التي يعتبرها المشرع عقود استهلاكية هو نفسه السبب في عقود الاستهلاك، وهو الغرض من ابرامها، والمتمثل في اشباع الحاجات غير المهنية، بمعنى أن لا تتصل بمهنة الشخص المتعاقد وإنما بهدف إشباع احتياجاته الشخصية أو العائلية أو الحيوانية، لذلك ينبغي للاستفادة من الحماية القانونية بموجب القانون 18-05 وقوانين حماية المستهلك أن يكون التعاقد لغرض غير مهني.[3]

---

[1]-بن سعيد لزهر: المرجع السابق، ص 110.

[2]-للتفصيل أكثر ينظر فيلالي علي: الالتزامات -النظرية العامة للعقد-، مرجع سابق، ص257 وما بعدها.

[3]-شرشاري فاطنة: النظام القانوني لعقد الاستهلاك في التشريع الجزائري، مجلة أنسنة للبحوث والدراسات، مج11، ع02، 2020، ص173.

إذ يعتبر الغرض من الاقتناء نقطة فاصلة في التفرقة بين المستهلك الإلكتروني والمورد وذلك لأن الغرض من التعاقد هو سد حاجياته الشخصية، وليس إعادة بيعها أو تحويلها أو استخدامها في نشاطه المهني، ومنه حسم المشرع أمر الحماية القانونية المكفولة بموجب العقود الإلكترونية للمستهلك بمفهومه الضيق، خاصة مع الحاجة الملحة لاقتناء السلع والخدمات الإلكترونية تلبية لاحتياجاته شخصية وعائلية تدفع المستهلك إلى الاقبال عليها وابرام العقود عبر وسائل الاتصال الالكتروني ومن أمثلتها: الحجز في الفنادق، أو تذاكر الطيران، أو اقتناء السلع المادية المختلفة من مصادر متنوعة.[1]

البند الثاني: الباعث في العقود الإلكترونية فقها.

تناول الفقه الإسلامي هذا الركن من خلال مفهوم "الباعث"، وهو الدافع النفسي أو القصد الباطن الذي يحمل المتعاقد على إبرام العقد، تحقيقًا لأغراض وغايات شخصية غير مباشرة لا تظهر بالضرورة في صلب التصرف، لكنها تؤثر في نية التعاقد. وقلنا غير مباشرة لأن الأغراض المباشرة هي تلك الأغراض المعروفة في كل التزام وتصرف، فالغرض المباشر مثلا في عقد البيع هو نقل ملكية المبيع إلى المشتري، ونقل ملكية الثمن إلى البائع.[2]

فقد عولت الشريعة الإسلامية منذ البداية على نظرية الباعث الدافع على التعاقد في إبطال كل التصرفات والعقود المخالفة للنظام والآداب العامة-بمفهومها الشرعي-، للدور المنوط بهذه النظرية في الحفاظ على التوازن بين المصلحة الخاصة والمصلحة العامة أو بين الحرية التعاقدية وعدم الخروج عن الحدود المرسومة شرعا وقانونا تحت ستار وغطاء حرية التعاقد حيث لم يكن الاعتماد من الشريعة الإسلامية، على هذه النظرية في وقت دون وقت، أو زمن سيادة مذهب دون الآخر، وإنما آمنت أنها آلية حقيقية لضبط حرية التعاقد.[3]

فصحة التصرف في الفقه الإسلامي ليست منوطة بهيئته الظاهرة فحسب، بل مرتبطة كذلك بالدافع

---

[1]-بن أوجيت فاطمة الزهرة المفيدة: المرجع السابق، ص175.

[2]-بابكر خالد: الباعث وأثره في العقود والتصرفات، رسالة ماجيستير، تخصص فقه وأصوله معهد الشريعة (سابقا)، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، قسنطينة، 1414هـ-1994م، ص9.

[3]-عبد الصمد عبد الناصر: مسوغات نظرية الباعث على العقود في الشريعة الإسلامية في البيئة الرقمية، مجلة البيان للدراسات القانونية، مج08، ع02، 2023، ص149.

إلى التصرف عملا بقول الرسول ﷺ: {إِنَّمَا الْأَعْمَالُ بِالنِّيَّاتِ، وَإِنَّمَا لِكُلِّ امْرِئٍ مَا نَوَى}[1] وهذا الحديث أصل للقاعدة الفقهية "الأمور بمقاصدها".[2]

ومن هذا القبيل حرمت الشريعة الإسلامية ورفضت الكثير من العقود متى ثبت أن بواعث الأطراف لا ترمي ولا تهدف لتحقيق المقصود من أخلاقيات العقود ومبادئها، فالشريعة الإسلامية غنية جدا بالمبادئ والقيم، لذا فمن المعقول أن تجعل لهذه القيم والمبادئ المقام الأول في أحكامها التشريعية باعتبارها أنها تقوم أصلا على عقيدة دينية قوامها تطهير النفس وسوء البواعث مثل الغش والخداع والتحايل ونية الكسب غير المشروع، ونية الإضرار، هو واقع مشهود ومناف لأحكام الشريعة الإسلامية.[3]

---

[1]– أخرجه البخاري في صحيحه، عن الحميدي عبد الله بن الزبير، عن سفيان، عن يحي بن سعيد الأنصاري، عن مُحَمَّد بن إبراهيم التيمي عن علقمة بن وقاص الليثي، عن عمر بن الخطاب τ، كتاب بدء الوحي رقم (1)، باب: كيف كان بدء الوحي إلى رسول الله له ρ (1)، ح.ر 1، ج1، ص3.

[2]– مصيلحي عبد الفتاح: المرجع السابق، ص22.

[3]–عبد الصمد عبد الناصر، المرجع السابق، ص155.

ملخص الفصل الأول:

تناول الفصل الأول، دراسة ماهية العقود الإلكترونية وابرامها في مبحثين، فتطرقنا في الأول لماهيتها من حيث تعريفها، وبيان خصائصها الأساسية التي تنبع من طبيعة الوسائط الرقمية، كغياب الاتصال المادي بين المتعاقدين، والاعتماد على تقنيات التبادل الإلكتروني للبيانات.

كما تم التطرق إلى الطبيعة القانونية لهذه العقود في التشريع الجزائري التي اعتبرها عقد إذعان، ، ثم دراسة شروط تعامل كل من المورد والمستهلك الإلكتروني بالتجارة الإلكترونية التي أقرها القانون 18-05، والضوابط الفقهية لممارسة أو ابرام المستجد من العقود والمعاملات.

أما المبحث الثاني، فقد تناول كيفية إبرام العقود الإلكترونية، من خلال بحث وسائل التعبير عن الإرادة عبر الوسائط الرقمية، وشروط صحة التراضي، ودور مواقع الويب والتطبيقات والمنصات الرقمية كوسيط للتعاقد، بالإضافة إلى طرح الإشكالات التي قد تطرأ في مرحلة التفاوض والعرض والقبول. ومدى انسجامها مع المبادئ العامة في الفقه الإسلامي التي تتميز بمرونة أكبر تسع لاحتواء مختلف أحكام إبرام العقود الإلكترونية

وبهذا، يسلط الفصل الأول الضوء على البنية القانونية لعقود التجارة الإلكترونية، مبرزاً أوجه التحدي والتطوير في التشريع الجزائري للتجارة الغلكترونية، ومدى كفاية هذه البنية في تلبية متطلبات الحماية المدنية الوقائية للأطراف المتعاقدة، لا سيما من حيث ضمان التراضي، وتحديد مجلس العقد الإلكتروني، وتحقيق التوازن بين المصالح. كما يقارن ذلك بأسس الحماية التي قررها الفقه الإسلامي، والتي تقوم على مبادئ العدل والرضا ودرء الضرر، بما يسهم في تعزيز الضمانات القانونية للعقود الإلكتروني.

الفصل الثاني:

آثار العقود الإلكترونية.

المبحث الأول: توثيق العقود الإلكترونية.

المبحث الثاني: تنفيذ العقود الإلكترونية.

تمهيد:

تتمثل آثار العقود الإلكترونية في النتائج من واجبات والتزامات التي تنشأ عن ابرام العقد باستخدام وسائل الاتصال الإلكتروني، فبعد الاستجابة لمتطلبات ممارسة التجارة الإلكترونية، وابرام العقد الإلكتروني على الوجه المفروض قانونا، تثبت بها القوة التنفيذية للعقد، تأتي مرحلة الالتزام بتوثيق العقد الإلكتروني، من خلال مجموعة من الوثائق الإلكترونية، والتي يجب أن تحتوي على مجموعة من العناصر، كما يحق للطرف الضعيف طلبها في شكلها الورقي.

ثم مرحلة تنفيذ كل من المورد والمستهلك الإلكترونين لالتزاماته التي ثبتت بموجب العقد الإلكتروني، مع مقارنة كل عنصر بما يقابله في الفقه الإسلامي، لذا جاء تقسيم الفصل عى النحو الآتي:

المبحث الأول: توثيق العقود الإلكترونية.

المبحث الثاني: تنفيذ العقود الإلكترونية.

المبحث الأول: توثيق العقود الإلكترونية.

على خلاف المعاملات المدنية التي غالبا ما تتسم بالبطء وتعقيد الإجراءات كضرورة الكتابة والإشهار والتفاوض المسبق، تتطلب المعاملات التجارية عموما قدرا عاليا من السرعة والمرونة، مما يقتضي تبسيط الإجراءات وتخفيف القيود على وسائل الإثبات لتعزيز الثقة وتيسير الائتمان بين المتعاملين.

إلا أن الأمر يختلف في بيئة التجارة الإلكترونية، حيث تظل الكتابة والإعلان من الشروط الأساسية لإبرام العقد،كما نصت عليه المادة 10 من القانون 18-05 وذلك لأن المبادلات الإلكترونية تتم عبر شبكة اتصالات لا مادية، فظهرت الكتابة الإلكترونية تترجم إرادة المتعاملين وإثبات هذه التعاملات، كما اشترط لقوتها الثبوتية توقيع دعامتها والمصادقة على صحتها إلكترونيا.

أما الشكلية في الفقه الإسلامي رغم أنه لم يوجب شيئا من الشرائط الشكلية في أي من المعاملات، لكنها لا تخالف روح الشرع بل توافقها فنجد في آية المداينة قول الله تعالى:

﴿ يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِذَا تَدَايَنتُم بِدَيۡنٍ إِلَىٰٓ أَجَلٖ مُّسَمّٗى فَٱكۡتُبُوهُۚ وَلۡيَكۡتُب بَّيۡنَكُمۡ كَاتِۢبُۢ بِٱلۡعَدۡلِۚ وَلَا يَأۡبَ كَاتِۢبٌ أَن يَكۡتُبَ كَمَا عَلَّمَهُ ٱللَّهُۚ ﴾ البقرة [282] يمكننا القول أن أطراف العقد الإلكتروني يعتبرون المتداينين بمفهوم الآية، ومقدم خدمات التصديق الإلكتروني في العقود الإلكترونية هو كاتب العدل.

إذن فوسائل الإثبات في العقود الإلكترونية هي: المحررات المكتوبة والموقعة والمصادق عليها إلكترونيا وهذا ماسنفصل فيه في المطلب الأول من هذا المبحث، مركزين على تعريف وحجية كل عنصر في الإثبات، ثم التعرف على صور هاته الوثائق والمحررات المدونة بالكتابة الإلكترونية، والموقع توقيعا مصادقا عليه إلكترونيا التي اشترط المشرع إعدادها في القانون 18-05 في المطلب الثاني.

المطلب الأول: عناصر التوثيق الالكتروني.

التوثيق الإلكتروني هو عملية استخدام الوسائل الرقمية لتأكيد صحة الوثائق والمعاملات القانونية التي تتم عبر الوسائط الإلكترونية. يعتمد هذا التوثيق على أدوات مثل الكتابة الإلكترونية، والتوقيع الإلكتروني والتصديق الإلكتروني، وهي في نفس الوقت مكونات وعناصر للوثيقة الإلكترونية، إذ لا تعد الكتابة من الناحية القانونية دليلا كاملا في الإثبات إلا إذا كانت مصبوبة في محرر موقع ومصادق عليه، أما في الكتابة

الإلكترونية لأنه لا يمكن التعرف على هوية الأشخاص الذين نتواصل معهم أحيانا أو صعوبة التأكد من هويتهم، ظهر التوقيع الإلكتروني ليؤكد هوية المتعاقدين ويعبر عن إراداتهم في التعاقد وإبرام المعاملات، فحسب المادة 6 من القانون 15-04: "يستعمل التوقيع الإلكتروني لتوثيق هوية الموقع وإثبات قبوله مضمون الكتابة في الشكل الإلكتروني".

وقد أقرته معظم التشريعات واعترفت بحجيته بشروط، من بينها أن يكون مصادقا عليه، بالتصديق أو التوثيق الإلكتروني والذي يعد عملية التأكد من صحة الكتابة والتوقيع الإلكترونيين من قبل طرف ثالث مخول قانونا، عن طريق إصدار شهادة تتضمن التصديق على التوقيع الإلكتروني للشخص المراد إثبات هويته. لذا سنخصص لكل وسيلة فرعا خاصا.

الفرع الأول: الكتابة الإلكترونية وموقف الفقه الإسلامي منها.

ظهرت الكتابة مع ظهور الإنسان، وتطورت بتطور حياته، حيث وجدت على الحجارة ثم على الجلد، لتصل إلى الكتابة على الورق، لتبلغ ما بلغته حاليا، وهو الكتابة على الشكل الإلكتروني ولدراسة هذه الأخيرة سوف نتطرق إلى تعريفها في البند الأول، وحجيتها في الإثبات في البند الثاني، أما في الثالث نخصصه لدراسة مشروعيتها في الفقه الإسلامي.

البند الأول: تعريف الكتابة الإلكترونية.

الكتابة بصفة عامة هي:" الخط الذي يعتمد عليه في توثيق الحقوق وما يتعلق بها، لإمكانية الرجوع إليه عند الحاجة"[1] فالكتابة في سياق العقود تعتبر أسلوبا للتعبير عن الإرادة يتضمن تسطير وجمع الحروف والكلمات أو رموز أو علامات غير ذلك في شكل مادي ظاهر، فهي معنى مكتمل أو فكرة مترابطة صادرة من الشخص الذي نسبت له.[2]

يستنتج من التعريف عدم ارتباط الكتابة بالورق فقط، مما يتيح قبول كل الدعامات في الإثبات من بينها استخدام التكنولوجيا في إنشاء وتحرير وتوزيع النصوص، وهو ما يعرف بـ"الكتابة الإلكترونية" التي تصب في وثيقة أو محرر هو الآخر إلكتروني.

---

[1]-رحماني ابراهيم: التوثيق الكتابي ودوره في حماية الحقوق والالتزامات الآجلة- دراسة فقهية مقارنة، مجلة العلوم القانونية، ع2، 2011، ص12.

[2]-آزرو محمد رضا: المرجع السابق، ص 86.

أولا: تعريف الكتابة الإلكترونية في الفقه الوضعي.

أما الكتابة الإلكترونية فهي: "ومضات كهربائية يتم تحويلها إلى لغة يفهمها الحاسوب والتي تتكون حروفها من التوافيق والتبادل من رقمي واحد وصفر"[1]

كما يعرفها آخرون بأنها: " تكون على شكل معادلات خوارزمية تنفذ من خلال شاشة الحاسوب، حيث يتم إدخال المعلومات عن طريق وحدات الإدخال والتي تتبلور في لوحة المفاتيح أو استرجاع المعلومات المخزنة في وحدة المعالجة المركزية، وبعد الفراغ من معالجة البيانات يتم كتابتها على أجهزة الإخراج التي تتمثل في شاشة الحاسب أو طباعة هذه المحررات على الطابعة أو الأقراص الممغنطة أو أي وسيلة تخزين البيانات"[2]

وعرفت أيضا: " عبارة عن مجموعة أحرف وأرقام أو أي إشارات أخرى تكون ذات محتوى يمكن فهمه، على دعامة أو حامل إلكتروني يحفظها ويؤمن قراءتها والرجوع إليها عند الحاجة" [3]

من التعريفات السابقة يتضح أن الكتابة الإلكترونية لا يتحقق الغرض منها إلا بإفراغها أو تدوينها على دعامة تضمن إمكانية قراءتها وفهمها، لتشكل ما يصطلح عليه بالمحرر الإلكتروني، وهو نتاج اتحاد الكتابة الإلكترونية مع الدعامة المدونة عليها،[4] إذن فالمحرر الإلكتروني هو: " البيان أو الخطاب أو الرسائل التي تتم بوسيلة إلكترونية سواء في إنشائها أو تخزينها أو إرسالها"[5]

ثانيا: الكتابة الإلكترونية في التشريع.

من الناحية التشريعية لم تعرف الكتابة الإلكترونية سواء في القانون النموذجي الخاص بالتجارة

---

[1]-سليماني مصطفى: وسائل الإثبات وحجيتها في عقود التجارة الإلكترونية في التشريع الجزائري والمقارن، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أحمد دراية، أدرار-الجزائر، 2019-2020م، ص94.

[2]- هدار عبد الكريم: مبدأ الثبوت بالكتابة في ظل ظهور المحررات الألكترونية، رسالة ماجيستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر-1-، بن عكنون-الجزائر، 2013م-2014م، ص 32.

[3]- مُحَّد المرسي زهرة: المرجع السابق، ص188.

[4]- سليماني مصطفى: المرجع السابق، ص 44.

[5]-المرجع نفسه، ص72.

الالكترونية الصادر عن "الأونسيترال"، أو في التشريع الجزائري، فالأول اكتفى في المادة 06 منه التي جاءت تحت عنوان "الكتابة" بالنص على: " يشترط القانون أن تكون المعلومات مكتوبة، تستوفي رسالة البيانات ذلك الشرط إذا تيسر الإطلاع على البيانات الواردة فيها على النحو يتيح استخدامها بالرجوع إليه لاحقا".يستنتج من هذه المادة أن القانون النموذجي اشترط إمكانية الإطلاع على البيانات الواردة فيها على نحو يتيح استخدامها بالرجوع إليها لاحقا،[1] ومعنى هذا الشرط ضرورة أن تكون المعلومات المقدمة في الشكل الإلكتروني مقروءة وقابلة للتفسير وهذا يقتضي إلزامية الاحتفاظ ببرمجيات الحاسب التي قد تلزم من أجل قراءة المعلومات الإلكترونية.[2]

والثاني-التشريع الجزائري- كذلك لم يعرف الكتابة الإلكترونية تعريفا خاصا لكن في المادة 323 مكرر من ق.م.ج نص على أن الكتابة عبارة عن "تسلسل حروف أو أوصاف أو أرقام أو أية علامات أو رموز ذات معنى مفهوم، مهما كانت الوسيلة التي تتضمنها، وكذا طرق إرسالها ".

وبالتالي الأخذ بالمفهوم الموسع للكتابة بحيث يشمل الكتابة الخطية والإلكترونية معا، فهو لم يفرق بين أنواع الدعامة التي يتم عليها تدوين هذه الكتابة، بل المهم ما الغرض التي تحققه الكتابة من التعبير الدال الواضح والمفهوم، إذ العبرة بكفاءة التقنية المستخدمة لا بنوعها، كما أخذ بمدأ الحياد التكنولوجي في دلالته على الأداة الفنية التي المستخدمة في نقل محتوى المحرر، فيستوي أن يتم النقل عبر شبكة الأنترنت أو عن طريق إرسال أسطوانة مسجلة إلكترونيا أو أي وسيلة موجودة أو يمكن أن توجد مستقبلا.[3]

انتقد هذا النص من قبل بعض أساتذة القانون على أساس خطأ في الترجمة من اللغة الفرنسية إلى اللغة العربية لبعض المصطلحات، ومن بين المصطلحات مصطلح " Support" والتي يعبر عنها باللغة العربية "بالدعامة أو الوسيط" وليس مصطلح "وسيلة" كما هو وارد في النص بالعربية، كما أضاف كلمة

---

[1]-ينظر: آزرو محمد رضا: إشكالية إثبات العقود الإلكترونية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان- الجزائر، 2015-2016، 86-87.

[2]-جقريف الزهرة: حجية الكتابة والتوقيع الإلكترونيين في الإثبات-دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري-، أطروحة دكتوراه، كلية الشريعة والاقتصاد، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، قسنطينة-الجزائر، 2019-2020، ص75.

[3]-المرجع نفسه، ص 76.

"أوصاف" مما يطرح غموض في فهم العلة من إدراج اللفظة لأن الوصف هو صفة تضفى على أمر آخر.[1]

البند الثاني: حجية الكتابة الإلكترونية في الإثبات.

تعد الكتابة في التصرفات التي لم يشترط المشرع الشكلية كركن فيه، وسيلة لإثبات هذا التصرف القانوني، وهو الحال في المجال الإلكتروني، إذ يمكن الاحتجاج بالكتابة الإلكترونية لأغراض الإثبات، فالكتابة حجة على أطراف العلاقة التعاقدية وعلى الغير كذلك، ووسيلة لإثبات التصرف القانوني، أي أن الكتابة عنصر بديهي لما تم الاتفاق عليه بين أطراف التصرف المبرم، والتوقيع هو العنصر الثاني للمحرر الكتابي، لذا فالورقة الموقعة على بياض لا حجية قانونية لها،[2] بالرغم من أنه كان هناك اعتقاد راسخ على أن الكتابة هي الورقة ولا فرق بينهما، فاشتراط الكتابة هو اشتراط الورقة لا غير، ولكن مع ظهور الكتابة الإلكترونية اتضح أن الكتابة شيء والدعامة التي تحملها شيء آخر.[3]

يقوم القاضي بفحص المحرر الإلكتروني المقدم للإثبات، من حيث توافره على الشروط المنصوص عليها قانونا، وكذا مدى توافر الأمن التقني في هذا المحرر، وشروط حفظه من العبث أو تعديله أو تزويره، فإذا رأى أن المستند المكتوب إلكترونيا مستوف لشروط الإنشاء وشروط الحفظ، فإنه يمنحه الحجية الكاملة في الإثبات كالورقي.[4]

وهذه الشروط هي: وجوب أن تكون الكتابة مقروءة بحيث تدل على مضمون التصرف القانوني، أو البيانات المدونة بالمحرر وذلك بتدوين الكتابة على دعائم تحفظها بصورة مستمرة بحيث يمكن لأطراف العقد أو أصحاب الشأن الرجوع إليها عند الضرورة، وأن تتصف بالاستمرارية والثبات، أي دوامها وعدم قابليتها للتعديل بالإضافة أو الحذف وذلك حتى تتمتع بالثقة والأمان من جانب المتعاملين بها.[5]

فإذا ما طبقنا هذه الشروط على المحررات المكتوبة إلكترونيا، نجد أنه يتم تدوينها على وسائط مكتوبة

---

[1]-جقريف الزهرة: المرجع السابق ص 78.

[2]-ينظر: مُحَمَّد المرسي زهرة: المرجع السابق، ص210.

[3]- فيلالي علي: الالتزامات النظرية العامة للعقد، مرجع سابق، ص 304.

[4]-كوسام أمينة: الشكلية في عقود التجارة الإلكترونية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر، باتنة-الجزائر، 2015-2016م، ص187.

[5]- بن سعيد لزهر: المرجع السابق، ص127-131.

بلغة الآلة، ولا يمكن أن يراها الإنسان بشكل مباشر وإنما لابد من إيصال المعلومة إلى الحاسب الآلي الذي يتم دعمه بواسطة برامج لها القدرة على ترجمة لغة الآلة إلى اللغة المقروءة للإنسان، وبالتالي ضمان قراءة هذه المحررات في جميع الأحوال باستخدام الحاسب الآلي، وهو ما يعني استيفائها لشرط إمكانية القراءة والفهم، طالما أن اللغة التي تظهر على الشاشة هي لغة مفهومة ومقروءة لأصحاب العقد.[1]

إضافة إلى الشروط العامة السابقة الذكر، فإن التشريعات المنظمة للإثبات الإلكتروني قد خصت الكتابة الإلكترونية بشروط خاصة حتى تحظى بالحجية الكاملة في الإثبات وتتمثل هذه الشروط في قدرة الكتابة الإلكترونية على تحديد هوية الشخص الذي أصدرها، وإنشاؤها في ظروف تضمن سلامتها وحفظها،[2] وقد نصت على هذه الشروط المادة 323 مكرر1 ق.م.ج:" يعتبر الإثبات بالكتابة في الشكل الإلكتروني كالإثبات بالكتابة على الورق بشرط إمكانية التاكد من هوية الشخص الذي أصدرها وأن تكون معدة ومحفوظة في ظروف تضمن سلامتها"

من نص المادة نستنتج كذلك أن المشرع الجزائري قد عادل بين الكتابة الورقية والكتابة الإلكترونية، إذ أخذ بمبدأ التعادل الوظيفي بين الكتابة الورقية والكتابة الإلكتروني، لكن بتوفر الشروط المذكورة.

ويقتضي هذا المبدأ المساواة بين المحرر الورقي والمحرر الإلكتروني في القوة الثبوتية إذا توافرت فيه الشروط المذكورة، وهو ما يثير مسألة تعارض بين الأدلة الورقية والإلكترونية لإثبات نفس التصرف، وهو ما لم يفصل فيه المشرع الجزائري وترك الأمر للقضاء فبمقتضى السلطة التقديرية للقاضي يمكن لهذا الأخير أن يتبنى دليل دون استبعاد الآخر الذي يناقضه.[3]

لذا يجب عليه حسب قواعد العدالة تغليب المحرر المستوفي للشروط القانونية سواء وقع التعارض بين محررات ورقية وإلكترونية أو بين محررات إلكترونية فيما بينها،[4] وإن استوفى كلا المحررين ما يجب من الشروط القانونية عليه الاستعانة بوثائق أو قرائن أخرى لما تتميز به العقود الإلكترونية من وسائل أخرى تتيح الوصول إلى الحقيقة.

---

[1]-باطلي غنية: الكتابة الإلكترونية كدليل إثبات، مجلة التواصل في العلوم الإنسانية، ع30، 2012، ص129.

[2]- جقريف الزهرة: المرجع السابق، ص88.

[3]-المرجع نفسه، ص99-100.

[4]- آزرو محمد رضا: المرجع السابق، ص 324.

البند الثالث: مشروعية الإثبات بالكتابة الإلكترونية في الفقه الإسلامي.

لم يشترط الفقه الإسلامي يوما نوع الكتابة أو نوع الدعامة في المعاملات،[1] فكما كتب على الألواح والحجر وأوراق الشجر ظهر الورق والحبر إلى بلوغ الحضارة أوجها لتصل إلى الكتابة الإلكترونية التي يحملها محرر إلكتروني مؤكدة بتوقيع إلكتروني مصادق على صحتهما مقدم خدمات التصديق الإلكتروني بشهادة تصديق إلكترونية، فبما أن الكتابة الإلكترونية نوع من أنواع الكتابة، فإن ما لحق الثانية من اختلاف حول المشروعية والقوة الثبوتية تنسحب إلى الأولى.

فللإثبات بالكتابة رغم ما طرح من اختلاف، شأن كبير في الفقه الإسلامي لأن الله تعالى عظم شأن الكتابة فوصف بها الملائكة الأطهار، والتزمها الأنبياء عليهم الصلاة والسلام في تبليغ الدعوة ونشر الرسالات السماوية، والأدلة على ذلك كثيرة منها:

قوله تعالى: ﴿وَإِنَّ عَلَيْكُمْ لَحَٰفِظِينَ ۝١٠ كِرَامًا كَٰتِبِينَ ۝١١ الإنفطار [10- 11]

كما قال كذلك سبحانه وتعالى:﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِذَا تَدَايَنتُم بِدَيْنٍ إِلَىٰٓ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَٱكْتُبُوهُ وَلْيَكْتُب بَّيْنَكُمْ كَاتِبٌۢ بِٱلْعَدْلِ وَلَا يَأْبَ كَاتِبٌ أَن يَكْتُبَ كَمَا عَلَّمَهُ ٱللَّهُ فَلْيَكْتُبْ وَلْيُمْلِلِ ٱلَّذِى عَلَيْهِ ٱلْحَقُّ وَلْيَتَّقِ ٱللَّهَ رَبَّهُۥ ﴾ البقرة [282]

تحث هذه الآية على التوثيق في علاقة المديونية التي فيها أجل بواسطة طرف ثالث وهو كاتب العدل، والذي يفهم من النص أن الكتابة بين المتداينين هي وسيلة لحفظ المال الذي يعد مقصدا كليا من مقاصد الشريعة، إذن فلهذه الخاصية في العقود الإلكترونية وجه شرعي بل وأهمية ترقى إلى حفظ مقصد كلي من مقاصد الشريعة.[2]

ولنا في رسولنا ﷺ أسوة إذ استعملها في جميع المجالات: من بيوع ومعاهدات وغير ذلك، فقد روى العداء بن خالد قال كتب لي رسول ﷺ كتابا جاء فيه: {**هَذَا مَا اشْتَرَى مُحَمَّدٌ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ مِنْ الْعَدَّاءِ بْنِ خَالِدٍ،**

---

[1]- إلا ما يوجبه من إذن القاضي في بعض الحالات كما في بيع عقار الصَّغير إذا وجدت مسوغات بيعه، وهذا ممكن بالنسبة للعهود الفقهية سابقا حيث لم يكن قضاء القاضي مقيدا بالنظم الشكلية. الزرقا مصطفى أحمد: عقد البيع، ط2، دار القلم، دمشق-سوريا، 2012م، ص 34.

[2]-الزحيلي وهبة: الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق، ص 3099.

بَيْعَ الْمُسْلِمِ الْمُسْلِمِ، لَا دَاءَ وَلَا خِبْثَةَ وَلَا غَائِلَةَ}[1]

كما أمر أصحابه بتعلم الكتابة، وبتدوين الوحي وكتابة بعض الأحكام الفقهية، واتخذ صلى الله عليه وسلم كتابا للوحي، وأمر باستعمال الكتابة توثيقا في مواقف متعددة، منها: كتابة معاهدة التحالف بين المهاجرين والأنصار واليهود بعد الهجرة النبوية، وكتابة وثيقة صلح الحديبية، وكتابة وثيقة إقطاع لأبي ثعلبة وتميم الداري في أرض الروم. [2]

وعلى هذا الدرب سار الخلفاء الراشدين ومن بعدهم فاستعملوا الكتابة في توثيق الحقوق، لذا فحقيقة اعتراض الفقهاء لا يتوجه للكتابة من حيث كونها ثابتة مؤكدة، بل من حيث ظروف كتابتها وإحكامها، حيث تدخلت عوامل عدة جعلت منزلة الكتابة عندهم في المرتبة الثانية بعد الشهادة، من بينها[3]:

- في بداية الإسلام كانت الكتابة نادرة بسبب قلة التعليم والاعتماد على الحفظ، ففي حديث ابن عمر رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: { إِنَّا أُمَّةٌ أُمِّيَّةٌ، لَا نَكْتُبُ وَلَا نَحْسُبُ، الشَّهْرُ هَكَذَا وَهَكَذَا}[4]
- التزام الناس بأحكام الإسلام والصدق جعل التعاملات التجارية مستقرة دون الحاجة الكبيرة للكتابة.
- البساطة في التعاملات وسهولة تبادل المنافع جعلت الكتابة أمرا ثانويا.
- كثير من الفقهاء اعتبروا الكتابة نوعا من الإقرار، ولم يفردوا لها فصولاً مستقلة في كتبهم.
- مع ظهور التزوير وتراجع الأخلاق، ضعفت حجية الكتابة في العصور اللاحقة.
- في العصر الحديث، أصبحت الكتابة الوسيلة الأساسية للإثبات، مع تحسين شروطها وطرق كشف التزوير.

---

[1]- أخرجه البخاري في صحيحه، عن العداء بن خالد، كتاب البيوع رقم (39)، باب إذا بين البيعان ولم يكتما ونصحا رقم (19)، ج2، ص731.

[2]-رحماني ابراهيم: المرجع السابق، ص 9.

[3]-المرجع نفسه.

[4]- أخرجه البخاري في صحيحه، عن آدم، عن شعبة، عن الأسود بن قيس، عن سعيد بن عمرو، عن ابن عمر رضي الله عنهما، كتاب الصوم رقم (36)، باب قول النبي ρ لا نكتب ولا نحسب رقم (13)، ح.ر 1814، ج2، ص675.

ولمشروعية كتابة الديون والعقود علل ومصالح منها[1]:

-صيانة الأموال: فقد أمرنا بصيانتها ونُهينا عن إضاعتها.

- قطع المنازعة: لأن الكتاب يصير حكما بين المتعاملين ويرجعان إليه عند المنازعة، فيكون سببا لتسكين الفتنة، ولا يجحد أحدهما حق صاحبه مخافة أن يخرج الكتاب وتشهد الشهود عليه بذلك، فيفضح أمام الناس.

- التحرز من العقود الفاسدة: لأن المتعاملين ربما لا يهتديان إلى الأسباب المفسدة ليتحرزا عنها، فيحملها الكاتب على ذلك إذا رجعا إليه ليكتب.

- رفع الارتياب: قد يشتبه على المتعاملين إذا تطاول الزمان مقدار البدل ومقدار الأجل، فإذا رجعا إلى الكتاب لا يبقى لواحد منهما ريبة، وكذلك بعد موتهما لا تبقى ريبة لوارث كل منهما بالكتاب.

الفرع الثاني: التوقيع الإلكتروني وموقف الإسلامي منه.

إن وضع التوقيع على أية محرر يهدف إلى ترتيب آثار قانونية معينة. فمن خلال هذا التوقيع يمكن تحديد هوية الموقع ومعرفة صلاحيته. كذلك فإن توقيع أصحاب الشأن على المحرر يعد إقرارا منهم لمضمون ما ورد به. وإذا كان الفقه والقضاء قد استقرا على أن التوقيع اليدوي التقليدي يحقق الآثار السابقة،[2] فهل يحقق التوقيع الإلكتروني تلك الآثار؟

لذا سنتطرق لمفهوم التوقيع الإلكتروني في البند الأول، وكذلك بما أن التوقيع التقليدي له أهمية كبيرة وحجية على المحرر الموجود فيه خاصة في المعاملات التجارية، سنعالج حجيته في إثبات محررات ومعاملات التجارة الإلكترونية في البند الثاني، ثم موقف الفقه الإسلامي من كل ما سبق حول التوقيع الإلكتروني في البند الثالث.

---

[1]- السرخسي: المرجع السابق، ج30، ص168./ شبير مُحَّد عثمان: صيانة المديونيات ومعالجتها من التعثر في الفقه الإسلامي، بحث ضمن كتاب جماعي ، ط1، دار النفائس للنشر والتوزيع، عمان-الأردن، 1418هـ-1998م، مج2، ص849.

[2]- قنديل سعيد السيد: التوقيع الإلكتروني، د ط، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية- مصر، 2004، ص 48.

البند الأول: مفهوم التوقيع الإلكتروني.

لتوضيح مفهوم التوقيع الإلكتروني ارتأينا تقسيم هذا البند إلى عنصرين، يبحث الأول تعريف التوقيع الإلكتروني، ويعنى الثاني بأنواع ووظائف التوقيع الإلكتروني بما يتيح فهماً شاملاً لهذا المفهوم في ظل البيئة الرقمية المعاصرة.

أولا: تعريف التوقيع الإلكتروني.

عرفت المادة 2 من قانون الأونسيترال المتعلق بالتوقيعات الإلكترونية التوقيع الالكتروني بأنه: "بيانات في شكل الكتروني مدرجة في رسالة بيانات، أو مضافة إليها أو مرتبطة بها منطقيا، يجوز أن تستخدم لتعيين هوية الموقع بالنسبة إلى رسالة البيانات، ولبيان موافقة الموقع على المعلومات الواردة في رسالة البيانات".[1]

وقد جاء هذا التعريف واسعا عمدا، وذلك لكي يشمل جميع طرائق التوقيع الإلكتروني الموجودة حاليا والتي يمكن أن توجد في المستقبل. وما دامت الطرائق المستخدمة جديرة بالتعويل عليها بالقدر المناسب للغرض الذي أنشئت أو أبلغت من أجله رسالة البيانات، في ضوء كل الظروف، بما في ذلك أي اتفاق متصل بالأمر، ينبغي لها أن تعتبر مستوفية لمقتضيات التوقيع القانونية. كما إن نصوص الأونسيترال ذات الصلة بالتجارة الإلكترونية، إضافة إلى عدد كبير من النصوص التشريعية الأخرى، تستند إلى مبدأ الحياد التكنولوجي، ولذا فهي تهدف إلى استيعاب جميع أشكال التوقيع الالكتروني إذن فإن تعريف التوقيع الإلكتروني من شأنه أن يشمل كافة نطاق تقنيات التوقيع الإلكتروني.[2]

أما المشرع الجزائري فقد عرف في القانون 15-04 الذي يحدد القواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين صنفان من التوقيع الإلكتروني وهما: "التوقيع الإلكتروني العادي" و"التوقيع الإلكتروني الموصوف".

إذ عرف التوقيع الإلكتروني العادي في المادة 1/2 من القانون 15-04 المتعلق بالتوقيع والتصديق

---

[1]- الأونسيترال(لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي): القانون النموذجي بشأن التوقيعات الإلكترونية مع دليل الإشتراع، المؤرخ في 12 ديسمبر 2001، منشورات الامم المتحدة، نيويورك،2002، ص3.

[2]-الأونسيترال(لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي): تعزيز الثقة بالتجارة الإلكترونية-المسائل القانونية الخاصة باستخدام طرائق التوثيق والتوقيع الإلكتروني على الصعيد الدولي-، منشورات الامم المتحدة، فيينا، 2009، ص15.

الإلكترونيين بأنه: " بيانات إلكترونية في شكل الكتروني مرفقة أو مرتبطة منطقيا ببيانات إلكترونية أخرى تستعمل كوسيلة توثيق".

في حين عرفت المادة 7 من القانون ذاته التوقيع الإلكتروني الموصوف بأنه: " التوقيع الإلكتروني الموصوف هو التوقيع الذي تتوفر فيه المتطلبات الآتية:

- أن ينشأ على أساس شهادة تصديق إلكتروني موصوفة.
- أن يرتبط بالموقّع دون سواه.
- أن يمكن من تحديد هوية الموقّع.
- أن يكون مصمما بواسطة آلية مؤمنة خاصة بإنشاء التوقيع الإلكتروني.
- أن يكون منشأ بواسطة وسائل تكون تحت التحكم الحصري للموقع.
- أن يكون مرتبطا بالبيانات الخاصة به، بحيث يمكن الكشف عن التغييرات اللاحقة بهذه البيانات".

أما من الناحية الفقهية فقد عرف بأنه: " طريقة اتصال مشفرة تعمل على توثيق المعاملات التي تتم عبر الإنترنت. بشكل أساسي فإن الفكرة الكامنة وراء التوقيعات الالكترونية هي نفسها كما في التوقيع المكتوب بخط اليد. إنك تستخدمه للتصديق أو لتوثيق الحقيقة بأنك وعدت بشيء ما ولا تستطيع التراجع عنه فيما بعد".[1]

وكذلك: "يتمثل التوقيع الإلكتروني في استخدام رمز أو شفرة أو رقم بطريقة موثوق بها تضمن صلة التوقيع بالوثيقة الإلكترونية وتثبت- في ذات الوقت- هوية شخص الموقع. فوسيلة التوقيع الإلكتروني إذن رمز أو شفرة أو رقم، ودعامته وثيقة إلكترونية، وضمانته إجراءات توثيق تقنية تحقق قدرا معقولا من الأمان والثقة".[2]

ثانيا: أنواع ووظائف التوقيع الإلكتروني.

توجد أنواع كثيرة من التوقيع الإلكتروني باعتبارات عدة لكننا عمدنا إلى معرفة أنواع التوقيع الإلكتروني

---

[1]-مُحَمَّد خالد جمال رستم: التنظيم القانوني للتجارة والإثبات الإلكتروني في العالم، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت- لبنان، 2006م، ص39.

[2]-مُحَمَّد المرسي زهرة: المرجع السابق، ص231.

بالاعتبار التقني لذا سنفصل في أنواعه بهذا الاعتبار (1)، ثم نتطرق للوظائف المنوطة به (2).

1- أنواع التوقيع الإلكتروني:

تتمثل أنواع التوقيع الإلكتروني[1] بالاعتبار التقني في الطرائق التقنية للتوقيع الإلكتروني التي تستخدمها الممارسات التجارية المختلفة وقد فصلت فيها إلى جانب الدراسات الفقه تقرير الأونسترال الموسوسوم بـ: "تعزيز الثقة بالتجارة الإلكترونية-المسائل القانونية الخاصة باستخدام طرائق التوثيق والتوقيع الإلكتروني على الصعيد الدولي" ومن بين هذه الأنواع، نبرز أهمها وأكثرها شيوعا في التطبيقات العملية حاليا، بحيث تشمل التوقيعات الرقمية ضمن نطاق مرفق مفاتيح عمومية، والأجهزة البيومترية، وأرقام تعريف الهوية الشخصية، وكلمات السر المحددة من المستعمل أو كلمات السر المخصصة، والتوقيعات المكتوبة بخط اليد ثم المصورة بالمسح الإلكتروني، والتوقيع بواسطة قلم رقمي، وقد ازداد شيوع استخدام حلول هجينة تستند إلى مجموعة مؤتلفة من التكنولوجيات المختلفة، ومنها على سبيل المثال الطريقة المتبعة في حالة الجمع بين استعمال كلمات السر وتكنولوجيا التشفير (TLS/SSL) [2] القائمة على البروتوكولين الحاسوبيين التشفيرين: أمن طبقة النقل/ طبقة المقابس الآمنة، وهي تكنولوجيا يستعمل فيها خليط من تشفيرات المفاتيح العمومية وتشفيرات المفاتيح المتماثلة.[3] وفيما يلي شرح كل نوع:

أ- التوقيع الكودي أو الرقمي:

هو التوقيع الذي يستند إلى معرفة المستعمل أو المستلم، يتكون من عدة أرقام يتم تركيبها لتكون في النهاية كود يتم التوقيع به، مثلا كأرقام تعريف الهوية الشخصية. كما يشمل هذا النوع الطرائق التي تستند إلى حيازة المستعمل شيئا معينا مثل: الرموز، أو غيرها من المعلومات المخزنة على بطاقة مغناطيسية.

يتم إنشاء التوقيعات الإلكترونية الرقمية التي تعتمد على الترميز(التشفير) بالمفتاح العمومي وكذلك

---

[1]- ينظر الملاحق.

[2]-(Transport Layer Security) أمن طبقة النقل وهو بروتوكول اتصال آمن يتيح التشفير والتصديق، وهو ما ينطبق على SSL(Secure Socket Layer أي مقابس التوصيل الآمنة قبل توقيفه. بصفة عامة يشير المصطلحان إلى بروتوكول للتشفير.
ينظر www.ssl.com

[3]-لجنة الأونسيترال: تعزيز الثقة بالتجارة الإلكترونية-المسائل القانونية الخاصة باستخدام طرائق التوثيق والتوقيع الإلكتروني على الصعيد الدولي، مرجع سابق، ص 13.

التثبت من صحتها من خلال التشفير وهو فرع من الرياضيات التطبيقية المختصة بتحويل الرسائل إلى أشكال تبدو وكأنها لا يمكن فهمها وإعادتها مرة أخرى كما كانت.[1]

أي يتم انشاؤه بآلية انشاء خاصة بالتوقيع الإلكتروني وقد عرفها المشرع الجزائري في المادة 4/2 من القانون 15-04 بأنها :"جهاز أو برنامج معلوماتي معد لتطبيق بيانات إنشاء التوقيع الالكتروني" ، وعرف بيانات إنشاء التوقيع الإلكتروني في الفقرة الثالثة من المادة ذاتها كالآتي : " بيانات فريدة، مثل الرموز أو مفاتيح التشفير الخاصة، التي يستعملها الموقع لإنشاء التوقيع الإلكتروني".

وأكثرها شيوعا هي التوقيعات الرقمية القائمة على ترميز المفاتيح، وهذه المفاتيح نوعان:

- مفتاح التشفير الخاص: عرفه المشرع الجزائري في المادة 8/2 من القانون 15-04 بأنه:" عبارة عن سلسلة من الأعداد يحوزها حصريا الموقع فقط، وتستخدم لإنشاء التوقيع الإلكتروني، ويرتبط هذا المفتاح بمفتاح التشفير الخاص"

- مفتاح التشفير العمومي: عرفه المشرع الجزائري في المادة 9/2 من القانون 15-04:" هو عبارة عن سلسلة من الأعداد تكون موضوعة في متناول الجمهور بهدف تمكينهم من التحقق من الإمضاء الإلكتروني، وتدرج في شهادة التصديق الإلكتروني".

أي أن المفتاح الخاص يستخدمه شخص واحد وهو الموقع لإنشاء التوقيع، والمفتاح العام يستخدمه الغير للتحقق من صحة التوقيع ذلك التوقيع الذي تم إنشاؤه بالمفتاح الخاص.

ب- التوقيع باستخدام الخواص الذاتية:

وهو نوع من التوقيعات تستند إلى السمات البدنية الخاصة بالمستعمل للأفراد مثل البصمة الشخصية، مسح العين البشرية أو التعرف على الوجه البشري، خواص اليد البشرية، التحقق من نبرة الصوت. ويتم التأكد من شخصية المتعامل عن طريق إدخال المعلومات للحاسب الآلي أو الرسائل الحديثة مثل التقاط صورة دقيقة لعين المستخدم أو صورته أو يده ويتم تخزينها بطريقة مشفرة في ذاكرة الحاسب الآلي ليقوم بعد ذلك بالمطابقة، وهي ما يعرف بالخصائص البيومترية، ويعتري هذا النظام العديد من

---

[1]-مُحَمَّد خالد جمال رستم: المرجع السابق، ص40.

المشاكل منها أن صورة التوقيع يتم وضعها على القرص الصلب للحاسب الآلي ومن ثم يمكن مهاجمتها أو نسخها بواسطة الطرق المستخدمة في القرصنة الإلكترونية.[1]

ت-التوقيعات المستنسخة بالمسح التصويري والأسماء المطبوعة:

استخدام نسخة مصورة طبق الأصل عن توقيع مكتوب باليد، أو اسم مطبوع في الجزء الأدنى من رسالة الكترونية لتبيان منشئ خطاب إلكتروني.[2]

ث- التوقيع بالقلم الإلكتروني:

هنا يقوم مرسل الرسالة بكتابة توقيعه الشخصي باستخدام قلم إلكتروني خاص على شاشة الحاسب الآلي عن طريق برنامج معين ويقوم هذا البرنامج بالتقاط التوقيع والتحقق من صحته، ويستخدم هذا التوقيع للتحقق من الشخصية. ورغم بساطة هذا النوع من التوقيع، وسهولة استخدامه، إلا أنه لم يعرف على نطاق واسع في مجال التجارة الإلكترونية التي تفضل التواقيع الرقمية، هذا فضلا عن أن التوقيع بالقلم الإلكتروني يحتاج جهاز كومبيوتر بمواصفات خاصة تمكنه من التقاط التوقيع والتأكد من صحته ومطابقته للتوقيع المخزن في الذاكرة. [3]

2- وظائف التوقيع الإلكتروني:

نصت المادة 6 من القانون 15-04: "يستعمل التوقيع الإلكتروني لتوثيق هوية الموقع وإثبات قبوله مضمون الكتابة في الشكل الإلكتروني"، من خلال هذه المادة ومما سبق يمكننا الاستنتاج أن وظيفة ودور التوقيع الإلكتروني في التجارة الإلكترونية مهما كان نوعه تكمن في النقاط التالية:

- هو وسيلة إثبات للمحررات الإلكترونية تضفي عليها طابع الرسمية وتعبر عن صدق رغبة الموقع في تنفيذ ماجاءت به الدعامة الالكترونية، مما يجعلها تعادل الدعامة الورقية الرسمية من حيث الحجية والإثبات.

---

[1]-لجنة الأونسيترال: تعزيز الثقة بالتجارة الإلكترونية-المسائل القانونية الخاصة باستخدام طرائق التوثيق والتوقيع الإلكتروني على الصعيد الدولي، مرجع سابق، ص 30

[2]-المرجع نفسه.

[3]-محمد المرسي زهرة: المرجع السابق، ص 233-236.

– تحويل المعلومات الشخصية بصورة سرية ومضمونة لكل مواطن، إلى الشكل الإلكتروني، وبالتالي يستخدم لإثبات هوية الشخص الموقع على وثيقة أو رسالة إلكترونية، فهذا يمكن من توفير الهوية الرقمية لكل مواطن.

– يمكن الاعتماد اعتمادا كليا على التوقيع الإلكتروني ضمن الإجراءات القانونية والقضائية في المنازعات بين الأشخاص والشركات الخاصة أو المؤسسات والهيئات الحكومية.

– ارتباط التوقيع الرقمي بختم التاريخ والتوقيت الصحيح: إن بروتوكولات التوقيع الرقمي تعطي تأكيداً واضحاً عن التاريخ والوقت الذي تم فيهما توقيع الملف.[1]

البند الثاني: حجية التوقيع الإلكتروني في إثبات المحررات الإلكترونية.

لكي يعتدّ بالتوقيع الإلكتروني وتمنح له حجية في إثبات المحررات الإلكترونية، لا بد من توفر مجموعة من الشروط القانونية التي تَضفي عليه القوة الثبوتية المقررة للتوقيع في التشريع الجزائري.

لذلك سنبحث هذا العنصر في نقطتين: نبين في الأولى الشروط الواجب توفرها في التوقيع الإلكتروني حتى يكون منتجا لأثره القانوني في الإثبات(1)، وفي الثانية القوة الثبوتية للتوقيع الإلكتروني في التشريع الجزائري(2).

3- شروط حجية التوقيع الإلكتروني:

لقد اعتمد لمشرع الجزائري في بيان شروط التوقيع الإلكتروني عن طريق تحديد شروط التوقيع الإلكتروني الموصوف فقط، فنص عليها في المادة 7 من القانون 15-04 المتعلق بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين: " التوقيع الإلكتروني الموصوف هو التوقيع الذي تتوفر فيه المتطلبات الآتية:

– أن ينشأ على أساس شهادة تصديق إلكتروني موصوفة.

– أن يرتبط بالموقع دون سواه.

– أن يمكن من تحديد هوية الموقع.

---

[1]–ينظر: يوسف حسن يوسف: المرجع السابق، ص83.

- أن يكون مصمما بواسطة آلية مؤمنة خاصة بإنشاء التوقيع الإلكتروني.
- أن يكون منشأ بواسطة وسائل تكون تحت التحكم الحصري للموقع.
- أن يكون مرتبطا بالبيانات الخاصة به، بحيث يمكن الكشف عن التغييرات اللاحقة بهذه البيانات".

إذن يجب أن تتوفر في التوقيع الإلكتروني الشروط التالية[1]:

4-**أن يرتبط بالموقع دون سواه:** أي أن يكون لصاحب التوقيع الإلكتروني بيانات وشفرة خاصة به عن باقي الموقعين، ذلك أنه عندما تصدر بيانات إنشاء التوقيع لشخص ما فلا يمكن أن يتم إصدار نفس التوقيع لشخص آخر.

5- **أن يمكن من تحديد هوية الموقع:** فقد نص المشرع الجزائري على هذا الشرط من خلال نص المادة 1/323 من ق.م.ج والتي تنص على أنه: "..... بشرط إمكانية التأكد من هوية الموقع التي أصدرها." إذن فالمشرع قد أقر بالاعتداد بالتوقيع الإلكتروني في الإثبات متى كان كفيلا بالتعريف عن هوية الموقع والتحقق من نسبة التوقيع إليه. كما نصت على هذا الشرط المادة 6 من القانون 15-04.

6- **إنشاء التوقيع الإلكتروني بواسطة وسائل خاصة تكون تحت سيطرة الموقع:**فإذا فقد الموقع تلك السيطرة لأي سبب فإن بيانات التوقيع تفقد طابعها السري مما يفقد التوقيع الإلكتروني حجيته في الإثبات، لأن تمييز هويته وتحديد شخصيته يكون مشكوكا فيه.

7- **أن يكون التوقيع مرتبطا بالبيانات الخاصة به:ب**حيث يمكن الكشف عن التعبيرات اللاحقة بهذه البيانات: ومفاد هذا الشرط هو عدم إمكانية إحداث تغيير في المحرر الإلكتروني دون معرفة التوقيع الإلكتروني نفسه، لأنه يمكن الوصول إلى المحرر الإلكتروني دون معرفة التوقيع الإلكتروني، ويقصد بهذا الشرط حماية التوقيع والمحرر معا.

8- **وجوب تصديق التوقيع لدى جهة معينة:** تختص بالتحقق من مدى مصداقيته، والتأكد من الشخص العائد له ليتم منحه شهادة تصديق يؤكد صحة التوقيع.

---

[1]-بوعمرة آسيا: النظام القانوني للتجارة الإلكترونية، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر3، بن عكنون -الجزائر، 2012، ص 182-183./ دهليس عادل، كاسحي موسى: دور وأهمية التوقيع الإلكتروني في تسهيل المعاملات التجارية والمالية-الواقع والمأمول، الملتقى الوطني الافتراضي حول: الإصلاحات المالية والمصرفية في الجزائر، المحور2، كلية العلوم الاقتصادية التجارية وعلوم التسيير، جامعة وهران 2 محمد بن أحمد، 30 ماي 2022، ص14 وما بعدها.

ثانيا: القوة الثبوتية للتوقيع الإلكتروني في التشريع الجزائري.

اعترف المشرع الجزائري بحجية التوقيع الإلكتروني الموصوف صراحة في القانون 15-04 المتضمن للتوقيع والتصديق الإلكترونيين، وذلك ضمن المادة السابعة منه حيث وضع له فيها شروطا كي يعتد به ويكون حجة في الإثبات، بأن فرق بين التوقيع الإلكتروني العادي والتوقيع الإلكتروني الموصوف، حيث ألزم في الثاني أن تصادق عليه جهة تصديق تحل محل الضابط العمومي في الدعامات الورقية، لأن التوقيع الإلكتروني العادي ضعيف الحجية في الواقع ولدى المشرع.

إذ نص في المادة الثامنة من القانون 15-04 على: "يعتبر التوقيع الإلكتروني الموصوف وحده مماثلا للتوقيع المكتوب، سواء كان لشخص طبيعي أو معنوي" أي أقر مبدأ التعادل الوظيفي بين التوقيع الإلكتروني الموصوف والتوقيع المكتوب.

لكن ولأن التوقيع الإلكتروني العادي معمول به في الكثير من المعاملات بل هو الأكثر شيوعا، فبإلغائه لحجيته يؤدي ذلك إلى عدم استقرار في المعاملات وخسائر كبيرة على مستويات عدة تدارك في المادة 9 من القانون 15-04 على أنه :" بغض النظر عن أحكام المادة 8 أعلاه، لا يمكن تجريد التوقيع الإلكتروني من فعاليته القانونية أو رفضه كدليل أمام القضاء بسبب:

- شكله الإلكتروني أو،
- أنه لا يعتمد على شهادة تصديق إلكتروني موصوفة، أو،
- أنه لم يتم إنشاؤه بواسطة آلية مؤمنة لإنشاء التوقيع الإلكتروني".

وتحليل هاتين المادتين يتطلب الإشارة إلى أمرين مهمين من الناحية العملية:

بمعنى أنه يتعين قبول التوقيع الإلكتروني العادي كدليل للإثبات لكنه لا يعادل وظيفيا التوقيع المكتوب وليس له نفس قوة الحجية كالتوقيع الإلكتروني الموصوف. بمعنى أنه عند حدوث ازدواجية بين توقيعين إلكترونيين: أحدهما عادي، والآخر موصوف، في الإثبات فتكون الأولوية للتوقيع الإلكتروني الموصوف حيث أنه يتمتع بعناصر أمان يمكن أن تمنحه هذه الأولوية.[1]

[1]-قنديل سعيد السيد: المرجع السابق، ص 54-55.

البند الثالث: موقف الفقه الإسلامي من التوقيع الإلكتروني.

بما أن التوقيع الإلكتروني من المستجدات فإن دراسته في الفقه الإسلامي ستكون على ضوء دراسة التوقيع العادي. وللتوقيع العادي في الفقه الإسلامي نوعان التوقيع بالختم والتوقيع باليد:

فالتوقيع بالختم يعد من بين أنواع التوقيع التي شهدت استخداما كبيراً قديما: «الختم رأس الكتاب، والطبع عليه بالخاتم فوق الشمع، حتى لا يطلع أحد على ما في باطنه، حتى ينفضه المكتوب إليه».[1]

أو هو: «اتخاذ شيء من الخشب أو المعدن أو نحوه ينقش عليه اسمه أو توقيعه، ويعبر به السند أو الصك أو العملة».[2]"

وقد ثبت أن رسول الله ﷺ استعمل التوقيع بالختم ففي حديث رواه أنس بن مالك رضي الله عنه: {**لَمَّا أَرَادَ النبيُّ ﷺ أَنْ يَكْتُبَ إلى الرُّومِ، قالوا: إنَّهُمْ لا يَقْرَؤُونَ كِتَابًا إلَّا مَخْتُومًا، فَاتَّخَذَ النبيُّ ﷺ خَاتَمًا مِن فِضَّةٍ، كَأَنِّي أَنْظُرُ إلى وبِيصِهِ، ونَقْشُهُ: مُحَمَّدٌ رَسولُ اللَّهِ**}[3]

أما التوقيع بالإمضاء عرفه الفقه الإسلامي واعتبره حجة في الإثبات ودليله نص المادة 1609 من مجلة الأحكام العدلية على: " إذا كتب أحد سندا أو استكتبه من كاتب وأعطاه لآخر موقعا بإمضائه أو مختوما فإذا كان مرسوما أي حرر موافقا للرسم والعادة فيكون إقرارا بالكتابة، ويكون معتبرا ومرعيا كتقريره الشفاهي والوصولات المعتادة وإعطاؤها هي من هذا القبيل".[4]

قال مالك في العتبية وغيرها: "من كتب على نفسه ذكر حق وكتب في أسفله بخطه فهلك الشهود، ثم جحد فشهد رجلان على أن ذلك خطه، أن ذلك يجوز عليه كإقراره ولا يمين على المشهود له مع شهادة الشاهدين على خط المقر" فقوله: "كتب في أسفله"، بعد قوله "من كتب على نفسه ذكر حق"، دليل على

---

[1]- جقريف الزهرة: المرجع السابق، ص 215.

[2]-المرجع نفسه.

[3]-أخرجه البخاري في صحيحه، عن محمد بن بشار، عن غندر، عن شعبة، عن قتادة، عن أنس بن مالك، كتاب الأحكام رقم(97)، باب الشهادة على الخط المختوم وما يجوز من ذلك وما يضيق عليه، وكتاب الحاكم إلى عامله والقاضي إلى القاضي رقم (15)، ح.ر 6743، ج6، ص2619.

[4]- مجلة الأحكام العدلية، مرجع سابق، ص318

أن الكتابة أسفل الورقة بخط صاحبها هي التوقيع بالإمضاء".[1]

كما بحث العلماء تأكيد المحررات بالتوقيع وأوردوا لها أسماء متعددة حسب الجهة التي تصدر منها (السلطان أو القاضي أو الأفراد) ومن تسمياتها: الصك والحجة والسجل والوثيقة، كذلك بينوا تأكيدها بالاشهاد عليها خاصة إذا خيف التزوير.[2]

وعليه فأن القصد من وجود الختم أو التوقيع هو تحديد الشخص الذي صدر منه وتمييزه عن غيره والدلالة على رضاه بمضمون المحرر الذي ختمه أو وقعه، والتزامه به.[3]

والذي يظهر من خلال ما كتبه الفقهاء الأوائل والمعاصرون في مجال حجية المحررات المختومة هو جواز استخدام التوقيع الإلكتروني لإثبات العقود الإلكترونية في الفقه الإسلامي، لأنه يتفق مع مبادئ الإثبات في الشريعة الإسلامية،[4] لأسباب وأوجه منها[5]:

- وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية غير محصورة: إذ تعتمد الشريعة الإسلامية مبدأ التوسع في وسائل الإثبات ، حيث لا تقتصر على وسائل محددة، بل تشمل أي وسيلة تبين الحق وتؤدي إلى تحقيق العدل.

- القصد من التوقيع هو دلالته على صاحبه: يتمثل الغرض من التوقيع في إثبات هوية الموقع وإقراره بمضمون الوثيقة، وهذا يتحقق في التوقيع الإلكتروني كما في التوقيع التقليدي، بل ربما يكون أكثر موثوقية في الإلكتروني نظرا للضمانات التقنية المصاحبة له.

- عدم حصر الكتابة والتوقيع في شكل معين: كما أن الكتابة في الشريعة لا تقتصر على الورق بل تشمل أي سطح قابل للنقش، فإن التوقيع أيضا لا يقتصر على الإمضاء اليدوي أو الختم، بل يشمل الأساليب الرقمية، مثل المعادلات الرياضية المستخدمة في التوقيع الإلكتروني، والتي تضمن ارتباط التوقيع بالمحرر الإلكتروني وحماية مضمونه.

---

[1]-الصقلي ابن يونس: الجامع لمسائل المدونة، ط1، معهد البحوث العلمية وإحياء التراث الإسلامي، مكة المكرمة-المملكة العربية السعودية، 1434هـ - 2013 م، مج 17، ص 456.

[2]-يحي يوسف فلاح حسن: التنظيم القانوني للعقود الإلكترونية، مرجع سابق، ص36.

-الناصر عبد الله بن ابراهيم بن عبد الله: المرجع السابق، ص 2147.

[3]- بومحراث ليندة: المرجع السابق، ص 200.

[4]- المرجع نفسه.

[5]- ينظر: الناصر عبد الله بن ابراهيم بن عبد الله: المرجع السابق، ص 2148.

- التوقيع الإلكتروني يعزز الأمن والموثوقية: يحقق التوقيع الإلكتروني وظائف متعددة، منها تحديد هوية الأطراف، وحماية سرية المعلومات، وضمان عدم الاطلاع غير المصرح به، مما يجعله وسيلة إثبات موثوقة في التعاملات الإلكترونية.

الفرع الثالث: التصديق الإلكتروني.

لتحديد طبيعة عملية التصديق الإلكتروني كوسيلة لتأكيد الهوية في المعاملات الرقمية، نخصص البند الأول لدراسة مفهوم التصديق الإلكتروني. أما في البند الثاني، فسنتناول حجية شهادة التصديق الإلكتروني كدليل قانوني يستخدم لإثبات صحة التوقيع والبيانات في المحاكم، بالإضافة إلى المواقف التي تؤدي إلى إلغاء هذه الشهادة.

البند الأول: مفهوم التصديق الإلكتروني.

نتعرف على مفهوم التصديق الإلكتروني من خلال توضيح معناه في أولا، وتعريف شهادة التصديق الإلكتروني ثانيا.

أولا: تعريف التصديق الإلكتروني.

نصت المادة 10 من القانون 18-05 التي تنص: " يجب أن تكون كل معاملة تجارية إلكترونية مسبوقة بعرض تجاري إلكتروني وأن توثق بموجب عقد إلكتروني يصادق عليه المستهلك الإلكتروني"

وذلك لأن المبادلات الإلكترونية تتم عبر شبكة اتصالات لا مادية، فبعد ظهور الكتابة الإلكترونية تترجم إرادة المتعاملين وإثبات هذه التعاملات، لكن لأنه لا يمكن التعرف على هوية الأشخاص الذين نتواصل معهم، ظهر التوقيع الإلكتروني ليؤكد هوية المتعاقدين ويعبر عن إراداتهم في التعاقد وإبرام المعاملات، وقد أقرته معظم التشريعات واعترفت بحجيته بشروط، ومن بينها أن يكون مصادقا عليه، بالتصديق أو التوثيق الإلكتروني والذي يعد عملية التأكد من صحة الكتابة والتوقيع الإلكترونيين من قبل طرف ثالث مخول قانونا، يؤكد صحة التوقيع الإلكتروني وهوية الموقع الإلكتروني عن طريق إصدار شهادة تتضمن التصديق على التوقيع الإلكتروني للشخص المراد إثبات هويته، هذا الطرف الثالث سمي بـ: "مقدم خدمات التصديق الإلكتروني".

ثانيا: تعريف شهادة التصديق الإلكتروني.

عرف المشرع الجزائري شهادة التصديق الالكتروني في المادة 7 من القانون 15-04 :" وثيقة في شكل إلكتروني، تثبت الصلة بين بيانات التحقق من التوقيع الالكتروني والموقع"، من خلال هذا التعريف يتضح أن المشرع ركّز على الجانب الوظيفي للشهادة، الذي يتمثل في تأكيد الربط بين المتفاح العام وصاحب التوقيع الإلكتروني بالتالي تضمن صحة المعاملة أو الوثيقة الإلكترونية.[1]

وظيفة شهادة التصديق الإلكتروني هي ربط هذين العنصرين؛ أي أنها تَثبت أن المفتاح العام الذي يتم استخدامه للتحقق من التوقيع الإلكتروني ينتمي بالفعل إلى الشخص الذي قام بالتوقيع. بعبارة أخرى، الشهادة توفر ضماناً بأن المفتاح العام مرتبط بصاحب التوقيع الإلكتروني، وبالتالي تضمن صحة المعاملة أو الوثيقة الإلكترونية.

في حين أنه أضاف في المادة 15 من القانون نفسه لفظ موصوفة إلى شهادة التصديق الالكترونية حيث ربط بين مصطلح موصوفة ومجموعة من الشروط الواجب توفرها بشهادة التصديق، الموصوفة تتمثل فيما يلي:

- أن تمنح من طرف ثالث موثوق، أو من قبل مؤدي خدمات التصديق الالكتروني، طبقا لسياسة التصديق الالكتروني الموافق عليها، أي أنه لو منحت الشهادة من طرف جهة أخرى، لا تعتبر شهادة تصديق موصوفة.

- أن تمنح للموقع دون سواه، أي أنه لا يمكن أن تمنح هذه الشهادة إلا لطالبها وإلا تفقد مصداقيتها، وبالتالي فهي ترتبط بذات الشخص..."

البند الثاني: حجية شهادة التصديق الإلكتروني.

يجب أن تتضمن شهادة التصديق الإلكتروني مجموعة من البيانات الهامة التي تضمن التحقق من الهوية والمصداقية في العمليات الإلكترونية، كما تهدف إلى تعزيز الأمان والشفافية في استخدام هذه الشهادات، حتى تكتسب شهادة التصديق الإلكتروني الصفة والحجية القانونية، وتكون موصوفة وتقوم

[1]-جقريف الزهرة: المرجع السابق، ص 366.

بدورها على أحسن مايرام. وتخلف أحد هذه البيانات يؤدي إلى فقدانها الصبغة القانونية، ولا تعتبر شهادة معتمدة.[1]

وقد حدد المشرع الجزائري جميع البيانات التي تكسب شهادة التصديق الإلكتروني الحجية القانونية، في المادة 3/15 من القانون 15-04 المتعلق بالتصديق والتوقيع الإلكترونيين وفيما يلي تفصيل البيانات الضرورية التي يجب أن تتضمنها هذه الشهادة:

- إشارة تدل على أنها شهادة تصديق إلكتروني: أي توضيح أن الشهادة صادرة للتصديق الإلكتروني.

- تحديد هوية الطرف الثالث الموثوق أو مقدم خدمات التصديق الإلكتروني: يشمل اسم الجهة المصدرة وموقعها، مع ضرورة وضوح هوية مقدم الخدمة.

- اسم الموقع أو الاسم المستعار: يمكن أن يكون اسم الشخص أو لقبه، أو اسم مستعار شريطة أن يشير بوضوح إلى هوية الموقع الحقيقي: كأن يكون اسم شخص طبيعي أو اسم تجاري أو اسم شركة.

- إمكانية إدراج صفة خاصة للموقع عند الاقتضاء: مثل طبيعة المهنة أو الصفة التجارية: كبنك، أو مورد إلكتروني، أو مستهلك، أو مقتني.

- بيانات التحقق من التوقيع الإلكتروني: يجب أن تتطابق البيانات الموجودة في الشهادة مع بيانات إنشاء التوقيع الإلكتروني.

- الإشارة إلى بداية ونهاية مدة صلاحية الشهادة: لتحديد الفترة القانونية لسريان العمل بهذه الشهادة.

- رمز تعريف الشهادة: يشمل رقما أو رمزا خاصا بالشهادة.

- التوقيع الإلكتروني لمؤدي خدمات التصديق الإلكتروني: وهو بمثابة ختم وإمضاء جهة المصادقة.

- حدود استعمال الشهادة: تشير إلى صلاحيات استخدامها، فمثلا شهادة التصديق الصادرة من أجل تأمين منصات الدفع الإلكتروني تستعمل لتأمين عملية الدفع فقط، ولا تستعمل لتأمين العقد كلية،

---

[1]-رحمان يوسف: سلطات التصديق الإلكتروني في التشريع الجزائري طبقا لقانون 15-04 دراسة مقارنة، مجلة دراسات قانونية وسياسية، ع1، مج 2، 2017، ص189.

وكذلك شهادة التصديق الصادرة لتأمين معاملات التجارة الإلكترونية قد لا تغطي تأمين منصات الدفع.

- حدود قيمة المعاملات: تبين القيم القصوى التي يمكن استخدامها في المعاملات الإلكترونية.

- الإشارة إلى وثيقة التمثيل: تثبت تمثيل شخص طبيعي أو معنوي عند الضرورة، كممثل الشركة، أو التابع المخول بإجراءات التوثيق التابع للمورد الإلكتروني.

تعتبر شهادة التصديق الإلكتروني أحد أشكال الكتابة الإلكترونية والتي أقر المشرع حجيتها في المادة 323 مكرر1 من ق.م.ج، إذ تقوم حجيتها بموجب هذه المادة متى استوفت الشروط والبيانات المتعلقة بالكتابة الإلكترونية وبالشهادة ذاتها هذا عن شهادة التصديق الوطنية أي التي تصدر عن مؤدي خدمات التصديق في الجزائر.

أما شهادة التصديق التي يصدرها مؤدي خدمات مقيم بالخارج، أي شهادة تصديق أجنبية فقد تحدث عن حجيتها المشرع في المادة 63 من القانون 15-04 والتي تنص على: " تكون لشهادة التصديق الإلكتروني التي يمنحها مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني المقيم في بلد أجنبي نفس قيمة الشهادات الممنوحة من طرف مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني المقيم في الجزائر شرط أن يكون مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني الأجنبي هذا قد تصرف في إطار اتفاقية للاعتراف المتبادل ابرمتها السلطة"

وعليه يمكن القول أن المشرع الجزائري وبموجب نص هذه المادة أعطى لشهادة التصديق الإلكتروني الأجنبية الصادرة عن مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني في بلد أجنبي قيمة شهادة التصديق الإلكتروني الصادرة عن مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني وطني والسلطة الوطنية للتصديق الإلكتروني في الجزائر.[1] لكن شرط وجود اتفاقية مبرمة بين الجزائر وتمثلها سلطة ضبط البريد والمواصلات السلكية واللاسلكية، وبين الدولة التابع لها مؤدي الخدمات الأجنبي تعترف بالشهادة الصادرة عن مؤدي الخدمات الجزائري أي مبدأ المعاملة بالمثل.[2]

---

[1]- جقريف الزهرة: المرجع السابق، ص 355.

[2]-باهة فاطمة: شهادة التصديق الالكتروني كآلية لضمان حجية المعاملات الالكترونية " في ضوء القانون رقم 15-04 المتعلق بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين، مجلة البحوث في الحقوق والعلوم السياسية، ع02، مج1، 2015، ص401.

البند الثالث: إلغاء شهادة التصديق الإلكتروني.

حتى لا تفقد هذه الشهادة سواء الوطنية أو الأجنبية قيمتها القانونية وتكون حجة أمام القضاء للمطالبة بحق تضمنته، يجب أن تكون سارية المفعول أي لا تكون ملغاة، يقصد بإلغائها الوقف النهائي للعمل بها وانعدام أي قيمة قانونية لها، وقد نصت على الحالات التي يلغى فيها العمل بشهادة التصديق الإلكتروني المادة 45 من القانون 15-04 وهي كالآتي:" يلغي مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني شهادة التصديق الإلكتروني في الآجال المحددة في سياسة التصديق، بناء على طلب صاحب شهادة التصديق الإلكتروني الموصوفة الذي سبق تحديد هويته.

ويلغي مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني شهادة التصديق الإلكتروني حسب نص المادة 1/45 من القانون 15-04 في الآجال المحددة في سياسة التصديق، بناء على طلب صاحب شهادة التصديق الإلكتروني الموصوفة الذي سبق تحديد هويته.

ويلغي أيضا مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني شهادة التصديق الإلكتروني الموصوفة حسب المادة 2/45 عندما يتبين:

1. أنه قد منحها بناء على معلومات خاطئة أو مزورة، أو إذا أصبحت المعلومات الواردة في شهادة التصديق الإلكتروني غير مطابقة للواقع، أو إذا تم انتهاك سرية بيانات إنشاء التوقيع.
2. أنها لم تصبح مطابقة لسياسة التصديق.
3. أنه تم إعلام مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني بوفاة الشخص الطبيعي أو بحل الشخص المعنوي صاحب شهادة التصديق الإلكتروني.

من واجبات مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني تجاه صاحب شهادة التصديق الإلكتروني حسب المادة 4/3/45:

- إخطاره الموصوفة بإلغاء هذه الأخيرة مع تسبيب ذلك.
- تبليغه بانتهاء مدة صلاحيتها، في الآجال المحددة في سياسة التصديق.

وقد اعتبر المشرع إلغاء شهادة التصديق الإلكتروني الموصوفة نهائيا بموجب المادة 5/45.

كما حث المشرع الجزائري صاحب شهادة التصديق على العمل على إلغائها وجوبا في حالة الشك في سرية بيانات إنشاء التوقيع، أو في حالة ما إذا أصبحت هذه البيانات غير مطابقة للمعلومات المتضمنة في شهادة التصديق الإلكتروني، وهذا ما جاءت به المادة 2/61 من القانون 15-04.

مما سبق يتضح أن أول سبب تلغى من أجله شهادة التصديق الإلكتروني هو طلب صاحب الشهادة وذلك لأنها تحمل صفة شخصية لصاحب الشهادة ذاته، ويتعلق حقه الشخصي بها أكثر من أي شخص آخر، ولكن قد يتعلق بالشهادة حق الغير كما لو كان طرفا في تعامل تجاري، وتم الاعتماد على الشهادة في إبرام وإتمام هذا التعامل،[1] لذلك نصت المادة 2/46 من القانون السابق على أنه يحتج بالإلغاء تجاه الغير ابتداء من تاريخ النشر، وفقا لسياسة التصديق الإلكتروني لمؤدي خدمات التصديق الإلكتروني.

المطلب الثاني: الوثائق الإلكترونية في التشريع الجزائري.

التوثيق الإلكتروني هو عملية إعداد مجموعة من الوثائق الإلكترونية لتأكيد صحة المعاملات القانونية التي تتم عبر الوسائط الإلكترونية، وإثباتها. لذا وتطبيقا لأحكام المادة 4 من القانون 15-04 المتعلق بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين، سن المشرع المرسوم التنفيذي 16-142 الذي يحدد حفظ الوثيقة الموقعة إلكترونيا[2]، وفي القانون 18-05 نص على صور للوثائق الإلكترونية الواجب إنشاؤها بمناسبة كل معاملة إلكترونية. وبناء على ذلك، سنخصص هذا المطلب لتوضيح مفهوم الوثيقة الإلكترونية في الفرع الأول، ثم بيان صورها التي وردت في قانون التجارة الإلكترونية في الفرع الثاني.

الفرع الأول: مفهوم الوثائق الإلكترونية.

فرضت البيئة الإلكترونية ظهور نوع جديد من الوثائق حيث يسجل المضمون برموز إلكترونية، ولا يمكن قراءتها مباشرة ويجب فك ترميزها حتى يتمكن الإنسان من قراءتها، كما تتطلب هذه الوثائق أجهزة خاصة لقراءتها، مما جعلها تمتلك خاصية فريدة من نوعها مقارنة مع الوثائق الورقية فالمحتوى فيها يمكن

---

[1]-بلحاج محجوبة: القواعد العامة للتوقيع والتصديق الإلكترونيين وحمايتها جزائيا وفقا لقانون العقوبات والقانون رقم 15-04، مجلة البحوث في الحقوق والعلوم السياسية، ع2، مج6، 2020، ص112.

[2]-المرسوم التنفيذي 16-142 المحدد لكيفيات حفظ الوثيقة الموقعة إلكترونيا، المؤرخ في 27 رجب عام 1437هـ الموافق 5 ماي 2016م، ج.ر 28، الصادرة في 1 شعبان 1437هـ الموافق 8 ماي 2016.

فصله عن الوسيط فمثلا المعلومات المسجلة على وسيط محدد، يمكن أن ينقل ويخزن في وسيط آخر،[1] لكن بشروط وضوابط تضمن حفظها نص عليها التشريع في المرسوم التنفيذي رقم 16-142المحدد لكيفيات حفظ الوثيقة الموقعة إلكترونيا فقد نصت المادة 6 منه على: "يتم حفظ الوثية الموقعة إلكترونيا على دعامة حفظ يسمح في أي وقت بالنفاذ إلى كل محتواها واسترجاعها بواسطة الوسائل التقنية الملائمة".

لذا سنعرف الوثيقة الإلكترونية في البند الأول، ثم نتطرق لمسألة حفظها في البند الثاني.

البند الأول: تعريف الوثيقة الإلكترونية.

عرف المشرع الجزائري الوثيقة الإلكترونية في المادة 1/2 من المرسوم التنفيذي رقم 16-142 بأنها:"مجموعة تتألف من محتوى وبنية منطقية وسمات العرض، تسمح بتمثيلها واستغلالها من قبل الشخص عبر نظام إلكتروني"

وهذا تعريف للوثيقة الإلكترونية بصفة عامة، أما الوثيقة الموقعة إلكترونيا فعرفها في الفقرة الموالية من المادة ذاتها بأنها:" وثيقة إلكترونية مرفقة ومتصلة منطقيا بتوقيع إلكتروني"

أما فقها فاختلفت الاجتهادات في تعريفها للوثيقة الإلكترونية حيث استند البعض إلى الجانب اللغوي، في حين اعتمد البعض الآخر على المعيار الوظيفي، غير أن جانبا آخر من الباحثين انتصر للمعيار الفني، نذكر منها:

التعريف الأول هي :" مادة تحتوي بيانات أو برامج أو كليهما معا ويتم قراءتها والتعامل معها من خلال الحاسوب باستخدام وحدات خارجية متصة بالحاسوب مباشرة مثل مشغل الأقراص المرنة والصلبة أو باستخدام الشبكات مثل الانترنت".[2]

كما عرفت كذلك: "تلك التي تتضمن بيانات تعالج بطريقة إلكترونية وموقعا عليها بطريقة إليكترونية وأن تكون مثبتة على دعائم غير ورقية".[3]

كما عرفت بأنها: "الوثيقة المتكونة من مجموعة أحرف وأرقام أو أي إشارات رقمية أخرى بما في ذلك

---

[1]- شاشة فارس: الوثيقة الرقمية إعادة تعريف في ظل البيئة الإلكترونية، مجلة علم المكتبات، ع2، مج 8، 2016، ص154.

[2]- شاشة فارس: المرجع السابق، ص157.

[3]-حنان بن حليمة: الوثيقة الإلكترونية، مجلة المحامي، العدد المزدوج، 2010، ص 164.

تلك المتبادلة عبر وسائل الاتصال تكون ذات محتوى يمكن فهمه ومحفوظة على حامل إلكتروني يؤمن قراءتها والرجوع إليها عند الحاجة".[1]

البند الثاني: حفظ الوثيقة الإلكترونية.

عرف المشرع الجزائري "الحفظ" في المادة 4/2 من المرسوم التنفيذي 16-142 بأنه:" مجموعة من التدابير التقنية التي تسمح بتخزين الوثيقة الموقعة إلكترونيا في دعامة للحفظ"

وعرف في الفقرة الموالية من المادة ذاتها "دعامة الحفظ" بأنها: أي وسيلة مادية، أيا كان شكلها أو خصائصها المادية، تسمح باستلام وحفظ واسترجاع الوثيقة الموقعة إلكترونيا"

نلاحظ أن المشرع قصد بالحفظ ضمان سلامة الوثيقة الالكترونية من التحريف والتزوير، وضمان سلامة تلك الوثيقة من التلف والزوال:

- حفظ الوثيقة الالكترونية من التحريف والتزوير، معنى ذلك هو وجوب حفظ الوثيقة الالكترونية في الشكل الاخير الذي اتفق عليه اطرافها بجعلها في مأمن من كل تغيير او تحوير سواء كان ذلك بطريقة عفوية او قصدية بغاية ضمان سلامتها أي بقائها حسب مواصفاتها التي تلاقت عليها ارادة الطرفين المتعاقدين.[2]

- حفظ الوثيقة الالكترونية من التلف والزوال: لتكون الوثيقة الالكترونية ذات قيمة ثبوتية تضاهي الوثيقة الورقية ينبغي أن تكون "محفوظة على حامل الكتروني يؤمن قراءتها ووالرجوع اليها عند الحاجة" بصورة تسمح بالإطلاع على محتواها طيلة مدة صلاحيتها.[3]

أما متطلبات حفظ الوثيقة الموقعة إلكترونيا فقد نصت المادة 4 من المرسوم التنفيذي 16-142 على التي جاء فيها:" يجب أن يتضمن حفظ الوثيقة الموقعة إلكترونيا على الخصوص، ما يأتي:

- الوثيقة الإلكترونية وتوقيعها الإلكتروني، أيا كان مرفقا أو متصلا بشكل منطقي.
- شهادة التصديق الإلكتروني للموقّع.

---

[1]-حابت آمال: حجية الوثيقة الالكترونية في التقنين الجزائري، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، ع2، مج7 ، 2012، ص 137.

[2]-حنان بن حليمة: المرجع السابق، ص 166.

[3]- المرجع نفسه، 167.

- قائمة الشهادات الإلكترونية الوسيطة إلى غاية الوصول إلى السلطة الوطنية للتصديق الإلكتروني، عندما يتعلق الأمر بشهادة إلكترونية موصوفة.

- قوائم الشهادات الملغاة أو نتائج التحقق من حالة الشهادات الإلكترونية الوسيطة إلى غاية الوصول للسلطة الوطنية للتصديق الإلكتروني.

- تاريخ توقيع الوثيقة، عند الاقتضاء".

هذا عن حفظها عند إنشائها، ونظرا لأن الوثيقة الإلكترونية يقع تبادلها عبر شبكات الاتصال وهي شبكات مفتوحة لعدة مستعملين من غير أطراف الوثيقة المذكورة وبالتالي هي مهددة بخطر الاطلاع عليها من أطراف أجنبية، ومن هنا برزت ضرورة تأمين سرية المعلومات المضمنة بالوثيقة الإلكترونية عند تبادلها عبر شبكات الاتصال وذلك عن طريق عملية التشفير،[1] والتشفير هو: "استعمال رموز أو إشارات غير متداولة تصبح بمقتضاها المعلومات المرغوب تمريرها أو إرسالها غير قابلة للفهم من قبل الغير أو استعمال رموز أو إشارات لا يمكن الوصول إلى المعلومة بدونها" وكذلك عن طريق الامتثال لنصوص المرسوم التنفيذي 16-142.

الفرع الثاني:صور الوثائق الإلكترونية في قانون التجارة الإلكترونية.

يتزايد عامل الخطر في إثبات وتنفيذ العقود الإلكترونية لذلك نجد التشريع شدد في وضع الالتزامات على عاتق المورد الإلكتروني، والتي من بينها الالتزامات المتعلقة بالتوثيق والإثبات، وفي الوقت ذاته هي عبارة عن التزامات إجرائية من شأنها ضمان حسن التنفيذ بالنسبة للمستهلك، ومن شأنها إثبات الحق والإرادة العبر عنها سابقا، كالالتزام بإرسال نسخة إلكترونية من العقد والفاتورة للمستهلك مع إمكانية طلب هذا الأخير للفاتورة في شكلها الورقي، وكذا الالتزام بتقديم وصل الاستلام وحث المستهلك على توقيعه.[2] بالإضافة إلى الالتزام بتسجيل المعاملة في دفاتره التجارية وإرسالها للمركز الوطني للسجل التجاري، أي عن طريق مجموعة من الوثائق الإلكترونية، التي نص عليها القانون 18-05.

بناء عليه تناولنا هذا الفرع في ثلاث بنود:

الأول: محرر العقد الإلكتروني.

---

[1]-حابت آمال: ، المرجع السابق، ص139.

[2]-المادتين 19 و20 من القانون 18-05.

الثاني: الفاتورة ووصل الاستلام الإلكترونين.

الثالث: الدفاتر التجارية الإلكترونية.

البند الأول: محرر العقد الإلكتروني.

نصت المادة 10 من القانون 18-05 التي تنص: " يجب أن تكون كل معاملة تجارية إلكترونية مسبوقة بعرض تجاري إلكتروني وأن توثق بموجب عقد إلكتروني يصادق عليه المستهلك الإلكتروني" أوجب المشرع الجزائري بموجب هذه المادة أن يكون العقد = في محرر إلكتروني يصادق عليه المستهلك الإلكتروني،كما أوجب في المادة 13 أن يتضمن محرر العقد معلومات محددة كالآتي: " يجب أن يتضمن العقد الإلكتروني على الخصوص المعلومات الآتية:

- الخصائص التفصيلية للسلع أو الخدمات،
- شروط وكيفيات التسليم،
- شروط الضمان وخدمات ما بعد البيع،
- شروط فسخ العقد الإلكتروني،
- شروط وكيفيات الدفع،
- شروط وكيفيات إعادة المنتوج،
- كيفية معالجة الشكاوى،
- شروط وكيفيات الطلبية المسبقة عند الإقتضاء،
- الشروط والكيفيات الخاصة المتعلقة بالبيع بالتجريب عند الإقتضاء،
- الجهة القضائية المختصة في حالة النزاع، طبقا لأحكام المادة 2 أعلاه،
- مدة العقد حسب الحالة".

من هذين المادتين يطرح التساؤل هل العقد الإلكتروني عقد رسمي أم عرفي؟ أي هل العقد الإلكتروني عقد شكلي؟

يوجد فرق بين شكلية الصحة كركن وبين الشكلية كوسيلة إثبات وقد فرق علي فيلالي بينهما

بتسمية الأولى بـ"الشكية المباشرة" والثانية بـ"الشكلية غير المباشرة"، ولكننا نختلف مع هذا التقسيم والأولى أن تكون الأولى الشكلية كما هو معروف والثانية التوثيق يكون التعبير أدق وأقرب للمعنى.

فالشكلية هي تلك التي تكون ركنا في العقد، فيكون العقد من العقود الشكلية. ويشترط في العقد الشكلي، إضافة إلى الرضا والمحل والسبب، ركن رابع وهو ركن الشكلية مثل الرهن الرسمي(833ق.م.ج)، أو الشركات التجارية (544 ق.م.ج)، وتدعى هذه الشكلية بالمباشرة لأنها تتصل مباشرة بتكوين التصرف القانوني أي العقد، بحيث يترتب على تخلفها انعدام العقد، ويكون محرر العقد الناتج هنا محررا رسميا.[1]

أما التوثيق فيتمثل في مختلف الإجراءات التي وضعها القانون لإثبات العقد قبل أو بعد إبرامه وتخلفها لا يؤثر على صحة العقد بل يضع الدائن في وضع عسير وصعب بخصوص إثبات وجود العقد وقد يترتب عليه رفض الدعوى غير أن هذا لا يعني استحالة الإثبات فإلى جانب الإقرار يجوز-أحيانا-الاعتداد بالقرائن، وباليمين، وحتى الشهود، كما يجوز لغير المتعاقدين إثبات العقد بكل الوسائل.[2]

ففي العقد الإلكتربي تنص المادة 14 من القانون 18-05 على:" في حالة عدم احترام أحكام المادة 10 أو أحكام المادة 13 أعلاه، من طرف المورد الإلكتروني، يمكن للمستهلك الإلكتروني أن يطلب إبطال العقد والتعويض عن الضرر الذي لحق به".

من نص المادة يتضح أن المشرع أعطى للمستهلك حق الإبطال في حالة عدم احترام المادتين السابقتين، فقد تبدو أن الشكلية هنا ركن بما أنه أقر عن تخلفها حق الإبطال، لكن في المادة 3 من القانون نفسه منع في إطار التجارة الإلكترونية المعاملات التي تستند على عقد رسمي، فيفهم من هذا الإستثناء أن المشرع منع التعامل الإلكتروني في العقود التي تكون فيها الشكلية ركنا، أي أن إعداد محرر العقد الإلكتروني في هذه الحالة مطلوب للإثبات وليس كركن شكلي، لأن القاعدة أن التصرفات رضائية والاستثناء أن تتطلب الإرادة التشريعية شكلا خاصا لبعض التصرفات.[3]

---

[1]-فيلالي علي: الالتزامات-النظرية العامة للعقد-، مرجع سابق، ص303.

[2]-المرجع نفسه ص321.

[3]-آزرو محمد: المرجع السابق، ص 45.

أي أن محرر العقد الإلكتروني ليس عقدا رسميا بل اشترط للإثبات فقط، ومرحلة الإعداد تأتي كمرحلة لاحقة للإبرام فلا تؤثر على صحة التعاقد، لكن رتب المشرع حق المستهلك في الإبطال عن تخلفه ليس كونه ركنا بل اشترطه حماية لمصلحة الطرف الضعيف وهو المستهلك كما هو الأمر بالنسبة لناقص الأهلية، كي لا يقع في وضع عسير وصعب وتضيع حقوقه وأمواله.

البند الثاني: الفاتورة ووصل الاستلام الإلكترونين.

في العقد التجاري، الفاتورة ووصل الاستلام يعتبران وثيقتين أساسيتين وضروريتين لتوثيق المعاملة التجارية وتحديد الحـ قوق والالتزامات بين الأطراف، فالأولى توضح تفاصيل المعاملة التجارية، والثانية تثبت أن المشتري قد تسلم البضاعة أو الخدمة المتفق عليها. فما وظيفة الفاتورة ووصل الاستلام الإلكترونيين؟ سنجيب عن التساؤل بتناول كل وثيقة في عنصر مستقل:

أولا: الفاتورة الإلكترونية e-invoice.

الفاتورة بصفة عامة: "هي وثيقة تجارية تبرم بين الأعوان الاقتصاديين فيما بينهم وبينهم وبين المستهلكين، تسلم بمجرد اجراء البيع أو تأدية الخدمة، كشرط إلزامي مفروض من المشرع الجزائري"[1].

أما الفاتورة الإلكترونية فهي:" نظام تقني يساعد على تحويل عمليات الفوترة التقليدية والورقية إلى نسخة رقمية، مما يسهم في تسريع تبادل الرسائل والبيانات وحفظ السجلات بين الأطراف المعنية."

إذا يعد الالتزام بتسليم الفاتورة التزاما عاما، يشترك في الخضوع له كل الأعوان الاقتصاديين[2] وكل التجار-من بينهم المورد الإكتروني-، وهو ما تقره النصوص القانونية التي تحكم هذه المهن، كالقانون 04-02 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية في مادته 2/10.

ليرجع ويحيل في الفقرة الثانية على المرسوم التنفيذي 05-468 الذي يحدد شروط تحرير الفاتورة وسند التحويل ووصل التسليم والفاتورة الإجمالية وكيفيات ذلك، الذي حصر تسليم الفاتورة في العلاقة بين

---

[1]-والي نادية: إلزامية التعامل بالفوترة على ضوء قواعد قانون الممارسات التجارية، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، ع01، مج15، 2022، ص687.

[2]-العون الإقتصادي: هو كل منتج أو تاجر أو حرفي أو مقدم خدمات أيا كانت صفته القانونية، يمارس نشاطه في الإطار المهني العادي أو بقصد تحقيق الغاية التي تأسس من أجلها.المادة1/3 من القانون 04-02 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية.

الأعوان الاقتصاديين فقط، بينما في العلاقة بين العون الاقتصادي والمستهلك مرتبطة بطلب الطرف الثاني أي باختيار المستهلك، على عكس ما ورد في المادة 1/20 من القانون 18-05 التي تنص على:"يترتب على كل بيع لمنتوج أو تأدية خدمة عن طريق الاتصالات الإلكترونية، إعداد فاتورة من قبل المورد الإلكتروني، تسلم للمستهلك الإلكتروني".

أي إجبارية التعامل بالفاتورة في العلاقات التي تبرم عن طريق الاتصال الإلكتروني بين المورد والمستهلك الإلكترونيين، لكن لم تذكر المادة أي نوع من الفاتورة يلزم بإصدارها، لكن بالرجوع إلى الفقرة 3 من المادة ذاتها أجاز المشرع للمستهلك أن يطلب الفاتورة في شكلها الورقي، وهذا إن دل على شيء فيدل على إلزامية إصدار المورد لنوعين من الفاتورة، الفاتورة العادية المنظمة بموجب القوانين السارية عند طلب المستهلك، والفاتورة الإلكترونية التي تعتمد على أنظمة تقنية في كل المعاملات.

تعتبر الأهمية المباشرة للفاتورة في التجارة الإلكترونية، استخدامها كوسيلة إثبات بحسب قواعد الإثبات في المجال التجاري، والتي تعد خروجا عن مبدأ الإثبات المقيد في القانون المدني، لأن الحياة التجارية مبنية على مبدأي السرعة والائتمان، طبقا للمادة 30 ق.ت.ج:" يثبت كل عقد تجاري بـ...فاتورة مقبولة"، وتأخذ الفاتورة الإلكترونية، أو وصل التسليم الإلكتروني حجية الكتابة الإلكترونية نفسها، حسب مقتضيات المادة 323 مكرر 1 ق.م.ج، أما إن كان في شكلهما الورقي فيأخذان حجية المحررات العرفية كونها تتضمن ختم وتوقيع مصدرها، إذ يترتب على ذلك اعتبارها حجة عليه بما تتضمنه من بيانات، [1] ما لم ينكر ما هو منسوب إليه فيها في حالة الطعن بالتزوير.[2]

ولتثبت الحجية للفاتورة سواء في شكلها الورقي أو الإلكتروني يجب أن تتوفر فيها جملة من الشروط، بالنسبة للفاتورة في شكلها الورقي اشترط المشرع الجزائري أن تتوفر الفاتورة على بيانات إلزامية، منها بيانات مرتبطة بالبائع وأخرى بالمشتري، لضمان تحقق آثارها القانونية يجب أن تحتوي على الختم الندي وتوقيع البائع إلا إذا حررت عن طريق النقل الإلكتروني، كما يجب أن تتوفر على السعر والزيادات أو الفوائد وكل ما يتعلق بالدفع، كما يجب أن تكون واضحة لا تحتوي على شطب أو حشو أو أي لطخة. ولا تعتبر قانونية إلا إذا حررت استنادا إلى دفتر

---

[1]-بن عمور عائشة: الفوترة ودورها في تكريس نزاهة وشفافية المعاملات التجارية في القانون الجزائري، المجلة الجزائرية للحقوق والعلوم السياسية، ع02، مج02، 2021، ص46.

[2]-والي نادية: المرجع السابق، ص 689.

أرومات يدعى دفتر الفواتير.[1]

بعد استيفاء الفاتورة لشروطها وبياناتها القانونية المطلوبة، يقوم التاجر بحفظها بترتيب رقمي وزمني متناسق، لتسهيل الرجوع إليها عند الحاجة.[2]

أما الفاتورة الإلكترونية يجب أن تتوفر فيها الشروط التي تتماشى مع طبيعتها كشروط الكتابة والتوقيع الإلكترونيين السابق ذكرها، وشروط نظام التصريح أو الرخصة المسبقين، واستعمال برنامج معلوماتي خاص بالفوترة مع اعتماده من إدارة الضرائب.[3]

ثانيا: وصل الاستلام الإلكتروني.

وصل الاستلام[4] هو وثيقة تجارية إجبارية تمنح في التعامل بين الأعوان الاقتصاديين وبين المستهلك، وتسلم بمجرد إجراء البيع أو تأدية الخدمات.[5]

كما يعرف بأنه: "إقرار رسمي وإيصال مالي مكتوب بأن شيئا ذو قيمة قد تم استلامه أو نقله من طرف إلى آخر، يحصل عليه المستهلكون من البائعين ومقدمي الخدمات، كما يتم إصدارها في التعاملات بين الشركات وفي معاملات أسواق الأوراق المالية".[6]

يجب على المشتري توقيع وصل الاستلام وتسلم نسخة منه عند التسليم الفعلي للمنتوج أو تأدية الخدمة موضوع العقد الإلكتروني، كما نصت عليه المادة 17 من القانون 18-05 كما لا يمكنه رفض ذلك حسب نص الفقرة الثانية من المادة أعلاه التي تنص:" لا يمكن للمستهلك أن يرفض توقيع وصل الاستلام".

---

[1]-المرسوم التنفيذي 05-468 المؤرخ في 8 ذي القعدة عام 1426هـ الموافق 10 ديسمبر 2005م، الذي يحدد شروط تحرير الفاتورة وسند التحويل ووصل التسليم والفاتورة الإجمالية وكيفيات ذلك، ج.ر 80، الصادرة في 9 ذي القعدة عام 1426هـ الموافق 11 ديسمبر 2005م.

[2]-قارة مولود بن عيسى: النظام القانوني للفاتورة الإلكترونية، مجلة معارف، ع21، مج 11، 2016، ص99.

[3]-المرجع نفسه.

[4]-ينظر الملاحق.

[5]-مديرية التجارة لولاية الجزائر: تعريف وصل التسليم،

تم الإطلاع عليه بتاريخ: 2024/06/07 بتوقيت 06:12 https://www.dcwalger.dz

[6]-ميم للأعمال: وصل استلام،

تم الإطلاع عليه بتاريخ: 2024/06/08 بتوقيت 02:18 https://www.meemapps.com/term.

البند الثالث: الدفاتر التجارية الإلكترونية.

تعد الدفاتر التجارية الإلكترونية من الوثائق المهمة التي يتعين مراعاتها في مجال التعامل الإلكتروني للبيانات، حتى إذا ثار نزاع بين أطراف التعامل أمكن حينئذ من إثبات الحق، بناء على ما سجل من بيانات متبادلة داخل الكمبيوتر، ويمكن تثبيت سجل العمليات الإلكترونية بالدفاتر التجارية التي يلزم المشرع التجار بإمساكها، وإثبات معاملاتهم التجارية فيها.[1]

يلزم المورد الإلكتروني بحفظ وإرسال السجلات التجارية إلكترونيا بموجب المادة 25 من القانون 18-05 التي تنص على: " يجب على كل مورد إلكتروني حفظ سجلات المعاملات التجارية المنجزة وتواريخها وإرسالها إلكترونيا إلى المركز الوطني للسجل التجاري"

وقد عرفها المرسوم التنفيذي 19-89 الذي يحدد كيفيات حفظ سجلات المعاملات التجارية الإلكترونية وإرسالها إلى المركز الوطني للسجل التجاري، في المادة 2 التي تنص: "سجل المعاملات التجارية ملف إلكتروني يودع فيه المورد الإلكتروني عناصر المعاملة التجارية المنجزة الآتية:

- العقد،
- الفاتورة أو الوثيقة التي تقوم مقامها،
- كل وصل استلام، أثناء التسليم أو الاستعادة أو الاسترداد حسب الحالة".

أما الفقرة الثانية فتلزم المورد الإلكتروني بتخزين هذه العناصر بشكل يمكن الوصول إليه وقراءته من قبل الأعوان المؤهلين. كما تنص الفقرة الثالثة على ضرورة حفظ هذه العناصر بشكلها الأصلي أو بطريقة غير قابلة للتعديل أو الإتلاف.

واشترط في المادة 3 من المرسوم ذاته على المورد ارسال المعلومات المستخرجة من تلك السجلات المعدة إلى المركز الوطني للسجل التجاري وهي كالآتي:"

- موضوع المعاملة،
- المبلغ المحدد للمعاملة باحتساب كل الرسوم،

---

[1]-بن سعيد لزهر: المرجع السابق، ص118.

- تاريخ المعاملة،
- طريقة الدفع،
- رقم الفاتورة أو رقم الوثيقة التي تقوم مقامها".

واشترط في المادة حسب المادة 4 من المرسوم ذاته:" أن ترسل المعلومات المنصوص عليها في في المادة 3 أعلاه، من قبل المورد الإلكتروني إلى المركز وفقا للمواصفات التقنية المحددة من قبل هذا الأخير، قبل تاريخ العشرين (20) من الشهر بالنسبة للمعاملات التي أجراها خلال الشهر السابق".

تهدف هذه الإجراءات إلى ضمان الشفافية والموثوقية في المعاملات التجارية الإلكترونية وتمكين السلطات من الرقابة على هذه المعاملات لضمان الالتزام بالقوانين، لأن الإخلال بها يؤدي إلى المساس بحقوق الطرفين بطريقة مباشرة وغير مباشرة لأن إرسال تلك المعلومات بالصورة المشترطة والصحيحة يعتبر ضمانا لهما في الإثبات عند النزاع، في المعاملات المحلية أو الدولية.

المبحث الثاني: تنفيذ العقود الإلكترونية.

بعد الإبرام، إعداد الوثائق وتسليمها تأتي مرحلة التنفيذ إذ يشمل كل إجراء أو فعل يقوم به المتعاقدان يتعلق أو يؤدي لإتمام وتنفيذ العقد، سواء في العالم الإلكتروني، أو في الواقع، ويجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية والاتفاقيات التي تمت بشكل إلكتروني.

ومن الناحية الشرعية فالأمر مرتبط أولا بالثقة والالتزام بتعاليم شرعية للمسلم تجاه المتعامل معهم، فنجد الآية الأولى من سورة المائدة دستور العقود يقول فيها الله سبحانه وتعالى: ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِ ﴾ المائدة [1] أي أن أداء المسلم لالتزاماته التعاقدية واجب شرعي قبل أن يكون واجب عقدي دنيوي، لأنه من المفترض على المسلمين أداء حقوق الغير المتفق عليها والتي في ذمته على الوجه الشرعي، وبما أن العقد الإلكتروني حسب المشرع الجزائري يتم بين المورد والمستهلك الإلكترونين، فلكل منهما التزامات بمقتضى العقد يلتزم بتنفيذها لذا سيتم دراسة هذا المبحث وفق مطلبين:

الأول: التزامات وحقوق المستهلك الإلكتروني.

الثاني: التزامات المورد الإلكتروني.

المطلب الأول: التزامات وحقوق المستهلك الإلكتروني.

في التجارة الإلكترونية، كما يتحمل المستهلك الإلكتروني واجبات، يتمتع بحقوق أساسية. هذه الحقوق والواجبات تهدف إلى تحقيق التوازن بين مصالح الطرفين وحماية المستهلك من أي استغلال أو خداع. وكذا حماية المورد الإلكتروني في مواجهة المستهلك سيء النية.

لذا قسم هذا المطلب إلى فرعين:

الأول: التزامات المستهلك الإلكتروني.

الثاني: حقوق المستهلك الإلكتروني.

الفرع الأول: التزامات المستهلك الإلكتروني.

نص الفصل الرابع من القانون 18-05 على التزامات المستهلك الإلكتروني في المادتين 16 و17 وفي نصوص متفرقة أخرى، بالإضافة إلى التزامات المستهلك حسب القواعد العامة، جمعناها فيما يلي:

- الالتزام بحسن النية في التعاقد.[1]

- الالتزام بالتعاون من خلال التحقق من تفاصيل الطلبية قبل تأكيدها، وتعديلها أو تصحيح الأخطاء المحتملة بها أو إلغائها.[2]

- الالتزام بدفع الثمن بمجرد ابرام العقد، إذا كان العقد بعوض.[3]

- الالتزام بدفع المصاريف والنفقات الإضافية حسب ما هو متفق عليه في العقد [4]

- الالتزام بتوقيع وصل الاستلام.[5]

- الالتزام بفحص المنتوج أو ظروف وشروط الخدمة عند التسليم، والتأكد من مطابقة المحل للأوصاف ولما اتفق عليه، في إطار احترام النصوص القانونية واللوائح التنظيمية، وعليه القيام بواجب الإخطار بعدم المطابقة.

- الالتزام بإرجاع السلعة في غلافها الأصلي إذا كانت غير مطابقة للطلب المتفق عليه، أو معيبة، في مدة أقصاها أربع أيام عمل من تاريخ التسليم الفعلي للمنتوج.[6]

لكن لوضوح أغلب هذه الالتزامات رأينا الاكتفاء بالتفصيل في الالتزامين الرئيسيين وهما: التزام المستهلك الإلكتروني بدفع الثمن(البند الأول)، والتزامه بالتسلم(البند الثاني).

---

[1]- المادة 107 من ق.م.ج.

[2]- المادة 2/12 من القانون 18-05.

[3]- المادة 16 من القانون 18-05.

[4]- المادة 107 من ق.م.ج).

[5]- المادة 17 من القانون 18-05) وهنا كان الأولى أن يلزم المستهلك الإلكتروني بالالتزام بالاستلام في الآجال ووفق الطرق المتفق عليها في العقد لما ينجر عنها من عواقب، ثم الحديث عن الالتزام بتوقيع الوصل الذي يعد إثباتا للاستلام والتسليم الفعلي.

[6]-المادة 2/23 من القانون 18-05.

البند الأول: التزام المستهلك الإلكتروني بدفع الثمن.

يعد الالتزام بدفع الثمن أهم التزام للمستهلك الإلكتروني، إذ ينفذ هذا الالتزام بأسلوبين نصت عليهما المادة 27 من القانون 18-05، إما أن يكون عند تسلم المنتوج (COD)[1] وهذه الطريقة لا تحتاج إلى تفصيل أو دراسة لأنها تخضع للعرف والقواعد العامة، أو عن بعد بالدفع الإلكتروني (e-pay) [2] بالنسبة للمعاملات الداخلية فقط.

أما المعاملات العابرة للحدود التي يكون أحد أطرافها أجنبيا، فيشترط التعامل بالدفع عبر الاتصالات الإلكترونية فقط، وهي الطريقة التي سنفصل في دراستها، من الناحية القانونية أولا، ثم واقع الدفع الإلكتروني في الجزائر ثانيا، من الناحية الشرعية نخصص العنصر الثالث لمعرفة مدى شرعية التعامل بهذه الطرق المستحدثة.

أولا: طرق الدفع الإلكتروني قانونا.

وسائل الدفع الإلكتروني حسب المادة 5/6 من القانون 18-05 هي:" كل وسيلة دفع مرخص بها طبقا للتشريع المعمول به تمكن صاحبها من القيام بالدفع عن قرب أو عن بعد، عبر منظومة إلكترونية". لذا سنكتفي في هذا العنصر بتعداد الوسائل الإلكترونية، ويتم الدفع الإلكتروني في معاملات التجارة الإلكترونية في العالم بإحدى الأسلوبين: إما بالتسديد إلكترونيا بالعملات العادية(أولا)، أو التسديد بالعملات الرقمية (ثانيا):

1- الدفع الإلكتروني بالعملات العادية:

وهي نقود ورقية أو معدنية[3] تحملها وسائط إلكترونية مثل النقد الموجود في البطاقات الإلكترونية، كبطاقة الإئتمان المقدمة من طرف الشركات العالمية فيزا، ماستر كارد، وغيرها، التي تسمح لصاحبها بإجراء عمليات الشراء الإلكترونية من خلال اقتراض الأموال من هذه الشركة بحد معين يعرف بحد الائتمان؛ وهو

---

[1]-Cash on Delivery

[2]-Electronic Payment

[3]-عملات الدول الرسمية كالدولار واليورو وغيرها.

الحد الأقصى الذي يُمكن للمُستخدم اقتراضه من الجهة المصدرة لبطاقة الائتمان،[1] وكالبطاقات مسبقة الدفع،[2] وكذلك المحافظ الإلكترونيَة[3] فهي تتضمن مبلغا معينا من النقود مدفوع مسبقا بحيث يمثل احتياطا ماليا لصاحب المحفظة.[4]

وبطاقات الصرف التي تقضي بتسديد قيمة المشتريات بمجرد إرسال الفاتورة،[5] أو البطاقة الذكية التي تحوي معالج دقيق يسمح بتخزين الأموال من خلال البرمجة الأمنية والتأكد من سلامة كل معاملة من الخداع، أو بواسطة تحويل الأموال من حساب إلى حساب بوسائط إلكترونية دون الحاجة إلى امتلاك أي بطاقة.[6]

2- التسديد بالعملات الرقمية:

العملاتت الرقمية عبارة عن نقود غير ملموسة تأخذ صورة وحدات إلكترونية مخزنة في محافظ خاصة بكل نوع. وهي أنواع: النقود الإلكترونية، والعملات الافتراضية، والعملات المشفرة، منها التي تصدر عن طريق وسيط، وأخرى عن طريق برمجيات، وأخرى عن طريق مطوريها،[7] عادة ما يتم الخلط بينها وسنوضحها في المخطط، الآتي:

---

[1]-ينظر: نهال نعواش: وسائل الدفع الإلكتروني، تدقيق: ديانا الناطور مقال منشور بتاريخ: 2021/08/29 الساعة 10:08على موقع: https://www.mawdoo3.com. وتم الإطلاع عليه بتاريخ: 2023/10/16 بتوقيت: 23:30

[2]- (بطاقات السفر، وبطاقات الهدايا...)

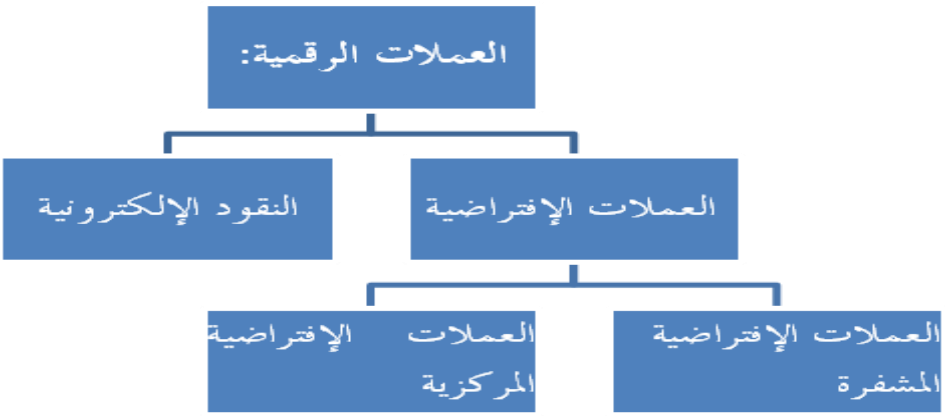
[3]-كمحافظ باي بال (PayPal) وجوجل باي (Google Pay) أمازون باي (Amazone Pay) والتي تخزن بدورها نقودا إلكترونية كذلك.

[4]-ربابعة عدنان محمّد، عقايلة مهند مصطفى أحمد: النقود الإلكترونية: تقييم شرعي اقتصادي، المجلة الإفريقية للدراسات المتقدمة في العلوم الإنسانية والإجتماعية، ع3، مج 1، 2022 ، ص73.

[5]-وتشمل كل من بطاقة الدفع التي من خلالها يتم تحويل مبلغ مال من حساب المشتري صاحب البطاقة إلى حساب البائع خلال يوم أو يومين، كما تستخدم في سحب النقود من الحساب. كالبطاقات البريدية والبطاقات المصرفية.

[6]-وينظر: بركات عماد الدين، طيبي حورية: وسائل الدفع الإلكتروني ودورها في تفعيل التجارة الإلكترونية، مجلة القانون والتنمية المحلية، أدرار-الجزائر، ع2، مج1، 2019 ، ص128.

[7]-لعور عبد الله، كبوط عبد الرزاق: العلاقة بين النقود الإلكترونية، العملات الرقمية، العملات الإفتراضية والعملات المشفرة: البحث في المفهوم، مجلة الإقتصاد الصناعي(خزارتك)، ع2، مج11، 2021، ص20.



– الشكل3: مخطط يوضح العلاقة الموجودة بين مختلف العملات الرقمية–

يبين لنا المخطط أن النقود الإلكترونية والعملات الافتراضية تعد بمثابة عملات رقمية، والعملات المشفرة والعملات الافتراضية المركزية، هي عملات افتراضية ليس لها موجود مادي. وسيأتي شرح كل منها:

أ– النقود الإلكترونية:

هي قيم رقمية يتم إصدارها بقيمة النقود العادية وبنفس تسمية العملة كالدولار واليورو أو بأي عملة أخرى، ويتم إصدارها من طرف هيئة مرخص لها العمل من طرف االسلطات النقدية للدولة، وتلتزم باحترام ضوابط التعامل التي في النقود العادية، وتخضع للحماية القانونية ذاتها التي تخضع لها العملة التي تمثلها.[1]

لذا فإن بعض المؤسسات المالية تفتح لمتعامليها حسابين: الأول حساب مالي عادي، والآخر إلكتروني، ولما يطلب الزبون من المؤسسة المالية تسديد فاتورة ما بالنقود الإلكترونية تقوم المؤسسة بتحويل مبلغ الفاتورة من الحساب المالي إلى الحساب الإلكتروني ثم التسديد للدائن، أو يشتري الزبون وحدات إلكترونية مالية ويخزنها وعندما يحتاج إليها يسدد بواسطتها التزاماته المالية مباشرة، وتخزن في الحسابات المصرفية، البنوك العادية أو الإلكترونية، وفي رصيد المتاجر الإلكترونية أو في المحافظ الإلكترونية.[2]

ب– العملات الإفتراضية:

هي تمثيل رقمي للقيمة لا يتم إصداره من بنك مركزي أو سلطة عامة ولا ترتبط بالضرورة بالعملات الورقية والمعدنية، وتحظى بالقبول من طرف الأشخاص الطبيعيين أو الاعتباريين كوسيلة للدفع أو المتاجرة

---

[1]–بركات عماد الدين، طيبي حورية: المرجع السابق، ص129.

[2]–المرجع نفسه، ص129.

أو التداول بها إلكترونيا. والجهات الفاعلة الرئيسية فيها هي المستخدمون، المتداولون، منصات التداول أو المنصات التجارية وموفرو المحافظ الإلكترونية.[1] وهي نوعان:

النوع الأول "العملات المشفرة":

عملة رقمية افتراضية يتم تأمينها بالتشفير، وتستخدم شبكات لا مركزية تعتمد على تقنية سلسلة الكتل blokchain [2] والتي تستخدمها كدفتر حسابات موزع، يتم فرضه من خلال شبكة مختلفة من أجهزة الكومبيوتر التي تحمل نسخة من هذه السلسلة ، يؤدي المنتسبون إلى هذه الشبكة دور الشهود على العمليات التي تتم عليها ويسمون العقد Nodes، كما تقوم بتأكيد العمليات وبثها للأجهزة الأخرى للتأكد من من صحتها، مما يسمح للمتعاملين بالاستغناء عن الوسطاء الماليين والقيام بعمليات الدفع ندا للند[3]. ومن أمثلة هده العملات البيتكوين، الإيثريوم، الريبل...[4]

النوع الثاني "العملات الافتراضية المركزية":

هي العملات التي تصدرها جهة معينة وتكون راعية لها مما يجعلها مسؤولة عن إدارتها، لكن لا يمكن أن يعد ما تصدره من عملات افتراضية نقودا إلكترونية لأن الجهة المصدرة غير مرخص لها بإصدار نقود إلكترونية، مثلما هو الشأن بالنسبة لمؤسسات النقود الإلكترونية تنتشر مجال أعاب الفيديو والترفيه.[5]

---

[1]–لعور عبد الله ، كبوط عبد الرزاق: المرجع السابق، ص 9.

[2]–سلسلة الكتل Blokchain هي "عبارة عن قاعدة بيانات تقوم باستقبال وتخزين المعلومات في شكل قوالب تسمى بالكتل، ويتم تشفير هذه الكتل عن طريق أدوات التشفير، لتصبح عبارة عن سلسلة قوالب المعلومات مرتبة زمنيا، كما تجعل التزوير أو الانفاق المزدوج مستحيلا ولا يمكن التحكم أو التلاعب بها من قبل الحكومات أو غيرها". (ينظر: عبد الباري مشعل: النقود الرقمية المشفرة تحديات الواقع وآفاق المستقبل، مجلة السلام للاقتصاد الإسلامي، ع2، 2021، ص51)

[3]–وفكرة الند للند تعني: هي عملية تبادل الملفات والبيانات بين جهازين لشخصين على شبكة الإنترنت دون وسيط، حيث يسمى كل جهاز نظير.

Schollmeier Rüdiger. A Definition of Peer-to-Peer Networking for the Classification of Peer-to-Peer Architectures and Applications. Proceedings of the First International Conference on Peer-to Peer Computing, Linkoping, 27-29 August 2001, 101-102

[4]–ينظر: عبد الباري مشعل: المرجع السابق، ص52.

[5]–لعور عبد الله ، كبوط عبد الرزاق: المرجع السابق، ص18

ثانيا: واقع الدفع الإلكتروني في الجزائر.

سعت الدولة الجزائرية لدعم الدفع الإلكتروني من خلال رقمنة المؤسسات المالية وتوفير أجهزة الدفع الإلكتروني (TPE)[1] ومحطات (ATM)[2] وكذلك إصدار بطاقات إلكترونية أشهرها البطاقة الذهبية لبريد الجزائر [3]، وبطاقة CIB[4] وحاولت توسيع استخدامها داخل الوطن حتى لا تقتصر على السحب فقط بل انتشار استعمالها للدفع أيضا في مختلف الميادين.

لكن تقييد استخدام هذه البطاقات داخل البلاد فقط أدى إلى عرقلة المتعاملين الجزائريين من الوصول إلى الأسواق العالمية لإبرام العقود والصفقات المختلفة المتاحة عبر الأنترنت، مما جعل العديد من البنوك الجزائرية[5] تلجأ للتعاقد مع شبكات بطاقات مصرفية عالمية مثل بطاقات "فيزا VISA" و"ماستر كارد Master Card" للحصول على تراخيص لإصدار بطاقات ذات طابع دولي، والتي تعتبر بطاقات دفع مسبق وليست بطاقات ائتمانية كما هو مشهور عبر العالم،[6] يشترط للحصول على هذه البطاقات فتح حسابين الأول بالعملة الوطنية(يحتوي على مبلغ مالي في الحساب)، والثاني حساب بالعملة الأجنبية، وعند إبرام معاملة إلكترونية يكون فيها الدفع الإلكتروني بهذه البطاقات، يتم تحويل الأموال من الحساب بالعملة الوطنية إلى الحساب بالعملة الأجنبية، مع تحويل المبلغ من عملة إلى عملة ثم تسديد الثمن، أي

---

[1]–وهي اختصار لـ: «Terminal de Paiement Electroniques» هو جهاز يسمح للزبائن بالدفع بواسطة البطاقة البنكية CIB، يشترط طالب الحصول على هذا الجهاز من التجار والشركات امتلاك حساب أو فتح حساب في بنك من البنوك التي تتعامل بتقنية TPE، بالإضافة إلى توقيع عقد مع البنك. مهدي رضا: بطاقات الدفع الإلكترونية وترقية التجارة الإلكترونية، مجلة الدراسات والبحوث القانونية، ع2، مج5، 2020، ص172.

[2]–وهي اختصار لـ: «Automatique Teller Machine » أي محطات الصراف الآلي.

[3]–أطلقتها مؤسسة بريد الجزائر سنة 2016، وهي الأكثر شعبية بين الجزائريين، وهي بطاقة سحب ودفع للأموال عبر شبكات بريد الجزائر، وتعطي دفعا قويا لخدمة الدفع الإلكتروني محليا، أين قامت مؤسسة بريد الجزائر بإبرام عقد شراكة مع شركة نفطال لإتاحة خدمة دفع ثمن تعبئة الوقود عبر البطاقة الذهبية، بالإضافة إلى تقديم تسهيلات لحائزي هذه البطاقة للاستفادة من قطاع النقل، وتسديد فواتير التصال والانترنت الثابت والنقال من أجل تعميم الدفع الإلكتروني. مزهود نور الدين، مقدم ياسين: المرجع السابق، ص39.

[4]–وهي بطاقة دفع وسحب مابين البنوك الجزائرية داخل التراب الوطني ونجدها على نوعين، البطاقة البلاستيكية والبطاقة الذهبية، هذه الأخيرة التي تمنح للأشخاص المهمين ورجال الأعمال أصحاب الدخل المرتفع. المرجع نفسه.

[5]– البنوك التي تصدر بطاقات الفيزا والماستر كارد مثل: بنك التنمية المحلية، بنك الخليج، بدر، بانكسي، ناتكسيس...ينظر مواقع البنوك المذكورة.

[6]–وذلك تبعا لمنع قانون المالية التكميلي لسنة 2009 تقديم البنوك لخدمة القروض الإستهلاكية وبالتالي عدم منح قروض البطاقات الائتمانية أو إلغاء العمل بها كلية.

السحب من الرصيد الذي وضعه العميل مسبقا، وإذا نفذ الرصيد لزم إعادة تعبئته، وإلا لا يمكنه إجراء معاملات لنفاذ الرصيد.فاستخدام وسائل الدفع الإلكتروني في الجزائر مقابل ما يحدث في العالم محدودة جدا وغير فعالة، حتى عدم شيوع التعامل بالدفع الإلكتروني في التجارة الإلكترونية داخل الوطن، فأغلب المواقع التجارية تستعمل طريقة الدفع عند التسليم، وذلك لعوامل عديدة أحدها مرتبط بالمستهلك ذاته،[1] وأخرى مرتبطة بالسياسة المالية والاقتصادية.[2]

أما عن التعامل بالعملات الافتراضية في الجزائر فهو ممنوع، إذ منع قانون المالية لسنة 2018[3] تداول العملات الإفتراضية "كالبيتكوين" في الجزائر على غرار العديد من الدول العربية والعالمية[4]، حيث نصت المادة 117 منه على:" يمنع شراء العملة الافتراضية وبيعها واستعمالها وحيازتها.

العملة الافتراضية هي تلك التي يستعملها مستخدمو الأنترنت عبر شبكة الأنترنت، وهي تتميز بغياب الدعامة المادية كالقطع والأوراق النقدية وعمليات الدفع بالصك أو بالبطاقة البنكية"

---

[1]–فالبنسبة للعوامل المرتبطة بالمستهلك تتمثل في:

أ– ضعف الثقة في أمن التعاملات الإلكترونية: يعاني المستهلك الجزائري من غياب الثقة في أمان وسائل الدفع الإلكتروني، إضافة إلى وجود تخ فظات دينية، إذ ينظر إلى بعض التعاملات البنكية على أنها تشتمل على شبهة الربا، رغم وجود صيغ شرعية تعتمد على عمولات لا علاقة لها بالفوائد الربوية

ب– البيروقراطية وتعدد الإجراءات: على الرغم من جهود الدولة في رقمنة الخدمات وتفعيل الحكومة الإلكترونية، فإن نقص الإمكانيات وصعوبة الاعتماد الكامل على الرقمنة أديا إلى استمرار الطلب على الوثائق الورقية، ما أفرز مصطلح "الورقنة". فرغم كون المعاملات إلكترونية، إلا أنها لا تزال تتطلب إجراءات طويلة ومرهقة، مما أفقد المستهلك الثقة في فعالية الرقمنة.

ت– ضعف القدرة الشرائية: تؤثر تد ني الأجور وضعف القدرة الشرائية سلبا على إقبال المواطنين على استخدام وسائل الدفع الإلكتروني، خاصة إذا كانت مرتبطة بتكاليف إضافية كرسوم الاشتراك أو إصدار البطاقات.(انظر استطلاع الرأي حول التجارة الإلكترونية الملاحق)

[2]–أما العوامل المرتبطة بالسياسة الاقتصادية والمالية أهمها: عدم تطوير البنوك والمؤسسات المالية لسياساتها في المجال فهي بحاجة للاستعانة بالأساليب التقنية للوفاء السريع مثل بطاقات السحب التقني، والاعتماد أو تطوير الاعتماد على المحافظ الإلكترونية، ومختلف الوسائل السابقة الذكر والمنتشرة عبر العالم، لذلك أصبح لزاما على المؤسسات المالية والمصرفية خصوصا والشركات التجارية أن توحد وتطور أساليبها وتخلق تقنيات تساعدها على تقديم خدمات إلكترونيا، بما يتلاءم مع متطلبات المعاملات الإلكترونية. (مسكر سهام: التزامات المورد في عقد البيع الإلكتروني طبقا لأحكام القانون رقم 18-05، مجلة الدراسات القانونية المقارنة، ع01، مج07، 2020، ص2405)

[3]–القانون 17-11 المؤرخ في 8 ربيع الثاني 1439هـ الموافق 27 ديسمبر 2017 يتضمن قانون المالية لسنة 2018، ج.ر 76 الصادرة في9 ربيع الثاني 1439هـ الموافق 28 ديسمبر 2017م.

[4]–ينظر موقف دول العالم من التعامل بالبتكوين في: النعيمي مثنى وعد الله يونس: البتكوين نظام الدفع الإلكتروني(الند للند) وحكمه في الشريعة الإسلامية، د.ط، الناشر شبكة الألوكة، الموصل–العراق، 1439هـ–2018م، ص 24-28.

بمنع شراء العملة الافتراضية وبيعها وحيازتها، وهذا الإجراء دليل على سعي الجزائر إلى إقامة نظام رقابة أكثر صرامة لتتبع العملات الإلكترونية، لأن العملات لا تعبر عن السيادة الوطنية مثل باقي العملات الحقيقية فهي لا تنتمي إلى أي كيان، ومخاطرها كثيرة منها التهرب االضريبي، وتبييض الأموال، صعوبة التحكم فيها مستقبلا، مما يشكل تهديدا للعملة الوطنية.[1]

ثالثا: الحكم الشرعي لطرق الدفع الإلكترونية.

بالنسبة للدفع ببطاقات الائتمان وغيرها من أصناف البطاقات المختلفة فهناك نوعان: أحدهما أن يكون لحامل البطاقة رصيد أودعه مسبقا في البنك مصدر البطاقة-بطاقات الدفع المسبق- فالحكم الشرعي لهذه البطاقة هو الجواز، لأن حاملها يسحب من رصيده أو وديعته ولا ينتج عن هذه المعاملة أي فائدة ربوية، لأنه استيفاء من ماله، كما يجوز له أن يسحب من المصرف أكثر من رصيده إذا سمح له المصرف وكان الإرجاع بدون فوائد ربوية، لأنه قرض مشروع من البنك ويجوز لهذا الأخير أن يتقاضى من التاجر عمولة معينة مقابل تقديم الخدمة بشرط أن لا تكون حيلة للربا المحرم. وكل ذلك لا يترتب عليه محظور شرعي.[2]

والنوع الثاني من البطاقات وهي بطاقات الائتمان التي تسمى بطاقة الإقراض، وتشمل على عقد إقراض ربوي يسدده حاملها على أقساط مؤجلة بفوائد ربوية، فاشتراط الزيادة على القرض يجعله من الربا الصريح، وهذه البطاقة يحرم التعامل بها، لأن فوائد التأخير محرمة بنصوص قطعية وباتفاق فقهاء المسلمين.[3]

أي أن الضابط هو خلو طريقة الدفع من الفوائد الربوية وأن لا تتضمن شروطا أو بنودا محظورة أو تفضي إلى محظور مهما كان نوع البطاقة المصدرة أو اسمها أو طريقة العمل بها.

أما النقود الإلكترونية فاختلف علماء الشريعة المعاصرين في التكييف الشرعي لها، وذلك بسبب الاختلاف في تعريفها، وخصائصها، ووظائفها، حيث يرى فريق منهم أن تطورها الدائم والمتواصل يحول دون تكوين تصور فعلي كاف حولها لإطلاق الحكم عليها، في حين يرى البعض الآخر أن النقود

---

[1]-العشي وليد، مدياني محمد: واقع استخدام النقود الإلكترونية في الجزائر، مجلة البشائر الاقتصادية، ع3، مج4، 2018، ص263.

[2]-ينظر: حداد فخر الدين ، باللموشي علي ، عبد اللاوي مفيد: البطاقات الائتمانية بين الحكم الشرعي والواقع المصرفي-المصارف الجزائرية نموذجا-، مجلة العلوم الاقتصادية والتسيير والعلوم التجارية، ع01، مج14، 2021، ص521.

[3]-ينظر: حداد فخر الدين ، باللموشي علي ، عبد اللاوي مفيد: المرجع السابق، ص521.

الإلكترونية نوع جديد من النقود وتعتبر أداة دفع تامة ونهائية إذا توافرت فيها المعايير والضوابط الأساسية للنقود، أما أصحاب الرأي الثالث فيرون أن النقود الإلكترونية نقود عادية متطورة في صيغة غير مادية للنقود الورقية، حيث أن النقود في حد ذاتها تعد رمزا للقيمة وليست القيمة ذاتها-لأن القيمة تقاس بالذهب-، أي أنها بدل عن النقود الورقية، إذ تلتزم الجهة المصدرة بتحويلها لنقود عادية عند الطلب، بينما يرى رأي آخر أنها أداة ائتمان لا تعدو أن تكون سند قرض تشكل دينا على مصدرها وهي الحكومة،[1] وكل فريق أطلق حكم التعامل بها بناء على التكييف الذي وضعه لها.

لكن يرى أغلب الاقتصاديين أنها أداة دفع وأوامر تحويل للقيمة النقدية المخزنة التي يقابلها قيمة نقدية حقيقية تمثل عملة الدولة التي تصدرها، وبالتالي فحكم التعامل بها هو الحكم ذاته الذي يطلق على التعامل بالنقود الورقية، وهو الجواز شريطة أن لا يحتوي التعامل من دفع أو تحويل على مفاضلة وزيادة وتأخير وتعجيل، وأن تكون معلومة ومشروعة المصدر.[2]

يختلف الأمر في العملات الافتراضية إذ يطرح الإشكال في التعامل بها كونها غير مرخصة وغير مدعومة مما أدى إلى عدم استقرار قيمتها منذ ظهرت وحتى الوقت الحالي، وهذا يلحق أضرارا بأطراف العقد ذاتهم وبالسوق عامة، مما أدى بكثير من الباحثين الشرعيين إلى التوقف في الحكم المتعلق بها إلى حين توضح صورتها وهذا ما عمد إليه مجمع الفقه الإسلامي الدولي في دورة سبتمبر 2019 بجدة، لأن هذه العملات لم تستجمع الشروط والضوابط اللازمة لاعتبارها عملة نقدية، فإصدار النقود وظيفة سيادية للدولة فقها أو قانونا وكل عملة.[3]

في حين اهتمت العديد من دور الإفتاء عبر الوطن العربي- كدار الإفتاء الفلسطينية، ومصر والسعودية والكويت والأردن- ومراكز الاجتهاد الجماعي بالتقعيد والتأصيل إذ تم التفصيل في الغرر كونه أحد الأسباب التي استند إليها العلماء في تحريم البتكوين-بصفتها أشهر عملة- إضافة إلى كونها ضربا من

---

[1]-ينظر: ربابعة عدنان مُحَمَّد يوسف، عقايلة مهند مصطفى أحمد: النقود الإلكترونية من منظور شرعي، المجلة الإفريقية للدراسات المتقدمة في العلوم الإنسانية والاجتماعية، ع3، مج1، 2022، ص74-75.

[2]-ينظر: المرجع النفسه، ص75.

[3]-رحماني سناء، فلوسي مسعود: المرجع السابق، ص231.

ضروب القمار، وبالتالي الحكم على التعامل بهذه النقود بعدم الجواز أي حرمة التعامل به وحرمة تعدينها،[1] وذلك باعتبار شروط النقد الشرعي.[2]

وملخص القرار أن هذه العملة خلفت أسس الثمنية، وليست من السلع التي تشبع رغبة استهلاكية، تحتوي على الغرر الفاحش في ظل عدم استقرار قيمتها ولكونها شديدة التقلب والتأثر بالسطو على مفاتيحها، وتضمنها معنى المقامرة، مجهولة المصدر، ولا ضامن لها، كما أنها تتيح مجالا كبيرا للنصب والاحتيال والمخادعات.إذ أن لكل هذه العيوب والمآخذ دليل تحريم فقد ورد النهي عن بيع المجهول وغير المضمون، كالأحاديث الواردة عن بيع المضامين والملاقيح، وكذلك النهي عن بيع الغرر، كالسمك في الماء، أو الطير في الهواء، ونحوها مما يدخل في بيع الغرر. ومنه لا يجوز لا التعامل بها ولا تداولها ولا تعدينها.[3]

البند الثاني: التزام المستهلك الإلكتروني بالتسلم.

قد يبدو الالتزام بالتسلم بسيطا في ظاهره،[4] إلا أن دراسته تكشف عن تعقيدات قانونية مرتبطة به تستوجب توضيحه، كما أن الفقه الإسلامي قد تطرق لهذا النوع من الالتزامات في إطار نظرته الخاصة للعقود، مما يستدعي الوقوف على موقفه، لذا سيتم دراسة هذا العنصر من الزاويتين القانونية أولا، ثم الفقهية ثانيا.

---

[1]-النعيمي مثنى وعد الله يونس: المرجع السابق، ص45.

[2]-وهذه الشروط هي:- أن تتوفر فيه علة الثمنية أي يكون مقياسا لسلع وخدمات معينة، أما البتكوين فهي مجرد أداة تبادل بعض السلع والخدمات وليست مقياسا لها على إطلاقها، بل أكثر المؤسسات لا تعترف ولا تتعامل بالبتكوين.

أ- و أن يصدر من سلطة معلومة(الدولة)، أما البتكوين يمكن انتاجها من قبل أشخاص يشتركون بعمليات تشتمل على مقامرات ومخاطر إذ يتنافس المشاركين جميعا في عمليات التعدين بحل الأحجيات الخوارزمية، وتكون الكمية المنتجة من نصيب أول الناجحين بحل الأحجية، ويذهب جهد الآخرين سدى، مع خسارتهم المادية للتكاليف المختلفة للعملية.

ب- كذلك شيوعه بين الناس، بينما البتكوين فهي عملة إلكترونية وهمية ليست شائعة بين عامة الناس، بل خاصة بفئة من يتداولها ويقر بقيمتها بل حظرت في دول كثيرة نظرا لخطورتها على اقتصاد الدولة إذ يؤدي التعامل بها إلى نزوح رأس المال الوطني واستبداله بهذه العملات التي يمكن لقيمتها أن تهبط للصفر كما يمكن أن ترتفع لحدود فلكية وذلك لا يرجع إلى قوانين السوق والمال بل إلى القائمين بتعدينها وتداولها.القرار 158/1 الرقم 16/2017/297 بتاريخ 25 ربيع الأول 1439هـ الصادر عن دار الإفتاء الفلسطينية.

[3]-ينظر المصدر نفسه.

[4]-عرف الالتزام بالتسلم بأنه:" الاستيلاء الفعلي من قبل المشتري ويختلف باختلاف طبيعة المبيع، فإذا كان عقارا فإن الاستيلاء الفعلي له يتم عن طريق دخول المشتري العقار وحيازته حيازة تمكنه من القيام بجميع الأعمال القانونية والمادية التي يقوم بها عادة المالك"(ينظر: قدادة خليل حسن أحمد: الوجيز في القانون المدني الجزائري، الوجيز في القانون المدني الجزائري، د ط، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون- الجزائر، 2000م، ص204)

أولا: التزام المستهلك الإلكتروني بالتسلم قانونا.

لم يتحدث المشرع في القانون 18-05 عن التزام المستهلك بالتسلم،بل نص على الزامية توقيع وصل الاستلام فقط لذا فهو مرتبط ضمنيا بأحكام الالتزام بالتسلم، لذا سنتعرف على مضمون الالتزام بالتسلم (1)، ثم مصاريف ونفقات التسلم (2).

1- مضمون الالتزام بالتسلم في العقد الإلكتروني:

يعتبر التسلم ثاني التزام أساسي بعد دفع الثمن، يقع على عاتق المستهلك، فهو تصرف إيجابي يقوم به ليحقق الاستلام الفعلي، فهو التزام يقوم فيه بإدخال المحل تحت تصرفه بما يمكنه الانتفاع به.[1]

وحسن تنفيذ هذا الالتزام يبين جدية المستهلك الإلكتروني في إبرامه للعقد الإلكتروني، والتزامه بتنفيذه.[2]

الأصل أن الاستلام لا يحتاج إلى إجراءات شكلية معينة ما لم يتفق أو يحدد المتعاقدان على خلاف ذلك، لكن الأمر يختلف في المعاملات الإلكترونية، ونظرا لأهمية عملية التسلم وما تثيره من إشكاليات خاصة فإنه يجب تحديد كيفية التسليم والتسلم وما هو الإجراء أو الفعل الذي يعتبر تسلما،[3] وهو ما نص عليه المشرع في المادة 11 من القانون 18-05.

2- نفقات التسليم والتسلم في العقد الإلكتروني:

نفقات التسلم هي المصاريف التي تكون ضرورية لتكملة عملية تسلم محل العقد من قبل المستهلك الإلكتروني، أي أنه إذا كان المورد ملزما بالتسليم، فيقابل هذا الالتزام، التزام المستهلك بالتسلم، وتبعا لهذا الالتزام

---

[1]-طويسات عائشة: تنفيذ عقد التجارة الإلكترونية وفق قانون التجارة الإلكترونية 18-05، مجلة صوت القانون، ع خ02، مج08، 2022، ص 565.

[2]-وذلك لأنه من بين أكبر العوائق التي يشتكي منها الموردين-في الجزائر خاصة-، من خلال اتصالنا بمجموعة منهم، هي عدم جدية المستهلكين في التعاقد، أي حسن تنفيذهم للالتزام بالتسلم على الوجه المتفق عليه، في ظل غياب أحكام وحلول قانونية واقعية تفرض عليهم حسن تنفيذ التزامهم، وكذلك مع شيوع التعامل بالدفع عند الاستلام في الجزائر.

[3]-بوزبوجة يمينة: المسؤولية المدنية الناجمة عن المعاملات الالكترونية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة وهران، 2011-2012، ص84.

وهذا حسب القواعد العامة في القانون المدني،[1] فالمستهلك الإلكتروني ملزم بدفع مصاريف التسلم وذلك بعد أن يكون البائع قد نفذ التزامه بالتسليم، ما لم يكن هناك اتفاق أو عرف يقضي بغير ذلك طبعا.[2]

وهو الحال بالنسبة للعقود الإلكترونية، ففي الغالب يتحمل المستهلك الإلكتروني نفقات التسلم أو التوصيل،[3] من ضرائب وجمارك، وحقوق شركات الشحن والتوصيل، لذا على المورد أن يحدد ثمن السلعة وحدها، ومقدار الضرائب ورسوم الشحن والتوصيل التي يتحملها حتى يكون على بينة من أمره، فلا يفاجئ بدفع مبلغ كبير قد يفوق ثمن السلعة.[4]

وهو ما تنص عليه المادة 11 من القانون 18-05: " يجب أن يقدم المورد الإلكتروني العرض التجاري الإلكتروني بطريقة مرئية ومقروءة ومفهومة، ويجب أن يتضمن على الأقل، ولكن ليس على سبيل الحصر، المعلومات الآتية: ...

1. طبيعة، وخصائص وأسعار السلع أو الخدمات المقترحة باحتساب كل الرسوم،
2. كيفيات ومصاريف وآجال التسليم،
3. طريقة حساب السعر، عندما لا يمكن تحديده مسبقا.
4. تكلفة استخدام وسائل الاتصالات الإلكترونية عندما تحتسب على أساس آخر غير التعريفات المعمول بها".

كذلك من النفقات التي قد تقع على المستهلك، في حالة لم يكن متخصصا في مسألة فنية في المحل، وكان الأمر يحتاج إلى خبرة لا تتوفر لديه هنا يدفع نفقة الخبرة، وفي حال عيب أو عدم مطابقة تقوم مسؤوليته، وتدخل نفقة الخبرة ضمن الخسائر التي يعوض عليها كما سيأتي توضيحه لاحقا.[5]

---

[1]-تنص المادة 395 من ق.م.ج على:" إن نفقات تسلم المبيع تكون على المشتري ما لم يوجد عرف أو اتفاق يقضي بغير ذلك".

[2]-ينظر: حوحو يمينة : عقد البيع في القانون الجزائري، مرجع سابق، ص133.

[3]-لكن يحدث أن تكون من بين العروض المقدمة من قبل المورد مجانية التوصيل خاصة في العقود المحلية، أو للأماكن القريبة من مقر المورد.

[4]-أبا الخيل ماجد محمّد سليمان: المرجع السابق، ص75.

[5]-بوزبوجة يمينة: المرجع السابق، ص84.

ثانيا: التزام المستهلك الإلكتروني بالتسلم فقها.

التسلم مرادف للقبض،[1] اختلف الفقهاء في تحديد مفهومه، تبعا لوجهات نظرهم في كيفية تمام التسلم، فلم يضعوا له تعريفا جامعا، حيث أرجعه البعض إلى العرف، لأنه ورد مطلقا في الشرع، فكان رده إلى العرف أولى إلا أنهم يتفقون على أن التسلم عبارة عن: "حيازة الشيء والتمكن منه، سواء أكان مما يمكن تناوله باليد أو لم يكن"[2] والراجح في تعريف القبض أنه: "التخلية أو المناولة من العاقد والمعقود عليه–في غير الطعام– على وجه يتمكن من التسلم بلا مانع ولا حائل حسب العرف والاتفاق"[3]

بعد تعريفه سنتناول مضمون الالتزام بالتسلم أو القبض(1)، ثم مؤنة(أي نفاقات) التسلم والقبض(2).

1– مضمون الالتزام بالتسلم أو القبض فقها:

من أحكام العقود في الفقه الإسلامي، أن بعضها تتم وتثبت أحكامها بمجرد تمام العقد: كعقد البيع وعقد الإجارة، لكن عناك طائفة من العقود لا تعد تامة إلا إذا تم التسلم، ولا يكفي فيها تمام الإيجاب والقبول، وتسمى "العقود العينية" وهي خمسة:" الهبة، والإعارة، والإيداع، والقرض، والرهن"[4]

يعلل الفقهاء اشتراط التسلم لتمام العقد في هذه العقود، بأنها عقود تبرع وعلى ذلك وضعت القاعدة القائلة: "لا يتم التبرع إلا بالقبض" [5] فالتبادل اللفظي للإيجاب والقبول في هذه العقود لا أثر له بدون التسلم.

أي أن للتسلم علاقة بانعقاد العقد وتمامه، فيكون أثرا من آثار العقد، في العقود اللازمة، إذ ينعقد العقد بالإيجاب والقبول، فيكتسب صفة اللزوم لينجر عنه الالتزام بالتسلم والتسليم كما في عقد البيع

---

[1]–في اللغة من سلمته إليه تسليما فتسلمه: أعطيته فتناوله.(الفيروز آبادي: القاموس المحيط، تح: مكتب تحقيق التراث في مؤسسة الرسالة، ط8، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت–لبنان، 1426هـ–2005م، ص1122) فهو أخذ الشيء حقيقة أو حكما، وهو مرادف للقبض إذ هو وقبضت الشيء قبضا: أخذته. والقبض قبولك المتاع وإن لم تحوله. وهو أيضا: تحويلك المتاع إلى حيزك. وهو أيضا: التناول للشيء بيدك ملامسة.(ابن منظور: المرجع اسابق، ج7، ص214)

[2]–العيساوي اسماعيل كاظم: صور التسلم والتسليم في العقود المالية، مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية، ع69، مج22،2007، ص211.

[3]–الجنكو علاء الدين بن عبد الرزاق: المرجع السابق، ص 28.

[4]–العيساوي اسماعيل كاظم: المرجع السابق، ص221.

[5]–المادة 57 من مجلة الأحكام العدلية، مرجع سابق، ص66.

والإجارة. ويكون–التسلم– من تمام العقد كتسلم الثمن في السلم، والتسلم والتسليم يدا بيد في الأموال الربوية، فإن تفرق العاقدان دون التقابض بطل العقد.[1]

وإذا غاب المشتري بعد العقد وقبل التقابض، ولم يعلم مكانه، ولم يكن مشروطا في البيع خيار الدفع المسبق للثمن، فقد أقر الفقهاء للبائع لأجل ضمان حقه في استلام الثمن والخروج من عهدة بقاء المبيع لديه، أن يراجع الحاكم ويقيم البينة لديه على البيع وعدم قبض الثمن، والحاكم عندئذ يحكم بإجبار المشتري على تسلم المبيع ودفع الثمن، إذا كان معلوم المكان، وإن لم يكن معلوم المكان يأمر الحاكم ببيع المبيع غلى حساب المشتري الغائب ويؤدي إلى البائع ثمنه.[2]

2– مؤنة التسلم والقبض(نفاقاته):

أولا العبرة لاتفاق المتعاقدين، فإذا اتفقا على شيء يلتزم كل منهما بتنفيذ الاتفاق،[3] فإذا لم يوجد اتفاق فعندئذ تعتبر القواعد الآتية:

جاء في كشاف القناع: "ومؤنة توفية المبيع، والثمن، ونحوهما، من أجرة كيل، وأجرة وزن، وأجرة ذرع، وأجرة نقد، على باذله، أي باذل المبيع، أو الثمن، من بائع، ومشتر، ونحوهما، لأن توفيته واجبة عليه، فوجب عليه مؤنة ذلك...ولأن تسليمها إنما يتم به، وما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب".[4]

أي أن المصاريف المتعلقة بالثمن تلزم المشتري، والمصاريف المتعلقة بتسليم المبيع تلزم البائع وحده مثلا أجرة الكيال للمكيلات والوزان للموزونات المبيعة تلزم البائع وحده، أما الأشياء المبيعة جزافا مؤنتها ومصارفها على المشتري، في حين تكون أجرة نقل وإيصال ما يباع محمولا إلى بيت المشتري جارية على حسب عرف البلدة وعادتها.[5]

كأن يشترط المشتري على البائع أن ينقل السلعة إلى مكان كذا، أو أن يكون التسليم في مكان

---

[1]–العيساوي اسماعيل كاظم: المرجع السابق، ص222.

[2]–الزرقا مصطفى أحمد: العقود المسماة في الفقه الإسلامي–عقد البيع–، مرجع سابق، ص111.

[3]–المرجع نفسه، ص112.

[4]– البهوتي: المرجع السابق، ج3، ص247.

[5]– ينظر: المواد: 288، 289، 290، 291من مجلة الأحكام العدلية مرجع سابق، ص 58.

كذا، لمكان غير المكان الذي كان فيه التعاقد، وهو ما يحصل في عقود التجارة الإلكترونية. [1]

حتى أجرة كتابة السندات والحجج وصكوك المبايعات تلزم المشتري لكن يلزم البائع تقرير البيع والإشهاد عليه في المحكمة.[2]

الفرع الثاني: حقوق المستهلك الإلكتروني.

اهتم المشرع في القانون 18-05 بتوضيح حقوق المستهلك من بينها: الحق في طلب وثائق اثبات أنه مورد الكتروني يعمل في إطار القانون (طلب الاطلاع على السجل التجاري)، الحق في استلام السلعة مرفقة بوثيقة إثبات التعامل مع المورد الالكتروني فاتورة كانت أو وصل استلام به جميع معلومات المورد (الاسم التجاري، العنوان وجميع وسائل التواصل)، الحق في فترة الضمان المقدرة بـ 06 أشهر لجميع المنتوجات وهذا ما هو معمول به في التشريع العام، الحق في فترة العدول عن السلعة يحددها العرض التجاري، والحق في سلامته وسرية بياناته الشخصية.[3]

سنفصل في هذا الفرع في أهم تلك الحقوق ومنها: حق المستهلك في العدول(البند الأول)، وحقه في السلامة وفي سرية بياناته الشخصية(البند الثاني).

البند الأول: حق المستهلك الإلكتروني في العدول.

يقابل حق العدول في الفقه الإسلامي الخيار في العقد، لذا سنشرح كل منهما في عنصر مستقل.

أولا: حق المستهلك الإلكتروني في العدول قانونا.

تشريع حق العدول عن تنفيذ العقد في المعاملات الإلكترونية يأتي كوسيلة لحماية الطرف الضعيف، وهو المستهلك الإلكتروني، من جهة وتكريسا للموازنة بين الأطراف المتعاقدة من جهة أخرى. رغم أن هذا الحق يتعارض مع مبدأ القوة الملزمة للعقد، والذي ينص على أن العقد شريعة المتعاقدين ولا يجوز لأحد الطرفين

---

[1]- الزهراني عدنان بن جمعان بن مُحَّد: المرجع السابق، ص427.

[2]-المادة 292 من مجلة الأحكام العدلية مرجع سابق، ص 58.

[3]-تميم فادي: الناحية القانونية للتجارة الإلكترونية-قراءة للقانون رقم 18-05 المؤرخ في 10 ماي 2018، المتعلق بالتجارة الإلكترونية.الدراسة منشورة بموقع المنظمة الجزائرية لحماية وإرشاد المستهلك ومحيطه على الرابط:https://apoce.org/blog/ تم الإطلاع عليها 2024/04/20_03:48.

الانسحاب منه بإرادته المنفردة بعد إبرامه،[1] لذا وجب معرفة مفهوم هذا الحق وبيان نطاقه وأحكامه.

حق العدول[2] في البيئة الرقمية فهو: "حق يُمنح للمستهلك (الطرف الضعيف) في العقود الإلكترونية للتراجع عن العقد أو إلغائه خلال فترة زمنية محددة بعد إبرامه، فحق العدول يهدف إلى تحقيق التوازن بين مبدأ القوة الملزمة للعقد وضرورة حماية المستهلك في البيئة الإلكترونية، حيث قد يكون المستهلك في وضعية أضعف مقارنة بالمورد أو البائع"[3].

من الناحية التشريعية عرف المشرع الجزائري حق العدول في القانون 09-03 المعدل والمتمم في المادة 2/19 بنصه:" العدول هو حق المستهلك في التراجع عن اقتناء منتوج ما دون وجه سبب" يتضح من نص المادة أن للمستهلك الحق في العدول عند اقتناء منتوج ما ضمن احترام شروط التعاقد، ودون دفعه مصاريف إضافية" من هذه المادة يتضح أن المشرع أقر هذا الحق كميزة محضة للمستهلك بالرجوع عن تنفيذ العقد دون إلزامه بتبرير الأسباب، ودون تحميله للمصاريف الناتجة عن ذلك.[4]

لكن في القانون 18-05 نص المشرع على حق العدول في المادة 2/23 بقوله:"يجب على المستهلك الإلكتروني إعادة إرسال السلعة في غلافها الأصلي، خلال مدة أقصاها 04 أيام عمل ابتداء من تاريخ التسليم الفعلي للمنتوج، مع الإشارة لسبب الرفض، وتكون تكاليف إعادة الإرسال على عاتق المورد الإلكتروني".

بموجب هذه المادة يتضح أن المشرع ألزم المستهلك الإلكتروني بذكر سبب العدول على عكس ما ذكر سابقا في المادة أعلاه بحق المستهلك العادي بالرجوع دون سبب، وهذا إن دل على شيء فإنما يدل على نيته في حماية المورد الإلكتروني نظرا لاتساع مجال العقود الإلكترونية التي قد تكون بصيغة عقد استصناع للمستهلك بناءا على طلبه الخاص مع تكبد مصاريف كبيرة خاصة إذا كان في العقد وسطاء أجانب، فالعدول دون سبب، يعد تعسفا في استعمال الحق مما قد يضر بصاحب العرض.

---

[1]-مُحَمَّد سعيد أحمد اسماعيل : المرجع السابق، ص 307.

[2]-حق العدول في القواعد العامة هو:" مكنة للمستهلك في أن يعدل عن التعاقد بإرادته المنفردة خلال المهلة المحددة، إما بموجب القانون أو الاتفاق حتى ولو لم يخل المهني بأي من التزاماته ويتم دون مقابل" (سي يوسف زاهية حورية: حق العدول عن العقد آلية لحماية المستهلك الإلكتروني، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، ع02، مج7، 2018، ص 14)

[3]-طويسات عائشة: المرجع السابق، ص567.

[4]-بن أوجيت فطيمة الزهرة المفيدة: المرجع السابق، ص 432-433.

كما أنه حدد هذا الحق بمدة زمنية تقدر بـ 4 أيام عمل تحسب من تاريخ التسليم الفعلي للمنتوج مع ذكر سبب الرفض، لكن يمكن للمورد تحديدها مسبقا في العرض التجاري حسب المادة 11 من القانون ذاته وقد تكون المدة مخالفة لنص المادة 23 وما على المستهلك إلا القبول أو الرفض، وهذ المرونة تتناسب مع مختلف أنواع العقود الإلكترونية فقد يحتاج بعضها لمدة أكبر من المدة المحددة وقد يحتاج البعض الآخر لمدة أقل.

وتكمن أهمية اقتران حق العدول بالعقود الإلكترونية، كونها تبرم عن بعد لا يتاح له رؤية المنتج ومعاينته معاينة تامة أو معرفة تفاصيل الخدمة بشكل كامل قبل إبرام العقد. يستثنى من هذا الحق بعض العقود، مثل العقود الخاصة بالسلع القابلة للتلف، أو السلع المصنعة حسب طلب المستهلك، أو الخدمات التي يتم تنفيذها بالكامل خلال فترة العدول.[1]

والمستهلك الذي يمارس حقه في العدول خلال المدة المقررة لا يتحمل في مقابل ذلك أية جزاءات من أي شكل كانت، فمصاريف إرجاع المنتوج تقع على عاتق المورد الإلكتروني.

كما أن حق المستهلك الإلكتروني في العدول يبقى خاضعا لتقدير المستهلك، إن شاء قام به وإن شاء امتنع عنه، [2] وهو ما تدل عليه المادة المادة 11 من قانون القانون 18-05 التي تحدد البيانات الإلزامية التي يجب أن يتضمنها العرض التجاري للمورد الإلكتروني، من بينها شروط وآجال العدول عند الاقتضاء، وليست على وجه الإلزام، لكن هذا الحق يعتبر من النظام العام لا يجوز الاتفاق على اسقاطه، فمصادره القانون والاتفاق، ويعتبر كذلك من الحقوق المؤقتة أي محددة المدة، حفاظا على استقرار مراكز الأطراف في العقد، وينقضي باستعماله، أو فوات المدة المحددة له.[3]

---

[1]–طويسات عائشة: المرجع السابق، ص567.

[2]– مرغني حيزوم بدر الدين، العروسي حاقة: حق المستهلك الإلكتروني في العدول، مجلة إيليزا للبحوث والدراسات، ع1، مج5، 2020، ص90.

[3]–مرغني حيزوم بدر الدين، العروسي حاقة: المرجع السابق، ص 87.

ثانيا: الخيار في العقد فقها.

الخيار في العقد هو: "حق العاقد في فسخ العقد أو إمضائه لظهور مسوغ شرعي، أو بمقتضى اتفاق عقدي".[1]

ودليله قوله ﷺ: {لَيْسَ الْخَبَرُ كَالْمُعَايَنَةِ}.[2]

وقوله: { إِذَا تَبَايَعَ الرَّجُلانِ فَكُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِالْخِيَارِ مَا لَمْ يَتَفَرَّقَا، وَكَانَا جَمِيعًا أَوْ يُخَيِّرُ أَحَدُهُمَا الآخَرَ}.[3] فجعل لهما الخيار بعد تبايعهما. [4]

للخيار أنواع تختلف بحسب موضوعه. فمنها خيار المجلس وخيار الرؤية، وخيار الشرط، وخيار التدليس، وخيار الغبن، وخيار الأمانة، وخيار الخلف، وخيار امتناع التسليم. لكن ترجع كل هذه الأنواع إلى قسمين رئيسيين هما[5]:

– القسم الأول: الخيار الحكمي: وهو ما ثبت بمجرد حكم الشارع، فينشأ الخيار عند وجود سببه الشرعي، وتحقق شرائطه المطلوبة فهذه الخيارات لا تتوقف على اتفاق أو اشتراط لقيامها بل تنشأ لمجرد وقوع سببها الذي ربط قيامها به. مثاله: خيار العيب، وخيار المجلس.

– القسم الثاني: الخيار الإرادي: وهو الخيار الذي ينشأ عن إرادة العاقد.

إذا تستغرق الخيارات الحكمية معظم الخيارات بل هي كلها ما عدا الخيارات الإرادية الثلاثة: خيار الشرط وخيار النقد وخيار التعيين، فما وراء هذه الخيارات فإنه حكمي المنشأ، أثبته الشارع رعاية لمصلحة العاقد المحتاج إليه، دون أن يسعى الإنسان للحصول عليه.[6]

---

[1]–الموسوعة الفقهية الكويتية، مرجع سابق، ج20، ص41.

[2]–أخرجه أحمد في مسنده، وقال حديث صحيح، عن هشيم، عن أبي بشر، عن سعيد بن جبير، عن ابن عباس، مسند العشرة المبشرين بالجنة، من أخبار عثمان بن عفان ﷺ، ح.ر 1842، تح: شعيب الأرنؤوط وآخرون، ط1، مؤسسة الرسالة، بيروت–لبنان، 1421هـ–2001م، ج3، ص 341.

[3]– أخرجه البخاري في صحيحه، عن الليث بن سعد، عن نافع، عن ابن عمر، كتاب البيوع رقم (39)، باب إذا خير أحدهما صاحبه بعد البيع فقد وجب البيع رقم (45)، ح.ر 2006، ج2، ص744.

[4]–ابن قدامة: المرجع السابق، ج6، ص11.

[5]–بن مُحَمَّد الدبيان دبيان: المرجع السابق، ج6، ص15.

[6]–الموسوعة الفقهية الكويتية، المرجع السابق، ج20، ص44.

والغاية من مشروعية الخيار تتمثل في أمرين: إما التروي وجلب المصلحة، أو تكملة النقص ودرء الضرر؛ لأن ثبوته يكون إما من جهة العاقد، أو من جهة المعقود عليه، فإن كان من جهة العاقد: فهو "خيار التروي" ويقال له: خيار النظر والتفكر في الأمر والتبصر في إمضاء البيع أو رده، وإن كان من جهة المعقود عليه فهو خيار النقيصة: وهو ما موجبه ظهور عيب أو استحقاق، فيثبت بفوات أمر مظنون، نشأ الظن فيه من التزام شرعي، أو قضاء عرفي، أو تغرير فعلي. أو ظهور استحقاق في المبيع كتمه البائع.[1]

أما صفة العقد الذي فيه خيار، فهي أنه بيع غير لازم؛ لأن الخيار يمنع لزوم الصفقة قال سيدنا عمر: τ: «البيع صفقة أو خيار »؛ ولأن الخيار هو التخيير بين البيع والإجازة وهذا يمنع اللزوم كخيار العيب وخيار الرؤية، ثم الخيار كما يمنع لزوم الصفقة فعدم القبض يمنع تمام الصفقة، لأن الثابت بنفس البيع ملك غير متأكد وإنما التأكد بالقبض.[2]

البند الثاني: حق المستهلك الإلكتروني في السلامة وسرية بياناته الشخصية.

يواجه المستهلك تحديات قانونية وتقنية تمس بشكل مباشر سلامته الشخصية الجسدية والمعنوية، وتمس بحرمة حياته الخاصة لخصوصية بياناته، لا سيما أن إتمام الصفقات الإلكترونية يتطلب إدخال معلومات حساسة، مثل البيانات المالية، والعناوين، لذا أضحى الحق في السلامة والسرية المعلوماتية جزءا لا يتجزأ من الحقوق الأساسية للمستهلك في البيئة الإلكترونية، ويستدعي تدخلاً تشريعيا وتنظيميا يوازن بين متطلبات المعاملة الإلكترونية وحقوق الأفراد. لذا سفصل في حق السلامة في أولا، ثم الحق في سرية البيانات الشخصية ثانيا.

أولا: حق المستهلك الإلكتروني في السلامة.

من مقتضيات العدل في العقود، والرغبة في حماية المستهلك من أي ضرر قد يمس سلامته وسلامة عائلته الجسدية والمعنوية، أن التشريع كفل للمستهلك الحق في السلامة من الناحية القانونية، أما من الناحية الفقهية فهل مضمون الالتزام بالسلامة في العقد يتطابق مع الرؤية التشريعية له؟

---

[1]-الدبيان بن مُحَمَّد دبيان: المرجع السابق، ج6، ص15-16.

[2]-الكاساني: المرجع السابق، ج5، ص264.

1- حق المستهلك الإلكتروني في السلامة قانونا:

يحق للمستهلك الإلكتروني توفر الأمن والسلامة في المنتجات والخدمات التي يعرضها المورد الإلكتروني، والتي يجب أن تكون ضمن الشروط العادية للاستعمال أو ضمن شروط أخرى متميزة ومتوقعة من طرف المهني، حيث تمنح السلامة المشروعة والمنتظرة التي لا تمس بصحة الأشخاص، فاستعمال بعض المنتجات تلحق أحيانا أضرارا وخيمة على سلامة المستهلك،[1] كالآلات أو السلع التي تحتوي على أجزاء حادة ومؤذية أو تحتوي على مواد تنفجر أو تتأثر بحركة ووضعية النقل، أو المنتجات النارية الخطيرة، من مقتضى هذا الحق كذلك سلامة السلعة من خلال إعطاء أهمية لتغليفها وحفظها لضمان سلامته وعدم تأثرها بسلاسل النقل والتوريد.

من صور السلامة في المجال الإلكتروني ضمان سلامة النظم الإلكترونية، التي يمارس بواسطتها المورد الإلكتروني نشاطه من الفيروسات وخطر الاختراقات من القراصنة، بحيث لا يؤدي التعامل معه أو استقبال ملفات منه إلى تضرر نظم وحسابات المستهلك الإلكترونية.

أساس فكرة حق السلامة القانوني كما نصت المادتين 9 و10 من القانون 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش على هذا الالتزام فجاءت المادة 9 بما يلي: " يجب أن تكون المنتوجات الموضوعة للاستهلاك مضمونة وتتوفر على الأمن بالنظر إلى الاستعمال المشروع المنتظر منها، وأن لا تلحق ضررا بصحة المستهلك وأمنه ومصالحه، وذلك ضمن الشروط العادية للاستعمال أو الشروط الأخرى الممكن توقعها..."

كما تنص المادة 10 من القانون ذاته على: "يتعين على كل متدخل احترام إلزامية أمن المنتوج الذي يضعه للاستهلاك فيما يخص:

1. مميزاته وتركيبه وتغليفه وشروط تجميعه وصيانته،
2. تأثير المنتوج على المنتوجات الأخرى عند توقع استعماله مع هذه المنتوجات،
3. عرض المنتوج ووسمه والتعليمات المحتملة الخاصة باستعماله وإتلافه وكذا كل الإرشادات أو المعلومات الصادرة عن المنتج،
4. فئات المستهلكين المعرضين لخطر جسيم نتيجة استعمال المنتوج، خاصة الأطفال"

---

[1]-سقلاب فريدة: المرجع السابق، ص569.

2- حق المستهلك الإلكتروني في السلامة فقها:

في الفقه الإسلامي تعتبر السلامة من مقتضيات العقد أيضا؛ لأنه عقد معاوضة، والمعاوضات مبناها على المساواة عادة وحقيقة، وتحقيق المساواة في مقابلة البدل بالمبدل، والسلامة بالسلامة، فكان إطلاق العقد مقتضيا للسلامة، فإذا لم يسلم المبيع للمشتري يثبت له الخيار؛ لأن المشتري يطالبه بتسليم القدر الفائت بالعيب بحكم العقد، وهو عاجز عن تسليمه، فيثبت الخيار، ولأن السلامة لما كانت مرغوبة المشتري، ولم يحصل، فقد اختل رضاه، وهذا يوجب الخيار؛ لأن الرضا شرط صحة البيع.[1]

أي أن مفهوم السلامة في العقد عند الفقهاء يقتضي سلامة المبيع من العيب أو النقص، وهو ما يختلف عن معنى السلامة السابق ذكره في القانون، لكنه لا يتعارض مع عموم نصوص الشريعة التي تقوم على مبدأ: «لا ضرر ولا ضرار» هذا أصل من أصول الإسلام الكبرى وقاعدة من قواعد الفقه الإجماعية، ومعنى مقصود شرعا بلا نزاع، فجعل الله تعالى الإضرار فسق واعتداء وفاعله ظالم لنفسه معتديا على حدود الله،[2] لذلك فضمان الأمن والسلامة في المنتوجات والخدمات يتوافق مع مقاصد الشريعة العامة لأنه يمنع الإضرار بالناس الذي يعتبر فسقا وتعديا على حدود الله تعالى.

ثانيا: حق المستهلك الإلكتروني في سرية بياناته الشخصية.

سنفصل في هذا الحق من الناحية القانونية (1)، ثم من الناحية افقهية(2).

1- حق المستهلك الإلكتروني في سرية بياناته الشخصية قانونا:

تتطلب المعاملات الإلكترونية حصول المورد على البيانات المرتبطة بالمستهلك تعرف "بالمعطيات ذات الطابع الشخصي" التي يقصد بها: "كل معلومة بغض النظر عن دعامتها متعلقة بشخص معرف أو قابل للتعرف عليه والمشار إليه أدناه، "الشخص المعني" بصفة مباشرة أو غير مباشرة، لاسيما بالرجوع إلى رقم التعريف أو عنصر أو عدة عناصر خاصة بهويته البدنية أو الفيزيولوجية أو الجينية أو البيومترية أو النفسية أو الاقتصادية أو الثقافية أو الاجتماعية".[3]

---

[1]-الكاساني: المرجع السابق، ج5، ص274.

[2]-فضل بن عبد الله مراد: المقدمة في فقه العصر، ط2، الجيل الجديد ناشرون، صنعاء-اليمن، 1437هـ-2016م، ج1، ص45.

[3]-المادة 3 من القانون 18-07 المؤرخ في 25 رمضان عام 1439 الموافق 10 يونيو سنة 2018م، يتعلق بحماية الأشخاص الطبيعيين في مجال معالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي، ج.ر 34، الصادرة في 25 رمضان عام 1439 الموافق 10 يونيو سنة 2018م.

يلتزم المورد الإلكتروني بوضع سياسة خصوصية لضمان سرية البيانات ذات الطابع الشخصي، توضح كيفية جمع البيانات الشخصية واستخدامها ومشاركتها مع باقي المتدخلين في العملية كشركات التوصيل مثلا، ويجب أن تتوافق هذه السياسة مع قوانين حماية البيانات المحلية والدولية، وتكون قوية كفاية لضمان حق الخصوصية للمستهلكين في معاملاتهم واستعمالها في حدود التعاقد وما يسمح ويأمر به القانون فقط لأن هذه المعلومات مرتبطة بكرامة الإنسان وحريته وحرمة حياته الخاصة، كما عليه بالامتناع عن جمع المعطيات ذات الطابع الشخصي للزبائن مطلقا، وإنما الاكتفاء بالبيانات الضرورية لإبرام العقد فقط، وعليه الحصول على موافقة المستهلك قبل جمع البيانات، مع الالتزام بسريتها.[1]

فقد نصت المادة 26 من القانون 18-05 على هذا الالتزام إذ تنص على:" ينبغي للمورد الذي يقوم بجمع المعطيات ذات الطابع الشخصي ويشكل ملفات الزبائن والزبائن المحتملين، ألا يجمع إلا البيانات الضرورية لإبرام المعاملات التجارية. كما يجب عليه:

- الحصول على موافقة المستهلكين الإلكترونيين قبل جمع البيانات،
- ضمان أمن نظم المعلومات وسرية البيانات،
- الالتزام بالأحكام القانونية والتنظيمية المعمول بها في هذا المجال،

يتم تحديد كيفيات تخزين المعطيات ذات الطابع الشخصي وتأمينها وفقا للتشريع المعمول بهما"

إذا زيادة على فرض التزام حماية البيانات الشخصية وسياسة الخصوصية في هذه المادة، أحالت على قانون حماية البيانات الشخصية رقم 18-07 يتعلق بحماية الأشخاص الطبيعيين في مجال معالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي.

2- حق المستهلك في سرية بياناته الشخصية فقها:

إن الإخلال بحفظ وسلامة بيانات الأشخاص الشخصية والتعرض لهم يعد خرقا لخصوصية الآخرين وهتكا لحروماتهم، وتجسسا على معلوماتهم وبياناتهم التي يحرزونها من إطلاع الآخرين عليها لأن الشريعة الإسلامية نهت عن التجسس والإطلاع على أسرار الناس التي لا يردون مشاركتها مع غيرهم، كم كفلت

[1]- مسكر سهام: المرجع السابق، ص2405

الحقوق الشرعية للإنسان وحرمت الاعتداء عليها بغير حق،[1] وفي هذا يقول الله تعالى: ﴿وَلَا تَجَسَّسُواْ وَلَا يَغۡتَب بَّعۡضُكُم بَعۡضًا ...﴿١٢﴾﴾ الحجرات[12] إذ تدل هذه الآية على النهي عن التجسس والبحث عن مخبآت الناس،[2] وفي تفسير آخر "ولَا تَجسسوا" لَا يتَّبع الرجل عَوْرة أَخيه الْمُسلم.[3]

عن أبي برزة الأسلمي، نادى رسول الله ﷺ حتى أسمع العواتق، فقال: {**يَا مَعْشَرَ مَنْ آمَنَ بِلِسَانِهِ وَلَمْ يَدْخُلِ الْإِيمَانُ قَلْبَهُ، لَا تَغْتَابُوا الْمُسْلِمِينَ، وَلَا تَتَّبِعُوا عَوْرَاتِهِمْ، فَإِنَّهُ مَنْ يَتَّبِعْ عَوْرَةَ أَخِيهِ، يَتَّبِعِ اللهُ عَوْرَتَهُ، حَتَّى يَفْضَحَهُ فِي بَيْتِهِ**}[4] وهو حديث كثير الفوائد، عظيم العوائد، مشير إلى جل المبادئ والمقاصد، بل هو عند تأمل معناه وفهم مغزاه حاو لجميع أحكام الإسلام منطوقا ومفهوما، ومشتمل على جميع الآداب أيضا إيماء وتحقيقا.[5]

المطلب الثاني: التزامات المورد الإلكتروني.

تتوزع التزامات المورد الإلكتروني بين النصوص العامة للقانون المدني وعقد الاستهلاك وقد جاء القانون 18-05 ليضيف العديد من الالتزامات التي تخص المعاملات الإلكترونية بصفة خاصة، إذ أقر التزامات في مراحل مختلفة منها ما هو مرتبط بالنشاط ذاته أي سابق على التعاقد ومنها ما هو معاصر لعملية التعاقد، ومنها ما هو لاحق لعملية التعاقد، لكن ولأنه سبق التطرق للمراحل السابقة، لذا سنقتصر على دراسة التزامات مرحلة التنفيذ أي بعد ابرام العقد في فرعين: نخصص الأول للالتزام بالتسليم أو التقديم في العقود الإلكترونية، والثاني نفصل فيه في الالتزام بالضمان في العقود الإلكترونية.

---

[1]- منصور مُحَمَّد: أخلاقيات التجارة الإلكترونية في الفقه الإسلامي، مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية، ع63، مج20، 2005، ص259.

[2]-ابن عطية: المحرر الوجيز في تفسير الكتاب العزيز، تح: عبد السلام عبد الشافي مُحَمَّد، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان، 1422هـ، ج5، ص151.

[3]- ابن أبي زمنين: تفسير القرآن العزيز، تح: أبو عبد الله حسين ن عكاشة، مُحَمَّد بن مصطفى الكنز، ط1، الفاروق الحديثة، القاهرة-مصر، 1423هـ-2002م، ج4، ص264.

[4]-أخرجه أحمد في مسنده، يحيى بن آدم، حدثنا قطبة، عن الأعمش، عن رجل من أهل البصرة، عن أبي برزة الأسلمي، مسند البصريين، حديث أبي برزة الأسلمي، ح.ر 19801، ج33، ص40.

[5]-الهيتمي، ابن حجر: الفتح المبين بشرح الأربعين، ط1، دار المنهاج، جدة - المملكة العربية السعودية، 1428 هـ - 2008 م، ص564.

الفرع الأول: الالتزام بالتسليم أو التقديم في العقود الإلكترونية.

يعد الالتزام بالتسليم أو التقديم من أبرز الالتزامات التي تترتب على العقود الملزمة للجانبين، لا سيما في عقود المعاوضات كعقد البيع وعقود الخدمات، ويتجلى هذا الالتزام في تمكين الدائن من الشيء المتفق عليه وفقا شروط العقد المتفق عليها. وقد أولى كل من القانون الوضعي والفقه الإسلامي عناية بهذا الالتزام، لما له من أثر مباشر في تنفيذ العقد وتحقيق المقصود منه، في القواعد العامة بالإضافة إلى ما تضيفه البيئة الرقمية من خصوصية لهذا الالتزام. لذا سندرس الفرع في بندين:

الأول: الالتزام بالتسليم أو التقديم قانونا.

الثاني: تسليم المعقود عليه فقها.

البند الأول: الالتزام بالتسليم أو التقديم في العقود الإلكترونية قانونا.

الالتزام بالتسليم هو تمكين المستهلك الإلكتروني من الاستفادة والتمتع بمحل العقد سواء بحيازته، أو بالانتفاع به واستعماله، وذلك على حسب نوع العقد، في الآجال المتفق عليها، أي الالتزام باحترام آجال التسليم المتفق عليها. [1]

يوجد هذا الالتزام أيضا، في العقود الإلكترونية التي يكون محلها منتج أو سلعة مثل البيع أو الإيجار الالكترونيين، أو إنجاز مشروع معين مثل تصميم أو إقامة برامج ومنشآت المعلومات، ويتم التسليم طبقا

---

[1]-يتفرع الالتزام بالتسليم عن الالتزام بنقل ملكية حق عيني وهو التزام بتحقيق نتيجة، كما يتفرع عليه كذلك الالتزام بالمحافظة على المحل وهو التزام ببذل عناية، (السنهوري عبد الرزاق: الوسيط في شرح القانون المدني، العقود التي تقع على الملكية عقد البيع والمقايضة، دط، منشأة المعارف، مصر، 2004م، ج4، ص482.) وهذا ما تنص عليه المادة 167ق.م.ج: " الالتزام بنقل حق عيني يتضمن، الالتزام بتسليم الشيء والمحافظة عليه حتى التسليم" لذا فالالتزام بالتسليم مرتبط بكل العقود الناقلة للحق العيني كالبيع والمقايضة والهبة والتركة، ويرتبط بالعقود المنشئة لحق شخصي كالإيجار والمقاولة فيقوم البائع أو المؤجر بتسليم المحل إلى المشتري أو المستأجر حتى يتمكن من حيازته والانتفاع به أي تسلمه وممارسة السلطات التي تخولها له حقوقه العقدية وفقا لطبيعة العقد والغرض المقصود منه، كما يجب تسليم المحل بالحالة التي كان عليها وقت التعاقد، بالمقدار الذي عين له في العقد، وبالملحقات التي تتبعه، وقد يتم التسليم على مراحل متتالية وذلك تبعا لطبيعة الأشياء والعرف ونية المتعاقدين، السنهوري عبد الرزاق: الوسيط في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ج4، ص484) طبقا لنص المادة 367 ق.م.ج، التي تتحدث على تسليم المبيع الذي تسري قواعده في مجموعها على كل التزام بالتسليم. تنص على:" يتم التسليم بوضع المبيع تحت تصرف المشتري بحيث يتمكن من حيازته والانتفاع به دون عائق ولو لم يتسلمه تسلما ماديا ما دام البائع قد أخبره بأنه مستعد لتسليمه بذلك، ويحصل التسليم على النحو الذي يتفق مع طبيعة الشيء المبيع. وقد يتم التسليم بمجرد تراضي الطرفين على البيع إذا كان المبيع موجودا تحت يد المشتري قبل البيع أو كان البائع قد استبقى المبيع في حيازته بعد البيع لسبب آخر لا علاقة له بالملكية".

لطبيعة المحل كما سيأتي بيانه لاحقا، ولعل أهم الملحقات في المجال الإلكتروني هي تزويد المستهلك الإلكتروني بالمستندات التي توضح كيفية استخدام الأجهزة والمعدات والبرامج وأساليب الصيانة، والتحديث.[1]

أما القانون 18-05 فترك المجال في الأمر للاتفاق وللقواعد العامة إلا أنه في المادة 11 التي تنص على المعلومات الواجب احتواء العرض التجاري عليها، اشترط ذكر "موعد التسليم"، وفي المادة 13 التي تنص على البيانات الالزامية التي يجب أن يتضمنها محرر العقد الإلكتروني، من بينها ذكر شروط وكيفيات التسليم.

يتميز الالتزام بالتسليم في المجال الإلكتروني بخصوصيته وبتنوع كيفياته باعتبار أن العقد أبرم عن بعد، وباعتبار المجال الإلكتروني الذي تم فيه التعاقد، كما أن لزمان ومكان التسليم في العقد الإلكتروني، خصوصية، لذا درسنا هذا العنصر في نقطتين: الأولى صور وكيفيات التسليم في العقد الإلكتروني، والثانية زمان ومكان الالتزام بالتسليم في العقود الإلكترونية.

أولا: صور وكيفيات التسليم في العقد الإلكتروني.

لتنفيذ هذا الالتزام في العقود الإلكترونية صورتين: الأولى الالتزام بتسليم سلعة أو منتج مادي، والثانية الالتزام بتقديم أو أداء خدمة، سنخصص لكل صورة عنصرا مستقلا.

1- الالتزام بتسليم منتج في العقد الإلكتروني.

تختلف طريقة التسليم في العقد الإلكتروني باختلاف طبيعة محل العقد وباختلاف نوع العقد ذاته، فإذا كان المحل المتعاقد عليه سلعة مادية كالبضائع، أو الأجهزة...فإنها تسلم تسليما تقليديا كما هو متعارف عليه في القانون المدني، أي وضع المحل تحت تصرف المستهلك بحيث يتمكن من حيازته والانتفاع به دون عائق أي حسن تنفيذ التزامه بالتسليم، إذ يلتزم المورد الإلكتروني بالقيام بكل ما يلزم لتسليم محل التعاقد الذي لا تسمح طبيعته بالتسليم الإلكتروني كأن يكون سلعة أو بضاعة مادية تسليما فعليا في المكان والوقت المتفق عليهما وجوبا.[2]

وإذا كان المحل سلعة رقمية، فالتسليم يكون إلكترونيا، ويقصد بالتسليم الإلكتروني: "التسليم عبر

---

[1]-بوزبوجة يمينة: المرجع السابق، ص80.

[2]-قالية فيروز: التزامات المورد الإلكتروني في ظل قانون رقم 18-05 يتعلق بالتجارة الإلكترونية، مجلة المجتمع والقانون، ع02، مج08، 2020، ص392.

الشبكة تسليما معنويا لا ماديا، الذي تفرضه الطبيعة الرقمية لمحل التعاقد اللامادي، ومعنى اللامادي لا تعني عدم الوجود وإنما مرتبط بمفهوم الرقمية التي تجعل من المحل يأخذ شكل طاقة إلكترونية"،[1] وهذه الحالة تعرف بالتجارة الإلكترونية البحتة يكون الوسيط رقمي والسلعة رقمية،والعملية رقمية، مثل حالة شراء برمجيات من موقع للتجارة الإلكترونية التسليم فيها يكون فوريا عبر الأنترنت، فالحصول على المنتج يتم من خلال إرسال الشركة لهذه البرمجيات أو الملفات.[2]

تجدر الإشارة إلى أنه من مقتضيات مبدأ حسن تنفيذ الالتزام بالتسليم الإلكتروني، يجب أن تكون السلع الإلكترونية، التي تتميز بطبيعة معنوية، حديثة وشاملة. أي يجب على المورد الإلكتروني أن يحرص على تحديث وإضافة كل جديد من المعلومات المتعلقة بالمجال الذي يهم المتعاقد، والذي يمثل السبب الدافع لإبرامه العقد. إذ على المورد تغطية جميع جوانب المجال محل العقد تماما.[3]

يتم هذا النوع من التسليم عبر طرق مختلفة منها:

- **التسليم بالتنزيل**(Download) **أو العرض والمشاهدة** (Display-Show-view): يحصل التسليم في هذه الحالة إذا قام المورد الإلكتروني بتمكين المستهلك من تحميل المحتوى محل العقد أو الاطلاع عليه أو استخدامه بما يحقق المنفعة المتفق عليها، كتحميل برنامج أو فيلم أو مقطع صوتي أو كتاب إلكتروني.[4] يفرق في ذلك بين "التنزيل" الذي يعني الحصول على المحل وتخزينه، و"العرض" الذي يقتصر على المشاهدة أو الاستخدام المباشر دون تخزين. [5] وهناك من يرى أن هذا النوع من التعاقد والتسليم هو شكل من أشكال تقديم الخدمات عبر الشبكة.

- **التسليم بالرسائل الإلكترونية**: يتم التسليم الإلكتروني بإرسال المنتج الرقمي للمستهلك عبر البريد الإلكتروني، إما مباشرة أو من خلال رابط يُمكّنه من التحميل أو العرض، ويعد هذا من أبرز طرق التسليم

---

[1]-قالية فيروز :المرجع السابق، ص 392.

[2]-ديمش سمية: المرجع السابق، ص40.

[3]- لموشية سامية: المرجع السابق، ص

[4]-أبا الخيل ماجد مُحَّد سليمان: المرجع السابق، ص74.

[5]-لموشية سامية: المرجع السابق، ص52.

في العقود الإلكترونية.[1]

- **التسليم بالتداول الإلكتروني**: ويحدث في شراء وبيع الأسهم في البورصة المحلية أو العالمية، ومثلها المعادن، ونحوها، فهنا أيضا يقوم من يملك المحفظة بدفع ثمن الأسهم التي يرغب في شرائها، بالقيد على حسابه، وبمجرد قبول العملية يتم قيد الأسهم ذاتها في محفظته، ليتم الاستلام والتسليم مباشرة.[2]

2- الالتزام بتقديم الخدمات في العقد الإلكتروني.

يتم تنفيذ الخدمات الإلكترونية إما عبر الشبكة أو خارجها، ويعد التزام المورد غالبا التزاما بتحقيق نتيجة، إلا إذا دل العقد على خلاف ذلك،[3] تشمل هذه الخدمات التعليم عن بعد، الاستشارات، والاشتراك في بنوك المعلومات، حيث يلتزم المورد بتحديث المحتوى باستمرار وتوفير الإشعارات للمستهلك.[4] كما تقدم خدمات مثل الاستعلامات وسداد الفواتير وحجز التذاكر، ويتم التعاقد فيها عن بعد مقابل الدفع الإلكتروني. وقد يشترط تنفيذ الخدمة من مقدمها شخصيا لأنه محل اعتبار في العقد،[5] ويمكن أن تتضمن الامتناع عن عمل، كرفض الرسائل الإعلانية. ويلتزم المورد بتأكيد استلام الطلب إلكترونيا والشروع في تنفيذه خلال 24 ساعة، وفق المادة 32 من القانون 18-05.

كما قد يتم تنفيذ بعض العقود الإلكترونية المتعلقة بالخدمات خارج الشبكة، رغم أن التعاقد والدفع يتمان عن بعد. فبعض الخدمات، مثل الاستشارات أو الدراسات الاقتصادية والهندسية، تتطلب أعمالاً تحضيرية ميدانية.[6]

من أمثلته كذلك التعاقد الإلكتروني على تطبيقات الوساطة، مثل Trivago[7] ، توفر خدمة إلكترونية تتمثل في المقارنة والحجز، بينما يتم استكمال الخدمة فعليا في الفندق. وينطبق الأمر نفسه على

---

[1]-قالية فيروز: المرجع السابق، ص393.

[2]-الزهراني عدنان بن جمعان بن مُحَمَّد: المرجع السابق، ص334.

[3]-أبا الخيل ماجد مُحَمَّد سليمان: المرجع السابق، ص76.

[4]-ينظر: مُحَمَّد حسين منصور: المسؤولية الإلكترونية، د.ط، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية- مصر، 2007، ص 82.

[5]-لموشية سامية: المرجع السابق، ص 52.

[6]-المرجع نفسه، ص53.

[7]-www.trivago.com

الخدمات الطبية، حيث يتم التعاقد والدفع إلكترونيا، بينما تَنفذ الخدمة في العيادة أو المستشفى المتفق عليه.

ثانيا: زمان ومكان الالتزام بالتسليم في العقود الإلكترونية.

تطرح أهمية تحديد زمان التسليم(1) مسبقا في العقود التي تبرم عن بعد لأنه من صميم الالتزام بالإعلام،[1] في حين تطرح أهمية تحديد مكان التسليم(2)، كونه يعتبر مكان تنفيذ العقد الذي قد يؤول إليه تحديد القانون الواجب التنفيذ.

1- زمان التسليم في العقود الإلكترونية:

العقد المبرم بين المتعاقدين هو الذي يحدد زمان التسليم كقاعدة عامة، وقد يكون ذلك فور إبرام العقد[2]-كحالة التسليم الإلكتروني- عملا بنص المادة 1/281 ق.م.ج التي تنص على:" يجب أن يتم الوفاء فور ترتيب الالتزام نهائيا في ذمة المدين، ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك"، أو بعد إبرامه في أجل معين أو في آجال متتالية، يمكن أن يتأخر التسليم بعض الوقت لأنه على العموم يستدعي الأمر فترة معقولة لتهيئة المبيع أو لنقله، وقد تقصر أو تطول تلك المدة حسب طبيعة المبيع.[3]

أما في العقود الإلكترونية آجال التسليم من البيانات الإلزامية التي يلزم المورد الإلكتروني بالإعلان عليها في عرضه التجاري، فنجد المادة 11 من القانون 18-05 التي تنص على المعلومات الإلزامية التي يجب أن يتضمنها العرض، والتي من بينها وجوب تحديد كيفيات ومصاريف وآجال التسليم، وهو ملزم بتنفيذ الالتزام في المدة المعلن عنها دون الحاجة إلى إعادة التفاوض حولها أو إدراجها في العقد، أما المادة 13 من القانون 18-05 التي تنص على البيانات الإلزامية التي يجب أن يتضمنها محرر العقد الإلكتروني لم تتحدث عن آجال التسليم، لكن ألزمت المورد الإلكتروني بذكر مدة العقد.

مع إمكانية التجاوز عن حدوث بعض التأخير نظرا لظروف ما كتأخر شركة التوصيل في توصيل السلعة نتيجة لظروف ما، شرط أن لا يكون هذا التأخير مناقض لمقتضى العقد أو التعهد، حسب نص المادة 22 من القانون 18-05 التي تلزم المورد باحترام آجال التسليم وإلا يتعرض للمسائلة، مع مراعاة

---

[1]-حوحو يمينة: عقد البيع في القانون الجزائري، مرجع سابق، ص130.

[2]-أبا الخيل ماجد مُحَّد سليمان: المرجع السابق، ص75.

[3]-حوحو يمينة: عقد البيع الإلكتروني، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر3، ابن عكنون، 2011-2012، ص 127.

حالة التأخير بسبب قوة قاهرة كما سيأتي بيانه لاحقا.

2- مكان التسليم في العقود الإلكترونية:

حسب القواعد العامة مكان التسليم يخضع للاتفاق أولا أو النصوص القانونية الخاصة بحالات محددة، وإن لم توجد، يكون مكان التسليم بموطن البائع، أو مكان الشيء المبيع.[1] ولأن العقود الإلكترونية عقود تتم عن بعد فتنطبق عليها المادة 368 ق.م.ج التي تنص:" إذا وجب تصدير المبيع إلى المشتري فلا يتم التسليم إلا إذا وصل إليه ما لم يوجد اتفاق يخالف ذلك".

والواقع في مكان تسليم العقود الإلكترونية أنه على أشكال:

- فإذا كان محل العقد سلعة مادية، فإن مكان التسليم يكون إما عنوان المستهلك أو عنوان شركة التوصيل، وذلك وفقًا للاتفاق بين الطرفين.

- وإذا كان محل العقد خدمة، فإن مكان التنفيذ يعد هو مكان تقديم الخدمة فعليا.

- أما إذا كان محل العقد سلعة رقمية أو خدمة رقمية (مثل البرمجيات، أو المحتوى الرقمي، أو الاشتراكات الرقمية)، فإن مكان التنفيذ يتمثل في الفضاء الرقمي أو الخوادم الإلكترونية التي تتم من خلالها عملية التسليم أو الوصول إلى المحتوى.

- وبالنسبة للدفع، فغالبا ما يتم من خلال بنك أو مؤسسة مالية إلكترونية، لكن لا يعد مقر البنك مكانًا للعقد، لأنه قد يكون في دولة لا تربطها علاقة قانونية مباشرة بالمتعاقدين أو محل العقد، خصوصا في حالة البنوك الرقمية أو المؤسسات التي توفر محافظ إلكترونية مثل PayPal.

لذلك يجب التفريق بين مكان تنفيذ العقد ومكان إجراء العمليات المرتبطة به كالدفع، إذ إن الأخير لا يحدد بالضرورة الاختصاص القضائي أو القانون الواجب التطبيق.

---

[1]-نصت المادة من 1/282 من ق.م.ج على أنه: "إذا كان محل الالتزام شيئا معينا بالذات، وجب تسليمه في المكان الذي كان موجودا فيه وقت نشوء الالتزام ما لم يوجد نص أو اتفاق يقضي بغير ذلك.

أما في الالتزامات الأخرى فيكون الوفاء في المكان الذي يوجد فيه موطن المدين وقت الوفاء، أو في المكان الذي يوجد فيه مركز مؤسسته إذا كان الالتزام متعلقا بهذه المؤسسة".

البند الثاني: تسليم وقبض المعقود عليه فقها.

تسليم المعقود عليه من أهم الآثار المترتبة على عقد البيع ونحوه، حيث يجب على البائع أو مقدم الخدمة تسليم المعقود عليه، وهو أن يخلي البائع بين المشتري وبين المبيع بحيث يستطيع المشتري أخذه والتصرف فيه، فيجعله مسلّما للمبيع، والمشتري قابضا له،[1] وعلى اختلاف بين أهل العلم فيمن يبدأ بالتسليم، ولا يتحقق التسليم إلا إذا سلم البائع المبيع وتوابعه للمشتري خاليا من الشواغل.[2]

فكل تسليم يقابله قبض، حيث يكون التسليم من البائع، والقبض من المشتري، وذلك بالنظر إلى السلعة، ويكون القبض من البائع، والتسليم من المشتري، وذلك بالنظر إلى الثمن.[3]

ويجب التسليم بالكيفية المتفق عليها في العقد أو المعروف عرفا لأنه ليس له صورة معينة لاختلاف الأشياء في كيفية تسليمها وقبضها ووضع اليد عليها، حيث تختلف صورة التسليم باختلاف المبيعات،[4] كما جاء في المادة 265 من مجلة الأحكام العدلية التي تنص: "تختلف كيفية التسليم باختلاف المبيع"[5]

ولتحليل مادة هذا العنصر نفصل في صور وكيفيات القبض فقها(1)، ثم أحكام التسليم والقبض في العقود الإلكترونية من منظور الفقه الإسلامي(2)، ثم مكان القبض والتسليم وزمانه فقها(3).

1- صور وكيفيات القبض فقها:

سنتناول القبض في المنتوجات(أ)، ثم التقديم في الخدمات(ب).

أ- القبض في المنتوجات فقها:

إن كان المعقود عليه شيئا ماديا فقد فصل الفقهاء في طرق التسليم وفي الآتي توضيح مواقفهم:

عند الحنفية: قبض المنقول يكون بالتناول باليد أو بالتخلية على وجه التمكين، وذلك لحصول الاستيلاء بالتخلية مع التمكين، إذ هو المقصود بالقبض، وقد حصل بها. [6]

---

[1]-الكساني: المرجع السابق، ج5، ص244.

[2]-الزرقا مصطفى أحمد: العقود المسماة في الفقه الإسلامي-عقد البيع-، ط2، دار القلم دمشق-سوريا، 1433هـ-2012م، ص114.

[3]- الجنكو علاء الدين بن عبد الرزاق: المرجع السابق، ص 421.

[4]-للتفصيل أكثر مصطفى أحمد الزرقا: العقود المسماة في الفقه الإسلامي-عقد البيع-، مرجع سابق، ص115-116.

[5]- مجلة الأحكام العدلية: مرجع سابق، ص 55.

[6]- الكساني: المرجع السابق، ج5، ص244.

وعند المالكية: القبض في المكيل والموزون والمعدود يكون بعد جريانه في معياره-وعاء الكيل-وتفريغه في أوعية المشتري، وأما القبض في العقار فيكون بتخليته، وتمكين المشتري من التصرف فيه،[1] وما سوى ذلك يكون قبضه بحسب العرف الجاري.[2]

أما عند الشافعية والحنابلة: أن القبض فيما ينقل، بالنقل، وفيما يتناول بتناول المشتري له وفي العقار بالتخلية مع عدم المانع، قال في المجموع:" قال أصحابنا: الرجوع في القبض، إلى العرف، وهو ثلاثة أقسام: أحدهما: العقار، والثمر على الشجرة، فقبضه بالتخلية. والثاني: ما ينقل في العادة، كالأخشاب، والحبوب، والحيتان، ونحوهما، فقبضه بالنقل إلى مكان لا اختصاص للبائع به، سواء نقل إلى ملك المشتري، أو موات أو شارع، أو مسجد، أو غيره. والثالث: ما يتناول باليد، كالدراهم، وادنانير، والمنديل، والثوب، والإناء الخفيف، والكتاب، ونحوها فقبضه بالتناول"[3]

وقال في كشاف القناع:" ويحصل القبض فيما ينقل كالثياب، والحيوان، بنقله،... ويحصل القبض فيما يتناول كالأثمان والجواهر بتناوله، إذ العرف فيه ذلك. ويحصل القبض فيما عدا ذلك... من عقار وهو الضيعة والأرض والبناء والغراس ونحوه، كالثمر على الشجر بتخليته مع عدم مانع أي حائل "[4]

في حين مجمع الفقه الإسلامي قرر بخصوص القبض وصوره بالأخص المستجدة منها مايلي: "قبض الأموال كما يكون حسيا في حالة الأخذ باليد أو الكيل، أو الوزن في الطعام، أو النقل، والتحويل إلى حوزة القابض، يتحقق اعتبارا، وحكما بالتخلية مع التمكين من التصرف، ولو لم يوجد القبض حسا، وتختلف كيفية قبض الأشياء بحسب حالها، واختلاف الأعراف فيما يكون قبضا لها..." [5]

والملاحظ من القرار أن الأصل يكون باعتماد التخلية مع التمكين من التصرف قبضا في كل شيء، وهذا الذي يتوجه إليه النظر عند الخصومة، وعليه يكون الحكم، ولكن حين يوجد عرف غالب حكم به،

---

[1]-الدسوقي: المرجع السابق، ج3، ص 144.

[2]-الخرشي، أبو عبد الله مُحَمَّد: شرح الخرشي على مختصر خليل،ط2، المطبعة الكبرى الأميرية-بولاق، القاهرة- مصر، 1317هـ، ج5، ص175.

[3]-النووي: المجموع شرح المهذب، مرجع سابق، ج9، ص276.

[4]-البهوتي: المرجع السابق، ج3، ص247.

[5]-القرار رقم (4) لمجلس مجمع الفقه الإسلامي المنعقد في دورة مؤتمره السادس بجدة-المملكة العربية السعودية من 17-23 شعبان 1410هالموافق لـ: 14-20 مارس 1990م، مجلة المجمع، ع6، ج1، ص453.

وقضي بالخروج عن الأصل.[1] كذلك يشير القرار إلى نوعين من القبض: القبض الحقيقي والقبض الحكمي، فالنوع الأول يقصد به:"القبض الذي يدرك بالحس، كما في حالة الأخذ باليد مناولة، أو الكيل أو الوزن في الطعام، أو النقل والتحويل إلى حوزة القابض، وكل ما يراد قبضه لا يخرج عن كونه منقولا أو عقارا"[2]، وأما القبض الحكمي فهو: "القبض التقديري الذي لا يدرك بالحس كالتخلية، ويدخل في جميع أنواع المعقودات العقارات والمنقولات"[3].

ب-تقديم الخدمات فقها:

إذا كانت الخدمات متعلقة بشيء، اعتبرها الفقهاء من المنافع الواردة على إجارة أعيان، والمنفعة في الفقه الإسلامي هي: "أن يملك الإنسان حق الاستفادة فقط من الشيء مع المحافظة على عينه، كقراءة الكتب، واستعمال الآلات والأدوات، وسكنى الدار، وركوب السيارة...وغيرها بطريق الإجارة أو الإعارة أو بغيرهما من الأسباب المشروعة لتمليك المنافع".[4]

من صوره في العقود الإلكترونية منفعة البرامج والنظم الإلكترونية، ومعداتها. فإذا كانت-تقديم الخدمات- متعلقة بعمل تعرف في الفقه الإسلامي بالإجارة الواردة على العمل إذ قسمها الفقهاء إلى قسمين:

- **الأول "الأجير الخاص"**: هو الذي يعمل لواحد معين أو أكثر عملا مؤقتا مع التخصص، فتكون منفعته مقدرة بالزمن، لاختصاص المستأجر بمنفعته في مدة الإجارة دون أن يشاركه فيها غيره.[5]

- **الثاني "الأجير المشترك"**: وهو من يشترك في نفعه أكثر من واحد كالحداد، والسَّبَّاك، والصباغ، والخياط ونحوهم، فهذا ليس لمن استأجره أن يمنعه من العمل لغيره، ولا يستحق الأجرة إلا بالعمل.[6]

---

[1]-الزهراني عدنان بن جمعان بن مُحَمَّد: المرجع السابق، ص425.

[2]-الجنكو علاء الدين بن عبد الرزاق: المرجع السابق، ص45.

[3]-العيساوي اسماعيل كاظم: المرجع السابق، ص 254.

[4]-الزرقا مصطفى أحمد: المدخل الفقهي العام، ط1، دار القلم، دمشق-سوريا، 1989م، ص349.

[5]-ابن عابدين: المرجع السابق، ج6، ص64.

[6]-التويجري، مُحَمَّد بن إبراهيم: موسوعة الفقه الإسلامي، ط1، بيت الأفكار الدولية، 1430 هـ - 2009 م، ج3، ص532.

تعد عقود الإجارة جائزة، لأن الحاجة تدعو إليها،[1] ثبت عن النبي ﷺ أنه نهى عن المزارعة[2]، وأمر بالمؤاجرة[3]، وقال: {لَا بَأْسَ بِهَا}.[4]

2- أحكام التسليم والقبض في العقود الإلكترونية من منظور الفقه الإسلامي.

يسري مفهوم التسليم والقبض في الفقه الإسلامي الوارد في القواعد العامة على مضمونه في العقود التجارية الإلكترونية المبرمة بوسائل الاتصال الحديثة، بمعنى وضع المعقود عليه في متناول المشتري الإلكتروني أو المستهلك، وتمكينه منه.[5]

الفارق أن المعاملات الإلكترونية خصت معنى التسليم بإيصال محل العقد إلى العنوان الذي حدده المستهلك-سواء العنوان الفعلي أو الإلكتروني- فإذا كان التسليم خارج الشبكة، لا يوجد اختلاف بين العقد الإلكتروني والعقد العادي، في مسألة وجوب التسليم وفق المتفق عليه في العقد، بينما إذا كان التسليم إلكترونيا فإن العملية تتم في المجلس ذاته بدفع الثمن بموجب وسائل الدفع الإلكترونية، ويتم تحصيل المعقود عليه مباشرة على شاشة الجهاز، وفي كل أنواع التسليم والقبض في التجارة الإلكترونية لا مانع شرعي من اتباع أي طريقة، مادام يتثبت من جدية التسليم بضوابط تصبغ على المعاملة الإلكترونية الوضوح وتحقق

---

(1)-القضاه سهير مُحَمَّد: المسؤولية العقدية الإلكترونية(التجارة الإلكترونية، الإجارة الإلكترونية) دراسة فقهية، مجلة العلوم الشرعية لجامعة القصيم، ع1، مج18، 1446هـ -2024م، ص359 وما بعدها.

(2)-المزارعة هي إكراء الأرض ببعض ما يخرج منها، ولم يعلم أن المحذور جعل جزء مما يخرج من الأرض أجرةً؛ فإن ذلك مجهول وغرر. الجويني، أبو المعالي: نهاية المطلب في دراية المذهب، تح عبد العظيم محمود الدّيب، ط1، دار المنهاج، الرياض-السعودية، 1428هـ-2007م، ج8، ص219.

(3)- أما المؤاجرة: فيها صاحب الأرض تسلم له الأجرة، والمستأجر قد يحصل له زرع وقد لا يحصل، أي تسليم الأرض وتمكينه من استيفاء المنفعة وليس عليه سلامتها، ابن تيمية: مجموع الفتاوى، تح عبد الرحمن بن مُحَمَّد بن قاسم رحمه الله،د.ط، الناشر مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف، المدينة المنورة – السعودية، 1425 هـ - 2004 م، ج 28، ص85/القاضي عبد الوهاب: المعونة على مذهب عالم المدينة"الإمام مالك بن أنس": تح حميش عبد الحق، أطروحة دكتوراه، بجامعة أم القرى، نشرتها المكتبة التجارية، مصطفى أحمد الباز، د.ط، مكة المكرمة- المملكة العربية السعودية، د.ت.ن، ج2، ص1096.

(4)-أخرجه مسلم في صحيحه، عن عبد الله بن السائب، عبد الله بن معقل، عن ثابت، كتاب البيوع رقم (21)، باب في المزارعة والمؤاجرة رقم (20)، ح.ر 1549، ج3، ص 1184.

(5)-وسيلة شريبط: إشكالية تسليم (قبض) المنتجات عبر الأنترنت-دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، مجلة الشريعة والاقتصاد، ع2، مج13، 2024 ، ص 44-46.

الغرض الأولي للتعاقد، بما يبعدها عن الغش والخدع.[1]

لكن تثار إشكالية القبض الفوري أو على التراخي، إذ يصح فيما يشترط فيه القبض الفوري، أما إذا بيع صنف ربوي بمثله، فلا يصح العقد عن بعد إلا إذا تم التسليم والقبض الفوري بأن يكون لكل منهما وكيل بالتسليم عند الآخر، أو عن طريق بنك لدى كل واحد منهما فيه رصيد لكليهما، أو نحو ذلك مما يتعلق بموضوع القبض الفوري للمنتجات الربوية.[2]

أما القبض في الإجارة الإلكترونية يلزم الأطراف بتوثيق إبرام العقد، وتحديد مدة العقد ومكان إبرامه وتنفيذه، فيترتب ثبوت الملك والحق، وبالتالي يلزم المؤجر بتسليم المعقود عليه وتمكين المستأجر من الانتفاع به على الوجه المتفق عليه، ويشمل التسليم توابع المعقود عليه، وكذا ضمان خلوه من الشواغل طيلة مدة العقد، في المقابل يدفع المستأجر الثمن ومختلف رسومها، وفي الإجارة على عمل يكون التسليم بتقديم الخدمة المتفق عليها سواء عن بعد كالخدمات الإلكترونية، أو التأجير للقيام بعمل وكلها معتبر شرعا. [3]

وخلاصة القول في المسألة أن التسليم قائم في أغلب صوره على العرف الساري الذي قد يغير بعض تفاصيله الاتفاق لكن حتى هذا الأخير لا يخرج كثيرا عن الأعراف التجارية التي تتطلبها طبيعة المعقودات، وكل ما عده العرف تسليما في أي عصر من العصور فهو تسليم، مادام لا يتعارض مع نص شرعي ثابت، وعليه فمقتضيات الأعراف السابقة لا تكون دائما حجة على مقتضيات عصرنا الحالي مادامت الأعراف تغيرت، لأن ما هو مبني على العرف يتغير بتغيره، ففي عقود التجارة الالكترونية سواء المحلية أو الدولية فالعقد لا يلزم إلا بعد وصول البضاعة ومطابقتها للمواصفات المتفق عليها، ثم يأتي التسلم بالتخلية بين المشتري والمعقود عليه، حسب الاتفاق الذي هو الآخر يحكمه العرف في الغالب إن وجد–الاتفاق–، وإن لم يوجد فحسب الأعراف السائدة.[4]

---

[1]–وسيلة شريبط: المرجع السابق، ص 48–50.

[2]– الجنكو علاء الدين بن عبد الرزاق: المرجع السابق، ص333.

[3]– القضاه سهير مُحَمَّد: المرجع السابق، ص359.

[4]– العيساوي اسماعيل كاظم: المرجع السابق، ص 271.

3- مكان القبض والتسليم وزمانه فقها.

في الفقه الإسلامي الأصل أن يسلم المبيع في المكان الذي وجد فيه حين البيع، ذلك لأن مطلق العقد يقتضي تسليم المبيع في المحل الذي هو موجود فيه حينئذ،وإذا كان مكان المبيع وقت البيع غير معلوم فالمشتري بالخيار إن شاء فسخ البيع وإن شاء أمضاه وقبض المبيع حيث كان موجودا،وإذا اشترط تسليم المبيع في مكان معين لزم تسليمه في المحل المذكور،[1] أما عن زمن التسليم يجب أن يتم في الوقت المتفق عليه في العقد أو المعروف عرفا حسب حال المعقود عليه ومدة العقد مادام العوضان لا يتخللهما علة الربا.[2]

الفرع الثاني: الالتزام بالضمان في العقود الإلكترونية.

تبرز أهمية الالتزام بالضمان في العقود الإلكترونية، كونها تتميز بالتباعد المكاني لطرفيها، وبالتالي غياب المعاينة المباشرة والحسية للتأكد من صلاحية المحل المتعاقد عليه، ومن ثم فإن دراسة الالتزام بالضمان في العقود الإلكترونية تكتسب أهمية بالغة، لكونها تمثل صمام أمان في بيئة تعاقدية افتراضية، تتطلب إحاطة تشريعية وفقهية دقيقة لتحقيق التوازن بين مصالح المتعاقدين، وصيانة حقوق الطرف الأضعف، وهو المستهلك. بناء على ذلك، سيتم تخصيص بندين لدراسة الالتزام بالضمان، بدءا بالجانب القانوني في البند الأول، يليه الجانب الفقهي في البند الثاني.

البند الأول: الالتزام بالضمان في العقود الإلكترونية قانونا.

نصت القواعد العامة في القانون المدني وكذلك نصوص حماية المستهلك وقمع الغش، وكذلك القانون 18-05 على قواعد الضمان في التجارة الإلكترونية، المتمثلة في التزام المورد الإلكتروني بضمان مطابقة المحل للمواصفات المتفق عليها(أولا)، وضمان العيوب الظاهرة والخفية التي تنقص من قيمة المنتج أو الخدمة نقصا محسوسا يحد من جودة استخدامها، أو يمكن أن يجعلها غير صالحة للاستعمال كما أعدت له أو كما اتفق عليه(ثانيا)، والتزامه بضمان عدم التعرض والاستحقاق أي يلتزم المورد بضمان حيازة السلعة أو الحصول على الخدمة بطريقة هادئة، وبمقتضى هذا الضمان يلتزم المورد بالامتناع عن كل ما يؤدي إلى

---

[1]-المواد 285، 286،287 من مجلة الأحكام العدلية، مرجع سابق، ص57.

[2]- الزرقا مصطفى أحمد: العقود المسماة في الفقه الإسلامي-عقد البيع-، مرجع سابق، 116.

حرمان المستهلك من الانتفاع بمحل العقد على الوجه المتفق عليه(ثالثا).[1] أي بالإضافة إلى ما نص عليه القانون 18-05 من أحكام خاصة فإن نوع العقد هو الذي يحدد باقي الضمانات المنصوص عليها في نصوص أخرى.

أولا: ضمان المطابقة في العقود الإلكترونية.

يعتبر الالتزام بالمطابقة من أهم الالتزامات التي تنشأ في التعاقد عن بعد كعقود التجارة الدولية وجميع العقود المنجزة بالوسائل الإلكترونية أين يتضاعف خطر عدم مطابقة المحل للمواصفات التي تم الاتفاق عليها،[2] وقد تم النص عليه في المادة 23 من القانون 18-05 التي تنص على:" يجب على المورد الإلكتروني استعادة سلعته، في حالة تسليم غرض غير مطابق للطلبية أو في حالة ما إذا كان المنتوج معيبا".

من خلال نص المادتين18/3 والمادة 11من القانون 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش[3] اللتان تعرفان مفهوم المطابقة في المنتوجات، نجد أن الالتزام بالمطابقة في التشريع الجزائري يقوم على أساسين الأول قانوني والثاني عقدي،[4] فلا يكفي مطابقة المنتوجات لمعايير الجودة والصحة ومقاييس الصنع حسب اللوائح التنظيمية والفنية، بل يجب أن تكون كذلك موافقة للرغبات المشروعة للمستهلك حسب ما اتفق

---

[1]-ينظر: سقلاب فريدة: المرجع السابق، ص570-571.

[2]طويسات عائشة: المرجع السابق، ص 560.

[3]- عرف المشرع الجزائري في المادة 18/3 من القانون 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش التي تنص على أن المطابقة هي:"استجابة كل منتوج موضوع للاستهلاك للشروط المتضمنة في اللوائح الفنية والمتطلبات الصحية والبيئية والسلامة والأمن الخاص به"

دلت هذه المادة على تبني المشرع في تعريفه للمطابقة على التعريف الضيق وهو موافقة المنتوج لمقاييس الصنع والانتاج الواردة في اللوائح الفنية والقانونية والتنظيمية في انتاجه بتحقيق النتائج المرجوة من استعماله وعدم انطوائه على أخطار نتيجة تعيب في صنعه أو نقص المعلومات المقدمة والمتعلقة بكيفية استعماله واحتياطات ذلك، أي كل ما يمكن للمشتري أن ينتظره من السلعة أو الخدمة.(يسعد فضيلة: التزام المنتج بضمان مطابقة المنتوجات، مجلة الواحات للبحوث والدراسات، ع01، مج9، 2016، ص323)

لكن نصت المادة 11 من القانون ذاته على: " يجب أن يلبي كل منتوج معروض للاستهلاك الرغبات المشروعة للمستهلك من حيث طبيعته وصنفه ومنشئه ومميزاته الأساسية وتركيبته ونسبة مقوماته اللازمة وهويته وكمياته وقابليته للاستعمال والأخطار الناجمة عن استعماله.

كما يجب أن يستجيب المنتوج للرغبات المشروعة للمستهلك من حيث مصدره والنتائج المرجوة منه"

نجد في هذه المادة أن المشرع يأخذ بالمفهوم الواسع للمطابقة وهو موافقة المنتوج للرغبات المشروعة للمستهلك، فقد يظهر من نص المادتين التعارض لكنهما مكملتين لبعضهما فمطابقة المنتوج للرغبة المشروعة للمستهلك تتحقق بتوافق هذه المنتوجات للمقاييس القانونية والتنظيمية لانتاجه لتحقيق الغاية المرجوة من استعمالها وعدم انطوائها على أخطار لتعيب صنعها أو نقص المعلومات المقدمة والمتعلقة بكيفية استعمالها واحتياطات ذلك، أي كل ما يمكن للمستهلك أن ينتظره من السلعة أو الخدمة.(المرجع نفسه، ص 323)

[4]-يسعد فضيلة: المرجع السابق، ص324.

عليه وحسب طبيعة وغرض السلعة أو الخدمة، ويجب أن تكون هذه الرغبات مؤسسة على مبادئ ومقاييس مشروعة أي لا تخالف القانون أو اللوائح.

هذا حسب القواعد العامة للاستهلاك، أما المطابقة في مجال التعاقد الإلكتروني، فزيادة على وجوب خضوع الالتزام لقانون الاستهلاك يجب أن يكون المحل مطابقا لما تم وصفه وتحديده في العرض، أي الوقوف على الصفات التي كفل البائع تواجدها عند إبرام العقد،[1] وهو ما أقره المشرع الجزائري في القانون 18-05 فلم يعرف الالتزام بالمطابقة في العقود الإلكترونية، بل أقر في المادة 23 حق العدول للمستهلك الإلكتروني جراء عدم مطابقة المحل للطلبية، أي عدم مطابقته لما تم الاتفاق عليه عند الإبرام، أو كان المنتوج لا يتوافق مع الشروط والمقاييس الفنية والقانونية، وهو ما تم تقريره سابقا في قانون حماية المستهلك وقمع الغش.

يعتبر هذا الضمان سبب اكتساب المستهلك لحق العدول في العقد الإلكتروني مظهر من مظاهر عدم المطابقة في محل العقد، لأنه في هذا النوع من العقود لا يمكن الحكم الدقيق على المنتوج أو الخدمة مهما بلغ وصف البائع أو المنتج لها، ويعد هذا الحق من الضمانات القانونية الخاصة للمستهلك في ظل تعاقده الإلكتروني.[2]

ثانيا: ضمان العيوب الخفية في العقود الإلكترونية.

ذكر المشرع الجزائري الحالات التي يكون فيها البائع ملزما بضمان العيب الخفي، وبعض خصائص العيب الموجب للضمان وغيرها من الأحكام المنظمة له دون تحديد مفهومه تاركا المجال للفقه والاجتهاد[3]،

---

[1]-لموشية سامية: المرجع السابق، ص 104.

[2]-المرجع نفسه، ص 105.

[3]-عرف العيب بعدة تعريفات منها:" العيب الذي ينقص من قيمة المبيع، أو من نفعه بحسب الغاية المقصودة والمستفادة كما هو مبين في العقد، أو مما هو ظاهر من طبيعة الشيء، أو الغرض الذي أعد له، كما يعتبر من قبيل العيب أيضا عدم توافر الصفات التي كفل البائع للمشتري وجودها في المبيع عند تسليمه"(حساني علي: الإطار القانوني للالتزام بالضمان في المنتوجات، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان-الجزائر، 2012م، ص108).وعرف الخفي بأنه:" هو الذي لا يعرف بمشاهدة ظاهر المبيع، أو لا يتبينه الشخص العادي، أو لا يكتشفه غير الخبير، أو لا يظهر إلاّ بالتجربة"(الوزان وليد محمّد بخيت: إبراء مسؤولية البائع من

وحسب ظروف الحال وطبيعة العقد والمحل، إذ تناوله في سبعة مواد من القانون المدني(من المادة 379إلى 386)، فنص في المادة 379 على أنه:" يكون البائع ملزما بالضمان إذا لم يشتمل المبيع على الصفات التي تعهد بوجودها وقت التسليم إلى المشتري أو إذا كان بالمبيع عيب ينقص من قيمته أو من الانتفاع به بحسب الغاية المقصودة منه حسبما هو مذكور بعقد البيع أو حسبما يظهر من طبيعته أو استعماله، فيكون البائع ضامنا لهذه العيوب ولو لم يكن عالما بوجودها".

يمكن أن نستخلص من هذا النص أن المشرع الجزائري وضع معيارين للعيب الموجب للضمان، وهما معيار نقص القيمة أو المنفعة ومعيار تفويت غرض المتعاقد، ويضمن البائع العيب حتى ولو لم يكن عالما به مع ذلك فهو لا يضمن العيوب التي كان المشتري يعرفها وقت البيع، أو كان يستطيع أن يتبينها بنفسه، إلاّ إذا أثبت المشتري أن البائع أكد له خلو المبيع من العيوب، أو إذا أثبت أن البائع قد تعمد إخفاء العيب غشّا منه.[1]

مما سبق نخلص إلى أنه ليتوجب الضمان يجب أن تتوافر فيه شروط هي:[2]

- أن يكون العيب مؤثرا، بحيث ينقص إما من قيمة أو من نفع المحل بحسب الغاية المقصودة منه.
- يجب أن يكون العيب موجودا في محل العقد وقت تسلمه من المورد الإلكتروني.
- يجب أن يكون خفيا، فإذا كان العيب ظاهرا وقت تسلمه من المستهلك ولم يعترض عليه، فلا يضمنه المورد. غير أنه إذا كان العيب مما لا يظهر بطريق الاستعمال العادي وجب على المستهلك بمجرد ظهور العيب أن يخبر المورد بذلك وإلاّ اعتبر راضيا بالمبيع بما فيه من عيوب.

من مقتضى المواد سابقة الذكر كذلك، نلاحظ أن المشرع لم يحدد أجلا معينا لظهور العيب رغم ما لهذا التحديد من أهمية في تقرير مسؤولية البائع، واكتفى بالقول في أجل مقبول عادة.

ضمان العيب الخفي في عقد البيع، رسالة ماجيستير، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط للدراسات العليا، الأردن، 2011م، ص15)

[1]-زعموش أحمد: نظرية العيوب الخفية في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الإخوة منتوري، قسنطينة-الجزائر، 2005م، ص15.

[2]-المادة 2/280 من ق.م.ج.

ويترتب على قيام ضمان العيوب الخفية "دعوى الضمان"، التي يشترط فيها إضافة إلى استيفاء العيب للشروط السابقة، مبادرة المشتري بإخطار البائع، وهذا الذي جاءت به المادة 381 من ق.م.ج:" إذا أخبر المشتري البائع بالعيب الموجود في المبيع في الوقت الملائم كان له الحق في المطالبة بالضمان".

ثالثا: ضمان عدم التعرض والاستحقاق في العقود الإلكترونية.

– من الالتزامات التي تقع على عاتق البائع، هي ضمان عدم التعرض[1] للمشتري في المحل، لكي يتمكن من حيازته والانتفاع به انتفاعا هادئا كاملا حسب المدة التي يقتضيها العقد، فما كان نفعه مؤقتا يلتزم بالمدة المتفق عليه، وماكان أبديا يلتزم بعدم التعرض مطلقا، فبمقتضى هذا الضمان يلتزم البائع بالامتناع عن كل ما من شأنه حرمان المشتري من كل أو بعض سلطاته على المبيع، أو حرمانه من الانتفاع به انتفاعا هادئا،[2] ويضمن التعرض الصادر منه سواء كان ماديا أو قانونيا، أما من غيره فلا يضمن إلا التعرض القانوني، ويمكن أن يأخذ التعرض عدة أشكال نستخلصها من المادة 371 من ق.م.ج التي تنص:" يضمن البائع عدم التعرض للمشتري في التمتع بالبيع كليا أو جزئيا، سواء أتى التعرض من فعله الشخصي أو من فعل الغير..."

– فقد يكون كليا، إذا فقد المشتري المبيع بكامله، أو جزئيا فقط إن لم يفقد إلاّ بعض المزايا، ومثال ذلك عندما يكون ملزما بتحمل الأعباء غير المصرح بها لفائدة الغير.[3]

– وقد يكون مصدره قانوني إذا قام البائع بتصرفات قانونية،[4] أو صدر حرمان المشتري بسبب ممارسة الغير لحق من الحقوق، أو ماديا إذا تعرض المشتري لمساس ذات طابع مادي بحت.

---

[1]–تعريف التعرض بشكل عام بأنه: " ما يعكر على المشتري حيازة المبيع، سواء كان يهدد بنزع الملكية أم لا". وعرف كذلك بأنه:" عمل مادي يقوم به البائع أو عمل قانوني من شأنه أن يعرقل أو يحول دون حيازة المشتري للمبيع حيازة هادئة وانتفاعه بالمبيع انتفاعا يحقق من ورائه الغرض الذي قصده من شراء المبيع، ويستوي أن يكون الانتقاص من الانتفاع كليا أم جزئيا"(قدادة خليل حسن أحمد: المرجع السابق، ص145)

[2]– ربحي محمّد أحمد هزيم: ضمان التعرض والاستحقاق في عقد البيع، رسالة ماجيستير، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، نابلس– فلسطين، 1428هـ–2007م، ص 24.

[3]– بن الشيخ آث ملويا لحسين: المنتقى في عقد البيع، المنتقى في عقد البيع، ط3، دار هومة، بوزريعة –الجزائر، 2008م، ص 380–381.

[4]–السنهوري عبد الرزاق: الوسيط في شرح القانون المدني، مرجع سابق، ج 4، ص 545.

– كما أنه قد يصدر عن البائع نفسه والذي يتعرض للمشتري، أو من الغير الذي يمس بحقوق هذا المشتري.[1]

والتعرض القانوني أكثر اتساعا بالمقارنة مع التعرض المادي، وكذا بخصوص التعرض الشخصي بالمقارنة مع فعل الغير، ولا يرتب الضمان النتائج نفسها، فهو أكثر صرامة في حالة التعرض الكلي منه في حالة التعرض الجزئي أو في حالة الأعباء غير المصرح بها، ولكن التمييز الأساسي يتعلق بمصدر التعرض.[2]

من خلال ما سبق فالتعرض يصدر من جهتين: من المورد الإلكتروني ومن الغير. لذا يلتزم المورد الإلكتروني أن يضمن حيازته لمحل العقد أو انتفاعه به حيازة أو انتفاعا هادئا، بحيث يمتنع عن كل ما من شأنه حرمان المستهلك من كل أو بعض سلطاته على المحل، كما يجب أن يدفع المورد الإلكتروني تعرض الغير للمستهلك الإلكتروني.[3]

من أمثلة ضمان التعرض في العقود الإلكترونية، أن يلجأ المورد الإلكتروني إلى زرع الفيروسات الإلكترونية للتشويش على برنامج العميل محل العقد بعد أو أثناء تسليمه، وهو ما قد يجعله ضامنا لمثل هذا النوع من الفيروسات التي من شأنها التسبب في أضرار بالغة تمس المنظمة المعلوماتية.[4]

أي أن الجزاءات المقررة في القواعد العامة في ضمان التعرض المادي الصادر عن البائع تعتبر كافية لكفالة حق المشتري نظرا لخصائص هذا النوع من الضمان أولا لكونه التزام مؤبد لا يخضع للتقادم وثانيا نظرا لكونه التزام غير قابل للتجزئة، إذ أنه مهما تعدد المساهمون في صناعة البرنامج فلا يمكن لأي منهم التعرض للمشتري في جزء من البرنامج بحجة أنه لا يدخل في إطار الضمان.[5]

---

[1]–بن الشيخ آث ملويا لحسين: المرجع السابق، ص 381.

[2]–المرجع نفسه.

[3]–فريدة سقلاب: المرجع السابق، ص570.

[4]–قارس بوبكر: المسؤولية المدنية في مجال المعاملات الإلكترونية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر، باتنة–الجزائر، 2020–2021، ص 217.

[5]–المرجع نفسه، ص218.

البند الثاني: الالتزام بالضمان في العقود الإلكترونية فقها.

من الناحية الفقهية، يعدّ الضمان من القواعد الثابتة في المعاملات، إذ يرتبط بصحة العقد وعدالة التعامل، ويقوم على مبدأ "الغَنم بالغُرم" ، أي أن من ينتفع بالعقد يتحمل تبعاته. وقد فصل الفقهاء في أنواع الضمانات، كضمان العيب، وضمان الاستحقاق، وأكدوا على مسؤولية البائع في حال الإخلال بها، سواء أكان ذلك بعلمه أو بجهله، حماية لحق المشتري ومنعا للغرر والغبن.

أولا: ضمان المطابقة في العقود الإلكترونية فقها.

تتم العقود الإلكترونية عن طريق وصف المحل للمستهلك باللفظ أو الكتابة، أو عن طريق صورة أو فيديو له، أو قد يكون نموذجا مصورا فقط يلتزم البائع أو المتعاقد الثاني أيا كان نوع العقد بتسليم أو تقديم ماهو مطابق له، وهو مفهوم الرؤية عبر الوسائل الإلكترونية فالإشكال الذي تطرحه هذه الرؤية: هل هي كافية لتعطى حكم الرؤية الحسية الواقعية؟ والقول بهذا لا يضمن للمستهلك حقه في الحماية مع تطور وسائل الإثارة والإغراء، أم أن الرؤية الإلكترونية غير كافية والعبرة بالرؤية الحسية الواقعية فقط، كون العقد الإلكتروني في كل حالاته يكون تعاقدا بين غائبين عن مجلس العقد وقت الإبرام.[1]

وهو ما ينطبق عليه ما يعرف في الفقه الإسلامي بـ:"بيع الغائب على الصفة" إذا وصف المبيع للمشترى، فذكر له من صفاته ما يكفى فى صحة السلم، صح بيعه وهو قول أكثر أهل العلم. [2]

أو أن يشترط المشتري على البائع حين العقد صفة زائدة في المبيع له فيها غرض فإذا لم يجده على الصفة المطلوبة كان له الخيار إجازة العقد وإمضائه أو رده وهو ما يعرف بخيار الوصف.[3]

أي أن المسألة تقع في بيع الغائب عند من يقول بصحة بيع الغائب، ولذلك فالذين لا يرون صحة بيع الغائب لا يقع عندهم خيار بيع الصفة. ويخالف البعض فيقولون: لك الخيار مطلقاً سواء اتفقت الصفة أو لم تتفق، والصحيح أنه يلزمك البيع إن طابقت الصفة المبيع، ولا خيار لك. لكن لو جئت فوجدت

---

[1]–عزاوي عبد الله، حوالف عكاشة: بيع الغائب على الصفة وأثره على حماية المستهلك الإلكتروني–دراسة مقارنة بين الفقه المالكي والقانون الجزائري، مجلة الحقيقة للعلوم الاجتماعية والانساني، ع03، مج 23، 2024، ص32–33.

[2]–ابن قدامة المقدسي: المغني، تح: عبد الله بن عبد المحسن التركي، عبد الفتاح محمد الحلو، ط3، دار عالم الكتب للطباعة والنشر والتوزيع، الرياض–المملكة العربية السعودية، 1417هـ –1997م، ج4، ص34.

[3]–عبد المؤمن بلباقي: أصول المعاملات المالية على مذهب السادة المالكية، د ط ، دار الهدى، عين مليلة–الجزائر، 2004، ص 83.

الصفة مختلفة، فلك الخيار، إن شئت رضيت بالموجود، وإن شئت أبطلت البيع ورددت الثمن،[1] فقد روى عن النبي ﷺ أنه قال: {مَنِ اشتَرَى شيئًا لَم يَرَه فهو بالخيارِ إذا رآه، إن شاءَ أخَذَه، وإن شاءَ تَرَكَه}[2]

كذلك فإن ما يشترطه بعض الفقهاء، في بيع الغائب، من شروط، كأن لا تكون العين بعيدة جدا فتتغير، أو قريبة جدا فترى. كل هذا وأمثاله ليست له قيمة، إذا كان المشتري له خيار الرؤية أو خيار الخلف (خيار الوصف).[3]

ثانيا: ضمان العيوب الخفية في العقود الإلكترونية فقها.

أسهب فقهاء الإسلام في معالجة العيب في باب الخيارات،[4] يشترط في العيب أن يكون خفيا لأن العيب الظاهر لا رجوع به،[5] وأن يكون موجودا في المبيع وهو عند البائع.[6]

والحكمة من ثبوت هذا الخيار هو سلامة المبيع، لأنها شرط في العقد دلالة، فما لم يسلم المبيع لا يلزم البيع، فلا يلزم حكمه، والدليل على أن السلامة مشروطة في العقد دلالة: أن السلامة في البيع مطلوبة

---

[1]- عبد المؤمن بلباقي: المرجع السابق، ص 83.

[2]- أخرجه البيهقي في السنن الكبرى، عن سعيد بن منصور، عن إسماعيل بن عياش، عن أبي بكر بن عبد الله بن أبي مريم، عن مكحول رفع الحديث إلى النبي ﷺ، كتاب البيوع رقم (13)، باب من قال يجوز بيع العين الغائبة رقم(6)، ح.ر 10532، ج11، ص 20.

[3]-رفيق يونس المصري: عقود التوريد والمناقصات، مجلة مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي بجدة، الدورة الثانية عشرة بالرياض، من 25جمادي الآخرة إلى غرة رجب 1421هـ، ع12، ص787.

[4]-عند الحنفية: جاء في الدر المختار: خيار العيب هو لغة "ما يخلو عنه أصل الفطرة السليمة". وهو شرعا "من وجد بمشريه ما ينقص الثمن ولو يسيرا، أخذه بكل الثمن أو رده"(الحصكفي، مُحَمَّد بن علي الحنفي: الدر المختار شرح تنوير الأبصار وجامع البحار، تح:عبد المنعم خليل ابراهيم، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان، 1423هـ-2002م، ص407) وعند المالكية هو: "ما كان منقصا للثمن..،أو منقصا لذات المبيع..، أو يكون منقصا للتصرف أو يخاف عاقبته، جرت العادة السلامة منه"(عليش مُحَمَّد: منح الجليل شرح مختصر خليل، ط1، دار الفكر، بيروت-لبنان، 1404هـ-1984م، ج5، ص146) وعند الشافعية هو:" كل ما ينقص العين أو القيمة نقصا يفوت به غرض صحيح إذا غلب في جنس المبيع عدمه، سواء قارن العقد أم حدث قبل القبض"(النووي، أبو زكرياء محيي الدين: منهاج الطالبين وعمدة المفتين في الفقه، تح: عوض قاسم أحمد عوض،ط1، دار الفكر،دمشق-سوريا، 1425هـ-2005م، ص100) وعرف عندهم كذلك بخيار النقيصة وهو:" المعلق بفوات مقصود مظنون، نشأ الظن فيه من قضاء عرفي أو التزام شرطي أو تغرير فعلي ثم شرع في الأمر الأول، وهو ما يظن حصوله بالعرف، وهو السلامة من العيب"(الخطيب الشربيني: المرجع السابق، ج2، ص465) بينما خيار النقيصة عند المالكية هو:" الخيار الحكمي وهو ما موجبه ظهور عيب في المبيع أو استحقاق ويسمى خيار النقيصة أيضا"(عليش مُحَمَّد: المرجع السابق، ص113) وعند الحنابلة هو: "نقيصة يقتضي العرف سلامة المبيع عنها غالبا فلا فرق بين أن يكون النقص في عين المبيع أو قيمته"(الجزيري عبد الرحمان: المرجع السابق، ص 172)

[5]-ابن عرفة: المختصر الفقهي، تح: حافظ عبد الرحمان مُحَمَّد خير، ط1، مؤسسة خلف أحمد الخيثور للأعمال الخيرية، 1435هـ-2014م، ج5، ص493.

[6]-الجزيري عبد الرحمان: المرجع السابق، ص 173.

المشتري عادة إلى آخره؛ لأن غرضه الانتفاع بالمبيع، ولا يتكامل انتفاعه إلا بقيد السلامة، ولأنه لم يدفع جميع الثمن إلا ليسلم له جميع المبيع، فكانت السلامة مشروطة في العقد دلالة كالمشروطة نصا، فإذا، فاتت المساواة كان له الخيار.[1]

قال الله تعالى:﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَأۡكُلُوٓاْ أَمۡوَٰلَكُم بَيۡنَكُم بِٱلۡبَٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٖ مِّنكُمۡ﴾ النساء [29]

فانعدام الرضا يمنع صحة البيع، واختلاله يوجب الخيار فيه إثباتا للحكم على قدر الدليل والأصل في شرعية هذا الخيار،[2] ما روي عن رسول الله ﷺ أنه قال: {**الْمُسْلِمُ أَخُو الْمُسْلِمِ، وَلَا يَحِلُّ لِمُسْلِمٍ بَاعَ مِنْ أَخِيهِ بَيْعًا فِيهِ عَيْبٌ، إِلَّا بَيَّنَهُ لَهُ**}.[3] فإذا اختار الأخذ أخذه بجميع الثمن ولا ينقص من الثمن شيئا، لأن الأوصاف لا يقابلها شيء من الثمن بالعقد لكونها تبعا فلا تكون أصلا ولا مزاحما له، بخلاف ما إذا صارت مقصودة بالإتلاف بأن حدث عيب بفعل البائع بعد البيع وقبل القبض، حيث يسقط من الثمن بحصته إذا اختار الأخذ لأن الأوصاف يكون لها حصة بالإتلاف قصدا والمراد به عيب كان عند البائع وقبضه المشتريمن غير علم به ولم يوجد من المشتري ما يدل على الرضا به بعد العلم بالعيب.[4]

وقوله كذلك ﷺ: {**لَا تُصَرُّوا الْغَنَمَ، وَمَنِ ابْتَاعَهَا فَهُوَ بِخَيْرِ النَّظَرَيْنِ بَعْدَ أَنْ يَحْتَلِبَهَا: إِنْ رَضِيَهَا أَمْسَكَهَا، وَإِنْ سَخِطَهَا رَدَّهَا وَصَاعًا مِنْ تَمْرٍ**}[5]، والنظران المذكوران هما نظر الإمساك والرد، وخيار العيب يثبت بلا شرط، ولا يتوقت، ولا يمنع وقوع الملك للمشتري، ويورث، ويثبت في الشراء ولو حدث بعد العقد والقبض.[6]

---

[1]- الكاساني: المرجع السابق، ج5، ص274.

[2]-المرجع نفسه.

[3]- أخرجه ابن ماجة في سننه، عن يزيد بن أبي حبيب عن عبد الرحمن بن شماسة عن عقبة بن عامر، أبواب التجارات، باب من باع عيبا فليبينه رقم (45)، ح.ر2246، تح: شعيب الأرنؤوط وآخرون، ط1، دار الرسالة العالمية، دمشق-سوريا، 1430هـ-2009م، ج3، ص 355-356.

[4]-الزيلعي، فخر الدين: المرجع السابق، ج4، ص31.

[5]-أخرجه البخاري في صحيحه، عن حدثنا عبد الله بن يوسف: أخبرنا مالك، عن أبي الزناد، عن الأعرج، عن أبي هريرة ؓ، كتاب البيوع رقم (39)، باب النهي للبائع أن لا يحفل الإبل والبقر والغنم وكل محفلة رقم (64)، ح.ر 2043، ج 2، ص755.

[6]-ابن عابدين، محمد أمين: المرجع السابق، ج5، ص3.

ثالثا: الاستحقاق في العقود الإلكترونية فقها.

في الفقه الإسلامي يشمل الاستحقاق عدم التعرض،[1] وقد فصل الفقهاء فيه كما يلي:

1- عند الحنفية:

قسموا الاستحقاق إلى نوعين: النوع الأول مبطل للملك بالكلية: بحيث لا يبقى لأحد عليه غير المدعي حق التملك.[2] وحكمه: أنه يوجب فسخ العقد بلا حاجة لحكم القاضي، ولكل واحد من الباعة الرجوع على بائعه بالثمن، فلو أقام العبد بيّنة أنه حر الأصل، أو أنه كان عبداً لفلان فأعتقه، فلكل واحد وإن لم يرجع عليه أن يرجع على بائعه قبل القضاء عليه، ويرجع هو أيضاً على بائعه.[3]

النوع الثاني ناقل للملك من شخص إلى آخر: وهذا هو الغالب كأن ادعى زيد على بكر أن ما في يده من المتاع ملك له، وبرهن على إدعائه.[4] وحكمه: أنه لا يوجب فسخ العقد؛ لأنه إذا أثبت المستحق ملكية المبيع كله بالبينة، فقضي له به لا ينفسخ العقد، بل يصبح متوقفا على إجازة المستحق، فإذا أجاز البيع بقي للمشتري ويأخذ المستحق الثمن من البائع، وإذا لم يجز المستحق وأخذ المبيع ينفسخ البيع ويكون

---

[1]-في اللغة استحق فلان الأمر استوجبه...فالأمر مستحق بالفتح اسم مفعول، ومنه قولهم خرج المبيع مستحقا، وأحق الرجل بالألف قال حقا أو أظهره أو ادعاه، فوجب له فهو محق. أي أنه إما بمعنى ثبوت الحق ووجوبه، ومنه قوله تعالى: ﴿فَإِنْ عُثِرَ عَلَىٰٓ أَنَّهُمَا ٱسْتَحَقَّآ إِثْمًا﴾ المائدة [107] أي: وجبت عليهما عقوبة، وإما بمعنى: طلب الحق.(الفيومي، أحمد بن مُحَمَّد بن علي: المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، د.ط، المكتبة العلمية، بيروت-لبنان، د.ت.ن، ج1، ص 143) أما الاستحقاق في تعريف الفقهاء هو:عند الحنفية بأنه: "ظهور كون الشيء حقًّا واجبا للغير"(ابن عابدين: المرجع سابق، ج5، ص 191) وعند المالكية:" رفع ملك بثبوت ملك قبله أو حرية كذلك بغير عوض"(الأمير مُحَمَّد المالكي: ضوء الشموع شرح المجموع في الفقه المالكي بحاشية حجازي العدوي المالكي، تح: مُحَمَّد محمود ولد مُحَمَّد الأمين المسمومي، ط1، دار يوسف بن تاشفين ومكتبة الإمام مالك، نواكشط-موريتانيا، 1426هـ-2005م، ج3، ص449) أما عند الشافعية والحنابلة: يستعملونه بالمعنى اللغوي. وليس لهم تعريف يستعملونه بالمعنى الاصطلاحي.(الوائلي، مُحَمَّد بن حمود المالكي: المرجع السابق، ج14، ص 8566) لكن يستعمل الشافعية للتعبير عن الضمان مصطلح "ضمان الدرك" وهو عندهم:" أن يضمن للمشتري الثمن إن خرج المبيع مستحقا أو معيبا أو ناقصا"(النووي: منهاج الطالبين وعمدة المفتين في الفقه، مرجع سابق، ص1290) ويسمى أيضا: "ضمان العهدة" لالتزام الضامن ما في عهدة البائع رده،(الخطيب الشربيني: المرجع السابق، ج3، ص203) أي أنه التزام سلامة المبيع مما يمكن أن يلحقه ويدركه من حقوق لغير البائع في عينه، وتحمل تبعة الاستحقاق عند ظهور حق فيه لأحد. وهو "ضمان التعرض والاستحقاق" (الزحيلي وهبة: الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق، ج4، ص 3248)

[2]-ابن عابدين: المرجع السابق، ج5، ص191.

[3]-الزحيلي وهبة: الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق، ج6، ص 4394.

[4]-الحصكفي: المرجع السابق، ص434.

البائع ملتزما للمشتري برد الثمن.[1] لكن إن كان الاستحقاق لموقوف أثبت المتولي وقفيته، فإن البيع ينفسخ حتماً، إذ ليس لأحد أن يجيز بيع الوقف.[2]

أما في حالة استحقاق بعض المعقود عليه قبل القبض ولم يجز المستحق بطل العقد في القدر المستحق؛ لأنه تبين أن ذلك القدر لم يكن ملك البائع، ولم توجد الإجازة من المالك فبطل، وللمشتري الخيار في الباقي إن شاء رضي به بحصته من الثمن وإن شاء رده سواء كان استحقاق ما استحقه يوجب العيب في الباقي أو لا يوجب؛ لأنه إذا لم يرض المستحق فقد تفرقت الصفقة على المشتري قبل التمام فصار كعيب ظهر بالسلعة قبل القبض وذلك يوجب الخيار فكذا هذا وإن كان الاستحقاق بعد قبض البعض دون البعض فكذلك الجواب سواء ورد الاستحقاق على المقبوض وعلى غير المقبوض.[3]

فإن كان قبض الكل ثم استحق بعضه بطل البيع في القدر المستحق لما قلنا ثم ينظر إن كان استحقاق ما استحق يوجب العيب في الباقي بأن كان المعقود عليه شيئا واحدا حقيقة وتقديرا فالمشتري بالخيار في الباقي إن شاء رضي به بحصته من الثمن وإن شاء رد؛ لأن الشركة في الأعيان عيب، وكذلك إن كان المعقود عليه شيئين من حيث الصورة شيئا واحدا من حيث المعنى فاستحق أحدهما فله الخيار في الباقي وإن كان استحقاق ما استحق لا يوجب العيب في الباقي بأن كان المعقود عليه شيئين صورة ومعنى كالعبدين فاستحق أحدهما أو كان صبرة حنطة أو جملة وزني فاستحق بعضه فإنه يلزم المشتري الباقي بحصته من الثمن؛ لأنه لا ضرر في تبعيضه لم يكن له خيار الرد.[4]

2- عند المالكية:

إذا استحق إنسان شيئاً من يد آخر وأثبت حقه بما تثبت به الأشياء في الشرع، فلا يخلو من أن يستحق من الشيء أقله، أو كله أو جله.[5]

فإن كان المستحق أقل الشيء: فيرجع على المشتري بقيمة ما استحق من يده، وليس له أن يرجع

---

[1]-ابن الهمام، كمال الدين: شرح فتح القدير على الهداية، ط1، دار الفكر، بيروت-لبنان، 1389هـ-1970م، ج7، ص44

[2]-الزحيلي وهبة: الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق، ج6، 4397.

[3]-الكاساني: المرجع السابق، ج5، ص 288.

[4]-الكاساني: المرجع السابق، ص 289.

[5]-ابن رشد الحفيد: بداية المجتهد ونهاية المقتصد، د.ط، دار الحديث، القاهرة-مصر، 1425هـ-2004م، ج4، ص110.

بالجميع. وإن كان المستحق كل الشيء أو جله: فإن كان لم يتغير أخذه المستحق، ورجع المشتري على البائع بالثمن. وإ ن تغير تغيراً يوجب اختلاف قيمته، رجع بقيمته يوم الشراء. وإن تغير الشيء بزيادة: فإن كانت الزيادة من ذات الشيء، أخذها المستحق، مثل أن تسمن الدابة أو يكبر نتاجها. وإن كانت الزيادة من قبل المشتري المستحق منه، كأن يبني في الدار بناء، فتستحق من يده، فيخير المستحق بين أن يدفع قيمة الزيادة ويأخذ ما استحقه، وبين أن يدفع إليه المشتري قيمة ما استحق، أو يكونا شريكين: هذا بقدر قيمة ما استحق من يده، وهذا بقدر قيمة ما بنى أو ما غرس. وإن تغير الشيء بنقصان: فإن كان من غير سبب المستحق من يده، فلا شيء على المستحق منه. وإن كان بسبب من المستحق منه كأن يهدم الدار، ويبيع أنقاضها، ثم تستحق منه، فيرجع المستحق على المستحق منه بثمن ما با ع من الأنقاض.[1]

3- عند الشافعية:

إن خرج المبيع مستحقا ذكر وجوب رد الثمن، ولو خص ضمان الدرك بنوع كخروج المبيع مستحقا لم يطالب بجهة أخرى، ولو خرج بعض المبيع مستحقا طولب الضامن بقسط المستحق.[2] وفي قول آخر استحق بعض المبيع دون البعض الآخر ففيه خيار تفريق الصفقة، والأظهر من القولين عندهم في تفريق الصفقة تجزئة البيع، وإعطاء كل جزء من المبيع حكمه، فيصح البيع فيما يأخذه المشتري، ويبطل في المستحق، ويرجع المشتري على البائع بحصة المستحق من الثمن.[3]

وأما إذا استحق المبيع كله، فيرجع بالثمن كله على البائع سواء علم بالاستحقاق وقت العقد أو لم يعلم، فإذا خرج المبيع مستحقا قبل القبض ليس للمستحق مطالبة المشتري به، أما إذا استحق المبيع ببينة، أو بتصديق البائع للمشتري المدعي، رجع المشتري على البائع بالثمن إذا كان باقيا، وببدله إذا كان تالفا.[4]

ولو خرج المبيع مستحقا قبل القبض، فلم يقبضه المشتري، لم يكن للمستحق مطالبة المشتري به، لعدم قبضه له حقيقة، وكذا لو باعه قبل نقله، فنقله المشتري الثاني، فليس للمستحق مطالبة المشتري

---

[1]-ابن رشد الحفيد: المرجع نفسه، ص 110-111. / الدسوقي: المرجع السابق، ج3، ص 470.

[2]-الخطيب الشربيني: المرجع السابق، ج3، ص 203-204.

[3]-الزحيلي وهبة: الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق، ج6، ص 4400.

[4]-الأنصاري زكريا: أسنى المطالب في شرح روض الطالب-ومعه حاشية الرملي- ، د.ط، دار الكتاب الإسلامي، القاهرة-مصر، د.ت.ن، ج2،ص350.

الأول، لعدم قبضه له حقيقة. وإن وضع البائع المبيع بين يدي المشتري، فخرج مستحقاً، لم يضمنه المشتري، أي لم يطالب ببدله؛ لأن الوضع بين يدي المشتري يكون قبضاً في البيع الصحيح دون الفاسد، وكذا تخلية الدار ونحوها إنما تكون قبضاً في الصحيح دون الفاسد. [1]

4- عند المعاصرين:

هو: "أن يدعي شخص ملكية شيء، ويثبت دعواه، ويقضي له القاضي بملكيته، وانتزاعه من يد حائزة ".[2] كما ينقسم الاستحقاق بالنسبة للمعقود عليه إلى قسمين هما: الاستحقاق الكلي: ويقصد به ظهور حقيقة أن المبيع لم يكن مملوكا للبائع بثبوت دعواه، وقضي له بملكيته وانتزاعه من يد المشتري، فإما أن يكون قد أثبت ملكيته بإقرار المشتري له أو عن طريق حلف اليمين أو البينة.[3] والاستحقاق الجزئي: هو ثبوت ملكية الغير لجزء من العين المبيعة سواء كان المستحق مفرزا أو حصة شائعة في العين كلها.[4]

---

[1]-الخطيب الشربيني: المرجع السابق، ج3، ص 203-204/ زكريا الأنصاري: المرجع السابق، ج2،ص350/ وهبة الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق، ج6، ص 4400.

[2]-المرجع نفسه، ج6، ص 4396.

[3]-ألفا سنغاري الحاج ، بخيت أحمد محمد حسن: الضمان في المسؤولية العقدية في الفقه الإسلامي، مجلة التطوير العلمي للدراسات ولبحوث، ع5، مج2، 2021، ص 64.

[4]-المرجع نفسه، ص 65.

ملخص الفصل الثاني:

بحث هذا الفصل آثار العقود الإلكترونية من توثيق وتنفيذ، حيث تم التركيز في المبحث الأول على أهمية الكتابة الإلكترونية، التوقيع والتصديق الإلكترونين، وشروط الحجية القانونية لهذه الوسائل في القانون الجزائري، وأدوار كل وسيلة لتوثيق المعاملات الرقمية، ومقارنة ذلك بما ورد في قواعد الفقه الإسلامي ذات الصلة، ثم التطرق إلى أهم الوثائق الإلكترونية في التشريع الجزائري كمحرر العقد الإلكتروني، الفاتورة ووصل الاستلام الإلكترونيين، ثم الدفاتر التجارية الإلكترونية.

أما المبحث الثاني فخصص لدراسة تنفيذ العقود الإلكترونية، من حيث تحديد التزامات وحقوق المستهلك الإلكتروني كالالتزام بالدفع والتسلم، ابرز حقوقه كحق العدول والحق في السلامة وسرية بياناته الشخصية، بالغضافة إلى حقه في الإعلام وعدم التضليل، والتزامات المورد الإلكتروني من حيث إجراءات التسليم والدفع، والإشكالات المتعلقة بالتنفيذ الجزئي أو غير المطابق، مع الإشارة إلى الضمانات القانونية المتاحة لحماية أطراف العقد، خاصة المستهلك.

إذا سلط هذا الفصل على آثار العقود الإلكترونية بوصفها الشكل الأبرز للمعاملات الحديثة في البيئة الرقمية، وذلك من خلال دراسة توثيقها، وتنفيذها، وفقًا لما تقتضيه خصوصية المعاملات الإلكترونية من تكييفات قانونية متميزة عن العقود التقليدية، ومقارنتها مع موجبات العقود في الفقه الإسلامي.

الباب الثاني:

المسؤولية المدنية الناتجة عن التجارة الإلكترونية

الفصل الأول : المسؤولية العقدية الناتجة عن التجارة الإلكترونية.

الفصل الثاني: المسؤولية التقصيرية الناتجة عن التجارة الإلكترونية.

تمهيد:

المسؤولية بوجه عام هي الحالة التي يؤاخذ فيها الشخص في حال إخلاله بقاعدة إما أخلاقية فتكون المسؤولية أدبية وتكون المؤاخذة عنها بالصفة ذاتها. أو بقاعدة قانونية فتكون المسؤولية قانونية فينتج عنها جزاء حدده أو عين شروطه القانون، وهذا الجزاء يختلف باختلاف القاعدة القانونية المخل بها، فإن كانت قاعدة جزائية تثور المسؤولية الجزائية، وإن كانت قاعدة مدنية تثور المسؤولية المدنية، كما قد تجتمعان في فعل واحد، وتعرف المسؤولية المدنية بأنها مجموعة القواعد القانونية التي تلزم كل من ألحق الضرر بتقديم التعويض وجبر الضرر، بسبب فعله الشخصي، أو بسبب فعل أشخاص تحت مسؤوليته، أو بفعل الأشياء التي تكون تحت حراسته، أو نتيجة عيب في منتجاته. وهذا الالتزام إن كان مصدره القانون تثور المسؤولية التقصيرية أو الفعل المستحق للتعويض الذي ينشأ عند الإخلال بالتزام قانوني خارج إطار العلاقة التعاقدية فتعد مصدرا للالتزام، إن كان مصدره العقد تثور المسؤولية العقدية: التي تترتب عند إخلال المتعاقد بالتزاماته العقدية إذ تعتبر أثرا للالتزام، ورغم أن العناصر الأساسية للمسؤولية المدنية واحدة، فالفروق بينهما عديدة[1]، لذا لدراسة المسؤولية المدنية في التجارة الإلكترونية قسمنا هذا الباب إلى فصلين:

الفصل الأول : المسؤولية العقدية الناتجة عن التجارة الإلكترونية.

الفصل الثاني: المسؤولية التقصيرية الناتجة عن التجارة الإلكترونية.

---

[1]-الإعذار: فالإعذار الذي تستلزمه المادة 1\119ق.م لاستحقاق التعويض . يقتصر على المسؤولية العقدية ويعفى منه الدائن في المسؤولية التقصيرية بنص المادة 1\181 ق.م.ج التي تحصي الحالات التي لا يعذر فيها المدين.ـــ الأهلية: إن المسؤولية العقدية تستلزم الأهلية الكاملة، فناقص الأهلية لا يلتزم بعقده لأنه باطل أصلا، أما في المسؤولية التقصيرية يكفي توافر التمييز لدى المسؤول حسب قررته المادة 1/125 من ق.م.ج. ـــ التعويض : لا يلتزم المدين في العقد إلا بتعويض الضرر المتوقع وقت التعاقد، مالم يكن قد ارتكب غشا أو خطأ جسيما، وذلك حسب المادة 182 / 2 من ق.م.ج، ولكن المدين المسؤولية التقصيرية يلتزم بتعويض كل الضرر المباشر متوقعا أو غير متوقع. – التضامن: لا تضامن بين المدينين في الالتزام الناشئ عن العقد (إلاّ إذا اتفق أو نص عليه القانون) و لكن التضامن بين المسؤولين عن الفعل الضار مفروض بحكم المادة 126 من القانون المدني .– التقادم: لا تتقادم دعوى المسؤولية العقدية أما دعوى المسؤولية التقصيرية فتتقادم بـ 15 سنة من يوم وقوع العمل الضار، المادة 133 من ق.م.ج. للتفصيل أكثر ينظر: فيلالي علي: الالتزامات –الفعل المستحق للتعويض–، ط3، دار موفم للنشر، الرغاية–الجزائر، 2015.

الفصل الأول :

المسؤولية العقدية الناتجة عن التجارة الإلكترونية.

المبحث الأول: قيام المسؤولية العقدية الناتجة عن التجارة الإلكترونية، وانتفائها.

المبحث الثاني: آثار قيام المسؤولية العقدية الناتجة عن التجارة الإلكترونية(الواجب في الضمان).

تمهيد:

لتثور المسؤولية العقدية في القواعد العامة، يجب أن يرتكب أحد الطرفين خطأ عقديا يلحق ضررا بالطرف الآخر، ويكون بين الخطأ العقدي والضرر الناتج عنه علاقة السببية، أي أن مصدر قيام هذه المسؤولية هو قوة العقد، وتنتفي بقيام السبب الأجنبي من قوة قاهرة أو ظروف طارئة أو خطأ للغير أو خطأ من المضرور نفسه.

وينتج عن قيام هذه المسؤولية بأركانها وشروطها ثبوت الحق بالتعويض للمتضرر، سواء كان عينيا أو نقديا.

فالإشكال الذي يجيب عنه هذا الفصل هو: هل تنطبيق قواعد المسؤولية العقدية على المسؤولية العقدية في إطار التجارة الإلكترونية أم بينهما اختلاف؟ وماهي الجزاءات الناتجة عن قيام هذه المسؤولية في القانون الوضعي، والفقه الإسلامي؟

المبحث الأول: قيام المسؤولية العقدية الناتجة عن التجارة الإلكترونية، وانتفائها.

المبحث الثاني: آثار قيام المسؤولية العقدية الناتجة عن التجارة الإلكترونية(الواجب في الضمان).

المبحث الأول: قيام المسؤولية العقدية الناتجة عن التجارة الإلكترونية، وانتفائها.

في المسؤولية العقدية الإلكترونية، الخطأ العقدي ثابت، لكن بالنسبة لباقي الأركان قد ثار حولها جدل نتيجة انتقاد النظريات التقليدية لأركان المسؤولية العقدية، التي تعتمد على الخطأ العقدي، والضرر، وعلاقة السببية، وقد اتجهت بعض التشريعات إلى الأخذ في التعديلات القانونية الجديدة، سواء بشكل مباشر أو ضمني، بعين الاعتبار ما لحق هذه النظريات من قصور في مواجهة الصور الحديثة والخاصة للمسؤولية العقدية، هذه التعديلات تقرر قيام المسؤولية العقدية لأي متعاقد بمجرد عدم تنفيذه لالتزاماته تنفيذاً جيداً وفق مبدأ حسن النية، ولا تنتفي عنه إلا بوجود سبب أجنبي لا يد له فيه.

هذا ما يبرر اتجاه العديد من الدراسات الحديثة[1] إلى تقسيم دراسة المسؤولية العقدية إلى محورين: أولاً، قيام المسؤولية العقدية من خلال التركيز على دراسة إخلال المتعاقد بالتزاماته؛ ثانياً، انتفاء المسؤولية حيث يتم دراسة حالات السبب الأجنبي وفقاً للقواعد العامة أو الحالات المحددة بموجب نص خاص كما هو الحال في مسؤولية المورد.

أما من الناحية الفقهية فالعاقدان يلتزمان بما ورد في أصل العقد، وما كان بشرط صحيح أو عادة وعرف صحيحين معتبرين شرعا وعند الناس، فهل التزاماتهما العقدية تأخذ قوتها الملزمة من العقد والشرط والعرف فقط؟ وما الذي ينجر عن مخالفتها؟ وهل هناك سبيل لدفعها؟ بناء على ما سبق قسمنا المبحث إلى ثلاثة مطالب ندرس كل منها من الناحية القانونية أو الفقهية:

الأول: قيام المسؤولية العقدية للمتعاقدين في التجارة الإلكترونية.

الثاني: قيام المسؤولية العقدية للوسطاء في التجارة الإلكترونية.

الثالث: انتفاء المسؤولية العقدية الناتجة عن التجارة الإلكترونية.

---

[1]–مثل: سقلاب فريدة: المسؤولية العقدية للمورد الإلكتروني في القانون الجزائري، مرجع سابق./ خمقاني كريمة: المسؤولية المدنية للمورد الإلكتروني، في ظل القانون رقم18 –05،مرجع سابق./ قارس بوبكر: المسؤولية المدنية في مجال المعاملات الإلكترونية، مرجع سابق.

المطلب الأول: قيام المسؤولية العقدية الناتجة عن التجارة الإلكترونية.

تقوم المسؤولية العقدية عند إخلال أحد المتعاقدين بالتزاماتهم التعاقدية لذا وجب لقيام المسؤولية العقدية وجود عقد صحيح كامل الأركان والشروط تطابقت فيه الإرادتان، وأن يكون الضرر الذي لحق بأحد الأطراف، نتيجة إهمال أو تقصير من أحد طرفي العقد الإلكتروني في القيام بالتزاماتهما، مما يؤدي إلى عدم تنفيذ العقد أو تنفيذه بشكل غير صحيح، مثل عدم تسليم البضاعة في الوقت المحدد، أو عدم تطابق البضاعة مع الوصف، أو وجود عيوب فيها، أو عدم دفع الثمن، يحق للطرف المتضرر إثارة هذه المسؤولية إذا توفرت أسسها ولم تنتفي هذا حسب القواعد العامة، أما بالنسبة للمسؤولية العقدية محل الدراسة فقد أحاط المشرع الجزائري العقود الإلكترونية بالتنظيم في القانون 18-05 ونص على المسؤولية العقدية في المادة 18 منه، فهل تنطبق القواعد العامة على المسؤولية العقدية في التجارة الإلكترونية، أم جاءت المادة 18 بالتغيير؟ سنجيب عن السؤال في الفرعين: الأول نخصصه لدراسة مصدر قيام المسؤولية العقدية الإلكترونية، والثاني لتحديد أساس قيام المسؤولية العقدية الإلكترونية.

الفرع الأول: مصدر قيام المسؤولية العقدية الناتجة عن التجارة الإلكترونية.

إن الطابع الخاص للمسؤولية العقدية في مجال المعاملات الإلكترونية، جعلت من دراستها تختلف في الطرح عن التقليدية، نظرا لتدخل القانون لتنظيمها مراعيا خصوصيتها وخطورتها، ومراعيا كون الوسائط التكنولوجية ميدانا خصبا للاحتيال والتضليل والغش والخداع، وهو ما يقودنا للبحث هل مصدر قيام المسؤولية العقدية القوة الملزمة لسلطان الإرادة في ابرام العقد، أم أن للقانون رأي آخر في ظل خطورة تلك الخصوصية؟

والسؤال نفسه يطرح من الناحية الشرعية فكما قلنا أن التزامات المتعاقدين منها ماهو من أصل العقد، ومنها مايرجع للشرط ومنها ما يرجع للعرف، هل تكفي قوة هذه الأسباب في الإلزام أم أن للشارع الحكيم سلطانا في الأمر؟ سنجيب عن التساؤلين في بندين:

الأول: مصدر قيام المسؤولية العقدية الإلكترونية في القانون.

الثاني: مصدر قيام ضمان العقد في الفقه الإسلامي.

البند الأول: مصدر قيام المسؤولية العقدية الناتجة عن التجارة الإلكترونية قانونا.

نصت المادة 18 من القانون 18-05 على:" بعد إبرام العقد الإلكتروني، يصبح المورد الإلكتروني مسؤولا بقوة القانون أمام المستهلك الإلكتروني عن حسن تنفيذ الالتزامات المترتبة على هذا العقد" فقد حثت المادة 18 أعلاه أنه بمجرد إبرام العقد يصبح المورد الإلكتروني مسؤولا بقوة القانون أمام المستهلك الإلكتروني عن حسن تنفيذ التزاماته المترتبة عن العقد، سواء تم تنفيذها من قبله أو من قبل مؤدي خدمات آخرين دون المساس بحقه في الرجوع ضدهم. يستنتج من هذه المادة أن مسؤولية المورد الإلكتروني مسؤولية عقدية تقوم بقوة القانون.

لكن المادة نظمت مسؤولية المورد الإلكتروني فقط، ولم ينص القانون المذكور على مسؤولية المستهلك، مما يعني خضوعها للقواعد العامة، لأن الواقع يشهد حدوث ضرر للموردين من قبل مستهلكين غير جادين أو مخادعين مما يلحق أضرارا بالموردين، مما يحدث إخلالا بتوازن العلاقة العقدية في المجال الإلكتروني.

المعروف في المسؤولية العقدية أن مصدر قيامها هو العقد، وهذا ينطبق على المستهلك الإلكتروني، لكن بالنسبة للمورد يختلف الأمر بحيث يكون مصدر قيام مسؤوليته العقدية العقد والقانون في الوقت ذاته.

لأن القانون تولى إقرار هذه المسؤولية بقواعد قانونية آمرة، فعينها بالذات وهي المسؤولية التي محل المساءلة فيها عقد التجارة الإلكتروني المبرم بالشكل المحدد قانونا، ويحدد نطاقها الشخصي وهما المورد الإلكتروني والمستهلك الإلكتروني، ونطاقها الموضوعي من خلال إلقاء مجموعة التزامات مشددة على عاتق المورد الإلكتروني، ويرسم حدودها التي تمثلت في الإخلال بحسن تنفيذ تلك الإلتزامات الناتجة عن ابرام عقد بمحرر الكتروني موقع ومصادق عليه، ويرتب عليها جزاءا خاصا، كما حدد بدأ سريانها أنها تقوم بمجرد ابرام العقد، ما يعني أن العمل بها يقتصر على الالتزامات العقدية في مرحلة التنفيذ دون غيرها من الالتزامات قبل التعاقدية، ولم يكتف بذلك بل حصر أسباب الإعفاء منها في خطأ المستهلك الإلكتروني والقوة القاهرة فقط، حماية للطرف الضعيف في العلاقة وهو المستهلك الإلكتروني، وعليه تكون المسؤولية العقدية الإلكترونية مصدرها ومرجعيتها القانون.[1]

[1]-ينظر: خمقاني كريمة: المرجع السابق، ص575.

وينجم عن كونها مسؤولية قانونية أن الأساس الذي تقوم عليه يحدده القانون، وليس كالمتعارف عليه أن تستند المسؤولية على السلوك الإنحرافي، أي أنه بمجرد إدعاء المستهلك الذي يملك عقدا إلكترونيا موثقا مع المورد الإلكتروني، أن الثاني أخل بالتزاماته العقدية تقوم مسؤوليته وليس على المستهلك إثبات الإخلال، بل على المورد إثبات حسن التنفيذ وعدم الإخلال.[1]

كما ينتج عن كونها تقوم بقوة القانون عدم جواز الاتفاق على الإعفاء منها، لأن المعروف أن العقد شريعة المتعاقدين بحيث يمكن للمتعاقدين الاتفاق على الإعفاء منها، لكن في هذه الحالة تعتبر مسؤولية المورد من النظام العام المفروض بقوة القانون بحيث لا يجوز الاتفاق على الإعفاء منها.

تثور المسؤولية العقدية نتيجة إخلال أحد المتعاقدين بالتزاماته، أي في مرحلة التنفيذ وهي المرحلة التي يقوم فيها كلا المتعاقدين بتنفيذ التزاماتهما العقدية، وأما باقي المراحل التي لا يكون فيها العقد مبرما في حالة تضرر طرف معين نتيجة سوء تصرف الآخر فتقوم المسؤولية التقصيرية حينها، هذه القاعدة العامة، لكن قد يلجأ المتعاقدان إلى ابرام العقود المؤقتة أثناء التفاوض، تتم عبر مراحل بموجب عقود تمهيدية، مثل عقود التوريد للآلات والاجهزة ونقل التكنولوجيا، وتركيب الآلات والوعد بالبيع من جانب واحد، فأي إخلال بالتزامات هذه المرحلة يرتب مسؤلية عقدية، خاصة إذا ثبت تدليس واحتيال أحد المتعاقدين، الأمر الذي يرتب الحق للطرف المتضرر في المطالبة إما بتنفيذ الالتزام أو التعويض، إضافة لدفع الشرط الجزائي إذا تم الاتفاق عليه مسبقا.[2]

البند الثاني: مصدر قيام ضمان العقد في الفقه الإسلامي.

يشمل الضمان أنواعا مختلفة، منها ما يترتب على الضامن عند مخالفة التزاماته العقدية، ذلك أن العقد عندما ينشأ يكون على كل واحد من المتعاقدين واجبات يجب عليه أداؤها، فهي واجبات تثبت بأصل العقد[3]، كما قد تثبت لسبب آخر وهو ما يكون بالشرط الصحيح أو العرف المعتبر.[4]

---

[1]-ينظر: سقلاب فريدة: المرجع السابق، ص575.

[2]-مسكر سهام: المرجع السابق، ص2406.

[3]-والمراد بأصل العقد: أركان العقد وشرائطه (الإيجاب والقبول) أو الناحية الأساسية فيه مثل وجود المعقود عليه. ينظر الموسوعة الفقهية الكويتية، المرجع السابق، ج5، ص68.

[4]-بدر عبد الله حسن بن جدوع: المسؤولية العقدية في التجارة الإلكترونية-دراسة فقهية-، المجلة العلمية لكلية الشريعة والقانون بأسيوط، ع33، 2021، ج2، ص 1636.

فالعقد مصدر للضمان إذا نص فيه صراحة على شرط من الشروط، أو كان الشرط مفهوما ضمنا حسب العرف والعادة، ثم أدخل العاقد بما تقتضيه طبيعة العقد أو يتطلبه الشرط، فلم يقم بتنفيذ التزاماته على الوجه المتفق عليه، كان الخطأ العقدي –وهو عدم أو الإخلال بتنفيذ الإلتزام العقدي– موجبا للضمان، فالالتزامات العقدية واجبة التنفيذ شرعا.[1]

لأن الشريعة الإسلامية تعتبر الإرادة هي التي تنشأ العقد، والآثار تكون من الشارع الحكيم، لأن العقود أسباب جعلية شرعية، وليست أسباب طبيعية، بمعنى أن العلاقة بين العقد وآثاره ليست بسبب ما اشتملت عليه من عبارة تدل على إرادة حرة فقط، بل ذلك لأن الشارع الحكيم، جعل الأحكام مترتبة على العقود، ليس من صيغة الإيجاب والقبول ولا من إرادة العاقدين فقط، بل لأنه جعل ذلك العقد طريقا لثبوت هذه الآثار وتلك الأحكام.[2] وذلك بأدلة منها:

قوله تعالى:﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِ ﴾ المائدة[1].

وقد رجح الطبري رأي ابن عباس في تفسيره لهذا الآية إذ يرى ابن عباس أن معنى الآية هو دعوة الله للمؤمنين للالتزام والوفاء بالعقود والعهود التي أوجبها الله عليهم. ويشمل ذلك كل ما أحله الله لهم، وكل ما حرمه عليهم، وكل ما فرضه من واجبات وحدود. والسبب في تفضيله هذا التفسير هو أن الله تعالى في الآيات التالية بين ما هو حلال وما هو حرام، وما يجب على المؤمنين الالتزام به، مما يدل على أن الأمر بالوفاء بالعقود يشمل كل ما أذن به الله. وفقًا لهذا الفهم، لا يجوز تخصيص هذا الأمر بنوع معين من العقود دون غيرها إلا إذا كان هناك دليل قاطع يوجب ذلك. فالوفاء بالعهد هنا يعني إتمام العقد وفقًا للشروط المتفق عليها بين الأطراف، بشرط أن تكون هذه الشروط جائزة ومشروعة في الإسلام. وبالتالي، لا معنى لتفسير الآية بشكل يقتصر على بعض العقود دون الأخرى، لأن الآية تشمل كل العقود التي أذن بها الله، وتلزم المؤمنين بالوفاء بها كاملة.[3]

---

[1]–الزحيلي وهبة: نظرية الضمان أو أحكام المسؤولية المدنية والجنائية في الفقه الإسلامي –دراسة مقارنة–، ط2، دمشق، دار الفكر، 1998، ص62.

[2]–دبابش عبد الرؤوف: مبدأ سلطان الإرادة بين الشريعة والقانون، مجلة العلوم الإنسانية، ع44، 2016، ص264.

[3]–ينظر: الطبري، أبو جعفر مُحَمَّد بن جرير: جامع البيان عن تأويل آي القرآن، تح: عبد الله بن عبد المحسن التركي، مرجع سابق، ج8، ص11–12.

من نص الآية وتفسيرها يتبين لنا أن الوفاء بالالتزامات العقدية واجب شرعي بنص القرآن، والإخلال بهذا الالتزام إخلال بواجب شرعي، بنص القرآن، وما يؤكد هذا الطرح ما جاء في تفسير ابن عثيمين لهذه الآية: أنه إذا صدر الكلام بـ: ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ ﴾ فإنه يدل على أن ما بعدها من مقتضيات الإيمان؛ تصديقا به إن كان خبرا، وعملا به إن كان طلبا، وأن مخالفة ذلك نقص في الإيمان وامتثاله يزيد به الإيمان، لأن قوله: ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ ﴾ كأنه يخاطبهم بقوله: إن إيمانكم يحملكم على أن تفعلوا كذا وكذا وأن تتركوا كذا وكذا حسب السياق. وقوله: ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِ ﴾ أي آتوا بها وافية كاملة من غير نقص، وقد بين الله تعالى الوعيد على من يستوفي العقود تامة ولا يوفيها تامة.[1]

كما قال أيضا: ﴿ وَأَوۡفُواْ بِٱلۡعَهۡدِۖ إِنَّ ٱلۡعَهۡدَ كَانَ مَسۡـُٔولٗا ٣٤ ﴾ الإسراء [34].

يعني أن الوفاء بالعهد مسئول عنه الإنسان يوم القيامة يسأل عن عهده هل وفي به أم لا.[2]

أي أن الشارع الحكيم جعل لكل عقد من العقود الشرعية أثرا يثبت إذا توافرت أركانه وتحققت شروطه، وليس للمتعاقد أن يفر من أحكام العقد بعد ابرامه صحيحا على الوجه الشرعي،[3] ولو امتنع عن الوفاء بالتزاماته، فإن القضاء يجبره على الوفاء بها، منعا للتساهل في العقود والعبث بها، وللقاضي تعزيره إذا كان امتناعه دون وجه حق.[4]

حيث أن إنشاء العقود مصدره الإرادة أما الوفاء بها طوعا أو كرها، مصدره الشرع.

الفرع الثاني: أساس قيام المسؤولية العقدية الناتجة عن التجارة الإلكترونية.

المعروف حسب القواعد العامة أن المسؤولية العقدية شأنها شأن المسؤولية التقصيرية فهي تقوم على ثلاثة أسس وهي الخطأ العقدي، الضرر الناتج عنه، وعلاقة السببية بينهما، يتمثل الخطأ العقدي في الإخلال بتنفيذ الالتزامات العقدية في مرحلة تنفيذه، كأن لا يسلم أو يقدم التاجر أو البائع أو المستأجر حسب طبيعة العقد، محل التعاقد بحيث لا يتمكن المتعاقد الآخر من الاستفادة منه على الوجه المتفق عليه،

---

[1]–ابن عثيمين: تفسير القرآن الكريم، ط2، دار الجوزي للنشر والتوزيع، المملكة العربية السعودية، 1435هـ، ج1، ص6-7.

[2]–ابن عثيمين: شرح رياض الصالحين، دار الوطن للنشر، د.ط، المملكة العربية السعودية –الرياض، 1426هـ، ج4، ص45.

[3]– دبابش عبد الرؤوف: المرجع السابق، ص 265.

[4]–بن جدوع، بدر عبد الله حسن: المرجع السابق، ص 1654.

أو أن لا يؤدي المتعاقد الآخر مستحقات العقد المالية، فينتج عن عدم التنفيذ أو التقصير فيه، أو إهمال الحرص على التنفيذ الجيد الذي تقتضيه ضرورات العقد ضرر معين وتتحقق رابطة السببية فتقوم المسؤولية العقدية للطرف المخل، لكن لخصوصية عقود التجارة الإلكترونية فالمسؤولية العقدية الناتجة عنه لابد أن تتأثر بهذه الطبيعة، فهل تقوم على نفس الأركان أم أن للمشرع رأي آخر؟ وهو ما سنحاول التعرف عليه في الفرع الأول.

أما من الناحية الفقهية فالعقود في الضمان عامة تنقسم إلى قسمين عقود الضمان، وعقود الأمانة، فما الأساس في ضمان العقد الإلكتروني في الفقه الإسلامي.

البند الأول: أساس قيام المسؤولية العقدية الناتجة عن التجارة الإلكترونية قانونا.

تقوم المسؤولية العقدية للمورد الإلكتروني حسب ما أقره المشرع الجزائري في المادة 18 من القانون 18-05 السابقة الذكر على أساس واحد وهو عدم قيام المدين بتنفيذ التزاماته الناشئة عن العقد، أو التأخير في تنفيذها أيا كان السبب في ذلك، ويستوي في ذلك أن يكون عدم التنفيذ نشأ عن عمده أو إهماله، أو عن فعله دون عمد أو إهمال، فيدخل في هذا الإخلال التنفيذ المعيب للالتزام العقدي، وكذا التنفيذ الجزئي له، سواء كان عدم التنفيذ مرده إلى الفعل الشخصي للمدين، أو كان مصدره فعل شخص تابع له أو شيء في حراسته، وله السيطرة الفعلية عليه.[1] أي أن مجرد عدم تنفيذ الالتزام العقدي يعتبر موجبا لقيام المسؤولية، وهو أساس قيام مسؤولية المورد وهو ما سنفصل فيه في البند الأول.

أما في البند الثاني نتناول مسؤولية المستهلك والتي تخضع للقواعد العامة للمسؤوية العقدية السابق ذكرها أي أنها تقوم على الأركان الثلاثة الواجب توفرها لقيام المسؤولية العقدية.

أولا: أساس قيام مسؤولية المورد الإلكتروني العقدية.

تقوم مسؤولية المورد الإلكتروني تجاه المستهلك الإلكتروني بمجرد عدم التنفيذ الحسن لالتزاماته التعاقدية دون تقصي أسباب عدم التنفيذ، ولا تتأسس على السلوك الخاطئ من قبله، بل يكفي عدم تنفيذ الالتزام

[1]-حوحو يمينة: عقد البيع الإلكتروني، مرجع سابق، ص 304-305.

لقيامها دون البحث في أسباب عدم التنفيذ.[1]

إذا الأساس الذي وضعه المشرع لمسؤولية المورد الإلكتروني العقدية هو الإخلال بالتنفيذ الجيد للالتزامات العقدية، والدائن لا يطالب بإثبات خطأ المسؤول لأن الخطأ هنا مفترض، وعلى المدين أن يثبت أن عدم التنفيذ يعود لسبب من أسباب نفي مسؤوليته المقررة قانونا.

ويقصد بالتنفيذ الجيد للعقد من طرف المورد الإلكتروني احترامه لكل التزاماته العقدية والقانونية المترتبة عليه، والإخلال به هو عدم تنفيذ الالتزامات القانونية الواقعة على عاتق المورد الإلكتروني بما يتطلبه حسن النية الذي يتعين الإعمال به في مرحلة تنفيذ العقد.[2]

أي الإخلال بمبدأ حسن النية في تنفيذ العقد، والمقصود بهذا المبدأ التزام الأمانة والشرف في تنفيذ العقد، وعدم الغش أو التدليس أو ممارسة الحيل عند تنفيذ العقد،[3] وتجدر الإشارة هنا أن اشتراط المشرع لحسن النية في تنفيذ الالتزامات العقدية للمورد الإلكتروني يمثل حماية كبيرة للمستهلك، لأنه تعدى الاعتماد على مبادئ العدالة المستندة على الإخلال بالتنفيذ لخطأ جسيم أو بسيط أو لعيب في المنتوج، ليرتقي ويستند على مبدأ أخلاقي وهو حسن النية في التنفيذ،[4] وهنا تشدد المشرع في فرض المسؤولية على المورد.

والالتزامات التي ينجر عن الإخلال بها قيام المسؤولية العقدية هي كل الالتزامات العقدية للمورد الإلكتروني، سواء تلك التي أقرها عليه المشرع الجزائري بموجب القانون 18-05 التي تثبت عليه بمجرد ابرام العقد وهي الالتزام بالتوثيق والتزامات مرحلة التنفيذ كالالتزام بالتسليم أو التقديم في الآجال المحددة في العقد والالتزام بإرسال نموذج العقد والالتزام بتحرير الفاتورة، أو الالتزامات المفروضة حسب القواعد العامة، كالالتزام بالضمان القانوني منها ضمان عدم التعرض والاستحقاق، وضمان خلو المحل من العيوب، وضمان المطابقة، فيضمن توفر جميع المواصفات المتفق عليها في محل العقد، ولأن المشرع ألزم المورد بحسن تنفيذه لالتزاماته يعتبر تنفيذ الالتزام بالإعلام التعاقدي كتقديم المعلومات والنصائح والإرشادات التي تسمح

---

[1]-ينظر: سقلاب فريدة: المرجع السابق، ص575.

[2]-المرجع نفسه، ص574.

[3]- خمقاني كريمة: المرجع السابق، ص21.

[4]- المرجع سابق، ص19.

باستعمال المبيع في أفضل الظروف دون مصاعب أو متاعب أو أخطار، من مقتضيات حسن التنفيذ التي ينجر عن الإخلال بها قيام مسؤوليته العقدية.[1]

وقد يكون الإخلال فعلا إيجابيا مثل مخالفة الاتفاق في تنفيذ التزام ما، وقد يكون الخطأ سلبيا كإخفاء بعض المعلومات الأساسية الجوهرية في العقد، أو الامتناع عن تنفيذ التزام معين، بحيث يوجب التعويض بعد المطالبة بالتنفيذ العيني وإصلاح الحال إن كان ممكنا.

لم يشر المشرع في القانون 18-05 للضرر تجاه أي طرف ففي معرض تقريره لمسؤولية المورد اكتفى بذكر أساس قيامها وهو حسن تنفيذ الالتزامات العقدية، يتضح من المادة أن مسؤولية المورد تقوم إذا خالف التزاما عقديا حتى ولو لم يصب المستهلك ضرر ما، لكن لأن وجود ركن الضرر يعتبر من متطلبات العدالة بحيث يكون مقدار الضرر هو مقدار تحديد التعويض،[2] لأنه لا يمكن الأخذ بالتعويض على إطلاقه. فلو افترضنا أن المستهلك لم يصبه ضرر محدد جراء عدم تنفيذ المورد لالتزاماته أو تأخره في ذلك، فالنتيجة عدم تنفيذ الالتزامات المتقابلة إلى أن ينفذ الطرف الآخر إلتزامه، وهو ما نصت المادة 21 من القانون 18-05:"عندما يسلم المورد الإلكتروني منتوجا أو خدمة لم يتم طلبها من طرف المستهلك الإلكتروني، لا يمكنه المطالبة بدفع الثمن أو مصاريف التسليم"

أي أنه لا يتحقق الضرر عند المساس بمصلحة مشروعة للمضرور في ماله أو في شخصه فقط، بل يكفي أن يصيب الضرر حقا من حقوقه،[3] وقد عرفنا سابقا في ثنايا البحث أن جميع الالتزامات العقدية للمورد الإلكتروني هي عبارة عن حقوق للمستهلك.

كما أنه ليس على المستهلك إثبات لا الضرر ولا علاقة السببية بين الإخلال والضرر، ولا حتى الخطأ نفسه فيكفي إثبات المعاملة التي ابرمت بينهما، وذلك لصعوبة إثبات في مجال التجارة الإلكترونية، لافتقار المستهلك للوسائل التي تمكنه من ذلك، وهو ما يبرر تشديد المشرع في فرضه لطرق الإثبات في كل المراحل التعاقدية، ولكثرة المتدخلين في المعاملة الإلكترونية، ولبعد الأطراف عادة عن بعضهما، بل إنه بمجرد

---

[1]-حوحو يمينة: عقد البيع الإلكتروني، مرجع سابق، ص 299-300.

[2]-خمقاني كريمة: المرجع السابق، ص22.

[3]- لعروري زواوية: العقد الإلكتروني والمسؤولية التعاقدية الناتجة عنه، مجلة البحوث القانونية والسياسية، ع08، 2017، ص27.

حدوث الضرر يفترض إخلال المورد بالتزاماته، وله حق الرجوع على مقدمي الخدمات الآخرين الذين يتعامل معهم في إطار تجارته الإلكترونية. أما بالنسبة لإثبات الضرر وتقدير مداه فهي في الغالب مسألة فنية مرتبطة بجوانب فنية يختص بها خبراء المعلوماتية.[1]

وتجدر الإشارة إلى أن عدم تنفيذ المورد الإلكتروني لالتزاماته التعاقدية بمقتضى العقد المبرم عن بعد، لم تعالجه التشريعات الخاصة بهذا العقد إلا في أضيق الحدود وعلى نحو لا يسمح بمواجهة كل ما قد يثار بشأن عدم التنفيذ بخصوص هذا العقد، وبالتالي يقتضي الأمر الرجوع للقواعد العامة لسد فراغ التنظيم التشريعي الخاص بشأن عدم أو الإخلال بالتنفيذ، هذا مع مراعاة ما قد تقتضيه العقود المبرمة عن بعد، عند اتصافها بالصفة الدولية من إعمال لقواعد القانون الدولي الخاص والاتفاقيات الدولية المعمول بها.[2]

ثانيا: أساس قيام مسؤولية المستهلك الإلكتروني العقدية.

يعتبر مصدر التزام المستهلك الإلكتروني تجاه المورد الإلكتروني هو العلاقة القانونية الناشئة بينهما بموجب عقد التجارة الإلكتروني الذي قد يكون بيعا أو إيجارا أو وديعة أو عارية أو غيرها من التصرفات القانونية ولو أن الغالب أنه عقد بيع ينصب على سلعة أو تقديم خدمة معينة، ومنه فإن طريقة الوفاء وآجالها وكيفيتها كالتسبيق أو التأخير والتي تكون موضحة في العرض التجاري، تخضع لاتفاق طرفي العقد كقاعدة عامة، ما لم يوجد نص آمر يقضي بخلاف ذلك مثل إجبارية الدفع الإلكتروني في عقود التجارة الإلكترونية الدولية.[3]

لم يشر المشرع إلى مسؤولية المستهلك الإلكترونية في القانون 18-05 وبالتالي تخضع لقواعد المسؤولية العقدية التقليدية في القانون المدني، أي تحتاج لقيامها زيادة على الإخلال بالالتزام نشوء ضرر وهو ما يعرف بالضرر العقدي الإلكتروني، وأن يكون الضرر مرتبطا ارتباطا سببيا بالإخلال أو عدم الوفاء.

فعن الإخلال بالالتزامات العقدية كخطأ عقدي إلكتروني للمستهلك وهو أول ركن لمسؤوليته العقدية، نصت المادة 16 من القانون 18-05 على:" ما لم ينص العقد الإلكتروني على خلاف ذلك، يلتزم المستهلك الإلكتروني بدفع الثمن المتفق عليه في العقد الإلكتروني بمجرد إبرامه" فأعطت هذه المادة

---

[1]-قارس بوبكر: المرجع السابق، ص232.

[2]-سقلاب فريدة: المرجع السابق، ص 578.

[3]-المرجع نفسه، ص227.

الأولوية للاتفاق حول طريقة وكيفية وموعد الدفع، لكن ألزمت المستهلك بالدفع بمجرد الابرام ليكون التزاما عقديا، يجعل منه مسؤولا مسؤولية عقدية تجاه المورد الإلكتروني إن أخل بهذا الالتزام متى حل أجل استحقاق ثمن السلعة أو الخدمة المتعاقد عليها ولم يتم الوفاء بها كلية، أو أنه تم بطريقة جزئية، أو لم يتم بالطريقة المتفق عليها، وذلك أيا كان سبب عدم الوفاء سواء كان امتناعا متعمدا أو بسبب عدم كفاية الرصيد، إلا إذا أثبت أن عدم القدرة على الوفاء بسبب خطأ البنك أو المؤسسة المالية المتعامل معها.[1]

أما الضرر العقدي الإلكتروني إذا كان واقعا على المورد الإلكتروني وهو الركن الثاني لمسؤولية المستهلك الإلكترونية، فيخضع للقواعد العامة بكل أسسه وتفاصيله، ويقصد به:"الإخلال بمصلحة محققة مشروعة للمضرور في ماله أو شخصه، أي الأذى الذي يصيب الشخص في حق من حقوقه أو مصلحة مشروعة له، سواء كان اضرر ماديا أو معنويا"[2]، ويشترط أن يكون الضرر الذي يمكن توقعه عادة وقت التعاقد إذا لم يرتكب المستهلك غشا أو خطأ جسيما، حسب المادة 2/182 من ق.م.ج على:" غير أنه إذا كان الالتزام مصدره العقد، ولا يلتزم المدين الذي لم يرتكب غشا أو خطأ جسيما إلا بتعويض الضرر الذي يمكن توقعه عادة وقت التعاقد"

كما أن الأضرار الناتجة عن عدم تنفيذ المستهلك لالتزاماته العقدية تتصف بالصفة المادية التي تشمل خسارة المال، وأيضا بالصفة المعنوية التي تشمل اهتزاز ثقة التجار والمصارف، ويشترط أن يكون الضرر نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالتزام، أو الوفاء المعيب، أي تحقق رابطة السببية بين الإخلال والإلتزام.

الفرع الثاني: أساس ضمان العقد الإلكتروني في الفقه الإسلامي.

من خلال بحثنا في الموضوع وجدنا الكثير من الدراسات تربط بين ضمان العقد في الفقه الإسلامي، وبين المسؤولية العقدية في القانون الوضعي، لذا عمدنا إلى دراسة الفرق بينهما لتوضيح فكرة ضمان العقد أكثر في الفرع الأول، ثم دراسة أركان ضمان العقد فقها في الفرع الثاني:

---

[1]–قارس بوبكر: المرجع السابق، ص 227.

[2]–لعروري زواوية: العقد الإلكتروني والمسؤولية التعاقدية الناتجة عنه، مرجع سابق، ص27.

البند الأول: الفرق بين ضمان العقد والمسؤولية العقدية.

ضمان العقد في الفقه الإسلامي بالمعنى الإصطلاحي الدقيق هو: "ضمان مال تلف بناء على عقد من عقود الضمان، وضمانه حينئذ يكون بما يقتضيه العقد من عوض دون مراعاة لقيمته كأساس في التقدير".[1]

فالمبيع مضمون في يد البائع قبل التسليم بالثمن، فإذا تلف قبل التسليم ولو بآفة سماوية انفسخ العقد وسقط الثمن، وإذا كان المشتري قد استرده، فضمان العقد لا يكون إلا في عقود المعاوضات المالية، ويقابل فكرة ضمان العقد في الفقه الإسلامي، فكرة انفساخ العقد الملزم للجانبين في القانون الحديث، وليس فكرة المسؤولية العقدية.[2]

لكن ضمان اليد في الفقه الإسلامي يدخل في عموم المسؤولية العقدية في فقه التقنينات المدنية الحديثة ما دام إثبات اليد على المال قد تم بموجب عقد سواء كانت يد ضمان[3] ابتداء، كيد الأجير في عقد الإجارة، أو كانت يد أمانة[4]، إلا أنها تحولت إلى يد ضمان نتيجة فعل الأمين أو امتناعه المعدود تعديا أو تفريطا، فالمستأجر يده يد أمانة فإذا تعدى في استعمال العين المؤجرة خلافا لما يقتضيه العقد أو العرف فإنه تصير يده يد ضمان ويلتزم بتعويض المؤجر بأداء قيمتها أو مثلها وهذا هو مقتضى المسؤولية العقدية.[5]

فضمان العقد الذي يعرفه الفقهاء غير المسؤولية العقدية في اصطلاح فقهاء القانون الوضعي، للأن ضمان العقد كما سبق التوضيح ضمان مال تالف بناء على عقد اقتضى الضمان، أما المسؤولية العقدية فليس التعويض فيها تعويضا عن مال متلف فقط، وإنما هو تعويض ناشئ عن إخلال المدين بتنفيذ ما التزم به بناء على عقد، ولذا فإنها تتطلب في وجودها وجود عقد صحيح واجب التنفيذ لم يقم عاقده بتنفيذه، وذلك عندما يتعين أن يكون التنفيذ عينيا، أما إذا كان التنفيذ بأداء مال، فإن الواجب حينئذ هو الالتزام

---

[1]–أبو العيال، أيمن: فكرة ضمان العقد في الفقه الإسلامي، مجلة جامعة دمشق، ع02، مج19، 2003، ص 100.

[2]–ألفا سنغاري الحاج ، بخيت أحمد مُحَمَّد حسنا: المرجع السابق، ص 53.

[3]–يد الضمان: هي يد الحائز الذي حاز الشيء بقصد تملكه أو لمصلحة نفسه كالغاصب والمشتري، والقابض على سوم الشراء أو ببيع فاسد، والمرتهن بمقدار الدين، فكل واحد من هؤلاء حاز الشيء لمصلحة نفسه. الزحيلي وهبة: نظرية الضمان، مرجع سابق، ص175.

[4]– يد الأمانة: هي يد الحائز الذي حاز الشيء لا بقصد تملكه بل باعتباره نائبا عن المالك، كالوديع والمستأجر والوكيل والشريك والأجير الخاص... الزحيلي وهبة: نظرية الضمان، مرجع سابق، ص174.

[5]–أبو العيال أيمن: المرجع السابق، ص 102.

بأداء هذا الدين جبرا بما تؤدى به الديون جبرا، ولا يكون محلا للمسؤولية العقدية.[1]

وهو مالا يراه فقهاء الشريعة الإسلامية، فإن إخلال المتعاقد بالتزامه يستلزم شرعا إجباره عليه، فإذا امتنع كان امتناعه معصية- لأن قوة الالتزام كما سبق ورأينا مصدره أوامر الشارع الحكيم- يستحق عليها التعزير إلى أن يلتزم، أما إلزامه على وجه التعويض عما أحدثه بامتناعه من ضرر لا يتمثل في فقد مال، فلا تبيحه القواعد الفقهية، والأصول الشرعية التي تقضي بأن أخذ المال لا يكون إلا تبرعا، أو في مقابلة مال أخذ أو أتلف، وإلا كان أكلا له بالباطل، وعلى ذلك يكون أخذه تعويضا عن ضرر لم يرتب عليه تلف لمال غير جائز شرعا لأن أساس التعويض في نظر الفقه الإسلامي هو مقابلة مال بمال، أو منفعة بمال، كما لا يرتب التعويض على الضرر المعنوي.[2]

كما أن الضمان في الفقه الإسلامي مبني على فكرة عدم التمييز بين المسؤوليتين ويقيم كليهما على أساس نظرية تبعة الهلاك وهي نظرية موضوعية تعتني بالضرر لقيام المسؤولية أكثر من باقي الأسس، فالضمان في الفقه الإسلامي يعتبر من الجوابر التي شرعت لجلب ما فات من المصالح، والغاية منه جبر الضرر وإزالته، وهو مانتج من العصمة لحق ومال الغير في الشرع الإسلامي،[3] الذي يعتبر كلية من كليات الخمس، لأن العلة في مشروعية الضمان في الفقه الإسلامي هي المحافظة على حرمة أموال الآخرين وأنفسهم أو جبرا للضرر الواقع عليهم، حيث لا توجد مسؤلية بالمعنى الدقيق للمصطلح، والتي تعبر عن شكل للمؤاخذة واللوم يظهر من خلال الحكم أو الأثر المترتب عنها، لكن الضمان بهذا المعنى حال من المؤاخذة واللوم والجزاء فهو لا يترتب كأثر لفعل محظور أو ملام عليه بذاته-كالإخلال بالتزام عقدي أو قانوني- بقدر ما يقوم من أجل إزالة آثار الفعل دون التطرق للفعل بذاته، وهو بذلك تأسيس على الضرر.[4]

الفكرة نفسها توصلت إليها آخر اجتهادات الفقه القانوني فبعد تبني النظرية الشخصية التي تقيم المسؤولية على الخطأ ثم التفصيل في درجات وأوصاف الخطأ ثم تراجع فكرته، وبروز فكرة الضرر، والعودة

---

[1]-الخفيف علي: الضمان في الفقه الإسلامي، د.ط، دار الفكر العربي، القاهرة-مصر،2000، ص 19.

[2]-الزحيلي وهبة: نظرية الضمان، مرجع سابق، ص77.

[3]-اللقماني مجدي باخت ناهر: نظرية الضمان في الفقه الإسلامي، المجلة الدولية لنشر البحوث والدراسات، ع51، مج5، 2024، ص 162.

[4]-اللقماني مجدي باخت ناهر: المرجع السابق، ص152.

إلى الخطأ في حالات خاصة من المسؤولية، فكثرة هذه الاجتهادات وأحيانا اضطراب مبادئها، هو ما أثر حتى على فكرة استعمال مصطلح المسؤولية عامة فظهرت تيارات تنتقد استعماله لأنه يرتبط بالعقاب أكثر منه بالجبر والإصلاح وهو الأصل في المسؤولية المدنية، وهذا ما أثر حتى على النظم التشريعية فنجد منهم من ربط الخطأ بالجزاء وهو التعويض فيستعمل مصطلح العمل أو الفعل المستحق للتعويض، ومنهم من ربط الخطأ بالضرر تحت مسمى "الفعل الضار"، وغيرها من المسميات لمعنى واحد.

وعليه فالمسؤولية العقدية في القانون الوضعي تتفق مع ضمان العقد في نواح منها: كون ضمان العقد في الفقه الإسلامي يقتصر بصورة أكبر عل سلامة المعقود عليه من العيب أو الاستحقاق، فإذا ظهر أحدها بعد التسليم والقبض استحق ضمان العقد وهو ما تقتضيه المسؤولية العقدية في القانون إذ تستلزم ضمان الاستحقاق والعيب وغيرها من الضمانات السابق ذكرها التي بتخلفها تقوم المسؤولية العقدية عن عدم تنفيذ الالتزام بالضمان–القانوني–.

وتختلف عنه في نواح أخرى، فالفقه الإسلامي لا يرى بالتعويض عن الإخلال بالالتزام العقدي مطلقا بل يقتصر على اتلاف المال، لكن لا يعقل ترك التسبب للناس بالضرر لأي سبب دون حساب في الشريعة الإسلامية، بهذا الطرح بل ضمان العقد يقتضي الفسخ عند عدم الالتزام، لكن إذا اجتمع في الفعل الإخلال بالالتزام العقدي، والاعتداء أو نية إلحاق الضرر بالغير، أي اجتماع صفتين في الفعل العقدية والتقصيرية، فيفسخ العقد وفق ضمان العقد ويعوض عن الضرر وفق ضمان اليد أو الإتلاف، وهو ما يقابل المسؤولية التقصيرية في القانون، كما أن القانون كذلك لا يرتب في كل حالات قيام المسؤولية العقدية التعويض النقدي فقط، بل يرتب التعويض العيني الذي قد يكون الزام المتعاقد بتنفيذ التزامه إذا كان ممكنا أو الفسخ إذا استحال التنفيذ.

بالإضافة إلى أن الفقهاء رتبوا الضمان عند الإخلال بالعقد وعدم تنفيذه إذا دل عليه عرف الناس ولم يصرح به إذا نتج عن ذلك ضرر،[1] ومن قواعدهم في هذا الصدد:

[1]–بن جدوع: المرجع السابق، ص 1650 وما بعدها.

- "المعروف عرفا كالمشروط شرطا"[1]
- "المعروف بين التجار كالمشروط بينهم"[2]
- "التعيين بالعرف كالتعيين بالنص"[3]

وقانون التجارة الإلكترونية ألزم المورد أن يبين في عرضه التجاري كل المعلومات التفصيلية حول التعاقد وحلول بعض المشاكل المتوقع حدوثها وهو ما يوافق عليه المستهلك بإرادته فيدخل في حكم الالتزام بالشروط المعتبرة شرعا، كما أن التعويض عن الضرر الناتج عن إبطال العقد يكون على أساس المسؤولية التقصيرية وليس العقدية لعدم وجود عقد صحيح كامل الأركان، والضرر ناتج عن فعل ضار نتيجة مخالفة قواعد قانونية، وهو ما يتطابق مع ما رأيناه سابقا.

أما عن التعويض عن ما فات من كسب بالنسبة للمستهلك فلا يحدث كثيرا لأن المستهلك هو من يقتني بعوض أو بدونه من المورد الإلكتروني بغرض الاستخدام النهائي لها وليس لإعادة المتاجرة به إلا إذا كان ما اقتناه يحتاجه في تجارته أو عمله أو مؤسسته، وبالنسبة لتعويض المورد الإلكتروني عن ما فاته من كسب بسبب عدم أو سوء تنفيذ المستهلك لالتزاماته، فلا نرى بأحقيته لأنه يندرج حسب رأينا ضمن مخاطر وأحوال التجارة عموما، لأنها تدور بين ربح وخسارة، مع مراعاة حسن وسوء نية الطرف المتسبب في الضرر طبعا، وتبقى هذه الأحكام مرهونة بالواقع، فوقائع كل قضية تختلف عن غيرها وبالتالي الأحكام حتى وأن استندت على مبادئ قانونية واحدة لكن نجد فيها اختلاف يفرضه الواقع، وهو الحال في الفقه الإسلامي.

مما سبق يمكننا الاستنتاج أن أحكام ضمان العقد تنطبق على مسؤولية المستهلك في العقود الإلكترونية التي تفضي نتيجتها عادة إما إلى الإلزام بالتنفيذ أو الفسخ، إلا إذا تعمد المستهلك إلحاق خسارة مالية بالمورد الإلكتروني وكان هذا الضرر غالبا هو الدافع وراء التعاقد وهو ما لم نجد فيه اختلاف أو تعارض بين الفقه الإسلامي والقانون.

---

[1]-المادة 43 من مجلة الأحكام العدلية، مرجع سابق، ص 21.

[2]-المادة 44، المرجع نفسه.

[3]- المادة 45، المرجع نفسه.

أما بالنسبة للمورد الإلكتروني، فإنه ملزم بتنفيذ التزاماته، وإلا فإن للمستهلك الحق في إبطال العقد أو العدول عنه، مع معاقبته بغرامات جزائية على عدم التنفيذ. وتعتبر هذه الغرامات من قبيل التعزير بالمال شرعا، وهو ما يتفق مع الفقه الإسلامي.

البند الثاني: أركان ضمان العقد في الفقه الإسلامي.

إن استقرار الفقه على اعتبار الضرر بدرجة أولى لا يعني اتفاق فقهاء الشريعة الإسلامية حول أركان الضمان فمواقفهم في الموضوع فيها تباين نوضحها باختصار :

فمنهم من أسسه على خمسة،[1] معللا بما أن الضمان التزام ناشئ عن عقد أو فعل بالإيجاب أو الامتناع، فلابد أن يتوفر فيه:

- الضامن: وهو الفاعل أو المسؤول.
- المضمون: وهو الضرر.
- المضمون له: المضرور أو صاحب الحق المعتدى عليه.
- المضمون به: وهو الدين أو ماينتج عن الضمان.
- الصيغة: وهي كل مادل على معناه من قول أو كتاب أو إشارة، إن عدت ركنا أما إن دلت على ماهية الأركان فهي ليست ركنا.

ومنهم من اختار له ثلاثة أركان[2]:

- الأول: ما يجب فيه الضمان: المقصود به الأشياء أو الحالات التي تقع عليها المخالفة فتوجب على الشخص الضمان إذا اتلفت أو غصبت أو خولفت.
- الثاني: الموجب للضمان: وهي الحالات التي تستوجب الضمان: كالضرر الناشئ عن الاتلاف أو الاعتداء أو المخالفة بالمباشرة أو التسبب العمدي.

---

[1]- المجاجي، محمد سكحال: المهذب من الفقه المالكي وأدلته، ط1، دار الوعي، الجزائر، 2010، ص 576-577.

[2]- القرافي: الفروق-أنوار البروق في أنواء الفروق-، د.ط، عالم الكتب، د.ت.ن، ج2، ص203 ومابعدها/ ومن المعاصرين سليمان محمد أحمد: ضمان المتلفات في الفقه الإسلامي، ط1، مطبعة السعادة، القاهرة-مصر، 1985، ص208/ العتيبي محمد محسن عمر: قواعد الضمان في الفقه الإسلامي، مجلة كلية الشريعة والقانون بتهفنا الأشراف-دقهلية، ع 3، مج22، 2020، ص2545.

- الثالث :الواجب في الضمان: نتيجة الضمان التي يجب تقديمها، إذا تحقق العنصران السابقان، كرد المال بعينه، أو رد مثله إن كان مثليا.

- ومنهم من اختار ثلاثة أخر مختلفة عن سابقتها[1] وهي:

- التعدي: وهو مخالفة ما حده الشرع أو العرف، بإهمال أو تقصير، أخطأ أو عمد.

- الضرر: وهو إلحاق مفسدة بالغير بالقول والفعل، أو بالترك.

- الإفضاء: وهو أن يوصل المتعدي للضرر، ما يقابل السببية في القانون.

ومن المعاصرين من أقامه على ركنين فقط وهما التعدي والضرر، واعتبر الرابطة التي بينهما إما تسببا أو مباشرة، من قبيل عدم وجود المانع للسبب، وأما الركن المقصود هنا: وهو ما يتوقف عليه وجود الشيء، فلا ينطبق على هذه الرابطة.[2]

لكن غلب على الدارسين خاصة في الدراسات المقارنة دراسة الأركان الثلاثة: التعدي والضرر والإفضاء أو رابطة السببية بما يقابل أركان المسؤولية المدنية في القانون، مع إقامة الوزن الأكبر لركن الضرر، بناء على قواعد فقهية مؤسسة على نصوص شرعية: كقاعدة لا ضرر ولا ضرار، وقاعدة الضرر يزال.[3]

المطلب الثاني: قيام المسؤولية العقدية للوسطاء في التجارة الإلكترونية.

نظرا لكثرة المتدخلين والوسطاء في التجارة الإلكترونية، يطرح إشكالية نوع المسؤولية المدنية (عقدية أوتقصيرية) القائمة لهؤلاء سواء بالنسبة للمستهلك أو المورد، فهناك من يرى أن مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه تقوم في أي مرحلة فيسأل المتبوع عن كل متداخل على الشبكة وفي أي مرحلة باعتباره تابعا له.[4]

وهناك من يرى العكس أي أن أصحاب الحسابات والمواقع تابعون لمقدمي الخدمات على الشبكة كونهم عملاء لديهم، بشرط أن يكونوا لهم القدرة على الرقابة والإشراف وحصولهم على فائدة مالية من النشاط المخالف.[5]

---

[1]-وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية: الموسوعة الفقهية الكويتية، ط1، مطابع دار الصفوة، الكويت، 1993، ج28، مادة ضمان، ص222-223.

[2]-الزحيلي وهبة: نظرية الضمان، مرجع سابق، ص 18.

[3]-السيوطي: المرجع السابق، ص173.

[4]- لعروي زواوية: العقد الإلكتروني والمسؤولية المدنية الناتجة عنه، مرجع سابق، ص 187.

[5]-قعدان سرين مروان مُحَمَّد صالح: المرجع السابق، ص 66.

أي أن المسؤولية المدنية الإلكترونية عن الأضرار التي تصيب الغير جراء تصرفات غير مشروعة تؤدي بدورها إلى قيام مسؤولية تعاقدية،[1] فقد اتجه جانب الفقه الحديث إلى اصطناعية التمييز بين المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية–خاصة المسؤولية المهنية–، سواء من حيث الطبيعة القانونية أو من حيث النظام القانوني، ففي كثير من الحالات، يمكن أن تنشأ أضرار من نفس الفعل من عقد ومن فعل تقصيري، مما يجعل من الصعب التمييز بينهما بوضوح.

أي أنه إذا قام شخص بإلحاق الضرر بآخر بسبب إخلاله بعقد معين، فإن الفعل قد يتداخل بين كونه تقصيرا في العقد وكونه فعلا ضارا، وذلك لأنه ثبت لرجال القانون أن "مبدأ سلطان الإرادة" مجرد فكرة فلسفية نظرية، وأن العقد في الواقع يستمد قوته الملزمة من القانون، وبالتالي فإن الفوارق بين المسؤوليتين نظرية أكثر منها عملية، خاصة مع التزايد المستمر للمسؤولية المهنية والتي يصعب أو لا يمكن في الكثير من الحالات إخضاعها للتمييز الكلاسيكي بين المسؤوليتين.

فالمعروف أن المسؤولية التقصيرية هي ثلاثة أنواع: مسؤولية عن الفعل الشخصي، ومسؤولية عن فعل الغير، ومسؤولية عن الأشياء، وهو ما لا يعرف في المسؤولية العقدية، لكن ظهرت حالات جعلت من الاجتهاد القضائي الفرنسي يؤسس بالمثل ما يعرف بالمسؤولية العقدية عن فعل الغير والمسؤولية العقدية عن الأشياء،[2] وهذا الاتجاه في ظاهره يتطابق مع نص المادة 2/18 من القانون 18-05 التي تنص على: "بعد إبرام العقد الإلكتروني، يصبح المورد الإلكتروني مسؤولا بقوة القانون أمام المستهلك الإلكتروني عن حسن تنفيذ الالتزامات المترتبة على هذا العقد، سواء تم تنفيذها من قبله أو من قبل مؤديي خدمات آخرين، دون المساس بحقه في الرجوع ضدهم".

لذا وجب التطرق لمسؤوليتهم في التجارة الإلكترونية ، قبل الفصل في نوعيتها، وذلك في فرعين:

الأول: مسؤولية مقدمي الخدمات التقنية في التجارة الإلكترونية.

الثاني: مسؤولية مقدم الخدمات الوسيطة في التجارة الإلكترونية.

---

[1]–زواوية لعروي: العقد الإلكتروني والمسؤولية التعاقدية الناتجة عنه، مرجع سابق، ص34.

[2]–ينظر: شوقي بناسي: المسؤولية التقصيرية والمسؤولية العقدية: تمييز نحو الزوال، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية، السياسية والاقتصادية، مج57، ع02، 2020، ص 435.

الفرع الأول: المسؤولية العقدية لمقدمي الخدمات التقنية في التجارة الإلكترونية.

عرف القانون رقم 09-04 المتعلق بالقواعد الخاصة للوقاية من الجرائم المتصلة بتكنولوجيات الإعلام والاتصال ومكافحتها في المادة 2 منه مقدم الخدمة أنه:" أي كيان عام أو خاص يقدم لمستعملي خدماته القدرة على الاتصال بواسطة منظومة معلوماتية و/أو نظام للاتصالات، وأي كيان يقوم بمعالجة أو تخزين معطيات معلوماتية لفائدة خدمة الاتصال المذكورة أو لمستعمليها"[1]

يتعدد مقدمو الخدمات الفنية والتقنية على الشبكة بصورة تصعب حصرهم وتعريفهم وعدهم في ظل التطور المستمر للخدمات عبر الشبكة وبالتالي ظهور مقدمي خدمات متنوعة بالتزامن مع ظهور تقنيات جديدة، وميزات إضافية للبرامج ونظم الحاسوبية، لذ سنخص في دراستنا لهم على أهم ثلاث مقدمي خدمات تقنية عبر الانترنت وهم: متعهد الوصول في البند الأول، متعهد الإيواء في البند الثاني، ومسجل أسماء النطاق في البند الثاني.

البند الأول: المسؤولية العقدية لمتعهد الوصول.

متعهد الوصول، أو متعهد الخدمة، أو مزود الخدمة، يتميز دور هؤلاء الوسطاء في المساعدة الآلية لتمكين المستخدم من الوصول إلى الشبكة واستخدام مختلف تطبيقاتها. ومع ذلك، فإن هذا لا يعني عدم أهمية الدور الذي يلعبه مقدمو هذه الخدمات، بل على العكس من ذلك، يعتبر أمراً مهماً وأساسيا عندما يريد القاضي إسناد المسؤولية لهؤلاء أو لغيرهم عن تلك الأمور.[2]

ومن أمثلة مقدم خدمة الوصول في الجزائر Fawri, Daweb, إضافة إلى Epad, Assila في القطاع الخاص.[3]

أما عن مسؤولية متعهد الوصول يمكن أن تتحمل الشركات التي تقدم خدمات الإنترنت أو تكنولوجيا المعلومات مسؤولية عقدية إذا كان هناك تقصير في تقديم الخدمة، مثل عدم تقديم الدعم الفني

---

[1]-القانون 09-04 المؤرخ في 5 أوت 2009، المتعلق بالقواعد الخاصة من الجرائم المتصلة بتكنولوجيات الإعلام والاتصال ومكافحتها، ج.ر 47، الصادرة في 25 شعبان عام 1430هـ-16 أوت 2009م.

[2]-قارس بوبكر: المرجع السابق، ص79.

[3]- خمقاني كريمة: المرجع السابق، ص 282.

بشكل كاف الذي يؤدي إلى أضرار للمستخدمين، المتعاقد معهم.

أما عن المحتوى المنشور فالقاعدة العامة هي أن مقدم الخدمة ليس مسؤولاً عن طبيعة ومشروعية المعلومات التي ينقلها، حيث يقتصر دوره على تمكين العميل من الاتصال بالشبكة دون الاطلاع على المحتوى. ومع ذلك، يمكن تنشأ المسؤولية عندما يكون على علم أو يفترض أن يكون على علم بمحتوى غير مشروع يتسم بسلوك إجرامي واضح.[1]

في هذه الحالة، يتحمل المسؤولية إذا لم يتخذ إجراء لإيقاف المحتوى غير المشروع، ويجب عليه أيضاً إبلاغ الجهات المختصة وإزالة المعلومات التحريضية. على الرغم من ضخامة المعلومات المتدفقة، لا يعفي ذلك مزود الخدمة من واجب التحقق من المحتوى واتخاذ الإجراءات اللازمة لمنع الإساءة كحضر مرور منشورات تحتوي على إساءة أو عنف او عنصرية، أي أن مسؤولية مقدمي الخدمات عن الضرر تشمل المسؤولية العقدية عن الفعل الشخصي وليست مسؤولية عن فعل الغير.[2]

البند الثاني: المسؤولية العقدية لمتعهد الإيواء.

ويطلق عليه كذلك مقدم خدمة الاستضافة أو ما يعرف بالإيجار المعلوماتي، فيه يلتزم متعهد الإيواء بأن يوفر بعض الإمكانيات الفنية للمشترك بغرض تحقيق مصالحه، ومثال ذلك أن يمنح مقدم الخدمة المعلوماتية للمشترك بمقتضى عقد بعض إمكانيات أجهزته وأدواته المعلوماتية على شبكة الأنترنت.[3]

وقد عرفه الفقه بأنه :" كل شخص طبيعي أو معنوي يتولى تخزين وحفظ البيانات والمعلومات لعملائه، ويوفر الوسائل الفنية والمعلوماتية التي تتيح لهم الحصول على هذه البيانات والمعلومات طوال ساعات اليوم وذلك عبر الأنترنت".[4]

وبذلك فإن متعهد الإيواء أو مقدم خدمة الاستضافة يقوم بتأجير حيز على شبكة الانترنت إذ

---

[1]–بولقواس ابتسام: الإشكاليات القانونية التي تثيرها مسؤولية ناشري ومقدمي الخدمات التقنية عن سوء استخدام وسائل الإعلام الجديد، مجلة دائرة البحوث والدراسات القانونية، مخبر المؤسسات الدستورية والنظم السياسية، ع1، 2017، ص68.

[2]–قارس بوبكر: المرجع السابق، ص87-88.

[3]–لعروري زواوية: العقد الإلكتروني والمسؤولية التعاقدية الناتجة عنه، مرجع سابق، ص 25.

[4]– محسن منصور حاتم: المسؤولية العقدية لمتعهد الإيواء المعلوماتي –دراسة مقارنة–، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، ع03، 2016، ص161.

يعرض إيواء خدمات الإنترنت على أجهزته وبرامجه مقابل أجر، ما يلاحظ أن عمل متعهد الإيواء وعمل مقدم الخدمة يكمن في أن الثاني يمكن المستخدم من الدخول للموقع واستعماله، بينما متعهد الإيواء يمكنه من تخزين المعلومات وتمكينه من القيام بإعلاناته على الشبكة.[1]

أما بالنسبة لمسؤولية متعهد الإيواء، هناك عدة اتجاهات فقهية تناقش هذا الموضوع منها[2]:

- **الاتجاه الأول**: يرى أن متعهد الإيواء يكون مسؤولاً إذا سمح بنشر محتوى يحتوي على معلومات غير مشروعة. تكون المسؤولية عقدية تجاه مستخدمي شبكة الإنترنت، وتقصيرية تجاه الغير المتضرر.

- **الاتجاه الثاني**: يذهب إلى أن متعهد الإيواء لا يكون مسؤولاً، بصفة أصلية، عن مضمون المعلومات أو الخدمات التي يوفرها لعملائه، إذا كان دوره يقتصر فقط على توفير الوسائل الفنية ووضع أجهزته تحت تصرف العميل لفترة معينة. في هذه الحالة، يعتبر كوسيط محايد في نقل المعلومات دون أن يكون مسؤولاً عن مضمونها، وبالتالي لا يسأل عن الأضرار التي قد تسببها هذه المعلومات للعملاء، خاصة وأنه قد لا يتمكن من التحكم في مضمونها أو رقابتها أو تحديد مدى مشروعيتها واحترامها لحقوق الآخرين. ومع ذلك، إذا ثبت أن لديه القدرة على مراقبة المعلومات، فإنه يكون مسؤولاً عن الأضرار التي تلحق بعملائه.

- **الاتجاه الثالث**: يرى أن مسؤولية متعهد الإيواء عن الأضرار تتحدد بالقدر الذي يتخلى فيه عن حيازته لإمكانيات أجهزته، فإذا وصلت هذه الإمكانيات إلى حد يُمكن معه اعتبارها خارجة من تحت حراسته، فإنه لا يكون مسؤولاً عن الأضرار التي تلحق بالغير بسبب استعمال العميل لها.

- **الاتجاه الرابع**: يشير إلى أن مسؤولية متعهد الإيواء تتحدد وفقاً للشروط التي يتضمنها العقد المبرم بين المتعهد وعملائه.

- **للفصل في الخلاف**: نرى أن مسؤولية متعهد الإيواء العقدية تقوم إذا كانت شركة الاستضافة

---

[1]-بن أوجيت فطيمة الزهرة المفيدة: المرجع السابق، ص269 .

[2]-ينظر: بولقواس ابتسام: المرجع السابق، ص69.

تتسبب في الأضرار بسبب خرق أمني أو فقدان بيانات دون اتباع معايير الأمان المناسبة، تجاه أصحاب المواقع والتجار يعتبر قد أخل بالتزاماته العقدية، أما تجاه الغير كالمستهلكين فقد تقوم المسؤولية التقصيرية.

على سبيل المثال، إذا تعرضت بيانات العميل للسرقة بسبب إهمال في تأمين الخوادم، فقد تكون شركة الاستضافة هي المسؤولة أما عن المحتويات من إعلانات وإشهارات ومنشورات فالأصل هو انعدام مسؤولية المتعهد نظراً لعدم وجود التزام عام برقابة المعلومات التي يتم نقلها أو تخزينها لديه، وكذلك عدم التزامه بالبحث والتحري عن الأفعال والظروف التي من شأنها الدلالة على وجود مضمون إلكتروني غير مشروع.[1]

لكن يرى العديد من الباحثين بناء على الأحكام القضائية لوقائع من القضاء الفرنسي، والأمريكي، أن متعهد الإيواء يجب أن يعد مسؤولا مدنيا عن كافة الأضرار التي تصيب الغير نتيجة المحتوى غير المشروع، نظرا لما لديه من الإمكانيات والتقنيات الفنية التي تمكنه من اكتشاف المحتوى غير المشروع قبل بثه عبر الإنترنت ومنع نشره.[2]

تعتبر هذه المسؤولية استثنائية لا تقوم إلا إذا اجتمعت جميع شروطها، وذلك تحت طائلة انتفاء تلك المسؤولية، لأنها تشكل استثناء، والاستثناء مقيد بشروط معينة، متى تخلف أحدها وجب الرجوع إلى الأصل تطبيقاً لقاعدة أن الأصل في الإنسان براءة الذمة.[3]

أما الأضرار التي تصيب صاحب الموقع نتيجة إخلاله ببنود العقد المبرم معه فلا خلاف فيها أنها مسؤولية عقدية.

البند الثالث: المسؤولية العقدية لمسجل اسم النطاق.

مسجل اسم النطاق (Domain name registrar)، قد يكون منظمة أو مكتب أو كيان تجاري، معتمد من قبل مؤسسة الإنترنت لإسناد الأسماء والأرقام (آيكان)، أو من النطاق الأعلى في ترميز الدولة (مركز أسماء النطاقات.الجزائر)، لإدارة وحجز اسم النطاق، وفقا للمبادئ التوجيهية من السجلات المعينة

---

[1]–قارس بوبكر: المرجع السابق، ص 90.

[2]–بولقواس ابتسام: المرجع السابق، ص 69.

[3]–قارس بوبكر: المرجع السابق، ص 91.

باسم النطاق (Domain Name Registry) ، وتقديم هذه الخدمات للجمهور.[1]

وقد صنف مركز البحث في الإعلام العلمي والتقني بالجزائر مسجلي أسماء النطاق على أنهم من مقدمي خدمات أنترنت،[2] يتولى هؤلاء المسجلون تقديم الطلبات إلى المركز مرفقين بملف يضم استمارة مملوءة وموقعة من المالك النهائي لاسم النطاق، ووثائق تبرير اختيار اسم النطاق(كنسخة من مستخرج السجل التجاري إذا كان مقدم الطلب كيان تجاري، أو نسخة من شهادة تسجيل العلامة لدى المعهد الوطني لحقوق الملكية الفكرية أو المنظمة العالمية للملكية الفكرية، أو نسخة من المرسوم الرسمي لإنشاء هيئة حكومية، جمعية، أو منظمة)، كما يقوم المسجلون بتسجيل وإدارة النطاقات على الانترنت نيابة عن أصحابها، يتم تنفيذ عملية التسجيل على الإنترنت.[3]

أما عن مسؤولية المسجلين عن أفعالهم الضارة فتنتج عن نوعين من الأفعال أحدها يشترك فيه مع صاحب اسم النطاق، وأخطاء أخرى مستقلة عن صاحب اسم النطاق أي ينفرد بارتكابها بحيث قد يحدث بارتكابها ضررا بصاحب اسم النطاق، أو بالغير، نذكر بعضها على سبيل المثال لا الحصر[4]:

– تسجيل اسم نطاق مطابق لعلامة تجارية، أو تسجيل اسم نطاق يتطابق مع اسم شخص دون صفة أو رخصة قانونية، أو اعطاء بيانات مضللة عند تسجيل اسم النطاق وعدم احتياط مسجل النطاق أو تحريه عن هذه البيانات مما ترتب عليه اعتداء البعض على الآخر، وتضليل المستهلكين بإيهامهم بأنه عنوان الموقع الأثر شهرة والأنسب للتعامل معه.

– تجاوز مسجل اسم النطاق النطاق دوره الأساسي في التسجيل ولعبه دورا آخرحو تقديم خدمات

---

(1) https://www.cloudflare.com/fr-fr/learning/dns/glossary/what-is-a-domain-name-registrar تم الإطلاع عليه 2024/09/13-18:08

(2)–عند تعريفه ل" وصال" وهي مسجل اسم نطاق: "وصال" هو بوابة خدمة الإنترنت، https://www.cerist.dz/index.php/ar/component/search/?searchword=وصال

(3)–مركز أسماء النطاقات .الجزائر: ميثاق التسمية للامتداد.الجزائر، مرجع سابق، ص 2-3.

(4)–عبد المنعم الشرقاوي: المسؤولية المدنية لمسجل اسم النطاق، 2021/12/19، مقال منشور بموسوعة حماة الحق الإلكترونية على الرابط:

https://jordan-lawyer.com/2021/12/19/domain-registrar-civil-liability/ vue 2024/09/13 à16:36.

أخرى تسهل قرصنة أسماء النطاق كما في حالة الترويج لأنشطة تسهل عليهم القيام بأنشطتهم غير المشروعة مثل ما حدث في قضية مايكروسوفت وتسهيل المشاركة السلبية بإخفاء هوية القراصنة.

– تسجيل اسم النطاق بسوء نية كأن تثبت الوقائع علم المسجل بأن الغرض من تسجيل اسم النطاق غير مشروع كتسجيله من أجل إعادة بيعه، أو ابتزاز مالك العلامة التجارية الأصلي مقابل إعادة بيعه له بمبلغ كبير.

إذا تقوم مسؤولية مسجل اسم النطاق عن الأفعال التي يترتب عنها أضرار قد تنشأ نتيجة العقد الذي يرتبط به صاحب الحق في اسم النطاق وتكون مسؤولية عقدية، وقد تنشأ نتيجة الفعل الذي يرتكبه مسجل النطاق والذي يترتب عليه أضرار خارج إطار الرابطة العقدي الذي قد يلحق بالغير نتيجة ذلك العقد كالاعتداء على صاحب الملكية الفكرية المتمثلة في العلامة التجارية أو الاسم التجاري آخر مما قد يسبب تضليلا للمستهلكين ويتضررون من اقتناء منتجات غبر العلامة التي يرغبون في اقتناءها مثلا.[1]

الفرع الثاني: المسؤولية العقدية لمقدمي الخدمات الوسيطة في التجارة الإلكترونية.

يتعدد مقدمو الخدمات الوسيطة في التجارة الإلكترونية بين أطراف العقد، لدرجة يصعب حصرهم، لذا سنقتصر في دراستنا على النموذجين المشتركين في كل معاملات التجارة الإلكترونية، واللذان تلزم وساطتهما بموجب النصوص القانونية وهما: مقدم خدمات التصديق الإلكتروني(البند الأول)، ومقدم خدمات الدفع الإلكتروني (البند الثاني):

البند الأول: المسؤولية العقدية لمقدم خدمات التصديق الإلكتروني.

عرف المشرع الجزائري مقدم خدمات التصديق الإلكتروني في المادة 12/2 من القانون 15-04 الذي يحدد القواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونين بأنه: "شخص طبيعي أو معنوي يقوم بمنح شهادات تصديق إلكتروني موصوفة، وقد يقدم خدمات أخرى في مجال التصديق الإلكتروني" ويستخدم هذا التعريف عند التعامل مع الأشخاص الراغبين في الحصول على شهادة التصديق الإلكتروني.

[1]–عبد المنعم الشرقاوي: المرجع السابق.

أما إذا كان المتدخل جهة حكومية-المتدخل الحكومي-[1]، فقد أطلق عليه المشرع تسمية "الطرف الثالث الموثوق"، والذي يعرف في المادة 11/2 من القانون 15-04 على أنه: "شخص معنوي يقوم بمنح شهادات تصديق إلكتروني موصوفة، وقد يقدم خدمات أخرى متعلقة بالتصديق الإلكتروني."

فهو الوسيط المؤتمن بين المتعاملي والمعاملات يقوم بوظيفته من خلال إصدار "شهادات التصديق الإلكتروني" التي عرفها المشرع الجزائري في المادة 07 من القانون 15-04 بأنها: "وثيقة في شكل إلكتروني، تثبت الصلة بين بيانات التحقق من التوقيع الإلكتروني والموقع."

إذا يكمن دور مقدم خدمات التصديق الإلكتروني في معاملات التجارة الإلكترونية بالقيام بطرقه الفنية والتقنية بالتحري وجمع المعلومات والتدقيق للتأكد من هوية وأهلية المتعاملين، من صحة صدور الإرادة التعاقدية الإلكترونية ممن تنسب إليه، والتأكد من جدية هذه الإرادة تحديدا دقيقا تمكن المتعامل من الاعتماد عليها في تعاملاته، والتحقق من مضمون هذا التعامل وسلامته من الغش والاحتيال والتدليس.[2]

وقد حدد هذا الدور المشرع الجزائري في مواد عديدة من بينها المادة 41 من القانون 15-04 المتعلق بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين:" يكلف مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني بتسجيل وإصدار ومنح وإلغاء ونشر وحفظ شهادات التصديق الإلكتروني، وفقا لسياسة التصديق الإلكتروني الخاصة به، التي وافقت عليها السلطة الاقتصادية للتصديق الإلكتروني"

إذا تشرف على قيامه بهذا الدور في الجزائر ثلاث سلطات للتصديق الإلكتروني حسب ما جاء به القانون 15-04، في الفصل الثاني من الباب الثالث، وهي:

1. السلطة الوطنية للتصديق الإلكتروني[3]، التي تقوم بتحديد السياسة الوطنية للتصديق الالكتروني وهي

---

[1]- المتدخلون في الفرع الحكومي: " المؤسسات والإدارات العمومية والهيئات العمومية المحددة في التشريع المعمول به، والمؤسسات الوطنية المستقلة وسلطات الضبط، والمتدخلون في المبادلات ما بين البنوك، وكذا كل شخص أو كيان ينتمي إلى الفرع الحكومي بحكم طبيعته أو مهامه". المادة 13/2 من القانون 15-04.

[2]-الدسوقي أبو الليل ابراهيم: توثيق التعاملات الإلكترونية ومسؤولية جهة التوثيق تجاه الغير المتضرر، مؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون، كلية الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، مع غرفة التجارة وصناعة دبي، 9-11 ربيع الأول 1424هـ الموافق لـ 10-12 مايو 2003م، مج 5، ص 1868.

[3]- هي "سلطة إدارية مستقلة تتمتع بالشخصية المعنوية والاستقلال المالي، تنشأ لدى الوزير الأول"، المادة 16 من القانون 15-04.

مكلفة بترقية استعمال التوقيع والتصديق الالكترونيين وتطويرهما، وكذا مراقبة وضمان صحة استعمالهما".[1]

2. السلطة الحكومية للتصديق الإلكتروني[2]: تكلف بمتابعة ومراقبة نشاط التصديق الالكتروني للأطراف الثلاثة الموثوقة وكذلك توفير خدمات التصديق الالكتروني لفائدة المتدخلين في الفرع الحكومي، تؤطر تسيير الشهادات المستعملة في المبادلات الالكترونية بين الإدارات.[3]

3. وأخيرا السلطة الاقتصادية للتصديق الالكتروني:" وهي مكلفة بمتابعة ومراقبة ومنح التراخيص لمؤدي خدمات التصديق الإلكتروني الذين يقدمون خدمات التوقيع والتصديق الإلكترونيين لصالح الجمهور، والتحكيم في النزاعات القائمة بين مؤديي خدمات التصديق الالكتروني فيما بينهم أو مع المستعملين طبقا للتشريع المعمول به، تابعة لسلطة ضبط البريد والاتصالات، تقوم بتبليغ النيابة العامة بكل فعل ذي طابع جزائي يكتشف بمناسبة تأدية مهامها"[4]

أما عن مسؤولية مقدم خدمات التصديق الإلكتروني ومدى ضمانها للأضرار التي تلحق الغير الذي يعول على الشهادات الصادرة منها، تعد من أدق المسائل التي تثيرها المعاملات الإلكترونية نظرا لحداثتها، لأنها كثيرا ما تتداخل مع مسؤوليات الأشخاص المتعامل معهم.[5]

لكن الأصل أن مقدم خدمات التصديق الإلكتروني مسؤول عن تعويض جميع الأضرار الناشئة عن أخطائه الشخصية وأخطاء تابعيه، لكنه لا يتحمل مسؤولية الأضرار الناشئة عن أخطاء مستخدمي الخدمة، أو عدم التزامهم بالالتزامات التي تفرضها عليهم الشهادة. فقد جاء في المادة 57 من القانون 15-04 تنص:" لا يكون مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني مسؤولاً عن الضرر الناتج عن عدم احترام صاحب شهادة التصديق الإلكتروني الموصوفة لشروط استعمال بيانات إنشاء التوقيع الإلكتروني."

---

[1]- ينظر المادة 18 من القانون 15-04.

[2]- وهي:" تفرع للسلطة الوطنية التابعة لوزارة البريد وتكنولوجيات الإعلام والاتصال، تنشأ لدى الوزير المكلف بالبريد وتكنولوجيا الإعلام والاتصال، تتمتع بالاستقلال المالي والشخصية المعنوية"، الفقرة الأولى من المادة 28 من القانون 15-04.

[3]- المادة 28 من القانون 15-04.

[4]-المادة 30 من القانون 15-04.

[5]-الدسوقي أبو الليل ابراهيم: المرجع السابق، ص 1880.

وقد فصل المشرع في القانون 15-04 في مسؤولية مقدم خدمات التصديق، فهذا الأخير وأثناء مزاولته لنشاطه قد لا يؤدي وظائفه على أكمل وجه مما قد يؤدي لقيام مسؤوليته المدنية التي تختلف على حسب أثر هذا الإخلال وطبيعة العلاقة التي تربط بينه وبين المتضرر.[1]

لذلك أقر المشرع الجزائري في المادة 53 من القانون 15-04 مسؤولية مقدم خدمات التصديق، على أي ضرر لحق بأي شخص اعتمد على شهادة التصديق الإلكتروني، فيما يخص التأكد من صحة جميع المعلومات الواردة في الشهادة، وتاريخ إصدارها، وضمان وجود كافة البيانات المطلوبة، والتحقق من أن الموقّع الذي تم تحديد هويته في الشهادة يمتلك بيانات إنشاء التوقيع المطابقة لبيانات التحقق، بالإضافة إلى التأكد من إمكانية استخدام بيانات إنشاء التوقيع والتحقق منها بشكل متكامل.

كما تقوم مسؤوليته عن الضرر الناتج عن عدم إلغاء شهادة التصديق الإلكتروني كذلك، إذ جاء في المادة 54 من القانون 15-04:" يكون مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني الذي سلم شهادة تصديق إلكتروني موصوفة، مسؤولا عن الضرر الناتج عن عدم إلغاء شهادة التصديق الإلكتروني موصوفة، مسؤولا عن الضرر الناتج عن عدم إلغاء شهادة التصديق الإلكتروني هذه، والذي يلحق بأي هيئة أو شخص طبيعي أو معنوي اعتمدوا على تلك الشهادة، إلا إذا قدم مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني ما يثبت أنه لم يرتكب أي إهمال".

أي أن المسؤولية العقدية لمقدم خدمات التصديق تقوم تجاه طالب التوقيع أو التصديق المتعاقد معه، إذا خالف البنود والالتزامات المحددة في العقد والقانون وأصابه ضرر، أما الغير الذي لا تربطه معه علاقة عقدية فتقوم تجاهه المسؤولية التقصيرية عن الأفعال الشخصية كما قد تثور مسؤوليته عن تابعيه إذا كان شركة يوزع المهام على موظفيه، أو حتى قد تقوم مسؤوليته عن الأشياء كما سيأتي توضيحها لاحقا، لكن قد تقوم مسؤوليته العقدية تجاه الغير المتضرر إذا كان الضرر الذي تسبب فيه للغير بسبب إخلاله بواجب عقدي.[2]

---

[1]-عبوب زهيرة: المسؤولية المدنية لمقدم خدمات التصديق الإلكتروني-دراسة تحليلية لما جاء في القانون 15-04، مجلة الدراسات القانونية المقارنة، ع02، مج06، 2020، ص 429.

[2]-ابراهيم الدسوقي أبو الليل: المرجع السابق، ص1881-1883- 1889.

وهي مسؤولية تلقائية أو بقوة القانون، إذ يكفي عدم صحة المعلومات أو خلل فيها لتقوم هذه المسؤولية تلقائيا، ويلزم مقدم خدمة التصديق بالتعويض.[1]

لكن تنتفي مسؤولية مقدم خدمة التصديق إذا أثبت أنه لم يرتكب أي إهمال، أو أن الخطأ يعود لصاحب شهادة التصديق، أو عين الحدود المفروضة على استعمال هذه الشهادة، أو أشار إلى الحد الأقصى لقيمة المعاملات التي يمكن أن تستعمل الفي حدودها هذه الشهادة، شرط أن تكون هذه الإشارات واضحة ومفهومة من طرف الغير.[2]

البند الثاني: المسؤولية العقدية لمقدم خدمة الدفع الإلكتروني.

يغلب على معاملات التجارة الإلكترونية أو يكثر فيها التسديد بواسطة وسائل الدفع الإلكتروني، وذلك لما توفره هذه النظم من ضمانات للمورد الإلكتروني تقلل من مخاطر عدم الدفع ومن الهويات الوهمية، لأنها تقوم بمعالجة هذه العمليات في الوقت الحقيقي.

إذ يتعاقد المورد مع طرف آخر يطلق عليه "مقدم خدمة الدفع الإلكتروني" ليتولى إدارة هذا الجزء من الصفقة مقابل عمولة أو رسم ثابت، وذلك لتجنب تعقيدات أمن المعاملات وتركيب برمجيات ومعدات إضافية، ولأن مزود الخدمة يحتفظ بوحدات متعددة من خادم الويب ومصادر طاقة بديلة وعدة خطوات اتصال بالإنترنت، فإذا حدثت مشاكل مع إحدى الوحدات تعمل الوحدة البديلة تلقائيا، كما أن مزود الخدمة يستطيع إدارة الحمل الزائد على موقعه بكفاءة عالية، الذي يحدث نتيجة العدد الكبير من الحملات الترويجية للبائعين فيتزاحم المستهلكين على الشراء في وقت واحد مما قد يسبب مشاكل في موقع البائع إذا كان التسديد عبر موقعه، في حين أن مزود الخدمة لديه خادم قوي مجهز لتعامل مع عدة بائعين وعدد كبير من المستهلكين الوقت نفسه.[3]

أيضا من ميزات التعاقد مع مزود خدمة الدفع الإلكتروني تسريع عمليات التشفير وفك التشفير إذ

---

[1]-المواد 53، 54 من القانون 15-04 المتعلق بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين.

[2]- المواد 55، 56، 57 من القانون 15-04.

[3]-الشرقاوي محمود أحمد ابراهيم: مفهوم الأعمال المصرفية وأهم تطبيقاتها، مؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون،كلية الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة مع غرفة تجارة وصناعة دبي، 10-2003/05/12، مج1، ص64.

يمكن تنفيذ هذه العمليات المطلوبة لسرية المعاملة بواسطة معدات إضافية متخصصة. [1]

أي أن وظيفة مزود الخدمة مهمة جدا في عمليات ومعاملات التجارة الإلكترونية خاصة المعاملات التجارية العابرة للحدود التي يتم الدفع فيها حصريا عن بعد حسب ما نصت عليه المادة 3/27 من قانون التجارة الإلكترونية 18-05.

لذا فإن مسؤولية مقدم خدمات الدفع الإلكتروني في التجارة الإلكترونية تقوم إذا كان الضرر ناشئ خطأ مقدم الدفع سبب مخالفة التزام عقدي للمورد تقوم مسؤولية الثاني مع حقه في الرجوع عليه، أما إذا كان الخطأ تسبب في مخالفة المستهلك لالتزامه يعتبر من الغير الذي قد ينفي خطأه مسؤولية المستهلك، لكن إذا كانت المسؤولية تقصيرية خارج إطار الرابطة العقدية، فتقوم مسؤوليته الشخصية أو عن تابعه أو عن أشياءه الإلكترونية كما سيأتي التوضيح لاحقا، أو قد يتضامن في المسؤولية إذا كان الخطأ مشتركا، لكنه لا يأخذ صفة التابع بل مسؤوليته مستقلة.

كخلاصة لهذا المطلب: مما سبق يمكن القول أن العلاقة بين صاحب الموقع التجاري وهذه الكيانات هي علاقة تعاقدية مستقلة، حيث يتعاون كل طرف مع الآخر لتحقيق هدف محدد.

فعن مسؤوليتهم تجاه المورد فهي في الغالب مسؤولية عقدية تبعا للعقود التجارية التي يبرمها المورد في إطار استكمال متطلبات تجارته، إلا ما كان من قبيل الجرائم أو خارج إطار الالتزامات العقدية فتقوم المسؤولية التقصيرية بالشكل الآتي ذكره.

أما في مواجهة المستهلك الإلكتروني، فنفصل بين حالتين: حالة كان الضرر أصاب المستهلك الإلكتروني بسبب سوء أو عدم تنفيذ العقد الإلكتروني، نتيجة إخلال أحد الوسطاء بالتزماته، فهنا يعدّون أدوات تنفيذ ضمن المنظو مة التعاقدية للمورد، وتَسند أخطاؤهم إليه مباشرة، فتقوم مسؤوليته العقدية نتيجة إخلالهم بالمهام الموكلة إليهم، مع حقه في الرجوع ضدهم، حسب المادة 18 من القانون 18-05.

لكن من خلال عقود الخدمات، يتضح أن مقدمي الخدمات الوسيطة ليسوا تابعين للمورد صاحب

---

[1]-الشرقاوي محمود أحمد ابراهيم، المرجع السابق، ص65.

الموقع التجاري، ولكنهم يعملون كوسطاء. فهم يقدمون خدمات تسهيلية مثل الدفع الإلكتروني أو الاستضافة، ولا يكونون جزءاً من المورد أو يتحكمون في المنتجات والخدمات المعروضة. مسؤوليتهم تقتصر على توفير خدماتهم التقنية أو اللوجستية وفقاً للشروط المتفق عليها فقط، فهم كيانات مستقلة تعمل ضمن نطاق خدماتها الخاصة.

أي أنهم من الغير في العقد وذلك لمبررات عديدة منها[1]:

1. كون مؤدي الخدمات من الغير كونهم لا يخضعون للقوة الملزمة للعقد لأن إرادته لم تتجه لتكوين والالتزام بالعقد.

2. كما أنه لم ينص التشريع على خضوعهم للقوة الملزمة في العقد.

3. أيضا لا تتوافر فيهم صفة الطرف، إذ ليس لهم مركز قانوني مماثل للمتعاقدين، مورد إلكتروني ومستهلك إلكتروني ولا ممن لهم امتيازاتهم، ولأن المورد الإلكتروني هو المتعاقد المباشر مع المستهلك الإلكتروني، لأن هذا الأخير أبرم عقدا مع المورد الإلكتروني صاحب الموقع المعلن عن هويته لذا فتحميل المورد للمسؤولية عن مقدمي الخدمات هو مراعاة لمبدأ الوضع الظاهر.

4. ونظرا لصعوبة تحديد المسؤول الفعلي عن الضرر اللاحق بالمستهلك الإلكتروني، وبهدف خلق خصم واحد في مواجهة المستهلك الإلكتروني، على عكس المورد فهو يعرف كل مقدمي الخدمات المتعاقد معهم فيسهل عليه تحديد المسؤول عن الخطأ، فأقر له المشرع الحلول محلهم بصفته المسؤول الظاهر، بموجب نص قانوني للقيام بدفع مبلغ التعويض، وذلك حرصا على استقرار المعاملات التجارية الإلكترونية، وتعزيزا للثقة في التجارة الإلكترونية.

وبما أن هؤلاء المزودين مستقلين، بالمقابل صاحب الموقع التجاري ليس "تابعا" لهم كذلك، بل يعتمد عليهم لتقديم خدمات معينة تساعده في تشغيل موقعه أو تحسين محتواه، وفق عقود وشروط متفق عليها، لذا يمكن أن يكون لكل طرف مسؤولياته القانونية تقتصر على توفير خدماتهم وفقًا لشروط وأحكام معينة.

---

[1]- خمقاني كريمة: المرجع السابق، ص 285-288/ زيتوني فاطمة الزهراء: أثر مبدأ حسن النية في الأخذ بالوكالة الظاهرة، مجلة الدراسات الحقوقية، ع2، 2017، ص125.

أما إذا كان الضرر خارج حدود العلاقة التعاقدية فتقوم مسؤوليتهم التقصيرية المباشرة في مواجهة المستهلك المضرور.

لكن مع هذا الواقع العملي يطرح إشكالية تداخل المسؤوليات كالتداخل بين مسؤولية المورد ومسؤولية المنتج التي تقوم بمجرد وجود خلل في المنتج حتى ولو لم يربطه به عقد. والسبب في كل هذه الإشكاليات هو أن مسؤولية وسطاء التجارة الإلكترونية خاصة وسطاء خدمات الانترنت في غالبها ترجع في أساسها للقواعد العامة للمسؤولية المدنية، فقانون التجارة الإلكترونية الجزائري على غرار الدول العربية لم يضع قواعد قاونية خاصة تتناول نطاق مسؤولية وسطاء خدمات الأنترنت واكتفى بالقواعد التقليدية، على عكس القوانين الدولية في أوروبا والولايات المتحدة الأمريكية، التي وضعت قواعد قانونية خاصة لمسؤولية وسطاء الأنترنت، وقامت بتحديد أدوارهم وطبيعة أعمالهم على وجه دقيق، ونطاق مسؤوليتهم القانونية.[1]

المطلب الثالث: انتفاء المسؤولية العقدية الناتجة عن التجارة الإلكترونية.

رغم قيام المسؤولية العقدية الناتجة عن التجارة الإلكترونية بقوة القانون أو بالقوة الإلزامية للعقد، لكن قد تؤدي ظروف معينة إلى انتفاء المسؤولية العقدية للطرفين في عقود التجارة الإلكترونية، بعوامل محددة من الناحية القانونية.

ومن الناحية الفقهية أيضا رغم أن ضمان العقد مصدره الزام الشارع والزام المتعاقد لنفسه بموجب الشروط أو العادات والأعراف الصحيحة المتوافقة مع الشرع، لكن قد ينتفي نتيجة عوامل شرعية تختلف في طبيعتها عن سابقتها، بحيث في القانون انتفاء المسؤولية محصور بحالات حددها القانون، لكن بتتبعنا للمسألة من الناحية الشرعية وجدنا أن أغلب الفقهاء يتناولون هذه الحالات في إطار قواعد فقهية قد تنفي كما قد تخفف الضمان والمساءلة.

بناء على ماسبق سندرس هذا المطلب في فرعين: الأول نخصصه لانتفاء المسؤولية العقدية الإلكترونية قانونا، والثاني لانتفاء ضمان العقد الإلكتروني في الفقه الإسلامي.

---

[1]–الأرناؤوط صبري ابراهيم: مدى المسؤولية المدنية لوسطاء خدمات الأنترنت(دراسة مقارنة)، المجلة الجزائرية للقانون المقارن، مج3، ع5، 2020، ص18.

الفرع الأول: انتفاء المسؤولية العقدية الناتجة عن التجارة الإلكترونية قانونا.

من الناحية القانونية وفي إطار عقود التجارة الإلكترونية المبرمة كما هو محدد بالقانون 18-05 بين مورد ومستهلك إلكتروني، فإن انتفاء مسؤولية كل منهم تختلف عن الآخر، فبالنسبة للمورد الإلكتروني قد يتم عدم تحميله المسؤولية العقدية إذا كان الفشل في الوفاء بالتزاماته ناتجا عن عوامل خارجية حددها القانون 18-05 بعاملين سنوضحهمافي البند الأول، والأمر ذاته بالنسبة للمستهلك الإلكتروني فقد تسقط المسؤولية عنه إذا كان عدم الوفاء بالتزاماته ناتجا عن أسباب مشروعة لم يحددها قانون التجارة الإلكترونية لكن يرجع فيها للقواعد العامة وهو ما سنوضحه في البند الثاني.

البند الأول: انتفاء مسؤولية المورد الإلكتروني العقدية.

عندما قرر المشرع الجزائري أن البائع في التعاقد الإلكتروني مسؤول عن حسن تنفيذه لالتزاماته العقدية بقوة القانون، هذا يعني أن إخلاله بها يؤدي إلى قيام مسؤوليته العقدية بقوة القانون كذلك، والتي لا تنتفي إلا بإثبات القوة القاهرة، أو خطأ المستهلك، بمعنى أن المورد ملزم في كل الحالات بحسن تنفيذ التزاماته، فلا يأخذ يعين الاعتبار المسائل التي تعترضه عند التنفيذ كأن يصبح الالتزام مرهقا كما هو مقرر في القواعد العامة، والتي وفقا لمبدأ العدالة العقدية تعطي الحق للقاضي في رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول كما ورد في المادة 107 ق.م.ج وهو ما يخالف أيضا مبدأ العدالة في العقد التي تقتضي إعادة التوازن في الالتزامات لحادث طارئ غير متوقع أثناء تنفيذ الالتزام.

بالإضافة إلى عدم اعتبار خطأ الغير لانتفاء مسؤولية المورد في حين يحصل كثيرا وأن ينفذ المورد الإلكتروني التزاماته جيدا وفق ما يقتضيه مبدأ حسن النية لكن قد تقوم مسؤوليته جراء وقوع ضرر للمستهلك من الغير وهم مقدمو الخدمات الآخرين فهو المسؤول عن اختيارهم من خلال التعاقد معهم في إطار مستلزمات تجارته، دون الإخلال بحقه في الرجوع عليهم بموجب المسؤولية العقدية كذلك للتعويض عن الخسائر التي لحقته، أي أن المشرع أراد خلق خصم واجد في مواجهة المستهلك الإلكتروني، وذلك لكثرة المتدخلين في التجارة الإلكترونية، وهذا ما قضت به المادة 18 من القانون 18-05، ما ملخصه أن مسؤولية المورد العقدية لا تنتفي إلا بالقوة القاهرة (أولا)، أو خطأ المستهلك (ثانيا).

أولا: القوة القاهرة في المجال الإلكتروني.

عرفت القوة القاهرة بتعريفات تشريعية وفقهية عدة ومهما اختلفت التعبيرات لكنها اتفقت في جوهرها على خصائص وشروط محددة ومن بينها التعريفات التالية:

يقصد بالقوة القاهرة أو الحادث الجبري:"كل حادث مستقلا عن أي خطأ أو أي عمل لطرفي العقد غير متوقعا له، يجعل تنفيذ التزامات المتعاقدين مستحيلا بشكل مطلق فيما عدا تلك الحوادث التي تجعل التنفيذ أكثر صعوبة أو أكثر كلفة."[1]

كما تَعرَّف بأنها :"حدث أو سلسلة أحداث غير متوقعة لا يمكن مقاومتها، تحدث بشكل مستقل عن أي خطأ أو تصرف متوقع من أطراف العقد. تجعل من تنفيذ الالتزامات مستحيلاً، مع استثناء الحالات التي تجعل التنفيذ أكثر صعوبة أو تكلفة. في حالات القوة القاهرة يتم إعفاء الأطراف المتعاقدة من التزاماتهما أو تأجيلها دون أي تبعات قانونية".[2]

أما تشريعيا فقد عرف المشرع الدولي القوة القاهرة في نص المادة 1/79 من اتفاقية فيينا لعام 1980[3] حيث تنص على" لا يسأل أحد الطرفين عن عدم تنفيذ أي من التزاماته إذا أثبت أن عدم النفيذ كان بسبب عائق يعود إلى ظروف خارجة عن إرادته، وأنه لم يكن من المتوقع بصورة معقولة أن يأخذ العائق في الاعتبار وقت انعقاد العقد أو أن يكون بإمكانه تجنبه أو تجنب عواقبه أو التغلب عليه أو على عواقبه"

كما تنص الفقرة الرابعة من هذه المادة على ما يلي :

"يجب على الطرف الذي لم ينفذ التزاماته أن يوجه إخطارا إلى الطرف الآخر بالعائق وأثره في قدرته على التنفيذ، وإذا لم يصل الإخطار إلى الطرف الآخر من خلال مدة معقولة بعد أن يكون الطرف الذي لم ينفذ التزاماته قد علم بالعائق أو كان من واجبه أن يعلم به فعندئذ يكون مسؤولا عن التعويض عن الأضرار الناتجة عن عدم استلام الإخطار المذكور"

---

[1]- يوسف حسن يوسف: المرجع السابق، ص158.

[2]- علي علي سليمان: المرجع السابق، ص 98.

[3]- لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي: اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع، منشورات أمانة اللجنة، نيويورك، 2011، ص24.

نستنتج من هذا النص أن الطرف الذي يتعذر عليه الوفاء بالتزاماته لا يقتصر دوره على إخطار الطرف الآخر بالعائق فقط، بل يتوجب عليه أيضا أن يحرص على أن يكون الطرف الآخر على علم بهذا العائق. وقد اعتبر المشرع الدولي هذا الأمر التزاما إضافيا نابعا من مبدأ حسن النية في التعامل التجاري الدولي، ويستند هذا الالتزام إلى افتراض وجود الخبرة المهنية لدى المتعاقد وإلمامه بالظروف القائمة التي تحدد إمكانية تنفيذ العقد وفقا للشروط المتفق عليها.[1]

لكن لا يمكن إعمال القوة القاهرة كسبب إعفاء إلا إذا توفرت فيه الشروط الآتية:

1. حادث غير ممكن التوقع: يجب يكون الحادث الطارئ غير متوقع، ويتم تقييم هذا حسب المعيار الموضوعي أي من منظور الشخص العادي، وليس معيارا ذاتيا من منظور المتعاقد نفسه، مع مراعاة الظروف العامة والخارجية المرتبطة بالحادث، دون الالتفات إلى الظروف الخاصة بالمتعاقد. كما يجب أن يكون عدم التوقع موجودا عند إبرام العقد، وليس بعد ذلك. ويجب أن يكون عدم التوقع عاما، بحيث يشمل الجميع وليس المورد فقط. إذا كان من الممكن توقع الحادث من خلال اتخاذ الإجراءات اللازمة للحد من الأضرار المحتملة، فلا يمكن اعتباره غير متوقع.[2]

هذا يعني أن الحكم يعتمد على ما يمكن أن يتوقع من شخص عادي، عاقل، وتحت نفس الظروف، دون النظر إلى الخصائص الفردية أو الظروف الخاصة للشخص الذي يقيم سلوكه. كما يعتبر قيام القوة القاهرة في ظروف تنفيذ العقد من الأمور الواقعية التي تقدرها محكمة الموضوع.[3]

2. حادث مستحيل الدفع والمقاومة: أي أن يكون هناك طابع قهري لهذا الحادث لا يمكن مقاومته ولا التغلب عليه، لدرجة تجعل من المتعاقد عاجزا عن تنفيذ التزامه، عجزا يؤدي إلى استحالة تنفيذ العقد فينقضي ويفسخ هذا العقد، والمقصود هنا الاستحالة المطلقة، وليس استصعاب تنفيذ الالتزام أو الإرهاق فقط. [4]

---

[1]- يوسف حسن يوسف: المرجع السابق، ص170.

[2]- حوحو يمينة: عقد البيع الإلكتروني، مرجع سابق، ص 309.

[3]- نصرة أحمد سليم فريوة: الشرط المعدل للمسؤولية العقدية في القانون المدني المصري، رسالة ماجيستير، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، نابلس- فلسطين، 2006، ص158.

[4]- المرجع نفسه، ص159.

3. حادث خارجي: ومفاد هذا الشرط أن يكون الحادث عاملا خارجيا أجنبيا لا يرتبط مصدره لا بالشيء ولا بحارسه، فعلى المدين بالتعويض أن يثبت بأن الحادث كان خارجا عن إرادته، ولا يمكن إسناده إليه، كما أنه لا يتصل بالمنتجات نفسها محل المساءلة التي يقوم بإنتاجها أو بيعها.[1]

والقوة القاهرة في العلاقات الدولية تمثل عائقا كبيرا فهي لا تمثل حلا مرضيا للمتعاقدين في إطار العلاقات التجارية الدولية–والتي من بينها عقود التجارة الإلكترونية– حيث هناك الكثير من الظروف التي تعتبر قوة قاهرة، لكن لا يتم اعتبارها إلا بصورة ضيقة ومحددة، لأن شروط القوة القاهرة تُفسر بشكل صارم جداً، ولا تُقبل إلا في حالات استثنائية وقليلة. هذا يعني أنه ليس كل ظرف صعب أو غير متوقع يعتبر قوة قاهرة تعفي من تنفيذ العقد.حين يكون إلغاء العقد أكيدا ولا يوجد احتمال للتفاوض ولا توجد وسيلة لإعادة التوازن للعقد.[2]

أي أنه ليس كل ظرف صعب أو غير متوقع يعتبر قوة قاهرة تُعفي من تنفيذ العقد، فمثلا عند انتشار جائحة كوفيد–19 رغم أنها توفرت فيها كل شروط القوة القاهرة، لكن احتاجت الشركات الصينية لتقديم وثائق لتثبت التأخير أو التعطل في وسائل النقل وعقود التصدير وإعلانات الجمارك وغيرها لدى هيئة تنمية التجارة الدولية الصينية، التي أكدت عزمها منح "شهادات القوة القاهرة" للشركات الدولية التي تتصدى لتأثيرات انتشار فيروس كورونا.[3]

ثانيا: خطأ المستهلك الإلكتروني.

يقصد به أن المستهلك هو المتسبب في إلحاق الضرر بنفسه، كأن يستعمل السلعة استعمالا خاطئ، أو يستعملها بطريقة غير عادية أي لغير الغرض المخصص لها ولطبيعتها، إذا استعمل السلعة بعد انتهاء تاريخ صلاحيتها،[4] أو أن يثبت المورد أن عدم تنفيذه لالتزاماته العقدية أو سوئه ناجم عن خطأ

---

[1]–المر سهام: حالات إعفاء المورد الإلكتروني من المسؤولية المدنية استنادا إلى القانون 18–05، المجلة الجزائرية للحقوق والعلوم السياسية، مج08، ع02، 2024، ص133.

[2]–يوسف حسن يوسف: المرجع السابق، ص158.

[3]–جلطي منصور: الآثار القانونية لفيروس كورونا المستجد covid–19 على الالتزامات التعاقدية، حوليات جامعة الجزائر، مج34 ، عدد خاص: القانون وجائحة كورونا، 2020، ص 486.

[4]–خمقاني كريمة: المرجع السابق، ص261.

المستهلك ذاته حسب ما نصت عليه المادة 18 من القانون 18-05، كأن يتأخر للحضور إلى التسليم، أي أن التسليم في غير أجله يرجع إلى المستهلك نفسه، هنا تنتفي مسؤولية المورد الإلكتروني، ويقع عليه عبء إثبات أن خطأ المستهلك هو السبب في عدم تنفيذه لالتزاماته أو إلحاقه الضرر بنفسه.

ويستطيع المورد ان يتمسك بخطأ المستهلك ليس فقط في مواجهته هو وإنما في مواجهة ورثته اذا انتهى الحادث بموت المضرور أو في مواجهة الغير المتضرر من الحادث.[1]

ومن أمثلة خطأ المستهلك: عدم تعاونه مع المورد أو مقدم الخدمة الذي ينوبه في تنفيذ الالتزام، أو عدم تقديمه المعلومات الكافية حوله أو حول احتياجاته، وكذلك مخالفة تعليمات استخدام المحل كأن يكون جهازا أو برنامجا إذا كانت واضحة وغير مضللة وغير تعسفية، أو السماح للغير في الحصول على بطاقة الدفع الإلكتروني،[2] أو الدخول إلى حساباته الإلكترونية...وغيرها من الأخطاء التي لا يمكن حصرها لكن يمكن وضع ضوابط على أساسها يحكم لصالحه أو ضده.

لكن في الغالب خطأ المستهلك الالكتروني لا يرفع المسؤولية عن المورد الإلكتروني وإنما يخفف منها فقط، ولا يعفى المورد من مسؤوليته إلا إذا تبين من ملابسات الواقع أن خطأ المستهلك هو العامل الوحيد في إحداث الضرر أو عدم التنفيذ الجيد أو التام للالتزامات العقدية، وأنه بلغ من الجسامة ما يجعله يستغرق خطأ المورد الإلكتروني اسغراقا كليا.[3] إذا فخطأ المستهلك يضعنا أمام حالتين:

– في الحالة الأولى: لانتفاء المسؤولية العقدية للمورد الإلكتروني كلية لابد أن يبلغ خطأ المستهلك حدا من الجسامة والفحش غير المبرر، لدرجة أنه المتسبب الوحيد في الضرر أو عدم التنفيذ، وذلك إذا كان الضرر أو عدم التنفيذ الجيد للالتزامات سببه خطأ أو إهمال المستهلك في أخذ الاحتياطات اللازمة المتوقعة من الشخص العادي،[4] وفي هذه الحالة يجب توفر علاقة السببية بين خطأ المستهلك وما أصابه، لأنه بتوفرها فقط تنفي مسؤولية المورد، فما دامت علاقة السببية بين فعل المستهلك وما أصابه متوفرة فلا حاجة

---

[1]–حوحو يمينة: عقد البيع الإلكتروني، مرجع سابق، ص311.

[2]–محمد حسين منصور: المرجع السابق، ص335.

[3]– المر سهام: المرجع السابق، ص 127.

[4]–خمقاني كريمة: المرجع السابق، ص261.

لأن تثار مسؤولية المورد.[1]

– أما الحالة الثانية: إذا وقع من المستهلك المضرور خطأ ومن المورد المدعى عليه خطأ آخر وكان لكل من الخطأين شأن في إحداث الضرر الذي وقع بالمستهلك فهل يكون خطأ المضرور في هذه الحالة سببا كافيا لنفي مسؤولية المدعى عليه ؟

أولا يجب التحديد الدقيق لدرجة خطأ كل طرف، فقد يستغرق خطأ المستهلك خطأ المورد، وقد يحدث العكس، وقد يكونا مستقلين عن بعضهما فنكون أمام خطأ مشترك.

– ففي حالة استغراق أحد الخطأين للآخر، فإن المسؤولية لا تقوم إذا كان الخطأ الذي وقع من المستهلك هو الذي استغرق الخطأ الذي وقع من المورد لكن المسؤولية تقوم إذا وقع العكس وتخفف، ويكون الاستغراق في حالتين:

الأولى: أن يفوق أحد الخطأين الآخر في الجسامة، كما في حالة قيام شخص باختراق البريد الإلكتروني للمستهلك والتلاعب بمواعيد أو تفاصيل التعاقد، إذ يفترض أن الضرر نتج عن فعله لكونه الجهة المعتدية وصاحب التصرف غير المشروع. غير أن المستهلك قد يدفع بعدم وجود علاقة سببية بين الضرر اللاحق به وبين فعله الشخصي، إذا أثبت. من خلال الوثائق التي بحوزته ـ الاتفاق القائم بينه وبين المورد، واحتج بأن هذا الأخير لم يتخذ الاحتياطات اللازمة للتحقق من هويته. [2]

في هذه الحالة نكون بصدد خطأ مشترك، إذ يتحمل المستهلك مسؤولية جزئية بسبب إهماله في حماية بريده الإلكتروني، كما قد يتحمل المورد جزءا من المسؤولية بسبب تقصيره في التأكد من هوية المتعاقد معه. لكن قد يتفاوت الخطآن في درجتهما: فإذا فاق خطأ المستهلك خطأ المورد، كأن يكون المورد قد سبق له التحقق من هوية المستهلك في مرحلة سابقة ولم تكن هناك ضرورة لإعادة التأكد، أو إذا تبين أن المخترق استغل معلومات حصل عليها من حساب المستهلك، فإن مسؤولية المورد قد تنتفي تماما. أما إذا فاق خطأ المورد خطأ المستهلك، كما في الحالات التي يطرأ فيها تغيير على العقد يتطلب إعادة التأكد من الهوية أو إعادة إرسال وثائق جديدة، ومع ذلك لم يتخذ المورد الإجراءات الواجبة، فإن مسؤوليته تقوم، ولكن تُخفف

---

[1]–قارس بوبكر: المرجع السابق، ص 62.

[2]–خمقاني كريمة: المرجع السابق، ص261.

تبعا لدرجة الخطأ المنسوب إلى المستهلك. [1]

والثانية: يكون أحد الخطأين نتيجة للخطأ الآخر، ومثاله أن يرسل المورد الإلكتروني محل العقد لغير عنوان المستهلك بسبب خطأ هذا الأخير في كتابة عنوانه سواء العادي أو الإلكتروني، فإن الخطأ في التسليم، نتيجة لخطأ المستهلك في كتابة العنوان، وهو خطأ استغرق خطأ المورد في التسليم.[2]

– وإذا كنا أمام خطأ مشترك: ففي هذه الحالة لا تكون مسؤولية المدعي عليه كاملة بل تنقص بقدر تدخل المدعى بفعله في إحداث الضرر، وقد يرى القاضي إن أحد الخطأين قد ساهم بنسبة اكبر من مساهمة الخطأ الآخر فيحكم بتوزيع التعويض على هذا الأساس.[3]

ودليل هذه الحالات المادة 126 من ق.م.ج هذه المادة تؤسس لمبدأ الخطأ المشترك وتطبيقه في المسؤولية التقصيرية أو العقدية، وتُجيز للقاضي تقدير نسبة مساهمة كل طرف في وقوع الضرر.

أما عن رضا المستهلك فقد يصل إلى درجة الخطأ الذي يعفي من مسؤولية المورد أو يخففها، لأن رضاه يمكن أن يستغرق خطأ المورد.

على سبيل المثال: اشترى مستهلك جهازا من مورد إلكتروني، كان الجهاز يحتوي على خلل في برمجيات الميزات الإضافية، لكن الخلل لا يؤثر على وظيفة الجهاز الأصلية، وكان المورد قد أبلغ المستهلك أن بعض البرمجيات لا تعمل بكفاءة و قد تتسبب في مشاكل ثانوية، ثم عرض عليه تخفيضا في السعر يعكس هذا الخلل، فوافق المستهلك ووقّع على استمارة تشير إلى قبوله للجهاز بحالته الحالية مقابل التخفيض، بشرط أن الخلل لا يؤثر على الوظيفة الأساسية للجهاز، بعد مدة من الاستخدام أثر الخلل على ميزات أخرى كانت تعمل سابقا، فقرر المستهلك المطالبة بالتعويض نتيجة الخلل الجديد، قد ينفي رضاه بالخلل مسؤولية المورد لأن الأمر متفق عليه مسبقا مادام الجهاز يقوم بالغرض المقتني من أجله.

إلا أنه، وبصفة عامة فإن رضا المستهلك لا يمكن أن يعتبر مبررا كافيا لنفي مسؤولية المورد إذا كان الخلل يُخِلّ بمتطلبات الأمن والسلامة التي تفرضها القواعد القانونية الآمرة، والتي تُعد من النظام العام ولا

---

[1]– قارس بوبكر: المرجع السابق، ص 62./ محمد حسين منصور: المرجع السابق، ص335.

[2]– خمقاني كريمة: المرجع السابق، ص261.

[3]– بلحاج العربي: النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، ط5، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2008، ص 206.

يجوز الاتفاق على ما يخالفها. لذا فإن رضا المستهلك بالمخاطر أو بالعيوب يمكن أن تحد من حقوقه التعويضية، لكنها لا تنفي مسؤولية المورد بصورة كاملة خاصة إذا كان العيب يتعارض مع معايير الأمن والسلامة والضمان اللازم يمكن أن يعتبر الخلل تقصيرا في الالتزام بمتطلبات السلامة القانونية.

فالأمر يعتبر قضية واقع، وخصوصية العقد الاستهلاكي عامة والعقد الإلكتروني خاصة، يجعل من تطبيق القواعد العامة على إطلاقه أمرا غير ممكن، لذا لابد من تطويع لهذه القواعد حسب خصوصية المعاملة، فالاجتهاد في المجال يشوبه الكثير من المخالفات القانونية، وهذا الأمر راجع لعدم شمول نصوص قانون التجارة الإلكترونية لجميع نواحي المعاملات الإلكترونية، خاصة مواضيع المسؤولية المدنية. والأمر ذاته ينطبق على حالات الاستغراق الأخرى، وفي رأينا أن خطأ المستهلك محصور جدا كعدم تسلمه للسلعة في الآجال المتفق عليها، أو عدم دفعه للثمن أو التسبيق المتفق عليه في مقابل التسلم، بحكم أن أغلب الالتزامات الملقاة على عاتق المورد الإلكتروني التزامات قانونية بدرجة أولى، بحيث لا يمكن الاتفاق على مخالفتها خاصة إذا كانت هذه المخالفة تؤدي إلى وقوع ضرر للمستهلك.

البند الثاني: انتفاء مسؤولية المستهلك الإلكتروني العقدية.

تنتفي مسؤولية المستهلك الإلكتروني بالسبب الأجنبي بكل صوره حسب القواعد العامة فينتفي بالقوة القاهرة وبالظروف الطارئة، خطأ الغير أو بخطأ المضرور:

أولا: القوة القاهرة والظروف الطارئة.

سبق تعريف القوة القاهرة ومعرفة أحكامها فتطبق في مسؤولية المستهلك بكل شروطها ومعاييرها السابق ذكرها إذا استحال عليه تنفيذ التزاماته العقدية استحالة مطلقة. أما الحادث المفاجئ أو الظروف الطارئة فقد اختلف الفقهاء حول استقلاليتها عن القوة القاهرة وما ذهب اليه البعض هو عدم التمييز بين القوة القاهرة والحادث المفاجئ بحيث يعتبران شيئا واحدا لا اختلاف فيه، فيجب أن يجتمعا فيهما صفتا عدم التوقع وعدم القدرة على دفعه وإلا كان سببا غير أجنبي، بالإضافة إلى أن القانون يعطي للحادث المفاجئ حكم القوة القاهرة من حيث اعتبارهما كسبب أجنبي ينفي المسؤولية.[1]

[1]- علي علي سليمان: المرجع السابق، ص 195

وما ذهب إليه البعض الآخر أنه رغم التشابه والتداخل الذي بين النظامين لكن يوجد فرق جوهري بينهما وهو أن الظروف الطارئة عبارة عن حوادث استثنائية عامة غير متوقعة الحدوث أثناء ابرام العقد تجعل تنفيذ الالتزام مرهقا بالمدين بحيث تهدده خسارة فادحة، فعندئذ يجوز للقاضي التدخل لتعديل شروط العقد خروجا على القاعدة العامة التي تقر بأن العقد شريعة المتعاقدين، فهذه النظرية تخفف من وطأة الخسارة الجسيمة التي تحدث لأحد الطرفين لو أجبر على تنفيذ التزاماته المنصوص عليها في العقد.[1]

أما القوة القاهرة تؤدي إلى استحالة تنفيذ العقد مطلقا، وبرأينا نؤيد أصحاب الرأي الثاني في الفرق بين النظامين فلو كانا نفس الشيء لما ذكرهما المشرع منفصلين في المادة 127 من ق.م.ج، والفرق الذي بينهما هو من جعل المشرع لا يعتبر الظرف الطارئ كسبب انتفاء مسؤولية المورد كنوع من التشديد لأنه لا يكفي الإرهاق في العقد الإلكتروني لاحتوائه الدائم على المخاطر ومن باب التشديد في مسؤوليته لمركزه الاقتصادي الأقوى من المستهلك وبالتالي لن يكون ضرره أكبر من ضرر المستهلك.

لكي يتحقق الظرف الطارئ كسبب أجنبي يمنع من قيام مسؤولية المستهلك لابد من توافر الشروط التالية:[2]

– حوادث استثنائية غير ممكنة الدفع: أي غير مألوف لكونه نادر الوقوع لا يقع في الظروف عادية، غير ممكنة الدفع فاذا كان من الممكن دفع الحادث، فلا تعتبر ظرف طارئ.

– حوادث غير متوقعة: أي لم يكن في وسع المتعاقدين توقعه وقت التفاوض أو الإبرام، فيحتاطا له. وإذا كان متوقعا فيعتبر مقصرا لعدم اتخاذ الاحتياطات اللازمة.

– حوادث عامة: أي أن تمس كافة الناس، أو على الأقل فئة منهم، ولا يخص المتعاقد وحده.

– ترهق المدين: بحيث إذا نفذ التزامه ستلحقه خسارة فادحة أو ضرر معنوي كبير وبالتالي إثراء ذمة على حساب ذمة.

إذا كان الحادث قوة قاهرة تؤدي إلى إستحالة تنفيذ الالتزام إستحالة مطلقة، وقد تكون مادية أو معنوية وللقاضي أو من يحكم في النزاع أن يقرر ما اذا كانت استحالة معنوية والمعيار هنا هو المعيار

---

[1]– المر سهام: المرجع سابق، ص132.

[2]– فيلالي علي: الالتزامات –النظرية العامة للعقد–، مرجع سابق، ص 396-400.

الموضوعي كالعادة.

وإذا كان الحدث من قبيل الظروف الطارئة فكذلك ينفي مسؤوليته لكن للجهة المختصة بالنظر في الموضوع ترد التزاماته للحد المعقول الذي يمكنه من الوفاء حسب الظروف الملابسة، وفي هذه الحالة قد تمتزج هذه الحالة مع حالة الشروط والبنود التعسفية التي يحتوي عليها العقد.

ثانيا: خطأ الغير.

إذا وقع الخطأ بفعل الغير فلا يثار أي إشكال إذ تنتفي مسؤولية المستهلك ويكون هذا الغير هو المسؤول الوحيد بالتعويض بموجب المسؤلية التقصيرية، ولكن الإشكال يثور حولما اذا ساهم خطأ الغير مع خطأ المسؤول أو خطأ المضرور:

– فإذا ساهم خطأ الغير مع خطأ المسؤول فقط: إما أن يستغرق خطأ المستهلك الخطأ الآخر (فتكون المسؤولية كاملة ولا يعتد بخطأ الغير)، أو أن يكون كل خطأ مستقل عن خطأ الآخر فنكون أمام سبب أجنبي وهو خطأ الغير، وبذلك تنعدم المسؤولية لانعدام رابطة السببية بين خطأ المستهلك والضرر.

– وإذا ساهم خطأ الغير مع خطأ المسؤول وخطأ المضرور: عندما يحدث ضرر يساهم فيه المستهلك والمورد وطرف ثالث، تطبق المادة 126 من ق.م.ج التي تنص: " إذا تعدد المسؤولون عن عمل ضار كانوا متضامنين في التزامهم بتعويض الضرر، وتكون المسؤولية فيما بينهم بالتساوي إلا إذا عين القاضي نصيب كل منهم في الالتزام بالتعويض".يتم توزيع المسؤولية بينهم بالتساوي إذا لم يكن ممكنا تحديد نصيب كل منهم، أو بناء على دور كل طرف في التسبب بالضرر إذا كان ممكنا تعيينه، فيرجع المضرور على المدعى عليه والغير بالثلثين مثلا ويبقى الثلث يتحمله هو لاشتراكه .

مثال: تنتفي مسؤولية المستهلك الإلكترونية عن إخلاله بالالتزام الوفاء بالثمن إذا كان الدفع إلكترونيا وقام بكل الإجراءات القانونية والتقنية المفروضة لدفع الثمن إلكترونيا، لكن العملية لم تتم بسبب خطأ البنك أو المؤسسة المالية المتعامل معها، لأنهم يعتبرون من الغير، وخطأ الغير من أسباب قطع علاقة السببية بين الخطأ والضرر، وفي هذه الحالة تقوم مسؤولية البنك التقصيرية تجاه المورد الإلكتروني نظرا لعدم وجود رابطة عقدية بينهما.[1]

[1]– قارس بوبكر: المرجع السابق، ص 228.

ثالثا: خطأ المضرور.

أي خطأ المورد في مسؤولية المستهلك، يحتمل كل الافتراضات والحالات أعلاه لكن بصورة أخف بحكم أن مسؤوليته تخضع للقواعد العامة وليست مشددة مثل مسؤولية المورد الإلكتروني، ويرجع التشدد في مسؤولية المورد أو المهني بصفة عامة من قبل التشريع حماية للطرف الضعيف، وكذلك اعتماد المهنيين في الغالب على التأمين من المسؤولية المدنية أي أنهم لا يلحقهم الكثير من الضرر نتيجة هذا التشدد بينما يلحق المستهلك الضرر نتيجة التساهل في فرض القوانين الصارمة على المهنيين لذا نجد الميل التشريعي الدائم لطرف المستهلك الذي يعتبر الحلقة الأضعف في السلسلة التجارية منذ التصنيع لغاية الوصول ليد المستهلك.

من أمثلة خطأ المورد: الخطأ في موعد التسليم، أو الاعتماد على منصة دفع إلكترونية غير معتمدة في البلاد التي يزاول فيها نشاطه بحيث استحال على المستهلك دفع الثمن، أو أخطأ في رقم الحساب. أي أن يثبت المستهلك أن إخلاله بدفع الثمن أو بالتسلم في الآجال المتفق عليها راجع إلى خطأ المورد نفسه.

الفرع الثاني: انتفاء ضمان العقد الإلكتروني في الفقه الإسلامي.

لم يفرد الفقهاء انتفاء الضمان بدراسات خاصة في عناوين منفصلة ولكن يمكن استنتاجه من خلال ما أوردوه من أمثلة وأحكام وشروح حولها وكذلك من خلال القواعد الفقهية التي تحمل معاني سقوط الضمان، لذا سندرس حالات انتفاء الضمان الفرع الأول، ثم القواعد الفقهية لانتفاء الضمان الفرع الثاني.

البند الأول: حالات انتفاء الضمان في الفقه الإسلامي.

يتفق القانون مع فقهاء الإسلام في الأحوال التي تنتفي أو تنعدم فيها السببية وهي قيام السبب الأجنبي لقوة قاهرة أو خطأ المضرور أو خطأ الغير.[1] لكن الاختلاف أنه في الفقه الإسلامي السبب الأجنبي ينفي الضمان في يد الأمانة لا في يد الضمان، فإذا هلك الشيء بسبب أجنبي في يد المستعير أو المستأجر أو الوديع أو الوكيل أو الشريك ونحوه ممن يده يد أمانة، فإن المسؤولية تنتفي عنهم ولا يضمنون الشيء التالف، أما إذا كانت اليد يد ضمان كيد البائع قبل التسليم المبيع، وكما في ضمان الاستحقاق أو العيب فلا ينتفي الضمان حتى بالسبب الأجنبي، ويكتفى في فقهنا بفسخ العقد، أما في القانون فالتعويض

[1]- الزحيلي وهبة: نظرية الضمان، مرجع سابق، 54-55.

الواجب عن الضرر إن وجد فوق الفسخ هو الذي يمتنع وحده بالسبب الأجنبي.[1] وفيما يلي شرح حالات السبب الأجنبي:

أولا: القوة القاهرة فقها.

في الفقه الإسلامي القوة القاهرة هي أن يحصل الضرر بقوة لا يستطيع الإنسان دفعها وليس في إمكانه أن يحترز عنها، أو هما كل أمر عارض خارج عن تدخل الإنسان، كآفة سماوية فلا ضمان؛ لأن القاعدة الفقهية تقضي: كل ما لا يمكن الاحتراز منه لا ضمان فيه".[2] والشواهد على هذه النظرية في مصادر الفقه الإسلامي كثيرة نذكر منها:

ما جاء في المسائل الفقهية: "اتفقنا على أنه لو هلك الشيء في يد الأجير بما لا يستطاع الامتنع منه كالحريق واللصوص لم يضمن".[3]

وجاء في شرح مختصر الطحاوي للجصاص:" يرى أبو يوسف ومُحَمَّد أنه لا يضمن بالموت، ولا بالحريق الغالب الذي لا يقدر على الامتناع منه".[4]

كما جاء في النتف في الفتاوى: "أن يكون هلاكه من أمر غالب فانه لا يضمن مثل ان وقع حريق أو غريق أو جيش عظيم فآغاروا عليه فإنه لا يضمن متفقا إلا في قول الشافعي. والثالث أن يكون هلاكه من أمر سماوي أو من جناية شيء مثل الفأرة تقرض الثوب أو الهرة او الكلب يفسدان الشيء أو السارق يذهب بالمتاع أو الذئب يشق بطن الشاة ونحوها فإنه...لا يضمن في قول أبي حنيفة وأبي عبد الله وهو مثل الأمر الغالب عندهما".[5]

---

[1]- الزحيلي وهبة: نظرية الضمان، مرجع سابق، 176-177.

[2]- المرجع نفسه، ص37.

[3]-القاضي أبو يعلى الحنبلي: المسائل الفقهية من كتاب الروايتين والوجهين، تح: عبد الكريم بن مُحَمَّد اللاحم، ط1، مكتبة المعارف، الرياض – السعودية، 1405 هـ - 1985 م، ج1، ص469.

[4]- الجصاص، أبو بكر الرازي: شرح مختصر الطحاوي، تح:سائد بكداش وآخرون، ط1، دار البشائر الإسلامية ودار السراج، مكة المكرمة-المملكة العربية السعودية،1431هـ-2010م، ج3، ص397.

[5]- السُّغْدي، أبو الحسن علي الحنفي: النتف في الفتاوى، تح: صلاح الدين الناهي، ط2، مؤسسة الرسالة، بيروت-لبنان، 1404هـ -1984 م، ج2، ص 562.

ومن المعاصرين ما أورده مصطفى أحمد الزرقا:" يستثنى من الضمان ما لو تلف شيء من أموال الناس بسبب طارئ عام لا ينفع منه التحرز كالفيضان والزلازل ونحوهما من الطوارئ التي لا يمكن الاحتراز منها".[1]

ومن أمثلة العمل بهذه النظرية في الفقه الإسلامي كذلك إنقاص الثمن بسبب الجوائح في بيع الثمار: فقد قرره فقهاء المالكية[2] والحنابلة[3]، لأن النبي ﷺ قال: { **إن بعتَ مِن أخيك تمراً، فأصابتها جائحةٌ، فلا يَحِلُّ لك أن تأخذَ منه شيئاً، بِمَ تأخذُ مالَ أخيكَ بغيرِ حقٍّ؟** }.[4]

ومجمل القول: إن فسخ الإجارة بالأعذار، وإنقاص الثمن بالجوائح في بيع الثمار ونحوهما من الحوادث الطارئة عند فقهاء الإسلام مثل كساد الأوراق النقدية، أو انقطاعها المستوجب لبطلان البيع، تعتبر أمثلة حية لنظرية الظروف الطارئة في الفقه الإسلامي، تطبيقاً لمبدأ العدالة، ومراعاة لما يجب من توفر التعادل والتوازن في الالتزامات وتنفيذها.[5]

ثانيا: فعل الغير فقها.

الأكيد أنه إذا أثبت أن فعل الغير خطأ أو عمدا هو السبب في حدوث الضرر فإن الضمان يرتفع تماما عن المتهم الأول، لكن إذا ساهم فعل الغير مع فعل المسؤول فإنهم يشتركون في الضمان، فإن حفر إنسان بئرا وعمقها آخر ووضع آخر فيها سكينا فالضمان عليهم أثلاثا لتسببهم.[6]

أما إذا اجتمعوا في فعل ما كان أحدهم متسببا والآخر مباشرا فيضمن المباشر،[7] إن كان فعل المتسبب لا يؤثر في التلف بانفراده عادة، وإن كان السبب يؤثر بانفراده، فإن المتسبب والمباشر يشتركان في

---

[1]– الزرقا مصطفى أحمد: مسؤولية المتبوع عن فعل تابعه، مرجع سابق، ص 161.

[2]–الدردير أحمد: الشرح الكبير على على مختصر خليل وحاشية الدسوقي، مرجع سابق، ج3، ص185.

[3]– ابن قدامة، موفق الدين أبو مُحَمَّد عبد الله بن أحمد بن مُحَمَّد: المغني، تح: عبد الله بن عبد المحسن التركي، عبد الفتاح مُحَمَّد الحلو، ط3، دار عالم الكتب للطباعة والنشر والتوزيع، الرياض–المملكة العربية السعودية، 1417هـ –1997م، ج4، ص81.

[4]– أخرجه أبو داود في سننه، عن جابر بن عبد الله، أول كتاب البيوع رقم (17)، باب في وضع الجائحة رقم (60)، ح.ر 3470، تح: شعيب الأرناؤوط–مُحَمَّد كامل قره بللي، ط1، دار الرسالة العلمية، بيروت–لبنان، 1430هـ–2009م، ج5، ص341.

[5]– الزحيلي وهبة: الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق، ج4، ص3233.

[6]– البهوتي: المرجع السابق، ج6، ص7.

[7]– المادة 90 من مجلة الأحكام العدلية، مرجع سابق، ص27.

الضمان،[1] إذا كان المتسبب متعمدا وإلا فمشاركته تنقص الضمان على المباشر فقط لأن "المباشر ضامن وإن لم يتعمد"،[2] و"المتسبب لا يضمن إلا بالتعمد".[3]

ثالثا: فعل المضرور فقها.

إذا ثبت أن الضرر سببه فعل ما من المضرور فإن الضمان يرفع عن المتهم الأول تماما، أما إذا اشترك المضرور مع المسؤول في إحداث الضرر فإن الضمان ينقص بقدر اشتراكه في إحداث الضرر، والدليل على ذلك قصة السرية إلى خثعم عن جرير بن عبد الله ﷺ، أنه قال:« بعث رسول الله ﷺ سرية إلى خثعم فاعتصم ناس منهم بالسجود فأسرع فيهم القتل. » قال: « فبلغ ذلك النبي ﷺ فأمر لهم بنصف العقل »، وقال: { **أَنَا بَرِيءٌ مِنْ كُلِّ مُسْلِمٍ يُقِيمُ بَيْنَ أَظْهُرِ الْمُشْرِكِين**}. قالوا: «يا رسول الله، لم؟ » قال:{ **لا تَرَاءَى نارَاهما**}.[4] ودلالة هذا الحديث أن المتضرر إذا شارك بفعله أو تقصيره في إحداث الضرر سقط بعض حقه في التعويض بنسبة مشاركته في إضرار نفسه.[5]

البند الثاني: القواعد الفقهية لانتفاء الضمان.

سنقتصر في دراستنا على ثلاث قواعد التي تحمل معاني انتفاء وسقوط الضمان وهي: الجواز الشرعي ينافي الضمان[6]، الأجر والضمان لا يجتمعان[7]، لا ضمان على المبالغ في الحفظ[8].

أولا: الجواز الشرعي ينافي الضمان.

" الجواز الشرعي " وهو كون الأمر مباحا، فعلا كان أو تركا " ينافي الضمان " لما حصل بذلك الأمر

---

[1]- الزحيلي وهبة: نظرية الضمان، مرجع سابق، ص78.

[2]- المادة 92 من مجلة الأحكام العدلية، مرجع سابق، ص27.

[3]- المادة 93 من مجلة الأحكام العدلية، مرجع سابق، ص 27.

[4]- أخرجه أبو داود في سننه، عن هناد بن السري، عن أبو معاوية، عن إسماعيل، عن قيس عن جرير بن عبد الله،كتاب الجهاد رقم 9، باب النهي عن قتل من اعتصم بالسجود رقم (103)، ح.ر 2645، ج4، ص280.

[5]- الزرقا مصطفى أحمد: مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه في الفقه الإسلامي، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، ع10، السنة الثامنة، ص 155.

[6]-المادة 91 من مجلة الأحكام العدلية: مرجع سابق، ص 27.

[7]- المادة 86 من مجلة الأحكام العدلية، مرجع سابق، ص26.

[8]- آل بورنو، مُحَمَّد صدقي: موسوعة القواعد الفقهية، مؤسسة الرسالة، بيروت – لبنان، 1424 هـ - 2003 م، ج8، 875.

الجائز من التلف.[1] ولكن بشرطين:

_ أن لا يكون ذلك الأمر الجائز مقيدا بشرط السلامة.

– وأن لا يكون عبارة عن إتلاف مال الغير لأجل نفسه، وذلك لأن الضمان يستدعي سبق التعدي، والجواز الشرعي يأبى وجوده، فتنافيا.

يفهم من هذه القاعدة أنه لو فعل شخص ما أجيز له فعله شرعا ونشأ عن فعله هذا ضرر ما فلا يكون ضامنا للخسارة الناشئة عن ذلك.[2] فمثلا: لو دخل رجل دكان حداد ولو بإذنه وهو يطرق الحديد فطارت شرارة، فأحرقت ثيابه، وكان ذلك هدرا لا ضمان فيه.[3]

ويتفرع عن هذه القاعدة بعض فروع الإجارة، والأمانات، والهبة، والشركة،[4] وهي كما يلي:

– **إجارة:** لو حمل المستأجر الحيوان الذي استأجره المقدار الذي اشترط على صاحبه تحميله إياه ومثله أو ما دونه فتلف ذلك الحيوان فلا ضمان عليه.[5]

– **الأمانات:** كذلك لا يضمن المستودع فيما إذا كان صاحب الوديعة غائبا، وفرض الحاكم من الدراهم المودعة نفقة لمن يلزم صاحب الوديعة الإنفاق عليه، والمستودع أدى تلك النفقة المفروضة من المال المودع. أو لو تلفت العارية في يد المستودع بلا تعد ولا تقصير أو طرأ على قيمتها نقصان فلا يلزم المعير ولا المستعير ضمان.[6]

– **الهبة:** إذا أباح شخص لآخر شيئا من طعامه فليس له أن يطالبه بقيمته بعد ذلك بإباحته له إياه.

– **الشركة:** بما أن لشريك أن يسكن في الدار مدة بدون إذن الشريك فإذا سكنها أحد الشريكين بدون

---

[1]– الزرقا أحمد: شرح القواعد الفقهية، تق: مصطفى أحمد الزرقا، ط1، دار القلم، دمشق – سوريا، 1409 هـ - 1989 م، ص449.

[2]– خواجة أمين أفندي علي حيدر: درر الحكام في شرح مجلة الأحكام، تر: فهمي الحسيني، ط1، دار الجيل، 1411هـ-1991م، بيروت-لبنان، ج1، ص92.

[3]– الزحيلي وهبة: نظرية الضمان، مرجع سابق، ص 76.

[4]– خواجة أمين أفندي علي حيدر: المرجع السابق، ج1، ص93.

[5]– راجع الفقرة الثانية من المادة (605) من مجلة الأحكام العدلية، مرجع سابق، ص 113.

[6]– كما ورد في المادة (799)، (822) و(824) من مجلة الأحكام العدلية، مرجع سابق، ص 153-158/ خواجة أمين أفندي علي حيدر: المرجع سابق، ج2، ص376.

إذن الآخر واحترقت الدار أثناء سكناه فلا ضمان عليه.[1]

– **الوكالة:** بما أن للوكيل أن يأخذ مقابل ثمن المال الذي باعه بالنسيئة رهنا أو كفيلا فإذا تلف الرهن أو أفلس الكفيل فلا يكون الوكيل ضامنا.[2] كذلك إذا وكل المتولي وكيلا عنه وترتب بذلك ضرر على الوقف فبما أن للمتولي شرعا أن يوكل فلا يضمن.

ولأنه لكل قاعدة استثناء هناك العديد من المسائل المستثنيات هذه القاعدة نذكر على سبيل المثال لا الحصر:

– ما لو تصدق الملتقط باللقطة بعد تعريفها زمنا كافيا ثم جاء صاحبها فهو بالخيار بين أن يجيز تصدقه أو يضمنه.[3]

– ما جاء في المادة (33) التي تقيد هذه القاعدة بعض التقييد؛ لأنه مع وجود جواز شرعي للأكل من طعام الغير في حالة الوصول إلى درجة الهلاك كما مر معنا يكون الضمان لازما.[4]

ثانيا: الأجر والضمان لا يجتمعان.

" الأجر" هو بدل المنفعة، "والضمان" هو الغرامة لقيمة الشيء أو نقصانه، " لا يجتمعان " إذا اتحدت جهتهما، لأن الضمان إنما يكون بسبب التعدي، والتعدي على مال الغير غصب له أو كالغصب، ومنافع المغصوب غير مضمونة، لأن المنافع معدومة، وعند وجودها فهي أعراض غير باقية، وإنما تقوم بعقد الإجارة على خلاف القياس لمكان الحاجة الضرورية إليها، وعقد الإجارة لا يبقى مع صيرورة المستأجر ضامنا، بل يرتفع، إذ لا يمكن اعتباره مستأجرا أمينا وغاصبا ضمينا في آن واحد، لتنافي الحالتين.[5] ويشترط في عدم اجتماع الأجرة والضمان اتحاد السبب والمحل فيهما وإلا فالاثنان قد يلزمان في وقت معا.[6]

مثال: لو استأجر شخص بيتا ولم يسمِ ما يعمل فيه فهو جائز، لأن المعقود عليه معلوم بالعرف وهو السكنى في البيت، وذلك لا يتفاوت فلا حاجة إلى تسمية، وليس له أن يعمل فيه عملا يضر بالبناء؛ وقد

---

[1]– المادة (1075) من مجلة الأحكام العدلية، مرجع سابق، ص 207.

[2]– المادة (1500) من مجلة الأحكام العدلية، مرجع سابق، ص 291.

[3]– الزرقا أحمد: شرح القواعد الفقهية، مرجع سابق، ص452.

[4]– خواجة أمين أفندي علي حيدر: المرجع السابق، ج1، ص93.

[5]– الزرقا أحمد: شرح القواعد الفقهية، مرجع سابق، ص431.

[6]– خواجة أمين أفندي علي حيدر: المرجع السابق، ج1، ص89.

بينا أنه لا يستحقه بمطلق العقد فإن عملها فانهدم البيت فهو ضامن؛ لما انهدم من عمله؛ لأنه متلف متعد ولا أجر عليه فيما ضمن لأن الأجر والضمان لا يجتمعان، لكن لصاحب الدار فيه إيجاب ضمان كل القيمة وإيجاب كل الأجر باستيفاء المعقود عليه.[1]

ثالثا: لا ضمان على المبالغ في الحفظ.

المبالغ في الحفظ: الّذي عمل ما في وسعه لحفظ ما تحت يده. فالأمين الّذى عمل ما في وسعه لحفظ ما ائتمن عليه وما هو تحت يده من مال لغيره، فإنّه لا يغرم قيمة ما تلف بغير تعدّ منه أو تقصير، ومثالها: ومنها: رجل دفع بضاعة إلى آخر ليبيعها في بلدة أخرى بغير أجر، فحملها وباعها، وأخذ ثمنها، فجعله في برذعة حمار له – لخوف الطّريق، فنزل رباطاً مع القافلة فَسرِق الحمار مع البرذعة والدّراهم، قالوا: لا ضمان عليه؛ لأنّه بالغ في الحفظ.[2]

[1]– السرخسي: المرجع السابق، ج15، ص 147.

[2]– آل بورنو، مُحَمَّد صدقي: المرجع السابق، ص 875.

المبحث الثاني: آثار قيام المسؤولية العقدية الناتجة عن التجارة الإلكترونية(الواجب في الضمان).

تعتبر مديرية التجارة أول جهة حامية للمستهلك الالكتروني من تعسفات واحتيال التجارة الالكترونية وهذا في حالة توافر أدلة قوية تثبت أن المستهلك تضرر ضررا _سواءا ماديا أو معنويا_ سببه له المورد الالكتروني، كاقتناء منتوج غير مطابق للإشهار الخاص به أو تسديد مبلغ وعدم حصوله على الطلبية. ولابد أن تكون الشكوى المودعة لمديرية التجارة كتابية مرفقة بجميع الأدلة التي تثبت التعامل مع هذا المورد الالكتروني. في حالات أخرى والتي تكيف على أنها نصب واحتيال لاسيما إذا تم التعامل مع مورد الالكتروني لا يملك ملف إداري يثبت أنه كذلك، من الأفضل تقديم شكوى للشرطة الالكترونية لفتح تحقيق معمق لاسيما إن كان النصب والاحتيال تضرر منه المستهلك ضررا كبيرا.[1] والحكم الذي يترتب على تحقق المسؤولية وللمطالبة بالجزاء يجب سلوك دعوى المسؤولية التي يرفعها لحمل المسؤول على رفع الضرر من خلال القيام بأعمال ترفعه أو الامتناع عن القيام بالأفعال الضارة، أو جبر الضرر بالتعويض في حالة عدم إمكانية رفعه، الذي يعتبر الجزاء على قيام المسؤولية المدنية وهو ما سنحاول التفصيل فيه في هذا المبحث، على مطلبين يتناول الأول الموضوع من الناحية القانونية والثاني يتطرق له من الناحية الشرعية:

الأول: آثار قيام المسؤولية العقدية الناتجة عن التجارة الإلكترونية قانونا.

الثاني: الواجب في الضمان الناتج عن التجارة الإلكترونية فقها.

المطلب الأول: آثار قيام المسؤولية العقدية الناتجة عن التجارة الإلكترونية قانونا.

يعتبر التعويض الجزاء المترتب عن المسؤولية المدنية، وقد نص عليه المشرع الجزائري في المادة 132 من ق.م.ج التي جاء فيها: " يعين القاضي طريقة التعويض تبعا للظروف. ويصح أن يكون التعويض مقسطا، كما يصح أن يكون إيرادا مرتبا، ويجوز في الحالتين إلزام المدين بأن يقدر تأمينا. ويقدر التعويض بالنقد، على أنه يجوز للقاضي، تبعا للظروف وبناء على طلب المضرور، أن يأمر بإعادة الحالة إلى ما كانت عليه، أو أن يحكم وذلك على سبيل التعويض بأداء بعض الإعانات تتصل بالعمل غير المشروع".

---

[1]- المنظمة الجزائرية لحماية وإرشاد المستهلك ومحيطه: الناحية القانونية للتجارة الإلكترونية-قراءة للقانون رقم 18-05 المؤرخ في 10 ماي 2018، المتعلق بالتجارة الإلكترونية.الدراسة منشورة على الرابط: https://apoce.org/blog/ تم الإطلاع عليها 2024/04/20_03:48.

من المادة يتضح أن الجزاء هو التعويض وغالبا ما يكون تعويضا نقديا إذا استحال التعويض العيني فالتعويض النقدي، كما يتضح أن للقاضي كامل السلطة في اختيار الطريقة المناسبة لإصلاح الضرر وتقدير التعويض.

ولأن القانون 18-05 أقر مسؤولية المورد الإلكتروني العقدية في مواجهة المستهلك الإلكتروني، عن عدم التنفيذ أو سوءه من قبل مقدمي الخدمات، مع إقرار حقه في الرجوع عليهم. مما يعني أنه من آثار قيام المسؤولية العقدية للمورد الإلكتروني ثبوت الحق للمورد الإلكتروني في الرجوع على مؤدي الخدمات بقيمة ما دفعه من تعويض للمستهلك.

بناء على ما سبق نتناول هذا المطلب في ثلاثة فروع:

الأول: التعويض العيني في قانون التجارة الإلكترونية.

الثاني: التعويض النقدي في قانون التجارة الإلكترونية.

الثالث: قيام حق المورد الإلكتروني في الرجوع على مؤدي الخدمات.

الفرع الأول: التعويض العيني في قانون التجارة الإلكترونية.

وهو إعادة الحال إلى ما كانت عليه قبل وقوع الفعل الضار، فهو يزيل الضرر الناشئ عنه، أي هو التنفيذ أو الوفاء بالالتزام عينا، والتعويض العيني بهذا المعنى يعد أفضل من التعويض النقدي، ذلك أنه يؤدي إلى محو الضرر وإزالته، بدلا من بقاء الضرر على حاله وإعطاء المتضرر مبلغا من المال عوضا عنه، كما هو الحال في التعويض النقدي.[1]

كما ينبغي التنبيه إلى أن بعض الفقهاء لم يميزوا بين التنفيذ العيني والتعويض العيني ووصفوهما بأنهما مصطلحان مترادفان، في حين أن هناك من الفقهاء من فرق بينهما، فالأول يكون قبل وقوع الإخلال بالالتزام فيكون هناك تنفيذ عيني عن طريق عدم الإخلال به، والثاني بعد وقوع الإخلال بالالتزام فإزالة المخالفة تكون بالتعويض العيني [2].

فعند تعذر التنفيذ العيني، فإنه لا يبقى أمام القاضي إلا أن يحكم للمضرور بالتعويض، وهذا التعويض لا يكون إلا بمقابل نقدي، ، إذ تنص المادة 176 من القانون المدني على أنه: "إذا استحال على المدين أن

---

[1]- ينظر: لعروي زواوية، العقد الإلكتروني والمسؤولية المدنية الناتجة عنه –دراسة مقارنة–، مرجع سابق، ص146.

[2]- ينظر: خمقاني كريمة: المرجع السابق، ص208.

ينفذ الالتزام عينا حكم عليه بتعويض الضرر الناجم عن عدم تنفيذ التزامه، ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ نشأت عن سبب لا يد له فيه، ويكون الحكم كذلك إذا تأخر المدين في تنفيذ التزامه".

وفي هذا نجد المشرع الجزائري منح للقاضي السلطة التقديرية بالحكم بأداء بعض الإعانات ذات الصلة بالعمل غير المشروع.[1] كالامتناع عن إرسال الرسائل الإشهارية الإلكترونية التي تضعف نظام المرسل إليه، أو كالالتزام بإصلاح النظام الإلكتروني للمتضرر.

كما أنه لا يتقيد المضرور بتقديم أي نوع من نوعي التعويض قبل الآخر، فله أن يبدأ بالمطالبة بأيهما حسب ما يشاء وعلى ما يراه أنفع له. وكذلك يجوز للمسؤول أن يعرض التعويض العيني، فيقضي به عليه. غير أنه في أكثر الأحوال ولاسيما في أحوال الضرر الأدبي يتعذر التعويض العيني فيتعين الالتجاء إلى التعويض النقدي. وهذا النوع يكثر في نطاق الالتزامات التعاقدية أما في المسؤولية التقصيرية فهو نادر الوقوع. إلا حين يتخذ الخطأ الذي اقترفه المدين صورة القيام بعمل يمكن إزالته.

ويتعين على القاضي أن يحكم بالتعويض العيني إذا كان ممكنا، وطالب به المستهلك الإلكتروني أو تقدم به المورد الإلكتروني، ولا يجوز للمستهلك الإلكتروني أن يتمسك بالتعويض بمقابل، إذا كان المورد الإلكتروني مستعدا للتنفيذ العيني، وإذا طالب التنفيذ بمقابل ولم يكن التنفيذ العيني مرهقا للمورد الإلكتروني، وللقاضي أن يقضي بالتنفيذ العيني بصرف النظر عن طلب المستهلك الإلكتروني، ولا يعتبر ذلك منه حكما بغير ما طلب الخصم أو أكثر مما طلبوا.[2]

إن الغاية من التعويض هو إصلاح الضرر ينشأ منذ استعمال أركان المسؤولية، وبصفة خاصة منذ وقوع الضرر، فالحق في التعويض لا يتحدد إلا بصدور حكم قضائي، وهذا الأخير لا ينشأ الحق بل يكشف عنه، والحكم وإن لم يكن مصدر الحق في التعويض إلا أن له أثرا محسوسا في هذا الحق، فهو الذي يحدد عناصره وطبيعته ويجعله مقوما بالنقد .[3]

من خلال الاطلاع على نصوص القانون رقم 18-05، يتضح احتوائها على جملة من التعويضات

---

[1]- ينظر: المادة 02/32 من ق.م.ج.

[2]- خمقاني كريمة: المرجع السابق، ص207،208.

[3]- ينظر: محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص413.

االعينية في حالة مخالفة المورد الإلكترونية لالتزاماته كالمواد مثل 21، 22، و23 التي نصت على بعض التزامات المورد الإلكتروني وكذلك الجزاءات المترتبة على الإخلال بهذه الالتزامات، لأن طبيعة الالتزامات في عقود التجارة الإلكترونية، التي يتم تنفيذها عادةً بتحقيق نتيجة معينة.

فإذا أخل المورد الإلكتروني بالتزامه بتسليم السلعة أو الخدمة أو بأداء التزامه بشكل ناقص، يحق للمستهلك الإلكتروني طلب التنفيذ العيني (أي الإلزام بتنفيذ العقد كما هو منصوص عليه) أو فسخ العقد مع المطالبة بالتعويض عن الأضرار التي لحقت به جراء التأخير في التسليم أو عدم التسليم في الوقت المحدد قانوناً. [1]

فالمادة 21 من القانون 18-05 تنص على:" عندما يسلم المورد الإلكتروني منتوجا أو خدمة لم يتم طلبها من طرف المستهلك الإلكتروني، لا يمكنه المطالبة بدفع الثمن أو مصاريف التسليم"

تتناول هذه المادة أحكام تأخير التسليم، وتوضح حقوق المستهلك في حال تأخر المورد الإلكتروني عن تسليم السلع أو الخدمات، كما تشمل هذه المادة تدابير يمكن اتخاذها ضد المورد مثل فرض غرامات أو اتخاذ إجراءات إدارية، وإجراءات قانونية ضد المورد إذا استمر في إخلال التزاماته. يمكن للمستهلك رفع دعوى قضائية للحصول على تعويضات أو فرض عقوبات إضافية بناء على حكم المحكمة.

وفقًا للمادة ذاتها، عندما يسلم المورد الإلكتروني منتجا أو خدمة لم يتم طلبها من طرف المستهلك الإلكتروني، لا يحق للمورد المطالبة بدفع الثمن أو مصاريف التسليم.

كما تنص المادة 22 من القانون 18-05: "في حالة عدم احترام المورد الإلكتروني لآجال التسليم، يمكن للمستهلك الإلكتروني إعادة إرسال المنتوج على حالته في أجل أقصاه أربعة (4) أيام عمل ابتداء من تاريخ التسليم الفعلي للمنتوج، دون المساس بحقه في المطالبة بالتعويض عن الضرر.

وفي هذه الحالة، يجب على المورد الإلكتروني أن يرجع إلى المستهلك الإلكتروني المبلغ المدفوع والنفقات المتعلقة بإعادة إرسال المنتوج، خلال أجل خمسة عشر (15) يوما ابتداء من تاريخ استلامه المنتوج".

أنه في حالة تسلم المستهلك لغرض غير مطابق للطلبية أو إذا كان المنتج معيبا أو إذا لم يحترم المورد الإلكتروني آجال التسليم، يحق للمستهلك الإلكتروني إعادة إرسال السلعة في غلافها الأصلي خلال مدة

[1]- ينظر: سقلاب فريدة: المرجع السابق، 476-477.

أقصاها أربعة (4) أيام عمل من تاريخ التسليم الفعلي، مع الإشارة إلى سبب الرفض. وتكون تكاليف إعادة الإرسال على عاتق المورد الإلكتروني. ويتعين على المورد الإلكتروني اتخاذ الإجراءات اللازمة، سواء بتسليم جديد موافق للطلبية، أو إصلاح المنتج المعيب، أو استبدال المنتج بآخر مماثل، أو إلغاء الطلبية وإرجاع المبالغ المدفوعة دون الإخلال بإمكانية مطالبة المستهلك الإلكتروني بالتعويض في حالة وقوع ضرر. كما يجب على المورد الإلكتروني أن يعيد للمستهلك الإلكتروني المبلغ المدفوع والنفقات المتعلقة بإعادة إرسال المنتج خلال مدة خمسة عشر (15) يوما من تاريخ استلامه المنتج.

لم يتناول القانون الإلكتروني مسألة تبعة الهلاك ومن يتحملها قبل التسليم، وعلى ما يبدو أنه يتم الاستناد في هذه المسألة إلى القواعد العامة في نظرية العقد.

أما المادة 23 فتنص على:" يجب على المورد الإلكتروني استعادة سلعته في حالة تسليم غرض غير مطابق للطلبية أو في حالة ما إذا كان المنتوج معيبا.

يجب على المستهلك الإلكتروني إعادة إرسال السلعة في غلافها الإصلي، خلال مدة أقصاها أرعة4) أيام عمل ابتداء من تاريخ التسليم الفعلي للمنتوج، مع الإشارة إلى سبب الرفض، وتكون تكاليف إعادة الإرسال على عاتق المورد الإلكتروني.

ويلزم المورد الإلكتروني بما يأتي:

- تسليم جديد موافق للطلبية، أو
- استبدال المنتوج بآخر مماثل، أو
- إلغاء الطلبية وإرجاع المبالغ المدفوعة دون الإخلال بإمكانية مطالبة المستهلك الإلكتروني بالتعويض في حالة وقوع ضرر.

يجب أن يتم إرجاع المبالغ المدفوعة خلال أجل خمسة عشر (15) يوما من تاريخ استلامه المنتوج"

تنظم هذه المادة الجزاءات المترتبة عن الإخلال بالالتزام بضمان المطابقة، وضمان العيب وعليه يتعين على المستهلك إعادة إرسال المنتجات التي لم تكن مطابقة لما تم طلبه أو في حالة ما كان المنتج معيبا، كما يجب عليه إعادة إرسال السلعة في غلافها الأصلي مع الإشارة إلى سبب الرفض، وبخصوص تكاليف إعادة الإرسال المنتج يتحملها المورد الإلكتروني، وقد حددت المدة لإعادة الإرسال بأربعة أيام ابتداء من تاريخ

التسليم الفعلي للمنتج.

كما ينبغي التنبيه في حالة إرجاع المنتج دون سبب واضح يعتبر تعسفا وقد ينجم عليه تبعات، لكن عند الإرجاع لعيب ما يلتزم المورد بتقديم أحد الحلول التالية: إما تسليم منتج جديد مطابق للطلبية، أو إصلاح المنتج المعيب، أو استبدال المنتج بآخر مماثل، أو إلغاء الطلبية (الفسخ) وإرجاع المبالغ المدفوعة مع حق المستهلك في المطالبة بالتعويض إذا تعرض للضرر، ويجب أن يتم إرجاع المبالغ المدفوعة خلال خمسة عشر يوما من تاريخ استلام المنتج المسترجع.

الفرع الثاني: التعويض النقدي في قانون التجارة الإلكترونية.

يعرف التعويض النقدي بأنه :"عبارة عن مبلغ مالي إما أن يعطى دفعة واحدة أو مقسطا، أو يعطى على شكل إيراد مرتب إما لمدة معينة أو لمدى حياة الشخص المضرور، وهذا حسب العجز الذي يصيبه" إذا يتمثل التعويض النقدي في مبلغ مالي، لأنه الأنسب والأصل في مجال المسؤولية المدنية، فهو يتفق وطبيعة الضرر ولأن المستهلك الإلكتروني المضرور يفضله في العادة سواء كان الضرر الذي لحقه معنوي أو مادي.[1]

يعتبر التعويض النقدي هو القاعدة العامة في المسؤولية المدنية، فالأصل أن يكون التعويض مبلغا من النقود، وبالتالي التعويض النقدي هو كل ضرر يمكن تقويمه بالنقود.[2]

وبما أن التعويض بمقابل يلجئ إليه كحل بديل عند عدم إمكانية تنفيذ الالتزام عينا ويكون في الحالات التالية:

- إذا استحال على المورد الإلكتروني التنفيذ العيني للالتزام، وهي الصورة الشائعة بكثرة في المسؤولية المدنية الإلكترونية. ومثال ذلك التعدي على الحقوق الشخصية للمستهلك الإلكتروني وإفشاء أسراره.[3] أما إذا استحال التنفيذ العيني بسبب أجنبي لا يد للمدين فيه كزلزال أو فيضان فإن الالتزام ينقضي ولا يكون

---

[1]- عزوز سارة: حماية المستهلك من الإشهار المضلل في القانون الجزائري، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر، باتنة1، 2017، ص254.

[2]- ينظر: المرجع نفسه، ص255.

[3]- محمد حسين منصور: المرجع السابق، ص411.

المدين مسؤولا عن التعويض.[1]

- إذا كان التنفيذ العيني ممكنا وغير مرهقا للمورد الإلكتروني، ولكن لم يطلبه المستهلك ولم يعرضه عليه المورد الإلكتروني، فحينئذ يكون استبدال التنفيذ العيني للالتزام بالتنفيذ بطريق التعويض وليد الاتفاق الضمني لطرفيه.[2]

- إذا كان التنفيذ العيني ممكنا ولكن فيه إرهاقا للمورد الإلكتروني، ولو لم يكن في العدول عنه إلى التنفيذ بطريق التعويض ضرر جسيم يلحق بالمستهلك الإلكتروني.[3]

لم يحدد المشرع الجزائري سقفا معينا للتعويض وفي نفس الوقت لم يضع حدا أدنى له، فالتعويض يكون كاملا، وهذا ما دلت عليه المواد القانونية من 176 إلى 187 من ق.م.ج ومن أجل تقدير التعويض لابد من خضوعه إلى مجموعة من المعايير، كما أن له أشكالا مختلفة حسب الجهة المكلفة بتقديره.

البند الأول: معايير تقدير التعويض.

يقوم التعويض على أساس ذاتي حيث نصت المادة 131 " يقدر القاضي مدى التعويض عن الضرر الذي لحق المصاب طبقا لأحكام المادة 182 مع مراعاة الظروف الملابسة، فان لم يتيسر له وقت الحكم أن يقدر مدى التعويض بصفة نهائية فله أن يحتفظ للمضرور بالحق في أن يطالب خلال مدة معينة بالنظر من جديد في التقدير". من نص المادة يمكننا استنتاج الأحكام التالية:

- التعويض غير المقدر مسبقاً في العقد أو في القانون، يخضع لتقدير قضائي، فالقاضي له السلطة التقديرية في تحديد قيمة التعويض.

- أن التعويض يشمل نوعين من الأضرار وهما الخسارة التي لحقت الدائن، والفائدة التي فاتته بسبب عدم الوفاء بالالتزام.

- أما لاستحقاق التعويض، يجب توفر شرطين :أن تكون الأضرار نتيجة طبيعية لم يكن بإمكان

---

[1]- خمقاني كريمة: المرجع السابق، ص209.

[2]- قنطرة سارة: المسؤولية المدنية للمنتج وأثرها في حماية المستهلك، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد لمين دباغين، سطيف 02، 2016-2017، ص87.

[3]- خمقاني كريمة: المرجع السابق، ص209.

الدائن تفاديها ببذل جهد معقول، لعدم أو التأخير في الوفاء بالالتزام.

- أما تأثير نوع الخطأ على تقدير التعويض ففيه مسألتان: الأولى إذا ارتكب المدين خطأ جسيما أو غشا، فإنه قد يكون ملزما بتعويض كامل الأضرار، حتى لو كانت غير متوقعة وقت التعاقد. والثانية إذا لم يرتكب المدين خطأ جسيما أو غشا، يكون ملزما فقط بتعويض الأضرار التي كانت متوقعة وقت التعاقد.

أي أن حجم الضرر يؤثر في تقدير القاضي لقيمة التعويض، ولكن جسامة الخطأ تساهم في تحديد نوع الأضرار التي سيشملها التعويض سواء الأضرار المتوقعة أو غير المتوقعة.

يمكن القول إن المادة تضع إطاراً لتحديد قيمة التعويض في حال عدم الوفاء بالالتزام، مع مراعاة طبيعة الضرر ودرجة خطأ المدين. فالتعويض مقياسه الضرر المباشر سواء كان متوقعا أو غير متوقع وسواء كان حالا أم مستقبلا مادام محققا.

ويدخل في تحديد الضرر الظروف الشخصية التي تحيط بالمضرور.أي أن تقدير مبلغ التعويض يعتبر مسألة واقع، أما تحديد عناصر التعويض فهي مسألة قانون يخضع فيها القاضي لرقابة المحكمة العليا باعتبارها محكمة قانون.[1]

كما تدل على أن القاضي يأخذ بعين الاعتبار جميع العوامل المتعلقة بالحادثة وظروفها عند تحديد قيمة التعويض، فإذا لم يتمكن من التقدير بشكل نهائي عند إصدار الحكم مثل عدم وضوح حجم الضرر بالكامل أو الحاجة إلى معلومات إضافية، فإنه يمكنه الاحتفاظ بحق المضرور في طلب إعادة النظر في التقدير خلال مدة معينة، فالمادة تمنح القاضي مرونة في تقدير التعويض وتتيح للمضرور إمكانية مراجعة التقدير إذا لم يكن الضرر محددا بشكل كامل في وقت الحكم.

بصفة عامة يمكن تحديد معايير تقدير التعويض بمقابل فيما يأتي:

المعيار الأول: الظروف الملابسة.

يقصد بالظروف الملابسة هي تلك الظروف الشخصية التي تتصل بحالة المضرور الإلكتروني الصحية والمالية والعائلية، والتي تدخل في تحديد قدر الضرر الذي أصابه، كما يراعي القاضي الظروف الشخصية

[1]- قارس بوبكر: المرجع السابق، ص 18.

للمسؤول ولا سيما ظروفه المالية، غير أنه يجب أن لا يتجاوز التعويض مقدار الضرر، بمعنى أن يكون هناك تناسب بين الضرر والتعويض، وأن لا يثرى المضرور على حساب المسؤول.[1]

المعيار الثاني: التعويض يشمل ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب.

دلت على هذا المعيار المادة 182 ق م ج التي تنص على: "... ويشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب، بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو للتأخر في الوفاء به. ويعتبر الضرر نتيجة طبيعية إذا لم يكن في استطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول. غير أنه إذا كان الالتزام مصدره العقد، فلا يلتزم المدين الذي لم يرتكب غشا أو خطأ جسيما إلا بتعويض الضرر الذي كان يمكن توقعه عادة وقت التقاعد".

يستخلص من هذه المادة أن التعويض عن الضرر يشمل ما لحق المضرور من خسارة وما فاته من كسب، ومثال ذلك كأن يشتري المستهلك بعقد إلكتروني آلة لحرث مزرعته وتتلف هذه الآلة لوجود عيب فيها، فهنا لحقت خسارة مادية بالمستهلك نتيجة دفع ثمن آلة الحرث، وفي نفس الوقت فاته ربح متعلق بزراعته التي كان سوف يجني منها ثمار لولا وجود عيب بالآلة، ومن هنا كان على المورد الإلكتروني تعويض المستهلك الإلكتروني عن الفوائد التي كان يمكنه الحصول عليها لو بقيت الآلة في حالة جيدة، وفي كل الأحوال يضع القاضي في اعتباره عند تقدير التعويض الذي يراه عادلا لجبر ما لحق المستهلك من ضرر.[2]

المعيار الثالث: حسن النية.

يقصد بحسن النية:" الإخلاص والأمانة فيما يقصد المتعاقدان وفيما يهدفان إليه من إبرام ما تفق عليه، ولما كانت الالتزامات تنشأ عن إرادة المتعاقدين فإنه تأسيسا على ذلك يجب أن يكون تنفيذها طبقا لما أراده الطرفان، كما يجب من ناحية أخرى أن يحقق هذا التنفيذ الغرض الاقتصادي المقصود من التعاقد، وإن الخروج عن هذه الحدود معناه الإخلال بمبادئ الأمانة والإخلاص، الذي يفترض أن تسود العلاقات فيما

---

[1]- ينظر: قنطرة سارة: المرجع السابق، ص98.

[2]- ينظر: خمقاني كريمة: المرجع السابق، ص217.

بين المتعاقدين ".[1]

نص المشرع الجزائري على مبدأ حسن النية من خلال المادة 01/107 ق.م.ج حيث جاء فيها: " يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبحسن النية". وقد أكدت هذا المادة 01/18 من القانون 05/18 المتعلق بالتجارة الإلكترونية، فبعد إبرام العقد الإلكتروني ، يصبح المورد الإلكتروني مسؤولا بقوة القانون أمام المستهلك الإلكتروني عن حسن تنفيذ الالتزامات المترتبة على هذا العقد، سواء تم تنفيذها من قبله أو من قبل مؤديي خدمات آخرين، دون المساس بحقه في الرجوع ضدهم.

المعيار الرابع: الضرر المتغير.

تقدير التعويض عن الضرر المتغير يكون وقت صدور الحكم ، ويجب أن يتم التعويض على أساس الحالة التي وصل إليها الضرر يوم الحكم، لأنه قد يحدث أن يتغير الضرر من يوم حدوثه إلى يوم صدور الحكم[2]، ومثال ذلك أن يشتري مستهلك إلكتروني مادة غذائية من موقع إلكتروني، فيتسبب تناوله لها تسمم، وبعد ذلك تتدهور حالته الصحية لتصل إلى حرقة في المعدة زائد طفح جلدي، ففي هذه الحالة القاضي يحكم بالتعويض بناء على ما طرأ من تغييرات الناتج عن ذلك الضرر .[3]

المعيار الخامس: التعويض الجزئي المسبق.

يحكم بهذا التعويض لصالح المضرور الذي يكون في حاجة قصوى لنفقة مؤقتة، هذا من أجل أن لا يتفاقم ضرره، أو حتى يستطيع دفع مصاريف علاجه أو حتى يعول نفسه أو عائلته، لأن تعيين خبير لتقدير التعويض المستحق سوف يستغرق وقتا، كما يجب على القاضي مراعاة بعض الشروط من بينها[4]:

– أن تكون هناك ضرورة ملحة للحكم بهذه النفقة.

---

[1]– بركان فضيلة: مبدأ حسن النية في العقود في قانون المدني الجزائري، مجلة الحقوق والعلوم السياسية، جامعة خنشلة، ع 02، مج9، 2022، ص667.

[2]– ينظر: عميرات عادل: المسؤولية القانونية للعون الاقتصادي، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان–الجزائر، 2016، ص397.

[3]– ينظر: خمقاني كريمة: المرجع السابق، ص219.

[4]– ينظر: زعبي عمار: حماية المستهلك من الأضرار الناتجة عن المنتجات المعيبة، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة–الجزائر، 2012–2013، ص290.

– أن يكون هذا التعويض الجزئي المسبق أقل من مبلغ التعويض الذي يحكم به القاضي مستقبلا.

المعيار السادس: تعدد الأضرار.

في حالة تعدد الأضرار فإنه يجوز للقاضي أن يقضي بتعويض إجمالي على جميع الأضرار التي لحقت بالمضرور، لكن بشرط أن يبين عناصر الضرر التي قضى بموجبها بهذا التعويض ويناقش في حكمه كل عنصر على حدا، ويبين وجه أحقية طالب التعويض فيه، وبالتالي الاستجابة له أو عدم أحقيته ومن ثم رفضه، فإذا أغفل ذلك فإن حكمه يكون غير عادل .[1]

البند الثاني: أشكال تقدير التعويض.

توجد ثلاثة أشكال لتقدير التعويض، أولها التعويض الاتفاقي، وثانيها التعويض القانوني، وثالثها التعويض القضائي.

أولا: التعويض الاتفاقي.

يقصد بالتعويض الاتفاقي أو الشرط الجزائي: "ذلك التعويض الذي يحدده الطرفان مقدار التعويض في العقد، أو في اتفاق لاحق عليه، سواء عن عدم التنفيذ أو عن التأخر فيه" [2].

والتعويض الاتفاقي لا يلتزم به المدين إذا أثبت أن الدائن لم يلحقه أي ضرر وهذا ما نصت عليه المادة 01/184 من ق.م.ج، حيث جاء نصها كالآتي: " لا يكون التعويض المحدد في الاتفاق مستحقا إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أي ضرر ويجوز للقاضي أن يخفض مبلغ التعويض إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أي ضرر".

كما نصت المادة 183 من ق.م.ج على انه يجوز للمتعاقدين أن يحددا مقدما قيمة التعويض بالنص عليها في العقد، أو في اتفاق لاحق.

وما يفهم من المادتين السابقتين أن الدائن والمدين بإمكانهما الاتفاق مسبقا على تحديد مقدار التعويض

---

[1]– عميرات عادل: المرجع السابق، ص397.

[2]– قاشي علال: الشرط الجزائي بين القانون الجزائري والشريعة الإسلامية–دراسة مقارنة–، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، ع2، مج4، 2020، ص2251.

الذي يستحقه كل طرف، إذا لم يقم الطرف الآخر بتنفيذ التزاماته أو تأخر في تنفيذها أو أخل بها، وهو ما يعرف بالشرط الجزائي، ويجري عادة إدراج هذا الشرط ضمن بنود العقد، أو يكون بموجب اتفاق لاحق، أما إذا تم الاتفاق عليه بعد وقوع الإخلال، فإن هذا الاتفاق لا يسمى شرطا جزائيا بل هو عقد صلح.[1]

ثانيا: التعويض القانوني.

يمكن تعريف التعويض القانوني بأنه: " التعويض الذي يتولى القانون تحديده عند التأخر في تنفيذ الالتزام، ومحله دفع مبلغ من النقود".[2]

تقوم بعض التشريعات بتضمين نصوصها أحكاما تقضي بتقدير التعويض تقديرا إجماليا، كما في حالة التأخير عن تنفيذ الالتزام، وهذا يطلق عليه تسمية الفوائد التأخيرية، أما في القانون الجزائري لا يوجد ما يسمى بالفوائد التأخيرية، لأنه اعتبرها ربا، ولذلك في حالة عدم وجود اتفاق على التعويض فإن القاضي يصدر حكما بناء على ما لحق المستهلك من ضرر، بسبب التأخير في الوفاء بدين نقدي معين المقدار وقت رفع الدعوى، وهو ما نصت عليه المادة 186 من ق.م.ج بقولها: "إذا كان محل الالتزام بين الأفراد مبلغا من النقود عين مقداره وقت رفع الدعوى، وتأخر المدين في الوفاء به، فيجب عليه أن يعوض للدائن الضرر اللاحق في هذا التأخير".

ثالثا: التعويض القضائي.

بناء على ما سبق من تعريف التعويض الاتفاقي والتعويض القانوني يمكننا تعريف التعويض القضائي كما يلي: " هو التعويض الذي يقوم القاضي بتقديره بسبب الإخلال في تنفيذ أحد ببنود العقد، ولا يوجد اتفاق بين أطراف العقد ولا يوجد في القانون ما يحدد قيمة التعويض".

وهذا النوع من التعويض نص عليه المشرع الجزائري من خلال نص المادة 182 من ق.م.ج حيث جاء فيها ما يلي: " إذا لم يكن التعويض مقدرا في العقد، أو في القانون فالقاضي هو الذي يقدره..."

إن اجتهاد القاضي في تقدير التعويض هو وليد نشاط عقلي لإحداث التطابق بين المقدمات الكامنة في

---

[1]- ينظر: زعبي عمار: المرجع السابق، ص278-279.

[2]- المرجع نفسه، ص280.

عناصر النزاع والمقدمات النموذجية المنصوص عليها في القانون، وذلك عن طريق الضابط القانوني، وهذا يعد اتجاه معين وعام يهتدي به القاضي عند الحكم، ويعطيه فكرة عن الغرض ونهايته [1].

وعليه فإن التعويض يكون على أساس الضرر الواقع، ومن ثم فلا تعويض حيث لا يوجد ضرر، ويمكن للقاضي إصلاح الضرر عينا، كإصلاح المنتج الذي تلف، أو تقديم ما يماثله، أو غيرها من الأحكام التي تعوض المستهلك، عما فقد من منافع جراء اقتنائه لمنتج معيب.[2]

البند الثالث: وقت تقدير التعويض.

حتى يؤدي التعويض وظيفته يجب أن يكون بقدر وقيمة الضرر وقت الحكم بالتعويض، وهذا ما نصت عليه المادة 131 من ق.م.ج:"... فان لم يتيسر له وقت الحكم أن يقدر مدى التعويض بصفة نهائية فله أن يحتفظ للمضرور بالحق في أن يطالب خلال مدة معينة بالنظر من جديد في التقدير" بمفهوم المخالفة فإن وقت تقدير التعويض هو وقت الحكم بالتعويض، فإن تعذر ذلك وقت إصدار الحكم يحتفظ للمضرور بالحق في أن يطالب خلال مدة معينة بالنظر من جديد في التقدير.

فنظرا للطبيعة غير الثابتة للأضرار الجسمانية، فهي لا تستقر على على مستوى واحد إذ مكن أن يشتد الضرر ويتفاقم إلى غاية صدور الحكم، كما يمك أن يخف ويتحسن بسبب راجع إلى المسؤول أو المضرور،[3] وقد تكون حالة المضرور غير مستقرة وقت إصدار الحكم بحيث يكون تقدير التعويض في ذلك التوقيت غير شامل، أو لا يتوفر الوصف الدقيق والكامل للضرر.

وبناءا على مبدأ التعويض الكامل فإنه يفرض على القاضي عند تقديره للتعويض الأخذ بعين الإعتبار كل تغيير يطرأ على عناصر الضرر، من وقت حدوث الضرر إلى غاية صدور الحكم بالتعويض، أي الاعتداد بكل تقلص للضرر أو تحسن على حالة المضرور بعد وقوع الضرر وقبل النطق بالحكم، وكذا كل تفاقم لاحق لوقوع الضرر، وفي هذه الحالة الأخيرة ينبغي تحقق رابطة سببية مباشرة بين التفاقم والمسؤول عن الضرر.[4]

---

[1]- ناصر رانيا: التقدير القضائي للتعويض، مجلة أبحاث، ع 03، مج3، 2016، ص135.

[2]- زعبي عمار: المرجع السابق، ص283.

[3]- معامير حسيبة: التعويض الإصلاحي والتعويض العقابي في نظام المسؤولية المدنية، مجلة الحقيقة، ع 40، 2017، ص 521.

[4]- المرجع نفسه.

الفرع الثالث: قيام حق المورد الإلكتروني في الرجوع على مقدمي الخدمات.

يقصد بحق الرجوع أحقية المورد الإلكتروني في المطالبة باستيفاء مبلغ التعويض الذي دفعه للمستهلك الإلكتروني، بسبب حلوله محل مقدمي الخدمات بموجب نص القانون ودفعه تعويضا لا يد له فيه وإنما يرجع سببه لإخلال مؤدي الخدمات بتنفيذ الالتزامات بحسن النية.[1]

لكن لثبوت هذا الحق للمورد الإلكتروني مبررات(البند الأول)، ولابد من توفر شروط(البند الثاني)، كما يستند إلى أساس ومصدر قانوني(البند الثالث).

البند الأول: مبررات حق المورد الإلكتروني في الرجوع على مقدمي الخدمات.

أقر حق المورد في الرجوع على مؤدي الخدمات، حفاظا على توازن حقوق الأطراف في العلاقة الثلاثية(مستهلك إلكتروني، مورد إلكتروني، ومؤدي الخدمات)، الواجب وجوده في المادة 18 بين الفقرة الأولى التي تلزم المورد الإلكتروني بالحلول محل مؤدي الخدمات، لدفع مبلغ التعويض نتيجة إخلال لم يتسبب فيه، فجاءت الفقرة الثانية من المادة لتعيد ضبط التوازن بإقرار المشرع.[2]

ومن مبررات ثبوت هذا الحق للمورد كذلك كون المطالبة باسترجاع مبلغ التعويض المدفوع للمستهلك الإلكتروني، من قبيل استرداد لما أوفى به عن غير استحقاق، الذي نصت عليه المادة 1/143 ق.م.ج وقد جاء فيها:" كل من تسلم على سبيل الوفاء ما ليس مستحقا له وجب عليه رده".

فيعتبر مبلغ التعويض الذي يدفعه المورد الإلكتروني نتيجة خطأ مؤدي الخدمات، دفع غير مستحق، وهو صورة من صور الإثراء بلا سبب.

البند الثاني: شروط ثبوت حق المورد الإلكتروني في الرجوع على مقدمي الخدمات.

لثبوت حق المورد الإلكتروني في الرجوع على مقدمي الخدمات يشترط مايلي:

– دفع المورد الإلكتروني قيمة التعويض: لا يرجع المورد الإلكتروني على مؤدي الخدمات، إلا إذا كان

---

[1]– خمقاني كريمة: المرجع السابق، ص292.

[2]– المرجع نفسه، ص294.

قد دفع مبلغ التعويض فعلا للمستهلك، كما أنه لا يرجع عليه إلا بالقدر الذي دفعه له، حسب المادة 259 ق.م.ج التي تنص على:" إذا قام الغير بوفاء الدين، كان له حق الرجوع على المدين بقدر ما دفع" وهذا الشرط من النظام العام ومن ثم يقع باطلا الاتفاق الذي يمكن المورد من الرجوع على مقدم الخدمات المسؤول قبل الوفاء بمبلغ التعويض، أو طلب مبلغ أكبر مما دفع، ويثبت الدفع بأي وصل دفع، أو وثيقة مخالصة، أو أي وسيلة إثبات معترف بها قانونا.[1]

– ثبوت مسؤولية مقدمي الخدمات: يشترط لقيام حق المورد الإلكتروني في الرجوع على مؤدي الخدمات بقيمة ما دفعه من تعويض للمستهلك الإلكتروني، أن يثبت أن مقدم الخدمات هو المسؤول الحقيقي عن الإخلال بالتنفيذ الذي سبب عدم التنفيذ الحسن للعقد بما سبب ضررا للمستهلك، أي أن إثبات مسؤولية مقدم الخدمة تستوجب تحديد ومعرفة أن الالتزام المخل بتنفيذه من مهام مقدم الخدمة المسؤول، وهو أمر لا يشق على المورد لعلمه ودرايته بالأدوار والمهام المنوطة بكل شخص بمناسبة إتمام عقد التجارة الإلكترونية، ومعرفة المسؤول تكون بمعرفة نوع وطبيعة الإخلال الذي وقع أصلا وهو ما قد لا يتاتى للمستهلك الإلكتروني.[2]

يمكن للمورد الإلكتروني بعد تحديد لمقمة الخدمات المسؤول أن يثبت مسؤوليته، بناء على عقد الخدمة المبرم بينهما وفقا لطرق الإثبات في القانون التجاري[3] حسب المادة 30 التي تنص على:" يثبت كل عقد تجاري:

- بسندات رسمية،
- بسندات عرفية،
- بفاتورة مقبولة،
- بالرسائل،

---

[1]– زينب موسى: حلول المؤمن محل المؤمن له في رجوعه على الغير المسؤول عن الضرر، مجلة الشريعة والاقتصاد، ع12، 2017، ص291.

[2]– خمقاني كريمة: المرجع السابق، ص293–294.

[3]– الأمر رقم 75–59 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 هـ الموافق 26 سبتمبر سنة 1975م الذي يتضمن القانون التجاري، المعدل والمتمم، ج.ر 101، الصادرة في 16 ذو الحجة عام 1395هـ الموافق 19 ديسمبر 1975م.

- بدفاتر الطرفين،
- بالإثبات بالبينة أو بأية وسيلة أخرى إذا رأت المحكمة وجوب قبولها".

البند الثالث: الأساس القانوني لحق المورد الإلكتروني في الرجوع على مقدم الخدمات.

ثبت هذا الحق للمورد الإلكتروني بموجب المادة 18 من القانون 18-05 التي نصت على: " بعد إبرام العقد الإلكتروني، يصبح المورد الإلكتروني مسؤولا بقوة القانون أمام المستهلك الإلكتروني عن حسن تنفيذ الالتزامات المترتبة على هذا العقد، سواء تم تنفيذها من قبله أو من قبل مؤديي خدمات آخرين، دون المساس بحقه في الرجوع ضدهم"

في سياق هذه المادة عندما يقوم المورد الإلكتروني، بالتعويض على المستهلك، بسبب خطأ صادر عن مؤدي الخدمات، فإن المورد الإلكتروني يمكن أن يرجع على مؤدي الخدمات على أساس الحلول.

يقصد بمبدأ الحلول أو الوفاء مع الحلول، حق الغير الذي قام بالوفاء للدائن في الحلول محله في الدين الذي وفاه له، والرجوع على المدين بقدر ما دفع،[1] وهذا المبدأ أقره المشرع بنص المادة 261 ق.م.ج التي تنص على:" إذا قام بالوفاء شخص غير المدين، حل الموفى محل الدائن الذي استوفى في حقه في الأحوال الآتية:

- إذا كان الموفى ملزما بالدين مع المدين، أو ملزما بوفائه عنه،...
- إذا كان هناك نص خاص يقرر للموفي حق الحلول".

يمكن تكييف العلاقة بين أطراف التجارة الإلكترونية في الحلول، على النحو التالي: المستهلك هو:" الدائن الأصلي" للتعويض عن الضرر، ومؤدي الخدمات هو: "المدين الأصلي" الذي تسبب في الضرر، والمورد الإلكتروني هو: "الموفي" أي الطرف الذي قام بالوفاء التعويض للمستهلك.

ونوع الحلول كأساس لحق المورد الإلكتروني في الرجوع على مؤدي الخدمات هو "الحلول القانوني"، لأنه مقرر بنص القانون، ومن ثم تطبق أحكام الحلول القانوني متى تحققت شروطه، وبصرف النظر عن قبول مؤدي الخدمات والمستهلك الإلكتروني.[2]

---

[1]- ينظر: موسى زينب: المرجع السابق، ص 282.

[2]- خمقاني كريمة: المرجع السابق، ص 295.

يعد الحلول أساسا قانونيا قويا يدعم حق المورد الإلكتروني في الرجوع على مؤدي الخدمات في الحالة المذكورة، إذ يتيح له، بعد دفع التعويض، أن يحل محل المستهلك في المطالبة بالتعويض عن الضرر، بنفس الحق الذي كان يملكه المستهلك تجاه مؤدي الخدمات لو أنه أقام الدعوى بنفسه. وبذلك، يحل المورد محل المستهلك في حدود مبلغ التعويض وصفاته، ويجوز له التمسك بجميع الدفوع التي كان يمكن للمستهلك التمسك بها. وإذا كان المستهلك قد وافق على وفاء جزئي، جاز لمؤدي الخدمات التمسك بهذا الوفاء في مواجهة المورد الإلكتروني عند مطالبته بكامل التعويض.[1]

المطلب الثاني: الواجب في الضمان الناتج عن التجارة الإلكترونية فقها.

الواجب في الضمان هو ما يترتب على تحقق أسبابه من التزام مالي أو تعويض عيني، يجب أداؤه عند وقوع الضرر أو الإخلال بالاتفاق، سواء تمثّل ذلك في رد المال بعينه، أو رد مثله إن كان من المثليات، أو الوفاء بما تم الاتفاق عليه في أصل العقد.

يتناول فقه الضمان صورا متعددة، منها ما يتعلق بضمان العقد، حيث تَدرس حالات إخلال أحد المتعاقدين بالتزاماته وآثار ذلك، ومنها ما يتعلق بضمان الإتلاف، الذي يركّز على تعويض المتضرر عما لحقه من ضرر مادي أو معنوي. وفي إطار التجارة الإلكترونية يعد بيان طبيعة الضمانات الواجبة عند حصول الضرر أو الإخلال بالاتفاقات المبرمة إلكترونيا من المسائل المهمة التي تَظهر مدى مرونة الفقه الإسلامي وقدرته على مواكبة المستجدات. إذ إن قواعد الضمان في الفقه الإسلامي قامت على أسس العدل ورفع الضرر، وراعت مصلحة الأطراف المتعاملة، وهو ما يدعو إلى النظر في مدى انطباق هذه القواعد على المعاملات الإلكترونية المعاصرة، وتحديد ما إذا كانت موجبة للضمان، ولمن يقع ذلك الضمان، وبأي صورة من الصور.

وتأتي هذه الدراسة لتسلّط الضوء على مدى انسجام الضمانات الشرعية مع طبيعة التجارة الإلكترونية، وما تفرضه من التزامات جديدة قد لا تكون منصوصا عليها صراحة في المصادر التقليدية،

---

[1]- ينظر: محاسنة نسرين: موقف القانون المدني الاردني من نظرية الوفاء مع الحلول: دراسة تحليلية تقييمية، مجلة الآداب والعلوم الاجتماعية، ع1، مج 7، 2016، ص95.

لكنها تدخل ضمن مقاصد الشريعة ومبادئها العامة في حفظ الحقوق ومنع التعدي والضرر. لذا ففي ضمان العقد ندرس حالات إخلال المتعاقدين بالتزاماتهما وما يترتب عليها من أحكام، وفي ضمان الاتلاف ندرس التعويض وما يتعلق به ضمن فرعين:

الأول: الواجب في ضمان العقد الناتج عن التجارة الإلكترونية.

الثاني: الواجب في ضمان الاتلاف الناتج عن التجارة الإلكترونية.

الفرع الأول: الواجب في ضمان العقد الناتج عن التجارة الإلكترونية.

ما يضمن ضمان عقد هو ما عين في صلب العقد من مبيع أو مسلم فيه أو أجرة أو ثمن أو صلح إذا كانت أعيانا، فهذه الأعيان وأمثالها تعد مضمونة ضمان عقد في يد من وجب عليه بالعقد تسليمها إذا تلفت قبل تسليمها، وضمانها عندئذ يكون مما يقتضيه العقد من بدل دون مراعاة لقيمتها كأساس في التقدير، فالمبيع عند هلاكه في يد البائع مضمون بالثمن فيسقط الثمن بهلاكه ويبطل العقد،[1] فضمان العقد في الفقه الإسلامي يقابل الانفساخ[2]، لذلك يترتب على إخلال المتعاقدين بالتزاماتهما مسائل وأحكام مختلفة في الفقه الإسلامي، تختلف باختلاف الطرف المخل بالتزاماته، فإن أخل المشتري بالتزاماته ينتج عنه مسائل وأحكام، وهو الحال إذا ما أخل البائع، لذا سنخصص لكل حالة بندا مستقلا:

البند الأول: إخلال المشتري بالالتزامات العقدية في التجارة الإلكترونية.

تختلف أحكام إخلال المشتري بالالتزامات العقدية باختلاف المرحلة التي تم فيها الإخلال، فإن تم- الإخلال بالالتزامات العقدية- قبل تسليم المبيع ترد مسائل للفقهاء حينها أقوال وحلول، وإن تم الإخلال بعد التسليم كذلك اختلفوا في مسائله على أقوال.

---

[1]- الخفيف علي: الضمان في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 16/ السيوطي: المرجع السابق، ص 277.

[2]- الفسخ: هو حل رابطة العقد بفعل المكلف، بأن يعمد المكلف إلى عقد لازم قبل لزومه أو بعده بفسخ البيع. والانفساخ: هو حكم الشرع بذلك إذا وجد مقتضيه، كما لو قام مانع من صحة العقد، أو تعذر الاستمرار في العقد لفوات محله، كما ينفسخ عقد البيع من تلقاء نفسه إذا تبين فساده، بن مُحَّد الدبيان دبيان: المرجع السابق، ج7، ص354.

أولا: إخلال المشتري بالالتزامات العقدية في التجارة الإلكترونية قبل التسليم.

اتفق فقهاء المذاهب الأربعة على جواز اشتراط تعجيل الثمن[1]، فإذا اشترط البائع تعجيل دفع الثمن في التجارة الالكترونية- بالدفع الإلكتروني e-paiment مثلا- يحق له حبس المبيع حتى استيفاء الثمن، أما إذا لم يشترط تعجيل الثمن، وكان المحل معينا، والثمن حالا في الذمة –كما هو الحال في حالات استصناع سلعة وتسليمها في تاريخ محدد-، فهل يحق للبائع حبس المبيع حتى يستلم الثمن؟[2] اختلفت المذاهب الفقهية في ذلك على رأيين هما:

الرأي الأول: ذهب الحنفية والمالكية إلى أنه للبائع حبس المبيع حتى يستلم الثمن. [3] واستدلوا على ذلك بعدة أدلة، منها:

- ما جاء عن أبي أمامة ﷺ، في حديث حجة الوداع، وفيه أن النبي ﷺ قال: {**والدَّينُ مَقْضِي**}[4] ووجه الدلالة أن وصف الدين بكونه مقضيا عاما، أو مطلقا، فلو تأخر تسليم الثمن عن تسليم المبيع لم يكن هذا الدين مقضيا، وهذا خلاف النص.[5]
- ولأن المعاوضات مبناها على المساواة عادة، وحقيقة، ولا تتحقق المساواة إلا بتقديم تسليم الثمن، لأن المبيع متعين قبل التسليم، والثمن لا يتعين إلا بالتسليم.[6]
- ولأن البائع إنما رضي ببذل المبيع بالثمن، فلا يلزمه دفعه قبل حصول عوضه.[7] ويمكن أن يناقش هذا الدليل بأن المشتري كذلك لم يرضى بدفع الثمن إلا باستلام المبيع، فلا يلزمه دفعه قبل عوضه.

---

(1)- ينظر: الزيلعي: المرجع السابق، ج4،ص14/ الحصكفي: المرجع السابق، ص 417/ الخرشي: المرجع السابق، ج5، ص80/ الدسوقي: المرجع السابق، ج3، ص65/ الأنصاري زكريا: المرجع السابق، ج2، ص36/ البهوتي: كشف القناع عن الإقناع، تح: هلال مصيلحي مصطفى أحمد هلال، د.ط، مكتبة النصر الحديثة، الرياض-المملكة العربية السعودية، 1388هـ- 1968م، ج3، ص179.

(2)- بن جدوع بدر عبد الله حسن: المرجع السابق، ص 1655.

(3)- ينظر:السرخسي: المرجع السابق، ج13، ص192/ الكاساني: المرجع السابق، ج5، ص249/ الدسوقي: المرجع السابق، ج3، ص147.

(4)- أخرجه أبو داود في سننه، عن عبد الوهاب بن نجدة الحوطي، عن ابن عيّاش، عن ابن عياش، عن شرحبيل بن مسلم، عن أبي أمامة ، أبواب البيوع، باب في تضمين العارية (90)، ح.ر3565، ج5، ص417.

(5)- الكاساني: المرجع السابق، ج5، ص249.

(6)-السرخسي: المرجع السابق، ج 13، ص1492/ الكاساني: المرجع السابق، ج5، ص249.

(7)-ينظر: الخطيب الشربيني: المرجع السابق،ج4، ص150.

- ولأن المتعاقدين سواء في المعاوضة، فيستويان في التسليم.[1]
- القياس على المرتهن، فلا يلزمه تسليم الرهن حتى يستلم الدين.[2]

الرأي الثاني: ذهب الشافعية، والحنابلة، أنه ليس للبائع حبس المبيع حتى يستلم ثمنه، واستثنى الشافعية امتناع البائع عن تسليم المبيع إن خشي فوات الثمن،[3] كما استثنى الحنابلة امتناع البائع عن تسليم المبيع إن كان المشتري معسرا، أما إن كان موسرا، فإن كان الثمن معه أجبر على تسليمه، وإن كان غائبا دون مسافة قصر، حجر عليه في المبيع، وسائر ماله حتى يسلم الثمن، وإن كان غائبا أكثر من مسافة قصر، فالبائع مخير بين أن يصبر، وبين أن يفسخ العقد.[4] وحجتهم في هذا الرأي أن تسليم المبيع يتعلق به استقرار البيع وتمامه، فكان تقديمه أولى.[5]

يمكن أن يناقش رأيهم بأن تمام البيع لا يكون متعلقا بتسليم المبيع وحده، وإنما تمامه بتسليم العوضين، وأن حق المشتري تعلق بعين المبيع، أما حق البائع فتعلق بثمنه الذي في الذمة، وتقديم ما كان متعلقا بالعين أولى من تقديم كان متعلقا بالذمة؛ ولذلك يقدم الدين الذي به الرهن في ثمنه على ما تعلق بالذمة.[6]

الراجح: هو القول الأول لقوة أدلته، ومما يجدر التأكيد عليه أنه حتى أصحاب القول الثاني قد استثنوا الحالات التي يخشى منها الضرر في تسليم المبيع قبل استلام ثمنه،[7] إذ قال النووي: "وللبائع حبس مبيعه حتى يقبض ثمنه إن خاف فوته بلا خلاف، وإنما الأقوال إذا لم يخف فوته وتنازعا في مجرد الابتداء"[8]، وقال ابن قدامة: "وإنما يؤثر ما ذكر من الترجيح في تقديم التسليم مع حضور العوض الآخر؛ لعدم الضرر فيه،

---

[1]-الخطيب الشربيني: المرجع السابق،ج4، ص150.

[2]- ينظر: الدسوقي: المرجع السابق، ج3، ص147/، الخطيب الشربيني: المرجع السابق،ج4، ص149.

[3]- ينظر: الماوردي، أبو الحسن علي: الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان، 1419هـ-1999م، 5ج، ص307.

[4]- ينظر: الخطيب الشربيني: المرجع السابق،ج4، ص149.

[5]- ينظر: المرجع نفسه.

[6]- ينظر: الرحيباني، مصطفى بن سعد بن عبده: مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى، ط2، المكتب الإسلامي، بيروت-لبنان، 1415هـ - 1994م، ج3، ص 141.

[7]- بن جدوع بدر عبد الله حسن: المرجع السابق، ص 1657.

[8]- النووي: منهاج الطالبين، مرجع سابق، ص 104.

وأما مع الخطر المحوج إلى الحجر أو المحجوز للفسخ، فلا ينبغي أن يثبت".[1]

والمعمول به في التجارة الإلكترونية حبس المبيع حتى يدفع الثمن غالبا، أو التسليم يدا بيد.[2]

ثانيا: إخلال المشتري بالالتزامات العقدية في التجارة الإلكترونية بعد تسليم المبيع.

سبق الحديث في بداية البحث عن ضمان العقد أن الأصل إلزام القضاء بتنفيذ العقد، لكن قد يتعذر أو يصعب الإلزام في بعض الأحيان، خصوصا في التجارة الإلكترونية التي قد يكون فيها أطراف العقد في بلدان مختلفة، أو يصعب التحقق فيها من العاقدين، أو لغير ذلك من الأسباب، فهل يسوغ للبائع فسخ العقد، واسترداد المبيع؛ لعدم وفاء المشتري بدفع الثمن بعد استلامه المبيع؟ لا يخلو حال المشتري من كونه موسرا، أو مفلسا،[3] وسيكون تفصيل الحديث عن الحالين فيما يأتي، لكن قبل الخوض في مسائل دفع الثمن بعد التسليم نتطرق أولا لإخلال المشتري بالتزامه بالتسلم كما اتفق عليه، فقد يتفق على موعد تسلم في زمان ومكان محددين، لكن المشتري أو المستهلك الإلكتروني يفوت الموعد، أي أن المورد مكنه من القبض، وهو من تخلف عن ذلك، إذا مكن البائع المشتري من القبض، فقد أدى ما عليه، فإذا تلف كان من مال المشتري؛ لأنه هو المفرط بترك القبض، وإحالة الضمان على المفرط أولى من إحالته على من قام بما يجب عليه، ولم يفرط.[4]

1- حق البائع في فسخ العقد، واسترداد المبيع إذا كان المشتري موسرا قادر على الوفاء:

اختلف الفقهاء[5] في ثبوت حق البائع في فسخ العقد واسترداد المبيع من المشتري في حال كان المشتري موسرا، لكنه مماطل ممتنع عن دفع الثمن، فذهب فريق منهم إلى أنه ليس للبائع فسخ العقد، وإنما له المطالبة بسداد الثمن.وذلك لأن ثمن المبيع دين وجب في ذمة المشتري، فليس للبائع إلا المطالبة بذلك الدين. كما أن المبيع انتقلت ملكيته إلى المشتري واستلمه، فلم يبق للبائع إلا المطالبة بالعوض الذي يقابله،

---

(1)- ابن قدامة: المرجع السابق، ج4، ص150.

(2)- جاسم الشامسي: المسؤولية المدنية الناتجة عن التجارة الإلكترونية، مؤتمر القانون والكمبيوتر والانترنت، كلية الشريعة والقانون، جامعة الإمارات، ط3، 2004م، ج3، ص1142.

(3)- بن جدوع بدر عبد الله حسن: المرجع السابق، ص 1658.

(4)- بن مُحَمَّد الدبيان دبيان: المرجع السابق، ج3، ص143.

(5)- للتفصيل في الأقوال والأدلة ينظر: بن جدوع بدر عبد الله حسن: المرجع السابق، ص 1659 وما بعدها.

وهو الثمن.بالإضافة إلى أنه يمكن للبائع استيفاء حقه باستلام ثمن المبيع جبرا بالقضاء.[1]

أما أصحاب القول الثاني، قالوا أن للبائع فسخ العقد. واستدلوا على ذلك بأن البائع قد تعذر عليه الوصول إلى حقه، فجاز دفع الضرر عنه بفسخ العقد.[2]

في رأينا الراجح هو القول الثاني، لتماشيها مع السرعة والمرونة في الحياة التجارية حاليا، لكن مع الأخذ بعين الاعتبار أن المشتري كما أنه قد امتنع من دفع الثمن، فوارد أيضا أن يمتنع عن رد المبيع. وبالتالي ففسخ العقد بعد تسلم المشتري المبيع قد لا يؤدي إلى وصول البائع لحقه؛ لأن المبيع وثمنه بيدي المشتري، فالأخذ برأي أصحاب القول الأول أضمن.[3]

2- حق البائع في فسخ العقد، واسترداد المبيع إذا كان المشتري مفلسا:

اختلف الفقهاء في حق البائع بفسخ العقد، واسترداد المبيع، إذا كان المشتري قد قبض المبيع ولم يدفع الثمن حتى أفلس، فذهب الحنفية أنه ليس للبائع فسخ العقد، واسترداد المبيع، وإنما يكون أسوة الغرماء[4]، واستدلوا على ذلك بقوله تعالى: ﴿ وَإِن كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ ﴾ [البقرة: 280]

ووجه الدلالة بالآية أنها تدل على وجوب النظر للمشتري شرعا إذا أفلس، وعلى هذا فليس للبائع التعجل في استيفاء حقه بطلب الفسخ. [5]

كما أن حق البائع استيفاء الثمن، والثمن دين في ذمة المشتري، والدين يبقى في ذمة المشتري حتى لو أفلس، فلم يكن للبائع رد المبيع الذي لم يبق مستحقا له. [6]

بالإضافة إلى أن البائع بتسليمه المبيع للمشتري، ورضاه بتأجيل الثمن، قد أسقط حقه في حبس المبيع، فلم يكن له بعد ذلك فسخ العقد .[7]

---

(1)- ينظر:السرخسي: المرجع السابق، ج 13، ص192،

(2)- ينظر: الخطيب الشربيني: المرجع السابق،ج 2، ص473.

(3)- بن جدوع بدر عبد الله حسن: المرجع السابق، ص 1660.

(4)- ينظر: السرخسي: المرجع السابق، ج13، ص198/ الزيلعي: المرجع السابق، ج5، ص201.

(5)- ينظر: السرخسي: المرجع السابق، ج13، ص198/ الزيلعي: المرجع السابق، ج5، ص201.

(6)- ينظر: السرخسي: المرجع السابق، ج13، ص198/ الزيلعي: المرجع السابق، ج5، ص202.

(7)- ينظر: السرخسي: المرجع السابق، ج13، ص199/الماوردي: المرجع السابق، ج6، ص266.

في حين يرى الجمهور من المالكية، والشافعية والحنابلة أن للبائع فسخ العقد، واسترداد المبيع،[1] واستدلوا على ذلك بحديث أبي هريرة ﷺ أن النبي ﷺ قال: { **مَنْ أَدْرَكَ مَالَهُ بِعَيْنِهِ عِنْدَ رَجُلٍ، أَوْ إِنْسَانٍ، قَدْ أَفْلَسَ فَهُوَ أَحَقُّ بِهِ مِنْ غَيْرِهِ**}.[2] ووجه الدلالة بالحديث أنه يدل على أن للبائع في حالة إفلاس المشتري الحق في استرداد المبيع، وعدم مشاركة الغرماء في استيفاء حقهم من ذلك المبيع.[3] كما أن المشتري عجز عن تسليم أحد بدلي العقد، وهو الثمن، فيثبت للبائع حق فسخ العقد بأخذ المبدل، وهو المبيع.[4] و أنه كما أن للمشتري فسخ البيع؛ لوجود عيب في المبيع، فكذلك للبائع الفسخ، لعجز المشتري عن دفع الثمن.[5]

والراجح هو القول الثاني، وهو أن للبائع حق فسخ البيع إن أفلس المشتري قبل دفع الثمن؛ لقوة ما استدلوا به، وعدم سلامة أدلة القول الأول من المناقشة، إذ يمكن أن يناقش دليلهم الأول بأن الآية عامة، وقد ورد حديث خاص فيمن وجد ماله بعينه عند المفلس، وعلى هذا فيعمل بعموم الآية فيما عدا ما ورد الدليل بتخصيصه، ويمكن أن يناقش الدليل الثاني والثالث بأن هذا التعليل في مقابل نص، فلا يعول عليه.

البند الثاني: إخلال البائع بالالتزامات العقدية في التجارة الإلكترونية.

إن لم ينفّذ البائع ما التزم به في العقد المبرم في بيئة التجارة الإلكترونية، الذي أبرمه مع المشتري عبر الإنترنت يعتبر قد أخل بالالتزامات العقدية في تجارته الإلكترونية. وهذا "الإخلال" قد يأخذ عدة صور، نجمل القول فيها في عنصرين:

أولا: الإخلال بواجب التسليم.

ثانيا: الإخلال بالشروط المخصصة في العقد.

---

[1]- ينظر: ابن رشد الحفيد: المرجع السابق، ج4، ص72/ الخرشي: المرجع السابق،ج 5، ص281/ الماوردي: المرجع سابق، ج6، ص266/ الخطيب الشربيني: المرجع السابق،ج4، ص307.

[2]- أخرجه البخاري في صحيحه، عن أبو بكر بن مُحَمَّد بن عمرو بن حزم، عن عمر بن عبد العزيز، عن أبا بكر بن عبد الرحمن بن الحارث بن هشام، عن أبي هريرة ﷺ، كتاب الاستقراض وأداء الديون والحجر والتفليس رقم (48)، باب إذا وجد ماله عند مفلس في البيع والقرض والوديعة فهو أحق به رقم (14)، ح.ر 2272، ج2، ص846.

[3]- ينظر: الماوردي: المرجع السابق، ج 6، ص266/ الخطيب الشربيني: المرجع السابق، ج4، ص307.

[4]- الخطيب الشربيني: المرجع السابق،ج4، ص307.

[5]- ينظر: الماوردي: المرجع السابق، ج 6، ص268/ الخطيب الشربيني: المرجع السابق، ج4، ص307.

أولا: الإخلال بواجب التسليم.

موجب العقود اللازمة وجوب تسليم المعقود عليه،[1] لذا فعدم تسليم المعقود عليه دون مبرر شرعي،أو التأخير المفرط في التسليم، فيحق للمشتري طلب الفسخ، أو إجبار البائع بالقضاء على تنفيذ التزامه بالتسليم، لكن في حالة الإخلال بالتسليم لتلف المعقود عليه، ففي المسألة تفصيل، يأتي بيانه كالآتي:

قد يحصل التلف قبل القبض، وقد يكون بعده، وقد يحصل بآفة سماوية، أو بفعل فاعل وقد يكون هذا الفعل إما البائع أو المشتري، أو الأجنبي، وهذا التلف إما أن يكون لكل المبيع أو بعضه، لذا سنفصل في كل حالة:

1-تلف كل المعقود عليه قبل القبض:

تلف كل المعقود عليه قبل القبض لا يخلو أن يكون هلك بآفة سماوية، وإما أن هلك بفعل البائع أو بفعل المشتري أو بفعل أجنبي وفيما يلي أحكام كل صورة:

- إذا تلف المبيع بآفة سماوية ينفسخ البيع ولا شيء في ضمان المشتري لأنه لم يقبض المبيع أصلا، في مثل هذه الحالة يحق للمشتري أن يسترد الثمن إذا دفعه إليه.[2]

- أما تلف المبيع بفعل البائع، فحكمه حكم التلف بآفة سماوية،[3] وذهب الحنابلة إلى تخيير المشتري بين الفسخ وأخذ الثمن الذي دفعه وبين إمضاء البيع إذا كان المبيع موزونا أو مكيلا أو نحوهما لم ينفسخ البيع عندهم، ويطالب المشتري البائع بالقيمة،[4] وأما المالكية فقد فرقوا بين أن يكون البيع على البت: فإتلاف البائع يوجب الغرم للمشتري، سواء كان الضمان منه أو من البائع وسواء كان الإتلاف عمدا أو خطأ، وإذا كان البيع على الخيار، فإن كان الخيار للبائع انفسخ البيع سواء أكان الإتلاف عمدا أم خطأ، وإن كان الخيار للمشتري وكان إتلاف البائع للمبيع عمدا ضمن البائع للمشتري الأكثر من الثمن والقيمة، لأن للمشتري أن يختار الرد إن كان الثمن أكثر أو الإمضاء إن كانت القيمة أكثر، أما إذا كان الإتلاف

---

[1]- السرخسي: المرجع السابق، ج 23، ص26.

[2]- الجنكو علاء الدين بن عبد الرزاق: المرجع السابق، ص69.

[3]- القضاه سهير مُحَمَّد: المرجع السابق، ص345.

[4]- البهوتي: المرجع السابق، ج3، ص244.

إتلاف البائع للمبيع خطأ فينفسخ البيع.[1]

– إذا تلف المعقود عليه بفعل المشتري فلا ينفسخ البيع وعليه الثمن عند الحنابلة والشافعية، لأنه بالإتلاف صار قابضا كل المبيع، إذ لا يمكنه إتلافه إلا بعد إثبات يده عليه، وهو معنى القبض فيتقرر عليه الثمن، سواء أكان البيع باتا أم بالخيار.[2]

أما الحنفية والمالكية فقد قصروا هذا الحكم على البيع البات أو بشرط الخيار للمشتري، لأن خيار المشتري لا يمنع زوال البيع عن ملك البائع بلا خلاف، فلا يمنع صحة القبض، ولا يمنع تقرير الثمن،[3] وإن كان البيع بشرط خيار للبائع ذهب الحنفية إلى أن الخيار يمنع زوال ملكه، وملكه مضمون بالمثل أو القيمة.[4]

أما المالكية فيروا أن يضمن المشتري إن كان الخيار للبائع الأكثر من الثمن الذي بيع به، أو القيمة؛ لأن من حق البائع اختيار الإمضاء إن كان الثمن أكثر والرد إن كانت القيمة أكثر، إلا أن يحلف المشتري أنه ما فرط فيضمن الثمن دون التفات إلى القيمة، ولو كان الخيار لهما فالظاهر تغليب جانب البائع.[5]

– تلفه بيد أجنبي وهو في يد البائع فيكون المشتري مخيرا إن شاء فسخ العقد واسترد الثمن، وبذلك يضمنه ضمان عقد بالثمن ويرجع البائع على الأجنبي بقيمته فيضمنه الأجنبي ضمان إتلاف وتعد، وإن شاء أمضى البيع وضمن الأجنبي قيمته ضمان إتلاف وتعد.[6]

لكن الراجح في الموضوع والذي يتماشى مع طبيعة عقود التجارة الإلكترونية هو أنه إذا هلك المعقود عليه في يد البائع قبل أن يقبضه المشتري يكون من ضمان البائع فإن تلف بآفة سماوية بطل العقد ورجع المشتري بالثمن إن دفعه.[7]

---

[1]- الدسوقي: المرجع السابق، ج3، ص 105.

[2]- الخطيب الشربيني: المرجع السابق،ج2، ص457/ البهوتي: المرجع السابق، ج3، ص243.

[3]- الكاساني: المرجع السابق، ج5، ص238/ الدردير: المرجع السابق، ج3، ص104.

[4]- الكاساني: المرجع نفسه، ج5، ص238.

[5]- الدردير: المرجع السابق، ج3، ص104.

[6]- الخفيف علي: الضمان في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص142.

[7]- ابن قدامة: المرجع السابق، ج4، ص123.

وكذلك إذا تلف المبيع في يد من سلم إليه المبيع باتفاق الطرفين ليحفظه إلى أداء الثمن فلا يترتب شيء على المشتري، بل يعود الضرر والخسارة على البائع سواء أكان المبيع منقولا أم عقارا، لأن المبيع ما لم يسلم إلى المشتري فهو في ضمان البائع،[1] سواء اتفق الطرفان على أن يعود الخسران في ذلك على المشتري أم لا، وسواء أكان البيع باتا أم مشترطا فيه الخيار للبائع أو للمشتري، ولأن المبيع قبل القبض مضمون بالثمن وبهلاكه يسقط الثمن فلا يجوز مع ذلك أن يكون مضمونا بقيمته لأنه لا يجتمع ضمان الثمن وضمان القيمة، فعلى ذلك إذا كان البائع قبض ثمن المبيع وجب عليه أن يرده إلى المشتري وإذا لم يقبضه فليس له أن يطالب به.[2]

إلا في حالة كان الاتلاف من قبل المشتري وهو في يد البائع، فيلزم الأول بدفع الثمن سواء كان العقد باتا أو على الخيار، لأن المشتري في هذه الحالة يعد قابضا للمبيع.[3]

2- تلف بعض المبيع قبل القبض:

وهذه الحالة جاء التفصيل فيها إذا كان التلف بفعل المشتري فقط أما باقي الحالات لا يختلف التفصيل فيها عما سبق، فكما أنه إذا تلف المبيع كله قبل قبضه تعود الخسارة على البائع فكذلك لو تلف بعضه تعود الخسارة فيه على البائع ولا يترتب على البائع ضمان باستهلاكه للمبيع.[4]

أما إذا تلف بعض المبيع بفعل المشتري يرى الجمهزر من الحنفية والشافعية والحنابلة، في هذه الحالة أنه لا يبطل البيع، ولا الخيار له لحصوله بفعله، ولايسقط عنه شيء من الثمن لأنه صار قابضا للكل بإتلاف البعض، ولا يتمكن من إتلاف البعض إلا بإثبات اليد على الكل، وصار قابضا قدر المتلف بالإتلاف، والباقي بالتعييب فتقرر كل الثمن.[5]

---

[1]- لأن هذا الموكل بحفظه إنما يحفظه لأجل البائع فتكون يده كيد البائع، ومثال ذلك في التجارة الإلكترونية الوسطاء السابق ذكرهم في ثنايا البحث، كشركات التوصيل، أو أصحاب مستودعات التخزين...وغيرها،

[2]- حيدر علي: المرجع السابق، ج1، ص 275.

[3]- الخطيب الشربيني: المرجع السابق، ج2، ص457/ البهوتي: المرجع السابق، ج3، ص 243.

[4]- علي حيدر: المرجع السابق، ج1، ص 275.

[5]- الكاساني: المرجع السابق، ج5، ص ص240/الخطيب الشربيني: المرجع السابق، ج2، ص68/ ابن قدامة: المرجع السابق، ج 4، ص123.

في حين فرق المالكية بين صاحب الخيار البائع أو المشتري، وبين التلف العمد والخطأ، فإذا كان الخيار للمشتري وأتلفه عمدا فيد ذلك رضا منه بالبيع وليس له الرجوع فيه، وإن كان الإتلاف بالخطأ فيمكن للمشتري رده وما نقص، كما يمكنه التمسك به ولا شيء له، فإن رد وكان عيبا مفسدا ضمن المثل كله ضمان اتلاف. أما إذا كان للبائع فهو بالخيار بين الرد وأخذ أرش الجناية، وبين الإمضاء وأخذ الثمن، سواء أكان التلف عمدا أو خطأ.[1]

3- تلف المبيع بعد القبض:

اتفق فقهاء المذاهب الأربعة على أن تلف المبيع بعد القبض لا يفسخ به البيع، والهلاك يكون على المشتري وعليه الثمن، لأن البيع قد تقرر بقبض المبيع فتقرر الثمن، سواء كان التلف بآفة سماوية أم بفعل البائع، وإذا كان التلف بفعل أجنبي فإنه يرجع المشتري على الأجنبي بضمانه.[2]

وفصل الحنفية في المسألة كالآتي: إذا كان تلف كل المبيع بفعل البائع فينظر لقبض المشتري هل هو بإذن البائع أم بغير إذنه؟ فإن كان بإذنه يكون استهلاكه واستهلاك الآجنبي سواء، وإن كان قبضه بغير إذن البائع يكون باستهلاكه واتلافه مستردا للمبيع، لأن الاستهلاك حصل في ضمانه، فوجب بطلان البيع وسقوط الثمن، كما لو استهلك وهو في يده.[3]

وإذا كان تلف بعض المبيع فقط فرقوا-الحنفية- كذلك بين ما إذا كان للبائع حق الاسترداد أم لا؟ فإن كان له حق الاسترداد ينفسخ البيع قدر المتلف ويسقط عن المشتري حصته من الثمن، لأنه صار مستردا لذلك القدر بالاتلاف، فتلف ذلك القدر في ضمانه فيسقط قدره من الثمن.[4]

ثانيا: الإخلال بالشروط المخصصة في العقد.

كاختلاف المبيع عن المواصفات المتفق عليها أو وجود عيب خفي في المبيع: وأما قبض المشتري

---

[1] الدردير: المرجع السابق، ج3، ص105.

[2]- الكاساني: المرجع السابق، ج5، ص239/ الدسوقي: المرجع السابق، ج3، ص104/الخطيب الشربيني: المرجع السابق، ج2، ص73/ البهوتي: المرجع السابق، ج3، ص 206.

[3]- الكاساني: المرجع السابق، ج5، ص239.

[4]-الكاساني: المرجع السابق، ج5، ص 240.

المبيع حيث يكون في المبيع خيار شرط للمشتري فإن المبيع يكون في ضمان بائعه مادام في يده، فإذا تلف في يده تلف عليه بالثمن وبطل البيع وإتلاف المشتري إياه بعد تسلمه يمضى به البيع ويلزم، أما إذا رد المبيع للبائع بسبب فساد العقد فيلزم على البائع أن يعيد ثمن المبيع للمشتري،[1] ويثبت للمشتري الرد بالعيب إذا ثبت العيب وكونه قديما أي قبل البيع ولم يدخل عليه المشتري، ولا رضي به بعد الشراء،[2] لأنه إذا تبين للمشتري بعد البيع أن السلعة معيبة، ورضي المشتري بالعيب امتنع الفسخ، كما لو علم بالعيب قبل الشراء، ورضي به.[3]

ولا يكفي إطلاعه على العيب بل لا بد أن يعلم أنه عيب في السلعة، فلو اطلع على العيب ورضي به، ولم يعلم أن مثله يعتبر عيبا فلا يعتبر اطلاعه عليه رضا.[4] فإذا كان العيب لا يعرفه إلا أهل العلم به فلا يقبل فيه إلا شهادة أهل العلم به، إن وجدوا وإلا قبل غيرهم، وإن كانوا غير مسلمين.[5]

كما أن العيب الحادث قبل القبض كالموجود عند العقد، ولهذا يثبت حق الرد به، كما يثبت بالموجود عند العقد، لأن البيع يقتضي تسليم المعقود عليه سليما عن العيب، فإذا عجز عن تسليمه بصفة السلامة يثبت له حق الرد ليسلم له الثمن.[6]

وأجرة النقل في رد المبيع بالعيب من حين الشراء إلى رده على البائع إذا كان البائع مدلسا عالما بالعيب وأخفاه، لأنه ظالم والظالم أحق بالحمل عليه، وإذا لم يكن البائع مدلسا بالعيب، فالمشتري مخير بين أن يرده إلى محله ولا شيء له في النقل أو يتمسك به، ويأخذ العوض عن العيب وخبرته تنفي الضرر.[7]

---

(1)- علي حيدر: المرجع السابق، ج3، ص374.

(2)- ميارة الفاسي، مُحَمَّد بن أحمد المالكي: الإتقان والإحكام في شرح تحفة الحكام المعروف بشرح ميارة، د.ط، دار المعرفة، بيروت-لبنان، د.ت.ن، ج1، ص307.

(3)- بن مُحَمَّد الدبيان دبيان: المرجع السابق، ج7، ص366.

(4)- ابن عابدين: المرجع السابق، ج5، ص34.

(5)- ابن فرحون، برهان الدين: تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام،ط1، مكتبة كليات الأزهرية، مصر، 1406هـ-1986م، ج1،ص 350.

(6)- الكاساني: المرجع السابق، ج5، ص277.

(7)- الدسوقي: المرجع السابق، ج3، ص129.

الفرع الثاني: الواجب في ضمان الاتلاف الناتج عن التجارة الإلكترونية.

الواجب في ضمان الإتلاف الناتج عن التجارة الإلكترونية هو "التعويض"، لذا سيتم في هذا العنوان بيان ماهية التعويض في الفقه الإسلامي (مفهومه وأنواعه) في البند الأول، ثم كيفية ووقت تقديره وفق ضوابط شرعية عند كل مذهب في البند الثاني.

البند الأول: ماهية التعويض في الفقه الإسلامي.

التعويض أو التضمين أو العوض في الفقه الإسلامي هو:" نفع يجبر الضرر الذي يلحق المصاب، وترميم آثاره"،[1] وهو قسمان: عوض عن النفس والأطراف، وعوض عن المال:

ففي الأول يشمل الدية والأرش، فالدية مقدارها مائة من الإبل وإن لم توجد فإنه يسار إلى التعويض النقدي، وقد قال في هذا الإمام الماوردي: "قد ذكرنا أن الدية هي الإبل لا يعدل عنها مع وجودها، فإن أعوزت، عدل عنها إلى الدراهم والدنانير"[2] أي أن التعويض النقدي استثناء عند عدم وجود الإبل.

الأرش هو: في الجنايات هو اسم للمال الواجب على ما دون النفس.[3] أما في البيوع هو العوض الذي يأخذه المشتري من البائع إذا اطلع على عيب في المبيع[4]

وإن ترك الشرع تقديره للقاضي عن طريق حكومة العدل، فهو الأرش غير المقدر، فحكومة العدل وهي طريقة التقويم، وهي اجتهاد من القاضي لا نص عليها.[5]

أما في الأموال فالمقصد من التعويض هو جبر الضرر وإصلاحه، لا الثأر والانتقام أي عدم مقابلة

---

(1)- الزحيلي وهبة: نظرية الضمان، مرجع سابق، ص82/ سيد أحمد أمين: المسؤولية التقصيرية عن فعل الغير في الفقه الإسلامي، ط2، دار عزة للنشر والتوزيع، القاهرة–مصر، 2001، ص114.

(2)- الماوردي: المرجع السابق، ج12، ص350.

(3)- الجرجاني: المرجع السابق، ص17.

(4)- الخرقي، أبو القاسم عمر بن الحسين: متن الخرقى على مذهب ابي عبد الله أحمد بن حنبل الشيباني، د.ط، دار الصحابة للتراث، طنطا–مصر، 1413هـ–1993م، ص67.

(5)- تسرنكتش سناد: المسائل الفقهية التي عليها الفتوى عند متأخري الحنفية (جمعاً ودراسةً)، رسالة ماجستير، كلية الشريعة، جامعة الإمام مُحَمَّد بن سعود الإسلامية، الرياض– المملكة العربية السعودية، 1440 – 1441 هـ، (العزو من الكتاب الإلكتروني بترقيم الشاملة)، ص 283.

الاتلاف بمثله لقوله ﷺ : { **مَنْ أَدْرَكَ مَالَهُ بِعَيْنِهِ عِنْدَ رَجُلٍ، أَوْ إِنْسَانٍ، قَدْ أَفْلَسَ فَهُوَ أَحَقُّ بِهِ مِنْ غَيْرِهِ**}.[1] وفي هذا الصدد نصت المادة 921 من مجلة الأحكام العدلية على:" ليس للمظلوم أن يظلم آخر بسبب كونه قد ظلم، مثلا: لو أتلف زيد مال عمرو مقابلة بما أنه أتلف ماله يكون الاثنان ضامنين. كذلك لو أتلف زيد مال عمرو الذي هو من قبيلة طي بما أن بكرا الذي هو من تلك القبيلة أتلف ماله يضمن كل منهما المال الذي أتلفه كما أنه لو انخدع أحد فأخذ دراهم زائفة من أحد فليس له أن يصرفها إلى غيره"[2]

بصفة عامة يقع التعويض في الفقه الإسلامي عن الضرر الذي يقع على الأموال فيختلف باختلاف العين من حيث هلاكها أو نقصها، فإن كانت قائمة فيتعين ردها ومؤونة الرد على المتسبب في الضرر فان استهلك هذا الأخير العين فعليه التعويض ببدل أو قيمة. وإذا هلكت هذه العين فلا مفر من التعويض بمقابل لاستحالة ردها، فإن كان لها مثل فمثلها وإلا فقيمتها، وأما إذا نقصت هذه العين فالواجب هو ردها مع ضمان النقصان بمقابل المثل أو القيمة.[3]

أي أن التعويض في الفقه الإسلامي كذلك قد يكون عينيا أو نقديا، والتعويض العيني هو خير وسيلة لجبر الضرر المباشر لا أكثر ولا أقل، لكن عند تعذره يجبر الضرر بمقابل إما بالمثل أو القيمة.[4]

أما التعويض عن الضرر الأدبي فهو في الفقه الإسلامي تعويض عقابي، فمثلا في القذف وهو يوقع ضررا أدبيا على المقذوف وليس ضررا ماليا ولا جسديا، فعقوبته الجلد وعدم قبول شهادته، وكذلك بالنسبة للسب والشتم والمساس في الشرف والسمعة ينكله السلطان إذ جاء في المدونة: الرجل يقول للرجل: يا شارب الخمر أو يا خائن أو يا آكل ربا؟ قال: ينكله السلطان، وكذا في قوله: يا فاجر يا فاسق ؟ قال:

---

(1)- أخرجه البخاري في صحيحه، عن أبو بكر بن مُحَمَّد بن عمرو بن حزم، عن عمر بن عبد العزيز، عن أبا بكر بن عبد الرحمن بن الحارث بن هشام، عن أبي هريرة τ، كتاب الاستقراض وأداء الديون والحجر والتفليس رقم (48)، باب إذا وجد ماله عند مفلس في البيع والقرض والوديعة فهو أحق به رقم (14)، ح.ر 2272، ج2، ص846.

(2)- مجلة الأحكام العدلية، مرجع سابق، ص 178.

(3)- سيد أحمد أمين: المرجع السابق، ص114.

(4)- المرجع نفسه، ص 115.

ينكل في قوله يا فاجر ويا فاسق"[1] وغيرها من الأمثلة وهو مايتوافق مع نظم التعويضات العقابية في القوانين الأنجلوسكسونية كالقانون الإنجليزي والقانون الامريكي والقانون الكندي، التي تأخذ بفكرة التعويض العقابي والرادع وهو: "ذلك التعويض الذي يهدف إلى معاقبة المسؤول أكثر من أن يهدف إلى تعويض المضرور، فهو تعويض يتقرر بصفة استثنائية عندما يرتكب المدعى عليه سلوكا عدوانيا، أو سلوكا يميل للإيذاء بغض النظر عن أي تناسب مع الضرر الذي وقع فعلا"[2]

البند الثاني: كيفية ووقت تقدير التعويض.

يعدّ تقدير التعويض من المسائل الجوهرية في باب الضمان، إذ إن العدالة في جبر الضرر لا تتحقق إلا إذا كان التعويض ملائما لحجم الضرر ونوعه وظروف حدوثه. وتزداد أهمية هذا التقدير في سياق التجارة الإلكترونية، حيث تتعدد صور الضرر وتتنوع وسائله، مما يفرض تحديا خاصا في تحديد كيفية التعويض المناسب، سواء كان نقديا أو عينا أو غير ذلك، وكذلك في تحديد وقت تقديره، هل يكون عند وقوع الضرر، أو عند المطالبة به، أو عند صدور الحكم القضائي.

أولا: كيفية تقدير التعويض.

سندرس كيفية تقدير التعويض في الفقه الإسلامي حسب القواعد العامة(1)، ثم تطبيق قواعد التعويض في الفقه الاسلامي على التجارة الإلكترونية (2).

1- كيفية تقدير التعويض في الفقه الإسلامي حسب القواعد العامة:

يقدر القاضي التعويض بالاستعانة بالخبراء، ويلاحظ ما حدث من الأضرار المادية الملموسة الواقعة فعلا، أما الأضرار المحتملة فإن كان وقوعها مؤكدا فهي في حكم الواقعة. وأما ضياع المصالح والخسارة المنتظرة غير المؤكدة (أي المستقبلة) أو الأضرار الأدبية أو المعنوية فلا يعوض عنها في أصل الحكم الفقهي؛ لأن محل التعويض هو المال الموجود المحقق فعلا، والمتقوم شرعا، والأضرار المستقبلية غير محققة حالا، وكذا الضرر الأدبي غير متقوم شرعا، لكن يمكن أن نجد مستندا لتعويض تلك الأضرار في السلطة التقديرية

---

[1]- مالك بن أنس: المدونة، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان، 1415هـ-1994م، ج4، ص493.

[2]- معامير حسبية: المرجع السابق، ص524.

الممنوحة للقاضي فيما لا نص عليه، عملا بمبدأ السياسة الشرعية لإحقاق الحق وإقرار العدل ودفع الحرج والمشقة، وأخذا بمشروعية التعزيزات أو الغرامات المالية، يفعل القاضي في ذلك ما يراه حسب الحاجة.[1]

خاصة إذا تم الاتفاق على تعويض معين عند الإخلال زمن التعاقد، إذ العقد شريعة المتعاقدين، لأن الأصل في ضمان العقد أنه منصوص عليه في العقد، كالمبيع والثمن في عقد البيع، والأجرة في عقد الإجارة، ولاشك أن كونه محدد في العقد أنه ملزم بما تضمنه العقد وقت التعاقد دون النظر إلى القيمة عند التعويض.[2]

أما ضمان اليد أو المسؤولية التقصيرية فالمبدأ العام في تعويض الأضرار الناشئة عنها: هو المماثلة بين التعويض والضرر أي أنه يجب تعويض جميع الضرر؛ لأن ضمان الاتلاف ضمان اعتداء، والإعتداء لم يشرع إلا بالمثل،[3] لحديث عائشة ﵂ أنها قالت: ما رأيت صانعا طعاما مثل صفية، صنعت لرسول الله صلى الله عليه وسلم طعاما فبعثت به، فأخذني الأكل، فكسرت الإناء، فقلت: ﷺ " يا رسول الله ﷺ، ما كفارة ما صنعت؟" قال: { **إناءٌ مثلُ إناءٍ، وطعامٌ مِثلُ طَعامٍ**}[4]

في حين لا يشترط التقيد بالمثل في ضمان العقد أو المسؤولية العقدية ، وإنما ينفذ الشرط المتفق عليه قدر الإمكان عملا بقاعدة " يلزم مراعاة الشرط بقدر الإمكان"[5]. والتماثل في الأموال المثلية يكون بجعل قدر التعويض مماثلا للمال الذي أصابه الضرر جنسا ونوعا وصفة وكمية.[6]

وفي الأموال القيمية يكون التعويض بقدر قيمة المال النقدية المقدرة بواسطة أهل الخبرة.[7]

---

(1)- الزحيلي وهبة: نظرية الضمان، المرجع السابق، ص96.

(2)- التونجي عبد السلام: مؤسسة المسؤولية في الشريعة الإسلامية، ط1، منشورات جمعية الدعوة الإسلامية العالمية، طرابلس-ليبيا، 1414هـ-1994م، ص111.

(3)- الزحيلي وهبة: نظرية الضمان ، مرجع سابق، ص96.

(4)- أخرجه أبو داود في سننه، عن مسدد، عن يحي، عن سفيان، عن فليت العامري، عن جسرة بنت دجاجة، عن عائشة ﵂، أول كتاب البيوع، باب فيمن أفسد شيئا يضمن مثله رقم (91)، ح.ر3567، ج5، ص 460.

(5)- الزرقا أحمد: شرح القواعد الفقهية، مرجع سابق، ص 419./ المادة 83 من مجلة الأحكام العدلية، مرجع سابق، ص 26.

(6)- ينظر: التونجي عبد السلام: المرجع السابق، ص112.

(7)- الزحيلي وهبة: نظرية الضمان، المرجع السابق، ص89.

2- تطبيق قواعد كيفية التعويض في الفقه الاسلامي على التجارة الإلكترونية:

تُظهر قواعد الفقه الإسلامي مرونة واضحة في التعامل مع صور الضرر والتعويض، وهو ما يمكن توظيفه في بيئة التجارة الإلكترونية المعاصرة. ففيما يتعلق بتقدير التعويض، يعتمد القاضي – كما في الفقه التقليدي – على رأ ي أهل الخبرة، وهو أمر ضروري في المعاملات الإلكترونية نظرا لطبيعتها التقنية خاصة (مثل أضرار البرمجيات، ضياع البيانات، الاختراق الأمني، تأخر التسليم، إلخ)، حيث يعتمد على المتخصصين لتحديد نوع الضرر، وحجمه، وما إذا كان محققاً أم مجرد احتمال.

ويأخذ بعين الاعتبار في هذا السياق التفريق بين الأضرار المادية الواقعة فعلاً، والتي يعوَّض عنها، وبين الأضرار المحتملة أو الأدبية التي لا يعوَّض عنها في أصل الحكم الفقهي، لكونها ليست مالاً متقوما شرعا. غير أن السلطة التقديرية الممنوحة للقاضي تتيح له، في بعض الحالات، الحكم بالتعويض عن هذه الأضرار، خاصة إذا ثبتت جسامة الأثر خصوصا عند وجود غش أو إساءة استخدام للبيانات أو الاعتداء على السمعة الإلكترونية وما يترتب عنها من خسائر مالية أو توافر شرط سابق في العقد كالاشتراط المسبق للتعويض في العقد الإلكتروني، وذلك عملاً بمبدأ ا لسياسة الشرعية وتحقيقاً للعدل ومنعا للحرج والمشقة.

كما يبرز أثر القاعدة الفقهية "العقد شريعة المتعاقدين" في العقود الإلكترونية، حيث يلزم الطرفان بالتعويض حسب المتفق عليه عند الإخلال، دون اشتراط المماثلة في المقدار أو القيمة، متى كان الشرط معلوما ومشروعا. أما في حالات الضمان غير التعاقدي، كالاعتداءات الإلكترونية أو التسبب في الإتلاف من طرف ثالث، فيطبَّق مبدأ المماثلة، بحيث يقدَّر التعويض بمقدار الضرر الفعلي.

كذلك يراعى في تقدير الضرر نوع المال: فإن كان مثليًّا، وجب رد مثله إن أمكن؛ وإن كان قيميًّا، قُدّر التعويض بقيمته السوقية وفق ما يقرره أهل الخبرة، فالمنتجات الرقمية (مثل رموز الدخول، أو بطاقات الشَحن) غالبا تعَدّ مثلية، فيجب رد مثلها إن أمكن. والأجهزة أو البرمجيات المرخصة تعَدّ قيمية، فيقدَّر التعويض وفقاً لقيمتها السوقية، استنادا إلى تقارير فنية متخصصة.

وبهذا يتبين أن قواعد الفقه الإسلامي، وإن استندت إلى أصول تقليدية، إلا أنها تملك من المرونة والاتساع ما يجعلها صالحة للتطبيق على صور المعاملات الحديثة، ومنها التجارة الإلكترونية، دون إخلال

بمقاصد الشريعة في حفظ الحقوق ومنع الضرر.

ثانيا: وقت تقدير التعويض.

للفقهاء في هذا الموضوع تفصيلات وأقوال نذكر منها كالآتي:

1- عند الحنفية:

يقول أبو حنيفة: "تعتبر القيمة وقت القضاء"؛ لأن التحول إليه الآن يكون، فإن المثل واجب في الذمة، وهو مطلوب له حتى لو صبر إلى مجيء أوانه كان له أن يطالبه بالمثل، فإنما يتحول إلى القيمة عند تحقق العجز عن المثل، وذلك وقت الخصومة والقضاء بخلاف ما إذا كان المغصوب أو المستهلك مما لا مثل له؛ لأن الواجب هناك، وإن كان هو المثل عند أبي حنيفة، ولكنه غير مطالب بأداء المثل بل هو مطالب بأداء القيمة بأصل السبب فيعتبر قيمته عند ذلك، إذ يقول أبو يوسف رحمه الله: "لما انقطع المثل فقد التحق بما لا مثل له في وجوب اعتبار القيمة، والخلف إنما يجب بالسبب الذي يجب به الأصل وذلك الغصب، فيعتبر قيمته يوم الغصب"[1]

أي تعتبر القيمة في المثلي إن عجز عن رد المثل يوم القضاء، وأما القيمي مما لا مثل له فالواجب رد قيمته يوم الغصب.

2- عند المالكية:

جاء في الشرح الكبير وحاشية الدسوقي:" والحاصل أن غاصب الذات يتعلق به ضمانها من يوم الاستيلاء عليها ويضمن غلة تلك الذات من يوم استعمالها، وأما المتعدي، وهو غاصب المنفعة فيضمن المنفعة بمجرد فواتها على ربها."[2] إذ تقدر قيمة المغصوب عند المالكية يوم الغصب؛ لأن الضمان يجب بالغصب، فتقدر قيمة المغصوب يوم الغصب، فلا يتغير التقدير بتغير الأسعار، لأن سبب الضمان لم يتغير كما لم يتغير محل الضمان، لكن فرق المالكية بين ضمان الذات وضمان الغلة، فتضمن الأولى يوم الاستيلاء عليها، وتضمن الغلة من يوم استغلالها، وأما المتعدي: وهو غاصب المنفعة فيضمن المنفعة بمجرد فواتها على

---

[1]- السرخسي: المرجع السابق، ج11، ص50.

[2]- الدردير: المرجع السابق، ج3، ص443.

صاحبها وإن لم يستعملها.[1]

3- عند الشافعية:

جاء في مغني المحتاج:" قيل: قيمة يوم المطالبة، وقيل: يوم التلف، وقيل: يوم فقد المثل، والأصح أن المعتبر أقصى قيمه، من وقت الغصب، إلى تعذر المثل، أي إذا كان المثل موجودا عند التلف فلم يسلمه حتى فقده كما صرح به في المحرر، والمراد أقصى قيم المثل، لأن وجود المثل كبقاء عين المغصوب؛ لأنه كان مأمورا برده كما كان مأمورا برد المغصوب، فإذا لم يفعل غرم أقصى قيمه... ولو نقل المغصوب المثلي إلى بلد آخر فللمالك أن يكلفه رده."[2]

وجاء في المهذب:" . وما يجب بجناية العمد يجب حالاً لأنه بدل متلف لا تتحمله العاقلة بحال فوجب حالاً كغرامة المتلفات وما يجب بجناية الخطأ وشبه العمد من الدية يجب مؤجلاً..."[3]

والملخص في رأي الشفعية أن المعتبر في الضمان هو أقصى قيمة للمغصوب من وقت الغصب في بلد الغصب إلى وقت تعذر وجود المثل. وإذا كان المثل مفقوداً عند التلف، فالأصح وجوب الأكثر قيمة من الغصب إلى التلف، سواء أكان ذلك بتغير الأسعار، أم بتغير المغصوب في نفسه. وأما المال القيمي: فيضمن بأقصى قيمة له من يوم الغصب إلى يوم التلف.[4]

إذا عموما فوقت تقدير التعويض في الفقه الإسلامي هو وقت حدوث سبب الضمان، وفي مكان حدوثه، وعلى هذا تجب قيمة الشيء المستعار وقت التلف، وفي الرهن تجب القيمة وقت القبض إن كان المرتهن هو الذي أتلف المرهون. وإن كان المتلف هو الأجنبي أو الراهن فتجب قيمته يوم التعدي.[5]

---

[1]- الزحيلي وهبة: الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق، ج6، ص4804.

[2]- الخطيب الشربيني: المرجع السابق، ج3، ص348.

[3]- الشيرازي، أبو إسحاق: المهذب في فقه الإمام الشافعي، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان، د.ت.ن، ج3، ص238.

[4]- الزحيلي وهبة: الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق، ج6، ص4804.

[5]- الزحيلي وهبة: نظرية الضمان في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص89.

ملخص الفصل الأول:

تعتبر المسؤولية العقدية هي الأصل في إطار عقود التجارة الإلكترونية بالنظر إلى أن العلاقات في هذا المجال تنشأ غالبا عند إخلال الأطراف بالالتزامات في العقود إلكترونية التي تربط بينهم.

فتكون مباشرة وبقوة القانون بالنسبة للمورد الإلكتروني ولا تنتفي إلا بقوة قاهرة، أو بخطأ المستهلك نفسه. وتقوم المسؤولية العقدية التقليدية بالنسبة للمستهلك الإلكتروني في مواجهة المورد، فتقوم على الخطأ العقدي، الضرر وعلاقة السببية بينهما، كما تنتفي بالسبب الأجنبي متمثلا في القوة القاهرة والظروف الطارئة، أو خطأ الغير، أو خطأ المضرور

أما المبحث الثاني فيركز على الآثار القانونية التي تترتب على تحقق المسؤولية العقدية في نطاق التجارة الإلكترونية، ويتقاطع مع جزاء قيام المسؤولية التقصيرية(سواء كان عينيا أو نقديا)، ويعرض أبرز الجزاءات المقررة، من الناحية القانونية والفقهية. كاسترداد المدفوعات أو استبدالها أو حبس العوضين، أو التعويض المالي عن الضرر الذي لايمكن التعويض عنه عينيا.

الفصل الثاني:

المسؤولية التقصيرية الناتجة عن التجارة الإلكترونية.

المبحث الأول: المسؤولية عن الفعل الشخصي الناتجة عن التجارة الإلكترونية.

المبحث الثاني: المسؤولية عن الغير وعن الشيء الناتجة عن التجارة الإلكترونية.

تمهيد:

يقصد بالمسؤولية التقصيرية أو الفعل المستحق للتعويض، إلزام من أخل بالتزام قانوني عام نتيجة خطأ أو إهمال أو تقصير، مما يلحق ضررا بالغير، فيحق للمضرور المطالبة بالتعويض أو إزالة الضرر إن أمكن. وإذا كانت المسؤولية التقصيرية تشكل القاعدة العامة في المسؤولية المدنية مقارنة بنظيرتها العقدية، فإن المسؤولية عن الفعل الشخصي تَعد القاعدة العامة وحجر الزاوية في المسؤولية التقصيرية، مقارنة بالمسؤولية عن فعل الغير أو المسؤولية عن فعل الأشياء.

لكن في مجال التجارة الإلكترونية، يختلف الأصل عن الاستثناء، حيث تَعد المسؤولية العقدية هي الأساس في إطار العقود الإلكترونية، مع إمكانية إثارة المسؤولية التقصيرية في حال نشوء أضرار خارج نطاق الالتزامات العقدية، مثل الأضرار التي تحدث في المراحل السابقة للتعاقد، أو الأضرار الناتجة عن بطلان أو إبطال العقد وعودة المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها، حيث تُجبر هذه الأضرار بالمسؤولية التقصيرية لا العقدية.

وقد تثور الأنواع الثلاثة من المسؤولية التقصيرية بين المستهلك والمورد أو أي طرف ثالث اشترك في إحداث الضرر، فتقوم المسؤولية التقصيرية عن فعل الشخصي، وعن الغير بنوعيها: مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه إذا كان أحد الأطراف شخصا معنويا وكان مرتكب الخطأ أحد موظفيه، أو مسؤولية متولي الرقابة إذا كان محدث الضرر قاصرا تحت رعاية والده، في ظل تمكّن من هم دون السن القانونية من استخدام التكنولوجيا مثلهم مثل البالغين.

كما تقوم كذلك المسؤولية عن الأشياء، مع خصوصية الشيء الإلكتروني وصعوبة تكييفه قانونيا. لذا، سنعالج كل نوع من هذه الأنواع مع مقارنته بما يقابله في الفقه الإسلامي، بالنظر إلى أن لكل نوع منها وجودا في الفقه، وإن كانت هناك فروقات تَعد ظاهرية أكثر منها جوهرية.

مما سبق فصلنا في دراسة هذا الفصل كمايلي:

المبحث الأول: المسؤولية عن الفعل الشخصي الناتجة عن التجارة الإلكترونية.

المبحث الثاني: المسؤولية عن الغير وعن الشيء الناتجة عن التجارة الإلكترونية.

المبحث الأول: المسؤولية عن الفعل الشخصي الناتجة عن التجارة الإلكترونية.

في إطار المعاملات الإلكترونية، تتخذ المسؤولية التقصيرية عن الفعل الشخصي بعدا خاصا، حيث يقصد بها: "إلزام كل من ارتكب خطأ تقصيريا إلكترونيا بتعويض المتضرر، سواء كان هذا الأخير من مستخدمي الوسائل الإلكترونية أو لا".[1]

أي أن نطاق المسؤولية التقصيرية الإلكترونية يمتد ليشمل غير المتعاملين إلكترونيا، بخلاف المسؤولية العقدية الإلكترونية التي ينحصر نطاقها في أطراف التعاقد من مستخدمي الوسائل الرقمية. ولأن المشرع الجزائري في القانون رقم 18-05 لم يضع أحكاما خاصة للمسؤولية التقصيرية، فقد أحال ضمنا إلى القواعد العامة المنصوص عليها في المادة 124 ق.م.ج، والتي تقرر أن "كل فعل يرتكبه الشخص بخطئه، ويسبب ضررا للغير، يلزم مرتكبه بالتعويض".

يلاحظ أن هذه المادة تنسجم في جوهرها مع اتجاه الفقه الإسلامي، الذي يؤسس الضمان على خمسة مقومات رئيسة: الضامن (مرتكب الفعل)، والمضمون (الضرر الناتج)، والمضمون له (المتضرر)، والضمان (التعويض)، والسببية (العلاقة بين الفعل والضرر). ويظهر هذا التوافق جليا في عبارة المادة ذاتها: "من كان سببا في حدوثه"، لكن يركّز الفقه القانوني عند دراسة المسؤولية التقصيرية على ثلاثة أركان رئيسة هي: الخطأ، الضرر، وعلاقة السببية. كما يعنى ببحث المركز القانوني للأطراف في ضوء هذه الأركان، وهو ما يتفق مع توجه عدد من الفقهاء في الدراسات الإسلامية المعاصرة.

وبناء عليه، سيتم في هذا المبحث تناول هذه الأركان من المنظورين القانوني والفقهي، وتحليل إمكانية تطبيقها في بيئة التجارة الإلكترونية في مطلبين:

الأول: الخطأ التقصيري الالكتروني.

الثاني: الضرر وعلاقة السببية في المسؤولية التقصيرية الإلكترونية.

---

[1]- زواوي عباس، مانع سلمى: الأحكام العامة للمسؤولية الإلكترونية، مجلة المفكر، ع04، مج01، 2009، ص 340.

المطلب الأول: الخطأ التقصيري الالكتروني.

يختلف الخطأ المدني عن الجزائي، لأن في الجزائي يعاقب الفاعل على مخالفته قاعدة قانونية، حتى وإن لم يحدث ضررا، وحتى وإن تنازل المضرور عن حقه في التعويض، لعدم سقوط الحق العام، في حين الخطأ المدني مرتبط بحق شخصي، لشخص واحد، أو مجموعة محددة، يكون أحد أطرافها المورد الإلكتروني والمستهلك الإلكتروني، في إطار تعاملهما بالتجارة الإلكترونية، درسنا هذا الركن من خلال تحديد ماهيته، وصوره، إثباته.

الفرع الأول: ماهية الخطأ التقصيري الإلكتروني.

أو الخطأ التقصيري الذي يثير المسؤولية في إطار التجارة الإلكترونية، ولتوضيح ماهية الخطأ التقصيري الإلكتروني، سنوضح مفهومه في البند الأول، وفي الثاني ندرس الأركان الواجب توفرها ليعتبر الفعل خطأ يقيم المسؤولية عن الفعل الشخصي في التجارة الإلكيرونية.

البند الأول: مفهوم الخطأ التقصيري الإلكتروني.

يعد مفهوم الخطأ كركن تقوم عليه المسؤولية التقصيرية حسب القواعد العامة، أكثر المفاهيم تعقيدا وإثارة للجدل،[1] وهو ما يصعب دراسة مفهومه في إطار التجارة الإلكترونية ففي ظل التطورات الرقمية

---

[1]- في اللغة: الخطأ: هو ما لم يتعمد من الفعل وهو ضد الصواب، والخطْءُ: ما تعمد.(ابن منظور: المرجع السابق، ج1، ص65).
أما في الإصطلاح القانوني فقد تنازعت في تعريفه نظريتان: ترى النظرية الشخصية أن الخطأ كركن للمسؤولية التقصيرية، وهو أساس قيامها، فالخطأ التقصيري في ظلها هو: "الإخلال بإحدى الواجبات التي تستمد أساسا من إحدى قواعد السلوك القانونية في المجتمع، التي يلتزم باحترامها الرجل المتوسط الذي أحاطت به نفس ظروف محدث الضرر، عدا تلك التي يمكن السيطرة عليها"(طلبة أنور: الوسيط في القانون المدني، د.ط، ديوان المطبوعات الجامعية، د.ت.ن، ج1، ص26.) في حين ترى النظرية الموضوعية أن الخطأ التقصيري هو "الفعل الضار" أي كل فعل يرتكبه الشخص ويلحق ضررا بالغير، دون أن نتساءل عن حالة الفاعل، إذ يجب حماية الضحايا من التصرفات غير المسؤولة، فالخطأ حسبهم لا يتضمن عنصرا ذاتيا بل يقتصر على عنصر موضوعي فقط مما يسمح بمساءلة الأشخاص الاعتبارية وكذلك المجنون والقاصر غير المميز....(فيلالي علي: الالتزامات- الفعل المستحق للتعويض-، مرجع سابق، ص 59.) أما المبدأ العام المقرر لدى المشرع الجزائري أنه يبتبنى النظرية الشخصية التي تعتبر الخطأ كركن في المسؤولية التقصيرية، إلا أن المنظومة القانونية الجزائرية لم تكتف بهذا الأساس التقليدي، وإنما تبنت استثناءات مستمدة من النظرية الموضوعية، كبعض المسؤوليات المهنية، وإقرار مسؤولية الدولة بتعويض الأضرار الجسمانية التي يبقى المتسبب فيها مجهولا، وكقوانين التأمين على حوادث السيارات وحركة المرور بنظام التعويض عن الأضرار، والتعويض على حوادث العمل والأمراض المهنية، وقوانين منح تعويضات لصالح الأشخاص الطبيعيين المتضررين أضرارا جسدية أو حتى مادية نتيجة الاضطرابات الأمنية(فيلالي علي: الالتزامات- الفعل المستحق للتعويض-، مرجع سابق، ص60).

وخصوصية البيئة الرقمية، التي أفرزت مفاهيم وحتى أفعال ضارة جديدة، لذا قسمنا هذا البند إلى عنصرين: خصصنا الأول لتعريف الخطأ التقصيري الإلكتروني، ثم تعريف التعدي في الفقه الإسلامي كمقابل له ثانيا.

أولا: تعريف الخطأ التقصيري الإلكتروني:

بعبارة أصح الخطأ التقصيري في المجال الإلكتروني، فرغم أن تعريفات الخطأ حسب القواعد العامة تشمله، إلا أن لهذا الخطأ خصوصية نابعة من البيئة الرقمية التي يرتكب فيها، وهذا ما دفع بعض الفقهاء إلى الدعوة لتعريفه بشكل خاص.

إذ نجد البعض يرى أن الخطأ في المسؤولية التقصيرية الإلكترونية هو الإخلال بالتزام قانوني، ويعتبر دائما التزاما ببذل عناية، وذلك من اصطناع الشخص في سلوكه اليقظة والتبصر لتفادي الإضرار بالغير، فإذا كان هذا الشخص المصطنع قد انحرف عن هذا السلوك الواجب عليه، في حين كان يتمتع بالقدرة الكاملة على التمييز والإدراك، بحيث أنه يدرك على إنحراف سلوكه، فإنه يدفع إلى قيام المسؤولية التقصيرية الإلكترونية.[1]

يُجسد التعريف التوجه الشخصي في مفهوم الخطأ كركن في المسؤولية التقصيرية الإلكترونية، حيث يركز على سلوك الشخص المخطئ ومدى إدراكه وانتباهه لما يقوم به. فالمسؤولية لا تقوم لمجرد وقوع الفعل الضار، بل يجب أن يكون مرتكب الفعل قد أخل بالتزام قانوني يتطلب منه بذل عناية، وأن يكون هذا الإخلال نتيجة لانحراف إرادي عن سلوك الشخص المعتاد، مع توفر القدرة الكاملة على التمييز والإدراك لديه، فاشتراط كون الشخص مدركًا لهذا الانحراف، يضفي على الخطأ صبغة ذاتية ترتبط بالشخص نفسه، لا بالفعل وحده.

بناء عليه، فإن هذا المفهوم للخطأ لا ينسجم مع الطرح الموضوعي الذي يغفل عنصر الإدراك ويكتفي بتحقق الضرر، وإنما يُمثل تطبيقًا صريحا للنظرية الشخصية التي تجعل من الخطأ فعلًا يتطلب وعيا وقصدًا، وهو ما يعدّ شرطًا جوهريا لقيام المسؤولية التقصيرية في هذا الاتجاه.

البعض الآخر يعرفه بأنه: "مجموعة الأفعال غير المشروعة التي يرتكبها فرد أو مجموعة من الأفراد باستخدام وسائل الاتصالات الإلكترونية كأداة والفضاء الإلكتروني كوسيط".[2]

نلاحظ أن هذا التعريف رغم شموليته إذ أنه يغطي الأنشطة غير القانونية التي تشكل خطأ بقوله غير

---

[1]- لعروي زواوية: العقد الإلكتروني والمسؤولية المدنية الناتجة عنه-دراسة مقارنة-، مرجع سابق، ص171.

[2]- قارس بوبكر: المرجع السابق، ص18.

المشروعة، مما يتضمن المعنى المدني والجزائي، وهو نوع من التعميم إذ لا يحدد نوع هذه الأفعال، وطبيعتها لكنه يتناسب مع طبيعة الوسط الرقمي الذي تحدث فيه والتي يمتزج فيها الخطأن غالبا، كما حدد إمكانية ارتكابها من قبل شخص أو مجموعة وهو ما يتناسب مع وصف الجرائم الإلكترونية التي يشيع فيها الاشتراك الجرمي سواء بقصد أو بغير قصد.

يشير التعريف كذلك إلى أن هذه الأفعال غير المشروعة تتم باستخدام وسائل الاتصال الإلكتروني كأداة الجريمة، وإلى الفضاء الرقمي باعتباره الوسط الذي تصدر فيه تلك الأفعال، لكن ما يؤخذ على هذا التعريف أنه ينطبق على الأخطاء الجزائية والتي تحتاج إلى نصوص تجريمية خاصة خضوعا لمبدأ شرعية الجريمة، وهذا ينافي واقع هذه الأفعال التي يوجد فيها أخطاء مدنية محضة لا يمكن حصرها.

في حين عرفه البعض بربطه بشخص المورد الإلكتروني بأنه:" تقصير في سلوك المورد الإلكتروني بمناسبة ممارسته للتجارة الالكترونية على أن التقصير لم يكن ليقع من يقظ وجد في نفس الظروف الخارجية التي أحاطت بالمورد"[1] وهذا التعريف يقتصر على المورد الإلكتروني فقط، في حين قد يصدر الخطأ من المستهلك كذلك.

وعرفه آخرون بأنه:" الفعل الضار المرتكب عبر الأنترنت"[2] جاء هذا التعريف وفق النظرية الموضوعية في تعريف الخطأ التقصيري، مع إضافة البيئة المرتكب فيها.

وينبغي التمييز بين الخطأ الذي يحدث في نطاق المسؤولية التقصيرية الإلكترونية وبين كون الخطأ تم بوسيلة إلكترونية في نطاق مسؤولية تقصيرية عادية.[3] ففي الحالة الأولى يكون الخطأ افتراضي ليس له وجود أو أثر مادي كالخطأ الذي ينتج عنه عطب في البرامج والبيانات المملوكة لشخص على شبكة الأنترنت، فهذه البيانات ليس لها وجود مادي لكنها في الوقت ذاته تشكل حقا ماليا لمستخدمها يحرص عليه من تعرض الغير ويكون له الحق في المطالبة بالتعويض عن الضرر الناتج عن هذا التعرض.

---

(1)- خمقاني كريمة: المسؤولية المرجع السابق، ص 115.

(2)- ربحي تبوب فاطمة الزهراء: الخطأ التقصيري الإلكتروني، مرجع سابق، ص 179.

(3)- أشار إلى الفكرة المساعدة نائل: أركان الفعل الضار الإلكتروني في القانون الأردني، مجلة دراسات علوم الشريعة والقانون، ع01، مج32، 2005، ص59.

أما الحالة الثانية فهو الخطأ التقصيري المعروف حسب القواعد العامة لكن استخدم في ارتكابه الوسائل الإلكترونية فقط، مثال: نشر قذف أو تشهير عبر مواقع إلكترونية، فالمضمون هو الخطأ المعروف في القانون المدني، ولكن ارتَكب عبر وسيط إلكتروني.

أي أن خصوصية البيئة الرقمية قد تَولّد نوعاً جديداً من المسؤولية، كما أنها قد تكون مجرد وسيلة تقنية لتنفيذ أخطاء تقليدية.

ثانيا: تعريف التعدي في الفقه الإسلامي.

نجد أن مصطلح الخطأ في القانون كما ذكرنا سابقا يقابله مصطلح التعدي في الفقه الإسلامي، ويعرف التعدي والعدوان لغة: الظلم وقوله تعالى: ﴿ وَلَا تَعَاوَنُواْ عَلَى ٱلۡإِثۡمِ وَٱلۡعُدۡوَٰنِ ﴾ المائدة [2] يقول لا تعاونوا على المعصية والظلم، وعدا عليه عدوا وعداء وعدوانا وعدوى وتعدى واعتدى كله ظلمه، وفي الحديث كتب ليهود تيماء أن لهم الذمة وعليهم الجزية بلا عداء، العداء بالفتح والمد: الظلم وتجاوز الحد.

وقوله تعالى: ﴿ وَقَٰتِلُواْ فِي سَبِيلِ ٱللَّهِ ٱلَّذِينَ يُقَٰتِلُونَكُمۡ وَلَا تَعۡتَدُوٓاْ ﴾ البقرة [190] قيل معناه لا تقاتلوا غير من أمرتم بقتاله ولا تقاتلوا غيرهم، وقيل ولا تعتدوا أي لا تجاوزوا إلى قتل النساء والأطفال، والتعدي مجاوزة الشيء إلى غيره، والاعتداء والتعدي والعدوان: الظلم.[1]

وفي الاصطلاح لا يخرج استعمال الفقهاء لهذا اللفظ عن معناه في اللغة فهو يستعمل فيها بمعنى الاعتداء على حق الغير والتعدي على الأموال قد يكون غصبا أو إتلافا أو سرقة أو اختلاسا.[2] ويفهم من كلمة التعدي أيضا أنه عمل غير مباح ولا مأذون به شرعا. [3]

وقد أورد أبو القاسم ابن جزي في كتابه "القوانين الفقهية" بابا أسماه التعدي وذكر فيه أن التعدي أعم من الغصب لأن التعدي يكون في الأموال والفروج والنفوس والأبدان فأما التعدي في النفوس والأبدان فهو ضمن باب الدماء والقصاص، فأما كونه في الفروج فهو خارج نطاق دراستنا.[4]

---

[1]- ابن منظور: مرجع سابق، ج15، ص32.

[2]- الموسوعة الفقهية: مرجع سابق، ج2، ص 288.

[3]- الزحيلي وهبة: نظرية الضمان، مرجع سابق، ص 26.

[4]- الزحيلي وهبة: نظرية الضمان، مرجع سابق، ص 26.

[4]- موضوع الدراسة خاصة هو التعدي في الأموال. التوثيق ينظر:بن جزي، مُحَمَّد بن أحمد الغرناطي: القوانين الفقهية في تلخيص مذهب المالكية والتنبيه على مذهب الشافعية والحنفية والحنبلية، تح: ماجد الحموي، ط1، دار ابن حزم، 1434هـ-2013م، ص 546.

البند الثاني: أركان الخطأ التقصيري في المجال الإلكتروني.

للخطأ ركنان أساسيان لابد من توفرهما لقيامه الأول مادي وهو التعدي، والثاني معنوي نفسي وهو الإدراك والتمييز:

أولا: الركن المادي (التعدي الإلكتروني) في الخطأ الإلكتروني.

ويدل التعدي على تجاوز حدود الالتزام القانوني العام أو الانحراف عن السلوك المقبول. يحدث التعدي عندما يقوم الشخص بعمل إيجابي أو يتخذ موقفًا سلبيا. فإذا قام الشخص بما هو مطلوب منه أو امتنع عما هو ممنوع، يكون قد أدى واجبه بشكل صحيح ولم يرتكب خطأ. أما إذا لم يلتزم بذلك، فهو يعتبر مخطئًا ويصبح مسؤولًا بشكل مباشر عن الأضرار التي يتسبب بها للآخرين نتيجة لهذا الخطأ، سواء كان هذا الإخلال متعمدًا أو غير متعمد نتيجة الإهمال.[1]

وتتحقق المسؤولية عن أي فعل ينحرف عن السلوك المتوقع من الشخص العاقل، فالقاعدة العامة في هذا السياق تقضي بأن كل إخلال بقاعدة قانونية بإدراك، يعد خطأ لكن لا يمكن حصر الأخطاء المدنية بقواعد خاصة مثل الجزائية وإنما يتم تقدير الأفعال الضارة بناء على معايير، ومعيار تقدير الانحراف في الخطأ بصفة عامة هو المعيار الموضوعي[2] الذي ينطوي على تسليم جزئي بقيام المسؤولية على تحمل التبعة.

لأنه يفترض في الناس جميعا أن يبلغوا درجة من اليقظة والفطنة، إذ تنص المادة 172ق.م.ج:"في التزام

---

(1)- ينظر: السنهوري عبد الرزاق: الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، مرجع سابق، ص 649.

(2)- المعيار الموضوعي هو الأساس لقياس التعدي، وهو معيار مجرد لا يعتد فيه بالظروف الداخلية أو الشخصية الخاصة بالمسؤول كظروف السن والجنس والحالة الصحية أو النفسية أو الاجتماعية. وغيرها من الظروف الخاصة بشخص المعتدي. إلا أن هذا المعيار الموضوعي يفترض عدم إسقاط الظروف الخارجية التي تحيط بالتعدي، كظروف الزمان والمكان التي أحاطت بالفعل.(بلحاج العربي: المرجع السابق، ص69) ما يعني أن القاضي يضع الواقعة مجردة، في إطار من الظروف الخارجية العامة التي أحاطت بها، ثم يبحث عما إذا كان من الممكن للشخص العادي في مثل هذه الظروف أن يرتكب هذا الفعل، أم أنه كان يستطيع تفادي وقوعه.(بلحاج العربي: المرجع السابق، ص70).ومثال الظروف الخارجية إذ تعتبر حرفة الشخص وامتهانه مهنة معينة ظرفا خارجيا ينبغي أن يأخذ بعين الاعتبار عند تقدير مسلكه، فإذا كان الشخص الذي ينسب إليه الضرر محترفا أو مهنيا فلا يقاس سلوكه بسلوك الشخص العادي الغير محترف، ذلك أن المهني يمتلك من الخبرة والكفاءة والدراية ما لا يمتلكه الشخص العادي، أي أن تقدير سلوك الشخص المحترف يكون بالرجوع إلى نموذج من نفس الطبيعة ومن نفس النوع ومن نفس التخصص متواجد في نفس الظروف التي أحاطت بالفاعل.(بن الزوبير عمر: التوجه الموضوعي للمسؤولية المدنية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر1 سعيد حمدين، 2016-2017، ص162)

بعمل إذا كان المطلوب من المدين أن يحافظ على الشيء أو أن يقوم بإرادته أو أن يتوخى الحيطة في تنفيذ التزامه فإن المدين يكون قد وفى بالتزام إذا بذل في تنفيذه من العناية كل ما يبذله الشخص العادي، ولو لم يتحقق الغرض المقصود، هذا ما لم ينص القانون على خلاف ذلك" .

1- معيار تقدير الانحراف في التعدي الإلكتروني:

في مجال المعاملات الإلكترونية يثير تطبيق المعيار الموضوعي إشكالات عملية ونظرية، نتيجة للطبيعة التقنية التي تميز الأفعال المرتكبة في البيئة الرقمية. إذ أنه لا يمكن ضبط الأفعال المرتبطة بالتكنولوجيا الحديثة، لما تتطلبه من مهارات وخبرة فنية، بذات المعيار المجرد، الذي يتجاهل الفروقات الفردية بين الفاعلين.

لذا يعتبر اعتماد المعيار الموضوعي في تكييف الفعل على أنه خطأ قد لا يتلاءم مع خصوصية الكثير من الأخطاء التي ترتكب في العالم الإلكتروني، ولأن سرعة تطور التكنولوجيات الحديثة يجعل التحكم فيها أمرا صعبا خاصة بالنسبة للعوام مقارنة بالمتخصصين أو ذوي الخبرة، فهؤلاء قد يتمكنون من التملص من أحكام المسؤولية المدنية إذا لم ترق تصرفاتهم إلى درجة الإنحراف عن سلوك الرجل العادي أو لم تسبب تصرفاتهم ضررا محددا، سواء بالنسبة للمستهلك أو المورد.[1]

إذ تقتضي بعض الأخطاء توفر الكفاءة التقنية الكافية لممارسة نشاط ما، لتجنب إلحاق الضرر بالغير، فالمهندس في الإعلام الآلي مثلا يفترض فيه التمكن والسيطرة على مختلف الوسائط التكنولوجية، وبالتالي يحاسب على أغلب الأخطاء التي يمكن أن ترتكب في الفضاءات الرقمية وفقا للمعيار الشخصي، بينما قد لا يسأل الشخص غير المتعلم وغير المتمكن من المعلوماتية عن الأخطاء استنادا إلى ذات المعيار.

ومثاله أن يتم إرسال رسالة ترويجية تحتوي على فيروسات تخترق البرامج، ويطلب من الجميع إعادة توجيهها ونشرها، فإن الشخص البسيط الذي لا يعرف مثل هذا النوع من الرسائل لا يسأل عما أصاب الغير من إرساله للرسالة لهم بحسن نية خاصة إذا كان ظاهرها حسن، أما صاحب الخبرة فينتبه بأنها رسائل تتضمن فيروسات خطيرة وبالتالي إذا ساهم في نشرها، رغم علمه يكون قد ارتكب خطأ ويسأل عليه

---

[1]- قارس بوبكر: المرجع السابق، ص231.

استنادا إلى المعيار الشخصي الذي يراعي الفروقات الفردية وهو الأصح في مثل هذه الحالات.[1]

فالمعيار الشخصي يستلزم أن ننظر إلى شخص المعتدي نفسه، لا إلى التعدي أو النظر إلى التعدي من خلال شخص المعتدي، فنبحث هل ما وقع منه يعتبر بالنسبة إليه انحراف في السلوك، فقد يكون على هيئة يكون فيها أقل انحراف في سلوكه تعديا،[2] وهو ما يتلاءم أكثر مع خصوصية الأفعال في المجال الالكتروني، فيعتبر المعيار الموضوعي هنا، معيارا شديد الغموض عند محاولة استخدامه لقياس الخطأ التقصيري عبر الإنترنت.[3]

في ظل الغموض والاختلاف حول تحديد طبيعة الخطأ، يبدو أن الرأي الأقرب للاتزان هو التمييز بين نوعي الخطأ: ففي الخطأ العمدي ، يعتمد المعيار الشخصي، أي ينظر إلى نية الفاعل وظروفه الذاتية، مع التأكيد على ضرورة أن يكون الضرر مقصودا، لا يكفي مجرد توقع النتيجة الضارة، بل يجب أن تكون مرادة بالفعل. أما الخطأ غير العمدي، فيقوَّم وفق المعيار الموضوعي، أي بالنظر إلى سلوك الشخص المعتاد في نفس الظروف، ويعد الخطأ قائما إذا انحرف الفاعل عن هذا السلوك بسبب إهمال أو قلة خبرة أو تبصر، خصوصا في البيئات التقنية التي تتطلب مستوى معينا من الكفاءة.[4]

وهذا التصور يمكن اعتباره مع المستهلكين لأن معيار قياس خطأ المستهلك هو معيار الرجل العادي وبالتالي يعتبر المضرور قد ارتكب خطأ إذا ما انحرف عن سلوك الرجل العادي.[5]

لكن لا يمكن تصوره من المورد الإلكتروني بصفته محترفا، فالاتجاه الذي يتبناه المشرع في تناوله لعقود الاستهلاك عموما هو تشديد مسؤولية المحترف، فمتى كان المستهلك طرفا في المعاملة يشدد المشرع في فرض واجبات والتزامات قانونية على الطرف الآخر مهما اختلفت صفته.

وبما أن الخطأ التقصيري للمورد الإلكتروني يتجلى في الإخلال بالالتزام القانوني أو الالتزام باليقظة

---

(1)- قارس بوبكر: المرجع السابق، ص 22.

(2)- السنهوري عبد الرزاق: الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، مرجع سابق، ج1، ص644.

(3)- ربحي تبوب فاطمة: المرجع السابق، ص181.

(4)- ينظر التفصيل في الموضوع: أبو سرور أسماء موسى أسعد: ركن الخطأ في المسؤولية التقصيرية–دراسة مقارنة بين القانون المدني المصري والقانون المدني الأردني، رسالة ماجيستير، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، نابلس–فلسطين، 2006، ص 59–60.

(5)- حوحو يمينة: عقد البيع الإلكتروني، مرجع سابق، ص311.

والتبصر في سلوكه حتى لا يضر بالمستهلك، فإن المسؤولية التقصيرية تتحقق عندما يخالف المورد الإلكتروني أي واجب مفروض عليه قانونا، حيث يعتبر ذلك اعتداء على حقوق الغير أو الحقوق العامة، لذا فالمسؤولية التقصيرية للمورد الإلكتروني لا تميز بين الخطأ العمدي والخطأ غير العمدي، ولا بين الخطأ الجسيم والخطأ اليسير. يكفي أن يكون هناك خطأ لتتحقق المسؤولية التقصيرية خارج حدود الرابطة العقدية، كما تتحقق المسؤولية التقصيرية الإلكترونية إذا تم بث معلومات خاطئة أو غير مشروعة أو كاذبة عبر الموقع.[1]

بناء على ما سبق، فإن معيار "مستخدم الإنترنت" يجب أن يستند إلى القواعد الخاصة بالفضاء الإلكتروني، التي تعد أساسا يرجع إليه عند تحديد السلوك المألوف أو المنحرف لمستخدم الفضاءات الرقمية، ومن ثم الفصل في مسألة تحقق الخطأ الإلكتروني من عدمه ومن أمثلة هذه القواعد: العرف الناشئ في العالم الالكتروني، تقنيات الاستخدام وتعليمات السلامة والصيانة، القواعد القانونية الخاصة بالمسائل المتعلقة بالمعاملات الإلكترونية.[2]

2-الركن المادي للتعدي الإلكتروني من منظور الفقه الإسلامي:

يتفق الفقه الإسلامي والقانون في هذا الركن إذ يعتبر فقها هو: "العمل بدون حق ولا إباحة شرعية"،[3] فهو: "ارتكاب محظور بالنظر إلى نتائجه فجعله الشارع سببا للضمان"،[4] وهو:" انحراف في السلوك يتحقق بالإضرار بالغير عن عمد أو إهمال وتقصير إلى درجة أدت إلى ضرر الغير".[5]

أما معيار تقدير الانحراف في الشق الفقهي فلم يورد أغلب فقهاء الشريعة الإسلامية خاصة القدامى هذا التفصيل في الموضوع لكن وافقوه ضمنيا أما المعاصرين فقد أشاروا إليه على سبيل الموافقة لما أورده القانونيين ونذكر في هذا المقام تفصيل عدم الاعتداد بالظروف الداخلية لوهبة الزحيلي: "فمعيار التعدي عند الشرعيين هو في الغالب مادي موضوعي لا ذاتي، فينظر إلى الاعتداء على أنه واقعة مادية محضة تترتب عليها المسؤولية (أي ضرورة تعويض المتضرر) كلما حدثت، بقطع النظر عن نوع الأهلية في شخص

---

(1)- خمقاني كريمة: المرجع السابق، ص116.

(2)- ربحي تبوب فاطمة: المرجع السابق، ص181.

(3)- الزحيلي وهبة: نظرية الضمان، مرجع سابق، ص48.

(4)- الخفيف علي: الضمان في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص36.

(5)- المرجع نفسه، ص37.

المعتدي وقصده، ففي ضمان الأموال لا فرق بين العمد والخطأ"[1] يفهم من هذا القول أنه جرد التعدي من مختلف الظروف النفسية لشخص المعتدي.

ونذكر كذلك استنتاج فتحي الدريني لآراء الفقهاء في التعدي فيقول: " هو في نظرهم مجرد ارتكاب الفعل الضار دون حق، بقطع النظر عن الحالة النفسية للمتسبب".[2]

أما مُحَمَّد أحمد سراج فقد قال في الموضوع: "ومعيار العناية الواجبة التي يجب الضمان بإهمالها أو التقصير فيها معيار موضوعي هو "السلوك المعتاد" والمألوف بين الناس في البيئة الاجتماعية".[3]

ثانيا: الركن المعنوي (الإدراك والتمييز) في الخطأ الإلكتروني.

سنفصل في هذا الركن من الناحيتين القانونية والفقهية.

1- الركن المعنوي في الخطأ الإلكتروني قانونا.

لا يكفي لاعتبار الفعل خطأ يستوجب المسؤولية القانونية، بل يجب أن يكون هذا التعدي منسوبا إلى الفاعل الذي قام به بإرادته الحرة واختياره بكامل قواه العقلية والجسمية.

فالمسؤولية القانونية تعتمد على قدرة الشخص على التمييز واتخاذ القرارات بين الأفعال الضارة والنافعة، وبين ما هو مباح وما هو مخالف للقانون. إذا قام الشخص بفعل مخالف للقانون بإرادته الحرة، فإنه يتحمل العواقب القانونية لذلك الفعل.[4] أي أن لفظ التمييز، يعني في جوهره القدرة الفطرية والعقلية على تجنب السلوكات المنحرفة وتوقع النتائج المترتبة عليها بوعي كامل.[5]

والرأي الغالب في الفقه والقضاء يتطلب توافر التمييز في مرتكب الخطأ لقيام المسؤولية التقصيرية، وسن التمييز في القانون الجزائري 13 سنة، فمن لم يبلغ هذا السن يعتبر عديم تمييز حسب نص المادة 42 من ق.م.ج فيتساوى مع المجنون والمعتوه وكل من فقد رشده لسبب عارض لا يكون أصابه بخطئه كتعاطي

---

[1]-لزحيلي وهبة: نظرية الضمان، مرجع سابق، ص 25.

[2]-الدريني، فتحي: نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، ط4، مؤسسة الرسالة، القاهرة، 1988، ص 25.

[3]- سراج مُحَمَّد أحمد: ضمان العدوان في الفقه الإسلامي،د.ط، دار الثقافة، القاهرة-مصر، 1990م، ص 123.

[4]- ينظر: فيلالي علي: الالتزامات -الفعل المستحق للتعويض-، مرجع سابق، ص 71- 72.

[5]- ينظر: النقيب عاطف: النظرية العامة للمسؤولية الناشئة عن الفعل الشخصي الخطأ والضرر، ط 3، منشورات عويدات، بيروت-لبنان، 1984، ص45.

مسكرات أو مخدرات لأنه يعلم أن ما سيتعاطاه يفقده الوعي أي ألا يكون انعدام التمييز ناتجا عن فعل محدث الضرر، لكنه يسعى لتضييق هذا المبدأ لتحقيق العدالة، ومن وسائل ذلك: الرجوع بالتعويض على المكلف برعاية عديم التمييز إذا كان له شخص يرعاه، وضرورة إثبات انعدام التمييز بشكل كامل وقت وقوع الضرر،[1] أما القاصر المميز فهو من تجاوز سن التمييز ولم يبلغ 19 سنة كاملة[2] فتقوم مسؤوليته الشخصية إذا تمكن المضرور من إثبات الخطأ، أما إذا لم يتمكن من الإثبات فيتمسك بمسؤولية متولي الرقابة.[3]

هذا عن الشخص الطبيعي، أما الركن المعنوي في مسؤولية الشخص الاعتباري فيرى الفقه أن إدراك الشخص المعنوي من إدراك صانع القرار كالرئيس أو مجلس الإدارة، فخطأ الثاني من خطأ الأول، مما يبرر الرجوع عليه بالتعويض على أساس المادة 124،[4] وإذا صدر الخطأ من موظف مأمور فتقوم مسؤولية التابع عن متبوعه.

لكن الإدراك في المجال الإلكتروني يعني أن قدرة الشخص على ارتكاب الأفعال الضارة الإلكترونية تعتمد بشكل كبير على مدى إدراكه ومعرفته بالتكنولوجيا، فكلما كان الشخص أكثر فهماً واستيعاباً لهذه التقنيات، كلما ازدادت مهارته وقدرته على ارتكاب أنواع مختلفة من الأخطاء الإلكترونية بطريقة يصعب معها اكتشافهم أو الوصول إليهم، خاصة إذا كانت تلك الأفعال تُرتكب بشكل عمدي، مثل الاحتيال أو اختراق الأنظمة. [5]

أما عن السن من الطريف في هذا الأمر أن بعض صغار السن من المميزين أو غير المميزين يتفوقون أحياناً على من هم أكبر منهم في مجال استخدام الأجهزة الإلكترونية والتعامل مع برامجها المختلفة.[6]

---

[1]- ينظر: سلطان أنور: الموجز في النظرية العامة للالتزام، د.ط، دار النهضة العربية، بيروت-لبنان، 1988، ص 314.

[2]- المادة 40 من ق.م.ج.

[3]- فيلالي علي: الالتزامات الفعل المستحق للتعويض، مرجع سابق، ص 80.

[4]- العربي بلحاج: النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، مرجع سابق، ص80.

[5]- المساعدة نائل: المرجع السابق، ص59.

[6]- المرجع نفسه.

2- الركن المعنوي في التعدي الإلكتروني فقها:

في الفقه الإسلامي يختلف التعدي عن الخطأ، في أن الأول لا يشمل الركن المعنوي كما في الثاني أي الخطأ، ويقتصر على الركن المادي له، عكس الخطأ والذي يشترطهما معا وهذا ما قرره وهبة الزحيلي بقوله أن معيار التعدي عند الشرعيين هو في الغالب مادي موضوعي لا ذاتي، فينظر إلى الاعتداء على أنه واقعة مادية محضة يترتب عليها المسؤولية (أي ضرورة تعويض المتضرر) كلما حدثت، بقطع النظر عن نوع الأهلية في شخص المعتدي وقصده، ففي ضمان الأموال لا فرق بين العمد والخطأ، ولا بين الكبير والصغير.[1]

وهذا ما أكده مُحَمَّد أحمد سراج في أهلية الإتلاف حيث ذكر أنها تثبت في الفقه الإسلامي، دون اشتراط العقل والتمييز، فتثبت أهلية الإتلاف للصبي والمجنون والسكران والمغمي عليه والمعتوه.[2]

الفرع الثاني: مجالات الخطأ التقصيري الإلكتروني، وإثباته.

يتناول هذا العنوان حدود ونطاق تطبيق الخطأ التقصيري في المجال الإلكتروني، من حيث تحديد الحالات التي تَرتكب فيها هذه الأخطاء في البيئة الإلكترونية، التي تتميز بالسرعة، واللامادية، وصعوبة تحديد الفاعل، وكيفية إثباتها أمام القضاء في ظل تعقيدات الإثبات الرقمي. لذا قسمنا الفرع إلى بندين:

الأول: مجالات الخطأ التقصيري الإلكتروني.

الثاني: إثبات الخطأ في المجال الإلكتروني.

البند الأول: مجالات الخطأ التقصيري الإلكتروني.

المقصود بها الأنشطة أو المواقف التي قد يقع فيها الخطأ التقصيري، وقد حصر القانون الخطأ عامة في مجالين، وأنه لا يتحقق إلا بهما وهما: الإخلال بقاعدة قانونية، والتعسف في استعمال الحق. قد يكون الأمر واضح وجلي في القواعد العامة، لكنه يختلف في المجال الالكتروني، لأن تحديد معالم وصور الحريات والحقوق غير واضحة بسبب حداثة هذه الممارسات وأنماط السلوك في هذه البيئة. وهذا ما يجعل مهمة القاضي صعبة في تحديد ما إذا كانت تلك الممارسات تستند إلى حق مشروعٍ أم لا، لذا سنحاول دراسة: مامدى

---

[1]- الزحيلي وهبة: نظرية الضمان، مرجع سابق، ص 24.

[2]- سراج مُحَمَّد أحمد: المرجع السابق، ص 320.

قدرة مجال الخطأ التقصيري العادي على احتواء الأخطاء الإلكترونية؟

أولا: الإخلال بقاعدة قانونية(أو واجب شرعي).

يتحقق الخطأ عندما يكون الفعل الذي يرتكبه الشخص مخالفًا لقاعدة قانونية أو واجب قانوني، مثل الإخلال بالنصوص القانونية الآمرة التي تتعلق بسلوك الفرد.[1] أو الإخلال بواجب من الواجبات الشرعية لذا سنفصل في الموضوع من الناحية القانونية أولا، ثم من الناحية الفقهية ثانيا:

1- الإخلال بقاعدة قانونية:

ويشمل الإخلال بقاعدة قانونية صور عديدة، منها[2]:

- الالتزام بعدم استعمال العنف ضد الأشخاص أو الأموال.
- الالتزام بعدم الغش والخداع مع الناس.
- الالتزام بعدم القيام بعمل لا تتوفر في من يقوم به المهارة والقوة الواجبتان.

فيعتبر خطأ تقصيريا كل إخلال بالقواعد القانونية سواء المدنية المحضة أو القواعد الجزائية التي ينجر عنها خطأ تقصيري تابع، فمن المعروف أنه إذا كان الخطأ المدني المحض، لا يشكل خطأ جزائيا ينجر عنه قيام الحق بالتعويض، أما في حالة ارتكاب الشخص لجريمة وانتهى الأمر إلى صدور حكم جزائي بإدانة المتهم فإن ذلك يرتب للضحية الحق في الحصول على التعويض جبرا للضرر الناتج، علما أن الحكم القاضي بإدانة الفاعل يشكل سندا قانونيا مهما بالنسبة للمضرور لاستحقاق التعويض.[3]

بناء على ما سبق، نتناول الخطأ الإلكتروني المحض(1)، ثم الخطأ الإلكتروني التابع(2):

---

[1]- فيلالي علي: الالتزامات- الفعل المستحق للتعويض-، مرجع سابق، ص 57.

[2]- علي علي سليمان: المرجع السابق، ص 146.

[3]- قارس بوبكر: المرجع السابق، ص27.

أ- الخطأ الإلكتروني المدني المحض:

قد تصدر أخطاء تلحق أضرارا بالغير دون أن تكون مجرمة بنصوص قانونية، أي أنها أخطاء مدنية لا تحمل الصفة الجرمية، أو الأخطاء المدنية المحضة.[1]

قد يسبب إخلال المورد الإلكتروني بضوابط وشروط ممارسة التجارة الإلكترونية، المنصوص عليها في القانون 18-05، ضررا للمستهلكين فيكون الضرر مرتبطا بشخصية المورد أو بطبيعة نشاطه، لا بالعقد الإلكتروني. فمثلا قد يصاب المستهلكون بضرر جراء مخالفة شروط المعاملة التجارية الإلكترونية أو شروط مضمون العقد الإلكتروني، ويكون العقد صحيحا، إذ تؤدي المخالفات إلى قابلية العقد للإبطال دون توافر شروط المسؤولية العقدية، في هذه الحالة يكون أمام المستهلك المطالبة باالإبطال والتعويض إعمالا لقواعد المسؤولية التقصيرية، عندئذ يكون أمام المستهلك الحق إما في الإبطال والحصول على التعويض على أساس المسؤولية التقصيرية أو إجازة العقد، والمطالبة بالتعويض، وقد يطالب بالبطلان دون أن يتقرر له الحق في التعويض.[2]

ومن الأخطاء المدنية المحضة التي نص عليها القانون 18-05 مخالفة المورد الإلكتروني لشروط للمتطلبات المتعلقة بالمعاملات التجارية الإلكترونية، وخاصة ما يتعلق بتوثيقها، بعقد إلكتروني، والمعلومات المنصوص عليها في العقد، ودليل هذه الحالة المادة 14 من القانون 18-05 التي تنص على: " في حالة عدم احترام أحكام المادة 10 أو أحكام المادة 13 أعلاه، من طرف المورد الإلكتروني، يمكن للمستهلك الإلكتروني أن يطلب إبطال العقد والتعويض عن الضرر الذي لحق به".

إذا يتحدد الخطأ التقصيري للمورد الإلكتروني بمناسبة ممارسته للتجارة الإلكترونية، عند الإخلال بالتزامات مرحلة قبل وأثناء الإبرام.

فالمادة 14 تتيح للمستهلك طلب إلغاء العقد والتعويض عن الأضرار إذا لم يقم المورد الإلكتروني بتنفيذ الالتزامات المنصوص عليها في مرحلة ابرام العقد.

---

[1]- قارس بوبكر: المرجع السابق، ص25.

[2]- محمد المرسي زهرة: المرجع السابق، ص184.

وحسب المادة ذاتها في حال عدم احترام المورد الإلكتروني لأحكام المواد 10 أو 13، يحق للمستهلك الإلكتروني طلب إبطال العقد والمطالبة بالتعويض عن الضرر الناتج. هذا يعني أن جهل المستهلك بالمعلومات الضرورية بسبب تقصير المورد في إعلامه، يعطيه الحق في طلب إبطال العقد بسبب العيوب في الإرادة التي قد تؤدي إلى سوء فهم أو خداع.

في بعض الحالات، قد يرى المستهلك أن من مصلحته الحصول على تعويض بدلاً من إبطال العقد، خاصة إذا كان نقص المعلومات المقدمة قد أدى إلى خسارة اقتصادية وأيضا، القانون يسمح للمستهلك الإلكتروني بالجمع بين إبطال العقد والمطالبة بالتعويض، حيث يمكن للقاضي الحكم بإبطال العقد لتوافر شروطه، وأيضا الحكم بالتعويض على أساس الإخلال بالالتزام بالإعلام.[1]

أما بالنسبة للمستهلك الإلكتروني فقد نص المشرع على التزامه في هذه المرحلة بضرورة التحقق من تفاصيل الطلبية جيدا، لاسيما فيما يخص ماهية المنتوجات أو الخدمات المطلوبة، والسعر الإجمالي والوحدوي، والكميات المطلوبة حسب المادة 12 من القانون 18-05 لكن لم ينص على عقوبة مخالفته لهذا الالتزام حتى أنه لما نص في المادة 39 على عقوبة مخالفة أحكام المادة 12 خص بها المورد الإلكتروني، مما يدل على أن خطأ المستهلك الإلكتروني، لا يرقى إلا أن يكون سببا لانتفاء المسؤولية المورد الإلكتروني.

ب- الخطأ الإلكتروني المدني التابع:

كما تثار المسؤولية التقصيرية نتيجة ارتكاب جريمة إلكترونية سواء الجرائم المقررة بموجب قانون العقوبات كجريمة الدخول أو البقاء غير المصرح به داخل نظام معالجة آلية للمعطيات،[2] أو الجرائم الخاصة المقررة بموجب نصوص خاصة كجريمة حيازة أو إفشاء أو استعمال بيانات إنشاء توقيع إلكتروني موصوف المجرمة

---

[1]- ينظر: سقلاب فريدة: المرجع السابق، 476-477.

[2]- التي تنص عليها المادة 394 مكرر ق.ع.ج على: " يعاقب بالحبس من ستة (6) أشهر إلى سنتين (02) وبغرامة من 60.000 دج إلى 200.000 دج كل من يدخل أو يبقى عن طريق الغش في كل أو جزء من منظومة للمعالجة الآلية للمعطيات أو يحاول ذلك. تضاعف العقوبة إذا ترتب على ذلك حذف أو تغيير لمعطيات المنظومة. وإذا ترتب على الأفعال المذكورة أعلاه تخريب نظام اشتغال المنظومة، تكون العقوبة الحبس من سنة(1) إلى ثلاث (3) سنوات والغرامة من 100.00 دج إلى 300.000دج".القانون 24-06 المؤرخ في 19 شوال عام 1445هـ الموافق 28 أبريل سنة 2024م، يعدل ويتمم الأمر 66-156 المؤرخ في 18 صفر عام 1386م الموافق 08جوان 1966م المتضمن قانون العقوبات ج.ر 30، الصادرة في 21 شوال عام 1445هـ الموافق 30 أبريل سنة 2024م.

بموجب المادة 68 من القانون 15-04 المتعلق بالتوقيع والتصديق الإلكترونين[1]، أو كجريمة خداع أو تضليل في الإشهار الإلكتروني أو مخالفة شروطه المنصوص عليها في المادة 40 من القانون 18-05.[2]

قد يصدر هذا النوع من الأخطاء الجنائية من الموردين كما قد يصدر من المستهلكين، ففي حالة ارتكاب المستهلك للجرائم المنصوص عليها بموجب قانون العقوبات أو قانون التوقيع والتصديق الإلكترونيين في حق المورد الإلكتروني، فإنه يعاقب على ذلك.

ومن أمثلتها الاعتماد على التزييف والتدليس عبر الرسائل التضليلية، تتعلق هذه العملية بانتحال صفة مؤسسة بريد الجزائر واستغلالها لتغليط الضحايا عبر توجيه رسائل نصية حاملة لاسم "ALG Poste" إلى هواتف الضحايا تؤكد لهم إجراء عمليات دفع في حسابهم البريدي وهذا قصد إثبات تسديد ثمن المبيعات، أو تأكيد تسوية معاملات تجارية يكون قد تم القيام بها عن بعد. تشبه الرسائل الاحتيالية التي تصل إلى هواتف الضحايا في مضمونها وشكلها تلك التي توجهها فعلا مؤسسة بريد الجزائر إلى زبائنها المفعلين لخدمة تتبع الحساب البريدي على الهاتف، وذلك من خلال لجوء المحتالين إلى أرضيات ومواقع إلكترونية دولية تقدم خدمة إرسال الرسائل النصية القصيرة عبر العالم، مستغليين إمكانية تزييف اسم المرسل واعتماد اسم مؤسسة بريد الجزائر بدلا عنه بهدف الإيقاع بضحاياهم وإيهامهم أن الرسالة فعلا تم توجيهها من الأرضية الرقمية لبريد الجزائر وأنه قد تم صب مبالغ مالية في أرصدتهم.[3]

نستنتج مما سبق أن الخطأ المدني التابع قد يتخذ طابعا تقصيريا أو عقديا. ففي العقود الإلكترونية يفرض المشرع على المورد التزامات تعاقدية يكون الإخلال بها خاضعا في الوقت ذاته لعقوبات جزائية، مثل جريمة عدم الفوترة أو الإشهار المضلل أو الاحتيال الإلكتروني.

---

[1]- تنص المادة 68 على:" يعاقب بالحبس من ثلاثة (3) أشهر إلى ثلاث سنوات (3) سنوات وبغرامة من مليون دينار (1.000.000دج) إلى خمسة ملايين دينار (5.000.000دج) أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط، كل من يقوم بحيازة أو إفشاء أو استعمال بيانات إنشاء توقيع إلكتروني موصوف خاصة بالغير."

[2]- تنص المادة 40 من القانون 18-05:"دون المساس بحقوق الضحايا في التعويض، يعاقب بغرامة من 50.000دج إلى 500.000دج كل من يخالف أحكام المواد 30 و31 و32 و34 من هذا القانون" والمواد المذكورة هي المواد التي تنظم الإشهار الإلكتروني.

[3]- ينظر: دليل إرشادي خاص بالتجارة الإلكترونية لوزارة البريد، مرجع سابق، ص13.

وعندما يلحق هذا الإخلال ضررا بالطرف الآخر –المتعاقد– ، يحق للضحية المطالبة بالتعويض استنادا إلى المسؤولية المدنية، التي قد تنشأ إما بصفة تابعة للمسؤولية الجزائية، أو على أساس عقدي مستقل إذا ثبت الإخلال بالتزام تعاقدي، و طبق على المورد جزاء إداري مثل غرامة الصلح من طرف الإدارة المختصة، دون إحالة القضية إلى القضاء، حيث لا يمس بحقوق الضحايا، الذين يملكون حق رفع دعوى مدنية للمطالبة بالتعويض على أساس المسؤولية العقدية بعد توقيع غرامة الصلح إن استحال التنفيذ العيني أو بعده.[1]

وإذا تم تحريك الدعوى الجنائية ضد المورد وطالب المتضرر بالتعويض ضمن ذات الدعوى، تقوم المسؤولية المدنية التابعة للجنائية، حيث يقدَّر التعويض بناء على ثبوت أركان الجريمة وأثرها، ويعتبر المتضرر طرفاً مدنيا في القضية الجنائية.

أما إذا رفعت الدعوى المدنية بشكل منفصل أمام القضاء المدني، فقد تنتظر المحكمة صدور الحكم الجزائي أو تعتمد عليه كدليل، ثم تقرر الجزاء المدني المناسب بناء على الأدلة والوقائع المقدمة لديها.

2- الإخلال بواجب شرعي:

أو ارتكاب محظور شرعي، بالتعدي على أموال الغير، وينقسم التعدي في الأموال في الفقه الإسلامي على أربعة أنواع: "الأول: أخذ الرقبة وهو الغصب. والثاني: أخذ المنفعة دون الرقبة وهو ضرب من الغصب ويجب فيه الكراء مطلقا. والثالث: الاستهلاك بإتلاف الشيء فمن فعل شيئا من ذلك فهو ضامن لما استهلكه أو أتلفه أو تسبب في إتلافه سواء فعل ذلك كله عمدا أو خطأ. والرابع الإفساد وهو على نوعين: أحدهما: أن يذهب المنفعة المقصودة من الشيء فيخير صاحبه بين أن يأخذ قيمة ما نقصه ذلك الفساد أو يسلمه للمفسد ويأخذ قيمته منه كاملة. والآخر: أن يكون يسيرا فيصلحه من أفسده ويأخذ صاحبه قيمة ما نقص".[2]

فأي ضرب من ضروب التعدي يدرج تحت هذه الأنواع يعتبر ارتكابا لفعل مخالف للشرع، إذ يشترط في التعدي الموجب للضمان أن يكون نتيجة لفعل غير مأذون فيه شرعا بالنظر إلى ذات هذا الفعل أو باعتبار مآله، فالحفر وإلقاء أشياء في الطريق العام يوجب ضمان ما ينشأ عنه من ضرر، لأن كل فعل من هذه

---

[1]- ينظر: المادة 45 من القانون 18-05 وما بعدها.

[2]- ابن جزي: المرجع السابق، ص546-547.

الأفعال محرم شرعا. ولا يقتصر هذا المجال على ارتكاب محظور شرعا فقط بل حتى الامتناع عن أداء واجب يؤدى.[1]

ثانيا: التعسف في استعمال الحق في التجارة الإلكترونية.

لا يقتصر الخطأ على حالات انتهاك الواجبات القانونية بدون حق، بل يشمل أيضا بعض الحالات التي يمارس فيها الشخص حقوقه أو سلطته وقوته.

1-التعسف في استعمال الحق في التجارة الإلكترونية قانونا:

من حيث المبدأ، لا يسأل الشخص عن الضرر الذي يلحقه بالغير نتيجة استعماله لحقه، ولكن إذا أضر هذا الاستعمال بالآخرين، فقد يعتبر خطأً، هذا لا يعني أن التعسف في استعمال الحق مجرد صورة من صور الخطأ، بل يعد خطأ خاصا مرتبطًا بروح الحق وغايته الاجتماعية، فلا يعتبر استعمال الحق مبرئا من المسؤولية إلا إذا توافق مع غايته وروح القانون، فالتعسف في استعمال الحق يعد خطأً اجتماعيا ضد المصلحة العامة والأخلاق، وهو شكل خاص من العمل غير المشروع يستحق التعويض.[2]

وقد تناول المشرع الجزائري التعسف في استعمال الحق في المادة 124 مكرر والتي تنص على: "يشكل الاستعمال التعسفي للحق خطأ لاسيما في الحالات الآتية:

- إذا وقع بقصد الإضرار بالغير.
- إذا كان يرمي للحصول على فائدة قليلة بالنسبة إلى الضرر الناشئ للغير.
- إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة".

يتبين من هذه المادة أن المشرع الجزائري صاغ نظرية التعسف في استعمال الحق على شكل مبدأ عام يسري بالنسبة لجميع الحقوق، سواء كانت عينية أو شخصية أو معنوية بل يسري في جميع نواحي القانون.[3]

لذا فإن استعمال الشخص لحقه لا يعد تعسفا بمفهوم المشرع الجزائري إلا إذا اتخذ صورة من الصور

---

[1]- مُحَمَّد أحمد سراج: المرجع السابق، ص 315.

[2]- فيلالي علي: الالتزامات- الفعل المستحق للتعويض-، مرجع سابق، ص64./علي علي سليمان: المرجع السابق، ص 223.

[3]- بلحاج العربي: المرجع السابق، ص125.

الثلاثة التي عددها في نص المادة السابقة الذكر.[1]

أما في التجارة الإلكترونية فقد يسيء الطرفان–المستهلك والمورد الإلكتروني– استعمالهما لحقهما بما يلحق ضررا بالآخر.

مثل استغلال المورد الإلكتروني وضعية القوة الاقتصادية والهيمنة[2]، لفرض شروط تعسفية، كأن تقوم الشركات التي تبيع أو تقدم خدمات عبر الإنترنت(موردين إلكترونيين بمفهوم التشريع الجزائري) عادةً بذكر أجل للتسليم أو للتنفيذ ضمن عرضها، لكنها قد تشير إلى أن هذا الأجل يعطى على سبيل الاستدلال فقط، وأن تجاوزه لا يمكن أن يرتب مسؤولية على عاتق الشركة. وقد اعتبر هذا الشرط المزدوج شرطًا تعسفيا، وبالتالي يعد كأن لم يكن،[3] إذ قد يتبين أن التعسف في استعمال الحق هو أساس الشرط التعسفي، وهذا يتجلى فيما يترتب على الشرط التعسفي من فسخ وتعويض، إذ لا يشكل عيب في تكوين العقد ولكنه يمتد إلى تنفيذه.[4]

لكن المشرع الجزائري بإلحاقه لنظرية التعسف في استعمال الحق بباب المسؤولية، وجعل النظرية أحد صور الخطأ المقيمة للمسؤولية التقصيرية، مخالفا من يرى أن النظرية تشمل كل فروع القانون، فإنه لا يمكن القول بأن التعسف في استخدام وضعية الهيمنة الاقتصادية هو تعسف في استعمال الحق بمفهوم التشريع الجزائري.[5]

في حين قد يتعسف المستهلك في استعمال حقوقه، كأن يطالب بإبطال العقد لأسباب كاذبة وتسبب بخسائر للمورد خاصة في نفقات الإرجاع أو ينتج عن ذلك الإرجاع التعسفي تلف السلعة، أو استغلال حساباته للتعليق السيء على خدمات المورد ومنتجاته دون تجريبها، أو استخدام منصات الشكاوى

---

[1]– علي علي سليمان: المرجع السابق، ص 223.

[2]- عرف المشرع الجزائري وضعية الهيمنة بأنها الوضعية التي تمكن مؤسسة ما من الحصول على مركز قوة اقتصادية في السوق المعني من شأنها عرقلة قيام منافسة فعلية فيه، وتعطيها إمكانية القيام بتصرفات منفردة إلى حد معتبر إزاء منافسيها، أو زبائنها أو مموليها. المادة 3/3 من الأمر 03-03 المؤرخ في 19 جمادى الأولى عام 1424هـ الموافق 19 يوليو سنة 2003م، يتعلق بالمنافسة، ج.ر 43، الصادرة في 20 جمادى الأولى عام 1424هـ الموافق 20 يوليو سنة 2003م.

[3]-Hounki Torkia: op.cit, p141.

[4]- سعدون يسين: البحث عن الشرط التعسفي في ظل نظرية استعمال الحق، مجلة الحقوق والعلوم الانسانية، ع3، مج10، 2017، ص263

[5]- المرجع نفسه، ص264.

الإلكترونية لتقديم شكاوى مضللة بهدف الحصول على مزايا غير مستحقة أو الحصول على خصومات...

2-التعسف في استعمال الحق في التجارة الإلكترونية شرعا:

فعل المباح واستعمال الحقوق فالأصل ألا يكون من التعدي وألا يجب الضمان به إلا إذا أدى إلى الإضرار بالغير بوصف من الأوصاف المنهي عنها شرعا، كالإهمال ومجاوزة المألوف.[1]

نظّم الفقه الإسلامي نظرية التعسف في استعمال الحق، ولكن الفقهاء تفرقوا إلى مذاهب حول الموضوع:

أولا: رأي أبي حنيفة والشافعي: يرى هؤلاء أن الإنسان حر التصرف في ملكه ولا يقيد حقه في ذلك حتى ولو تضرر الآخرون، لأنه يتصرف في خالص ملكه، وإن كان يلحق الضرر بغيره، فلا يسأل عن الضرر عملا بقاعدة "الجواز الشرعي ينافي الضمان" لكن لا يصح ديانة عند أبي حنيفة اتخاذ حق الملكية سبيلا إلى الإضرار بالناس، لأن حديث: {لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ}،[2] فيه دليل على تحريم الضرر على أي صفة كان، من غير فرق بين الجار وغيره، كما أنه قال في حالة الجوار العلوي (الطوابق): لا يجوز تصرف الإنسان في ملكه إلا بإذن الجار، لأن الأصل في تصرفات المالك في ملكه التي يتعلق بها حق الغير هو المنع والحظر، فلا يباح له إلا ما يتيقن فيه عدم الضرر، ويتوقف ما عداه على إذن صاحب الحق ورضاه.[3]

ثانيا: رأي الصاحبين وجماعة الحنفية ومجلة الأحكام العدلية: وهؤلاء يرون أن حرية المالك في ملكه مطلقة ما لم يترتب على ذلك إضرارا بالآخرين، بشرط أن يكون الضرر فاحشا، إذ لا ضرر ولا ضرار، الضرر يزال، ودرء المفاسد أولى من جلب المصالح، وتصرف الإنسان في خالص ملكه إنما يصح إن لم يتضرر به غيره. وهذا الرأي هو مقتضى الاستحسان عند الحنفية شبيه بالنظرية المادية عند القانونيين، وقد مشى

---

(1)- أيمن صالح: حكمة ضمان الفعل الضار وأثرها في تحديد موجباته في الفقه الإسلامي، مجلة مؤتة للبحوث والدراسات ، ع04، مج17، 2002، ص140.

(2)- أخرجه ابن ماجة في سننه، عن عبد ربه بن خالد النميري أبو المغلس، عن فضيل بن سليمان، عن موسى بن عقبة، عن إسحاق بن يحيى بن الوليد، عن عبادة بن الصامت، أبواب الأحكام رقم (15)، باب من بنى في حقه ما يضر بجاره رقم (17)، ح.ر2340، ج3، ص 430.

(3)-الزيعلي: المرجع السابق، ج4، ص 196/ الشافعي، أبو عبد الله محمد بن إدريس: الأم، ط2، دار الفكر، بيروت-لبنان، 1403 هـ - 1983 م، ج3، ص244.

أبو حنيفة على هذا الرأي في علاقات الجوار بالعلو والسفل، حتى إنه زاد على ذلك كما بينا، فقرر أنه لا يجوز لصاحب السفل أن يتصرف في ملكه من غير رضا صاحب العلو حتى ولو يضر به لأن حرمة التصرف في ملك الغير وحقوقه لا تتوقف على وقوع الضرر، بل هو حرام، سواء تضر به أم لا. [1]

ثالثا: رأي الإمامين مالك وأحمد: للمالك استعمال حقه في ملكيته على ألا يكون قصده الإضرار بالآخرين أو يترتب على فعله إضرار الغير، فإن تبين قصد الإضرار أو لزم من استعمال الحق إضرار بالآخرين وجب منعه، وإزالة الضرر عينا أو بدلا عنه عملا بحديث: "لا ضرر ولا ضرار" وهذا الرأي الذي ينظر إلى قصد الإضرار بالآخرين، أو يترتب على فعله إضرار الغير، فإذا تبين قصد الإضرار، أو لزوم من استعمال حق إضرار الآخرين، وجب منعه، وإزالة الضرر عينا أو بدلا عنه، عملا بحديث: "لا ضرر ولا ضرار"[2]

ومن أمثلة التعسف عند فقهائنا هؤلاء: وجوب سد النافذة التي تطل على نساء الجار، وردم البئر التي كان سببا في ذهاب ماء بئر الجار، ومنع دخول الجار من أرض جاره إذا كان يتضرر بذلك ومنع بناء فرن أو حمام أو كبير حداد أو صائغ في دار مما يضر دخانه بالجيران، ومنع بناء رحى (طاحونة) في داره يضر دويها بالجار، وهدم التبيان الذي يبنى بقصد منع الضوء والشمس والهواء عن الجار.[3]

البند الثاني: إثبات الخطأ في المجال الإلكتروني.

يعتبر الخطأ في إطار القواعد العامة واجب الإثبات، ويجوز إثباته بجميع وسائل الإثبات المقررة قانونا، كالمحررات، والإقرار، والقرائن القانونية والقضائية، وشهادة الشهود، واليمين، والخبرة. كما يجوز الاستناد إلى الحكم الصادر في الدعوى الجنائية لإثبات الخطأ المدني.

أما في المجال الإلكتروني، نظرا للطبيعة الخاصة للبيئة الرقمية، يطرح إثبات الخطأ التقصيري في المجال الإلكتروني تحديات متميزة مقارنة بالإثبات في السياق التقليدي. وسنتناول هذا البند من خلال عنصرين أساسيين: إثباته قانونا أولا، ثم إثباته فقها(ثانيا).

---

[1]- الكاساني: المرجع السابق، ج6، ص 258/ المواد 1197، 1192من مجلة الأحكام العدلية، مرجع سابق، ص 230-231.

[2]- الشاطبي، إبراهيم بن موسى بن مُحَمَّد اللخمي الغرناطي أبو إسحاق: الموافقات، تح أبي عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان، ط1، دار ابن عفان، السعودية، 1417 هـ - 1997م ،ج2، ص348.

[3]- الزحيلي وهبة: نظرية الضمان، مرجع سابق، ص 28.

أولا: إثبات الخطأ في المجال الإلكتروني قانونا.

لا يختلف إثبات الخطأ التقصيري في البيئة الإلكترونية من حيث المبدأ القانوني عن الإثبات في الإطار التقليدي، إذ يجوز وفقًا للقواعد العامة إثباته بكافة وسائل الإثبات المقررة قانونًا ،[1] غير أن الاختلاف الجوهري يكمن في الطبيعة الخاصة للفضاء الرقمي، التي تجعل من عملية الإثبات أكثر تعقيدًا، نظرا لكون كثير من الأدلة إلكترونية وغير مادية، ما يصعب من تقديمها أو التحقق من صحتها.

تبعا لذلك، فإن وسائل الإثبات التقليدية قد تتخذ شكلًا إلكترونيا غير ملموس، كالمراسلات عبر البريد الإلكتروني أو التوقيع الرقمي، مما يستلزم الاعتماد على وسائل إثبات إلكترونية ذات طابع فني وتقني، أبرزها: الكتابة والتوقيع الإلكترونين؛ البيانات الرقمية المحفوظة على الحواسيب؛ وكذا التحقيقات التقنية المتخصصة (الخبرة الإلكترونية).[2]

وقد أدركت معظم التشريعات الحديثة هذه التحولات، فعمدت إلى تقنين هذه الوسائل ومنحها حجية قانونية، بل واعتبرتها في كثير من الأحيان معادلة وظيفيا للأدلة التقليدية، متى توفرت فيها شروط السلامة والموثوقية، كما هو الحال في التشريع الجزائري.[3]

كما أن القاعدة العامة في الإثبات، التي تقضي بأن "البينة على من ادعى"، تضع عبء الإثبات على عاتق المتضرر،[4] وهو ما قد يكون أقرب إلى الاستحالة في كثير من القضايا الرقمية، كالهجمات السيبرانية أو الاختراقات مجهولة المصدر.

لذلك، اتجه جانب من الفقه القانوني إلى الدعوة لتبني قرينة الخطأ المفترض في المجال الإلكتروني، أو نقل عبء الإثبات إلى المدعى عليه، متى ثبت أن لديه سيطرة فنية أو معلومات حاسمة لا يمكن للمتضرر الوصول إليها. ويبرر هذا التوجه بصعوبة، بل واستحالة، إثبات الخطأ الرقمي في بعض الحالات دون تدخل

---

(1)- قارس بوبكر: المرجع السابق، ص 19.

(2)-CYBERSURVEILLANCE, ENQUETES ET PREUVE ELECTRONIQUE, DROITS ET LIBERTES A L'EPREUVE DU DECHIFFREMEN, JOURNEE D'ETUDE, UNIVERSITE DE LILLE FACULTE DES SCIENCES JURIDIQUES, POLITIQUES ET SOCIALES,LE VENDREDI 9 JUIN 2023, P2.

(3)- ربحي تبوب فاطمة: المرجع السابق، ص188

(4)- قارس بوبكر: المرجع السابق، ص 19.

تشريعي يكيف قواعد الإثبات لتناسب الواقع التكنولوجي المتغير.[1]

ورغم هذا التطور، تبقى صعوبات الإثبات قائمة، وفيما يلي ذكر بعض صعوبات الإثبات في المجال الإلكتروني:

– عدم استقرار الفعل الرقمي: يمكن إزالة الفعل المكون للخطأ أو نقله من صفحة ويب إلى أخرى، مما يصعب إثبات وقوعه. [2]

– عدم وضوح المصدر: قد يكون الفعل غير مباشر أو مصدره غير معروف، فمن الصعب نسبة الفعل الضار إلى فاعله في بيئة تتسم بسهولة إخفاء الهوية وانعدام الحدود الجغرافية. مثل استخدام خدمات إخفاء الهوية أو عناوين مزورة.[3]

– تعدد نسخ الانتهاك وتعقيد مصدره في الصفحات الرسمية: إذ قد ينسخ الفعل الضار أو يعاد نشره عبر صفحات إلكترونية متعددة، بما في ذلك الصفحات الرسمية، مما يصعب من تحديد الفاعل الحقيقي وتحميله المسؤولية. [4]

– التحديات التقنية: الطبيعة غير الملموسة للتقنيات الرقمية حيث يمكن ملاحظة الآثار فقط بسبب غياب الدليل المادي. [5]

تبعا لهذه الصعوبات التي ظهرت في أنواع عديدة من الأخطاء خاصة الواقعة على المستهلكين، لا يمكن اثباتها حتى بوسائل الإثبات الإلكترونية، لتجاوزها ابتكر القضاء حلولا لاستخلاص الخطأ، الذي يعد من المسائل الموضوعية التي يستقل بها قاضي الموضوع من خلال الوقائع المعروضة أمامه، كظروف الحادث، أو من خلال خرق قواعد التجارة وأعراف المعاملة، أو أعراف البيئة الرقمية،[6] أو التعامل بمرونة مع الأدلة الرقمية التي أضافت وسائل جديدة فرضتها التكنولوجيا، كالمصغرات الفيلمية التي تصغر المستندات وتخزنها

---

(1)- ربحي تبوب فاطمة: المرجع السابق، ص188

(2)- ينظر: حسونة عبد الغني: التحديات القانونية لإثبات الجريمة المعلوماتية، مجلة الاجتهاد القضائي، ع1، مج 15، 2023، ص11-19.

(3)-Louis-Sidney Barbara: La dimension juridique du cyberespace , revue internationale et stratégique, n3,v 87, 2012, P76

(4)- ربحي تبوب فاطمة: المرجع السابق، ص188

(5)- لسود موسى: مخاطر الانترنت على الطفل، مجلة النبراس للدراسات القانونية، ع2، مج3، 2018، ص40.

(6)- خمقاني كريمة: المرجع السابق، ص 120.

لاسترجاعها لا حقا عند النزاع، أسطوانات وأشرطة الفيديو والشرائط الممغنطة.[1]

ومن أمثلة الأجهزة القضائية التي سايرت هذه التطورات التقنية القضاء الأمريكي الذي اعترف بأنواع مختلفة من الأدلة الرقمية كوسائل لإثبات الخطأ، مثل المدونات والمواقع الإلكترونية، والبريد الإلكتروني، والرسائل الفورية، والكتابات المحفوظة على ذاكرة الكمبيوتر، لكن الأمر ليس على إطلاقه فهو يحدد شروطًا معينة لقبول هذه الأدلة، مثل التحقق من صحة البيانات الرقمية وأصالتها، وضمان عدم التلاعب بها، ليتم اعتمادها كأدلة مقبولة في المحكمة.[2]

أما المشرع الجزائري فلم ينص صراحة على من يقع عبء إثبات الخطأ في القانون 18-05 لكن نجده في المادة 33 في الفصل السابع الخاص بالإشهار الإلكتروني نص على أنه:" في حالة نزاع ينبغي للمورد الإلكتروني أن يثبت أن إرسال الإشهارات الإلكترونية خضع للموافقة المسبقة والحرة وأن شروط المادة 30 قد تم استيفاؤها" تضع عبء الإثبات على المورد الإلكتروني لتأكيد امتثاله للشروط القانونية المنصوص عليها في المادة 30 من القانون 18-05.

لكنها ليست قاعدة في كل نزاعات بين المورد الإلكتروني والمستهلك الإلكتروني ففي غير هذه الحالة يعود الأمر للقواعد العامة

ثانيا: إثبات التعدي في المجال الإلكتروني فقها.

سبب الضمان هو التعدي المنشئ للضرر، ولا يجب الضمان لهذا فقها إلا إذا أثبته المدعي عليه، لأن الأصل براءة ذمته من الالتزام بالتعويض، فالفقه الإسلامي أقر قاعدة البينة على من ادعى،[3] وهي جزء من حديث القاضي ابن أبي مليكة أن امرأتين كانتا تخزران في بيت فخرجت إحداهما وقد أنفذ بإشفى في كفها فرفعت ابن عباس، فقال ابن عباس ﷺ: قال رسول الله ﷺ: {**لَو يُعطَى النّاسُ بدَعواهُم لادَّعَى رِجالٌ**

---

[1]- زواوي عباس، مانع سلمى: المرجع السابق، ص344.

[2]- مُحَمَّد حسنين منصور: المرجع السابق، ص341.

[3]- كيفاجي الضيف: دور قاعدة عبء الإثبات في حسم الخصومات بين القانون المدني والفقه الإسلامي، مجلة المعيار ع35، مج 18، 2014، ص16.

أموالَ قَومٍ ودِماءَهُم، ولَكِنَّ البَيِّنَةَ على المُدَّعِي، واليَمينَ على مَن أنكَرَ}[1]

فهذا الحديث يقرر أصلا مهما من أصول الدعاوى والبينات والقضاء في الإسلام، وهو أن عبء الإثبات يقع على المدعي، فهو الذي يطالب بالبينة التي تثبت حقه وتصدق دعواه، على أساس أنه لابد لحماية الحقوق من أدلة وبينات تثبتها وتظهرها أمام القضاء وتصدق معنى الدعوى، وتجلو عنها اللبس والكذب والافتراء، وتجعل الحكم القضائي موافقا للصواب قدر الإمكان، وإن لم يكن صوابا على وجه القطع، لأن من الناس أصحاب باطل وخصومات ودعاوى يقيمونها ضد غيرهم من غير وجه حق، فيأكلون حقوق الناس وأموالهم بالباطل.[2]

وقاعدة البينة على من ادعى توضحها قواعد أخرى، حتى تنضبط أغلب الصور الممكنة أو الفروض المحتملة،[3] وهذه القواعد هي[4]:

1. اليقين لا يزول بالشك.
2. الأصل بقاء ما كان على ما كان.
3. الأصل في الأمور العارضة العدم.
4. الأصل براءة الذمة.
5. الأصل إضافة الحادث إلى أقرب أوقاته.
6. الأصل في الأشياء الإباحة.
7. الأصل في المضار التحريم.
8. الأصل في الكلام الحقيقة.

---

(1)- أخرجه البيهقي في سننه، عن ابن جريج وعثمان بن الأسود، عن ابن أبي مليكة، عن ابن عباس، كتاب الدعوى والبيانات، باب البينة على المدعي واليمين على من أنكر، ح.ر 21243، ج21، ص243.

(2)- برايك الطاهر: عبء الإثبات بين القانون المدني الجزائري والشريعة الإسلامية، مجلة العلوم الإنسانية، ع30، مج31، 2013، ص171.

(3)- كيفاجي الضيف: المرجع السابق، ص 17.

(4)- مصيلحي عبد الفتاح: جامع المسائل والقواعد في علم الأصول والمقاصد، ط1، دار اللؤلؤة للنشر والتوزيع، المنصورة-مصر، 1443 هـ - 2022 م، ج2، ص385.

في المقابل أقر الفقه الإسلامي بصدد عبء الإثبات الحق للمدعى عليه الحق في دفع الخصومة عنه وإبطال دعوى المدعي بالطرق الشرعية من بينها ما جاء فيقوله ﷺ: {**الْيَمِينَ عَلَى الْمُدَّعَى عَلَيْهِ**} [1] ولأهمية ذلك شرع القضاء ووضع له القواعد الشرعية للإدعاء والدفاع.[2]

المطلب الثاني: الضرر وعلاقة السببية في المسؤولية التقصيرية الإلكترونية.

يعتبر الضرر أهم ركن في المسؤلية التقصيرية فعلى أساسه يثبت الحق بالتعويض وبقدره يقدر كذلك، لأن الخطأ قد يثبت وقد يفترض وقد يستغنى عنه كما في المسؤولية الموضوعية، لكن لا يمكن بأي شكل مع الضرر، وبدون علاقة السببية يصبح الخطأ والضرر لا وجود لهم ودون جدوى، إن لم تربط بينهما رابطة السبب بالمسبب، لذا سنخصص لكل ركن فرع خاص كالآتي:

الأول: الضرر في في المسؤولية التقصيرية الناتجة عن التجارة الإلكترونية.

الثاني : علاقة السببية في المسؤولية التقصيرية الناتجة عن التجارة الإلكترونية.

الفرع الأول: الضرر في المسؤولية التقصيرية الناتجة عن التجارة الإلكترونية.

يعتبر الضرر الركن الثاني للمسؤولية التقصيرية، بل هو جوهرها فلا يكفي لقيامها وقوع الخطأ بل يجب أن ينشأ عنه ضرر، فحيث لا ضرر لا مسؤولية وحيث لا مسؤولية لا تعويض(هذا مدنيا فقط). والأمر المميز للمسؤولية التقصيرية الإلكترونية هو أن الضرر الذي تقوم عليه قد يكون ضررا تقليديا كالضرر الذي تقوم عليه المسؤولية التقصيرية التقليدية وتم بوسيلة إلكترونية، وقد يكون ضررا إلكترونيا محضا ذا طبيعة خاصة، لذا سنتناول تحديد الضرر في التجارة الإلكترونية في البند الأول، وفي الثاني نتطرق لركن الضرر في الفقه الإسلامي.

---

[1]-أخرجه البخاري في صحيحه: عن نافع بن عمر، عن ابن أبي مليكة، عن ابن عباس، كتاب الرهن رقم (53)، باب إذا اختلف الراهن والمرتهن ونحوه، فالبينة على المدعي واليمين على المدعى عليه رقم (6)، ح.ر 2379، ج2، ص888.

[2]- برايك الطاهر: المرجع السابق، ص172.

البند الأول: تحديد الضرر في المجال الإلكتروني.

لتحديد الضرر في المجال الإلكتروني، نتناول أنواعه (أولا)، ثم ندرس إمكانية تحقق شروط الضرر في المجال الإلكتروني (ثانيا)، ثم نتطرق إلى عبء إثباته(ثالثا).

أولا: أنواع الضرر في المجال الإلكتروني.

نفرق في هذا الصدد بين نوعين من الأضرار: الضرر التقليدي[1] الناجم عن فعل ضار إلكتروني(1)، والضرر الإلكتروني المحض(2).

1- الضرر الناجم عن فعل ضار إلكتروني:

هذا النوع من الضرر يحدث عندما يستخدم الحاسب الإلكتروني كوسيلة لارتكاب الفعل الضار، بحيث لا يكون الحاسب أو برامجه أو بياناته هي محل الضرر. بل يكون محل الضرر حقًا ماليا لمستخدم الحاسب الإلكتروني. مثال ذلك، الضرر الذي ينشأ عن قيد مالي غير مشروع على حساب عميل في المصرف بسبب رسالة إلكترونية أُرسلت باسمه دون علمه أو موافقته، حيث يتمثل الضرر هنا في النقصان المالي من حساب العميل.[2]

ويشمل هذا أيضًا حالات استخدام الحاسب لارتكاب أفعال أخرى غير مشروعة مثل الاحتيال، السب، الشتم، أو التهديد، فا لأضرار العادية الناجمة عن فعل ضار إلكتروني يمكن أن تقع أيضًا بفعل ضار عادي، حيث يمكن أن تحدث السرقة، السب، التهديد، والاحتيال بأي من الطريقتين، سواء بفعل ضار

---

[1]- كما ينقسم الضرر حسب القواعد العامة إلى نوعين:

1- **الضرر المادي**: وهو الضرر الذي يصيب الشخص في جسمه أو ماله فيتمثل في الخسارة التي تترتب على الإخلال بحق أو مصلحة مشروعة للمضرور ذات قيمة مالية أو غير مالي، ويشمل ما لحق التاجر من خسارة وما فاته من كسب.(بوزبوجة يمينة: المرجع السابق، ص146/ فيلالي علي: الالتزامات –الفعل المستحق للتعويض–، مرجع سابق، ص280.)

2- **الضرر المعنوي**: نصت المادة 182 مكرر من ق.م.ج على أنه:" يشمل التعويض عن الضرر المعنوي كل مساس بالحرية أو الشرف أو السمعة " جاءت المادة صريحة بإقرار التعويض عن الضرر المعنوي، أي أن المشرع الجزائري قيد الحالات الناشئة عن الضرر المعنوي التي يشملها التعويض في الثلاث صور المذكورة. مستبعدا بذلك أحوال أخرى للضرر الأدبي التي تشمل العاطفة أو المشاعر. أما إضعاف القوة التنافسية للمورد، أو فقدان الثقة فيه،من خلال المساس بسمعته وكرامته وشرفه، فهي من الأضرار المادية، إذا نتج عنها نقص من مداخيله، فالعبرة في التفرقة بطبيعة الخسارة التي لحقت المضرور.(فيلالي علي: الالتزامات –الفعل المستحق للتعويض–، مرجع سابق، ص281.)

[2]- المساعدة نائل: المرجع السابق، ص57.

تقليدي أو بفعل ضار باستخدام الوسائل الإلكترونية. [1]

فهذا النوع ينطبق عليه كل أحكام وشروط الضرر حسب القواعد العامة.[2]

2-الضرر الإلكتروني المحض:

عرف بأنه: " الضرر اللاحق بمكونات الحاسوب أو برامجه، أو في أي من المواقع الالكترونية على الشبكة التي قد تصل في بعض الأحيان إلى توقفه عن العمل، أو إحداث تشويش على البرامج، مما يسبب في وقف العمل بها، وإدخال بيانات غير صحيحة". [3]

كما عرف أيضا بأنه:" الضرر الذي يكون محله البرامج والبيانات الإلكترونية في الحاسوب أو على شبكة الاتصالات الدولية ".[4]

والمقصود بمكونات الحاسوب المعنوية، إذ تستبعد الأضرار التي تصيب المكونات المادية له، ومثالها إلحاق إصابات مادية فيها تغير من هيئتها أو تعطلها عن العمل، فهذه الأضرار لا تعدو أن تكون أضراراً

---

(1)- المساعدة نائل: المرجع السابق، ص57.

(2)- للضرر الذي ينبغي التعويض عنه يجب أن يتوافر فيه شروط وهي:- أن يشكل إخلالا بحق أو مصلحة مالية مشروعة للمضرور. والحق يعني حق الشخص في سلامة جسمه وحياته وعقله من الأذى.(خمقاني كريمة: المرجع السابق، ص 124).

- أن يكون محقق الوقوع عاجلا أم آجلا، بمعنى أن يتأكد وقوعه مستقبلا حتما وإن تراخت آثاره وتأخرت كلها أو بعضها.(قارس بوبكر: المرجع السابق، ص46)

- أن لا يسبق التعويض عليه: حيث لا يجوز للمتضرر الاستفادة من أكثر من تعويض لنفس الضرر. كأن يكون هناك تأمين خاص ويتم دفع التعويضات المستحقة من قبل الشركة. ذلك لأن هذا سيؤدي إلى إثراء المتضرر بلا سبب مشروع، وهو ما لا يسمح به القانون.(خمقاني كريمة: المرجع السابق، ص 124.)

- أن يكون الضرر مباشرا: فالقاعدة التقليدية كما قلنا أننا نقف عن الضرر المباشر فنعوض عنه ونغفل الضرر الغير المباشر، لكن ماهو المعيار الذي يعتد به في الضرر المباشر؟ فالضرر المباشر هو ما كان نتيجة طبيعية للخطأ الحاصل فمتى كان بين الضرر والخطأ علاقة سببية كافية اعتبر الضرر مباشرا.(فيلالي علي: الالتزامات -الفعل المستحق للتعويض-، مرجع سابق، ص297.)

- أن يطالب المضرور بالتعويض شخصيا: ولا يجوز له المطالبة بتعويض عن ضرر أصاب غيره إلا إذا كان خلفًا له أو نائبا عنه.(قارس بوبكر: المرجع السابق، ص50.)

(3)- آيت ساحد كهينة: الأساس القانوني للمسؤولية المدنية الناتجة عن العقد الإلكتروني، اليوم الدراسي الوطني حول: الجانب الإلكتروني للقانون التجاري، قسم الحقوق+مخبر القانون والتكنولوجيات الجديدة، بجامعة ملود معمري-تيزي وزو-،يوم 2016/11/23، ص201.

(4)- المساعدة نائل: المرجع السابق، ص57.

عادية في نطاق قواعد المسؤولية التقصيرية التقليدية.[1]

من أمثلته تعطيل أجزاء من الحاسوب أو تغيير وظائف البرامج الإلكترونية، تعديل البيانات الإلكترونية أو تحريفها أو حذفها من موقع إلكتروني مثلا، التدخل أو الاعتراض عند استعمال المستخدم للموقع أو الحاسوب، فهو بهذا الوصف قد يلحق خسائر فادحة، خاصة لو استهدف شبكات تربط مؤسسات عديدة مع بعضها البعض.[2]

فالضرر الإلكتروني المحض هو ضرر من طبيعة خاصة لأنه معنوي من ناحية ومالي من ناحية أخرى. ولا نعني بكونه معنوياً، أنه ضرر أدبي وفقاً للمفهوم التقليدي، وإنما نعني أنه ليس له مظهر مادي؛ فالأموال المعنوية هي تلك القيم الاقتصادية التي لا تتكون من عناصر مادية ولا يمكن حيازتها ولكنها مخصصة لمخاطبة الفكر.[3]

والبرامج والبيانات في الحاسب الإلكتروني عبارة عن نبضات إلكترونية، فهي من هذه الناحية ليست ذات وجود مادي محسوس ولكنها تشكل بالنسبة لمستخدمها حقا ماليا يحرص عليه من تعرض الغير الذي يصيب ذمته المالية، ويكون له حق المطالبة بالتعويض عن الضرر اللاحق به بسبب هذا التعرض.[4]

فالضرر الإلكتروني قد ينجم من جراء تدمير الثروة المعلوماتية في البرامج وقواعد المعلومات، وما يترتب عليه من أضرار وخيمة مست جميع المشاريع والانتاج والأجهزة والخدمات، بل وأضرار جسدية وأدبية نتيجة حدوث إصابات أو وفيات بسبب حوادث الطائرات والآلات التي تعمل بالحاسب.[5]

كما يشمل كذلك ما قد ينجم من خسارة نصيب أحد التجار بسبب صفقة خاسرة يبرمها عبر

---

[1]- المساعدة نائل: المرجع السابق، ص57.

[2]- منار حسني حامد عبد القوي: المسؤولية الناشئة عن إساءة استخدام التكنولوجيا –دراسة مقارنة عن تأثير تلك الأضرار على المرأة والطفل–، مجلة روح القوانين، عدد خاص بالمؤتمر الدولي الثامن–التكنولوجيا والقانون– بكلية الحقوق جامعة طنطا–مصر، ع102، مج35، ص1168.

[3]- المساعدة نائل: المرجع السابق، ص57.

[4]-المساعدة نائل: المرجع السابق، ص57.

[5]- لعروي زواوية: العقد الإكتروني والمسؤولية المدنية الناتجة عنه–دراسة مقارنة–، مرجع سابق، ص 169.

الانترنت نتيجة ما لحق ببرامج حاسبه من أضرار إلكترونية، أو فوات فرصة عليه ناجمة عن تلك الأضرار.[1]

ثانيا: مدى تحقق شروط الضرر في المجال الإلكتروني.

في مجال المعاملات الإلكترونية، سواء بالنسبة للضرر العادي وتم بوسيلة الكترونية أو الضرر الإلكتروني المحض، فهو كذلك يمثل نتيجة إخلال بمصلحة للمضرور، ويشترط أن تكون هذه المصلحة مشروعة وذات قيمة ، كما يشترط في الضرر أن يكون محققًا، فلا يكفي أن يكون محتملاً، ولا يوجد ما يؤكد وقوعه مستقبلًا، وبالتالي لا تقوم عليه المسؤولية المدنية،[2] وأن لا يسبق تعويضه عنها سواء عن طريق التفاوض الإلكتروني أو الوسائل الودية كالوساطة أو التحكيم أو الوسائل القضائية سواء الإلكترونية كالمحاكم الإلكترونية أو القضاء العادي.

أما عن باقي الشروط فحولها اختلاف إذ يرى بعض الباحثين ضرورة أن يكون الضرر مباشرا، ناتجا عن سوء استخدام شبكة الإنترنت. في حين أن الأضرار غير المباشرة، فيصعب إثباتها في هذا السياق بسبب طبيعة البيئة الإلكترونية، لأن الكثير من الأضرار غير المباشرة قد تصيب أصحاب الحقوق المشروعة دون وجود علاقة سببية واضحة بين الخطأ والضرر، ويعود ذلك إلى أن مرتكب الخطأ غالبا ما يتمتع بالذكاء والسرعة في التنفيذ، ولا يستخدم اسمه الحقيقي، بل يلجأ إلى أسماء مستعارة لا تعكس هويته الحقيقية.[3]

لكن يرى البعض الآخر أنه في التجارة الإلكترونية لا يمكن القبول بشرط أن يكون شخصيا، بما أنه يصعب تحديد الشخص المتضرر منه ولا بشرط أن يكون الضرر مباشرا، بما أن معظم الأضرار الإلكترونية لا تحدث بصفة مباشرة، وأن ذلك يحرم الكثير من المتضررين من المطالبة بالتعويض عما يلحقه من ضرر.[4]

لذا يعمل المشرع على حماية هذه المصالح الجماعية من خلال جهات قانونية أو جمعيات، مثل جمعية حماية

---

[1]- عاشور موسى: مفهوم المسؤولية القانونية في الإدارة الإلكترونية، الملتقى الوطني المسؤولية القانونية في الإدارة الالكترونية، من تنظيم مخبر آليات تحقيق التنمية الشاملة في الجزائر، جامعة الجزائر-1- بن يوسف بن خدة، 13 ديسمبر 2023، ص26.

[2]- المرجع نفسه، ص 170.

[3]- ينظر: أبو شنب أحمد عبد الكريم: تطبيق أحكام المباشرة والتسبب على الأضرار الناجم عن فيروسات الحاسب الآلي- دراسة فقهية مقارنة بالقانون الأردني- ، المجلة الأردنية في الدراسات الإسلامية، ع01، مج07، 2011 ، ص21.

[4]- آيت ساحد كهينة : المرجع السابق، ص204.

المستهلك، التي تقوم بالدفاع عن حقوق الفئات المتضررة بشكل جماعي. نظرا لصعوبة حصر المتضررين.[1]

ثالثا: عبء إثبات الضرر الإلكتروني.

يرى بعض الباحثين أن عبء إثبات الضرر في المجال الإلكتروني يقع على عاتق المضرور، شأنه في ذلك شأن الضرر في المعاملات التقليدية، تطبيقًا للقاعدة العامة في الإثبات.[2]

في حين يعتبر البعض الآخر الضرر في التجارة الإلكترونية دائما مفترضا بمجرد تحقق الخطأ، نظرا لصعوبات الإثبات في البيئة الرقمية، بالإضافة لكونه من المسائل التقنية التي تحتاج إلى خبراء وتقنيين لإثباتها وتقدير جسامتها وحجم الخسارة، وهو ما يفوق قدرة المضرور على تقديم أدلة كافية. [3]

في رأينا لا يوجد تعارض بين الرأيين بل تكاملا، إذ يُمكن القول بأن ثبوت الخطأ يكفي لافتراض تحقق الضرر وعلاقة السببية، كما أن ثبوت الضرر بوضوح قد يغني عن إثبات الخطأ مباشرة، مع الإبقاء على حق المدعى عليه في نفي مسؤوليته وإثبات العكس.

فالمسؤولية في البيئة الإلكترونية يجب أن تُراعى فيها خصوصية المجال، بما يحقق التوازن بين حماية الضحايا وضمان عدم الإضرار بمرتكبي الأفعال الإلكترونية دون وجه حق.

البند الثاني: الضرر في الفقه الإسلامي.

يعد الضرر الركن الجوهري لوجوب الضمان في الفقه الإسلامي، فإذا لم يحصل ضرر لا يمكن المطالبة بالتعويض. لذلك عمدنا إلى تقسيم البند إلى عنصرين:

أولا: تعريف الضرر في الفقه الإسلامي.

ثانيا: أنواع الضرر في الفقه الإسلامي.

---

(1)- خمقاني كريمة: المرجع السابق، ص 124.

(2)- المرجع نفسه، ص 125.

(3)- آيت ساحد كهينة: المرجع السابق، ص203.

أولا: تعريف الضرر في الفقه الإسلامي.

جاء في المصباح المنير أن: "الضر الفاقة ...كل ما كان سوء حال وفقر وشدة في بدن فهو ضر بالضم وما كان ضد النفع فهو بفتحها وفي التنزيل ﴿مَسَّنِيَ ٱلضُّرُّ﴾ [الأنبياء: 83].[1]

وفي لسان العرب:" الضر ضد النفع"[2]

أما في الإصطلاح عرف الضرر بأنه: " الضرر هو الألم أو ما يكون وسيلةً إليه"[3]

وعرف بصفة عامة بأنه: " عبارة عما يصيب المعتدى عليه من الأذى، فيتلف له نفسا أو عضوا أو مالا متقوما محترما ".[4]

وعرف أيضا بأنه: "كل إيذاء يلحق الشخص في ماله أو جسمه أو عرضه أو عاطفته".[5]

كما عرف بأنه:" الأذى الذي يلحق المال والبدن والعرض".[6]

لقد اعتنى الشارع الحكيم بموضوع الضرر، ومنعه قبل وقوعه، ودفعه بعد وقوعه، برفعه أو تخفيف آثاره، وقعد الفقهاء لذلك مجموعة من القواعد الفقهية الكلية التي تضبطه، وتوضح معالمه العامة، وتعالج آثاره، وكان الحديث النبوي، أن النبي ﷺ قال: {لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ}فيه نفي الضرر، وليس المراد نفي وقوعه، ولا إمكانه، فدل على أنه لنفي الجواز، وإذا انتفى الجواز ثبت التحريم، فالحديث يوجب منعه مطلقا، ويشمل بعمومه الضرر العام والخاص، ويشمل ذلك دفعه قبل الوقوع بطرق الوقاية الممكنة، ورفعه بعد الوقوع بما يمكن من التدابير التي تزيل آثاره، وتمنع تكراره، وتدل أيضا على وجوب اختيار أهون الشرين لدفع أعظمهما؛ لأن في ذلك تخفيفا للضرر عندما لا يمكن منعه بتاتا.[7]

---

[1]- الفيومي: المرجع السابق، ج2، ص360.

[2]- ابن منظور: المرجع السابق، ج4، ص482.

[3]- الأرموي، سراج الدين محمود: التحصيل من المحصول، تح: عبد الحميد علي أبو زنيد، ط1، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت-لبنان، 1408هـ-1988م، ج2، ص314.

[4]- سيد أحمد أمين: المرجع السابق، ص93.

[5]- الزحيلي وهبة: نظرية الضمان، مرجع سابق، ص23.

[6]- بن محمد الدبيان دبيان: المرجع السابق، ج4، ص391.

[7]- بن محمد الدبيان دبيان: المرجع السابق، ج4، ص 392-396.

ثانيا: أنواع الضرر في الفقه الإسلامي.

نظرا لتنوع صور الأذى والاعتداء، ميز الفقهاء بين أنواع متعددة من الضرر بحسب طبيعته وآثاره، وذلك بغرض ضبط أحكام الضمان والتعويض وفقًا للنوع المتحقق من الضرر، إذ تتفاوت هذه الأنواع بين ضرر مادي يتعلق بالمحسوسات والأموال، وضرر معنوي يمس الحقوق غير المادية كالشرف والاعتبار، وغيرها من التقسيمات التي تؤثر على تقدير الضمان وطرق الجبر، نكتفي بالتفصيل في التقسيم باعتبار مادية ومعنوية الضرر كل في عنصر مستقل.

1- الضرر المادي في الفقه الإسلامي:

يحصل الضرر المادي بالفعل الإيجابي كالضرب والحرق والترويع وإتلاف الممتلكات، وهدم المباني، أو بالفعل السلبي كالامتناع عن ترميم الحائط أو إغاثة الملهوف أو عن إطعام المضطر أو عن تسليم الوديعة بعدد طلب صاحبها لها، أو كضياع مصلحة محققة لعدم قيام المتعهد بتوريد السلعة في الوقت المحدد، أو الوفاء بالالتزام بشحن وتصدير البضاعة في زمن معين،[1] فلا يجب الضمان إلا إذا تحقق وقوع الضرر المادي، سواء كان ماليا أم جسميا؛[2] وذلك لقوله عليه الصلاة والسلام: "لا ضرر ولا ضرار".

أ- الضرر المتعلق بالأموال:

أو الضرر المالي وهو كل أذى يصيب الإنسان، فيسبب له خسارة مالية في أمواله، سواء كانت ناتجة عن نقصها، أو نقص منافعها، أو زوال بعض أوصافها ونحو ذلك عن كل ما يترتب عليه نقص في قيمتها عما كانت عليه قبل حدوث ذلك الضرر.[3]

وقد اتفق الفقه الإسلامي مع القانون الوضعي على وجوب تعويض الضرر المادي بمختلف أشكاله إذا كان الضرر محققا، سواء كان يسيرا أم فاحشا (مع مراعاة الاعتبار في اليسر)[4]، قولا أو فعلا، سلبيا أم

---

(1)- الزحيلي وهبة: نظرية الضمان، مرجع سابق، ص24.

(2)- الهاجري، حمد بن محمد الجابر: القواعد والضوابط الفقهية في الضمان المالي، ط1، دار كنوز إشبيلية للنشر والتوزيع، السعودية، 1429هـ-2008م، ص84.

(3)- الخفيف علي: الضمان في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 38.

(4)- أي أن لا يكون شيئا تافها وغير معتبر القيمة أو الكمية.

إيجابيا، إلا أنهما يختلفان في الضرر الناتج عن إتلاف الأموال غير المتقومة شرعا كالخمور والخنازير وآلات الملاهي وكتب الضلال.[1] إذ لا يكون الضرر المالي موجبا للتعويض إلا في مال متقوم مملوك للمضرور.[2]

ب- **الضرر المتعلق بالأنفس:**

هو ذلك الضرر المتعلق بالاعتداء على النفس سواء بالقتل أو بقطع عضو من الأعضاء، أو بالجرح، فيترتب عنه تشويه أو عجز عن العمل أو ضعف في الكسب ونحو ذلك.[3]

يتم ضمان هذا الضرر بالدية والأرش وحكومة العدل: إذ الدية بدل النفس التي أهدرت، والأرش فهو بدل النقصان الذي يحصل في النفس في أطرافها، والفقه الإسلامي في حكومة العدل يترك تقدير العوض للقاضي فيما لا نص فيه.[4]

2- **الضرر المعنوي في الفقه الإسلامي:**

يكتسب هذا النوع من الضرر أهمية خاصة في ظل تطور المعاملات الحديثة، نظرا لتوفير العالم الإلكتروني لبيئة تمكن من إلحاق الضرر بالغير بهويات مخفية، حيث تتكرر صور الإيذاء النفسي أو المعنوي دون أن يكون لها مظهر مادي مباشر، مما يقتضي بحث مدى اعتراف الفقه الإسلامي بهذا الضرر، وشروط اعتباره موجبا للضمان. ومن هذا المنطلق، سنعنى في هذا العنصر ببيان تعريف الضرر المعنوي في الفقه الإسلامي(أ)، ثم نتناول حكمه وموقف الفقهاء من موجبه في الضمان (ب).

أ- **تعريف الضرر المعنوي في الفقه الإسلامي:**

هو كل ضرر متعلق بالاعتداء على الغير في حريته أو في عرضه أو في شرفه أو في سمعته كما في القذف

---

[1]- الزحيلي وهبة: المرجع السابق، ص53.

[2]- الهاجري، حمد بن محمد الجابر: المرجع السابق، ص87.

[3]- ينظر: مقدم محمد: نظرية الضمان في الفقه المالكي والتشريع الجزائري، رسالة ماجيستير، كلية العلوم الإسلامية-الخروبة-، جامعة الجزائر، 2014-2015، ص62.

[4]- سيد أحمد أمين: المرجع السابق، ص113-114.

والإهانة والسب، أو في عاطفته من ضرب لا يحدث فيه أثرا، أو تحقيرا في مخاطبته أو امتهانا في معاملته.[1]

والضرر هنا هو تألم القلب. يقال: أضرَّ به إذا ضربه وشتمه وفوت منفعته، ويعنى بتألم القلب حالة تحصل عند الغم والحزن، فإنهما إذا حصلا انعصر دم القلب في الباطن بانعصار القلب وانعصار العضو مؤلم.[2]

ب- حكم الضرر المعنوي في الفقه الإسلامي:

الثابت شرعا جبره بالعقوبة الحدّية فيما لو كان الضرر قذفا، أو التعزيرية فيما لو كان الضرر دون القذف،[3] وأما جبر الضرر المعنوي بالضمان المالي فإنه من المسائل التي اختلفت فيها كلمة الفقهاء المعاصرين:

- فمنهم من قال بعدم الجواز وذلك راجع إلى عدم وجود دليل مقنع يدل على جوازه، بل إن الأمر على خلاف ذلك. فإن قبول الضمان المالي عن الأضرار المعنوية فيه مخالفة واضحة لقاعدة الضمان؛ ذلك لأن الضمان المالي يقوم على أساس الجبر بالتعويض، وذلك لا يتحقق إلا بإحلال مال محل مال فاقد مكافئ له؛ ليقوم مقامه ويسد مسده، وليس ذلك بمتحقق هنا؛ لأنه إذا أعطى كان أخذ مال في غير مقابلة مال، فيكون هذا من باب أكل أموال الناس بالباطل،[4]

وقد قال تعالى﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَأۡكُلُوٓاْ أَمۡوَٰلَكُم بَيۡنَكُم بِٱلۡبَٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٖ مِّنكُمۡ ﴾ النساء [29]

- ومنهم من يرى أنه يمكن للحاكم أن يحكم بالتعويض عن الأضرار المعنوية بناء على القواعد العامة التي تنفي وقوع الضرر وتطالب بضمان الأضرار المترتبة على الفعل بسبب تقصير أو إهمال أو عدم احتراز لتعارف الناس ذلك، وقد أفتى الفقهاء في وجوب تعويض الأضرار عموما، منها أن أبا يوسف من الحنفية والمفتى به عند علماء المالكية، وبعض الشافعية، وابن تيمية وتلميذه ابن القيم من الحنابلة، وكل هؤلاء يجيزون للقاضي أن يحكم في نطاق التعزيرات بالعقوبات المالية، أي بالجزاء النقدي بدلا من الحبس وغيره

---

[1]- ينظر: المزيد عيسى: التعويض عن الضرر المعنوي بين الفقه الإسلامي والقانون المقارن، مجلة القانون المغربي، دار السلام للطباعة والنشر، ع39، 2019، ص382.

[2]- الأرموي: المرجع السابق، ج2، ص314.

[3]- ابن حزم، علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الظاهري، أبو محمد:مراتب الإجماع في العبادات والمعاملات والاعتقادات، د.ط، ،دار الكتب العلمية، بيروت- لبنان، د.ت.ن، ص134-135.

[4]-الهاجري حمد بن محمد الجابر: المرجع السابق، ص85.

على الأضرار التي لا عقوبة مقدرة فيها شرعا.[1]

ثالثا: شروط الضرر في الفقه الإسلامي.

لا يعد الضرر موجبا للضمان في الفقه الإسلامي إلا بتوافر شروط محددة، أبرزها[2]:

– أن يكون الضرر محقق الوقوع على وجه دائم. فلا يجب الضمان بمجرد وقوع الاعتداء، كما لو رمى قدحا لغيره فلم يصب القدح بشيء، فإنه لا يجب على الرامي شيء؛ لعدم وقوع الضرر.

– كما أنه لا يجب الضمان إذا وقع الضرر ولم يستمر، بحيث رجع الشيء إلى الحالة التي كان عليها قبل الضرر، كأن عولج المرض أو نبتت سن الحيوان المجني عليه.

– في حالة الضرر المرتد ففي الفقه الإسلامي إذا ترتب على فعل مؤذي ضرر فأكثر، فإنه يسأل المتسبب عن كل الأضرار إذا كان لفعله أثر فيها، أما إن انقطع أثر فعله بتدخل سبب آخر فلا يضمن.

– أن يكون الضرر معتبرا، فلا ضمان في الضرر القليل المعتاد. والمرجع في معرفة حد الاعتبار والقلة إلى العرف والعادة.

في التجارة الإلكترونية، يقع الضرر المادي عن الأصول المالية حتى لو كانت معنوية الطبيعة، كالمساس بالأنظمة الإلكترونية للمتعاقدين واختراقها، أو الغش والخداع والاحتلال والنصب، كما يقع الضرر المعنوي لما توفره البيئة الرقمية من وسائل تعبير عن الإرادة، كتلفيق أكاذيب حول المورد الإلكتروني لمساس بسمعته التجارية والتعليق بتعليقات ضارة تضعف الثقة فيه دون وجه حق، أو تعامل سابق، وهي أضرار مشمولة بالحماية بموجب أحكام الفقه الإسلامي.

الفرع الثاني : علاقة السببية في المسؤولية التقصيرية الناتجة عن التجارة الإلكترونية.

تعرف رابطة السببية، بأنها: "العلة التي تربط الضرر الذي أصاب المضرور بالفعل غير المشروع الصادر عن المسؤول، سواء أكان ناشئا عن إخلال بالتزام عقدي أو تقصيري"،[3] وتعدّ هذه الرابطة

---

[1]- الزحيلي وهبة: نظرية الضمان، مرجع سابق، ص24-25.

[2]- الهاجري حمد بن محمّد الجابر: المرجع السابق، ص88/ الزحيلي وهبة: نظرية الضمان، مرجع سابق، ص46.

[3]- ينظر: خمقاني كريمة: المرجع السابق، ص 132.

الركن الثالث في بناء المسؤولية التقصيرية، حيث يشترط لقيامها وجود علاقة مباشرة بين الخطأ المرتكب وبين الضرر اللاحق، بحيث يعد الخطأ سببا منتجا لهذا الضرر على نحو يشبه ارتباط السبب بالمسبب، أو العلة بالمعلول.

وقد عبر المشرع الجزائري عن هذا الركن في المادة 124 ق.م.ج بعبارة: " ويسبب ضررا" مما يدل صراحة على ضرورة قيام علاقة سببية بين الخطأ والضرر ليستحق المتضرر التعويض.

إذا تبرز أهمية رابطة السببية في تحديد نطاق المسؤولية المدنية، ذلك أن الضرر قد يكون نتيجة لسلسلة من الأفعال أو الأخطاء المتعاقبة والمتداخلة، مما يجعل مسألة تحديد السبب القانوني المعتبر مسؤولية دقيقة ومعقدة، ولا تقف أهمية السببية عند إثبات أصل المسؤولية فقط، بل تتعداها إلى تحديد مداها وحدودها، لا سيما في حال تعدد الأسباب أو تدخل عوامل خارجية في إحداث الضرر.[1]

بناء على ذلك، سيتم تناول هذه الرابطة من خلال ثلاثة بنود:

الأول: تعدد الأسباب وأثره على قيام علاقة السببية.

الثاني: إثبات علاقة السببية، ونفيها.

الثالث: العلاقة التي تربط بين التعدي والضرر في الفقه الإسلامي.

البند الأول: تعدد الأسباب وأثره على قيام علاقة السببية.

يكون الضرر ناتجا عن عدة وقائع تشترك في حدوثه، ويصعب استبعاد أي منها، لأن الضرر وقع لاجتماعها معا. لذلك ظهرت نظريات تثير مسألة تعدد الأسباب أهمها: نظرية تكافؤ الأسباب أو تعادلها(أولا)، ونظرية السبب المنتج(ثانيا).

أولا: نظرية تكافؤ الأسباب أو تعادلها لقيام علاقة السببية.

مضمونها أن السبب ما هو إلا مجموع القوى التي ساهمت في إحداث الظاهرة، بمعنى آخر إذا اشتركت عدة وقائع في إحداث الضرر وكان كل منها شرطا في حدوثه بحيث لولاها لما وقع، اعتبرت كل هذه الوقائع القريب منها والبعيد أسبابا متكافئة أو متساوية تقوم علاقة السببية بينها وبين الضرر ولمعرفة ما إذا

---

[1]- مدان المهدي: المسؤولية التقصيرية عن الفعل الشخصي، مجلة معارف للعلوم القانونية والاقتصادية، ع03، مج 02،2021، ص41.

كان هذا السبب متكافئا نتساءل إذا كان الضرر سيحدث لولا مشاركة هذا السبب فإذا كان الجواب بالإيجاب يعتد بهذا السبب وإن كان الجواب بالنفي فتقوم علاقة السببية ويعتد به.[1]

كمثال على اشتراك عدة أسباب في إحداث ضرر واحد في سياق التعاملات الإلكترونية، يمكن تصور حالة شخص أهمل في حماية جهاز حاسوبه وتركه مفتوحا دون تأمين، بما في ذلك حساب البريد الإلكتروني المرتبط به، فاستغل شخص آخر هذا الوضع وقام باستخدام البريد لإرسال مراسلات باسم مالكه تحتوي على عبارات تمس بسمعة ط رف ثالث، فألحق به ضررا ماديا أو معنويا، كأن ترتب على ذلك فسخ عقد تجاري أو الإضرار بسمعة مهنية.[2]

في هذه الحالة نكون أمام سببين تضافرا لإحداث الضرر: الأول هو إهمال صاحب البريد الإلكتروني لحسابه ولم يأخذ الاحتياطات اللازمة لحمايته، والثاني هو الفعل الضار المرتكب من قبل الشخص الذي استعمل البريد الإلكتروني بغير وجه حق، فالسببان وفق هذه النظرية، متعادلان ومتكافئان لأن النتيجة لم تتحقق إلا باجتماعهما، ولو تخلف أحدهما لما تحققت.[3]

انتقدت هذه النظرية لأنها لا تتماشى مع مبادئ العدالة والمنطق، إذ لا يمكن اعتبار كل فعل ساهم في وقوع الضرر سببا مباشرا له، لأن السبب لا يعد منتجا إذا كان غياب أحد الأسباب الأخرى كافيا لمنع حدوث الضرر. لذلك يجب التمييز بين الأفعال التي كانت سببا فعليا ومباشرا للضرر وتلك التي لم تكن كذلك. كما تنتقد هذه النظرية بسبب تناقضها؛ فرغم أنها تقر بتساوي جميع الأسباب والعوامل التي أدت إلى النتيجة، فإنها تعود وتختار سببا واحدا لتحميل صاحبه المسؤولية الكاملة، مما يجعلها تبدو غير متناسقة وغير واقعية.[4]

ثانيا: نظرية السبب المنتج لقيام علاقة السببية.

مفادها إذا اشتركت عدة أسباب في إحداث ضرر يجب استخلاص الأسباب المنتجة فقط وإهمال باقي الأسباب. فالسبب المنتج هو ذلك السبب الذي يؤدي بحسب المجرى الطبيعي للأمور إلى وقوع مثل

---

[1]- ينظر: فيلالي علي: الالتزامات- الفعل المستحق للتعويض-، مرجع سابق، ص 312-314.

[2]- بوبكر قارس: المرجع السابق، ص 56.

[3]- بوبكر قارس: المرجع السابق، ص 56.

[4]- خمقاني كريمة: المرجع السابق، ص 138.

هذا الضرر الذي وقع وإلا فإنه شيئ عرضي لا يهتم به القانون، وقد نجحت هذه النظرية مما حمل الفقه والقضاء على اعتناقها.[1]

عند تطبيق نظرية السبب الأقوى أو المباشر على المثال الذي ذكرناه سابقًا والمتعلق بإهمال صاحب البريد الإلكتروني لحسابه وتركه في متناول الآخرين مما أدى إلى استخدامه من قبل شخص آخر تسبب في إلحاق أضرار بالآخرين، فإن السبب الذي يعتد به لقيام المسؤولية هو الاستخدام السيء للبريد الإلكتروني وليس إهمال صاحبه، وذلك لأن الإهمال في حد ذاته، وفقًا للمجريات العادية للأمور، لا يترتب عليه بالضرورة أضرار تصيب الغير.[2]

تُنتقد هذه النظرية لأن الناحية العملية تخالف الجانب النظري، فقد لا يتولد الضرر عما تعتبره هذه النظرية سببا منتجا، وإنما يكون السبب غير المتوقع هو المتسبب الفعلي في الضرر.[3]

فمثلا لو أن شخصا يرسل رسالة إلكترونية تحمل فيروسا بمجرد فتح صاحب الموقع للرسالة يلحق ضررا بالموقع كإخفاء مواعيد تنفيذه لمعاملاته التجارية سواء كان موردا أو مستهلكا، أو إخفاء بعض المعلومات على الموقع، قد يعتبر سبب الضرر هو إرسال الرسالة، ومع ذلك قد يبين الواقع أن الرسالة في ظاهرها تحمل خبرا، ولا يمكن معرفة حقيقتها إلا من قبل تقني خبير في الأمر، وأن سبب الضرر الحقيقي هو عدم استخدام برنامج حماية أصلا، أو إهمال إعادة تفعيل اشتراك الحماية، أو أن لا يكون البرنامج قويا، لرد مثل هذه الأخطار.

---

(1)- فيلالي علي: الالتزامات- الفعل المستحق للتعويض-، مرجع سابق، ص314.

(2)- قارس بوبكر: المرجع السابق، ص 57.

(3)- خمقاني كريمة: المرجع السابق، ص 137.

ثالثا: موقف المشرع الجزائري من نظريات قيام علاقة السببية.

بالرجوع إلى التشريع الجزائري نجد أن الأثر الذي يترتب على تعدد الأسباب وجوب الاعتداد بها جميعا حسب المادة 126 ق.م.ج التي تنص: " إذا تعدد المسؤولون عن عمل ضار كانوا متضامنين بالتزامهم بتعويض الضرر وتكون المسؤولية فيما بينهم بالتساوي إلا إذا عين القاضي نصيب كل منهم في الالتزام بالتعويض.."

ولتقريب المفهوم إلى الواقع الإلكتروني، نفترض مثالاً لشخص قام بإرسال فيروس إلى مستخدم في شبكة معينة. إذا كان الفيروس جديدًا وغير معروف، ولم يكن لدى المتلقي برنامج حماية فعال، فإن المرسل – سواء كان منشئ الفيروس أو مجرد ناقل له – يعد مسؤولًا عن الضرر الواقع. وتَشدّد مسؤوليته إذا ثبت علمه بوجود الفيروس أو امتلاكه للخبرة الفنية الكافية التي تؤهله لمعرفة طبيعة المحتوى الضار.[1]

أما إذا كان الفيروس معروفًا وله برامج حماية فعالة، ولكن المتضرر استخدم نسخا مقلدة أو برامج غير محدثة، فإننا نكون بصدد مساهمة من المضرور نفسه في وقوع الضرر. وهنا تتعدد الأخطاء وتتشابك: خطأ المنشئ، وخطأ المرسل، وخطأ المتلقي.[2]

في هذه الحالة، تقوم المسؤولية المدنية على أساس تضامني وفق المادة 126، مع إمكانية توزيع المسؤولية بحسب جسامة الخطأ ودور كل طرف في إحداث الضرر، إذا قرر القاضي ذلك. ويجوز للمضرور الرجوع على أي من المسؤولين، كما يحق للمسؤول الذي دفع التعويض الرجوع على الباقين بما يُعادل نسبة مساهمتهم في الخطأ، ما لم يستغرق أحد الأخطاء الأخرى.

البند الثاني: إثبات علاقة السببية في المجال الإلكتروني ونفيها.

نظرا لتعقيد هذا الركن، خصوصا في الحالات التي تتعدد فيها الأسباب المحتملة للضرر أو تتداخل فيها العوامل التقنية والواقعية، يصبح إثبات علاقة السببية عبئا ثقيلًا على المضرور، كما يتيح للمدعى عليه إمكانية نفيها لدرء المسؤولية عنه.

وعليه سنعالج في هذا العنصر مسألتين رئيسيتين: الأولى إثبات علاقة السببية في المجال الإلكتروني،

---

[1] – ينظر: لعروي زواوية: العقد الإلكتروني والمسؤولية المدنية الناتجة عنه، مرجع سابق، ص 192.

[2] – المرجع نفسه، ص193.

والثانية وسائل نفي هذه العلاقة من طرف المسؤول.

أولا: إثبات علاقة السببية في المجال الإلكتروني.

يقع عبء اثبات علاقة السببية كقاعدة عامة على المضرور، باعتباره صاحب المصلحة في الدعوى، إذ يتعين عليه إقامة البينة على ادعائه بإثبات عناصر المسؤولية التقصيرية، بما في ذلك وجود رابطة السببية بين الخطأ والضرر، لأنها ليست مفترضة قانوناَ، ويتم الإثبات وفقًا للوسائل التي أجازها القانون، ويخضع ذلك لتقدير قاضي الموضوع.[1]

في المجال الإلكتروني كذلك، تَعتبر علاقة السببية ركنًا مستقلًا عن الخطأ أو الضرر في المسؤولية التقصيرية الإلكترونية، مما يضع عبء إثباتها على الشخص المتضرر، من أي نشاط إلكتروني ضار تتوافر فيه شروط الخطأ.[2]

وبصورة عامة، يكون إثبات علاقة السببية أسهل مقارنة بإثبات الخطأ أو الضرر، حيث يمكن في الغالب الاعتماد على مختلف القرائن لإثباتها. وغالبا ما تكون هذه القرائن واضحة بما يكفي لتجنب الحاجة إلى دليل إضافي من المضرور، خاصة إذا كان الخطأ المرتكب بطبيعته يؤدي إلى إحداث الضرر، بناء على ذلك، إذا نجح الدائن في إثبات وجود الخطأ والضرر مع وجود قرينة قوية تدل على علاقة السببية بينهما، فإن عبء الإثبات ينتقل إلى الشخص المسؤول، وفي هذه الحالة، يصبح من واجب المدين أن يدحض تلك القرينة بإثبات أن هناك سببا أجنبيا هو الذي تسبب في الضرر.[3]

قد لا تَثير مسألة إثبات علاقة السببية إشكالًا كبيرا في إطار تطبيق القواعد العامة للمسؤولية المدنية، لاسيما في الحالات التي يتم فيها ارتكاب الخطأ بوسيلة إلكترونية فقط، ويترتب عليه ضرر عادي يمكن تتبعه بسهولة. غير أن هذا التبسيط لا يصمد أمام تعقيدات البيئة الإلكترونية الخاصة بمجال التجارة

---

[1]- قعدان سرين مروان محمد صالح: الحماية المدنية للمعلومات الإلكترونية-دراسة مقارنة-، رسالة ماجيستير، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، فلسطين، 2020، ص62.

[2]- قارس بوبكر: المرجع السابق، ص 54.

[3]- المرجع نفسه، ص 55.

الإلكترونية، حيث يعد تحديد رابطة السببية من أكثر المسائل تعقيدًا وإشكالية. [1]

وترجع صعوبة إثبات علاقة السببية في البيئة الإلكترونية، إلى عدة عوامل وأوجه منها ما يلي :

– غياب معيار واضح للعناية الواجبة من الجهات المختصة عند إدخال أو معالجة البيانات؛ إذ يثور التساؤل عما إذا كان الالتزام الواقع على هذه الجهات التزاما ببذل عناية أم بتحقيق نتيجة. [2]

وتتجلى أهمية هذا التمييز في أثره على علاقة السببية؛ فإذا كان الالتزام هو تحقيق نتيجة، فإن عدم تحققها يفترض وجود خطأ من جانب المدين، وتقوم بذلك علاقة السببية على نحو مفترض، ولا يكون أمام المدين لنفي مسؤوليته سوى إثبات السبب الأجنبي. أما إذا كان الالتزام هو بذل عناية، فإن عبء الإثبات يكون أثقل على الدائن، إذ يلزمه إثبات الخطأ وعلاقة السببية معا.[3]

– يضاف إلى ذلك غياب قواعد تقنية وأعراف مستقرة في الفضاء الإلكتروني تُعتمد كمرجع منهجي في معالجة الإشكالات المستجدة، مما يفاقم من تعقيد الإثبات في هذا السياق. [4]

– كذلك، قد تكون أسباب الضرر ناتجة عن عوامل بعيدة أو خفية ترتبط بتركيب الأجهزة أو تداخل المعلومات و الأدوار، مما يجعل من الصعب تحديد العامل الفعال المسبب للضرر. [5]

– فضلاً عن احتمال تضافر عدة أسباب في إحداث الضرر، مع صعوبة تحديد السبب الرئيسي أو المباشر الذي يمكن نسبته إليه، وهو ما يزيد من إشكالية إثبات رابطة السببية ويؤثر على مدى قيام المسؤولية المدنية. [6]

تأسيسا على ما سبق من صعوبات عملية وفنية تواجه المتضرر في إثبات علاقة السببية في البيئة الإلكترونية، فإن دور القضاء يكتسي أهمية بالغة في هذا السياق، باعتباره الجهة المختصة بتقدير وجود هذه

---

[1]– خمقاني كريمة: المرجع السابق، ص 134.

[2]– قعدان سرين مروان مُحَمَّد صالح: المرجع السابق، ص 62.

[3]– لعروي زواوية: العقد الإلكتروني والمسؤولية المدنية الناتجة عنه–دراسة مقارنة–، مرجع سابق، ص137.

[4]– قعدان سرين مروان مُحَمَّد صالح: المرجع السابق، ص 62.

[5]– خمقاني كريمة: المرجع السابق، ص 134.

[6]– قعدان سرين مروان مُحَمَّد صالح: المرجع السابق، ص 62.

العلاقة من عدمها. ذلك أن قيام رابطة السببية بين الخطأ والضرر يعد من مسائل الواقع التي تستقل بها محكمة الموضوع دون رقابة عليها في تقديرها، شريطة أن تبني قناعتها على أسباب واقعية ومعقولة، مدعومة بوسائل إثبات مناسبة، كالتقارير التقنية وشهادات الخبراء، خاصة عند تعذر الإثبات المباشر أو تعدد الأسباب المحتملة للضرر.[1]

ثانيا: انتفاء علاقة السببية في المجال الإلكتروني.

على المسؤول إذا ما أراد أن ينفي علاقة السببية أن يثبت السبب الأجنبي أي السبب الذي لا يد له فيه. حيث تنص المادة 127 من ق.م.ج: " إذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب لا يد له فيه كحادث مفاجئ، أو قوة قاهرة أو خطأ صدر من المضرور، أو خطأ من الغير، كان غير ملزم بتعويض هذا الضرر ما لم يوجد نص قانوني أو اتفاق يخالف ذلك".

فإذا تدخل السبب الأجنبي وكان السبب الوحيد في إحداث الضرر فإن المدعي عليه لا يكون مسؤولا بالتعويض، ويتمثل السبب الأجنبي في أنه:" كل الظروف والوقائع التي يمكن للمدعى عليه أن يستند عليها لإثبات أن الفعل الضار لا ينسب إليه والتي تكون أجنبية عن المسؤول"[2]

وتتمثل صوره في القوة القاهرة أو الحادث المفاجئ أو خطأ المضرور، وخطأ الغير، سبق التفصيل فيها في الفصل الأول من الباب الثاني، لكن يمكن تفادي المسؤولية وليس نفيها بالنسبة لأشخاص القانون الخاص-كالمورد الإلكتروني والمتدخلين في النشاط-بالتأمين عن المسؤولية المدنية من خلال نص المادة 163 من قانون التأمينات،[3] والتي تنص على:" يجب على الشركات والمؤسسات التابعة للقطاعات الاقتصادية المدنية، التأمين على مسؤوليتها المدنية تجاه الغير".

يتضح من نص هذه المادة إلزامية التأمين على المسؤولية المدنية تجاه الغير بالنسبة للشركات والمؤسسات الاقتصادية فقط مما يعني شمول المورد الإلكتروني إذا كان شركة أو مؤسسة اقتصادية.

---

[1]- خمقاني كريمة: المرجع السابق، ص 134./ قعدان سرين مروان محمّد صالح: المرجع السابق، ص 63.

[2]- فيلالي علي: الالتزامات-الفعل المستحق للتعويض-، مرجع سابق، ص 323.

[3]- الأمر رقم 95-07 المؤرخ في 23 شعبان عام 1415 الموافق 25 يناير سنة 1995م المتعلق بالتأمينات، ج.ر13 الصادرة 7شوال عام 1415هـ الموافق 8 مارس 1995م.

في حين تنص المادة 168 من القانون ذاته على:" يجب على كل شخص طبيعي أو معنوي يقوم بصنع أو ابتكار أو تحويل أو تعديل أو تعبئة مواد معدة للاستهلاك أو للاستعمال، كأن يكتتب تأمينا بتغطية مسؤوليته المدنية المهنية تجاه المستهلكين والمستعملين وتجاه الغير.

تتمثل المواد المشار إليها أعلاه في المواد الغذائية والصيدلانية ومستحضرات التجميل ومواد التنظيف والمواد الصناعية والميكانيكية والإلكترونية والكهربائية، وبصفة عامة في أية مادة يمكن أن تسبب أضرار للمستهلكين والمستعملين وللغير".

حتى في سياق المنتجات الإلكترونية، يُمكن اعتبار هذه المادة مرجعا قانونيا لتأمين المسؤولية الناشئة عن الأضرار التي تسببها منتجات إلكترونية معيبة للمستهلك أو الغير.

البند الثالث: رابطة السببية بين التعدي والضرر في الفقه الإسلامي.

لم يتناول الفقهاء ركن علاقة السببية بنحو صريح، إلا أن تعبيراتهم المختلفة تؤكد على أنه لا يكفي لإلزام الشخص بالضمان أن يتوافر التعدي والضرر، بل لابد أن يكون من التعدي الإفضاء إلى هذا الضرر، أي أن يكون الضرر مترتبا عن التعدي.[1]

تسمى كذلك بالإفضاء والمراد به هو: " أنه لا يجب الضمان على المعتدي إلا إذا كان الضرر ناشئا عن اعتدائه، سواء كان عن طريق المباشرة أم التسبب".[2]

إذ يرى وهبة الزحيلي أنه لا ينطبق على الإفضاء معنى الركن وهو ما يتوقف عليه وجود الشيء وإنما هو بمعنى اشتراط عدم المانع للسبب،[3] فمن أجل أن يتم الضمان يجب أن يكون الضرر ناتجا عن التعدي، ولابد من الارتباط بين الفعل الضار والضرر تماما كارتباط النتيجة بالسبب، على سبيل المباشرة أو التسبب، فالفقهاء يريدون بالسبب في الضمان كل حادث من شأنه أن يوقع الضرر من غير توسط أو تدخل فعل آخر، ويسمى الفاعل في هذه الحالة لفظ المباشر، أو يريدون به كل حادث أفضى إلى وقوع هذا الضرر

---

[1]- محمد شحادة اسماعيل: علاقة السببية في إطار المسؤولية الموضوعية والشريعة الإسلامية، مجلة الباحث العربي، ع3، مج5، 2024، ص36.

[2]- الهاجري حمد بن محمد الجابر: المرجع السابق، ص85.

[3]- الزحيلي وهبة: نظرية الضمان، مرجع سابق، ص26.

بالتعاون مع علة أخرى أو نتيجة توسط فعل آخر ويطلقون على الفاعل في هذه الحالة لفظ المتسبب.[1]

بعد التعريف نتناول العناصر الآتية:

أولا: تعدد الأسباب وأثره في قيام رابطة السببية.

ثانيا: موقف الفقه الإسلامي من إثبات علاقة السببية.

ثالثا: انتفاء رابطة السببية بين التعدي والضرر.

أولا: تعدد الأسباب وأثره في قيام رابطة السببية.

إذا تعددت أسباب يطرح إشكال من هو المسؤول عن إحداث الضرر؟ سنجيب عن هذا الإشكال وفق التفصيل التالي:

1- اتحاد فعل المعتدين في النوع:

بأن كانوا جميعا مباشرين أو متسببين، فهم جميع مسؤولون على حد سواء، يضمنون المثل أو القيمة، ويتحمل كل واحد منهم نصيبه دون تضامن فيما بينهم، عملا بمبدأ المسؤولية الفردية في الإسلام لقوله تعالى: ﴿ وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَىٰ ﴾ الأنعام [164] أي لا تتحمل نفس آثمة جناية آخر، وإن تفاوت فعل المعتدين قوة وضعفا، قدم السبب الأقوى عند المالكية والحنابلة، أما مقتضى الاستحسان عند الحنفية فهو توزيع الضمان على المشتركين حسب دور كل واحد في إحداث الضرر قوة وضعفا.[2]

2-اختلاف فعل المعتدين بين متسبب ومباشر:

نجد أن الشريعة الإسلامية تقسم الأضرار المرتبطة بالاعتداء باعتبار المباشرة والتسبب إلى أربعة أقسام رئيسية وهي كالتالي: [3]

- أضرار مباشرة: هذا النوع من الأضرار لا يشترط فيه التعمد، فبمجرد وقوع الضرر وجب الضمان.
- أضرار غير مباشرة: يكون الضرر في هذا النوع ناتج عن أسباب التعدي ظاهرة، وهنا يجب الضمان

---

[1]- محمد شحادة اسماعيل: المرجع السابق، ص35.

[2]- الزحيلي وهبة: نظرية الضمان، مرجع سابق، ص 37، 38، 39.

[3]- سيد أحمد أمين: المرجع السابق، ص95.

إذا كانت هذه الأسباب عادة مفضية إلى ضرر.

- أضرار غير مباشرة وأسباب الاعتداء غير ظاهرة: الضمان في هذه النوع من الأضرار غير ملزم للمتسبب في الضرر، لأنه ناتج عن أسباب غير واضحة.

- أضرار غير متعلقة لا بالمباشرة ولا بالتسبب: ففي هذه الحالة لا ضمان، كمن فتح دكانا بالقرب من دكان آخر، فكسدت تجارة الدكان القديم.

أي أن فقهاء الشريعة الإسلامية يرون أن المباشر ضامن، وإن لم يتعد والمتسبب لا يضمن إلا إذا كان متعديا،[1] وإذا اجتمع المباشر والمتسبب أضيف الحكم إلى المباشر، أي أنه باجتماع السبب المباشر والسبب غير المباشر فلا ضمان مع المباشر، وهذا إذا كان السبب الآخر غير المباشر لا يعمل بانفراده، أما إذا كان يعمل بانفراده فيشتركان. وقد نقلوا أيضا الضمان من السبب القريب إلى السبب البعيد إذا وجد المسوغ لإهدار القريب، وذلك بأن صدر من غير إرادة أو صدر تحت ضغط قوة قاهرة.[2]

نستنتج أن الضمان متعلق بمباشرة المعتدي لفعل الاعتداء بغض النظر عن التعمد من دونه، أما في حالة التسبب فينظر إلى التعمد، ولذلك نجد القاعدة الفقهية تقول: " المتسبب لا يضمن إلا بالتعمد".[3]

ثانيا: موقف الفقه الإسلامي من إثبات رابطة السببية.

لم تخص علاقة السببية بأحكام إثبات خاصة في الفقه الإسلامي لكنه وسع دائرة الإثبات من حيث العموم، فتنطوي أحكام إثبات علاقة السببية ضمن أحكام الإثبات عموما، فجاءت هذه الأحكام مراعية لتنوع الحوادث وتنازعها، فالذي ألحق به ضرر يستطيع إثباته بكل ما يظهر الحق ويوضحه، لأن الشريعة الإسلامية لم تلغ القرائن والأمارات ودلائل الأحوال، بل من استقرأ الشرع في مصادره وموارده وجده شاهدا لها بالاعتبار مرتبا عليها الأحكام، وأما فيما يتعلق بعبء الإثبات وتوزيعه، فالفقه الإسلامي جاء في القواعد العامة بتقرير العبء على المدعي، لكنه لم يكن جامدا في توزيع عبء الإثبات، فنجد في الفروع الفقهية أمثلة يمكن الاستناد إليها، بأنه يمكن تكليف كل من المدعي والمدعى عليه بما يتفق صفته وارتباط الحق المتنازع عليه به مع احترام الحالة الظاهرة والأصل الثابت.[4]

---

[1]- البغدادي، غانم بن مُحَمَّد الحنفي: مجمع الضمانات في مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان، د.ط، دار الكتاب الإسلامي، د.ت.ن، ص146.

[2]- سيد أحمد أمين: المرجع السابق، ص 110.

[3]- الزرقا أحمد مُحَمَّد: شرح القواعد الفقهية، ط 02، دار القلم، دمشق-سوريا، 1409هـ-1989م، ص455.

[4]- مُحَمَّد شحادة اسماعيل: المرجع السابق، ص38.

ثالثا: انتفاء رابطة السببية بين التعدي والضرر.

تنتفي السببية من أجل الضمان إذا طرأ سبب آخر في إحداث الضرر، فإذا وجدت قوة قاهرة أو حادث مفاجئ، أو خطأ من المتضرر نفسه، أو من شخص آخر، فيقع الضرر عندئذ بسبب هذه الحالات، فلا يسأل المتسبب الأول عن الضمان إلا في حالة الغصب[1](بأن يغصب الأول الثاني على إحداث الضرر)، لأن القاعدة الفقهية تقرر: "إذا اجتمع المباشر والمتسبب أضيف الحكم إلى المباشر".[2]

[1]- الزحيلي وهبة: نظرية الضمان، مرجع سابق، ص 33.

[2]- المادة 90 من مجلة الأحكام العدلية، مرجع سابق، ص 27.

المبحث الثاني: المسؤولية عن الغير وعن الشيء الناتجة عن التجارة الإلكترونية.

لا يسأل المرء إلا عن فعله الشخصي كقاعدة عامة، لكن تطبيق هذه القاعدة على إطلاقها قد يؤدي إلى إهدار حقوق المتضررين، في بعض الحالات التي يكون فيها الضرر ناتجا عن فعل الغير أو عن أشياء ترتبط بالشخص مسؤولية قانونية. لذلك، أقر المشرع صورا من المسؤولية غير الشخصية كاستثناء من الأصل، تتجسد في صورتين هما: المسؤولية عن فعل الغير، والمسؤولية عن الشيء.

في سياق المعاملات الإلكترونية، يلاحظ أن القانون 18-05 لم ينظم سوى المسؤولية عن الفعل الشخصي، دون أن يتطرق صراحة إلى صور أخرى من المسؤولية المدنية كالمسؤولية عن فعل الغير أو عن الأشياء، والتي قد تثور في العلاقة بين المستهلك والمورد، أو بين أي أشخاص أخرى ساهمت في وقوع الضرر، ما يعني الرجوع للقواعد العامة، وذلك في المواد 134، 136، و137 من ق.م.ج.

لذا سنعالج هذا المبحث في مطلبين:

الأول: المسؤولية عن فعل الغير الناتجة عن التجارة الإلكترونية

الثاني: المسؤولية عن الشيء الناتجة عن التجارة الإلكترونية

ومقارنة كل نوع مع ما يقابلها في الفقه الإسلامي.

المطلب الأول: المسؤولية عن فعل الغير الناتجة عن التجارة الإلكترونية.

تعرف المسؤولية المدنية عن فعل الغير بأنها: التزام شخص بتحمل تبعة الضرر الذي تسبب فيه فعل صادر عن غيره، متى توفرت علاقة قانونية أو اتفاقية، مثل مسؤولية متولي الرقابة عن أفعال من هم تحت رقابته أو مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعيه.

تقوم المسؤولية المدنية عن فعل الغير في المجال الإلكتروني بنوعيها: مسؤولية متولي الرقابة إذا كان محدث الضرر قاصرا في رعاية وليه نظرا لتمكن من هم دون السن القانوني من التكنولوجيا مثلهم مثل الكبار، أو مسؤولية المتبوع، إذا صدر الخطأ من تابع لأحد الأطراف.

بناء عليه نقسم هذا المطلب إلى فرعين:

الأول: مسؤولية متولي الرقابة الناتجة عن التجارة الإلكترونية.

الثاني: مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه الناتجة عن التجارة الإلكترونية.

الفرع الأول: مسؤولية متولي الرقابة الناتجة عن التجارة الإلكترونية.

يرى جانب من الفقه القانوني أن مسؤولية متولي الرقابة مسؤولية شخصية، لأنها تقوم على أساس افتراض الخطأ في جانب متولي الرقابة، إذ يستطيع هذا الأخير دفع المسؤولية عن نفسه إذا أثبت قيامه بواجب الرقابة ولم يرتكب خطأ في ذلك، في حين أن المسؤولية عن فعل الغير تنصرف إلى الحالات التي يسأل فيها المرء عن خطأ غيره.[1]

لكن المشرع الجزائري نظمها في المادة 134 من ق.م.ج، كنوع من أنواع المسؤولية عن فعل الغير، إذ تَعد وفق ذلك من صور المسؤولية المدنية التي تستند إلى فكرة المساءلة عن فعل الغير الضار، وتحديدًا عن الأضرار التي يتسبب فيها أشخاص لا يملكون الأهلية الكاملة للتصرف، ومع توسع المعاملات عبر الوسائط الإلكترونية، وازدياد انخراط فئات غير راشدة أو ناقصة الأهلية في بيئة التجارة الإلكترونية، أصبح من اللازم إعادة النظر في مدى كفاية الأحكام التقليدية لمسؤولية متولي الرقابة، وتكييفها مع هذا الواقع الجديد الذي قد يتعذر فيه الإشراف المباشر أو الرقابة الفعلية.

كما تقتضي المقارنة بيان موقف الفقه الإسلامي من هذا النوع من المسؤوليات، وخصوصا في مجال المعاملات المالية، وما إذا كان يلقي بالضمان على الولي أو الوصي في حال ترتب ضرر للغير من فعل من هم تحت ولايته. وعليه، سيتم تقسيم هذ الفرع إلى بندين:

الأول: مسؤولية متولي الرقابة الناتجة عن التجارة الإلكترونية قانونا.

الثاني: التكييف الفقهي لمسؤولية متولي الرقابة الناتجة عن التجارة الإلكترونية.

البند الأول: مسؤولية متولي الرقابة الناتجة عن التجارة الإلكترونية قانونا.

نصت المادة 134 من ق.م.ج على:" كل من يجب عليه قانوناً أو اتفاقاً رقابة شخص في حاجة إلى الرقابة بسبب قصره أو بسبب حالته العقلية أو الجسمية، يكون ملزما بتعويض الضرر الذي يحدثه ذلك الشخص للغير بفعله الضار.

ويستطيع المكلف بالرقابة أن يتخلص من المسؤولية إذا أثبت أنه قام بواجب الرقابة أو أثبت أن الضرر

---

[1]- ينظر: فيلالي علي: الالتزامات الفعل المستحق لتعويض، مرجع سابق، ص 161.

كان لابد من حدوثه ولو قام بهذا الواجب بما ينبغي من العناية".

حسب المادة لقيام مسؤولية متولي الرقابة عمن هم تحت رقابته، يجب أن يتوفر واجب الرقابة،[1] على فاعل بحاجة إلى الرقابة بناء على ثلاثة أسباب قصره، حالته العقلية أو الجسمية،[2] يسبب ضررا بفعله،[3] فالشخص المكلف بالرقابة يجب أن يمارس واجب الرقابة على الفرد الذي هو تحت رعايته بطريقة تتناسب مع مستوى الخطر الذي يمكن أن يشكله هذا الفرد على المجتمع، لذلك افترض المشرع الجزائري الإضرار بالغير الذي يتحمله المكلف بالرقابة قانونا أو اتفاقا يرجع إلى إخلاله بواجب الرقابة، وهو التزام ببذل عناية وليس بتحقيق نتيجة.[4] إذا التساؤل الذي يطرح هنا: هل تختلف أحكام مسؤولية متولي الرقابة في إطار التجارة الإلكترونية أم يمكن تطبيق أحكامها حسب القواعد العامة على أفعال الخاضعين للرقابة في المجال الإلكتروني؟ وماهو السبيل إلى دفعها؟

بناء عليه نقسم هذا البند إلى عنصرين:

الأول: قيام مسؤولية متولي الرقابة الناتجة عن التجارة الإلكترونية.

الثاني: دفع مسؤولية متولي الرقابة الناتجة عن التجارة الإلكترونية.

---

[1]- يعتبر واجب الرقابة الذي يتحمله الشخص على الغير أساس مسؤوليته عن أفعال المكفول بالرقابة الضارة، ويقصد بالرقابة:" الإشراف على شخص، وتوجيهه ومنحه رعاية مادية ومعنوية، لمنعه من الإضرار بالناس باتخاذ الاحتياطات اللازمة في سبيل ذلك"(فيلالي علي: الالتزامات-الفعل المستحق للتعويض-، مرجع سابق، ص 104).

[2]- يتضح من نص المادة 134 أن مصدر هذا الواجب هو إما القانون: أي أن واجب الرقابة يرتبه القانون على الشخص المسؤول كما هو الأمر بالنسبة للأب والأم، الحاضن والحاضنة، المعلم، رب الحرفة. أو الاتفاق: أي أن واجب الرقابة مصدره اتفاق أو عقد، كالتزام دار حضانة برعاية الأطفال، أو التزام سيدة برعاية شخص مسن، أو التزام مؤسسة متخصصة برعاية مريض.(علي علي سليمان: المرجع السابق، ص24)

[3]- الفعل الضار الصادر عن الخاضع للرقابة هو:" التعدي الصادر عن الخاضع للرقابة الذي سبب ضررا للغير، ولا يشترط أن يكون هذا الفعل خطأ بل يكفي إحداثه للضرر، لتقوم مسؤولية متولي الرقابة وهي مسؤولية استثنائية تقوم على أساس الخطأ المفترض المتمثل في الإخلال بواجب الرقابة، افتراضا بسيطا قابلا لإثبات العكس، لأن واجب الرقابة، الذي تستند إليه هذه المسؤولية هو التزام ببذل عناية وليس تحقيق نتيجة، كما لا يقتصر افتراض الخطأ في هذه المسؤولية فقط بل افتراض علاقة السببية كذلك، ولهذا فإن عبء الإثبات والنفي يقع على المكلف بالرقابة وليس على المضرور.(بن الزوبير عمر: المرجع السابق، ص267 ومابعدها.)

[4]- فيلالي علي: الالتزامات-الفعل المستحق للتعويض-، مرجع سابق، ص 103-106.

أولا: قيام مسؤولية متولي الرقابة الناتجة عن التجارة الإلكترونية.

في إطار المعاملات الإلكترونية يلتزم المتدخلون بوضع وسائل تسمح بالتحقق من سن الطرف الآخر وأهليته القانونية، فإذا ارتكب هذا الطرف غشًّا أو تدليسا، تتنازع مصلحتان، الأولى مصلحة القاصر في إبطال التصرفات، إذ تعطي القواعد العامة الحق بإبطال التصرف أو إيقافه حسب الأحوال، أما الثانية فتتمثل في مصلحة التاجر أو الطرف الآخر بتنفيذ العقد.[1] في إطار تحقيق التوازن بين هاتين المصلحتين، ميز فقهاء القانون بين حالتين:

1- العقود البسيطة.

وهي العقود التي تكون أثمانها قليلة، كالأطعمة وغيرها، فإن مثل هذه العقود التي يبرمها ناقص الأهلية تكون صحيحة،[2] وكسبيل لتبرير الإبقاء على هذه العقود التي يبرمها القاصر عبر الإنترنت، حرصا على استقرار الحقوق، فقد تم طرح مفهومين:

المفهوم الأول: مفهوم "عقد الحياة اليومية" يسمح للقاصر بالتصرف بمفرده في الأمور المتعلقة بالاستهلاك اليومي، مثل برامج معالجة المعلومات (البرمجيات) والألعاب التي يمكن الحصول عليها عبر الإنترنت.[3]

المفهوم الثاني: مفهوم "التوكيل الضمني" وبمقتضى هذا المفهوم، يعتبر القاصر قد تلقى موافقة ضمنية من والديه أو المكلف برقابته تسمح له بالتعاقد في الأمور البسيطة. أي أن هناك نوعا من الترشيد الأبوي للقاصر لإبرام هذا النوع من التصرفات القانوني،[4] فاللجوء إلى هذه النظرية يسمح للمورد الإلكتروني بالرجوع مباشرة على المكلف بالرقابة، الذي يفترض فيه أنه قادر على وفاء الدين.[5]

وذلك لتوفير الثقة والأمان لدى المتعاقدين عبر شبكة الإنترنت، وحفاظاً على استقرار المعاملات

---

[1]- ينظر: قارس بوبكر: المرجع السابق، ص 155و157.

[2]- الفهداوي مُحَمَّد هادي فرج: المرجع السابق، ص42.

[3]- كوسام أمينة: خصوصية الأهلية في التعاقد عبر وسائل الاتصال الحديثة، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، ع06، 2015، ص351.

[4]- قارس بوبكر: المرجع السابق، ص 157.

[5]- كوسام أمينة: المرجع السابق، ص352.

الإلكترونية ، وحتى لا يفاجأ المتعاقد حسن النية ببطلان العقد لسبب لا يعلمه، ولم يكن في مقدوره أن يعلمه وقت التعاقد.[1]

2- العقود ذات القيمة المالية الكبيرة:

في هذه الحالة، يُحتكم إلى قواعد التصرفات القانونية التي تصنّف التصرفات إلى نافعة نفعا محضا، أو ضارة ضررا محضا، أو دائرة بين النفع والضرر، ويراعى في ذلك مصلحة ناقص أو فاقد الأهلية عند تقدير صحة العقد، والذي غالبا ما يُحكم ببطلانه إذا تم دون إذن أو ولاية قانونية.

ففي الوقت الذي يُمنح فيه المتعاقد عبر الإنترنت من غير المهنيين أو من فئة المستهلكين، حقوقاً إضافية في مواجهة الموردين خاصة الذين يصدق عليهم وصف المهنيين أو المحترفين، ولإقامة التوازن المعقول في مواجهة الحق الممنوح للمستهلك بالرجوع عن العقد برمته، سواء كان ناقص الأهلية أو كاملاً، فلا أقل من أن يُمنح المورد حسن النية الحق في حماية مصلحته وتعويضه عن الأضرار التي لحقت به جراء تلاعب القاصرين عبر الشبكة، الذي قد يأخذ وصف إخلال أوليائهم بواجبهم في الرقابة، بما يلحق بالآخرين أضرارا.[2]

وذلك بالتمسك بتمام العقد إن كان ذلك ممكنا مع تضييق فكرة البطلان لنقص الأهلية خاصة إذا استعملت وسائل غش وتدليس، لأن هذا البطلان قد يلحق ضررا بالمورد الإلكتروني حسن النية، خاصة إذا أبرم العقد مع من ظهر له بمظهر الشخص كامل الأهلية، أو في حال استخدام القاصر وسائل احتيالية، كاستعمال بطاقة ائتمان خاصة بوليه دون علمه. [3]

في مثل هذه الحالات، يحق للمورد المتضرر التماس التعويض استنادا إلى مسؤولية متولي الرقابة، أي من كان مكلفا قانونا برعاية القاصر أو ناقص الأهلية، إذا ثبت أن الضرر نجم عن تقصير في الرقابة، أي رجوع المورد على ولي القاصر على أساس قواعد مسؤولية متولي الرقابة عن أخطاء الخاضعين تحت رقابته، حسب للمادة 134 من ق.م.ج سابقة الذكر.

وعليه، فإن استخدام فاقد أو ناقص الأهلية لوسائل الاتصال الإلكترونية، يفرض على الأولياء بالقانون

---

[1]-كوسام أمينة: المرجع السابق، ص 353.

[2]- المرجع نفسه.

[3]- الفهداوي محمّد هادي فرج: المرجع السابق، ص43.

أو الاتفاق مسؤولية مراقبة تصرفات وأفعال من هم تحت رقابتهم، وتحمل تبعاتها، خاصة إذا ما تمت بسوء تصرفهم وبحسن نية الطرف الآخر في المقابل.

أي أن أحكام مسؤولية متولي الرقابة والنص القانوني المتعلق بها-المادة 134- حسب القواعد العامة، أقرب وأكثر قابلية للتطبيق على الأضرار الناتجة عن سوء استخدام التكنولوجيا، من قبل قاصر غير مدرك لعدم مشروعية الفعل، يفترض عدم قيام وليه بواجبه في الرقابة، لأن صغار السن خاصة كما سبق الذكر يتفوقون على الكبار في استخدام التكنولوجيا، لذا فمتى ما نتج ضرر في المجال الإلكتروني عن فعل الخاضع للرقابة كان الرقيب عليه، مسؤولا على جبر الضرر، إذ تقوم وتنفي هذه المسؤولية كما في القواعد العامة.[1]

يفرض واجب الرقابة على الآباء اتخاذ الاحتياطات اللازمة لحماية أطفالهم القصر من أي ضرر على الإنترنت لتجنب أي مسؤولية مدنية. وبهذا يجب على الآباء مرافقة أطفالهم القصر جسديا أثناء وقت اتصالهم بالإنترنت. فهذا يسمح باستجابة سريعة من الآباء تجاه أخطاء أبناءهم وأفعالهم الضارة لتوجيه أطفالهم ومنعهم من ارتكاب أفعال غير قانونية على الإنترنت. كما أن الوجود الجسدي للآباء سيجعل الطفل القاصر يتردد في القيام بأفعال غير قانونية بسبب الخوف من أن يتم القبض عليه. لكن في الممارسة العملية، يجب ملاحظة أنه في مواجهة قيود الحياة اليومية، لا يمكن للآباء دائما أن يكونوا حاضرين بالقرب من أطفالهم أثناء اتصالهم بالإنترنت. ولهذا، يجب أن يكون لديهم أدوات تقنية مثل برامج الرقابة الأبوية وتقنيات التصفية لإكمال يقظتهم الجسدية.[2]

ثانيا: دفع مسؤولية متولي الرقابة الناتجة عن التجارة الإلكترونية.

تنتفي مسؤولية متولي الرقابة حسب المادة 2/134 من ق.م.ج، بإثباته أنه قام بواجب الرقابة الملقى على عاتقه، بأن اتخذ كل الاحتياطات اللازمة لمنع الخاضع للرقابة من الإضرار بالغير، وللقاضي السلطة في تقدير مدى كفاية هذه العناية كما يمكن نفي المسؤولية عنه إذا أثبت أن الضرر كان لابد من حدوثه.[3]

---

[1]- منار حسني حامد عبد القوي: المرجع السابق، ص1175.

[2]-Kchaou Ameni: op.cit, p 328.

[3]- فيلالي علي: الالتزامات-الفعل المستحق للتعويض-، مرجع سابق، ص 119.

بمعنى آخر، حتى إذا قام المكلف بالرقابة بجميع واجباته الرقابية وأدى دوره بأقصى درجات الحذر والاهتمام، فإن الضرر الذي حدث كان لا مفر منه، أي لا يمكن منعه بأي حال من الأحوال، كأن يكون السبب الحقيقي في حدوثه هو السبب الأجنبي الذي يقطع علاقة السببية بين فعل الخاضع للرقابة والضرر.

كما قد يدفع كذلك المكلف بالرقابة مسؤوليته بإثبات استحالة الرقابة وقت حدوث الفعل الضار، أو أنه تحت رقابة غيره، وللقاضي كذلك السلطة التقديرية حسب ظروف ووقائع القضية في رفع أو توزيع المسؤولية.[1]

البند الثاني: التكييف الفقهي لمسؤولية متولي الرقابة الناتجة عن التجارة الإلكترونية.

كقاعدة عامة يقر الفقه الإسلامي بمبدأ المسؤولية الفردية التي توجب أن يكون الفرد مسؤولا عن عمله، لا عن عمل غيره. فالفرد مسؤول وحده عن أعماله، وبالتالي عدم مساءلة شخص عن ضرر أحدثه غيره[2] لما ورد في القرآن الكريم، كقوله تعالى:

﴿ وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَىٰ وَإِن تَدْعُ مُثْقَلَةٌ إِلَىٰ حِمْلِهَا لَا يُحْمَلْ مِنْهُ شَيْءٌ وَلَوْ كَانَ ذَا قُرْبَىٰ إِنَّمَا تُنذِرُ ٱلَّذِينَ يَخْشَوْنَ رَبَّهُم بِٱلْغَيْبِ وَأَقَامُواْ ٱلصَّلَوٰةَ ﴾ فاطر [18]

فقد ذهب جمهور الفقهاء، ما عدا جماعة من المالكية إلى أن الصبي ولو كان غير مميز إذا أتلف مال الغير أو سبب له ضررا ما يكون مسؤولا في ماله عما أتلف إذا حصل منه الإتلاف مباشرة، وهو الحكم نفسه بالقياس على باقي فاقدي الأهلية كالمجنون والمعتوه وذلك لسهولة الحصول على العوض المستحق من مال فاقد أو ناقص الأهلية-إن كان له أموال- وإن لم يكن له مال فقد قرر الفقهاء أن هذا المبلغ المستحق يبقى في ذمته حتى يصبح ميسرا، يتمكن ماليا من الدفع.[3]

وجاء في مجلة الأحكام العدلية عن ضمان الصبي: "إذا أتلف الصبي مال غيره يلزم الضمان من ماله، وإن لم يكن له مال ينظر إلى حال يساره ولا يضمن وليه"[4]

---

[1]-فيلالي علي: الالتزامات-الفعل المستحق للتعويض-، مرجع سابق، ص120.

[2]- سيد أحمد أمين: المرجع السابق، ص127.

[3]- الجزيري عبد الرحمان: المرجع السابق، ص 326.

[4]- المادة 916 من مجلة الأحكام العدلية، مرجع سابق، ص 177.

أما رأي جماعة من المالكية فقد جاء:" وأما الصبي الذي لا يعقل فلا شيء عليه فيما أتلفه من نفس أو مال كالعجماء، وقيل المال هدر والدماء على العاقلة" [1]

لكن لكل مبدأ استثناء ففي حالات استثنائية يقتضيها العدل ويفرضها الإنصاف، يضمن الولي الأضرار التي لحقت بالغير بفعل من تحت ولايته بشروط:

أولا: أحكام ضمان الولي في الفقه الإسلامي.

يضمن الراعي تصرفات من تحت رعايته في بعض الحالات والدليل هو قوله ﷺ: {**كُلُّكُمْ رَاعٍ ومسؤول عَنْ رَعِيَّتِهِ، فَالْإِمَامُ رَاعٍ وَهُوَ مسؤول عَنْ رَعِيَّتِهِ، وَالرَّجُلُ فِي أَهْلِهِ رَاعٍ وَهُوَ مسؤول عَنْ رَعِيَّتِهِ، وَالْمَرْأَةُ فِي بَيْتِ زَوْجِهَا رَاعِيَةٌ، وَهِيَ مسؤولة عَنْ رَعِيَّتِهَا، وَالْخَادِمُ فِي مَالِ سَيِّدِهِ رَاعٍ وَهُوَ مسؤول عَنْ رَعِيَّتِهِ**}[2]

ووجه الاستدلال بهذا الحديث هو تقييد العموم في الآيات السابقة، ولو على سبيل الدلالة غير المباشرة، لأنه يتضمن بروحه وفحواه ضرورة تحميل الأب ومن في حكمه لتبعات الأفعال الضارة عن من هم تحت رعايته، وقصر في حفظهم ورقابتهم.[3]

لكن الاستدلال بهذا الحديث لم يلق قبولا من البعض الآخر، فقالوا أن هذا الحديث ليس له علاقة بمتولي الرقابة المقصود في القوانين الوضعية المدنية، وإنما المقصود بالراعي هو الحافظ المؤتمن على أمور رعيته، والمسؤول عن إدارة شؤونهم، وإقامة الحدود عند مخالفتهم للأحكام الشرعية.[4]

لذا فصورة مسؤولية الراعي عمن تحت رعايته في كتب الفقهاء إذا أمر الوصي أو الأب القاصر بالفعل

---

[1]- أبي بكر بن حسن الكشناوي : أسهل المدارك «شرح إرشاد السالك في مذهب إمام الأئمة مالك»، ط2، ،دار الفكر،بيروت-لبنان، د.ت.ن، ج2، ص71.

[2]- أخرجه البخاري في صحيحه، أبو اليمان: أخبرنا شعيب، عن الزهري قال: أخبرني سالم بن عبد الله، عن عبد الله بن عمر ﷺ، كتاب الاستقراض وأداء الديون والحجر والتفليس رقم (48)، باب العبد راع في مال سيده، ولا يعمل إلا بإذنه رقم (20)، ح.ر 2278، ج2، ص848.

[3]- سيد أمين: المرجع السابق، ص125.

[4]- ملحم همام حسن حسني: مسؤولية متولي الرقابة- دراسة مقارنة-، رسالة ماجيستير في القانون الخاص، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، نابلس-فلسطين، 2020، ص26.

الضار أو إغرائه به أو تسليطه عليه، حيث يعتبر المتسبب كأنه المباشر للضرر،[1] فلا يسأل هنا الصغير غير المميز، سواء كان إتلافه مباشرة أو تسببا وتكون المسؤولية على وليه أو القيم عليه إذا نشأ عن تقصيرهم أو إهمالهم في حفظه أو إغرائهم بإتلاف أو إضرار بحقوق الآخرين. وفي غير هذه الحالات تقع المسؤولية على عاتق القاصر محدث الضرر،[2] حتى أن للحنفية في هذا الاستثناء استثناء فإذا أتلف الصبي مال الغير بأمر الغير كان عليه ضمان الضرر ولكنه يرجع بما دفعه على الآمر.[3]

إذا يقترن ثبوت ضمان الولي أو الوصي في الفقه الإسلامي بالأمر أو التسليط على الفعل الضار، فإذا أمر الأب أو الولي القاصر بفعل شيء ضار أو إغرائه به، فإن الولي يتحمل المسؤولية، لأنه يعتبر هنا كالمباشر للفعل من الناحية الشرعية. فهذا مرتبط بمبدأ "المباشر أولى من المتسبب" في الفقه الإسلامي، حيث يُحمل المباشر المسؤولية الأكبر عن الفعل، أو أن الولد أتلف مال الغير تحت سمع وبصر وليه أو الوصي عليه، وسكت هذا الأخير مع قدرته على المنع.[4]

ثانيا: شروط ضمان الولي في الفقه الإسلامي.

لتحميل الولي مسؤولية أفعال من تحت ولايته في الفقه الإسلامي يلزم تحقق ثلاثة شروط وهي[5]:

1. أن يكون القاصر في مرحلة عمرية لا يستطيع فيها الامتناع عن طاعة وليه:

يعترف الشرع بأن عديمي أو ناقصي الأهلية لا يدركون العواقب بشكل كامل، وبالتالي قد يتبعون الأوامر دون وعي كما أنهم قد ينتهون عن الفعل الضار إذا نهوا عنهم من قبل من هم تحت ولايته.

2. وجود ولاية:

من الناحية الفقهية، لكي يتحمل الولي أو الوصي المسؤولية، يجب أن يكون له الولاية الفعلية على

---

[1]- سيد أحمد أمين: المرجع السابق، ص 128.

[2]- المرجع نفسه، ص 132-133.

[3]- ابن نجيم: الأشباه والنظائر، مرجع سابق، ص113.

[4]- سيد عبد الله حسين: المقارنات التشريعية بين القوانين الوضعية المدنية والفقه الإسلامي-مقارنة بين فقه القانون الفرنسي ومذهب الإمام مالك بن أنس τ، ط1، دار إحياء الكتب العربية عيسى بابي الحلبي وشركاؤه، 1366هـ-1947م، ج2، ص271-272.

[5]- ينظر: مقدم مُحَمَّد: المرجع السابق، ص136/ سيد أحمد أمين: المرجع السابق، ص 133/ سيد عبد الله حسين: المرجع السابق، ص271.

القاصر، فلا يشترط أن يكون الأب أو الأم فقط بل يجب أن تكون له عند القيام بالفعل سلطة الرقابة أو الأمر، ويجب أن يكون مسلما بالغا قادرا.

3. الأمر أو الإهمال مرتبط بالفعل الضار:

يجب أن يكون هناك رابط مباشر بين الأمر أو التسليط الذي صدر من الولي وبين الفعل الذي نتج عنه الضرر، حتى يتم تحميل المسؤولية.

فالقانون سهل على المضرور تحصيل حقه بإقرار فكرة مسؤولية المرء عن فعل غيره من فاقدي أو ناقصي الأهلية من غير حاجة إلى إثبات التقصير في الرقابة وافتراض القانون خطأ الرقيب في رقابته على تفاوت بين التشريعات الحديثة في ذلك، لكن الشريعة قد لا ترفض للمصاب أن يطلب بالتعويض في هذه الحالة ممن عليه الولاية على الصغير إذا استطاع أن يثبت تقصيره في الحفظ مادام القاصر لا يستطيع حفظ نفسه.[1]

ومثال ذلك من دفع لصبي سكينا فسقط منه وأتلف مالا فأن ضمانه يكون على الدافع،[2] وبقياس المثال على تمكين الولي أو من في حكمه–متولي الرقابة– من أرقام البطاقة الإلكترونية أو مختلف أدوات التعاقد الإلكتروني واستعملها وأصاب الغير ضرر من جراء الاستعمال فإن صاحب البطاقة أو الوسيلة هو الضامن.

الفرع الثاني: مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه الناتجة التجارة الإلكترونية.

المتبوع هو:" هو الشخص الطبيعي أو المعنوي ذو السلطة والإمرة على شخص آخر، ويقوم بعمل لحسابه ومصلحته" أي أنه لا يمكن إضفاء صفة المتبوع على الشريك.[3]

أما التابع فهو:" شخص وضع نفسه تحت إمرة شخص آخر لتنفيذ أعمال يكلفه بها لمصلحته، فهو يعمل لحساب المتبوع وفقا لأوامره وتوجيهاته وتحت رقابته، ولا تشترط في التابع مواصفات مهنية معينة، بل يكفي أن يتم التكليف لشخص للقيام بعمل معين تحت إمرة شخص آخر، سواء كان بأجر أم تطوعا"[4]

---

[1]– سيد أحمد أمين: المرجع السابق، ص 142.

[2]– الخفيف علي: الضمان في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص67.

[3]– لعروي زواية: العقد الإلكتروني والمسؤولية المدنية الناتجة عنه، مرجع سابق، ص 178.

[4]– المرجع نفسه، ص 179.

تعتبر مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه تبعة مخاطر النشاط المربح، وهي من أكثر أقسام المسؤولية تشديدا، لذا سنحاول في هذا الفرع دراسة المسؤولية التي يتحملها أطراف التجارة الإلكترونية عن الأفعال التي يقوم بها العاملون أو التابعون لهم، سواء كانوا موردين أو مستهلكين قانونا في البند الأول، أما البند الثاني فيدرس الجانب الفقهي لإيجاد التوافق والاختلاف بين الأنظمة الشرعية والقانونية الحديثة في المسألة.

البند الأول: مسؤولية أطراف التجارة الإلكترونية عن تابعيهم قانونا.

بما أن التجارة الإلكترونية تعتمد بشكل كبير على الأنظمة التقنية والرقمية، التي قد يلجأ الطرفان لتابعين يشرفون على هذه الأنظمة، فيحمل المتبوع مسؤولية قانونية عن الأخطاء أو الأضرار التي يتسبب فيها هؤلاء التابعين أثناء أدائهم لمهامهم، يمكن أن تشمل هذه المسؤولية أفعالا مثل الإهمال في الصيانة مما يضر بالآخرين، انتهاك حقوق الملكية الفكرية، أو إساءة استخدام بيانات العملاء، نشر برمجيات ضارة، استخدام منصات الشركة لأغراض غير قانونية، أو اختراقات أمنية ناجمة عن إهمال أو أخطاء التابعين، بناء عليه لدراسة هذه المسؤولية يجب التطرق للأساس الذي تقوم عليه(أولا)، ثم توفر الشروط القانونية لهذه المسؤولية (ثانيا).

أولا: أساس قيام مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه.

اختلف الفقهاء حول أساس مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه إلى عدة نظريات، ولعل من أهم هذه النظريات نظرية الخطأ المفترض، ونظرية تحمُّل التبعة.

1- نظرية الخطأ المفترض:

ترى النظرية التقليدية أن الخطأ في مسؤولية المتبوع مفترض افتراضا لا يقبل إثبات العكس، سواء كان خطأ في الرقابة أو في التوجيه أو في الاختيار، أو خطأ في كل هذه الأمور معاً. بل لا يدحض حتى بالسبب الأجنبي، فالتابع إذا ارتكب خطأ كان المتبوع مسؤولاً عنه بمقتضى خطأ آخر نفترضه قائماً في جانب المتبوع، فإما أن يكون المتبوع قد قصر في اختيار تابعه، أو قصر في الرقابة عليه، أو قصر في توجيهه. وهذا التقصير نفترضه افتراضاً، ولا نقبل من المتبوع أن يقدم الدليل على أنه لم يقصر، أي أن هذه المسؤولية

أشد قسوة.[1]

فكون المتبوع مسؤولاً عن الضرر الذي يحدثه تابعه بفعله غير المشروع، وفي حال قيام رابطة التبعية، ولو لم يكن صاحب العمل حراً في اختيار تابعه، متى كانت له سلطة فعلية في رقابته وفي توجيهه، على أن المشرع أقام هذه المسؤولية على خطأ مفترض في جانب المتبوع افتراضاً لا يقبل إثبات العكس، مرجعه سوء اختيار تابعه وتقصيره في رقابته. وقد حدد القانون نطاق هذه المسؤولية بأن يكون العمل الضار غير المشروع واقعاً من التابع حال تأدية وظيفته أو بسببها، أو كلما استغل وظيفته أو ساعدته هذه الوظيفة في إتيان فعله غير الشروع، أو هيأت بأية طريقة كانت فرصة ارتكابه.[2]

إلا أن هذه النظرية تم انتقادها لعدة أسباب،[3] نذكر منها:

– الاعتراض على فكرة الخطأ في الاختيار، لأن المتبوع في المجال الإلكتروني قد يختار وقد لا يختار تابعه بل قد يفرض عليه، ورغم ذلك تظل مسؤوليته قائمة.

– أن افتراض الخطأ من جانب المتبوع الإلكتروني افتراضاً غير قابل لإثبات العكس، يمكنه من التخلص من المسؤولية المدنية بنفي علاقة السببية بين خطئه في الإشراف أو التوجيه أو الاختيار والضرر الذي لحق المضرور، وهو أمر غير مقبول بإجماع الفقهاء.

– كما يشق في الكثير من الحالات على المتبوع مراقبة التابع لتفادي إضراره بالآخرين مهما كانت شدة رقابته ومهما بلغت صرامته.

أي أن تطبيق هذه النظرية غير مناسب في التجارة الإلكترونية لأنها تفترض الخطأ ولا تقبل إثبات العكس، وهي مشددة جداً وقد لا تتناسب مع طبيعة العلاقات التعاقدية المرنة والشروط المحددة في البيئة الإلكترونية.

---

[1]– علي علي سليمان: المرجع السابق، ص139.

[2]– الفقي إبراهيم رياض: المسؤولية التقصيرية لمقدم خدمة الانترنت الناشئة عن نشر الشائعات، المؤتمر العلمي الخامس بعنوان: القانون والشائعات، كلية الحقوق– جامعة طنطا، المنعقد من 22–23 أفريل 2019، ص 22–23.

[3]– خمقاني كريمة: المرجع السابق، ص140.

2- نظرية تحمل التبعة.

يرى أنصار هذه النظرية أن المتبوع مسؤول مسؤولية ذاتية، ولا يفترض خطأ في جانبه. فتبقى المسؤولية مرتبطة بما إذا كان مقدّم الخدمة يستفيد من نشاط تابعه، فعليه أن يتحمل تبعة هذا النشاط سواء كانت أفعال هذا التابع خاطئة أو غير خاطئة. بمعنى آخر، لا تقوم المسؤولية على خطأ مفترض في جانب المتبوع، بل تستند إلى قاعدة الغنم بالغرم، أي ما يسمى بتحمل التبعة مقابل الربح، حيث تكون المسؤولية عن فعل الغير، والمتبوع لا يتحمل خطأ في جانبه، ولكنه يتحمل جريرة تابعه.[1]

وبتطبيقها في البيئة الإلكترونية تفيد هذه النظرية أنه إذا استفاد صاحب الموقع من عمل التابع لتحقيق أرباح، فعليه أن يتحمل المسؤولية عن الأضرار التي قد تحدث نتيجة لأفعال تابعيه، سواء كانت خاطئة أو غير خاطئة.

انتقدت هذه النظرية لعدة أسباب منها أن الأخذ بهذه النظرية على إطلاقها يجعل المتبوع مسؤولاً عن كل أفعال التابع، مهما كانت خاطئة ودرجة خطورتها،[2] غير أن هذا الانتقاد لا ينفي حقيقة كونها أكثر نظرية مناسبة لإقامة مسؤولية المتبوع عن تابعه في التجارة الإلكترونية، لأنها تستند على قاعدة "الغنم بالغرم" ، حيث يجب أن يتحمل صاحب الموقع تبعة النشاط الإلكتروني لتابعيه الذين يستفيد منهم مالياً، وهذا ما يتوافق مع طبيعة العلاقات في البيئة الإلكترونية حيث يوجد تبادل منافع بين الأطراف.

وهو الذي أخذ به المشرع الجزائري في المادة 136 من ق.م.ج إذ نجده يتحدث عن العمل غير المشروع، والذي يتعلق بالضرر، متجاوزا فكرة الخطأ، مستندا إلى فكرة تحمل التبعة، أما القضاء فهو غير مستقر في أحكامه فتارة نجده يستعمل مصطلح الفعل الضار في مناسبات، وفي مناسبات الخطأ.[3]

هذا يدل على أن ملابسات كل قضية وظروفها هي التي تحدد أنسب الأسس الواجب اتباعها فإن كان هذا الفعل رغم مشروعيته تسبب في ضرر فيطلق عليه الفعل الضار، وإن كان فعلا غير مشروع مخالف

---

[1]- السنهوري عبد الرزاق: الوسيط في شرح القانون المدني ، مرجع سابق، ج1، 889/فيلالي علي: الالتزامات-الفعل المستحق للتعويض-، مرجع سابق، ص159.

[2]- خمقاني كريمة: المرجع السابق، ص 141.

[3]- خمقاني كريمة: المرجع السابق، ص147.

للقواعد القانونية ينطبق عليه وصف الخطأ. أما عن الانتقاد الذي وجه لها فالمشرع الجزائري تدارك الأمر في المادة 137 التي تمنح للمتبوع الحق بالرجوع على التابع حتى لا يكون في قيام المسؤولية كتبعة لمخاطر النشاط ظلم له.

ثانيا: شروط قيام مسؤولية أطراف التجارة الإلكترونية عن تابعيهم.

تنص المادة 136 من ق.م.ج على: "يكون المتبوع مسؤولا عن الضرر الذي يحدثه تابعه بفعله الضار متى كان واقعا منه في حالة تأدية وظيفته أو بسببها أو بمناسبتها.

وتتحقق علاقة التبعية ولو لم يكن المتبوع حرا في اختيار تابعه متى كان هذا الأخير يعمل لحساب المتبوع"

يتضح من المادة أنه يشترط لقيام مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه تحقق شرطين: الأول هو وجود علاقة تبعية، والثاني إحداث الضرر أثناء وبسبب تأدية التابع لأعمال وظيفته:

1- وجود علاقة تبعية:

تقوم علاقة التبعية على توافر الولاية والرقابة والتوجيه، بحيث يكون للمتبوع سلطة فعلية طالت مدتها أو قصرت في إصدار الأوامر إلى التابع في طريقة أداء عمله والرقابة عليه في تنفيذ هذه الأوامر ومحاسبته على الخروج عليها، سواء عن طريق العلاقة العقدية بين التابع والمتبوع أو غيرها، وسواء استعمل المتبوع هذه السلطة أو لم يستعملها طالما في استطاعته استعمالها ولو عن طريق تابع آخر له.[1]

ولا يشترط حتى يمكن القول بوجود علاقة تبعية أن توجد سلطة عقدية تقوم على اختيار التابع للمتبوع، وليس من الضروري أيضاً أن تكون السلطة شرعية، بل يكفي أن تكون سلطة فعلية، فقد لا يكون للمتبوع الحق في هذه السلطة، بأن يكون قد استمدها من عقد باطل أو عقد غير مشروع أو اغتصابا دون عقد أصلاً، ولكن ما دام يستعملها فعلاً، بل ما دام يستطيع أن يستعملها حتى لو لم يستعملها بالفعل، فإن ذلك يكفي لقيام علاقة التبعية، ولا يكفي أن يكون هناك مجرد رقابة وتوجيه، بل لا بد أن تكون هذه

[1]- الفقي إبراهيم رياض: المرجع السابق، ص 19.

الرقابة والتوجيه في عمل معين يقوم به التابع لحساب المتبوع.[1]

أما عن شرط علاقة التبعية في المجال الإلكتروني ففي توفره بالشكل السابق ذكره صعوبات نذكر أهمها فيما يلي[2]:

– في الأنظمة التقليدية تكون علاقة التبعية واضحة، حيث يعرف رب العمل والتابع للجمهور، مما يسهل تحديد مسؤولية المتبوع عن أفعال تابعه. ولكن في بيئة العمل الإلكترونية، تصبح علاقة التبعية أقل وضوحا بسبب استخدام الأساليب التقنية في علاقات العمل بين العمال وأصحاب العمل، إذ لا يجمعهم مكان واحد، ولا بلد واحد، فيتم الاتفاق على عمل معين مقابل أجر محدد دون إشراف حقيقي، وتتم هذه التعاملات غالبا بشكل سري، مما يعقد تحديد المسؤولية ومساءلة المتبوع.

– كما أن عدم اشتراط وجود علاقة التبعية القانونية يمكن أن يسهل للمضرور المطالبة بالتعويض، خاصة مع تزايد الاعتداءات الإلكترونية. قد يستعين المعتدون الإلكترونيون بمبرمجين وتقنيين عبر عقود للدخول إلى الأنظمة الرسمية وسرقة البيانات أو زرع فيروسات، مما يهدد الأمن السيبراني.[3]

– في العمليات الإلكترونية، تتعدد الأطراف وعلاقة التبعية بينهم غير واضحة مما يسبب مشاكل، لذا يمكن للمتضرر رفع دعوى تعويض ضد الشركة على أساس المسؤولية القانونية.

– صعوبة إثبات رابطة التبعية لأن العلاقة بين صا حب الموقع ومن يساعدونه على تنفيذ أعماله غالباً ما تكون تعاقدية مستقلة، ولا تتضمن خطأ من صاحب الموقع نفسه.

والحل هو أن يوسع مفهوم "علاقة التبعية "بما يتناسب مع طبيعة العقود الإلكترونية الحديثة، بحيث لا تُفهم التبعية فقط على أساس الرقابة الفعلية التقليدية، بل على أساس التوجيه الفني أو الاقتصادي، أي "التبعية الاقتصادية أو التقنية"، وليس فقط التبعية القانونية المباشرة. فمثلاً، إن كان صاحب الموقع يتحكم

---

[1]– السنهوري عبد الرزاق: الوسيط في شرح القانوني المدني، مرجع سابق، ج1، ص860.

[2]– قارس بوبكر: المرجع السابق، ص 70-71.

[3]– عرفته المادة3/10 من القانون 18-04 "مجموع الأدوات والسياسات ومفاهيم الأمن والآليات الأمنية والمبادئ التوجيهية وطرق تسيير المخاطر والأعمال والتكوين والممارسات الجيدة والضمانات والتكنولوجيات التي يمكن استخدامها في حماية الاتصالات الإلكترونية ضد أي حدث من شأنه المساس بتوفر وسلامة وسرية البيانات المخزنة أو المعالجة أو المرسلة"القانون 18-04 الذي يحدد القواعد العامة المتعلقة بالبريد والاتصالات الإلكترونية المؤرخ في 24 شعبان عام 1439 الموافق 10 مايو سنة 2018 ج.ر 27 الصادرة 27 شعبان عام 1439هـ الموافق 13 مايو سنة 2018م.

في طريقة أداء المبرمج أو المصمم أو يوجهه توجيها دائما، فذلك قد يعد قرينة على التبعية.[1]

2-أن يصدر الفعل الضار أثناء، بسبب وبمناسبة تأدية التابع لأعمال وظيفته:

إذا حدد القانون نطاق هذه المسؤولية بأن يكون الفعل الضار واقعاً من التابع حال تأدية الوظيفة أو بسببها، لا يقصد أن تكون المسؤولية مقتصرة على خطأ التابع وهو يؤدي عملاً من أعمال وظيفته، أو أن تكون الوظيفة هي السبب المباشر لهذا الخطأ، أو أن تكون ضرورية لتمكين وقوعه فقط، بل تتحقق المسؤولية أيضاً كلما كان فعل التابع قد وقع منه أثناء تأدية وظيفته، أو كلما استغل وظيفته أو ساعدته هذه الوظيفة على ارتكاب فعله غير المشروع أو هيأت له بأية طريقة كانت فرصة ارتكابه، وسواء وقع الخطأ بعلم المتبوع أو بغير علمه، يشمل الفعل الضار كل فعل ترتب عنه ضرر، بغض النظر عن تكييف سلوك من صدر منه مشروعا أو غير مشروع متعمد أو غير متعمد، فالعبرة تكون بالنتيجة التي يرتبها ذلك الفعل وهو الضرر.[2]

تخرج الأخطاء التي يرتكبها التابع عن نطاق مسؤولية المتبوع إذا لم يكن هناك ارتباط مباشر بين الخطأ وأعمال الوظيفة التي يؤديها التابع. بعبارة أخرى، إذا كان الخطأ الذي ارتكبه التابع ليس مرتبطًا بشكل مباشر بوظيفته أو لم يكن من الضروري أن يحدث نتيجة لوظيفته، فإن مسؤولية المتبوع لا تشمل هذا الخطأ. فإذا ارتكب التابع خطأً في غير أوقات العمل، أو خلال فترة تغيبه أو انقطاعه عن العمل، فإن الصلة بين الخطأ والوظيفة تنقطع، ويصبح التابع مسؤولاً عن أفعاله بشكل فردي.[3]

لذلك، لا يمكن القول بانعقاد مسؤولية المتبوع عن جميع أخطاء تابعيه، وإنما يجب أن تكون هذه الأخطاء قد تمت بمناسبة تأدية التابع لأعماله أو بسببها. فيجب أن يرتبط الخطأ والضرر وعلاقة السببية بالوظيفة التي يقوم بها التابع حتى تنعقد مسؤولية المتبوع، بحيث يمكن التثبت من أنه لولا هذه الوظيفة، لما

---

[1]-Kchaou Ameni: La Resposabilité Civile Et Internet, Thèse De Doctorat en Droit, Université Jean Moulin - Lyon III-France, En Cotutelle Avec L'université De Sfax-Tunisie, 2022. Français, p316.

[2]- الفقي إبراهيم رياض: المرجع السابق، ص20.

[3]- فيلالي علي: الالتزامات الفعل المستحق للتعويض: مرجع سابق، ص 144.

كان للتابع أن يرتكب هذا الفعل الضار، سواء أكان ذلك بطريق الإهمال أو بتعمد إحداث ضرر بالغير.[1]

في التجارة الإلكترونية يمكن القول إن التحديات ذاتها التي تم تناولها في دراسة شرط التبعية نجدها في هذا الشرط، فإذا كانت في المسؤولية التقليدية الصعوبات تقتصر على الحالات التي تحدث أثناء أداء العمل، دون النظر إلى الحالات التي تحدث قبل أو بعد أداء العمل، فإنها في سياق الأخطاء الإلكترونية، جميع هذه الصور تصبح صعبة التحقق، حيث يصعب على المتضرر في المجال الإلكتروني إثبات أن الفعل الضار ارتكب أثناء تأدية العمل بسبب طبيعة الأعمال الإلكترونية التي تتم عن بعد دون الحاجة لتواجد التابع والمتبوع في نفس المكان حتى لا يوجد توقيت محدد للعمل عادة. [2]

لذلك، تم وضع مجموعة من الأسئلة لتحديد ما إذا كانت مسؤولية المتبوع قائمة في مثل هذه الحالات، بغض النظر عن كون المسؤولية تقليدية أم إلكترونية. هذه الأسئلة تشمل[3]:

أ- هل ساعدت الوظيفة التابع في ارتكاب الفعل الضار أو ساهمت في ذلك؟

ب- هل استفاد رب العمل من ارتكاب التابع للخطأ، أو كان من المفترض أن يستفيد؟

ت- هل ارتكاب الخطأ كان جزءا من الأنشطة المعتادة للعمل، أم كان تصرفًا شاذًا؟

ث- هل ارتكب الفعل الضار أثناء أوقات العمل أو في مكان مخصص للعمل؟

لربط الأسئلة بمسؤولية المتعاقدين في المعاملات الإلكترونية، يمكن الإجابة على النحو التالي:

أ-هل ساعدت الوظيفة التابع في ارتكاب الفعل الضار أو ساهمت في ذلك؟

في المعاملات الإلكترونية، أيضا يمكن أن تساهم وظيفة التابع في إحداث الفعل الضار إذا كانت الأدوات أو النظام الذي يستخدمه التابع قد سخر للقيام بالأفعال غير القانونية أو يسمح بذلك. كأن يسلم للتابع برنامج يمكنه من الوصول إلى البيانات أو الأنظمة، فقد يستخدم هذا الوصول لإجراء عمليات غير قانونية كالتجسس أو القرصنة أو حتى السرقة أو زرع فيروسات في أنظمة الغير. في هذه الحالة، يكون التابع

---

[1]- الفقي إبراهيم رياض: المرجع السابق، ص 21.

[2]- قارس بوبكر: المرجع السابق، ص 74.

[3]- المرجع نفسه، ص75.

قد تجاوز حدود الوظيفة أي استعمل صلاحياته المهنية بطريقة غير مشروعة في إطار ممارسته لوظيفته.[1]

ب- هل استفاد رب العمل من ارتكاب التابع للفعل الضار، أو كان من المفترض أن يستفيد؟

دائما في سياق التجارة الإلكترونية، إذا كان الفعل الضار الذي ارتكبه التابع يؤدي إلى استفادة مباشرة أو غير مباشرة لصاحب العمل، فقد تثور مسؤولية هذا الأخير عن تلك الأفعال. فمثلا إذا كان التابع يسرق بيانات لاستخدامها في تحقيق مكاسب للشركة، فإن صاحب العمل يمكن أن يعتبر مستفيدًا من الفعل الضار حتى ولو لم يكن يعلم بفعل التابع. لكن هذا الأمر ليس قاعدة فقد يستغل التابع الوظيفة لتحقيق مكاسب شخصية.[2]

ت- هل ارتكاب الفعل الضار كان جزءا من الأنشطة المعتادة للعمل، أم كان تصرفًا شاذًا؟

تبعا لما ذكرنا سابقا في المعاملات الإلكترونية أحيانا يصعب تحديد ارتباط الفعل الضار بالوظيفة لذا يجب تحديد ما إ ذا كان السلوك المتسبب في الضرر الصادر من التابع جزءا من المهام الاعتيادية التي يقوم بها في إطار عمله، أم أنه تصرف شاذ وغير معتاد، فإذا كان التابع قد أحدث الضرر بفعل مخالف للمعايير المتبعة في العمل، فقد يعتبر تصرفًا شاذًا.[3]

ث- هل ارتكب الفعل الضار أثناء أوقات العمل أو في مكان مخصص للعمل؟

تحديد هذا الأمر صعب ففي المجال الإلكتروني في الغالب العمل مستمر لـ24 ساعة فقد يكون العمل على شكل مجموعة من المهمات اليومية يقوم بها التابع دون اشتراط للوقت لذا فقد يقوم بها في أي وقت، أو قد يستعين التابع بتطبيق يقوم ببرمجته للقيام بمهامه على مدار اليوم، لذلك من صعب الأخذ بضابط توقيت العمل في المجال الإلكتروني، كذلك ضابط مكان العمل في الغالب يتم العمل عن بعد فلا يجمع صاحب العمل العمال مكان واحد لذا الأخذ بقرينة مكان العمل لا يمكن في المجال الإلكتروني، في

---

[1]-Aurélie Serrano, L'utilisation des outils technologiques au travail : quelles sont les règles?, La lettre juridique, novembre 2006.
Vuehttps://www.lexbase.fr/article-juridique/3208692-ev-a9nement-l-utilisation-des-outils-technologiques-au-travail-quelles-sont-les-r-a8gles

[2]- Kchaou Ameni:Op.cit, P309-310.

[3]-Serrano Aurélie, Op.cit.

حين ضوابط بسبب الوظيفة أو بمناسبتها أو أثنائها يمكن تطبيقهم في التجارة الإلكترونية.

لأن فقدان السيطرة البصرية و الجسدية الناتجة عن العمل عن بعد يضعف في حد ذاته العلاقة مع صاحب العمل، مما قد يعكس شكلاً من أشكال نقص الولاء أو نقص الالتزام. ومع ذلك، فإن عدم الوجود الجسدي لصاحب العمل بجانب الموظف لا يعني غياب أي نوع من أنواع المراقبة على الأخير. إذ تتيح التقنيات الجديدة للمراقبة عن بعد لصاحب العمل ممارسة الرقابة اللازمة على موظفه الذي يعمل بطريقة العمل عن بعد. الأهم هو أن يحترم صاحب العمل مبدأ الولاء أثناء ممارسة هذه الرقابة وفقًا لقانون العمل.[1]

مما سبق نستنتج أنه في المجال الإلكتروني، إذا كان الفعل الضار قد ارتَكب أثناء، بسبب أو بمناسبة العمل كاستخدام الأنظمة والأدوات الخاصة بالعمل، يكون من الأسهل ربطها بمسؤولية صاحب العمل، وكذا ضابط ما يلحق رب العمل من فائدة ومنفعة. لذا فتحديد المسؤولية يتطلب تقييم دقيق للعلاقة بين التابع والأفعال الضارة التي قام بها، وكيفية ارتباط هذه الأفعال بعمله وبيئته الإلكترونية.

وقد حكمت المحكمة الابتدائية في مارسيليا على صاحب عمل بسبب موظفه الذي أنشأ موقع إنترنت ساخر. وقد عوقب صاحب العمل لأنه زود موظفه بالوسائل التقنية اللازمة لإنشاء الموقع المذكور. ورأت المحكمة أن خطأ الموظف قد ارتكب في إطار مهامه، "تم إنشاء الموقع المثير للجدل في مكان العمل بفضل الوسائل التي وفرتها الشركة".[2]

وفقًا للحكم المشار إليها، يمكننا أن نستنتج أن صاحب العمل لا يمكنه التنصل من مسؤوليته بسبب موظفه إلا إذا أثبت أن الأخير قد ارتكب إساءة استخدام لسلطاته. أي عندما يعمل "خارج مهامه، دون إذن ولأغراض غير متعلقة بمهامه". إن غياب الحظر من قبل صاحب العمل للموظف لإنشاء موقع احتيالي أو برامج مقرصنة لا يمكن أن يفترض وقوع إذن.[3]

---

[1]-Kchaou Ameni: Op.cit, p316.

[2]-Tribunal de grande instance de Marseille, 11 juin 2003, n° 01/00390 Union mutuelle solidarité c/ Mme Marie-Jeanne Clain, inédit vue https://www.lexbase.fr/article-juridique/3208692-ev-a

[3]-Kchaou Ameni: Op.cit, p309.

البند الثاني: التكييف الشرعي لمسؤولية المتبوع الناتجة عن التجارة الإلكترونية.

وجدنا سابقا في معرض الحديث عن مسؤولية متولي الرقابة، أن المبدأ العام في الفقه الإسلامي، أن لا يسأل الشخص عن ضرر أحدثه أو تسبب به غيره، لذا اختلف الباحثون المعاصرون حول تنظيم الفقه الإسلامي للمسؤولية عن الغير، هل لها أصل شرعي وبالتالي نظمها الفقه الإسلامي أم لا؟ وإن كان يوجد لها صور في الفقه الإسلامي؟ وماهي شروطها؟

أولا: التأصيل الشرعي لمسؤولية المتبوع.

ذهب بعض العلماء كعلي الخفيف، القاضي منير، وسيد عبد الله حسين إلى أن الفقه الإسلامي لا يقر هذا النوع من المسؤولية أو الضمان، وعلى من يدعي مسؤوليتهم إقامة الدليل على ذلك، بل جاء ما يعارض ويبطل هذا الزعم، وأن ما ذهب إليه الفقهاء القدامى من تضمين الأجير إنما اشتبه على البعض فقط، لأن الأجير الخاص أمين على المال الذي تحت يده، لكنه لا يكون مسؤولا عما يتلف منه إلا إذا قصر في حفظه، أو تعدى عليه فأتلفه فضمان التالف يكون على مؤجره مالك المال،[1] وحججهم في ذلك:

قوله تعالى: ﴿ وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَىٰ وَإِن تَدْعُ مُثْقَلَةٌ إِلَىٰ حِمْلِهَا لَا يُحْمَلْ مِنْهُ شَيْءٌ وَلَوْ كَانَ ذَا قُرْبَىٰ ﴾ فاطر[18].

وقوله أيضا: ﴿ كُلُّ نَفْسٍ بِمَا كَسَبَتْ رَهِينَةٌ ﴿٣٨﴾ ﴾ المدثر [38].

وقوله:﴿ لَهَا مَا كَسَبَتْ وَعَلَيْهَا مَا ٱكْتَسَبَتْ ﴾ البقرة [286].

وردَّ عليهم أن هذه النصوص وردت في المسؤولية الجنائية، أما المدنية عن فعل الغير فالأصل فيها حديث الرسول ﷺ: {**كُلُّكُمْ رَاعٍ ومسؤول عَنْ رَعِيَّتِهِ، فَالْإِمَامُ رَاعٍ وَهُوَ مسؤول عَنْ رَعِيَّتِهِ، وَالرَّجُلُ فِي أَهْلِهِ رَاعٍ وَهُوَ مسؤول عَنْ رَعِيَّتِهِ، وَالْمَرْأَةُ فِي بَيْتِ زَوْجِهَا رَاعِيَةٌ، وَهِيَ مسؤولة عَنْ رَعِيَّتِهَا، وَالْخَادِمُ فِي مَالِ سَيِّدِهِ رَاعٍ وَهُوَ مسؤول عَنْ رَعِيَّتِهِ**}[2]، وبأن الآية الأولى وردت بلفظ عام ولم تصحب قرينة تنفي احتمال تخصيصها ولا

---

[1]- الخفيف علي: الضمان في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص176-177/ القاضي منير: محاضرات في القانون المدني العراقي(المستمد من القانون المدني العثماني-مجلة الأحكام-)، معهد الدراسات العربية العالمية، جامعة الدول العربية، 1954، ص33. وقد طرح موقفه أول مرة في كتابه ملتقى البحرين، سنة 1951./ سيد عبد الله حسين: المرجع السابق، ص272.

[2]- أخرجه البخاري في صحيحه، أبو اليمان: أخبرنا شعيب، عن الزهري قال: أخبرني سالم بن عبد الله، عن عبد الله بن عمر ψ، كتاب الاستقراض وأداء الديون والحجر والتفليس رقم (48)، باب العبد راع في مال سيده، ولا يعمل إلا بإذنه رقم (20)، ح.ر 2278، ج2، ص848.

قرينة تنفي دلالتها على العموم، فصيغة الآية مطلقة من القرائن اللفظية كالاستثناء أو الشرط أو الوصف أو الغاية.[1]

في حين يرى البعض الآخر كمصطفى أحمد الزرقا، وهبة الزحيلي، سيد أمين، رأفت مُحَمَّد أحمد حماد، أن مبدأ المسؤولية عن فعل الغير مبدأ أصيل في الفقه الإسلامي ويتبين ذلك من خلال استعراض ما دونه الفقهاء من صور تؤصل هذا المبدأ، لأن فقهاء الإسلام لم يتحدثوا في الضمان أو في غيره بشكل تجريدي، وإنما بمنهج خاص بهم فهم كانوا يعمدون إلى ذكر المسائل ويضعون لها الحلول أو يطرحون فروضا بمسائل ويضعون لها النتائج بناء على ما يستنبطونه من المصادر النقلية في الفقه الإسلامي أو المصادر العقلية، ملتزمين في ذلك بعلم أصول الفقه الذي انفردوا بوضع قواعده.[2]

وأدلة ذلك توضحها صور الضمان عن التبعة الناشئة عن عمال الأمير وعمال الدولة الثابتة من السنة ومن الآثار، والتبعة الناشئة في مواضيع إجارة الأشخاص وهو ماسنوضحه في العنصر الموالي.

ثانيا: صور الضمان عن التبعة الناشئة عن العمال في الفقه الإسلامي.

يمكن تصنيف هذه الصور إلى قسمين رئيسيين: القسم الأول الضمان عن التبعة الناشئة عن الأمير وعمال الدولة، والقسم الثاني :الضمان الناشئ عن إجارة الأشخاص.

1- الضمان عن التبعة الناشئة عن الأمير وعمال الدولة:

في الفقه الإسلامي لا يعفى أحد من ضمان تبعات أفعاله سواء أكان مخطئا أو متعديا، بدءا من الخليفة أو الإمام أو الحاكم إلى أبسط فرد في المجتمع، فكل إنسان يحاسب على ما يصدر منه من أفعال وأقوال أمام الله تعالى في الآخرة، إلى جانب مسؤوليته أمام مجتمعه في الدنيا. وتأكيدًا على ذلك، تزخر الشريعة بالعديد من الأدلة التي نذكر منها:

---

[1]- سيد أحمد أمين: المرجع السابق، ص 128.

[2]- الزرقا مصطفى أحمد: مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص152 ومابعدها/ الزحيلي وهبة: نظرية الضمان، مرجع سابق، ص256. /سيد أحمد أمين: المرجع سابق، ص 128./ رأفت مُحَمَّد أحمد حماد: معيار مسؤولية المتبوع عن انحراف تابعه في القانون المدني والفقه الإسلامي، مجلة الشريعة والقانون، مج17، ع20، 1426هـ-2005م، ص207-208.

أ- من السنة النبوية:

كان رسول الله ﷺ بعث فيما حول مكة السرايا تدعو إلى الله عز وجل، ولم يأمرهم بقتال، وكان ممن بعث خالد بن الوليد، وأمره أن يسير بأسفل تهامة داعيا، ولم يبعثه مقاتلا، فوطئ بني جذيمة، فأصاب منهم. ثم دعا علي بن أبي طالب τ فقال: "يا علي اخرج إلى هؤلاء القوم، فانظر في أمرهم، واجعل أمر الجاهلية تحت قدميك فخرج حتى جاءهم ومعه مال قد بعثه رسول الله ﷺ به، فودي لهم الدماء وما أصيب من الأموال، حتى إذا لم يبق شيء من دم ولا مال إلا وأداه، بقيت معه بقية من المال. فقال لهم علي ﷺ حين فرغ منهم: هل بقي لكم دم أو مال لم يود إليكم؟ قالوا: لا، قال: فإني أعطيكم هذه البقية من هذا المال احتياطا لرسول الله ﷺ مما لا يعلم ولا تعلمون ففعل، ثم رجع الى رسول الله ﷺ فأخبره الخبر، فقال: {أَصبت وأَحسنْت}.[1]

ويستفاد من هذا الحديث أن ولي الأمر يتحمل خطأ عامله، فهذا الحديث وغيره من الأحاديث في السياق نفسه التي توافق أساسا النظرية القانونية الحديثة في مسؤولية المتبوع عن خطأ تابعه كما هو واضح، والفرق أن هذا الحديث بالنظر الإسلامي يشمل المسؤولية الدينية أمام الله تعالى في الآخرة، والمسؤولية المدنية "المالية" في الدنيا، أمام القانون فلا يعرف غير المسؤولية المدنية، ولا ينظر إلى سوى ما في الدنيا.[2]

ب-من الآثار:

قال عمر بن الخطاب ﷺ:«أيما عامل لي ظلم أحدا فبلغتني مظلمته فلم أغيرها فأنا ظلمته ».[3]

وأتى عمر بن عبد العزيز رجل فقال: "يا أمير المؤمنين زرعت زرعا؛ فمر به جيش من أهل الشام فأفسدوه. قال: فعوضه عشرة آلاف".[4]

ويذهب الرأي الغالب من الفقهاء إلى أن التبعة تقع على بيت المال، لأن الخطأ قد يكثر في أحكامه

---

[1]- ابن جرير الطبري، أبو جعفر: تاريخ الرسل والملوك، تح: مُحَمَّد أبو الفضل إبراهيم، ط2، دار المعارف، مصر، 1387 هـ- 1967 م، ج3، ص67.

[2]- الزرقا مصطفى أحمد: مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص157- 158.

[3]- ابن سعد: الطبقات الكبرى، تق: إحسان عباس،د.ط، دار صادر، بيروت-لبنان، 1968م، ج3 ، ص 305.

[4]- القاضي أبو يوسف: الخراج، تح: طه عبد الرؤوف سعد، وسعد حسن مُحَمَّد، ط.ج، المكتبة الأزهرية للتراث، مصر، د.ت.ن، ص132.

واجتهاده، ولأنه نائب عن الله تعالى في أحكامه وأفعاله فكان أرش جنايته في مال الله تعالى عز وجل،[1] كما أن فعل الإمام لمصلحة المسلمين وقد تكثر أخطاؤه وتقع على النفس، فيكون الإجحاف في إيجاب الدية على عاقلته.[2]

إذ جاء في المغني:" وأما، خطأ الإمام والحاكم في غير الحكم والاجتهاد، فهو على عاقلته. بغير خلاف، إذا كان مما تحمله العاقلة، وما حصل باجتهاده، ففيه روايتان؛ إحداهما، على عاقلته أيضا لأنه جان، فكان خطأه على عاقلته، كغيره. والثانية، هو في بيت المال. وهو مذهب الأوزاعي، والثوري، وأبي حنيفة، وإسحاق؛ لأن الخطأ يكثر في أحكامه واجتهاده، فإيجاب عقله على عاقلته يجحف بهم، ولأنه نائب عن الله تعالى في أحكامه وأفعاله، فكان أرش جنايته في مال الله سبحانه. وللشافعي قولان، كالروايتين".[3]

وجاء في المهذب:" ما يجب بخطأ الإمام من الدية بالقتل ففيه قولان: أحدهما: يجب على عاقلته والثاني: يجب في بيت المال لأن الخطأ يكثر منه في أحكامه واجتهاده فلو أوجبنا ما يجب بخطئه على عاقلته أجحفنا بهم فإذا قلنا أنه يجب على عاقلته وجبت الكفارة في ماله كغير الإمام وإذا قلنا إنها تجب في بيت المال ففي الكفارة وجهان: أحدهما: أنها تجب في ماله لأنها لا تتحمل والثاني: أنها تجب في بيت المال لأنه يكثر خطؤه فلو أوجبنا في ماله أجحفنا به".[4]

2- الضمان عن إجارة الأشخاص:

تظهر مسؤولية المتبوع عن تابعه في الفقه الإسلامي عند الفقهاء في مسائل إجارة الأشخاص، وقد عرفنا سابقا أن هناك نوعان من إجارة الأشخاص الأجير المشترك والأجير الخاص كما قد يتداخل النوعان

---

[1]- رأفت محمد أحمد حماد: المرجع السابق، ص 209.

[2]- الزرقا مصطفى أحمد: مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص158.

[3]- ابن قدامة المقدسي: المغني، تح: عبد الله بن عبد المحسن التركي، عبد الفتاح محمد الحلو، ط3، دار عالم الكتب للطباعة والنشر والتوزيع، الرياض-المملكة العربية السعودية، 1417هـ -1997م، ج12، ص35.

[4]- الشيرازي، أبو إسحاق: المهذب في فقه الإمام الشافعي، د.ط، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان، د.ت.ن، ج3، ص238.

لذا سنفصل في أحكامها حسب الفقهاء كما يلي:

يعتبر الأجير الخاص تابعا لمستأجره في الفقه الإسلامي وذلك لما ورد في سنن أبي داود{**أَنَّ رَسُولَ اللهِ ﷺ رَدَّ شَهَادَةَ الْخَائِنِ وَالْخَائِنَةِ، وَذِي الْغِمْرِ عَلَى أَخِيهِ، وَرَدَّ شَهَادَةَ الْقَانِعِ لِأَهْلِ الْبَيْتِ، وَأَجَازَهَا لِغَيْرِهِمْ.**} قال أبو داود : "الغمر: الحقد والشحناء، والقانع: الأجير التابع مثل الأجير الخاص[1] والأجير الخاص هذه صفته (أي تابع)".[2]

أي أنه قد يكون تابعا لشخص عادي تعاقد معه ليقوم له بعمل في بيته أو حقله أو متجره لمدة طويلة أو قصيرة حسب الحاجة، وقد يتداخل النوعان فيكون الأجير الخاص أجيرا لأجير عام مشترك كالعامل لدى الصباغ أو الحداد أو الخياط، وكالممرضة لدى الطبيب، وأمثالهم لدى أصحاب المهن والحرف المختلفة، ففي هذه الحال الضمان على الأستاذ–الأجير العام– دون الاجير الخاص اذا لم يخالف ولم يتعد ولم يتعمد،[3] أما فيما بين أستاذه والمتعاقدين معه تطبق أحكام الأجير العام.[4]

فعند الحنفية: جاء في المبسوط: " الأجير الخاص لا يكون ضامنا فيما يتلف بعمل المأذون فيه"[5]

وجاء في مجلة الأحكام العدلية (المادة 610): "الأجير الخاص أمين. فلا يضمن المال الهالك بيده بغير صنعه وكذلك لا يضمن المال الهالك بعمله بلا تعد".[6]

وجاء في شرح مختصر الطحاوي: "والأجير الخاص لا ضمان عليه في قولهم جميعا، والاجير الخاص هو الذي يستحق الأجر بمضي المدة مع التسليم فيصير الشيء في يده كالوديعة ولا يضمن ما جنت يداه، ما لم يخالف لأن عمله غير مضمون، إذ كان الأجر مستحقا بالتسليم لا بالعمل".[7]

---

[1]– أخرجه أبو داود في سننه، عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده– مُحَمَّد بن عبد الله بن عمرو بن العاص –، كتاب الأقضية، باب من ترد شهادته رقم (16)، ح.ر 3600، ج5، ص456.

[2]– الجصاص: المرجع السابق، ج1، ص 620.

[3]– السُّغْدي: المرجع السابق، ج 2، ص561.

[4]– الزرقا مصطفى أحمد: مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه، مرجع سابق، ص159.

[5]– السرخسي: المرجع السابق، ج16، ص15.

[6]– مجلة الأحكام العدلية، المرجع السابق، ص 114.

[7]– الجصاص: المرجع السابق، ج3، ص399.

وعند المالكية: الأجير الخاص للرجل، أو للجماعة دون غيرهم، والصانع الخاص الذي لم ينصب نفسه لذلك، فلا ضمان على هؤلاء،[1] فالأجير المشترك ضامن إلا أن لا يكون مفرطًا، أما الأجير الخاص فلا يضمن.[2]

أما عند الشافعية: للشافعي في المسألة قولان: جاء في مغني المحتاج:"الأول: ولو تلف المال أو بعضه في يد أجير قبل العمل فيه أو بعده بلا تعد لم يضمن إن لم ينفرد ذلك الأجير باليد، لأن يد المالك ثابتة على العين حكما، وإنما استعان بالأجير في شغله كالمستعين بالوكيل، وكذا إن انفرد باليد، في أظهر الأقوال. والقول الثاني: يضمن كالمستام[3]؛ لأنه أخذه لمنفعة نفسه. وقال الربيع: "اعتقاد الشافعي أنه لا ضمان على الأجير، وأن القاضي يقضي بعلمه، وكان لا يبوح به خشية قضاة السوء وأجراء السوء.وقال الفارقي بعد أن صحح الأول: "إلا أن يعمل بالثاني لفساد الناس ولي نحو ثلاثين سنة ما أفتيت بواحد من القولين ولا حكمت إلا بالمصلحة".[4].

بينما عند الحنابلة: جاء في الهداية:" وأما الأجير الخاص: وهو الذي يسلم نفسه إلى المستأجر للعمل فلا ضمان عليه فيما جنت يده، إلا أن يقر أنه تعمد الجناية".[5]

ولخص المغني آراء جميع المذاهب في قوله: " فأما الأجير الخاص فهو الذي يستأجر مدة، فلا ضمان عليه، ما لم يتعد...وهذا مذهب مالك، وأبي حنيفة وأصحابه. وظاهر مذهب الشافعي، وله قول آخر: أن جميع الأجراء يضمنون. وروى في مسنده، عن علي τ، أنه كان يضمن الأجراء، ويقول: "لا يصلح الناس إلا هذا". ولنا، أن عمله غير مضمون عليه، فلم يضمن ما تلف به، كالقصاص وقطع يد السارق. وخبر

---

[1] القاضي عياض: المرجع السابق، ص1524.

[2]- الوائلي، محمد بن حمود: بغية المقتصد شرح بداية المجتهد لابن رشد الحفيد، تح: كاملة الكواري، تق: عبد الله بن إبراهيم الزاحم، ط1، دار ابن حزم، بيروت – لبنان، 1440 هـ - 2019 م، ج13، ص7735.

[3]- المستام: هو الراغب في الشراء، (الأدمي، تقي الدين أحمد بن محمد بن علي البغدادي: المنور في راجح المحرر، ط1، دار البشائر الإسلامية للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت– لبنان، 1424 هـ - 2003 م، ص349) وضمان المستام هو أجرة المدة التي فاتت المنافع فيها تحت يده(ابن الرفعة، أحمد بن محمد بن علي الأنصاري، أبو العباس، نجم الدين: كفاية النبيه في شرح التنبيه، تح: مجدي محمد سرور باسلوم، ط1، دار الكتب العلمية، 2009م، ج9، ص116)

[4]- الخطيب الشربيني: المرجع السابق، ج3، ص 477.

[5]- الكلوذاني، أبو الخطاب: المرجع السابق، ص 297.

علي مرسل، والصحيح فيه أنه كان يضمن الصباغ والصواغ".[1]

يشترط لتحقق الضمان عن التبعة الناشئة عن الأجير الخاص في الفقه الإسلامي مايلي:

- أن يكون هناك عقد يقتضي أن يسلم الأجير الخاص منافعه لصالح المؤجر، ويكون العمل الذي يؤديه مشروعا يقتضي أن يطيع فيه المؤجر ويمتثل لأمره.[2]

- وقوع ضرر يصيب الغير بسبب تأديته للوظيفة،[3] في حدود العمل الذي ينجزه آلة ومحلا وكيفية بسبب العرف الشائع، أو كان مأمورا به من صاحب العمل صراحة أو ضمنا.[4]

ثالثا: أساس الضمان عن التبعة الناشئة عن العمال في الفقه الإسلامي.

مما سبق يتبين لنا أن مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه فكرة راسخة في الفقه الإسلامي، سواء كان التابع من عمال الدولة، أو من الأجراء الخواص التابعين لغيرهم ممن يعملون لصالح أنفسهم، ويعود نفع العمل لصالحهم، فمن الشواهد الفقهية هو أن قضية مسؤولية الإنسان عن فعل غيره "وليس عن فعل نفسه" ليست غريبة عن الشريعة الإسلامية وفقه فقهائها بل إن شواهدها قائمة في الكتاب والسنة النبوية الشريفة في نصوص عامة وخاصة، كما أنها قائمة في فقه المذاهب، فهي مبدأ أصيل في الشريعة، وليس مستوردا من القانون الوضعي، وإن كان في القانون منظوما في نظرية الفعل الضار بصورة منسقة مؤصلة لها في مكانها الخاص في النظرية، أما في فقهنا ومصادره فالمبدأ منثور وموزع بين الفروع الفقهية في أبواب عديدة.[5]

أيضا مما نستخلصه مما سبق عرضه من أقوال، أن فقهاء المسلمين قد تعرضوا لأساس هذه المسؤولية في معرض حديثهم عن تضمين الأجير إذ نجد أن هناك اتجاهين فقهيين في المسألة:

---

[1]- ابن قدامة: المرجع السابق، ج8، ص106.

[2]- سيد أحمد أمين: المرجع السابق، ص 145.

[3]- المرجع نفسه، ص 145-146.

[4]- الزحيلي وهبة: نظرية الضمان في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 257.

[5]- الزرقا مصطفى أحمد: مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه، مرجع سابق، ص 163.

1- أساس الضمان هو النيابة:

يستخلص الاتجاه الأول من ظاهر الأقوال والأمثلة المختلفة التي أوردها الفقهاء، أن أساس هذا الضمان أو المسؤولية هو النيابة،[1] لأن الأجير الخاص يده نائبة عن يد مؤجره،[2] كما لو تعثر فسقط مافي يده على الأرض وانكسر أو خرب، فإن عمله في هذه الحال مع عدم التقصير والتعدي يعتبر كعمل معلمه المستأجر له، لأنه إنما يعمل بتسليط وأمر منه، فكأنه نائب عنه وقائم مقامه في العمل، وأن الضرر يعتبر من قبيل القضاء والقدر يتحمله معلمه الذي يعمل لصالحه.[3]

2- أساس الضمان هو تحمل التبعة:

أما الاتجاه الثاني فبين أن أساس الضمان عن التبعة الناشئة عن الأجير هي تحمل التبعة عن فعل الغير القائم على المنفعة التي يجنيها المستأجر من خدمات الأجير التابع، وذلك وفقا للقاعدة المقررة في الفقه الإسلامي "الغنم بالغرم".[4]

من ذلك ما جاء في بدائع الصنائع:" ولو استأجر رجلا ليحفر له بئرا في الطريق فحفر فوقع فيها إنسان، فإن كانت البئر في فناء المستأجر فالضمان عليه لا على الأجير؛ لأن له ولاية الانتفاع بفنائه".[5]

وفي مجمع الضمانات:" صاحب حانوت أمر أجيرا له ليرسل له الماء في طريق المسلمين ففعل وعطب به إنسان عن أبي يوسف يضمن الآمر، ولو أمره بالوضوء فتوضأ كان الضمان على الأجير؛ لأن منفعة الوضوء تكون للمتوضئ ومنفعة الإرسال تكون للآمر".[6]

ثالثا: تطبيق أحكام الفقه الإسلامي في مسؤولية المتبوع على التجارة الإلكترونية.

يمكن إسقاط أحكام الفقه الإسلامي على مسؤولية المتبوع عن تابعه في التجارة الإلكترونية، ولأن التجارة الإلكترونية هي المعاملات الإلكترونية التي لا تكون فيها الدولة طرفا(أو ما يسمى بأعمال الحكومة

---

(1)- رأفت محمد أحمد حماد: المرجع السابق، ص 212.

(2)- السرخسي: المرجع السابق، ج16، ص218.

(3)- الزرقا مصطفى أحمد: مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه، مرجع سابق، ص160.

(4)- رأفت محمد أحمد حماد: المرجع السابق، ص 214.

(5)- الكاساني: المرجع السابق، ج7، ص277.

(6)- البغدادي، غانم بن محمد: المرجع السابق، ص159.

الإلكترونية)، فالصورة التي تنطبق علي التجارة الإلكترونية هي ضمان إجارة الأشخاص، ففي سياق العلاقات بين أصحاب المنصات الإلكترونية أو المتاجر الإلكترونية والموظفين أو مقدمي الخدمات العاملين تحت إشرافهم. وفيما يلي إسقاط أحكام كل نوع من أنواع إجارات الأشخاص في الفقه الإسلامي على التجارة الإلكترونية:

يمكن أن يكون الأجير العام في سياق التجارة الإلكترونية الموردين الإلكترونيين أو المبرمجين المستقلين، أو مسؤولي الشحن، أو مزودي الخدمات التقنية الذين يعملون لصالح عدة منصات دون ارتباط مباشر بمشغل معين. تتحدد مسؤوليتهم أو ضمانهم تبعا لأنشطتهم، فيضمنون ما ينتج عن تقصيرهم أو تعديهم من ضرر في الفضاء الرقمي، كالتقصير في تطوير برمجيات أو التقصير في إصلاح التالفة منها، وكتسريب بيانات المستخدمين أو استعمالها لأغراض غير مشروعة أو المتاجرة بها.

والأجير الخاص في التجارة الإلكترونية يشمل الموظفين الدائمين لدى المنصات الإلكترونية (سواء كانوا موردين أو مستهلكين) مثل مسؤولي خدمة العملاء، مشرفي المخزون، أو المبرمجين الداخليين. ووفقًا للفقه الإسلامي، لا يضمن الأجير الخاص الضرر الناتج عن عمله ما لم يكن هناك تعدّ أو تقصير واضح(أي تجاوز حدود خدمته المعتادة)، بل تقع المسؤولية على المتبوع –المنصة الإلكترونية–.

أو قد يكون هناك موظفين تابعين لمقدمي خدمات مستقلين، مثل عامل لدى شركة توصيل متعاقدة مع المنصة. في هذه الحالة، فإن مسؤولية الضمان تقع على الأجير العام (شركة التوصيل)، وليس الموظف نفسه، طالما لم يتعدَّ أو يخالف الأوامر. مثال: إذا قامت شركة خارجية بإدارة المخزون لصالح منصة إلكترونية وتسبب موظفوها في تلف البضائع، فإن الشركة المتعاقدة هي المسؤولة أمام المنصة، وليس الموظفون الأفراد.

الخلاصة:

مسؤولية المتبوع في التجارة الإلكترونية حسب أحكام الفقه الإسلامي حول الأجير العام والخاص.

الأجير العام يضمن الضرر الناتج عن عمله، في حين أن الأجير الخاص لا يضمن الضرر إذا لم يكن هناك تعدّ أو تقصير، والمسؤولية تقع على المتبوع (صاحب المنصة). وفي حال أجير الأجير العام، فإن المسؤولية تَقع على الأجير العام وليس على أجيره –الموظف المباشر–.

وقد يكون الأجير الخاص في التجارة الإلكترونية أي تقني استأجر للقيام بمهمة ما من قبل أحد الأشخاص حتى ولو لم يكن تاجرا أو محترفا فإن تبعة النشاط في حدود العقد وفي حدود المأمور به تقع على المستأجر حسب الفقه الإسلامي.

أما عن أساس المسؤولية فإننا نرى أنه لا تعارض بين الأساسين فيمكن الأخذ بالاعتبارين في التجارة الإلكترونية خاصة مع صعوبة الإثبات، لذا يمكن اعتبار أساس النيابة وتبعة النشاط من نفع، خاصة وأن تبعة النشاط من نفع تعود للمتبوع.

لأن الأجير حين يعمل إنما يعمل لمؤجره وفق عقد الإجارة فكان في عمله كالوكيل عن مؤجره، وكأن مؤجره هو واضع اليد وهو العامل، ولأن منافع الأجير مملوكة للمستأجر، فإذا أمره بالتصرف في ملكه صح وصار نائبا مقامه فصار منقولا إليه كأنه فعله بنفسه، ولذا كان غير مسؤول عما يترتب على عمله من ضرر يحدثه في ماله أو فيما استؤمن عليه إلا أن يكون فيه متعديا، ولذا إذا قصر في عمله أو تعدى فأفسد كان هو المسؤول وكان ضامنا.[1]

المطلب الثاني: المسؤولية عن الشيء الناتجة عن التجارة الإلكترونية.

نظم المشرع الجزائري المسؤولية الناشئة عن فعل الأشياء في القسم الثالث، من الفصل الثالث لباب مصادر الالتزام في القانون المدني، من خلال أربع مواد 138، 139، 140، 140 مكرر، إذ عالج مسؤولية الأشياء الغير الحية في المادة 138، ومسؤولية حارس الحيوان في المادة 139، والمسؤولية عن الحريق، وانهدام البناء في المادة 140، وأخيرا مسؤولية المنتج في المادة 140مكرر، فكل الأنواع السابقة لا تعنينا في المجال الإلكتروني لذا سنقتصر في دراستنا على مسؤولية الأشياء الغير حية فقط، لذا سندرس مدى تحقق صفة الشيء[2] في العالم الإلكتروني، وما مدى إنطباق أحكام المسؤولية عن الشيء في مجال التجارة

---

[1]- الخفيف علي: الضمان في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص177.(فالأستاذ هنا أخذ بالاعتبارين)

[2]- يقصد بالشيء بالمفهوم التقليدي هو:" كل ما هو مادي غير حي بغض النظر عن صفته أو نوعه، عقارا أو منقولا، جامدا أو سائلا، غازيا، أو صوتيا، صغيرا أو كبيرا، متحرك ذاتيا أو بفعل الإنسان أو ساكن، معيب أو غير معيب، خطير كالمواد المتفجرة والأسلاك الكهربائية أو غير خطير، ويستوي أن يكون مما يتطلب العناية الخاصة في حراسته كالآلات الميكانيكية أو غيرها".(فيلالي علي: الالتزامات–الفعل المستحق للتعويض–، مرجع سابق، ص183).

الإلكترونية (الفرع الأول)، ثم تكييف هذا القسم من المسؤولية في الفقه الإسلامي(الفرع الثاني).

الفرع الأول: إمكانية إثارة المسؤولية عن الشيء في المجال الإلكتروني.

يرى بعض الباحثين أن بعض الأدوات في المجال الإلكتروني هو أحد الوسائل الإلكترونية التي يمكن أن توصف بأنها من الأشياء الممكن أن تكون محلا للمسؤولية التقصيرية الإلكترونية، يعتبر الكومبيوتر أو الهاتف الذكي أو اللوحات الرقمية، أو الشاشات الإلكترونية الروبوتات ومختلف الأجهزة الإلكترونية التي ينطبق عليها تعريف: "آلة لمعالجة المعلومات والبيانات الحسابية وفق نظام إلكتروني باستخدام لغة خاصة وهذه الآلة تستطيع تنفيذ العديد من الأوامر المخزنة فيها بسرعة فائقة".[1]

فالآلات الساكنة الصامتة لم تعد كذلك اليوم بل أصبحت متحركة حركة ذاتية تلقائية تشبه في بعض مظاهرها حركة الإنسان، ولذلك يمكن القول بأن التطور التقني والمعلوماتي قد فرض واقعا غير مألوف للإنسان ووضعه في موقف قانوني معقد.[2]

فهذه الأجهزة تتكون من مكونات مادية وهي القطع الضرورية المتصلة ببعضها التي تسمح للجهاز بتأدية وظيفته الكاملة، لكن هذه العناصر المادية وحدها عديمة القيمة بدون برمجيات، وهي المكونات اللامادية للأجهزة الإلكترونية فهي التي تدخل الأجهزة حيز الخدمة ليتحقق الهدف من استخدامها، فإن تسببت المكونات المادية للأجهزة بضرر فلا فرق بين الضرر الذي ألحقه الكمبيوتر أو أي ضرر يلحقه سيارة أو عمود كهربائي، لأن القانون الجزائري ينص في المادة 138 من القانون المدني الجزائري على أن المسؤولية تتعلق بأي حارس يقصر في أداء واجب الحراسة فلا خصوصية للمسؤولية عن فعل الأشياء هنا.[3]

لكن محل الدراسة هي الأجزاء المعنوية وهي جملة البرمجيات أو البرامج، فالبرنامج الإلكتروني يعرف

أما في التعريفات الحديثة فيقصد بمصطلح الشيء: "كل ما له حيز في الوجود باستثناء الإنسان".(قعدان سرين: المرجع السابق، ص 66) أي عدم تقييد الشيء بالمادية عند تعريفه أو تنظيمه كمحل لقيام المسؤولية عن الأشياء، وهو ما أخذ به المشرع في المادة 138ق.م.ج، ما يجعل من تكييف الأشياء المعنوية كأشياء غير حية تقيم المسؤولية عن الأشياء كما هي طبيعة الأشياء الإلكترونية أمرا يسيرا.

[1]- قارس بوبكر: المرجع السابق، ص 97.

[2]- أمصطفى أبو مندور موسى عيسى: مدى كفاية القواعد العامة للمسؤولية المدنية في تعويض أضرار الذكاء الإصطناعي دراسة تحليلية تأصيلية مقارنة، مجلة حقوق دمياط للدراسات القانونية والاقتصادية، ع05، 2022، ص211.

[3]- ينظر: قارس بوبكر: المرجع السابق، ص 98.

بشكل عام بأنه:" نظام إلكتروني مصمم من قبل شخص يدعى المبرمج يرتبط بقاعدة واسعة من المعارف في مجال من المجالات، ويستخدم لتنفيذ المهام التي يطلبها المستخدم"[1]

من بين هذه البرامج التي اقتحمت العالم الالكتروني عامة، والتجارة الإلكترونية، الفيروسات الإلكترونية، وتطبيقات الذكاء الاصطناعي، فما مدى انطباق أحكام المسؤولية عن الأشياء على أضرار الفيروس الإلكتروني، والذكاء الاصطناعي؟

البند الأول: مدى انطباق أحكام المسؤولية عن الشيء على أضرار الفيروس الإلكتروني.

يعرف فيروس الحاسوب أنه: " برنامج خاص يتم تصميمه لأهداف تخريبية، وهو كيان منطقي يتمثل في نبضات أو إشارات إلكترونية ممغنطة داخل الشرائح الموجودة في ذاكرة الحاسب، ويشغل حيزا فيها وينسخ نفسه إلى أن يملأها. وهو يشبه الكهرباء التي استقر الفقه والقضاء على اعتبارها شيئا يمكن أن يثير مسؤولية الحارس، وأن برامج الحاسب الآلي تعد من الأشياء المعنوية ذات القيمة الاقتصادية". [2]

يمكن أن تتحقق المسؤولية عن الأشياء،[3] إذا كان لإحداث الفيروس ضررا بفعل من قام بصنعه

---

[1]- المرجع نفسه، ص 100.

[2]- محمد حسين منصور: المرجع السابق، ص 256.

[3]- يجب التوضيح أولا أنه يمكن أن تقوم كل أنواع المسؤولية المدنية عن الأضرار الناجمة عن فيروس الحاسب، فتقوم المسؤولية المدنية الناتجة عن انتشار فيروس الحاسوب عبر الإنترنت عن الفعل الشخصي وذلك لأن هذه الفيروسات تحدث ضررا بفعل منتجيها ومرسليها. فتثور هذه المسؤولية طبقا للقواعد العامة عن الفعل الشخصي القائم على الخطأ الواجب الإثبات بسبب الضرر المطالب بالتعويض عنه، كزراعة الفيروس في نظام معلوماتي خاص بشخص أو مؤسسة أو شركة ما على سبيل الدعابة أو لمجرد التباهي بالذكاء المعلوماتي أو لغاية السرقة أو التلاعب بالبيانات أو تشويهها وتدميرها وغيرها من الجرائم المعلوماتية. (محمد حسين منصور: المرجع السابق، ص 242) أما إذا كان محدث الضرر نقل الفيروس فقط، فإن كان عارفا بوجود الفيروس وقصد الإضرار فتقوم مسؤوليته الشخصية التابعة لقيام المسؤولية الجنائية لأنها ترتبط بجرائم الأمن السيبيراني وإذا لم يكن عارفا بوجود الفيروس وأحدث ضرر، من خلال إهمال وضع مضادات الفيروسات فكانت حساباته ووسائله الإلكترونية وسيطا في نقل وانتشار الفيروس، قد يستغرق إهماله خطأ الغير ويتحمل كل المسؤولية وقد يشترك فيها مع غيره، وإذا كان المتضرر وضع المضادات القوية اللازمة والكافية ومع ذلك أصيبت نظمه وتسبب في إصابة نظم الغير بنقل الفيروس لأنه جديد وغير معروف فيعتبر ظرفا طارئا أو قوة قاهرة قد تنفي أو تخفف من مسؤوليته. كما يمكن أن يشكل التعدي على برامج الحاسب منافسة غير مشروعة إذا كان من تاجر أو مورد أو صاحب المهنة، ويعتبر خطأ يستوجب المسؤولية التقصيرية في حال توفر ركني الضرر وعلاقة السببية.(محمد حسين منصور: المرجع السابق، ص 241.) وقد تقوم مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه نتيجة أضرار فيروس الحاسوب، مثال ذلك الخبير المعلوماتي الذي يعمل لدى إحدى الشركات أو المؤسسات ويرتكب خطأ أثناء تأدية وظيفته بإرسال أو إفلات فيروس ما، فتقوم مسؤولية المتبوع عن خطأ التابع أثناء العمل أو بسببه أو بمناسبته، كما سبق التوضيح، لكن تنتفي مسؤولية صاحب العمل إذا كان الخطأ أجنبيا عن الوظيفة لأن بعض يستغل إمكانيات وظروف العمل لإنتاج فيروس واستخدامه لأغراض شخصية.(بوزبوجة يمينة: المرجع السابق، ص110-111)

وتطويره، وأفلت منه أو أن المنشئ قام بصنع برنامج ما ثم قام هذا البرنامج بتطوير نفسه وتحول إلى فيروس وأحدث ضررا، إذ يرى فريق من الباحثين أن فيروس الكمبيوتر يعد من الأشياء، فهو برنامج من برامج الحاسب، يشبه الكهرباء التي استقر الفقه والقضاءعلى اعتبارها شيئا يمكن أن يثير مسؤولية الحارس.[1]

من بين حججهم أنه يعتبر من الأشياء الخطرة بطبيعتها، نظرا لقدراته على الاختفاء والتدمير والانتشار والاختراق وغيرها. وقد أقر علماء مقاومة الفيروسات بأن الآثار الخطيرة الناجمة عن الفيروس، والتي تؤثر على الثروة المعلوماتية، تشبه في خطورتها وسرعتها التفاعل النووي الناتج عن القنبلة الذرية،[2] فأجهزة الحاسب أصبحت تدير أكبر المصانع والمؤسسات، وتشرف على تسير المطارات والمحطات، والتحكم في حركة الطائرات والقطارات...، وتشغيل الأجهزة الطبية وأعمال البنوك والصرافات كما تشرف على تشغيل الأجهزة الطبية، والعديد من المؤسسات.[3]

أيضا أنه كثيرا ما يحدث أن يفلت الفيروس من زمام سيطرة صاحبه، وينطلق ليؤدي نشاطه دون قدرة على التحكم فيه. هنا يظل الحارس مسؤولاً عما يحدثه من ضرر، فالتسرب هو قمة إفلات الشيء من دون رقابة. ونؤيد هذا الرأي ونضيف إليه أن الحارس يمتلك من التقنية الفنية ما يمكنه من السيطرة على الفيروس والتحكم فيه.[4]

ومثال هذه الحالة قضية "دودة موريس" تتعلق بهجوم إلكتروني شهير وقع سنة 1988، عندما أطلق روبرت موريس، طالب في جامعة كورنيل، دودة حاسوبية تعرف بدودة موريس عبر الإنترنت، وهي أول دودة حاسوبية توزع على نطاق واسع على الإنترنت. الهدف منها كان اختبار حجم الإنترنت وتعداد الأجهزة المتصلة به، ولكن الدودة خرجت عن السيطرة بسبب خطأ في البرمجة، مما أدى إلى إبطاء الشبكة وإغلاق العديد من الأنظمة، إذ تأثرت حوالي 10% من الأجهزة المتصلة بالإنترنت في ذلك الوقت بالدودة، وتسببت في أضرار مالية تقدر بملايين الدولارات. تم تحديد هوية روبرت موريس كمصدر للهجوم

وبالنسبة لمسؤولية متولي الرقابة عن الفيروس الناجم عن فعل الصبي أو القاصر، فهي تثور في حالات نادرة التي يمكن أن يحدث فيها ذلك، إذا تحققت شروط وظروف مسؤولية متولي الرقابة حسب القواعد العامة.(محمد منصور حسين: المرجع السابق، ص 254)

[1]- لعروري زواوية: العقد الإلكتروني والمسؤولية التعاقدية الناتجة عنه، مرجع سابق، ص 197.

[2]- المرجع نفسه.

[3]- أبو شنب أحمد عبد الكريم: تطبيق أحكام المباشرة والتسبب على الأضرار الناجم عن فيروسات الحاسب الآلي- دراسة فقهية مقارنة بالقانون الأردني- ، مرجع سابق، ص 23.

[4]- بوزبوجة يمينة: المرجع السابق، ص111.

بعد التحقيق، واعترف بأنه لم يكن يقصد إلحاق الضرر، بل كان يهدف فقط إلى قياس حجم الإنترنت. مع ذلك تم اتهام موريس بموجب قانون الاحتيال وإساءة استخدام الحواسيب في الولايات المتحدة. في عام 1990، أُدين بارتكاب جريمة فدرالية وحكم عليه بالسجن لمدة 3 سنوات مع وقف التنفيذ، وغرامة قدرها 10,000 دولار، و400 ساعة من خدمة المجتمع.[1]

لكن على الرغم من أنه تم تحميل موريس المسؤولية الجنائية التي قد تتبعها قيام مسؤولية مدنية بسبب تكاليف التنظيف والإصلاح، لكن التفاصيل المتعلقة بالتعويضات المدنية أو الدعاوى المالية الخاصة بالأضرار لم تَفصل بشكل كبير في السجلات المتاحة، إذ لا توجد معلومات محددة عن مثل هذه الدعاوى في حالة موريس.

بالإضافة إلى إمكانية تحقق شرط الحراسة على الفيروس والتي تتمثل في السيطرة الفعلية للشخص على الشيء في الاستعمال والتوجيه والرقابة لحساب نفسه، فالحارس هو صاحب القرار في استعمال وتوجيهه والتصرف فيه، فتثبت حراسة الفيروس لمصممه أو منتجه الذي يتولى توجيهه، استعماله ورقابته، لحساب نفسه.[2]

في حالة إفلات زمام ذلك الفيروس من سيطرة صاحبه ومعده، وانطلاقه في نشاطه المدمر دون قدرته على التحكم فيه، يجعل منه مسؤولا على أساس قواعد المسؤولية عن فعل الشيء، لأن الفيروس برنامج من برامج الحاسب الخاصة بالتطبيقات، يتم تصميمه بحيث يكون قادرا على الإتلاف والتخريب، فهو يشبه الكهرباء التي استقر الرأي فيها على أنها شيء خطر يثير مسؤولية صاحبه، فالقيام بتصميم هذا البرنامج لا يعتبر تعديا أو فعلا مخالفا للقانون مما قد يقطع رابطة السببية بين الفعل والضرر، لكن إفلاته وإلحاقه للضرر يجعل من مصلحة المضرور أن يلجأ في دعواه لأحكام المسؤولية عن فعل الشيء التي تقوم على افتراض الخطأ في الحراسة، مما يعفيه من عبء إثبات الخطأ الذي يصعب كثيرا في البيئة الإلكترونية.[3]

---

[1]-Markoff John: Computer Intruder Is Put On Probation And Fined $10,000, Special To The New York Times, 1990/05/05, https://www.nytimes.com/by/john-markoff vue 05/06/2024 à 15:19.

[2]- مُحَمَّد حسين منصور: المرجع السابق، ص 256.

[3]- ينظر: أحمد عبد الكريم أبو شنب: تطبيق أحكام المباشرة والتسبب على الأضرار الناجم عن فيروسات الحاسب الآلي- دراسة فقهية مقارنة بالقانون الأردني-، مرجع سابق، ص 23.

إذ تقوم المسؤولية هنا على أساس الخطأ المفترض وقوعه من حارس الفيروس افتراضا لا يقبل إثبات العكس،[1] ولا ترتفع هذه المسؤولية إلا إذا أثبت الحارس أن وقوع الضرر كان بسبب أجنبي لا يد له فيه، أو أثبت سرقة البرنامج واستعماله، أو أن الضرر لا يرجع للفيروس.

البند الثاني: مدى انطباق أحكام المسؤولية عن الشيء على أضرار الذكاء الاصطناعي.

يعرف الذكاء الاصطناعي أنه: "التقنية التي تكسب الآلات القدرة على محاكاة عمليات الذكاء البشري وتعلم القواعد من خلال بيانات التدريب. وهو مجال سريع التطور يغطي مجموعة واسعة من عمليات حل المشكلات واتخاذ القرارات، ويتضمن تعلم الآلة لأداء المهام.[2]

لكن الذكاء الاصطناعي الذي نقصده في بحثنا البرامج الذكية الخاصة بالتعاقد في التجارة الإلكترونية وتعرف هذه الأخيرة على أنها:" برامج يمكن أن تظهر نوعا من الإدراك والفهم في بيئتها، وذلك بإدخال المعلومات من خلال المستشعرات، وبعدها تقوم بالتمثيل في بيئة العمل من خلال المشغلات الميكانيكية أو المحركات. فهي تطبيقات تؤدي مهام وعمليات بدلاً من مستخدمها في بيئة الحاسبات".[3]

تتميز هذه البرامج بخصائص متعددة، منها القدرة على التنقل والتعاون والاتصال مع برامج أخرى، إضافة إلى التفاعل مع البيئة المحيطة والعمل باستقلالية دون الحاجة إلى وجود مستخدم. كما تمتلك القدرة على التعلم وتكييف سلوكها حسب البيئة المحيطة بها، وتحليل المعلومات وموازنتها واتخاذ القرارات، مما يجعلها تتصرف إلى حد ما بشكل مشابه للإنسان، وأحياناَ وفي حالات معينة، تتخذ قرارات بشكل أفضل منه.[4] اصطلح على تسمية هذه البرامج بالوكيل الذكي.

أما عن مسؤولية المستخدم عن الوكيل الذكي فيرى الكثير من الباحثين أن أفعال الوكيل الذكي

---

[1]- بوزبوجة يمينة: المرجع السابق، ص112.

[2]- موساوي سعاد ، رباح سارة: التوجه نحو أتمتة الذكاء الاصطناعي والعملات المشفرة في الصناعة المصرفية، مجلة الاستثمار والتنمية، ع02، مج1، 2022 ، ص11.

[3]- أحمد قاسم فرح: استخدام الوكيل الذكي في التجارة الإلكترونية-دراسة قانونية مقارنة في إطار ماهيته ونفاذ تصرفاته-، مجلة المفكر، ع 16، 2017، ص16 وما بعدها.

[4]- أحمد قاسم فرح: المرجع الساب، ص 16-17.

تَنسب إلى مستخدمه، وبالتالي وجوب تحميل المستخدم مسؤولية الأفعال الصادرة عن الوكيل الذكي إذا نتج عنها ضرر، وذلك بناء على الحجج الآتية[1]:

- أن الوكيل الذكي لا يفعل إلا ما يطلبه منه المستخدم. فمن الصعب تخيل وجود قدرة إدراكية لدى الوكيل تجعله يعمل دون الحاجة إلى توجيهات المستخدم التي لا يمكنه الاستغناء عنها لبداية عمله.

- الأخطاء التي قد تنجم عن قدرات الوكيل الذكي على التعلم واكتساب الخبرة، تعكس فقط تفاعله مع بيئته ولا تعبر عن إرادة مستقلة. لذلك، تعتبر إرادة المستخدم هي الحاسمة، وتَنسب الأفعال والضرر الناتج عنها إلى المستخدم. إذا ارتكب الوكيل الذكي خطأً ألحق ضرراً، فإن المسؤولية تقع على عاتق المستخدم، إما بسبب سوء استخدامه للوكيل أو عدم دقة البيانات المدخلة في البرنامج.

- بما أن المستخدم اختار استخدام الوكيل الذكي بإرادته واختياره، فإنه يجب أن يتحمل النتائج المترتبة على هذا الاستخدام، بما في ذلك الفوائد والأضرار التي قد تنجم عنه. وهذا يجعله أكثر حرصاً في اختيار الوكيل الذكي والتأكد من أدائه بشكل سليم.

- لا ينبغي أن تعفي استقلالية الوكيل الذكي المستخدم من المسؤولية، لأن هذه الاستقلالية قد تكون سبباً في اختياره لأداء وظيفة معينة. رغم أن الرقابة على الوكيل الذكي محدودة، إلا أنها غير منعدمة، ويظل المستخدم مسؤولاً إلا إذا أثبت أنه اتخذ الاحتياطات اللازمة وأن الخطأ الذي تسبب في الضرر كان خارج نطاق سيطرته.

- يجب معاملة الوكيل الذكي كما يعامل أي جهاز يستخدمه الإنسان، مثل السيارة، بحيث يتحمل المستخدم المسؤولية عن أي ضرر ينجم عن استخدامه. على غرار مسؤولية السائق عن الأضرار الناتجة عن عطل في السيارة، يتحمل المستخدم مسؤولية الأفعال غير المتوقعة التي قد يصدرها الوكيل الذكي.

- الاعتماد على عدم التوقع لتجنب المسؤولية غير مجد، لأن المستخدم، رغم عدم معرفته بتفاصيل

---

[1]- كردي نبيلة: المسؤولية عن التعاقد باستخدام البرامج الذكية في التجارة الإلكترونية، مجلة الحقوق والعلوم الانسانية، ع01، مج 15، 2022، ص927-928./ أبو مندور موسى عيسى مصطفى: المرجع السابق، ص288 وما بعدها.

برمجة الوكيل الذكي، يكون على علم بخصائصه وأخطاره. المسؤولية يجب ألا تعتمد على التوقعات، لأنها غير ثابتة ومختلفة باختلاف الأفراد والأوقات. يجب أن يظل المستخدم مسؤولاً عن أفعال الوكيل الذكي، حتى وإن كان العمل غير متوقع. كما لا يجب على المستخدم استخدام جهله بالظرف لنقل المسؤولية عنه، لأن ذلك قد يؤدي إلى إهماله في التعامل مع الوكيل الذكي وبيئته.

مما سبق يتبين لنا أنه يجب تحميل مستخدم الوكيل الذكي في التعاقد الإلكتروني سواء كان موردا يستعمله في مواجهة الزبائن، أو مستهلك يستعمله لقضاء حاجياته المختلفة بصفة منتظمة مستغلا ذكاءه لضمان إبرام أحسن الصفقات، ونوع المسؤولية التي تقوم هنا يغلب الاتجاه إلى المسؤولية عن الأشياء على الرغم من أن المستخدم قد يواجه صعوبة في الرقابة والتحكم الكامل في الوكيل الذكي، حيث يقتصر دوره على تقديم التوجيهات الأولية ورقابة محدودة، لكن رغم محدوديتها فهي موجودة. لذا فالمستخدم يبقى مسؤولاً عن تعويض الأضرار الناتجة عن أفعال الوكيل الذكي بشرطين: حدوث الضرر بسبب الوكيل الذكي، وأن يكون الوكيل في خدمة المستخدم، وليس تحت سيطرة المبرمج.

وبالتالي، فإن اعتبار المستخدم مسؤولاً عن الأفعال التي يأتيها الوكيل الذكي وتلحق ضرراً يجوز إقامته على أساس المسؤولية عن حراسة الأشياء. ويكون بإمكان المستخدم في هذه الحالة دفع المسؤولية عنه بإثبات القوة القاهرة أو خطأ المضرور أو فعل الغير.

فتعرض برنامج الوكيل الذكي لعملية قرصنة تم من خلالها تغيير توجيهاته لا يفترض أن يسأل عنه المستخدم، فالأمر هنا خارج سيطرته، أو كالفيروسات الجديدة التي لم تستطع مقاومتها أنظمة الحماية أو خطأ المبرمج.[1]

ويمكن إزالة عبء مسؤولية المستخدم عن الأخطاء التي يرتكبها الوكيل الذكي قبل التعاقد أو أثنائه وذلك بقيام المستخدمين بالتأمين التعاوني على المخاطر استعمالهم للوكلاء الأذكياء، فإذا وقعت المخاطر المؤمن عليها تحملتها شركة التأمين تعويض الطرف المضرور عن أي ضرر لحقه، بحيث يمكن تشجيع التعامل

[1]– ينظر: كردي نبيلة: المرجع السابق، ص 937.

في تكنولوجيا الوكيل الذكي، مما يسهم في تنشيط التجارة الإلكترونية.[1]

الفرع الثاني: التكييف الشرعي للمسؤولية عن الشيء في التجارة الإلكترونية.

لم يتعرض الفقهاء المسلمون لبحث المسؤولية الناشئة عن الآلات الميكانيكية وغيرها من الأشياء المادية الجامدة غير الحية، إذا لم يكن عهدهم عهد الآلة والتصنيع،[2] لكن أورد الفقهاء في كتاباتهم حول المسؤولية عن فعل الآلات بعض الأمثلة التطبيقية المحدودة كما هو الشأن فيما يتعلق باصطدام السفن باعتبار فعل السفينة من قبيل المباشرة، وليس هذا فحسب وإنما افترضوا التعدي من قبل الحارس، وعليه فإنه يتم تضمين حارس السفينة الجارية في حال اصطدامها بالمتوقفة، على اعتبار أن السفينة الجارية من قبل المباشرة وافتراض التعدي في حارسها، وكذلك الأمر بتضمين حارس السفينة المنحدرة إذا اصطدمت بالصاعدة.[3]

ويرى العديد من الباحثين أنها ترجع إلى أحكام المسؤولية الشخصية لحارسها، لكن لخصوصيتها تقوم على القواعد التالية [4]:

- الضمان في مسألة الحيوان يتقرر على صاحب اليد، فمن كانت تحت سيطرته أثناوقوع الجناية ألزم بالضمان، وهو الحال نفسه بالنسبة للآلة، فيسأل صاحبها عما تحدثه آلته حتى في حال غيابه عنها، كما يسأل ملاح السفينة إذا كان أجيرا، الذي ارتطمت سفينته بأخرى في حالة التعدي أو التقصير.
- المتسبب ضامن إذا كان متعديا وإلا لا يضمن، والمباشر ضامن مطلقا. كل موضوع يجوز للواضع أن يضع فيه أشياءه، لا يضمن ما يترتب على وضعها فيه من ضرر، وكل موضع لا يجوز له أن يضع فيه أشياءه، لا يضمن ما ينشأ عنها من أضرار، مادامت في ذلك الوضع، فإن زالت عنه لا يضمن.
- كل من فعل فعلا لا يؤذن له فيه، ضمن ما تولد عنه من ضرر.

---

[1]- الجمال مُحَمَّد محمود: الوسائل الإلكترونية الذكية من منظور الفقه الإسلامي، مؤتمر مجمع الفقه الإسلامي الدولي، الدورة 24، دبي- الإمارات، 2019، ص 51.

[2]- الزحيلي وهبة: المسؤولية الناشئة عن الاشياء، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، السنة السابعة، ع 09، ص124.

[3]- أبو شنب أحمد عبد الكريم: الأساس القانوني للمسؤولية عن فعل الشيء في القانون المدني الأردني والفقه الإسلامي: دراسة قانونية مقارنة، مؤتة للبحوث والدراسات : سلسلة العلوم الإنسانية والاجتماعية، ع 4، مج 15، 2000، ص 21 وما بعدها.

[4]- الزحيلي وهبة: المسؤولية الناشئة عن الأشياء، مرجع سابق، ص128.

- من وضع جرة أو شيئا في طريق لا يمتلكه، فتلف به شيء ضمن، ولو زال الشيء الموضوع أولا، إلى موضع آخر غير الطريق، فتلف به شيء، برئ واضعه، ولم يضمن.

يفهم من ذلك أن الضمان المترتب على سقوط الأشياء أو تلفها هو ضمان بالتسبب، إما لوضع الشيء في غير موضعه المعد له، أو لتولد فعل غير مأذون فيه، من فعل مأذون فيه، ودليل مشروعية هذه المسؤولية هو حديث الرسول ﷺ: { إذَا مرَّ أَحَدُكُمْ في مَسْجدنَا أَوْ في سُوقنَا ومعه نَبْلٌ، فَلْيُمْسكْ عَلَى نصَالهَا بكَفّه، أَنْ تُصيبَ أَحَدًا منْ الْمُسْلمينَ بشَيْء}.[1]

وأساس هذه المسؤولية في الفقه الإسلامي هو الضرر الواقع فعلا فيسأل المباشر للضرر وإن لم يتعد ويسأل المتسبب في إحداث الضرر إذا كان متعديا بالتعمد أو التقصير أو عدم التحرز في الأضرار أو الإهمال في الصيانة، إذ "لا ضرر ولا ضرار" في الإسلام، و"الضرر يزال"، فالمهم شرعا لتحقيق المسؤولية والضمان هو إثبات وقوع الضرر من قبل المتسبب، ولا حاجة للقول بافتراض الخطأ.[2] أي أن تقوم على الضرر في حالة المباشرة وعلى عنصر التعدي في حالة التسبب.

نظرا لاتفاق الفقهاء على ضمان تبعات الآلات والوسائل الخطرة فإن الفيروسات الإلكترونية تحتوي على درجة من الخطر تلحق أضرار كبيرة ووخيمة على الأنظمة والدول والمؤسسات والأفراد وتلحق خسائر كبيرة كما رأينا في مثال دودة موريس، كما قد تتسبب في خسائر حتى على الأرواح والأبدان تمس بمجتمع أو فئة معينة، فإن كان الخسائر مما يصنف ضمن الجرائم فيسأل المتسبب أو المباشر وفق أحكام المسؤولية الشخصية بتحقق التعدي أو الإتلاف، الضرر وعلاقة السببية بينهما، وإن كان من قبل الإهمال في الصيانة والحرز أو الانفلات مما يحقق تبعات الأشياء الخطرة فيسأل عما لحق الأشخاص من ضرر وقع فعلا بسبب الفيروس حسب أحكام الفقه الإسلامي، وإذا لم يكن إهمال أو تقصير أو تعمد وكان الفيروس يأخذ صفة القوة القاهرة فالضرر يكون هدرا لانتفاء موجبات الضمان.

---

[1]- أخرجه ابن ماجة في سننه، عن محمود بن غيلان، عن أبو أسامة، عن بريد، عن جده أبي بردة، عن أبي موسى، أبواب الأدب، باب من كان معه سهام فليأخذ بنصالها(51)، ح.ر 3778، ج4، ص698. وأخرجه البخاري في صحيحه، بلفظ: (مَن مَرَّ في شيء من مَساجدنا أوْ أسْواقنا بنَبْل، فَلْيَأْخُذْ علَى نصالها، لا يَعْقرْ بكَفّه مُسْلماً) عن موسى بن إسماعيل، عن عبد الواحد، عن أبو بردة بن عبدً الله، عن أبَا بَردة، عن أبَيه، أبوَاب المساجد رقمَ (11)، بابَ المرورَ في المَسجد رقم (34)، ح.ر 441، ج1، ص173.

[2] الزحيلي وهبة: نظرية الضمان، مرجع سابق، ص222.

فأحكام المباشرة والتسبب في الفقه الإسلامي صالحة لتقديم حلول ناجعة لمسائل ومشاكل الأضرار الناتجة عن فيروس الحاسب الآلي التي تعتمد على مفهومين أساسيين في الفقه الإسلامي، وهما المباشرة والتسبب. يمكن تلخيصها كالتالي:

- مبدأ المباشرة: يتحمل الشخص المسؤولية الكاملة في حال قام بفعل مباشر أدى إلى حدوث الضرر. فإذا قام الشخص بإدخال فيروس إلى نظام الحاسب الآلي بشكل مباشر، فإنه يعتبر مسؤولاً عن الأضرار الناتجة عن ذلك، دون الحاجة إلى النظر في النية أو القصد. وهذا يعني أنه في حال وقوع الضرر من فعل مباشر، فإن الشخص الضار يكون ضامناً لتلك الأضرار بغض النظر عن القصد. [1]

- مبدأ التسبب: في حال كان الضرر ناتجاً عن فعل غير مباشر أو سببي، مثل نشر فيروس عن غير قصد، فإن الفقه الإسلامي يراعي هنا وجود التقصير أو النية. إذا كان الفاعل قد تسبب في الضرر بسبب إهمال أو تقصير، أو كان لديه قصد لإلحاق الضرر، فإنه يتحمل المسؤولية. أما إذا لم يكن هناك تقصير أو نية للإضرار، فقد لا يكون الفاعل مسؤولاً عن الأضرار.[2]

إذا يضمن المستخدم خطأ الوكيل الذكي بناءا على قواعد فقهية كثيرة منها قاعدة "الغرم بالغنم"[3] فمن ينال نفع شيء يتحمل ضرره، لذا فالوكيل الذكي سواء كان ينفذ ما يطلبه منه المستخدم أو أنه يتميز بالاستقلالية والمرونة في التعلم والتفاعل والاتصال والقدرة على اتخاذ القرارات وتحويل الأهداف إلى مهمات، فلا يخرج أن يكون أداة ووسيلة يستعملها المستخدم، لذا يضمن ما يترتب على تصرفاته من آثار، لأنه لا أهلية ولا إدراك ولا موطن ولا ذمة، كما لا يمكنه التعبير عن إرادته بل يجسد إرادة المستخدم،[4] لأن هذا الأخير يعلم بأن الوكيل الذكي له بيئته وقدرته على التقرير والتغيير، ومن هنا فضمان أفعال الوكيل الذكي مطلوب لمصلحة المستخدم لأنه يدفعه إلى مراقبته حتى وإن كانت المراقبة صعبة كما ذكرنا سابقا لكنها موجودة، ولضمان حقوق الغير المتضرر.[5]

---

[1]- أبو شنب أحمد عبد الكريم: تطبيق أحكام المباشرة والتسبب على الإضرار الناجم عن فيروسات الحاسب الآلي دراسة فقهية مقارنة بالقانون المدني الأردني، مرجع سابق، ص 21-22.

[2]- المرجع نفسه، ص 23-24.

[3]- المادة 87 مجلة الأحكام العدلية، مرجع سابق، ص 26.

[4]- الجمال محمد محمود: المرجع السابق، ص 59-60.

[5]- المرجع نفسه، ص52.

ملخص الفصل الثاني:

يمكن إثارة المسؤولية التقصيرية في حالات الأضرار التي تقع خارج نطاق الالتزامات العقدية، كالأضرار الناتجة عن مراحل ما قبل التعاقد، أو تلك التي تنشأ بسبب بطلان أو إبطال العقد وما يترتب عن ذلك من أضرار تُجبر على أساس المسؤولية التقصيرية لا العقدية.

كما ساهم الفقه القانوني في تطويع القواعد العامة للمسؤولية المدنية لتتلاءم مع خصوصية الأخطاء والأضرار في المجال الرقمي، من خلال بحث إمكانية تطبيق صور المسؤولية عن الغير وعن الشيء في هذا الإطار، وهي:

- مسؤولية متولي الرقابة عن أفعال القَصر أو ناقصي الأهلية في المجال الإلكتروني، بسبب تمكينهم من وسائل إلكترونية دون مراقبة كافية، مما يؤدي إلى إضرارهم بالغير.
- مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعيه، خاصة مع تعدد الفاعلين في هذا المجال بين أشخاص طبيعيين واعتباريين، حيث قد يُمكّن التابع من أدوات تقنية تُستغل في ارتكاب أفعال غير مشروعة، كاختراق الأنظمة أو تطوير فيروسات تضر بالمنافسين.
- مسؤولية حارس الشيء في التجارة الإلكترونية في حالات الأضرار الناتجة عن التقنيات مثل الفيروسات، أو برمجيات الذكاء الإصطناعي، إذا ثبت أن ضررا وقع للغير بسبب عيب أو خلل في هذه الأدوات. لكن يواجه هذا النوع من المسؤولية تحديات مرتبطة بتحديد الحارس، وتوفر صفة الشيء، لكون هذا الأخير معنويا.

الخـــاتـــمـــة

أولا: النتائج.

من خلال هذه الدراسة توصلنا إلى نتائج عامة وهي النتائج التي تجيب بشكل مباشر على إشكالية الدراسة، وأخرى جزئية تتعلق بمتغيرات الدراسة الجزئية، وهي كالآتي:

1- النتائج العامة:

من خلال دراستنا وصلنا إلى أن القواعد المدنية في التشريع الجزائري لا تُحقق حماية فعالة ومتكاملة لمعاملات التجارة الإلكترونية، وذلك لأسباب منها:

- تتميز البنية التنظيمية للعقود والمعاملات الإلكترونية بالتداخل التقني والقانوني.

- رغم صدور القانون 18-05 المتعلق بالتوقيع والتوثيق الإلكتروني، والقانون 18-04 بشأن التجارة الإلكترونية، إلا أن هذه النصوص لا ترقى إلى تشكيل منظومة متكاملة، خاصة في مجال الحماية المدنية (الإثبات، التنفيذ، الضمانات، المسؤولية)، فقانون التجارة الإلكترونية في الجزائر يهدف لتنظيم الاستهلاك الإلكتروني أكثر منه قانون لتنظيم نشاط التجارة الإلكترونية بكل أطرافه وجوانبه، أي أنه تكريس لقانون الاستهلاك الإلكتروني.

- بناء على السبب السابق فغالبية النزاعات الناشئة عن التجارة الإلكترونية تُحل بناء على القواعد العامة في القانون المدني، والتي لا تراعي خصوصية البيئة الرقمية، إذ لا توجد أحكام تفصيلية تنظم صور المسؤولية في التجارة الإلكترونية، خاصة التقصيرية.

- بالرغم من أن سكوت التشريعات أحيانا عن تنظيم مستجدات الساحة الاقتصادية والمعاملاتية يعتبر ترويا، لتتضح وتستقر هذه المستجدات، مما يسهل إحاطتها بتظيم شامل لكن سكوت المشرع الجزائري في مجال التجارة الإلكترونية، بعد انتشارها الواسع وتأخر صدور القانون المنظم لها سنة 2018، ثم عدم تنظيم كما بينا الكثير من نواحي النشاط، يعتبر قصورا تشريعيا وليس تريثا.

- قصر المشرع في فرضه للحماية القانونية للمستهلك الإلكتروني بموجب القانون 18-05 كونه الطرف الضعيف دون المورد الإلكتروني، تكريسا منه لقانون حماية الإستهلاك الإلكتروني، بينما القانون ينظم نشاط التجارة الإلكترونية كافة، والحماية تشمل كل أطرافه.

بينما قواعد الفقه الإسلامي تملك أساسا قويا ومرنا يمكنه حماية التجارة الإلكترونية، خاصة في المجالات الأخلاقية والقانونية العامة، لكنها بحاجة إلى تحديث فقهي مستمر لتلبية خصوصيات وتحديات البيئة الرقمية الحديثة، ولتوفير حماية فعالة ومتكاملة للأطراف.

فالفقه الإسلامي يتميز بمرونة كبيرة في المبادئ العامة مثل حفظ الحقوق، منع الغرر والظلم، وتحقيق العدل، وهي قواعد أساسية تسهم في حماية الأطراف في التجارة الإلكترونية.

كما أنه يولي الفقه الإسلامي أهمية كبيرة لنية الأطراف ورضاهم الحقيقي، مما يعزز الحماية من الاحتيال أو التلاعب، وهو أمر جوهري في المعاملات الإلكترونية التي قد تغيب فيها المواجهة المباشرة.

لكن لاعتماد الفقه الإسلامي كمرجع للاستفادة من أحكامه المرنة تحديات وقيود أهمها:

- غياب نصوص صريحة في الفقه الإسلامي المعاصر تتناول تفاصيل التجارة الإلكترونية، مما يجعل تطبيق هذه القواعد بحاجة إلى اجتهاد معاصر ومتخصص.
- التقنية الحديثة تفرض تحديات جديدة (مثل التوقيع الرقمي، الذكاء الاصطناعي) لا يغطيها الفقه التقليدي بشكل مباشر، وتتطلب تطويرات فقهية مستمرة.

2- النتائج الجزئية:

- من خلال التفصيل في مختلف جزئيات الدراسة توصلت إلى النتائج التالية:
- للتجارة الإلكترونية مفهومان أحدهما موسع والآخر مضيق، يشمل الموسع كل الأنشطة التجارية والاقتصادية الرقمية، بينما يضم المضيق أنشطة البيع والترويج والتقديم للسلع والخدمات.
- لم يأخذ المشرع الجزائري بالمفهوم الضيق في تعريفه للتجارة الإلكترونية فقط، بل ضيق فيه أكثر ليقتصر إلا على العلاقة التعاقدية بين المورد الإلكتروني والمستهلك الإلكتروني B2C.
- من أهم المبررات لحماية التجارية الإلكترونية قانونا هي عوائق التجارة الإلكترونية ومخاطرها، بالإضافة إلى تسارع وتيرة تطورها وتنامي حجمها ما يخلق صعوبات لاحتوائها بتشريع شامل، أما من الناحية الفقهية فأهم مبرر لحمايتها كونها من المستجدات وظهور الكثير من المسميات الجديدة لنظم قديمة منها ما هو حلال ومنها ماهو حرام ومنها ما يدور في دائرة المباح.

- العقد الإلكتروني بمفهوم التشريع الجزائري هو عقد الاستهلاك الإلكتروني، وهو أحد صور العقود العقود الإلكترونية، بحيث يكون المستهلك الإلكتروني طرفا في العقد يبرمه من أجل إشباع حاجاته الخاصة وليس لغرض إعادة البيع أو التسويق.

- حاول المشرع الجزائري في القانون 18-05 فرض شروط لمتعاملي التجارة الإلكترونية، من بينها التصريح بنشاطهم، مما يساعد في ضبط السوق الإلكتروني ومكافحة الاحتيال، لكن أغلب هذه الشروط تعتمد في الواقع على تجهيزات تقنية، والغالب في الواقع العملي للنشاط لا يستخدم هذه التجهيزات بعد، كما أن تحويل هذه التجهيزات إلى معايير لتصنيف التجارة الإلكترونية هي خطوة استباقية أو استشرافية، قد لا تحظى بالتطبيق الواقعي المأمول، إلا من قبل المشروعات التجارية أو في معاملات الحكومة الإلكترونية.

- الحكم الشرعي للتعاقد بالوسائل الإلكترونية جائز شرعا مادام مبنيا على الرضا، جواز التصرف وخاليا من الشروط المحرمة له على العموم، لكن لا يمكن إطلاق هذا الحكم على كل صيغ العقود الإلكترونية، بل يجب تقصي الحكم الشرعي لكل عقد على حدى.

- تمثل ضوابط العقود والمعاملات في الفقه الإسلامي الإطار الشرعي، الذي يمكنه احتواء أي صورة جديدة من العقود المستحدثة.

- اشتراط أن تسبق كل معاملة تجارية إلكترونية بعرض، واشتراط المعلومات الواجب توفرها في العرض، وبعد اشتراط كذلك توضيح طبيعة العرض إن كان مجرد إشهار أو رسالة تجارية تهدف إلى التعاقد.

- كز المشرع الجزائري في تنظيمه للعقود الإلكترونية على العقود النموذجية التي تتم عبر الموقع الإلكتروني، مما يجعل الإطار القانوني للإبرام رغم التفصيل في ضبطه واختيار أنجع السبل، لكنه ما زال جزئيا في التشريع الجزائري.

- لم يفصل المشرع الجزائري في ركني المحل والسبب في العقود الإلكترونية لكنه نص على المعاملات والمنتجات الممنوعة من التداول في التجارة الإلكترونية.

- مجلس العقد الإلكتروني مجلس تعاقد بين غائبين، في التشريع الجزائري، والصورة الأحسن اختيارا في

الفقه الإسلامي.

- أجاز كل من التشريع والفقه الإسلامي تبادل الإرادتين بكل ما الوسائل التي تحقق عنصر التراضي.
- السكوت لا يعتبر تعبيرا عن الإرادة في العقود الإلكترونية.
- تنظيم الإثبات الإلكتروني محكم إلى حد كبير وفق قانون التوقيع والتصديق الإلكتروني، وقانون التجارة الإلكترونية، لكنه يفتقر إلى التطبيق القضائي المستقر.
- طرق الإثبات الإلكتروني هي الكتابة الإلكترونية، والتوقيع الإلكتروني المصادق على صحتهما بالتصديق الإلكتروني من قبل مقدم خدمات التصديق الإلكتروني، وقد اعترف المشرع الجزائري بحجيتها وقوتها الثبوتية.
- نظم الوثائق الإلكترونية كثيرة منها: محرر العقد الإلكتروني، الفاتورة الإلكترونية، وصل الاستلام الإلكتروني، والسجل الإلكتروني، ما يسهل الإجراءات التجارية والقضائية.
- رغم اهتمام القانون 18-05 بها وتخصيص فصول خاصة بالتزامات كل طرف، إلا أن قواعد التنفيذ تفتقر إلى تنظيم شامل لجميع الالتزامات، مما يضعف الحماية المدنية الفعلية.
- أهم التزام للمستهلك الإلكتروني هو دفع الثمن، سواء عند التسلم بالطرق العادية، أو عن بعد بالطرق الإلكترونية، وكذا الالتزام بالتسلم من خلال توقيع وصل الاستلام. أما حقوقه فهي حق العدول، الحق في حماية البيانات الشخصية، وحق السلامة.
- وقد وضع التشريع الجزائري إطارا قانونيا لتأمين خدمات الدفع الإلكتروني، ما يسهم في بناء الثقة في المنظومة المالية الرقمية.
- أهم التزامات المورد الإلكتروني، التسليم في الآجال القانونية، الالتزام بالضمان، كضمان المطابقة، وضمان عدم التعرض والاستحقاق.
- نظم المشرع الجزائري المسؤولية العقدية الناتجة عن التجارة الإلكترونية دون التقصيرية تاركا الثانية للقواعد العامة، وهو قصور تشريعي لأن طبيعتها الخاصة تجعل من تنظيمها أمرا ملحا.

- المسؤولية العقدية الناتجة عن التجارة الإلكترونية للمورد الإلكتروني، معترف بها وتشكل أساس الحماية القانونية، فهي مسؤولية مباشرة تقوم بقوة القانون، تقوم عن عدم التنفيذ الجيد للالتزامات، أما مسؤولية المستهلك الإلكتروني العقدية، فترجع للقواعد العامة.
- لا تنتفي المسؤولية العقدية للمورد الإلكتروني إلا بالقوة القاهرة وخطأ المستهلك نفسه.
- المسؤولية التقصيرية الناتجة عن التجارة الإلكترونية تخضع للمبادىء العامة للمسؤولية من حيث الأحكام من أركان، إثبات، وجزاء مع اختلافات التي تعود للطبيعة الإلكترونية وما تتميز به من طبيعة فنية وتقنية، تعرقل تطويع القواعد العامة للمسؤولية المدنية لتطبيقها على الأخطاء أو الأضرار في المجال الإلكتروني.
- تطرح المسؤولية التقصيرية في المجال الإلكتروني إشكاليات كثيرة أهمها صعوبات الإثبات، كثرة الاختلافات الفقهية حولها.
- يمكن إثارة صور أخرى كالمسؤولية عن الغير، أو عن الشيء، لكن دون نصوص صريحة شاملة تنظمها في السياق الإلكتروني.
- البديل الشرعي للمسؤولية المدنية هو الضمان وهو ثلاث صور: ضمان العقد واليد، والإتلاف، إذ أن أحكام هذا النوع من الضمانات يمكنه احتواء مسائل التجارة الإلكترونية.
- وجدنا أن فكرة المسؤولية عن الغير وعن الشيء موجودة ومتأصلة بنصوص ثابتة في الفقه الإسلامي رغم الاختلاف حول ذلك.
- نص القانون 18-05 على صور وحالات للتعويض العيني، لكنه محدود بسبب طبيعة البيئة الرقمية. يعتمد في التعويض النقدي على القواعد العامة في القانون المدني.
- التعويض في الفقه الإسلامي كذلك قد يكون عينيا أو نقديا، والتعويض العيني هو خير وسيلة لجبر الضرر المباشر، لكن عند تعذره يجبر الضرر بمقابل إما بالمثل أو القيمة، وهو ما يسمى في البيوع بإرش العيب، وفي الاعتداء الواجب من الضمان.

ثانيا: التوصيات.

تعديل القانون 18-05 وسد الثغرات المسجلة أهمها:

- تنظيم أنواع المعاملات الإلكترونية بين الأطراف الأخرى مثل: B2B، B2G، C2C.

- عدم حصر العقود الإلكترونية في العقود النموذجية التي تتم عبر الموقع الإلكتروني وتنظيم الأصناف الأخرى كالتعاقد عبر المشاهدة والمحادثة والرسائل الإلكترونية، وعقود الخط الساخن، والعقود عبر مواقع التواصل الإجتماعي وغيرها.

- فرض حماية أكبر للمورد الإلكتروني لأنه تاجر معرض لأخطار وتلاعبات كبرى بفرض أحكام تحمي وسائل ممارسة تجارته كحماية موقعه الإلكتروني واسم نطاقه وعلامته التجارية في المجال الإلكتروني من الانتهاكات التي أفرزتها التطورات الحديثة خاصة مع انتشار الذكاء الاصطناعي وقدراته.

- توضيح المسؤولية التقصيرية بأقسامها بشكل أوضح نظرا لخصوصيتها وصعوبة تطويع القواعد العامة لاحتوائها، إما في قانون التجارة الإلكترونية، أو في القانون المدني بتعديله.

- منح المواقع الإلكترونية اهتماما تشريعيا أكبر بسن قانون خاص بها أو تعديل القوانين السارية مع توضيح طبيعتها القانونية والقانون المخول بحمايتها، لضمان عدم اختلاف وتعارض الأحكام ولوضع حد للاختلافات الفقهية في الموضوع، ولأن الجرائم الواقعة على المواقع تتطلب عقوبات مغلظة، لأنه متعلق برؤوس أموال كبيرة مما يسبب خسائر مالية بالنسبة لكل من الشركات التجارية، والمستهلكين، وكذلك بالنسبة للاقتصاد الوطني.

- نشر الأحكام القضائية الخاصة بالعقود والتجارة الإلكترونية، لتسهيل الإجتهاد الفقهي في المجال، بحيث يكون أكثر دقة ومؤسس، تقليلا للاختلافات الفقهية.

- إنشاء جمعية حماية المستهلك الإلكتروني تعمل عبر منصة إلكترونية خاصة تستقبل كل الشكاوى وترصد المخالفات القانونية في الساحة.

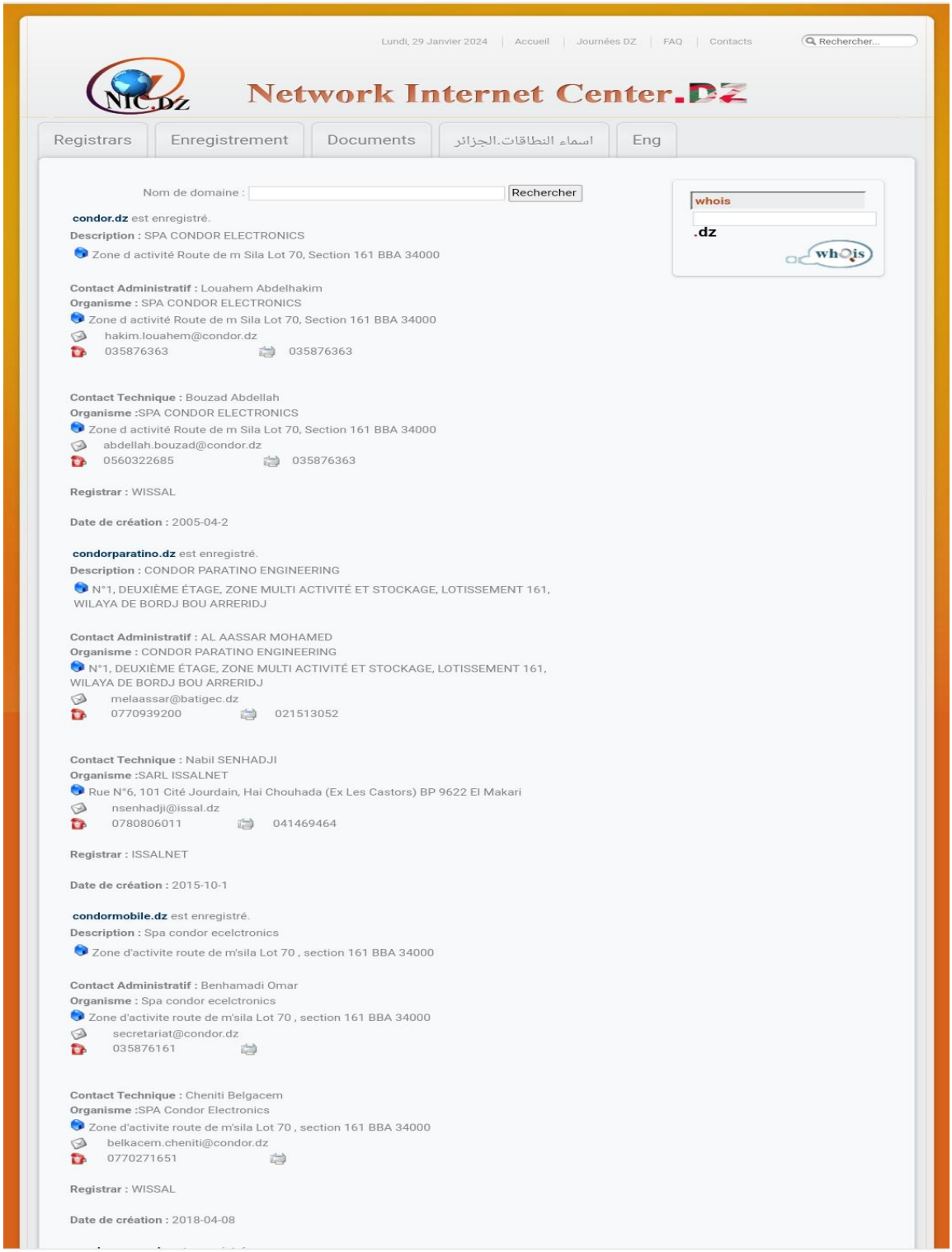
من الناحية الشرعية كثرة نماذج العقود في الفضاء الإلكتروني وتنوع مسمياتها، قد يوهم المتعامل بها انها مشروعة لكنها في حقيقتها قد تكون محرمة لأن العبرة في "العقود بالمقاصد والمعاني لا بالألفاظ والمباني"،

كبيع الإنسان ما ليس عنده، أو بيعتان في بيعة واحدة، أو التعامل مع البنوك الربوية بطرق دفع ربوية، لذا على كل مقبل على أي عقد من عقود التجارة الإلكترونية تحري حقيقة العقد والمعاملة والبحث عن حكمها الشرعي.

من الناحية العملية الاعتماد على الوسائل التقنية للحماية كمضادات الفيروسات القوية، وبرامج التشفير الاحترافية، واستخدام التطبيقات الموثوقة التي تحتوي على قدر عال من الحماية واحترام للخصوصية.

هذا وما يسعنا أن نقول أنه ما كان من صواب فهو من الله وحده منير دروب، ومسهل الصعاب، ومقرب البعيد، ومقوي العزائم، وما كان من خطأ فمن أنفسنا لأنه جهد بشري، ينطبق عليه قول أبو البقاء الرندي " لكل شيء إذا ما تم نقصان"، ومن الشيطان الرجيم لأن غايته صد الناس عن سواء السبيل "وقد كان الشيطان للإنسان خذولا"، والصلاة والسلام على حبيب الله ﷺ.

الملاحق



الملحق1: صورة لأسماء نطاق مسجلة في الموقع الرسمي لمركز أسماء النطاقات.الجزائر.

الملحق 2: نموذج إشهار إلكتروني.

CONTRAT DE PRESTATIONS DE SERVICES

Le présent contrat est signé et prend effet à compter du [DATE].

ENTRE : **[NOM DU CLIENT]** (le "Client"), une société [INDIQUER LE TYPE DE SOCIÉTÉ] incorporée sous le régime de/régie par les Loi(s) de [INDIQUER LA LOI CONSTITUTIVE/LOI RÉGISSANTE], et dont le siège social est sis au :

[INDIQUER L'ADRESSE]

d'une part,

ET : **[VOTRE NOM DE COMPAGNIE]** (l''Entreprise''), une société [INDIQUER LE TYPE DE SOCIÉTÉ] incorporée sous le régime de/régie par les Loi(s) de [INDIQUER LA LOI CONSTITUTIVE/LOI RÉGISSANTE], et dont le siège social est sis au :

[VOTRE ADRESSE COMPLETE]

d'autre part,

Attendu que l'Entreprise désire réaliser les travaux ci-après décrits,

Attendu que le Client, toutes considérations faites, considère que l'Entreprise est qualifiée pour réaliser lesdits travaux, et que cette réalisation servira ses intérêts propres,

En considération de ce qui précède, les parties conviennent ce qui suit :

1. PRESTATIONS À FOURNIR AU CLIENT

L'Entreprise devra fournir les prestations (''Prestations'') suivantes au Client :

[DÉCRIRE]

2. CONDITIONS DE PAIEMENT ET DE FACTURATION

2.1 Paiement des Prestations

L'Entreprise sera payée selon les modalités suivantes : [DÉCRIRE]

الملحق 3: نموذج محرر عقد إلكتروني.

Entreprise exemple SARL

Entreprise exemple SARL
8, rue exemple
77777 Lieu

Téléphone : 01 42 04 54 92

Email : info@entrepriseexemple.fr

Entreprise exemple SARL – 8, rue exemple – 7777 Lieu

Jean Dupont
77, rue de l'Yvette
75015 Paris

Confirmation de commande

Commande 1001 Client Nr.: 5252 Date 01.03.2017

Madame, Monsieur,

Nous vous remercions pour votre commande. Conformément à notre offre, nous vous fournissons les produits suivants :

Pos	Description	Menge	Prix unitaire	Prix total
1.	Plaque d'immatriculation	15,00 pièces	10,00 €	150,00 €
2.	Stylo à bille	10,00 pièces	5,00 €	50,00 €

Total des articles	200,00 €
Plus TVA 20%	40,00 €
Montant de la commande	**240,00 €**

Nous restons bien entendu à votre disposition pour toute information.

Cordialement,

Entreprise exemple SARL

Entreprise exemple SARL
8, rue exemple
77777 Lieu

Banque exemple
IBAN FR 76 12345678 0123456
BIC MALODE

Nr TVA
intracommunautaire :
0815

الملحق 4: نموذج تأكيد طلبية بالبريد الإلكتروني.

Merci Julie, votre commande

est validée !

Nous préparons votre commande __ .. _ _ . avec soin pour la déposer au plus vite sur notre tapis rose. Elle est en train de parcourir notre "Pink Factory".

On vous préviendra quand elle partira chez vous.

En attendant, profitez bien :)

Liste des articles commandés

	Robe - noir - S (FR)	x1	12.99 €
	Gilet - rayures - blanc et bleu marine - S (FR)	x1	17.99 €
	Pantalon - bleu denim brut - 34 (FR)	x1	12.99 €

Participation aux frais de préparation et de livraison	6.50 €
Bons d'achat	0.00 €
Paiement par carte	50.47 €
Montant total de votre commande	**50.47 €**

Date de livraison estimée :
entre le 14/10/2021 et le 23/10/2021

Adresse de livraison :

الملحق 5: نموذج تأكيد طلبية على الموقع.

« Ville », le « date »

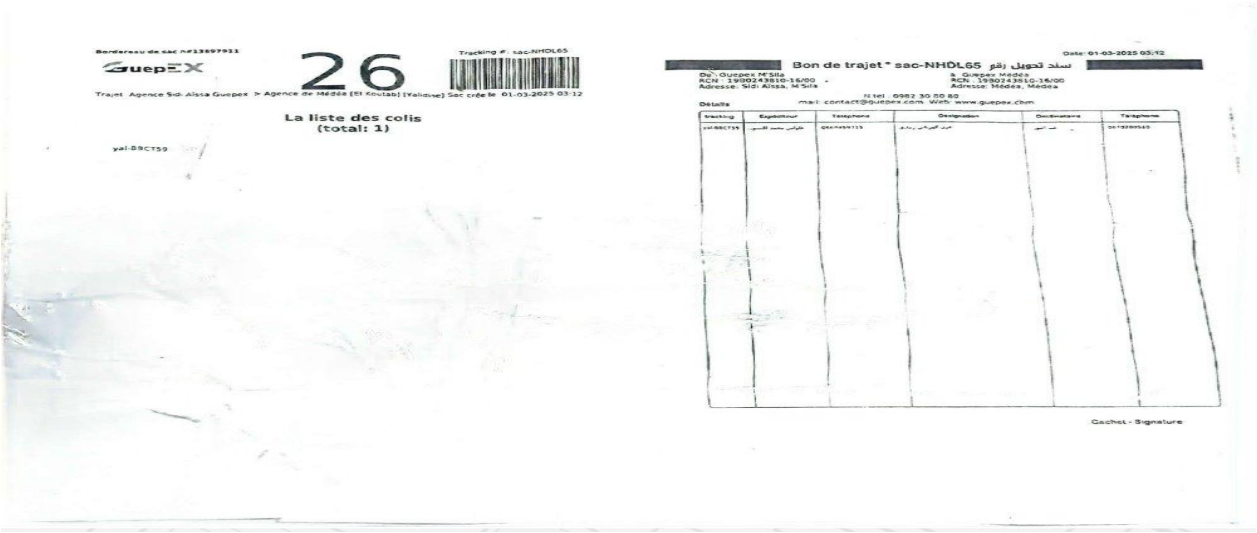
BON DE COMMANDE n° XXXXX

Date de la commande :

Date de livraison :

Adresse de livraison (si différente de celle du destinataire) :

RÉF.	DÉSIGNATION	PRIX UNITAIRE HT	QUANTITÉ	TOTAL HT	TVA	TOTAL TTC



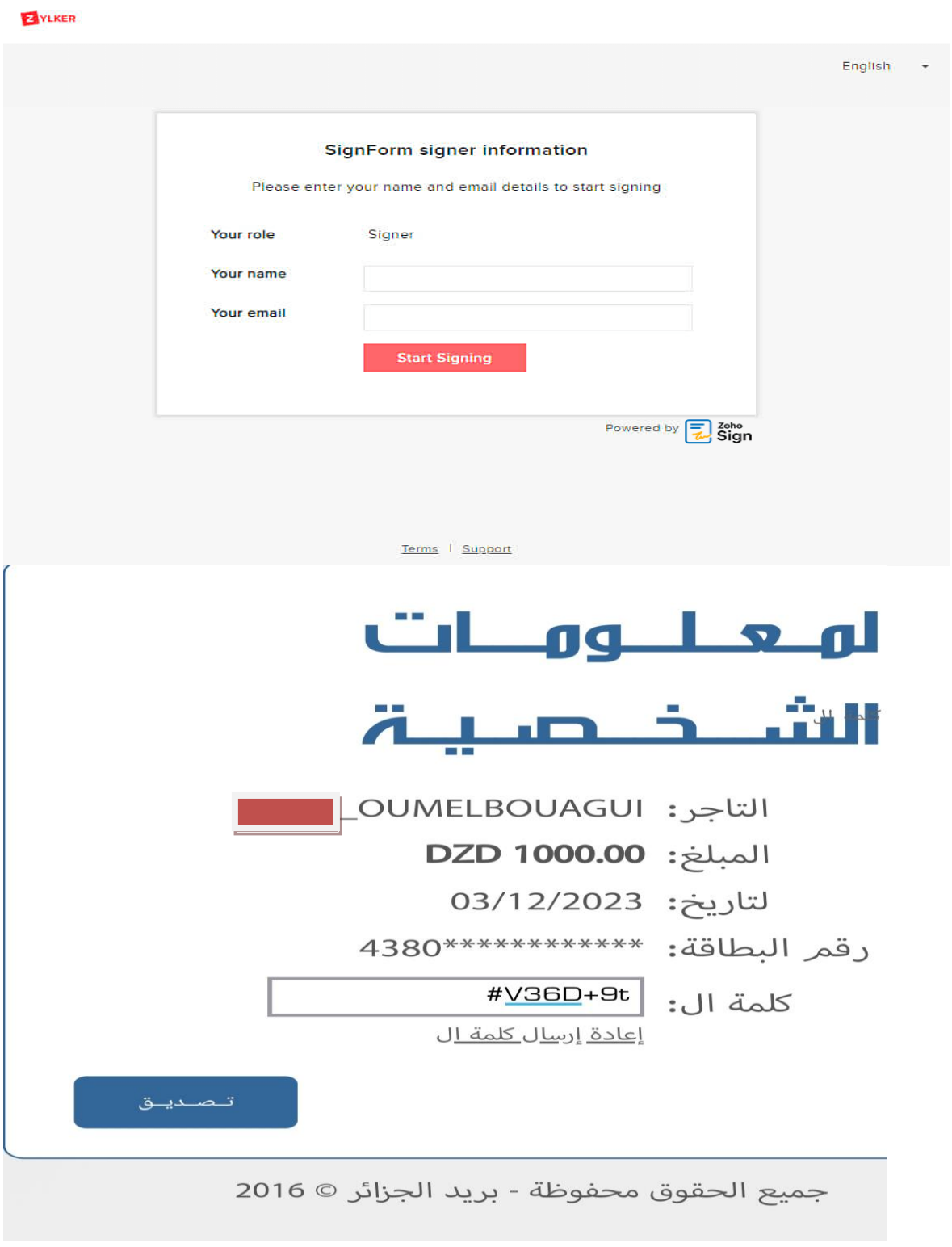
الملحق 6: نموذج أمر شراء.

"Disquette"

(CDROM)

(DVD)

الملحق 7: صور لنماذج دعامات حفظ الوثيقة الإلكترونية.



الملحق 8: صور لأنواع التوقيع الإلكتروني.

الملحق 9: صور بطاقات الدفع الإلكترونية.

الملحق 10: استطلاع رأي عام حول التجارة الإلكترونية في الجزائر.

- الرأي الأول(مستهلك)

مجرد التحدث عن التجارة الالكترونية في ظل المنظومة المالية للبلاد يعتبر ضربا من الخيال ناهيك عن الفراغات القانونية ومنظومة الضرائب والمشاكل التقنية نحن نعاني عند استرجاع مجرد بطاقة في آلة السحب وعند شراء سلعة من تاجر مباشرة فما بالك بهذا

- الرأي الثاني(مستهلك):

اشتريت سلعة عن طريق التجارة الإلكترونية من باب التجربة فكانت النتيجة الخسارة المطلقة وعندما طالبنا بالضمان قيل لنا لا ضمان لكم ! ولهذا لا أثق في التجارة الالكترونية.

- الرأي الرابع(تاجر):

اطلعت عليها (يقصد شروط ممارسة التجارة الإلكترونية) وهي شروط تعجيزية والتجارة التقليدية أفضل وأسهل

- الرأي الخامس(تاجر):

لقد اقتربنا من الشهر، كل يوم نذهب إلى بن عكنون، يقولون اتجه إلى الدار البيضاء، نذهب هناك فيقولون عد إلى بن عكنون، ومن هناك اذهب إلى بئر خادم. وحتى الآن لم نتمكن من الحصول على السجل التجاري للتجارة الإلكترونية.

- الرأي السادس(مستهلك):

أنا لا أثق في التسويق عبر النت يعرض لك شيئ ويحضر لك شيئ غير مطابق فيه نوع من الغش.

- الرأي السابع (مستهلك)

ما يثير الحيرة هو أنك تطلب بطاقة فيزا أو ماستر كارد، فتأتيك من أمريكا أو ليتوانيا بمبلغ زهيد جدًا وباستخدام بطاقة التعريف أو جواز السفر فقط. أما في بلادنا، يجب أن تفتح حسابين، واحد بالدينار وآخر بالعملة الصعبة، وليس هذا فقط، بل المشكلة تكمن في المبالغ الباهظة التي يطلبونها منك، بالإضافة إلى ضرورة إيداع أموال كل شهر. أما عن الملف المطلوب، فلا داعي لذكر المعاناة مع البيروقراطية. وفي النهاية، قد تجد أن البطاقة غير صالحة للاستخدام في معظم الأماكن. وعندما ترغب في شحنها، يطلبون منك اللجوء إلى السوق السوداء.

(تعليقات على دراسة حول التجارة الإلكترونية نشرتها:https://apoce.org/blog/)

الفهارس

أولا: فهرس الآيات.

ثانيا: فهرس الأحاديث.

ثالثا: فهرس المصادر والمراجع.

رابعا: فهرس الموضوعات.

أولا: فهرس الآيات القرآنية:

الآية	الرقم	الصفحة
سورة البقرة		
﴿ يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ كُلُواْ مِن طَيِّبَٰتِ ... ﴾	172	18، 21، 116،
﴿ وَلَا تَأۡكُلُوٓاْ أَمۡوَٰلَكُم بَيۡنَكُم بِٱلۡبَٰطِلِ ... ﴾	188	32
﴿ وَقَٰتِلُواْ فِي سَبِيلِ ٱللَّهِ ٱلَّذِينَ يُقَٰتِلُونَكُمۡ وَلَا تَعۡتَدُوٓاْ ... ﴾	190	306
﴿ لَيۡسَ عَلَيۡكُمۡ جُنَاحٌ أَن تَبۡتَغُواْ فَضۡلٗا ...﴾	198	20
﴿ يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَنفِقُواْ مِن طَيِّبَٰتِ ... ﴾	267	18، 21
﴿ وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلۡبَيۡعَ وَحَرَّمَ ٱلرِّبَوٰاْ... ﴾	275	20
﴿ يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ ٱتَّقُواْ ٱللَّهَ وَذَرُواْ مَا بَقِيَ مِنَ ٱلرِّبَوٰٓاْ ... ﴾	278 279	65
﴿ وَإِن كَانَ ذُو عُسۡرَةٖ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيۡسَرَةٖ ﴾	280	284
﴿ يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِذَا تَدَايَنتُم بِدَيۡنٍ إِلَىٰٓ أَجَلٖ مُّسَمّٗى ...﴾ ﴿...إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً حَاضِرَةٗ تُدِيرُونَهَا بَيۡنَكُمۡ... ﴾	282	20، 21، 127، 133
﴿ لَهَا مَا كَسَبَتۡ وَعَلَيۡهَا مَا ٱكۡتَسَبَتۡ ﴾	286	373
سورة آل عمران		
﴿فَتَقَبَّلَهَا رَبُّهَا بِقَبُولٍ حَسَنٖ﴾	37	89
سورة النساء		
﴿ يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَأۡكُلُوٓاْ أَمۡوَٰلَكُم بَيۡنَكُم ...﴾	29	20، 52، 88، 337
﴿وَإِذَا جَآءَهُمۡ أَمۡرٞ مِّنَ ٱلۡأَمۡنِ أَوِ ٱلۡخَوۡفِ أَذَاعُواْ بِهِۦ ... ﴾	83	31
سورة المائدة		

﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِ ﴾	1	69، 162، 219
﴿ وَلَا تَعَاوَنُواْ عَلَى ٱلۡإِثۡمِ وَٱلۡعُدۡوَٰنِ ...﴾	2	306
﴿ ٱلۡيَوۡمَ أُحِلَّ لَكُمُ ٱلطَّيِّبَٰتُ ...﴾	4	115
﴿يَسۡـَٔلُونَكَ مَاذَآ أُحِلَّ لَهُمۡ قُلۡ أُحِلَّ لَكُمُ ٱلطَّيِّبَٰتُ...﴾	5	116
﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِنَّمَا ٱلۡخَمۡرُ وَٱلۡمَيۡسِرُ وَٱلۡأَنصَابُ وَٱلۡأَزۡلَٰمُ رِجۡسٞ ... ﴾	90	65
﴿فَإِنۡ عُثِرَ عَلَىٰٓ أَنَّهُمَا ٱسۡتَحَقَّآ إِثۡمٗا﴾	107	206 هامش
سورة الأنعام		
﴿ وَأَوۡفُواْ ٱلۡكَيۡلَ وَٱلۡمِيزَانَ بِٱلۡقِسۡطِ ... ﴾	152	65
﴿ وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٞ وِزۡرَ أُخۡرَىٰ ﴾	164	347
سورة يونس		
﴿ وَإِذَا مَسَّ ٱلۡإِنسَٰنَ ٱلضُّرُّ دَعَانَا لِجَنۢبِهِۦٓ ﴾	12	333
سورة الإسراء		
﴿ وَأَوۡفُواْ بِٱلۡعَهۡدِ إِنَّ ٱلۡعَهۡدَ كَانَ مَسۡـُٔولٗا ٣٤ ﴾	34	68، 220
سورة الأنبياء		
﴿ مَسَّنِيَ ٱلضُّرُّ ﴾	83	333
سورة النور		
﴿ إِنَّ ٱلَّذِينَ يُحِبُّونَ أَن تَشِيعَ ٱلۡفَٰحِشَةُ فِي ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَهُمۡ عَذَابٌ أَلِيمٞ ...﴾	19	65
﴿ رِجَالٞ لَّا تُلۡهِيهِمۡ تِجَٰرَةٞ وَلَا بَيۡعٌ عَن ذِكۡرِ ٱللَّهِ وَإِقَامِ ٱلصَّلَوٰةِ وَإِيتَآءِ ...﴾	37	70
سورة فاطر		
﴿ وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٞ وِزۡرَ أُخۡرَىٰ وَإِن تَدۡعُ مُثۡقَلَةٌ ... ﴾	18	355، 368

سورة الحجرات		
﴿ وَلَا تَجَسَّسُواْ وَلَا يَغۡتَب بَّعۡضُكُم بَعۡضًا ... ﴿١٢﴾ ﴾	12	188
سورة الرحمن		
﴿ وَأَقِيمُواْ ٱلۡوَزۡنَ بِٱلۡقِسۡطِ وَلَا تُخۡسِرُواْ ٱلۡمِيزَانَ ﴾	9	68
سورة الجمعة		
﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِذَا نُودِيَ لِلصَّلَوٰةِ مِن يَوۡمِ ٱلۡجُمُعَةِ ... ﴾	11-9	71
سورة المدثر		
﴿ كُلُّ نَفۡسِۭ بِمَا كَسَبَتۡ رَهِينَةٌ ﴿٣٨﴾ ﴾	38	368
سورة الإنفطار		
﴿ وَإِنَّ عَلَيۡكُمۡ لَحَٰفِظِينَ ﴿١٠﴾ كِرَامٗا كَٰتِبِينَ ﴿١١﴾ ﴾	11 -10	133
سورة المطففين		
﴿وَيۡلٞ لِّلۡمُطَفِّفِينَ ﴿١﴾ ٱلَّذِينَ إِذَا ٱكۡتَالُواْ عَلَى ٱلنَّاسِ يَسۡتَوۡفُونَ.... ﴾	4-1	64
سورة الضحى		
﴿ وَوَجَدَكَ عَآئِلٗا فَأَغۡنَىٰ ﴿٨﴾ ﴾	8	23

ثانيا: فهرس الأحاديث النبوية:

طرف الحديث أو الأثر	الصفحة
ألهاني الصفق بالأسواق يعني الخروج إلى تجارة	22
إِنَّ اللَّهَ وَرَسُولَهُ حَرَّمَ بَيْعَ الْخَمْرِ وَالْمَيْتَةِ وَالْخِنْزِيرِ، وَالْأَصْنَامِ	65
إِنَّ اللَّهَ قد تَجَاوَزَ عَنْ أُمَّتِي الْخَطَأَ وَالنِّسْيَانَ...	68
أَفَلَا جَعَلْتَهُ فَوْقَ الطَّعَامِ كَيْ يَرَاهُ النَّاسُ؟ مَنْ غَشَّ فَلَيْسَ مِنِّي	91
إِنَّ التُّجَّارَ يُبْعَثُونَ يَوْمَ الْقِيَامَةِ فُجَّارًا...	92
إِنَّمَا الْأَعْمَالُ بِالنِّيَّاتِ، وَإِنَّمَا لِكُلِّ امْرِئٍ مَا نَوَى	122
إِنَّا أُمَّةٌ أُمِّيَّةٌ، لَا نَكتُبُ وَلَا نَحْسُبُ، الشَّهْرُ هَكَذَا وَهَكَذَا	136
إِذَا تَبَايَعَ الرَّجُلانِ فَكُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِالْخِيَارِ مَا لَمْ يَتَفَرَّقَا...	180
إن بعتَ مِن أخيك تمراً، فأصابتها جائحةٌ...	258
أَنَا بَرِيءٌ مِنْ كُلِّ مُسْلِمٍ يُقِيمُ ...	259
إناءٌ مثلُ إناءٍ، وطعامٌ مِثلُ طَعامٍ	295
أَنَّ رَسُولَ اللهِ رَدَّ شَهَادَةَ الْخَائِنِ وَالْخَائِنَةِ...	372
إِذَا مَرَّ أَحَدُكُمْ فِي مَسْجِدِنَا أَوْ فِي ...	389
الْبَيِّعَانِ بِالْخِيَارِ مَا لَمْ يَتَفَرَّقَا، ...	91
التَّاجِرُ الصَّدُوقُ الأَمِينُ مَعَ النَّبِيِّينَ وَالصِّدِّقِينَ وَالشُّهَدَاءِ	21
تِسْعَةَ أَعْشَارِ الرِّزْقِ فِي التِّجَارَةِ	21
الحَلَالُ بَيِّنٌ وَالحَرَامُ بَيِّنٌ، وَبَيْنَ ذَلِكَ أُمُورٌ مُشْتَبِهَاتٌ...	71
الْخَدِيعَةُ فِي النَّارِ، وَمَنْ عَمِلَ عَمَلًا لَيْسَ عَلَيْهِ أَمْرُنَا فَهُوَ رَدٌّ	92
قَاتَلَ اللَّهُ الْيَهُودَ إِنَّ اللَّهَ لَمَّا حَرَّمَ شُحُومَهَا جَمَلُوهُ...	65
كُلُّكُمْ رَاعٍ ومسؤول عَنْ رَعِيَّتِهِ...	356، 368
لَا تُصَرُّوا الْغَنَمَ، وَمَنِ ابْتَاعَهَا فَهُوَ بِخَيْرِ النَّظَرَيْنِ ...	205
لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ	322، 334
لا بيع في سوقنا إلا من قد تفقه في الدين	71

لَمَّا أَرَادَ النبي ﷺ أنْ يَكْتُبَ إلى الرُّومِ، قالوا: إنَّهُمْ لا يَقْرَؤُونَ كِتَابًا إلَّا	144
لَو يُعطَى النّاسُ بدَعواهُم ...	326
لَيْسَ الْخَبَرُ كَالْمُعَايَنَةِ	180
مَا بَالُ رِجَالٍ يَشْتَرِطُونَ شُرُوطًا لَيْسَتْ فِي كِتَابِ اللَّهِ...	70
الْمُسْلِمُ أَخُو الْمُسْلِمِ، ولَا يَحِلُّ لِمُسْلِمٍ بَاعَ مِنْ أَخِيهِ ...	205
الْمُسْلِمُونَ عَلَى شُرُوطِهِمْ إِلَّا شَرْطًا أَحَلَّ حَرَامًا أَوْ حَرَّمَ حَلَالًا	71
مَنِ احْتَكَرَ فَهُوَ خَاطِئٌ	65
مَنْ أَدْرَكَ مَالَهُ بِعَيْنِهِ عِنْدَ رَجُلٍ...	285، 292
مَنِ اشتَرَى شيئًا لَم يَرَه فهو بالخيارِ إذا رآه...	204
مَنِ اقْتنَى كَلْبًا إِلَّا كَلْبَ ضَارِيَةٍ أَوْ مَاشِيَةٍ، نَقَصَ مِنْ عَمَلِهِ...	67 هامش
مَنْ قُتِلَ دُونَ مَالِهِ فَهُوَ شَهِيدٌ	32
نَهَى رَسُولُ اللَّهِ صلى لله عليه وسلم عَنْ بَيْعِ الْحَصَاةِ وَعَنْ بَيْعِ الْغَرَرِ	92
نهى عن المزارعة وأمر بالمؤاجرة، وقال: {لَا بَأْسَ بِهَا}.	195
نهى عن المنابذة ... ونهى عن الملامسة...	76
هَذَا مَا اشْتَرَى مُحَمَّدٌ رَسُولُ اللَّهِ صلى لله عليه وسلم مِنْ الْعَدَّاءِ بْنِ خَالِدٍ،...	133
والدَّينُ مَقْضِي	281
يَا مَعْشَرَ مَنْ آمَنَ بِلِسَانِهِ وَلَمْ يَدْخُلِ الْإِيمَانُ قَلْبَهُ، لَا تَغْتَابُوا الْمُسْلِمِينَ...	185
الْيَمِينَ عَلَى الْمُدَّعَى عَلَيْهِ...	327

ثالثا: قائمة المصادر والمراجع:

- القرآن الكريم برواية حفص عن عاصم.

كتب التفسير:

1. الأوراسي، هود بن محَكم الهواري: تفسير كتاب الله العزيز، تح: بالحاج بن سعيد شريفي، ط2،دار البصائر للنشر والتوزيع، حسين داي-الجزائر، 2011، ج1.
2. ابن أبي زمنين: تفسير القرآن العزيز، تح: أبو عبد لله حسين ن عكاشة، مُحَّد بن مصطفى الكنز، ط1، الفاروق الحديثة، القاهرة-مصر، 1423هـ-2002م، ج4.
3. الطبري، أبو جعفر ابن جرير: جامع البيان عن تأويل آي القرآن، د.ط، دار التربية والتراث، مكة المكرمة-المملكة العربية السعودية، د.ت.ن، ج4.
4. الطبري، مُحَّد ابن جرير: جامع البيان عن تأويل آي القرآن، تح: عبد الله بن عبد المحسن التركي، ط1، دار هجر للطباعة والنشر والتوزيع والإعلان، القاهرة-مصر، 1422هـ-2001م،، ج8.
5. ابن عثيمين: تفسير القرآن الكريم، ط2، دار الجوزي للنشر والتوزيع، المملكة العربية السعودية، 1435هـ، ج1.
6. ابن عطية: المحرر الوجيز في تفسير الكتاب العزيز، تح: عبد السلام عبد الشافي مُحَّد، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان، 1422هـ، ج5.
7. مجاهد، أبو الحجاج: تفسير مجاهد، تح: مُحَّد عبد السلام أبو النيل، ط1، دار الفكر الإسلامي الحديثة، مصر، 1989م.

كتب الحديث النبوي:

8. أحمد بن حنبل: مسند الإمام أحمد بن حنبل، تح: شعيب الأرنؤوط وآخرون، ط1، مؤسسة الرسالة، بيروت-لبنان، 1421هـ-2001م، ج2،ج3.
9. الألباني، ناصر الدين: ضعيف الجامع الصغير وزيادته(الفتح الكبير)، ط3، المكتب الإسلامي للطباعة والنشر، دمشق- سوريا، 1408 هـ-1988م.
10. البيهقي، أبو بكر: السنن الكبرى، تح: عبد الله بن عبد المحسن التركي، ط1، مركز هجر للبحوث والدراسات العربية والإسلامية، القاهرة-مصر، 1432 هـ - 2011 م، ج11،ج21.

11. البيهقي، أبو بكر: السنن الكبرى، تح: عبد المعطي أمين قلعجي، ط1، جامعة الدراسات الإسلامية، كراتشي ـ باكستان، 1410هـ - 1989م، ج3.
12. الترمذي، أبو عيسى: سنن الترمذي، تح: أحمد مُحَمَّد شاكر وآخرون، ط2، مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي، مصر، 1395هـ- 1975م، ج2، ج3.
13. أبو داود سليمان: سنن أبي داود، تح: شعيب الأرناؤوط-مُحَمَّد كامل قره بللي، ط1، دار الرسالة العلمية، 1430هـ-2009م، ج4، ج5.
14. صحيح البخاري، تح: مصطفى ديب البغا، ط5، دار ابن كثير، دار اليمامة، دمشق-سوريا، 1414هـ-1993م، ج1، ج2، ج6.
15. ابن عثيمين: شرح رياض الصالحين، د.ط، دار الوطن للنشر، ، المملكة العربية السعودية -الرياض، 1426هـ، ج4.
16. ابن ماجة أبي عبد الله مُحَمَّد بن يزيد: سنن ابن ماجة، تح: شعيب الأرناؤوط وآخرون، ط1، دار الرسالة العالمية، دمشق-سوريا، 1430هـ-2009م، ج3، ج4.
17. مسلم، أبو الحسين: صحيح مسلم، تح: مُحَمَّد فؤاد عبد الباقي، د.ط، مطبعة عيسى البابي الحلبي وشركاه، القاهرة-مصر،1374 هـ - 1955 م، ج1، ج2، ج3.
18. النسائي، أبو عبد الرحمن أحمد بن شعيب: السنن الكبرى، تح: شعيب الأرناؤوط، تق: عبد الله بن عبد المحسن التركي، ط1، مؤسسة الرسالة، بيروت-لبنان، 1421 هـ - 2001 م، ج3.
19. العسقلاني، أحمد بن علي بن حجر: فتح الباري بشرح البخاري، تح: محب الدين الخطيب، ط1، المكتبة السلفية – مصر، 1380 - 1390 هـ، ج10.

المعاجم والقواميس:

20. الجرجاني: التعريفات، دار الكتب العلمية، ط1، بيروت-لبنان، 1403هـ-1983م.
21. الفيروز آبادي: القاموس المحيط، تح: مكتب تحقيق التراث في مؤسسة الرسالة، ط8، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت-لبنان، 1426هـ-2005م.
22. الفيومي، أحمد بن مُحَمَّد بن علي: المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، د.ط، المكتبة العلمية، بيروت-لبنان، د.ت.ن، ج1، ج2.
23. مجمع اللغة العربية: المعجم الوسيط، ط4، مكتبة الشروق الدولية، مصر، 2004.

24. ابن منظور، جمال الدين الأنصاري: لسان العرب، ط3، دار صادر، بيروت- لبنان، 1414 هـ، ج1، ج3 ج4،ج7، ج15.

كتب الطبقات، التاريخ ومقاصد الشريعة:

25. ابن جرير الطبري، أبو جعفر: تاريخ الرسل والملوك، تح: مُحَمَّد أبو الفضل إبراهيم، ط2، دار المعارف، مصر، 1387 هـ- 1967 م، ج3.

26. زهر الدين عبد الرحمان: مقاصد الشريعة في أحكام البيوع، د.ط، دار الكتب العلمية، بيروت- لبنان، د.ت.ن.

27. ابن سعد: الطبقات الكبرى، تق: إحسان عباس، د.ط، دار صادر، بيروت-لبنان، 1968م، ج3.

28. ابن عاشور، مُحَمَّد الطاهر: مقاصد الشريعة الإسلامية، د.ط، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، قطر، 2004م، ج3.

كتب القواعد الفقهية وأصول الفقه:

29. الأرموي، سراج الدين محمود: التحصيل من المحصول، تح: عبد الحميد علي أبو زنيد، ط1، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت-لبنان، 1408هـ-1988م، ج2.

30. آل بورنو مُحَمَّد صدقي: موسوعة القواعد الفقهية، ط1، مؤسسة الرسالة، بيروت – لبنان، 1424 هـ - 2003م، ج8.

31. الزحيلي، مُحَمَّد مصطفى: القواعد الفقهية وتطبيقاتها، ط1، دار الفكر، دمشق-سوريا، 1437هـ-2007م، ج1.

32. الزرقا أحمد مُحَمَّد: شرح القواعد الفقهية، ط2، دار القلم، دمشق-سوريا، 1409هـ-1989م.

33. الزرقا أحمد: شرح القواعد الفقهية، تق: مصطفى أحمد الزرقا، عبد الستار أبو غدة، ط1، دار القلم، دمشق – سوريا، 1409 هـ - 1989 م.

34. الشاطبي، إبراهيم بن موسى بن مُحَمَّد اللخمي الغرناطي أبو إسحاق: الموافقات، تح: أبي عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان، ط1، دار ابن عفان، السعودية، 1417 هـ - 1997م ،ج2.

35. مصيلحي عبد الفتاح: الرسالة الندية في القواعد الفقهية، تق: مصطفى بن العدوي، عبد المنجي سيد أمين، ط3، مكتبة العلوم والحكم، الشرقية-مصر، 1439هـ-2018م.

36. مصيلحي عبد الفتاح: جامع المسائل والقواعد في علم الأصول والمقاصد، ط1، دار اللؤلؤة للنشر والتوزيع، المنصورة-مصر، 1443 هـ - 2022 م، ج2.
37. الهاجري، حمد بن مُحَمَّد الجابر: القواعد والضوابط الفقهية في الضمان المالي، ط1، دار كنوز إشبيلية للنشر والتوزيع، السعودية، 1429هـ-2008م.
38. ابن الملقن، سراج الدين أبو حفص عمر بن علي الأنصاري: الأشباه والنظائر في قواعد الفقه، تح: مصطفى محمود الأزهري، ط1، دار ابن عفان للنشر والتوزيع، القاهرة – مصر، 1431 هـ - 2010 م، ج1.

كتب الفقه الإسلامي:

أ- كتب الفقه العام:

39. بن عفانة، حسام الدين: فقه التاجر المسلم، ط1، المكتبة العلمية ودار الطيب للطباعة والنشر، بيت المقدس-فلسطين، 1426هـ-2005م.
40. التونجي عبد السلام: مؤسسة المسؤولية في الشريعة الإسلامية، ط1، منشورات جمعية الدعوة الإسلامية العالمية، طرابلس-ليبيا، 1414هـ-1994م.
41. التويجري، مُحَمَّد بن إبراهيم: موسوعة الفقه الإسلامي، ط1، بيت الأفكار الدولية، 1430 هـ - 2009 م، ج3.
42. الجزيري عبد الرحمن بن مُحَمَّد عوض: الفقه على المذاهب الأربعة، ط2، دار الكتب العلمية، بيروت – لبنان، 1424 هـ - 2003 م، ج2.
43. الجنكو علاء الدين بن عبد الرزاق: التقابض في الفقه الإسلامي وأثره على البيوع المعاصرة، ط1، دار النفائس، عمان- الأردن، 1423هـ-2004م.
44. ابن حزم، علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الظاهري، أبو مُحَمَّد: مراتب الإجماع في العبادات والمعاملات والاعتقادات، د.ط، ،دار الكتب العلمية، بيروت- لبنان، د.ت.ن.
45. الخفيف علي: أحكام المعاملات الشرعية، دط، دار الفكر العربي، القاهرة-مصر، 1429هـ-2008م.
46. الخفيف علي: الضمان في الفقه الإسلامي، دط، دار الفكر العربي، القاهرة-مصر، 2000.
47. خوجة، عزالدين مُحَمَّد: نظرية العقد في الفقه الإسلامي، ط1، مجموعة دله البركة، جدة-السعودية، 1996م.

48. الدريني، فتحي: نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، ط4، مؤسسة الرسالة، القاهرة-مصر، 1988.

49. الزحيلي وهبة: الفقه الإسلامي وأدلته، ط4، دار الفكر، دمشق –سورية، د ت ن، ج4، ج6.

50. الزحيلي وهبة: نظرية الضمان أو أحكام المسؤولية المدنية والجنائية في الفقه الإسلامي، ط2، دار الفكر، دمشق، 1998.

51. الزرقا مصطفى أحمد: العقود المسماة في الفقه الإسلامي-عقد البيع-، ط2، دار القلم دمشق-سوريا، 1433هـ-2012م.

52. الزرقا مصطفى أحمد: المدخل الفقهي العام، ط1، دار القلم، دمشق-سوريا، 1989م.

53. الزرقا مصطفى أحمد: عقد البيع، ط2، دار القلم، دمشق-سوريا، 2012م.

54. سراج مُحَمَّد أحمد: ضمان العدوان في الفقه الإسلامي، د.ط، دار الثقافة، القاهرة-مصر، 1990م.

55. سليمان مُحَمَّد أحمد: ضمان المتلفات في الفقه الإسلامي، ط1، مطبعة السعادة، القاهرة-مصر، 1985.

56. سيد أحمد أمين: المسؤولية التقصيرية عن فعل الغير في الفقه الإسلامي، ط2، دار عزة للنشر والتوزيع، القاهرة-مصر، 2001.

57. شبير مُحَمَّد عثمان: صيانة المديونيات ومعالجتها من التعثر في الفقه الإسلامي، بحث ضمن كتاب جماعي ، ط1، دار النفائس للنشر والتوزيع، عمان-الأردن، 1418هـ-1998م، مج2.

58. الشحود علي بن نايف: الخلاصة في أحكام دفع الصائل، ط1، صادر عن جامعة دمشق، 2012.

59. فضل بن عبد الله مراد: المقدمة في فقه العصر، ط2، الجيل الجديد ناشرون، صنعاء-اليمن، 1437هـ-2016م، ج1.

60. القرافي: الفروق-أنوار البروق في أنواء الفروق-، د.ط، عالم الكتب، بيروت-لبنان، د.ت.ن، ج2.

61. بن مُحَمَّد الدبيان دبيان: المعاملات المالية أصالة ومعاصرة، تق: عبد الله بن بن عبد المحسن التركي وآخرون، ط2، الهيئة العامة للأوقاف، بريدة-المملكة العربية السعودية، 1432هـ، ج4، ج6.

62. المعيدي عبد الله بن راضي: أحكام عقود التمويل في الفقه الإسلامي، ط1، دار كنوز إشبيليا للنشر والتوزيع، السعودية، 1438 هـ - 2017 م.

63. وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية: وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية: الموسوعة الفقهية الكويتية، ط1، ط2، مطابع دار الصفوة، الكويت، 1983م، 1993م، ج2، ج5، ج20، ج28، ج30.

ب- الفقه الحنفي:

64. باشا مُحَمَّد قدري: مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان، ط2، المطبعة الكبرى الأميرية ببولاق، مصر، 1308هـ-1891م.

65. البغدادي، غانم بن مُحَمَّد: مجمع الضمانات في مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان، د.ط، دار الكتاب الإسلامي، د.ت.ن.

66. الجصاص، أبو بكر الرازي: شرح مختصر الطحاوي، تح: سائد بكداش وآخرون، ط1، دار البشائر الإسلامية ودار السراج، مكة المكرمة-المملكة العربية السعودية،1431هـ-2010م، ج1، ج3.

67. الحصكفي، مُحَمَّد بن علي: الدر المختار شرح تنوير الأبصار وجامع البحار، تح: عبد المنعم خليل ابراهيم، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان، 1423هـ-2002م.

68. خواجة أمين أفندي علي حيدر: درر الحكام في شرح مجلة الأحكام، تر: فهمي الحسيني، ط1، دار الجيل، بيروت-لبنان، 1411هـ-1991م، ج1.

69. الزيلعي، عثمان بن علي: تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، ط1، المطبعة الكبرى الأميرية-بولاق، القاهرة-مصر، 1314هـ، ج2، ج4.

70. السرخسي، مُحَمَّد بن أحمد بن أبي سهل: المبسوط، د.ط، دار المعرفة، بيروت -لبنان، 1414هـ-1993م، ج25.

71. السُّغْدي، أبو الحسن علي: النتف في الفتاوى، تح: صلاح الدين الناهي، ط2، مؤسسة الرسالة، بيروت-لبنان، 1404هـ -1984م، ج2.

72. السغناقي الحسام: النهاية في شرح الهداية، تح: رسائل ماجستير - مركز الدراسات الإسلامية بكلية الشريعة والدراسات الإسلامية بجامعة أم القرى-المملكة العربية السعودية، 1438 هـ، ج24.

73. ابن عابدين، مُحَمَّد أمين: حاشية رد المحتار على الدر المختار-شرح تنوير الأصار-،شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، ط2، مصر، 1386هـ-1966م، ج4، ج5، ج6.

74. القاضي أبو يوسف: الخراج، تح: طه عبد الرؤوف سعد، وسعد حسن مُحَمَّد، ط.ج، المكتبة الأزهرية للتراث، مصر، د.ت.ن.

75. قاضي زاده : تكملة فتح القدير نتائج الأفكار في كشف الرموز والأسرار، ط1، شركة مكتبة ومطبعة مصفى البابي الحلبي وأولاده، مصر، 1389هـ-1970م، ج10.

76. القاضي منير: محاضرات في القانون المدني العراقي المستمد من القانون المدني العثماني-مجلة الأحكام-(الكتاب دراسة مقارنة بين القانون المدني والفقه الحنفي) ، معهد الدراسات العربية العالمية، جامعة الدول العربية، 1954.

77. القَدُّوري، أبو الحسين أحمد الحنفي: الموسوعة الفقهية المقارنة "التجريد"، تح: مركز الدراسات الفقهية والاقتصادية، ط2، دار السلام، القاهرة-مصر، 1427 هـ - 2006 م، ج7.

78. الكاساني، علاء الدين أبو بكر بن مسعود الحنفي: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ط1، مطبعة الجمالية، مصر، 1327هـ-1328هـ، ج5، ج6، ج7.

79. لجنة مكونة من عدة علماء وفقهاء في الخلافة العثمانية: مجلة الأحكام العدلية، تح: نجيب هواويني، الناشر: نور مُحَمَّد كارخانه تجارت كتب، -كراتشي باكستان، د.ت.ن.

80. ابن مازه، برهان الدين: المحيط البرهاني في الفقه النعماني، تح: عبد الكريم سامي الجندي، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان، 1424هـ-2004م، ج4.

81. ابن نجيم، زين الدين: البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ط2، دار الكتاب الإسلامي، القاهرة-مصر، د.ت.ن، ج5.

82. ابن الهمام، كمال الدين: شرح فتح القدير على الهداية، ط1، دار الفكر، بيروت-لبنان، 1389هـ-1970م، ج7.

ت- الفقه المالكي:

83. الأمير مُحَمَّد المالكي: ضوء الشموع شرح المجموع في الفقه المالكي بحاشية حجازي العدوي المالكي، تح: مُحَمَّد محمود ولد مُحَمَّد الأمين المسمومي، ط1، دار يوسف بن تاشفين ومكتبة الإمام مالك، نواكشط-موريتانيا، 1426هـ-2005م، ج3.

84. أبي بكر بن حسن الكشناوي: أسهل المدارك «شرح إرشاد السالك في مذهب إمام الأئمة مالك»، ط2، دار الفكر، بيروت-لبنان، د.س.ن، ج2.

85. ابن جزي، مُحَمَّد بن أحمد الغرناطي: القوانين الفقهية في تلخيص مذهب المالكية والتنبيه على مذهب الشافعية والحنفية والحنبلية، تح: ماجد الحموي، ط1، دار ابن حزم، -بيروت، لبنان، 1434هـ-2013م.
86. الخرشي، أبو عبد الله مُحَمَّد: شرح الخرشي على مختصر خليل، ط2، المطبعة الكبرى الأميرية-بولاق، القاهرة- مصر، 1317هـ، ج5.
87. الدسوقي، مُحَمَّد بن أحمد: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، د.ط، دار الفكر، بيروت- لبنان، د.س.ن، ج3.
88. الرجراجي علي بن سعيد: مناهج التحصيل ونتائج لطائف التأويل في شرح المدونة وحل مشكلاتها، تق: علي علي لُقَم، ط1، دار ابن حزم، بيروت-لبنان، 1428هـ-2007م، ج6.
89. ابن رشد الحفيد: بداية المجتهد ونهاية المقتصد، د.ط، دار الحديث، القاهرة-مصر، 1425هـ-2004م، ج4.
90. الصقلي ابن يونس: الجامع لمسائل المدونة، ط1، معهد البحوث العلمية وإحياء التراث الإسلامي، مكة المكرمة-المملكة العربية السعودية، 1434هـ - 2013 م، مج 17.
91. عبد المؤمن بلباقي: أصول المعاملات المالية على مذهب السادة المالكية، د.ط، دار الهدى، عين مليلة-الجزائر، 2004.
92. عليش مُحَمَّد: منح الجليل شرح مختصر خليل، ط1، دار الفكر، بيروت-لبنان، 1404هـ-1984م، ج5.
93. القاضي عبد الوهاب: المعونة على مذهب عالم المدينة"الإمام مالك بن أنس"، تح: حميش عبد الحق، أطروحة دكتوراه، بجامعة أم القرى، نشرتها المكتبة التجارية، مصطفى أحمد الباز، د.ط، مكة المكرمة- المملكة العربية السعودية، د.ت.ن، ج2.
94. القاضي عياض: التنبيهات المستنبطة على الكتب المدونة والمختلطة، تح: مُحَمَّد الوثيق، عبد النعيم حميتي، ط1، دار ابن حزم، بيروت – لبنان، 1432 هـ - 2011 م، ج3.
95. مالك، بن أنس: المدونة، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان، 1415هـ-1994م، ج4.
96. المجاجي، مُحَمَّد سكحال: المهذّب من الفقه المالكي وأدلته، ط1، دار الوعي، الجزائر، 2010.
97. ميارة الفاسي، مُحَمَّد بن أحمد المالكي: الإتقان والإحكام في شرح تحفة الحكام، د.ط، دار المعرفة، بيروت-لبنان، د.ت.ن، ج1.

98. الوائلي، مُحَمَّد بن حمود المالكي: بغية المقتصد شرح بداية المجتهد لابن رشد الحفيد، تع: كاملة الكواري، تق: عبد الله بن ابراهيم الزاحم، ط1، دار ابن حزم، بيروت–لبنان، 1440هـ- 2019م، ج13، ج14.

99. ابن فرحون، برهان الدين: تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام، ط1، مكتبة كليات الأزهرية، مصر، 1406هـ–1986م، ج1.

ث– الفقه الشافعي:

100. الأنصاري زكريا: أسنى المطالب في شرح روض الطالب–ومعه حاشية الرملي– ، د.ط، دار الكتاب الإسلامي، القاهرة–مصر، د.ت.ن، ج2.

101. الجويني، أبو المعالي: نهاية المطلب في دراية المذهب، تح عبد العظيم محمود الدّيب، ط1، دار المنهاج، الرياض–السعودية، 1428هـ–2007م، ج8.

102. الخطيب الشربيني: مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، تح: علي مُحَمَّد معوض، عادل أحمد عبد الموجود، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت–لبنان، 1415هـ–1994م، ج2، ج3، ج4.

103. السيوطي، جلال الدين عبد الرحمان: الأشباه والنظائر في فروع وقواعد الشافعية، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت–لبنان، 1406هـ–1987م.

104. الشافعي، أبو عبد الله مُحَمَّد بن إدريس: الأم، ط2، دار الفكر، بيروت–لبنان، 1403 هـ – 1983 م، ج3.

105. الشيرازي، أبو إسحاق: المهذب في فقه الإمام الشافعي، د.ط، دار الكتب العلمية، بيروت–لبنان، د ت ن، ج3.

106. الغمراوي، مُحَمَّد الزهري: السراج الوهاج على متن المنهاج ، د.ط، دار المعرفة للطباعة والنشر، بيروت–لبنان، د.ت.ن.

107. الماوردي، أبو الحسن علي: الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت–لبنان، 1419هـ–1999م، 5ج.

108. النووي، أبو زكريا محيي الدين بن شرف: المجموع شرح المهذب، د.ط، إدارة الطباعة المنيرية، ومطبعة التضامن الأخوي، القاهرة–مصر، 1344هـ - 1347 هـ، ج9.

109. النووي، أبو زكرياء محيي الدين: منهاج الطالبين وعمدة المفتين في الفقه، تح: عوض قاسم أحمد عوض، ط1، دار الفكر، دمشق-سوريا، 1425هـ-2005م.

ج – الفقه الحنبلي:

110. البهوتي: كشف القناع عن الإقناع، تح: هلال مصيلحي مصطفى أحمد هلال، د.ط، مكتبة النصر الحديثة، الرياض-المملكة العربية السعودية، 1388هـ- 1968م، ج3.

111. البهوتي، منصور بن يونس الحنبلي: كشف القناع عن الإقناع، تح: لجنة متخصصة في وزارة العدل، ط1، الناشر وزارة العدل في المملكة العربية السعودية، (1421-1429هـ)(2000-2008م)، ج6، ج7.

112. ابن تيمية: مجموع الفتاوى، تح: عبد الرحمن بن مُحَمَّد بن قاسم، د.ط، الناشر مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف، المدينة المنورة – السعودية، 1425 هـ - 2004 م، ج 28.

113. ابن تيمية، تقي الدين: الفتاوى الكبرى، تح: مُحَمَّد عبد القادر عطا، مصطفى عبد القادر عطا، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان، 1408هـ-1987م، ج3، ج4.

114. الخرقي، أبو القاسم عمر بن الحسين: متن الخرقى على مذهب أبي عبد الله أحمد بن حنبل الشيباني، د.ط، دار الصحابة للتراث، طنطا-مصر، 1413هـ-1993م.

115. الرحيباني، مصطفى بن سعد بن عبده: مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى، ط2، المكتب الإسلامي، بيروت-لبنان، 1415هـ - 1994م، ج3.

116. ابن ضويان، إبراهيم بن مُحَمَّد بن سالم: منار السبيل في شرح الدليل، تح: زهير الشاويش، ط7، المكتب الإسلامي، دمشق-سوريا، 1409هـ-1989م، ج1.

117. القاضي أبو يعلى الحنبلي: المسائل الفقهية من كتاب الروايتين والوجهين، تح: عبد الكريم بن مُحَمَّد اللاحم، ط1، مكتبة المعارف، الرياض – السعودية، 1405 هـ - 1985 م، ج1.

118. ابن قدامة المقدسي: المغني، تح: عبد الله بن عبد المحسن التركي، عبد الفتاح مُحَمَّد الحلو، ط3، دار عالم الكتب للطباعة والنشر والتوزيع، الرياض-المملكة العربية السعودية، 1417هـ - 1997م، ج4، ج6، ج8، ج12.

119. الكلوذاني، أبو الخطاب: الهداية على مذهب الإمام أحمد، تح: عبد اللطيف هميم، ماهر ياسين الفحل، د.ط، مؤسسة غراس للنشر والتوزيع، 1425 هـ - 2004 م.

الفتاوى وقرارات المجامع الفقهية:

120. القرار 158/1 الرقم 16/2017/297 بتاريخ 25 ربيع الأول 1439هـ الصادر عن دار الإفتاء الفلسطينية.

121. القرار رقم (4) لمجلس مجمع الفقه الإسلامي المنعقد في دورة مؤتمره السادس بجدة-المملكة العربية السعودية من 17-23 شعبان 1410هـ الموافق 14-20 مارس 1990م، مجلة المجمع، ع6، ج1، ص453.

122. قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي رقم 43 (5/5) بشأن الحقوق المعنوية، والمنعقد في دورته الخامسة بدولة الكويت بين 01-06 جمادى الأولى 1409هـ الموافق 10-15 ديسمبر 1988م، والمنشور بمجلة المجمع، العدد الخامس، ج03.

123. مجلة مجمع الفقه الإسلامي، ع6، جدة، 1990، ج2.

124. المجلة العالمية المتخصصة بالتجارة الإلكترونية والتسوق عبر الإنترنت-طبعة الشرق الأوسط- السنة الثانية، ع1، أكتوبر-نوفمبر، سنة 1999م.

125. الندوة المنعقدة في مركز صالح كامل للاقتصاد الإسلامي في جامعة الأزهر بتاريخ 2000/03/23.

التشريعات:

أ- الأوامر:

126. الأمر رقم 75-59 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 هـ الموافق 26 سبتمبر سنة 1975م الذي يتضمن القانون التجاري، المعدل والمتمم، ج.ر 101، الصادرة في 16 ذو الحجة عام 1395هـ الموافق 19 ديسمبر 1975م.

127. الأمر 03-03 المؤرخ في 19 جمادى الأولى عام 1424هـ الموافق 19 يوليو سنة 2003م، يتعلق بالمنافسة، ج.ر 43، الصادرة في 20 جمادى الأولى عام 1424هـ الموافق 20 يوليو سنة 2003م.

128. الأمر رقم 95-07 المؤرخ في 23 شعبان عام 1415 الموافق 25 يناير سنة 1995م المتعلق بالتأمينات، ج.ر 13 الصادرة 7شوال عام 1415هـ الموافق 8 مارس 1995م.

ب- القوانين:

129. القانون 04-02 مؤرخ في 5 جمادى الأولى عام 1425هـ الموافق 23 يونيو سنة 2004م، يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، ج.ر 41 الصادرة في 9 جمادى الأولى 1425هـ الموافق 27 يونيو سنة 2004م.

130. القانون رقم 05-10 المؤرخ في 13 جمادى الأولى عام 1426هـ الموافق 20 يونيو 2005م، يعدل ويتمم الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395هـ الموافق 26 سبتمبر سنة 1975م، والمتضمن القانون المدني، ج.ر 44، الصادرة في 19 جمادى الأولى عام 1426هـ الموافق 26 يونيو 2005م.

131. القانون 09-04 المؤرخ في 5 أوت 2009، المتعلق بالقواعد الخاصة من الجرائم المتصلة بتكنولوجيات الإعلام والاتصال ومكافحتها، ج.ر 47، الصادرة في 25 شعبان عام 1430هـ الموافق 16 أوت 2009م.

132. القانون رقم 13-06 مؤرخ في 14 رمضان عام 1434هـ الموافق 23 يوليو سنة 2013، يعدل ويتمم القانون رقم 04-08 المؤرخ في 27 جمادى الثانية عام 1425هـ الموافق 14 غشت سنة 2004 والمتعلق بشروط ممارسة الأنشطة التجارية، ج.ر39، الصادرة 22 رمضان عام 1434هـ الموافق 31 يوليو سنة 2013م.

133. القانون 15-04 المؤرخ في 11 ربيع الثاني عام 1436هـ الموافق 01 فبراير 2015سنة م، يحدد القواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين، ج.ر 06، الصادرة في 20 ربيع الثاني عام 1436هـ الموافق 10 فيفري سنة 2015م.

134. القانون 17-11 المؤرخ في 8 ربيع الثاني 1439هـ الموافق 27 ديسمبر 2017 يتضمن قانون المالية لسنة 2018، ج.ر 76 الصادرة في9 ربيع الثاني 1439هـ الموافق 28 ديسمبر 2017م.

135. القانون 18-04 المؤرخ في 24 شعبان عام 1439 الموافق 10 مايو سنة 2018، الذي يحدد القواعد العامة المتعلقة بالبريد والاتصالات الإلكترونية، ج.ر 27 الصادرة في 27 شعبان عام 1439هـ الموافق 13 مايو سنة 2018م.

136. القانون رقم 18-05 المؤرخ في 24 شعبان عام 1439 الموافق لـ10 ماي 2018، الذي يتعلق بالتجارة الإلكترونية ، ج.ر ع 28، الصادرة بتاريخ 30 شعبان 1439هـ الموافق 16 مايو 2018م.

137. القانون 18-07 المؤرخ في 25 رمضان عام 1439هـ الموافق 10 يونيو سنة 2018م، يتعلق بحماية الأشخاص الطبيعيين في مجال معالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي، ج.ر 34، الصادرة في 25 رمضان عام 1439هـ الموافق 10 يونيو سنة 2018م.

138. القانون 24-06 المؤرخ في 19 شوال عام 1445هـ الموافق 28 أبريل سنة 2024م، يعدل ويتمم الأمر 66-156 المؤرخ في 18 صفر عام 1386م الموافق 08 جوان 1966م المتضمن قانون العقوبات ج.ر 30، الصادرة في 21 شوال عام 1445هـ الموافق 30 أبريل سنة 2024م.

ت- المراسيم:

139. المرسوم التنفيذي 05-468 المؤرخ في 8 ذي القعدة عام 1426هـ الموافق 10 ديسمبر 2005م، الذي يحدد شروط تحرير الفاتورة وسند التحويل ووصل التسليم والفاتورة الإجمالية وكيفيات ذلك، ج.ر 80، الصادرة في 9 ذي القعدة عام 1426هـ الموافق 11 ديسمبر 2005م.

140. المرسوم التنفيذي 06-306 المؤرخ في 17 شعبان عام 1427هـ 10 سبتمبر 2006، الذي يحدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الإقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية، ج.ر 56 الصادرة في 18 شعبان عام 1427هـ الموافق 11 سبتمبر 2006م.

141. المرسوم التنفيذي 07-162 المؤرخ في 13 جمادى الأولى عام 1428هـ الموافق 30 مايو سنة 2007م، يعدل ويتمم المرسوم التنفيذي 01-123 المؤرخ في 15 صفر عام 1422هـ الموافق 9مايو 2001م المتعلق بنظام الاستغلال المطبق على كل نوع من أنواع الشبكات بما فيها اللاسلكية الكهربائية وعلى مختلف خدمات المواصلات السلكية واللاسلكية ج.ر 37، الصادرة في 21 جمادى الأولى عام 1428هـ الموافق 7 يونيو سنة 2007م.

142. المرسوم التنفيذي رقم 13-378 المؤرخ في 05 محرم 1435هـ الموافق 9 نوفمبر 2013م، يحدد الشروط والكيفيات المتعلقة بإعلام المستهلك، ج.ر 58، الصادرة في 14 محرم 1435هـ الموافق 18 نوفمبر 2013م.

143. المرسوم التنفيذي رقم 15-111 المؤرخ في 14 رجب عام 1436هـ الموافق 3 ماي 2015م الذي يحدد كيفيات القيد والتعديل والشطب من السجل التجاري، ج.ر24، الصادرة في 24 رجب عام 1436هـ الموافق 13 مايو سنة 2015م.

144. المرسوم التنفيذي 18- 112 المؤرخ في 18 رجب عام 1439 الموافق 5 أفريل2018 م الذي يحدد نموذج مستخرج السجل التجاري الصادر بواسطة إجراء إلكتروني، ج.ر21، الصادرة في 24 رجب عام 1439هـ الموافق 11 أفريل 2018م.

القوانين الدولية النموذجية:

145. قانون الأونسترال النموذجي الصادر عن الأمم المتحدة بشأن التجارة الإلكترونية الصادر 12جوان 1996.

146. القانون النموذجي بشأن التجارية الإلكترونية الذي اعتمدته لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، المؤرخ في 17ديسمبر 1996.

147. الجمعية العامة للأمم المتحدة: القانون النموذجي بشأن التوقيعات الإلكترونية، الجلسة العامة 85، 12 ديسمبر 2001.

148. اتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة باستخدام الخطابات الإلكترونية في العقود الدولية، الصادرة عن لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي(الأونسترال)، نيويورك، 2007.

149. الأونسترال (لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي): تعزيز الثقة بالتجارة الإلكترونية-المسائل القانونية الخاصة باستخدام طرائق التوثيق والتوقيع الإلكتروني على الصعيد الدولي، منشورات الأمم المتحدة، فيينا، 2009.

كتب القانون:

أ – كتب القواعد العامة:

150. بلحاج العربي: النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، ط5، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2008.

151. بن الشيخ آث ملويا لحسين: المنتقى في عقد البيع، المنتقى في عقد البيع، ط3، دار هومة، بوزريعة –الجزائر، 2008م.

152. حوحو يمينة: عقد البيع في القانون الجزائري، ط1، دار بلقيس، الدار البيضاء-الجزائر، 2016.

153. سلطان أنور: الموجز في النظرية العامة للالتزام، د.ط، دار النهضة العربية، بيروت-لبنان، 1988.

154. السنهوري عبد الرزاق: الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، د.ط، دار النشر للجامعات المصرية، القاهرة-مصر، 2007، ج1.

155. السنهوري عبد الرزاق: الوسيط في شرح القانون المدني، العقود التي تقع على الملكية عقد البيع والمقايضة، د.ط، منشأة المعارف، مصر، 2004م، ج4.

156. السنهوري عبد الرزاق: نظرية العقد، ط2، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت-لبنان، 1998، ج1.

157. طلبة أنور: الوسيط في القانون المدني، د.ط، ديوان المطبوعات الجامعية، د.ت.ن، ج1.

158. علي علي سليمان: النظرية العامة للالتزام-مصادر الالتزام، ط2، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون-الجزائر، 1988م.

159. فيلالي علي: الالتزامات -الفعل المستحق للتعويض-، ط3، دار موفم للنشر، الرغاية-الجزائر، 2015.

160. فيلالي علي: الالتزامات-النظرية العامة للعقد-، ط3، موفم للنشر، الرغاية-الجزائر، 2013.

161. قدادة خليل حسن أحمد: الوجيز في القانون المدني الجزائري، الوجيز في القانون المدني الجزائري، د ط، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون-الجزائر، 2000م.

162. مُحَمَّد حسنين: عقد البيع في القانون المدني الجزائري، د.ط، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون-الجزائر، 2005م.

163. النقيب عاطف: النظرية العامة للمسؤولية الناشئة عن الفعل الشخصي الخطأ والضرر، ط3، منشورات عويدات، بيروت-لبنان، 1984.

ب - الكتب المتخصصة:

164. أبا الخيل ماجد مُحَمَّد سليمان: العقد الإلكتروني، ط1، مكتبة الرشد، الرياض- المملكة العربية السعودية، 1430هـ-2009م.

165. بن سعيد لزهر: النظام القانوني لعقود التجارة الإلكترونية، ط1، منشورات دار الفكر الجامعي، الإسكندرية-مصر، 2010م.

166. بيومي حجازي عبد الفتاح: عبد الفتاح بيومي حجازي: التجارة الالكترونية وحمايتها القانونية، د.ط، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية-مصر، 2006.

167. ثامر هبه محمود عبد الله: عقود التجارة الإلكترونية (دراسة مقارنة)، ط1، مكتبة السنهوري، بغداد- العراق، 2011.

168. جمال قاسم حسن، محمود عبد السلام: التجارة الإلكترونية، د.ط، صندوق النقد العربي، لأبو ظبي- الإمارات العربية المتحدة، 2021.

169. سليمان أحمد فضل: المنازعات الناشئة عن عقود التجارة الإلكترونية في إطار القانون الدولي الخاص، د.ط، دار النهضة العربية، القاهرة-مصر، 1432هـ-2011م.

170. قشقوش هدى حامد: الحماية الجنائية للتجارة الإلكترونية عبر الإنترنت، د ط، دار النهضة العربية، القاهرة- مصر، 2000.

171. قنديل سعيد السيد: التوقيع الإلكتروني، د ط، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية- مصر، 2004.

172. مجاهد أسامة أبو الحسن: خصوصية التعاقد عبر الأنترنت، مقال بالكتاب الجماعي: الجوانب القانونية للتجارة الإلكترونية، ط1، المجلس الأعلى للثقافة، القاهرة-مصر، 2003.

173. مُحَمَّد المرسي زهرة: مُحَمَّد المرسي زهرة: الحماية المدنية للتجارة الالكترونية، ط3، منشورات دار النهضة العربية، القاهرة-مصر، د.ت.ن.

174. مُحَمَّد حسين منصور: المسؤولية الإلكترونية، د.ط، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية- مصر، 2007.

175. مُحَمَّد خالد جمال رستم: التنظيم القانوني للتجارة والإثبات الإلكتروني في العالم، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت- لبنان، 2006م.

176. مُحَمَّد سعيد أحمد اسماعيل : أساليب الحماية القانونية لمعاملات التجارة الإلكترونية، ط1، منشورات حلبي الحقوقية، بيروت-لبنان، 2009.

177. النعيمي مثنى وعد الله يونس: البتكوين نظام الدفع الإلكتروني(الند للند) وحكمه في الشريعة الإسلامية، د.ط، الناشر شبكة الألوكة، الموصل-العراق، 1439هـ-2018م.

178. يوسف حسن يوسف: العقود التجارية الإلكترونية الدولية، ط1، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة-مصر، 2012.

الأطروحات والرسائل:

أ- الأطروحات:

179. آزرو مُحَمَّد رضا: إشكالية إثبات العقود الإلكترونية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان- الجزائر، 2015-2016.

180. بن الزوبير عمر: التوجه الموضوعي للمسؤولية المدنية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر1 سعيد حمدين، 2016-2017.

181. بن أوجيت فاطمة الزهرة المفيدة: قانون التجارة الإلكترونية- التأسيس لقانون الإستهلاك الإلكتروني-، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة 8ماي 1945، قالمة- الجزائر، 2022-2023.

182. بوعمرة آسيا: النظام القانوني للتجارة الإلكترونية، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة بن عكنون، الجزائر، 2012.

183. بومحراث ليندة: طرق تسوية منازعات التجارة الإلكترونية-دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي-، أطروحة دكتوراه، كلية الشريعة والاقتصاد، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، قسنطينة- الجزائر، 2015- 2016.

184. جقريف الزهرة: حجية الكتابة والتوقيع الإلكترونيين في الإثبات-دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري-، أطروحة دكتوراه، كلية الشريعة والاقتصاد، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، قسنطينة-الجزائر، 2019-2020.

185. جندولي فاطمة الزهراء: عقود التجارة الإلكترونية في العلاقات الخاصة الدولية، أطروحة الدكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان-الجزائر، 2017-2018م.

186. حامدي بلقاسم: إبرام العقد الإلكتروني، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر، باتنة-الجزائر، 2014-2015.

187. حساني علي: الإطار القانوني للالتزام بالضمان في المنتوجات، أطروحة الدكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان-الجزائر، 2012م.

188. حوحو يمينة: عقد البيع الإلكتروني، أطروحة الدكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، ابن عكنون، 2011-2012.

189. خمقاني كريمة: المسؤولية المدنية للمورد الإلكتروني، في ظل القانون رقم18-05، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الشهيد حمة لخضر، الوادي- الجزائر، 2023.

190. زعبي عمار: حماية المستهلك من الأضرار الناتجة عن المنتجات المعيبة، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مُحَمَّد خيضر، بسكرة-الجزائر، 2012-2013.

191. زعموش أحمد: نظرية العيوب الخفية في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، أطروحة الدكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الإخوة منتوري، قسنطينة-الجزائر، 2005م.

192. سليماني مصطفى: وسائل الإثبات وحجيتها في عقود التجارة الإلكترونية في التشريع الجزائري والمقارن، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أحمد دراية، أدرار-الجزائر، 2019-2020م.

193. عجالي بخالد: النظام القانوني للعقد الإلكتروني في التشريع الجزائري- دراسة مقارنة-، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو-الجزائر، 2014.

194. عزوز سارة: حماية المستهلك من الإشهار المضلل في القانون الجزائري، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر، باتنة1، 2017.

195. عميرات عادل: المسؤولية القانونية للعون الاقتصادي، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان-الجزائر، 2016.

196. قارس بوبكر: المسؤولية المدنية في مجال المعاملات الإلكترونية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر، باتنة-الجزائر، 2020-2021.

197. كوسام أمينة: الشكلية في عقود التجارة الإلكترونية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2016.

198. لعروي زواوية: العقد الإلكتروني والمسؤولية المدنية الناتجة عنه، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عبد الحميد بن باديس، مستغانم-الجزائر، 2017-2018.

199. لموشية سامية: الضمانات القانونية للمشتري في عقد البيع الإلكتروني، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مُحَمَّد خيضر، بسكرة-الجزائر، 2018-2019.

ب – الرسائل:

200. أبو سرور أسماء موسى أسعد: ركن الخطأ في المسؤولية التقصيرية–دراسة مقارنة بين القانون المدني المصري والقانون المدني الأردني، رسالة ماجيستير، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، نابلس–فلسطين، 2006.

201. أبو مصطفى سليمان عبد الرزاق: التجارة الإلكترونية في الفقه الإسلامي، رسالة ماجيستير، الجامعة الإسلامية، كلية الشريعة، غزة–فلسطين، 1425هـ–2005م.

202. أمداح أحمد: التجارة الإلكترونية من منظور الفقه الإسلامي، رسالة ماجيستير، كلية العلوم الإجتماعية والعلوم الإسلامية، جامعة الحاج لخضر، باتنة–الجزائر، 2005–2006.

203. بابكر خالد: الباعث وأثره في العقود والتصرفات، رسالة ماجيستير، معهد الشريعة (سابقا)، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، قسنطينة، 1414هـ–1994م.

204. بن وارث حكيمة: دور وأهمية التجارة الإلكترونية في اقتصاد المعرفة، رسالة ماجيستير، معهد العلوم الاقتصادية وعلوم التسيير، المركز الجامعي العربي بن مهيدي، أم البواقي–الجزائر،2007–2008.

205. بوروح منال: ضمانات حماية المستهلك في ظل القانون 09–03 (المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش)، رسالة ماجيستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر01، 2014–2015.

206. بوزبوجة يمينة: المسؤولية المدنية الناجمة عن المعاملات الالكترونية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة وهران، 2011–2012.

207. تسرنكتش سناد: المسائل الفقهية التي عليها الفتوى عند متأخري الحنفية (جمعاً ودراسةً)، رسالة ماجستير، كلية الشريعة، جامعة الإمام مُحَمَّد بن سعود الإسلامية، الرياض– المملكة العربية السعودية، 1440 - 1441 هـ .

208. ديمش سمية: التجارة الإلكترونية حقيقتها وواقعها في الجزائر، رسالة ماجيستير، كلية العلوم الاقتصادية وعلوم التسيير، جامعة منتوري، قسنطينة–الجزائر، 2010–2011.

209. ربحي مُحَمَّد أحمد هزيم: ضمان التعرض والاستحقاق في عقد البيع، رسالة ماجيستير، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، نابلس– فلسطين، 1428هـ–2007م.

210. رحمون عامر: عقد الإذعان في الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري–دراسة مقارنة–، رسالة ماجيستير، كلية العلوم الإسلامية، جامعة يوسف بن خدة، الجزائر، 2012–2013.

211. سلهب لما عبد الله صادق: مجلس العقد الإلكتروني، رسالة ماجيستير، جامعة النجاح الوطنية، كلية الدراسات العليا، نابلس-فلسطين، 2008.

212. الشطي فراس فاضل: إبرام العقد الإلكتروني، رسالة تخرج من معهد الكويت للدراسات القضائية والقانونية، الدفعة التاسعة، د.ت.ن، الكويت.

213. صراع كريمة: واقع وأفاق التجارة الإلكترونية في الجزائر، رسالة ماجستير، كلية العلوم الاقتصادية وعلوم التسيير والعلوم التجارية، جامعة أحمد بن بلة، وهران-الجزائر، 2013-2014.

214. فلاح يحي يوسف حسن: التنظيم القانوني للعقود الإلكترونية، رسالة ماجيستير، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، نابلس- فلسطين، 2007.

215. الفهداوي مُحَمَّد هادي فرج: الأهلية القانونية للتعاقد في البيئة الإلكترونية (دراسة مقارنة)، رسالة ماجيستير، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، عمان-الأردن، 2020.

216. قسنطيني حدة صبرينة: العقد الإلكتروني(الإنعقاد والإثبات)، رسالة ماجيستير، كلية الحقوق وعلوم السياسية، جامعة مُحَمَّد الصديق بن يحي، جيجل-الجزائر، 2011-2012.

217. قعدان سرين مروان مُحَمَّد صالح: الحماية المدنية للمعلومات الإلكترونية-دراسة مقارنة-، رسالة ماجيستير، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، فلسطين، 2020.

218. قنطرة سارة: المسؤولية المدنية للمنتج وأثرها في حماية المستهلك، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مُحَمَّد لمين دباغين، سطيف 02، س2016-2017.

219. مرزوق نور الهدى: التراضي في العقود الإلكترونية، رسالة ماجيستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو-الجزائر، 2012.

220. مقدم مُحَمَّد: نظرية الضمان في الفقه المالكي والتشريع الجزائري، رسالة ماجيستير، كلية العلوم الإسلامية-الخروبة-، جامعة الجزائر، 2014-2015.

221. ملحم همام حسن حسني: مسؤولية متولي الرقابة- دراسة مقارنة-، رسالة ماجيستير، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، نابلس-فلسطين، 2020.

222. المومني أنس طارق ضامن: الحماية المدنية لأسماء النطاقات، رسالة ماجستير ، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، عمان- الأردن، 2022.

223. نصرة أحمد سليم فريوة: الشرط المعدل للمسؤولية العقدية في القانون المدني المصري، رسالة ماجيستير، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، نابلس- فلسطين، 2006.

224. هدار عبد الكريم: مبدأ الثبوت بالكتابة في ظل ظهور المحررات الإلكترونية، رسالة ماجيستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر-1-، بن عكنون-الجزائر، 2013م-2014 .

225. الوزان وليد مُحَمَّد بخيت: إبراء مسؤولية البائع من ضمان العيب الخفي في عقد البيع، رسالة ماجيستير، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط للدراسات العليا، الأردن، 2011م.

المقالات

أ – المقالات الفقهية:

226. أبو العيال، أيمن: فكرة ضمان العقد في الفقه الإسلامي، مجلة جامعة دمشق، ع02، مج19، 2003.

227. أمداح أحمد: أثر القواعد الفقهية في تحكيم المعاملات المالية المعاصرة، مجلة الإحياء، ع16، 2013.

228. أيمن صالح: حكمة ضمان الفعل الضار وأثرها في تحديد موجباته في الفقه الإسلامي، مجلة مؤتة للبحوث والدراسات، ع04، مج17، 2002.

229. بدر عبد الله حسن بن جدوع: المسؤولية العقدية في التجارة الإلكترونية-دراسة فقهية-، المجلة العلمية لكلية الشريعة والقانون بأسيوط، ع33، 2021، ج2.

230. حداد فخر الدين، باللموشي علي، عبد اللاوي مفيد: البطاقات الائتمانية بين الحكم الشرعي والواقع المصرفي-المصارف الجزائرية نموذجا-، مجلة العلوم الاقتصادية والتسيير والعلوم التجارية، ع01، مج14، 2021.

231. الذيب جمال عبود مُحَمَّد: حكم التجارة الالكترونية في الشريعة الإسلامية، مجلة البحوث والدراسات الإسلامية، ع6، مج 8، 2006.

232. ربابعة عدنان مُحَمَّد يوسف، عقايلة مهند مصطفى أحمد: النقود الإلكترونية من منظور شرعي، المجلة الإفريقية للدراسات المتقدمة في العلوم الإنسانية والاجتماعية، ع3، مج1، 2022.

233. رحماني إبراهيم: التوثيق الكتابي ودوره في حماية الحقوق والالتزامات الآجلة- دراسة فقهية مقارنة-، مجلة العلوم القانونية، ع 2، 2011.

234. رحماني سناء، فلوسي مسعود: العقود الذكية ودور القواعد الفقهية في تحكيمها، مجلة الأحياء، ع30، مج22، 2022.

235. الزحيلي وهبة: المسؤولية الناشئة عن الأشياء، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، السنة السابعة، ع 09.

236. الزرقا مصطفى أحمد: مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه في الفقه الإسلامي، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، ع10، السنة الثامنة.

237. سالمي فتيحة: التجارة الإلكترونية وضوابطها في الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري، مجلة الحقيقة للعلوم الاجتماعية والإنسانية، ع4، مج21، 2022.

238. الظفيري طلال فهد فالح فهاد: التجارة الإلكترونية من منظور شرعي، مجلة الدراسات الإسلامية والبحوث الأكاديمية، ع99، مج15، 2020.

239. عارف علي عارف، نادية ياس البياتي: العقود الإلكترونية-دراسة فقهية تحليلية-، مجلة الإسلام في آسيا، ع2، مج10، 2013.

240. عبد الصمد عبد الناصر: مسوغات نظرية الباعث على العقود في الشريعة الإسلامية في البيئة الرقمية، مجلة البيان للدراسات القانونية، مج08، ع02، 2023.

241. عبد الله مُحَمَّد عبد الله: حوادث السير، مجلة مجمع الفقه الإسلامي الصادرة عن منظمة المؤتمر الإسلامي بجدة، ع8، 1414هـ- 1993م.

242. العتيبي مُحَمَّد محسن عمر: قواعد الضمان في الفقه الإسلامي، مجلة كلية الشريعة والقانون بتهفنا الأشراف-دقهلية، ع 3، مج22، 2020.

243. العيساوي اسماعيل كاظم: صور التسلم والتسليم في العقود المالية، مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية، ع69، مج22، 2007.

244. القضاه سهير مُحَمَّد: المسؤولية العقدية الإلكترونية (التجارة الإلكترونية، الإجارة الإلكترونية) دراسة فقهية، مجلة العلوم الشرعية لجامعة القصيم، ع1، مج18، 1446هـ -2024م.

245. اللقماني مجدي باخت ناهر: نظرية الضمان في الفقه الإسلامي، المجلة الدولية لنشر البحوث والدراسات، ع51، مج5، 2024.

246. مُحَمَّد عبد الحليم عمر: التجارة الإلكترونية من منظور إسلامي، مجلة مركز صالح عبد الله كامل للاقتصاد الإسلامي بجامعة الأزهر، ع10، مج10، 2000.

247. منصور مُحَّد: أخلاقيات التجارة الإلكترونية في الفقه الإسلامي، مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية، ع63، مج20، 2005.

ب – المقالات القانونية:

248. الأرناؤوط صبري إبراهيم: مدى المسؤولية المدنية لوسطاء خدمات الأنترنت(دراسة مقارنة)، المجلة الجزائرية للقانون المقارن، مج3، ع5، 2020.

249. باطلي غنية: الكتابة الإلكترونية كدليل إثبات، مجلة التواصل في العلوم الإنسانية، ع30، 2012.

250. باهة فاطمة: شهادة التصديق الالكتروني كآلية لضمان حجية المعاملات الالكترونية " في ضوء القانون رقم 15-04 المتعلق بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين، مجلة البحوث في الحقوق والعلوم السياسية، ع02، مج1، 2015.

251. برايك الطاهر: عبء الإثبات بين القانون المدني الجزائري والشريعة الإسلامية، مجلة العلوم الإنسانية، ع30، مج31، 2013.

252. بركات عماد الدين، طيبي حورية: وسائل الدفع الإلكتروني ودورها في تفعيل التجارة الإلكترونية، مجلة القانون والتنمية المحلية، أدرار-الجزائر، ع2، مج1، 2019.

253. بركان فضيلة: مبدأ حسن النية في العقود في قانون المدني الجزائري، مجلة الحقوق والعلوم السياسية، جامعة خنشلة، ع 02، مج9، 2022.

254. بعجي مُحَّد: مجلس التعاقد عبر الأنترنت، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الإقتصادية والسياسية، ع4، مج54، 2017.

255. بلحاج محجوبة: القواعد العامة للتوقيع والتصديق الإلكترونيين وحمايتها جزائيا وفقا لقانون العقوبات والقانون رقم 15-04، مجلة البحوث في الحقوق والعلوم السياسية، ع2، مج6، 2020.

256. بن جدو منيرة، بن زيوش مبروك: الحماية الجزائية لمحل العقد الإلكتروني في ظل القانون 18-05 المتعلق بالتجارة الإلكترونية، مجلة الفكر القانوني والسياسي، مج5، ع2، 2021.

257. بن شهر شول: حماية المستهلك في عقود التجارة الإلكترونية، مجلة الواحات والبحوث والدراسات، ع03، 2008.

258. بن عزوز درماش: تطوير آلية العيب الخفي في مجال حماية المستهلك دراسة مقارنة، مجلة الحقوق والعلوم الانسانية، ع4، مج4، 2015.
259. بن عمور عائشة: الفوترة ودورها في تكريس نزاهة وشفافية المعاملات التجارية في القانون الجزائري، المجلة الجزائرية للحقوق والعلوم السياسية، ع02، مج02، 2021.
260. بن مصطفى عيسى: مجلس العقد عبر الأنترنت(دراسة فقهية)، مجلة الحقوق والعلوم الانسانية، ع1، مج9، 2016.
261. بن نامة فاطمة الزهرة، عدة مُحَّد، بن نامة نورية: واقع التجارة الإلكترونية في الجزائر قبل وبعد جائحة كورونا دراسة تحليلية إحصائية للفترة 2016-2021، مجلة الاقتصاد والبيئة، ع 03، مج04، 2021.
262. بوزانة أيمن، حمدوش وفاء: التجارة الإلكترونية في سياق القانون رقم 18-05 والمراسيم التنفيذية المتعلقة بالسجل التجاري الإلكتروني في الجزائر، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، ع01، مج06، 2021.
263. بولقواس ابتسام: الإشكاليات القانونية التي تثيرها مسؤولية ناشري ومقدمي الخدمات التقنية عن سوء استخدام وسائل الإعلام الجديد، مجلة دائرة البحوث والدراسات القانونية، ع1، 2017.
264. بولمعالي زكية: زمان ومكان انعقاد العقد الإلكتروني، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، ع1، مج53.
265. جعيجع نبيلة: التجارة الإلكترونية في العالم العربي وأهم المعوقات التي تحد من تطويرها، مجلة آفاق علوم الإدارة والاقتصاد، ع2، مج2، 2018.
266. جلطي منصور: الآثار القانونية لفيروس كورونا المستجدcovid-19 على الالتزامات التعاقدية، حوليات جامعة الجزائر، ع.خ: القانون وجائحة كورونا، مج34، 2020.
267. حابت آمال: حجية الوثيقة الالكترونية في التقنين الجزائري، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، ع2، مج7 ، 2012.
268. حاج بن علي مُحَّد: تمييز الالتزام بالإعلام عن الالتزام بالنصيحة لضمان الصفة الخطرة للشيء المبيع، مجلة الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والانسانية، ع2، مج3، 2011.
269. حسونة عبد الغني: التحديات القانونية لاثبات الجريمة المعلوماتية، مجلة الاجتهاد القضائي، ع1، مج 15، 2023.
270. حنان بن حليمة: الوثيقة الإلكترونية، مجلة المحامي، العدد المزدوج، 2010.

271. دبابش عبد الرؤوف: مبدأ سلطان الإرادة بين الشريعة والقانون، مجلة العلوم الانسانية، ع44، 2016.

272. رباحي أحمد: الطبيعة القانونية للعقد الإلكتروني، مجلة الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والانسانية، ع10، 2013.

273. رحالي سيف الدين: السجل التجاري الالكتروني ضمانة لتأطير المعاملات التجارية الالكترونية، مجلة بحوث في القانون والتنمية، ع1، مج1، 2021.

274. الرحامنة صدام حسين يوسف: مسؤولية متولي الرقابة عمن تجب عليه رقابته وفقا لنص المادة (288) من القانون المدني الأردني-دراسة مقارنة، المجلة الدولية للدراسات القانونية والفقهية المقارنة، ع2، مج 2، 2021.

275. رحمان يوسف: سلطات التصديق الإلكتروني في التشريع الجزائري طبقا لقانون 15-04 دراسة مقارنة، مجلة دراسات قانونية وسياسية، ع1، مج 2، 2017.

276. زواوي عباس، مانع سلمى: الأحكام العامة للمسؤولية الإلكترونية، مجلة المفكر، ع04، مج01، 2009.

277. زيتوني فاطمة الزهراء: أثر مبدأ حسن النية في الأخذ بالوكالة الظاهرة، مجلة الدراسات الحقوقية، ع2، 2017.

278. زينب موسى: حلول المؤمن محل المؤمن له في رجوعه على الغير المسؤول عن الضرر، مجلة الشريعة والاقتصاد، ع12، 2017.

279. سعدون يسين: البحث عن الشرط التعسفي في ظل نظرية استعمال الحق، مجلة الحقوق والعلوم الانسانية، ع3، مج10، 2017.

280. سقلاب فريدة: المسؤولية العقدية للمورد الإلكتروني في القانون الجزائري، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، ع03، مج12، 2021.

281. سوالم سفيان، مسياد أمينة: تطبيقات الإدارة الإلكترونية في مؤسسات الخدمة العمومية"السجل التجاري الإلكتروني أنموذجا"، مجلة الحدث للدراسات المالية والاقتصادية، ع7، 2021.

282. سي يوسف زاهية حورية: حق العدول عن العقد آلية لحماية المستهلك الإلكتروني، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، ع02، مج7، 2018.

283. شاشة فارس: الوثيقة الرقمية إعادة تعريف في ظل البيئة الإلكترونية، مجلة علم المكتبات، ع2، مج 8، 2016.

284. شرشاري فاطنة: النظام القانوني لعقد الاستهلاك في التشريع الجزائري، مجلة أنسنة للبحوث والدراسات، مج11، ع02، 2020.

285. شوقي بناسي: المسؤولية التقصيرية والمسؤولية العقدية: تمييز نحو الزوال، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية، السياسية والاقتصادية، مج57، ع02، 2020.

286. صادقي عباس: تطور ركن السبب في القانون المدني وحدود انعكاساته على العقود الإدارية- دراسة مقارنة بين التشريع الجزائري والمصري والفرنسي-، مجلة آفاق للبحوث والدراسات، ع.خ، 2018.

287. صالح بعداش: العقد الإلكتروني، مجلة العلوم الانسانية، ع2، مج32، 2021.

288. طويسات عائشة: تنفيذ عقد التجارة الإلكترونية وفق قانون التجارة الإلكترونية 18-05، مجلة صوت القانون، ع خ02، مج08، 2022.

289. عبد الباري مشعل: النقود الرقمية المشفرة تحديات الواقع وآفاق المستقبل، مجلة السلام للاقتصاد الإسلامي، ع2، 2021.

290. عبد الهادي مسعودي، لخضر لعروس: تقييم واقع التجارة الإلكترونية واستعمالات البطاقات الإلكترونية بالجزائر، مجلة التنمية والإقتصاد التطبيقي، ع02، 2017.

291. عبوب زهيرة: المسؤولية المدنية لمقدم خدمات التصديق الإلكتروني-دراسة تحليلية لما جاء في القانون 15-04، مجلة الدراسات القانونية المقارنة، ع02، مج06، 2020.

292. عسلة شامل سليمان: الإشكالية القانونية للمحل في عقود البرامج الإلكترونية-في التشريع المدني المصري والتشريعات المدنية المقارنة-، حولية كلية الدراسات الإسلامية والعربية للبنات بالإسكندرية، مج2، ع33، د.ت.ن.

293. العشي وليد، مدياني مُحَمَّد: واقع استخدام النقود الإلكترونية في الجزائر، مجلة البشائر الاقتصادية، ع3، مج4، 2018.

294. عقوني محمود: الإيجاب والقبول في العقد الإلكتروني، مجلة الدراسات والبحوث القانونية، ع7، 2017.

295. قارة مولود بن عيسى: النظام القانوني للفاتورة الإلكترونية، مجلة معارف، ع21، مج11، 2016.

296. قالية فيروز: التزامات المورد الإلكتروني في ظل قانون رقم 18-05 يتعلق بالتجارة الإلكترونية، مجلة المجتمع والقانون، ع02، مج08، 2020.

297. كردي نبيلة: المسؤولية عن التعاقد باستخدام البرامج الذكية في التجارة الإلكترونية، مجلة الحقوق والعلوم الانسانية، ع01، مج 15، 2022.

298. كوسام أمينة: خصوصية الأهلية في التعاقد عبر وسائل الاتصال الحديثة، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، ع06، 2015.

299. لسود موسى: مخاطر الانترنت على الطفل، مجلة النبراس للدراسات القانونية، ع2، مج3، 2018.

300. لعروري زواوية: العقد الإلكتروني والمسؤولية التعاقدية الناتجة عنه، مجلة البحوث القانونية والسياسية، ع08، 2017.

301. لعور عبد الله، كبوط عبد الرزاق: العلاقة بين النقود الإلكترونية، العملات الرقمية، العملات الافتراضية والعملات المشفرة: البحث في المفهوم، مجلة الإقتصاد الصناعي (خزارتك)، ع2، مج11، 2021.

302. محاسنة نسرين: موقف القانون المدني الاردني من نظرية الوفاء مع الحلول: دراسة تحليلية تقييمية، مجلة الآداب والعلوم الاجتماعية، ع1، مج 7، 2016.

303. محسن منصور حاتم: المسؤولية العقدية لمتعهد الإيواء المعلوماتي –دراسة مقارنة–، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، ع03، 2016.

304. مدان المهدي: المسؤولية التقصيرية عن الفعل الشخصي، مجلة معارف للعلوم القانونية والاقتصادية، ع03، مج 02، 2021.

305. المر سهام: حالات إعفاء المورد الإلكتروني من المسؤولية المدنية استنادا إلى القانون 18-05، المجلة الجزائرية للحقوق والعلوم السياسية، مج08، ع02، 2024.

306. المساعدة نائل: أركان الفعل الضار الإلكتروني في القانون الأردني، مجلة دراسات علوم الشريعة والقانون، ع01، مج32، 2005.

307. مسكر سهام: التزامات المورد في عقد البيع الإلكتروني طبقا لأحكام القانون رقم 18-05، مجلة الدراسات القانونية المقارنة، ع01، مج07، 2020.

308. مصطفى أبو مندور موسى عيسى: مدى كفاية القواعد العامة للمسؤولية المدنية في تعويض أضرار الذكاء الإصطناعي–دراسة تحليلية تأصيلية مقارنة–، مجلة حقوق دمياط للدراسات القانونية والاقتصادية، ع05، 2022.

309. معامير حسيبة: التعويض الإصلاحي والتعويض العقابي في نظام المسؤولية المدنية، مجلة الحقيقة، ع 40، 2017.
310. مهدي رضا: بطاقات الدفع الإلكترونية وترقية التجارة الإلكترونية، مجلة الدراسات والبحوث القانونية، ع2، مج5، 2020.
311. موج إبراهيم خلف: تنظيم العقود وفقا لتعديل عام 2016 للقانون المدني الفرنسي (دراسة تحليلية مقارنة بموقف المشرع العراقي)، مجلة كلية القانون والعلوم السياسية، ع18، 2022.
312. موساوي سعاد، رباح سارة: التوجه نحو أنمة الذكاء الاصطناعي والعملات المشفرة في الصناعة المصرفية، مجلة الاستثمار والتنمية، ع02، مج1، 2022.
313. ناصر رانيا: التقدير القضائي للتعويض، مجلة أبحاث، ع03، مج 3، 2016.
314. نجوى رأفت مُحَمَّد محمود: النظام القانوني لمجلس العقد الإلكتروني، مجلة جامعة جنوب الوادي الدولية للدراسات القانونية، ع05، 2020.
315. والي نادية: إلزامية التعامل بالفوترة على ضوء قواعد قانون الممارسات التجارية، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، ع01، مج15، 2022.
316. يحياوي نعيمة، يوسف مريم: التجارة الإلكترونية وآثارها على اقتصاديات الأعمال العربية، المجلة الجزائرية للتنمية الإقتصادية، ع6، 2017.
317. يسعد فضيلة: التزام المنتج بضمان مطابقة المنتوجات، مجلة الواحات للبحوث والدراسات، ع01، مج9، 2016.

ت – المقالات المقارنة:

318. إبراهيم محمود يوسف المبيضين: الحماية المدنية للمستهلك في عملية التعاقد الإلكتروني، مجلة كلية الشريعة والقانون بتفهنا الأشراف، ع1، مج 18، 2016.
319. أبو الفتوح مُحَمَّد أبو الخير جمال: انتفاء الخطأ في المسؤولية التقصيرية عن الفعل الشخصي–دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي–، مجلة حقوق دمياط للدراسات القانونية والاقتصادية، ع6، 2022.
320. أبو شنب أحمد عبد الكريم: الأساس القانوني للمسؤولية عن فعل الشيء في القانون المدني الأردني والفقه الإسلامي: دراسة قانونية مقارنة، مؤتة للبحوث والدراسات: سلسلة العلوم الانسانية والاجتماعية، ع 4، مج 15، 2000.

321. أبو شنب أحمد عبد الكريم: تطبيق أحكام المباشرة والتسبب على الأضرار الناجم عن فيروسات الحاسب الآلي- دراسة فقهية مقارنة بالقانون الأردني-، المجلة الأردنية في الدراسات الإسلامية، ع01، مج07، 2011.

322. أحمد قاسم فرح: استخدام الوكيل الذكي في التجارة الإلكترونية-دراسة قانونية مقارنة في إطار ماهيته ونفاذ تصرفاته-، مجلة المفكر، ع 16، 2017.

323. ألفا سنغاري الحاج، بخيت أحمد مُحَمَّد حسن: الضمان في المسؤولية العقدية في الفقه الإسلامي، مجلة التطوير العلمي للدراسات والبحوث، ع5، مج2، 2021.

324. برايك الطاهر: عبء الإثبات بين القانون المدني الجزائري والشريعة الإسلامية، مجلة العلوم الإنسانية، ع30، مج31، 2013.

325. الحمراوي حسن مُحَمَّد عمر: التعبير عن الإرادة في التعاقد الإلكتروني عبر website ووسائل حمايته دراسة مقارنة بين القانون المدني والفقه الإسلامي، مجلة البحوث الفقهية والقانونية، ع39، 1444هـ-2022م.

326. دبابش عبد الرؤوف: مبدأ سلطان الإرادة بين الشريعة والقانون، مجلة العلوم الإنسانية، ع44، 2016.

327. رأفت مُحَمَّد أحمد حماد: معيار مسؤولية المتبوع عن انحراف تابعه في القانون المدني والفقه الإسلامي، مجلة الشريعة والقانون، مج17، ع20، 1426هـ-2005م.

328. عبد العزيز فرج مُحَمَّد موسى: التعاقد بالوسائل المعاصرة-دراسة فقهية مقارنة-، مجلة كلية الشريعة والقانون بتفهنا الأشراف، مج1، ع14، ط1، دقهلية-مصر، 1432هـ-2011م.

329. عزاوي عبد الله، حوالف عكاشة: بيع الغائب على الصفة وأثره على حماية المستهلك الإلكتروني-دراسة مقارنة بين الفقه المالكي والقانون الجزائري، مجلة الحقيقة للعلوم الاجتماعية والانساني، ع03، مج 23، 2024.

330. قاشي علال: الشرط الجزائي بين القانون الجزائري والشريعة الإسلامية-دراسة مقارنة-، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، ع2، مج4، 2020.

331. كيفاجي الضيف: دور قاعدة عبء الإثبات في حسم الخصومات بين القانون المدني والفقه الإسلامي، مجلة المعيار، ع35، مج 18، 2014.

332. كيفاجي الضيف: دور قاعدة عبء الإثبات في حسم الخصومات بين القانون المدني والفقه الإسلامي، مجلة المعيار، ع35، مج 18، 2014.

333. مُحَمَّد شحادة إسماعيل: علاقة السببية في إطار المسؤولية الموضوعية والشريعة الإسلامية، مجلة الباحث العربي، ع3، مج5، 2024.

334. المزيد عيسى: التعويض عن الضرر المعنوي بين الفقه الإسلامي والقانون المقارن، مجلة القانون المغربي، دار السلام للطباعة والنشر، ع 39، 2019.

335. منار حسني حامد عبد القوي: المسؤولية الناشئة عن إساءة استخدام التكنولوجيا –دراسة مقارنة عن تأثير تلك الأضرار على المرأة والطفل–، مجلة روح القوانين، عدد خاص بالمؤتمر الدولي الثامن– التكنولوجيا والقانون– بكلية الحقوق جامعة طنطا–مصر، ع102، مج35، 2023.

336. وسيلة شريبط: إشكالية تسليم (قبض) المنتجات عبر الأنترنت–دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، مجلة الشريعة والاقتصاد، ع2، مج13، 2024.

المداخلات:

337. آيت ساحد كهينة: الأساس القانوني للمسؤولية المدنية الناتجة عن العقد الإلكتروني، اليوم الدراسي الوطني حول: الجانب الإلكتروني للقانون التجاري، قسم الحقوق+مخبر القانون والتكنولوجيات الجديدة، بجامعة ملود معمري–تيزي وزو–، يوم 23 نوفمبر 2016.

338. جاسم الشامسي: المسؤولية المدنية الناتجة عن التجارة الإلكترونية، مؤتمر القانون والكمبيوتر والانترنت، كلية الشريعة والقانون، جامعة الإمارات، ط3، 2004م، ج3.

339. الجبوري سلمان كامل سلمان وآخرون: نظرية تأكيد القبول في العقد الإلكتروني، مداخلة بالمؤتمر الدولي الأول: ثورة المعلومات وانعكاساتها على الدراسات الأكاديمية والواقع الاجتماعي، في الفترة من 18–19مارس2019، جامعة أقسام ذي قار، كلية الإمام كاظم، العراق.

340. الجمال مُحَمَّد محمود: الوسائط الإلكترونية الذكية من منظور الفقه الإسلامي، مؤتمر مجمع الفقه الإسلامي الدولي، الدورة 24، دبي–الإمارات، 2019.

341. الدسوقي أبو الليل إبراهيم: توثيق التعاملات الإلكترونية ومسؤولية جهة التوثيق تجاه الغير المتضرر، مؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون، كلية الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، مع غرفة التجارة وصناعة دبي، 9–11 ربيع الأول 1424هـ الموافق لـ 10–12 مايو 2003م، مج 5.

342. الشرقاوي محمود أحمد إبراهيم: مفهوم الأعمال المصرفية وأهم تطبيقاتها، مؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون، كلية الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة مع غرفة تجارة وصناعة دبي، 10-2003/05/12، مج1.

343. الفقي إبراهيم رياض: المسؤولية التقصيرية لمقدم خدمة الانترنت الناشئة عن نشر الشائعات، المؤتمر العلمي الخامس بعنوان: القانون والشائعات، كلية الحقوق- جامعة طنطا، المنعقد من 22-23 أفريل 2019.

344. قطب مصطفى سانو: العقود الذكية في ضوء الأصول والمقاصد والمآلات رؤية تحليلية، مؤتمر مجمع الفقه الإسلامي الدولي، الدورة الرابعة والعشرون، دبي-الإمارات، 2019.

345. الناصر عبد الله بن إبراهيم بن عبد الله: العقود الإلكترونية-دراسة فقهية مقارنة-، مؤتمر الأعمال المصرفية، كلية الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة وغرفة تجارة وصناعة دبي، 9-11 ربيع الأول 1424هـ الموافق لـ 10-12 مايو 2003م، مج5.

1. دهليس عادل، كاسحي موسى: دور وأهمية التوقيع الإلكتروني في تسهيل المعاملات التجارية والمالية-الواقع والمأمول، الملتقى الوطني الافتراضي حول: الإصلاحات المالية والمصرفية في الجزائر، المحور2، كلية العلوم الاقتصادية التجارية وعلوم التسيير، جامعة وهران 2 مُحَمَّد بن أحمد، 30 ماي 2022.

الدراسات على مواقع الأنترنت:

2. تميم فادي: الناحية القانونية للتجارة الإلكترونية-قراءة للقانون رقم 18-05 المؤرخ في 10 ماي 2018، المتعلق بالتجارة الإلكترونية. الدراسة منشورة بموقع المنظمة الجزائرية لحماية وإرشاد المستهلك ومحيطه على الرابط:

https://apoce.org/blog/

3. رزاق مخور الغراوي: مفهوم العقد الإلكتروني في الفقه الإسلامي والقانون، مقال بموقع كتابات في الميزان، تاريخ النشر: 2017/11/25،

https://www.kitabat.info/subject.php

4. عبد المنعم الشرقاوي: المسؤولية المدنية لمسجل اسم النطاق، 2021/12/19، مقال منشور بموسوعة حماة الحق الإلكترونية على الرابط:

Https://Jordan-Lawyer.Com/2021/12/19/Domain-Registrar-Civil-Liability/

5. عدنان بن جمعان بن مُحَّد الزهراني: أحكام التجارة في الفقه الإسلامي، كتاب إلكتروني منشور بمكتبة نور الإلكترونية من قبل المؤلف في 2008/03/29، على الرابط:
Https://Www.Noor-Book.Com/7mchwz

6. فهد قيسوني: ما هو الإلكترون، مقال منشور على الرابط:
http://www.tanawo3.com/Electron-information

7. المنظمة الجزائرية لحماية وإرشاد المستهلك ومحيطه: الناحية القانونية للتجارة الإلكترونية-قراءة للقانون رقم 18-05 المؤرخ في 10 ماي 2018، المتعلق بالتجارة الإلكترونية.الدراسة منشورة على الرابط:
https://apoce.org/blog/

8. نهال نعواش: وسائل الدفع الإلكتروني، تدقيق: ديانا الناطور مقال منشور بتاريخ: 2021/08/29 الساعة 10:08على الرابط:
https://www.mawdoo3.com

9. وزارة البريد والمواصلات السلكية واللاسلكية: دليل إرشادي خاص بالتجارة الإلكترونية، تم إصداره جانفي 2024.على الرابط:
https://www.mpt.gov.dz

المراجع الأجنبية:

A- Les Ouvrages:

10. Karakaya Fahri :"Business-To-Consumers Ecommerce: How Companies Use The Internet In Marketing Products And Services To Consumers." E-Marketing: Concepts, Methodologies, Tools, And Applications, Edited By Information Resources Management Association, IGI Global, 2012 .

11. Mahesh S. Raisinghani: Key Factors And Implications For E-Government Diffusion In Developed Economies, Economies, Source: Encyclopedia Of Information Science And Technology, 2nd Ed, 2009.

12. Mohapatra, Sanjay :Channels In E-Commerce.Chaper In Book : E-Commerce Strategy, Springer, Boston-USA, 2013.

13. Notes Sur La Théorie Générale Des Obligations "Ed :Institut Français D'archéologie Orientale. 1945.

B- Les Thèses et Les Mémoire:

14. Hounki Torkia :La Protection Civile Et Penale Du Consommateur Dans Le Commerce Electronique : Etude Comparée Entre Le Droit Français, Le Droit Egyptien Et Le Droit Libyen, Thèse Pour Obtenir Le Grade De Docteur De L'université De Reims Champagne-Ardenne, Discipline : Sciences Juridiques Spécialité : Droit Privé, Le 29 Mars 2021.

15. Français Guillaume :E-Commerce, Mémoire Professionnel En Vue D'obtenir Le Diplôme Européen d'Etudes Supérieur E-Commerce, Ecole De Commerce De Lyon, 2014-2015.

16. Kchaou Ameni :La Resposabilité Civile Et Internet, Thèse De Doctorat En Droit, Université Jean Moulin - Lyon III-France, En Cotutelle Avec L'université De Sfax-Tunisie, 2022.

17. Saadi Ghaith :Les Contrats Du Commerce Electronique : Etude Comparative Entre Le Droit Emirien Et Le Droit Français, Thèse De Doctorat En Droit Droit . Université Panthéon-Sorbonne - Paris I, 2022.

18. Mehdaoui Kamel: La Formation Du Contrat Electronique International: Le Formalisme Au Regard De La Convention CNUDCI 2005, Mémoire Présenté Comme Exigence Partielle De La Maitrise En Droit International, Université Du Québec A Montréal, 2010.

C- Les Articles Et Les Etudes:

19. Bérénice De Bertier-Lestrade :Acte Electronique Et Metamorphoses En Droit Des Contrats ,Presses De l'Université Toulouse Capitole, LibrairieGénérale De Droit Et De Jurisprudence ,Toulous, 2011.

20. OMC ،Programme De Travail Sur Le Commerce Électronique, Adopté Par Le Conseil Général. WT/L/274. 1998.

21. Louis-Sidney Barbara: La Dimension Juridique Du Cyberespace ,Article De Revue Internationale Et Stratégique, N3,V 87, 2012.

22. Owen Robert, Humphrey Patricia :The Structure Of Online Marketing Communication Channels, Journal Of Management And Marketing Research, 2010

23. Aurélien Rouquet, Christine Roussat Et Valentina Carbone :Le Supply Chain Management Décloisonner Pour Créer De La Valeur, Revue Française De Gestion,N 277, V8,2018.

24. Cybersurveillance, Enquetes Et Preuve Electronique, Droits Et Libertes A L'epreuve Du Dechiffremen, Journee D'etude, Universite De Lille Faculte Des Sciences Juridiques, Politiques Et Sociales, Le Vendredi 9 Juin 2023.

25. Labbé Eric :La Multiplicité Des Normes Encadrant Le Contrat Electronique :L'influence De La Technologie Sur La Production De Normes, Le Contrat Electronique: Conférence Organisée Par Le Programme International De Cooperation Scientifique (CRDP/ CECOJI), Montréal, 2003.

26. Le Tourneau Philippe: Contrats Informatique Et Electroniques, Dalloz, Paris, Juin 2016.

27. Schollmeier Rüdiger: A Definition of Peer-to-Peer Networking for the Classification of Peer-to-Peer Architectures and Applications, Proceedings of the First International Conference on Peer-to Peer Computing, Linkoping, 27-29 August 2001.

D- Etudes Et Articles D'interet:

28. Tribunal De Grande Instance De Marseille, 11 Juin 2003, N° 01/00390 Union Mutuelle Solidarité C/ Mme Marie-Jeanne Clain, Inédit

Https://Www.Lexbase.Fr/Article-Juridique/3208692-Ev-A

29. UNICTAD. (2020), "Estimates Of Global E-Commerce ".Unctad.Org

30. Markoff John :Computer Intruder Is Put On Probation And Fined $10,000, Special To The New York Times, 1990/05/05, Https://Www.Nytimes.Com/By/John-Markoff

31. Scarpati Jessica, Burke John; URL(Uniform Resource Locator), Nemerrtes Research? Https://Www.Techtarget.Com/Searchnetworking/Definition/URL

32. Olivier Audino: Demandes D'achat & Commandes. up 9 Juil, 2022.

https://www.sourcing-force.com/bon-de-commande

33. Aurélie Serrano, L'utilisation Des Outils Technologiques Au Travail : Quelles Sont Les Règles?, La Lettre Juridique, UP Novembre 2006.

https://www.lexbase.fr/article-juridique/3208692-ev-a9nement-l-utilisation-des-outils-technologiques-au-travail-quelles-sont-les-r-a8gles

34. LLOYDSBANK :E-COMMERCE IN ALGERIA ,LATEST UP: DECEMBER 2023 HTTPS://WWW.LLOYDSBANKTRADE.COM/EN/MARKET/POTENTIAL/ALGERIA/ECOMMERCE

مواقع الأنترنت:

35. Http://NIC.DZ

36. Http//:Www.Islamweb.Net

37. Https://Dorar.Net/Hadith/Sharh/12126

38. Https://Uncitral.Un.Org/Ar

39. Https://Www.Cerist.Dz

40. Https://Www.Cerist.Dz/Index.Php/Ar/Component/Search/?Searchword

41. Https//:Www.Comerce.Gov.Dz/

42. Https://Www.Sourcing-Force.Com/Bon-De-Commande

43. Https://Www.Statista.Com/Statistics/

44. Www.Trivago.Com.

45. Https://Almerja.Com/Reading.Php?Idm=48837

46. Www.Icann.Com

47. .https://www.dictionnaire-commercial.com/

48. https://uncitral.un.org/ar

49. https://www.justice.gov.tn

50. https://www.joradp.dz/

رابعا: فهرس الموضوعات:

مقدمة	أ
الفصل التمهيدي: **الإطار النظري للحماية المدنية للتجارة الإلكترونية**	
تمهيد	2
المبحث الأول: تعريف التجارة الإلكترونية، أشكالها، ومجالاتها.	3
المطلب الأول: تعريف التجارة الالكترونية	3
الفرع الأول: الاتجاهات الفقهية في تعريف التجارة الإلكترونية	4
البند الأول: الاتجاه الموسع في تعريف التجارة الإلكتررونية	4
البند الثاني: الاتجاه المضيق في تعريف التجارة الإلكتررونية	6
البند الثالث: اتجاه الفقه الإسلامي في تعريف التجارة الإلكتررونية	7
الفرع الثاني: تعريف التجارة الإلكترونية في التشريعات.	9
البند الأول: تعريف التجارة الإلكترونية في قانون الأنيسترال النموذجي.	9
البند الثاني: تعريف التجارة الإلكترونية في التشريع الجزائري.	10
المطلب الثاني: أشكال التجارة الإلكترونية ومجالاتها	12
الفرع الأول: موقع التجارة الإلكترونية في البيئة الرقمية وأشكالها	13
البند الأول: تعاملات الحكومة الإلكترونية E-Government.	13
البند الثاني: معاملات التجارة الإلكترونية	15
الفرع الثاني: مجالات التجارة الإلكترونية	16
المبحث الثاني: الحكم الشرعي للتجارة الإلكترونية ومبررات حمايتها قانونا وشرعا.	18
المطلب الأول: الحكم الشرعي للتجارة الإلكترونية	18
الفرع الأول: أدلة مشروعية التجارة	19
البند الأول: أدلة مشروعية التجارة من الكتاب	20

البند الثاني: أدلة مشروعية التجارة من السنة	21
البند الثالث: أدلة مشروعية التجارة من الأثر	22
الفرع الثاني: مشروعية التجارة الإلكترونية	22
المطلب الثاني: مبررات تعزيز التجارة الإلكترونية بالحماية قانونا وشرعا	24
الفرع الأول: مبررات تعزيز التجارة الإلكترونية بالحماية قانونا	25
البند الأول: تحديات التجارة الإلكترونية كمبررات لحمايتها	25
البند الثاني: آفاق التجارة الإلكترونية المستقبلية كمبررات لحمايتها	27
الفرع الثاني: مبررات تعزيز التجارة الإلكترونية بالحماية شرعا.	30
ملخص الفصل التمهيدي	33
الباب الأول: **عقود التجارة الإلكترونية**	
تمهيد	35
الفصل الأول: **ماهية العقود الإلكترونية وإبرامها.**	
تمهيد	37
المبحث الأول: ماهية العقود الإلكترونية.	38
المطلب الأول: مفهوم العقود الإلكترونية، طبيعتها القانونية وحكمها الشرعي.	38
الفرع الأول: مفهوم العقود الالكترونية.	39
البند الأول: تعريف العقود الإلكترونية.	39
البند الثاني: خصائص العقود الإلكترونية	44
الفرع الثاني: الطبيعة القانونية للعقود الإلكترونية، وحكمها الشرعي.	47
البند الأول: الطبيعة القانونية للعقود الإلكترونية.	47
البند الثاني: الحكم الشرعي للعقود الإلكترونية.	51
المطلب الثاني: شروط وضوابط تعامل المتعاقدين بالتجارة الالكترونية.	53

الفرع الأول: شروط تعامل المتعاقدين بالتجارة الالكترونية قانونا.	54
البند الأول: شروط ممارسة المورد الإلكتروني لنشاط التجارة الإلكترونية.	54
البند الثاني: شروط تعامل المستهلك الإلكتروني بالتجارة الإلكترونية.	61
الفرع الثاني: ضوابط تعامل المتعاقدين بالتجارة الإلكترونية شرعا.	63
المبحث الثاني: إبرام العقود الالكترونية.	71
المطلب الأول: التراضي في العقود الإلكترونية.	71
الفرع الأول: طرق ووسائل التعبير عن الإرادة في العقود الإلكترونية	72
البند الأول: طرق ووسائل التعبير عن الإرادة في العقود الإلكترونية قانونا.	72
البند الثاني: طرق ووسائل التعبير عن الإرادة إلكترونيا من منظور الفقه الإسلامي.	75
الفرع الثاني: تطابق الإرادتين في العقد الإلكتروني.	76
البند الأول: تطابق الإرادتين في العقد الإلكتروني قانونا	77
البند الثاني: تطابق الإرادتين في العقود الإلكترونية من منظور الفقه الإسلامي.	85
المطلب الثاني: زمان ومكان إبرام العقد الإلكتروني (مجلس العقد).	91
الفرع الأول: زمان ومكان ابرام العقد قانونا.	92
البند الأول: زمان ابرام العقد الإلكتروني.	92
البند الثاني: مكان ابرام العقد الإلكتروني.	95
الفرع الثاني: مجلس العقد الإلكتروني من منظور الفقه الإسلامي.	101
البند الأول: التصنيف الثنائي التقليدي لمجلس العقد (حاضرين أو غائبين).	102
البند الثاني: التصنيف المعتمد على خصوصية البيئة الإلكترونية.	103
البند الثالث: ترجيح الاتجاه الأنسب لتحديد مجلس العقد الإلكتروني.	106
المطلب الثالث: موضوع العقد الإلكتروني.	107
الفرع الأول: محل العقد الإلكتروني.	107
البند الأول: محل العقد الإلكتروني قانونا.	108
البند الثاني: المعقود عليه في العقد الإلكتروني فقها	114

الفرع الثاني: السبب في العقود الإلكترونية	118
البند الأول: السبب في العقود الإلكترونية قانونا	119
البند الثاني: الباعث في العقود الإلكترونية فقها	121
ملخص الفصل الأول	123
الفصل الثاني: **آثار العقود الإلكترونية**	
تمهيد	125
المبحث الأول: توثيق العقود الإلكترونية	126
المطلب الأول: عناصر التوثيق الالكتروني	126
الفرع الأول: الكتابة الإلكترونية وموقف الفقه الإسلامي	127
البند الأول: تعريف الكتابة الإلكترونية	127
البند الثاني: حجية الكتابة الإلكترونية في الإثبات	130
البند الثالث: مشروعية الإثبات بالكتابة الإلكترونية في الفقه الإسلامي	132
الفرع الثاني: التوقيع الإلكتروني وموقف الفقه الإسلامي منه	134
البند الأول: مفهوم التوقيع الإلكتروني	135
البند الثاني: حجية التوقيع الإلكتروني في إثبات المحررات الإلكترونية	140
البند الثالث: موقف الفقه الإسلامي من التوقيع الإلكتروني	143
الفرع الثالث: التصديق الإلكتروني	145
البند الأول: مفهوم التصديق الإلكتروني	145
البند الثاني: حجية شهادة التصديق الإلكتروني	146
البند الثالث: إلغاء شهادة التصديق الإلكتروني.	149
المطلب الثاني: الوثائق الإلكترونية في التشريع الجزائري.	150
الفرع الأول: مفهوم الوثائق الإلكترونية.	150
البند الأول: تعريف الوثيقة الإلكترونية.	151

البند الثاني: حفظ الوثيقة الإلكترونية.	152
الفرع الثاني:صور الوثائق الإلكترونية في قانون التجارة الإلكترونية.	153
البند الأول: محرر العقد الإلكتروني	154
البند الثاني: الفاتورة ووصل الاستلام الإلكترونين	156
البند الثالث: الدفاتر التجارية الإلكترونية	159
المبحث الثاني: تنفيذ العقود الإلكترونية	161
المطلب الأول: التزامات وحقوق المستهلك في العقد الإلكتروني	161
الفرع الأول: التزامات المستهلك الإلكتروني	162
البند الأول: التزام المستهلك الإلكتروني بدفع الثمن	163
البند الثاني: التزام المستهلك الإلكتروني بالتسلم	171
الفرع الثاني: حقوق المستهلك الإلكتروني	176
البند الأول: حق المستهلك الإلكتروني في العدول	176
البند الثاني: حق المستهلك الإلكتروني في السلامة وسرية بياناته الشخصية	180
المطلب الثاني: التزامات المورد الإلكتروني	184
الفرع الأول: الالتزام بالتسليم أو التقديم في العقود الإلكترونية	185
البند الأول: الالتزام بالتسليم أو التقديم في العقود الإلكترونية قانونا	185
البند الثاني: تسليم وقبض المعقود عليه فقها.	191
الفرع الثاني: الالتزام بالضمان في العقود الإلكترونية	196
البند الأول: الالتزام بالضمان في العقود الإلكترونية قانونا	196
البند الثاني: الالتزام بالضمان في العقود الإلكترونية فقها	202
ملخص الفصل الثاني	209
الباب الثاني: **المسؤولية المدنية الناتجة عن التجارة الإلكترونية**	
تمهيد	211

الفصل الأول : المسؤولية العقدية الناتجة عن التجارة الإلكترونية	
تمهيد	213
المبحث الأول: قيام المسؤولية العقدية الإلكترونية، وانتفاءها	214
المطلب الأول: قيام المسؤولية العقدية الإلكترونية	215
الفرع الأول: مصدر قيام المسؤولية العقدية الإلكترونية	215
البند الأول: مصدر قيام المسؤولية العقدية الناتجة عن التجارة الإلكترونية قانونا.	216
البند الثاني: مصدر قيام ضمان العقد في الفقه الإسلامي	217
الفرع الثاني: أساس قيام المسؤولية العقدية الناتجة عن التجارة الإلكترونية.	219
البند الأول: أساس قيام المسؤولية العقدية الناتجة عن التجارة الإلكترونية قانونا.	220
الفرع الثاني: أساس ضمان العقد الإلكتروني في الفقه الإسلامي	224
البند الأول: الفرق بين ضمان العقد والمسؤولية العقدية.	225
البند الثاني: أركان ضمان العقد في الفقه الإسلامي.	229
المطلب الثاني: قيام المسؤولية العقدية للوسطاء في التجارة الإلكترونية.	230
الفرع الأول: المسؤولية العقدية لمقدمي الخدمات التقنية في التجارة الإلكترونية.	232
البند الأول: المسؤولية العقدية لمتعهد الوصول.	232
البند الثاني: المسؤولية العقدية لمتعهد الإيواء.	233
البند الثالث: المسؤولية العقدية لمسجل اسم النطاق	235
الفرع الثاني: المسؤولية العقدية لمقدمي الخدمات الوسيطة في التجارة الإلكترونية.	237
البند الأول: المسؤولية العقدية لمقدم خدمات التصديق الإلكتروني.	237
البند الثاني: المسؤولية العقدية لمقدم خدمة الدفع الإلكتروني.	241
المطلب الثالث: انتفاء المسؤولية العقدية الناتجة عن التجارة الإلكترونية.	244
الفرع الأول: انتفاء المسؤولية العقدية الناتجة عن التجارة الإلكترونية قانونا.	245
البند الأول: انتفاء مسؤولية المورد الإلكتروني العقدية.	245

البند الثاني: انتفاء مسؤولية المستهلك الإلكتروني العقدية.	252
الفرع الثاني: انتفاء ضمان العقد الإلكتروني في الفقه الإسلامي	255
البند الأول: حالات انتفاء الضمان في الفقه الإسلامي	255
البند الثاني: القواعد الفقهية لانتفاء الضمان	258
المبحث الثاني: آثار قيام المسؤولية العقدية الناتجة عن التجارة الإلكترونية(الواجب في الضمان)	262
المطلب الأول: آثار قيام المسؤولية العقدية الناتجة عن التجارة الإلكترونية قانونا	262
الفرع الأول: التعويض العيني في قانون التجارة الإلكترونية	263
الفرع الثاني: التعويض النقدي في قانون التجارة الإلكترونية	267
البند الأول: معايير تقدير التعويض	268
البند الثاني: أشكال تقدير التعويض	272
البند الثالث: وقت تقدير التعويض	274
الفرع الثالث: قيام حق المورد الإلكتروني في الرجوع على مقدمي الخدمات.	275
البند الأول: مبررات حق المورد الإلكتروني في الرجوع على مقدمي الخدمات.	275
البند الثاني: شروط ثبوت حق المورد الإلكتروني في الرجوع على مقدمي الخدمات.	275
البند الثالث: الأساس القانوني لحق المورد الإلكتروني في الرجوع على مقدم الخدمات.	277
المطلب الثاني: الواجب في الضمان الناتج عن التجارة الإلكترونية فقها	278
الفرع الأول: الواجب في ضمان العقد الناتج عن التجارة الإلكترونية	279
البند الأول: إخلال المشتري بالالتزامات العقدية في التجارة الإلكترونية	279
البند الثاني: إخلال البائع بالالتزامات العقدية في التجارة الإلكترونية	284
الفرع الثاني: الواجب في ضمان الاتلاف الناتج عن التجارة الإلكترونية	290
البند الأول: ماهية التعويض في الفقه الإسلامي	290
البند الثاني: كيفية ووقت تقدير التعويض	229
ملخص الفصل الأول	297

الفصل الثاني: المسؤولية التقصيرية الناتجة عن التجارة الإلكترونية	
تمهيد	299
المبحث الأول: المسؤولية عن الفعل الشخصي الناتجة عن التجارة الإلكترونية	300
المطلب الأول: الخطأ التقصيري الالكتروني	301
الفرع الأول: ماهية الخطأ التقصيري الإلكتروني	301
البند الأول: مفهوم الخطأ التقصيري الإلكتروني	301
البند الثاني: أركان الخطأ التقصيري في المجال الإلكتروني	305
الفرع الثاني: مجالات الخطأ التقصيري الإلكتروني، وإثباته.	311
البند الأول: مجالات الخطأ التقصيري الإلكتروني	311
البند الثاني: إثبات الخطأ في المجال الإلكتروني	320
المطلب الثاني: الضرر وعلاقة السببية في المسؤولية التقصيرية الإلكترونية	325
الفرع الأول: الضرر في المسؤولية التقصيرية الناتجة عن التجارة الإلكترونية	325
البند الأول: تحديد الضرر في المجال الإلكتروني.	326
البند الثاني: الضرر في الفقه الإسلامي.	330
الفرع الثاني : علاقة السببية في المسؤولية التقصيرية الإلكترونية	335
البند الأول: تعدد الأسباب وأثره على قيام علاقة السببية	336
البند الثاني: إثبات علاقة السببية في المجال الإلكتروني ونفيها	339
البند الثالث: رابطة السببية بين التعدي والضرر في الفقه الإسلامي.	343
المبحث الثاني: المسؤولية عن الغير وعن الشيء الناتجة عن التجارة الإلكترونية	347
المطلب الأول: المسؤولية عن فعل الغير الناتجة عن التجارة الإلكترونية	347
الفرع الأول: مسؤولية متولي الرقابة الناتجة عن التجارة الإلكترونية.	348
البند الأول: مسؤولية متولي الرقابة الناتجة عن التجارة الإلكترونية قانونا.	348
البند الثاني: التكييف الفقهي لمسؤولية متولي الرقابة الناتجة عن التجارة الإلكترونية.	353

الفرع الثاني: مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه الناتجة التجارة الإلكترونية.	356
البند الأول: مسؤولية أطراف التجارة الإلكترونية عن تابعيهم قانونا	357
البند الثاني: التكييف الشرعي لمسؤولية المتبوع الناتجة عن التجارة الإلكترونية.	366
المطلب الثاني: المسؤولية عن الشيء الناتجة عن التجارة الإلكترونية.	375
الفرع الأول: إمكانية إثارة المسؤولية عن الشيء في المجال الإلكتروني.	376
البند الأول: مدى انطباق أحكام المسؤولية عن الشيء على أضرار الفيروس الإلكتروني.	377
البند الثاني: مدى انطباق أحكام المسؤولية عن الشيء على أضرار الذكاء الاصطناعي.	380
الفرع الثاني: التكييف الشرعي للمسؤولية عن الشيء في التجارة الإلكترونية	383
ملخص الفصل الثاني	386
الخاتمة	387
الملاحق	395
الفهارس	
أولا: فهرس الآيات	409
ثانيا: فهرس الأحاديث	412
ثالثا: قائمة المصادر والمراجع	414
بعا: فهرس الموضوعات	449
الملخص	458

الملخص

ملخص:

يشكل موضوع الحماية المدنية للتجارة الإلكترونية أحد أبرز التحديات القانونية في البيئة الرقمية، نظرا لما تفرزه الوسائط الإلكترونية من أوضاع جديدة في التعاقد، لذا عمد المشرع الجزائري لوضع إطار قانوني لتنظيم النشاط وحمايته، فحاول توفير آليات الحماية المدنية في قبل التعاقد، كواجب الإعلام والتصريح بالهوية، والحماية أثناء التعاقد، من حيث صحة الرضا الإلكتروني وتحديد الالتزامات، وأخيرا الحماية بعد التعاقد، خاصة فيما يتعلق بتنفيذ الالتزامات، المسؤوليات والتعويض عن الضرر. إلا أن هذا الإطار ما يزال متأثرا بالتصورات التقليدية من جهة، وقاصرا عن إحاطة منظومة التجارة الإلكترونية بكل مفاهيمها وتصوراتها ومستجداتها من جهة أخرى، الأمر الذي قد يضعف فعالية الحماية المدنية في ظل غياب قواعد تفصيلية تتلاءم مع طبيعة التعاقد الإلكتروني وما ينتج عنه من آثار.

في المقابل يقدم الفقه الإسلامي تصورات راسخة تتيح تكييف الأحكام الفقهية وفق متطلبات الواقع المعاصر، وذلك استنادا إلى قواعد تحفظ الحقوق وتمنع الغرر والضرر، بضوابط ثابتة قابلة لقياس مفهوم العقود الإلكترونية المستجد، من خلال دراسة مفاهيم مثل الرضا، الغرر، الخداع، الضمان، والخيارات، وإسقاطها على الواقع الرقمي. كما تبرز المقارنة بين النظامين مواطن الالتقاء في مبادئ أساسية مثل احترام الإرادة، وضمان حسن النية في التعامل، وتعويض الضرر، مع اختلاف في الوسائل والآليات، أي أن كلاً من الفقه الإسلامي والتشريع المدني يملكان أدوات فعالة لضمان الحماية في التجارة الإلكترونية، غير أن التطبيق العملي يقتضي تطوير الآليات القانونية وتكييفها مع الوسائط الحديثة، إلى جانب تعزيز الوعي الفقهي والقانوني بأحكام المعاملات الرقمية.

Résumé:

La question de la protection civile pour le commerce électronique est l'un des défis juridiques les plus importants dans l'environnement numérique, en raison des nouvelles situations contractuelles créées par les médias électroniques. Par conséquent, le législateur algérien s'est efforcé de développer un cadre juridique pour réglementer et protéger l'activité, en essayant de fournir des mécanismes de protection civile avant le contrat, tels que l'obligation d'informer et de déclarer l'identité, la protection pendant le contrat, en termes de validité du consentement électronique et la définition des obligations, et enfin la protection après le contrat, en particulier en ce qui concerne la mise en œuvre des obligations, des responsabilités et de la réparation des dommages. Cependant, ce cadre est encore influencé par des perceptions traditionnelles d'une part, et n'englobe pas le système du commerce électronique avec tous ses concepts, perceptions et développements d'autre part, ce qui peut affaiblir l'efficacité de la protection civile en l'absence de règles détaillées appropriées à la nature du contrat électronique et aux effets qui en résultent.

D'autre part, la jurisprudence islamique offre des concepts bien établis qui permettent d'adapter les décisions jurisprudentielles aux exigences de la réalité contemporaine, sur la base de règles qui préservent les droits et préviennent le gharar et le préjudice, avec des contrôles fixes qui peuvent être mesurés par le concept émergent des contrats électroniques, en étudiant des concepts tels que le consentement, le gharar, la tromperie, la garantie et les options, et en les projetant dans la réalité numérique. La comparaison entre les deux systèmes met en évidence des domaines de convergence dans les principes de base tels que le respect de la volonté, la garantie de la bonne foi dans les transactions et la réparation des dommages, tout en différant dans les moyens et les mécanismes, ce qui signifie que la jurisprudence islamique et la législation civile disposent toutes deux d'outils efficaces pour assurer la protection dans le commerce électronique, mais que l'application pratique nécessite de développer des mécanismes juridiques et de les adapter aux médias modernes, ainsi que de renforcer la sensibilisation jurisprudentielle et juridique aux dispositions relatives aux transactions numériques.

Abstract:

The issue of civil protection for e-commerce is one of the most prominent legal challenges in the digital environment, due to the new contractual conditions created by electronic media. Therefore, the Algerian legislature has endeavoured to develop a legal framework to regulate and protect the activity, attempting to provide civil protection mechanisms before contracting, such as the duty to inform and declare identity, protection during contracting, in terms of the validity of electronic consent and the definition of obligations, and finally protection after contracting, especially with regard to the implementation of obligations, liabilities and compensation for damage. However, this framework is still influenced by traditional perceptions on the one hand, and fails to encompass the e-commerce system with all its concepts, perceptions and developments on the other hand, which may weaken the effectiveness of civil protection in the absence of detailed rules appropriate to the nature of e-contracting and its resulting effects.

On the other hand, Islamic jurisprudence offers well-established concepts that allow the adaptation of jurisprudential rulings to the requirements of contemporary reality, based on rules that preserve rights and prevent gharar and harm, with fixed controls that can be measured by the emerging concept of electronic contracts, by studying concepts such as consent, gharar, deception, warranty, and options, and projecting them to the digital reality. The comparison between the two systems highlights areas of convergence in basic principles such as respecting the will, ensuring good faith in dealing, and compensating damage, while differing in means and mechanisms, meaning that both Islamic jurisprudence and civil legislation have effective tools to ensure protection in e-commerce, but practical application requires developing legal mechanisms and adapting them to modern media, as well as enhancing jurisprudential and legal awareness of the provisions of digital transactions.

People's Democratic Republic of Algeria
Ministry of Higher Education and Scientific Research

-Prince Abdelkader University of Islamic Sciences - Constantine

Faculty of Shari`ah and Economics
Department of Shari`ah and Law

Serial Number.....
Registration number:.....

The Civil Protection of E-Commerce
- A Comparative Study of Islamic Jurisprudence-

Thesis submitted for the degree of Doctor of Philosophy Third Stage L, M, D
Department of Islamic Sciences - Shari'ah,
specialization: sharia and law

Prepared by a student:

Asma Ben Abdelkader

Supervised by Prof.

Pr: Hafida Mubarak

Discussion Committee:

Name and First Name	Sientific Rang	Original University	Function
			Chair man
Hafida Mubarak	Professor	Université Emir Abed El Kader -Constantine-	Supervisor & Rapporteur
			Member
			Member
			Member
			Member

University year:
1446H_1447H/2024_2025