

نظام العقد الإلكتروني - دراسة مقارنة بين القانون الجزائري والشرعية الإسلامية

Electronic contract system A comparative study between Algerian law and Islamic Shariaa

ياسين بوبشيش^{1*}، جلال لمرد²¹ جامعة باتنة 1 (الجزائر)، Yacine.boubechiche@univ-batna.dz

مخبر الأمن الإنساني

² جامعة الزيتونة (تونس)، Djalel.lamred@univ-batna.dz

مخبر المذاهب الدينية في المغرب الإسلامي وعلم الأديان

تاريخ النشر: 2024/12/18

تاريخ القبول: 2024/12/15

تاريخ الاستلام: 2024/11/28

ملخص:

يعد العقد الإلكتروني أحد أهم العقود الغير تقليدية في العصر الراهن، وهو المدخل للقيام بكل المعاملات الإلكترونية، فلولاها لما كانت تجارة الكترونية أو بيع أو شراء أو تبادل، إذ يتكون من طرفين، يتعهد الطرف الأول بالقيام بعمل أو إعطاء شيء معين، في مقابل هذا يتعهد الطرف الثاني بإعطاء مقابل مادي، إذ تهدف هذه الدراسة لبيان اختلاف هذا العقد عن العقود التقليدية في خصائصه وإثباته، وبيان النقاش من حيث النظرة الشرعية والقانونية له، هذا ما أثار تساؤلات عديدة عند القانونيين وفقهاء الشريعة، كما تهدف الدراسة كذلك لبيان المناقشة الشرعية والقانونية حول بعض الأركان والشروط؛ كالكتابة والتوقيع الإلكتروني ومدى حجيتهما، بالإضافة إلى مناقشة قضية الإذعان في العقد الإلكتروني، وكذا بعض عوارض الأهلية كالتدليس والاستغلال قانونا وشرعا، وخلصنا إلى صحة العقد قانونا، وجوازه شرعا، لعدم توافره على الغرر والغبن الذي يعود على أطراف العقد بالضرر.

الكلمات المفتاحية: الإذعان؛ التوقيع الإلكتروني؛ العقد الإلكتروني؛ الفقه الإسلامي؛ الكتابة الإلكترونية.

Abstract:

The abstract reflects the The electronic contract is one of the most important non-traditional contracts in the current era, and it is the entrance to carry out all electronic transactions, without it there would be no electronic commerce, sale, purchase or exchange, as it consists of two parties, the first party undertakes to do work or give something specific, in return for this the second party undertakes to give a material consideration, as this study aims to show the difference of this contract from traditional contracts in its characteristics and its proof, and to show the debate in terms of the legal and Shariaa view of it, which raised many questions among jurists and Scholars of Sharia, the study also aims to show the legal and Sharia debate about some pillars and conditions, such as writing and electronic signatures and their authenticity.

In addition to discussing the issue of acquiescence in the electronic contract, as well as some of the symptoms of capacity, like fraud and exploitation, in view of legal and in Shariaa, and we concluded that the e- contract is legally valid as well as in sharia, as it does not contain injustice that harms the parties to the contract.

Keywords: Acquiescence, e-signature, e-signature, e-contract, Islamic jurisprudence, e-writing

مقدمة:

يعتبر العقد الإلكتروني وسيلة هامة بل ضرورية لإجراء المعاملات الإلكترونية الحديثة، في عصرنا هذا الذي أصبحت فيه حل المبادلات التجارية رهينة عالم الأنترنت، لذا حاولنا دراسة هذا النوع الخاص من العقود الغير تقليدية، والتعرف عليها ومعرفة خصائصها وطبيعتها القانونية، وكل ما تحتويه من حيثيات شكلية وموضوعية، وعرضها وفق المنهج العلمي وأدوات البحث العلمي مقارنة آراء فقهاء القانون ومواده بآراء فقهاء الشريعة الإسلامية، وتفكيك كل العقد العلمية احتواة من خلال ذكر الآراء المختلفة وترجيح الرأي المناسب الذي يحقق المصلحة العامة للمتعاقدين، من غير إخلال ومصادمة للقانون أو الشرع، لذا اقتضت محاور البحث وموضوعاته أن تكون الإشكالية كالتالي:

كيف نظم المشرع الجزائري العقد الإلكتروني، وماهي مناقشات الفقه الإسلامي فيه؟

ثم جاء هذا البحث ليحقق الأهداف المسطرة في هذه الدراسة، والتي كانت كالتالي:

- التعريف بالعقد الإلكتروني ومعرفة خصائصه.

- مناقشة بعض عيوب الإرادة التي يمكن أن تتصور داخل العقد، قانونا وشرعا.

- عرض قضية الإذعان داخل العقد الإلكتروني ومناقشتها قانونيا، وشرعيا، وتكييفها وفق ما تقتضيه العلة والحكم الشرعي.

- التعرّض لطرق إثبات العقد الإلكتروني ووسائله ومدى حجّيتها، ومناقشتها قانونا وشرعا.

وانطلاقا من هاته الأهداف، للوصول للنتائج المرجوة، عالجنا الموضوع وفق المنهجية العلمية التالية:

- كتابة الآيات القرآنية مضبوطة، وجعلها بين قوسين مميزين مع تخريج سورها ورقم آياتها في المتن.

- كتابة النصوص القانونية والأحاديث المستدل بها بين شولتين، مع الإحالة لمصادرها بدقة.

- الحرص على توثيق كل النصوص التي استشهدنا بها في البحث، مع وضعها بين شولتين، والإشارة لمصادرها في

الهامش، لما تقتضيه الأمانة العلمية في البحث، متبعين في ذلك الكيفية التالية: اسم المؤلف، ثم اسم المؤلف، ثم المحقق إن وُجد، ثم دار الطبع، ثم بلد الطبع، ثم رقم الطبعة، ثم سنة الطبع، وأختم بالجزء والصفحة.

وتحقيقا لما سبق، ارتأينا تقسيم الدراسة لمحورين؛ الأول: ماهية العقد الإلكتروني وطبيعته، بين الشريعة والقانون،

أما المحور الثاني فكان بعنوان: إثبات العقد الإلكتروني بين الشريعة والقانون.

أخـور الأول: ماهية العقد الإلكتروني وطبيعته، بين الشريعة والقانون

يعتبر العقد الإلكتروني Electronic contract ضمن أنواع العقود التي تشكل من خلالها التجارة الإلكترونية، حيث يتم التعاقد بشكل افتراضي عبر شبكة الإنترنت بين طرفين أو أكثر، إذ يفترض على هذه العقود الإلكترونية أن تتوافر على جملة من الشروط القانونية التي تستوجب أن يتم إبرامها عبر تفاعل مبني على الإيجاب والقبول، وهو الذي يطلق عليه بالتراكن أو الرضائية Consensual، حيث نظمت مواد القانون المدني هذا العقد، إذ يتم اعتباره مبرماً بمجرد اتفاق الأطراف المتعاقدة على الشروط والأحكام، دون الحاجة لوجود مجلس حقيقي للعقد، بل توجد الإرادة الحرة من كل طرف عن بعد، وأن هنالك ارتباطاً وثيقاً بين العقد الإلكتروني والعقد العادي، حيث لا يوجد سوى فرق وحيد بينهما هو الوسيلة التي يتم بها اتخاذ القرار.

كما ينبغي عدم الخلط بين مصطلح التجارة الآلية Automated trading أو التجارة الإلكترونية E-Commerce أو تجارة الانترنت، فهما ليسا مصطلحين مترادفين كما يسود الاعتقاد لدى بعض الفقه، وإنما هما مصطلحان مختلفان، فالأعمال الإلكترونية Electronic business أوسع مجالا وأكثر شمولية، فهي تشمل التجارة الإلكترونية والبنوك الإلكترونية والحكومة الإلكترونية¹ وشركات التأمين الإلكترونية، في حين أن التجارة الإلكترونية نشاط تجاري ولا سيما التعاقدات حول طلب المنتجات والخدمات باستخدام وسائل إلكترونية وضمن بيئة إلكترونية². كما يعد العقد الإلكتروني نوعاً جديداً من العقود التي أفرزها عصر المعلوماتية Informatics era، ويتميز بأنه يتم في إطار فضاء افتراضي، عن طريق شبكة الإنترنت، كما أن العالم يشهد تزايد كبير في استخدامه.

أولاً: تعريف العقد الإلكتروني بين القانون الجزائي والشريعة

سنعرض هنا لتعريف العقد الإلكتروني قانوناً وشرعاً:

تعريف العقد الإلكتروني في القانون:

لقد تطرق لتعريف هذا النوع من أنواع العقود فقهاء جملة من الباحثين:

تم تعريف العقد الإلكتروني بأنه: "ذلك العقد الذي ينطوي على تبادل للرسائل بين البائع والمشتري والتي تكون قائمة على صيغ معقدة سلفاً ومعالجة إلكترونية، وتنشأ التزامات تعاقدية Contractual obligations"³

¹ لمزيد من الايضاح يرجى الرجوع لمداخلتنا ضمن فعاليات الملتقى الوطني الموسوم بإصلاحات الاستثمار ومناخ الاعمال في قطاع تكنولوجيا المعلومات والاتصالات، بعنوان: الاقتصاد الرقمي ومدى مساهمة التكنولوجيا الحديثة في دعمه، والمنعقد بكلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة باتنة 1، بتاريخ 07-12-2023.

² أحمد محمود سعد، نحو إرساء نظام قانوني لعقد المشورة المعلوماتية، المعالجة الآلية للبيانات بواسطة الحاسب الآلي، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، 1995، ص 8، وكذا: إيمان مأمون أحمد سليمان، الجوانب القانونية لعقد التجارة الإلكترونية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، 2006/2005، ص 14.

³ فادي محمد عماد الدين توكّل، عقد التجارة الإلكترونية، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2010، ص ص 35-36.

والمراد من هذا التعريف أنّ العقد الإلكتروني هو حصول التراضي بين طرفين غير حاضرين في مجلس حقيقي، ليتم الاتفاق على إنشاء التزامات لكلا الطرفين.

كما عرفه الباحث إلياس ناصيف بأنه: "اتفاق يتلاقى فيه الإيجاب والقبول بشأن الأموال والخدمات، عبر شبكة دولية للاتصال عن بعد، وذلك بوسيلة مسموعة ومرئية تتيح التفاعل بين الموجب والقابل"¹. وهو نفس المعنى المنصوص عليه في التعريف سابقا، بذات القيود، إلا أنّه زاد بعض التفاصيل كونه بوسيلة مسموعة ومرئية.

ويعرفه آخرون بأنه: "اتفاق يتلاقى الإيجاب بالقبول على شبكة دولية مفتوحة للاتصال عن بعد وذلك بوسيلة مسموعة مرئية، وبفضل التفاعل بين الموجب والقابل"²

ثم بالرجوع للمشرع الجزائري، الذي هو محلّ دراستنا فنجد أنه قد أورد تعريفا له في القانون رقم 05-18 المؤرخ في 2018/05/10 المتضمن قانون التجارة الإلكترونية في المادة 6 منه: "يتم إبرامه عن بعد دون الحضور الفعلي والمتزامن Actual and simultaneous presence أطرافه باللجوء حصريا لتقنية الاتصال الإلكتروني".

عند تحليل هذا التعريف حسب قيوده، نجده قد اختصر كل العبارات التي تضمنتها التعاريف السابقة، واقتصر على التراضي والمجلس الافتراضي للعقد وكذا وصيلة التواصل التي يبرم عن طريقها العقد، بالتالي فإن تعريف المشرع الجزائري أدق، لأنه كان جامعا مانعا مختصرا، تناول كل عناصر التعريف اللازمة، وعليه فإنه وافق التعاريف السابقة للباحثين التي تعتبر تطويلا وشرحا له.

أ- تعريف العقد في الفقه الإسلامي:

قال الزاوي في تعريفه هو الجمع بين أطراف الشيء وتقويتها، لذا يقال: عقد طرفي الحبل والمعنى وصل أحدهما بالآخر بعقدة تسمكها، ويطلق على الضمان والعهد، فيقال: عاقده على كذا إذا عاهدته عليه.³

وقال الفيومي: عقدت البيع ونحوه، وعقدت اليمين وعقدتها بالتشديد توكيد، وعاقده على كذا، وعقدته عليه بمعنى: عاهدته، وعقدة النكاح وغيره: إحكامه وإبرامه، وفي الجمع عقود، ومنه قول المولى تعالى: ﴿ولا تعزموا عقدة النكاح﴾ (البقرة 235) قال المفسرون: إحكامه، والمعنى: لا تعزموا على عقدة النكاح في زمان العدة^{4,5,6}.

بينما في اصطلاح فقهاء الشريعة، فقد ذهبوا في مجمل التعاريف للعقد إلى فريقين؛ الأوّل: ذهب في تعريفه للعقد بمعناه العام، أما الثاني: فذهب في تعريفه له إلى معنى خاص، فقالوا:

¹ إلياس ناصيف، العقود الدولية العقد الإلكتروني في القانون المقارن، منشورات الحلبي الحقوقية، 2008، ص 36.

² أسامة أبو حسن مجاهد، خصوصية التعاقد عبر الإنترنت، بحث مقدم في مؤتمر القانون والكمبيوتر والإنترنت، كلية الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، المجلد الأول، الطبعة الثالثة، 2004، ص 124.

³ الطاهر أحمد الزاوي، ترتيب القاموس المحيط، 280/3.

⁴ جمال الدين ابن منظور الأنصاري، لسان العرب، دار صادر، بيروت، لبنان، 3031/4.

⁵ أحمد بن محمد بن علي الفيومي، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، 421/2.

⁶ محمد بن أحمد ابن فرح القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1104/1.

قال الجصاص: "العقد ما يعقد على غيره فعله على وجه إلزامه إياه فسمى البيع والنكاح وسائر عقود المعاوضات عقوداً لأن كل واحد من طرفي العقد ألزم نفسه الوفاء به"¹

وقد اقتصر هنا على المعنى الذي يقتضيه الإيجاب بالقبول، وهو المعنى العام للعقد، وهو الارتباط العام الذي ينشأ في توافق الإرادتين، أو ما كان عن إرادة منفردة كالهبة والطلاق والنذر وغيرها.

ومذهبهم هذا قائم على وجه الاستدلال من الآية: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ [المائدة: 1]، قالوا أن لفظ العقود هنا عام يحمل كل أنواع العقود وجميع ما ألزمه الله عباده، وكل ما يعقدونه فيما بينهم من عقود الأمانات وكل ما يجب الوفاء به².

أما المعنى الخاص وهو ما ذهب له الفريق الثاني، فمن تعاريفه ما قرره أحمد مصطفى الزرقا بقوله: "ارتباط إيجاب وقبول على وجه مشروع يثبت أثره في محله"³

يؤخذ من هذا التعريف أن القيود المستعملة هنا تركز على كون العقد يقوم على طرفين؛ وإيجاب وقبول، وهو ركن التراضي، وفق ما رسمه الشارع وارتضاه، وكون الحل مشروعاً شرعاً، وأن ينتج عن هذا الارتباط فائدة.

وبين الفريقين عموم وخصوص، فالتعريف العام يحتوي على التعريف الخاص من حيث كون العقد ينتج عنه أثر من خلال ارتباط إرادتين، لكن التعريف الخاص جعل قيوداً زائدة تجعل العقد أكثر خصوصية.

ج - المقارنة بين التعاريف الشرعية والقانونية:

- عند النظر والتمحيص بين تعريف القانونيين وفقهاء الشريعة في القيود المختارة، نجد أن كليهما قرّرا نفس الأركان، من كون العقد يحتوي على: الطرفين، والتراضي، ومحل العقد، بالرغم من أن بعض القانونيين مال إلى أن أركان العقد اثنان فقط؛ وهما التراضي وطرفي العقد، دون سواهما، كون التراضي لصيق بالطرفين، فهو ليس مستقلاً، وهو خلاف غير جوهري⁴.

- التعريف الشرعي للعقد أدق وأحكم وأضبط، لأنّ العقد في الحقيقة الشرعية ليس هو اتفاق الإرادتين، بل هو الارتباط الناشئ عن الاتفاق، إذ قد يحصل الاتفاق ولا يحصل الأثر المرعيّ شرعاً المنضبط بشروط محددة.

- التعريف الشرعي أدق في تحديد الأركان باللفظ المعبر عن المعنى المقصود والذي يبين عليه العقد في حقيقة الأمر، فالإيجاب والقبول في تعبير فقهاء الشريعة أدق من تلاقي الإرادتين، لأنّ التراضي هو الذي يحرك الإرادة وينتج الأثر من العقد، وهو المَعُول عليه فعلاً في معنى الانعقاد⁵.

ثانياً: خصائص العقد الإلكتروني بين الشريعة والقانون

¹ أحمد بن علي أبو بكر الرازي الجصاص الحنفي، أحكام القرآن، في تفسير قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ [المائدة: 1]، ج 2 ص 294، 295.

² الجصاص، أحكام القرآن، مصدر سابق، 249/2.

³ أحمد مصطفى الزرقا، المدخل الفقهي العام، الطبعة الأولى، دار القلم، دمشق، سوريا، 1998م، 382/1.

⁴ أحمد عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، 170/1.

⁵ الزرقا، المدخل الفقهي العام، مرجع سابق، ص 360.

- أنه عقد يبرم عن بعد: والمقصود به عدم الحضور المادي المتعاصر الأطراف في لحظة تبادل الرضا بينهم، فهو عقد مبرم بين طرفين لا يتواجدان وجها لوجه في لحظة التقاء إرادتيهما، لذا فإنه لا يمكن نفي حصول مجلس التعاقد Contract Council بسبب التباعد المكاني، لإمكانية التعاقد افتراضيا، وإحداث مجلس عقد إلكتروني افتراضي virtual contract council في مثل هذه العقود، كإمكانية انعقاد العقد عبر وسائل الاتصال الحديثة؛ كشبكة الأنترنت وذلك عن طريق وسيلة المحادثة والمباشرة¹.

وحين النظر في أقوال فقهاء الشريعة نجد ما يلي:

لقد قررت القاعدة العامة المنصوص عليها في الفقه الإسلامي أن التعاقد جائز بكل وسيلة، بما فيها الإلكترونية، ودون اشتراط صيغة محددة أو طريقة معينة، وهذا راجع لمقصد التيسير على الناس في المعاملات، خلافا للعبادات، لذا قرّر فقهاء الأحناف في ركن التراضي أن الإيجاب ما صدر أولا، والقبول ما صدر ثانيا من التعاقد، ذلك أنه قبول ورضا بما أثبتته الأول².

والحضور المعنوي الآتي في مجلس العقد الافتراضي عن بعد يتحقق فيه ما يتحقق في الحضور المادي الآتي في مجلس العقد الحقيقي، من تراض، وهو شبيه بالتعاقد عن طريق البريد أو الرسول، فبالتالي فإنه خال من كل شبهة أو محذور شرعي مرعي³.

ثم إن التعاقد بالكتابة عن بعد جائز باتفاق الفقهاء، وعلى ذلك قرروا الضابط الفقهي "الكتاب كالخطاب"، والمقصود منها أن الكتابة بين غائبين، هو هو النطق بين الحاضرين⁴، وعلى هذا سار القانون المدني الجزائري في التعريف.

- أنه عقد يبرم بوسيلة الكترونية: أنه عقد مبرم عن طريق الوسائل الإلكترونية، فالوسيلة التي من خلالها يتم إبرام العقد هي التي تكسبه هذه الصفة، فالعقد الإلكتروني لا يختلف عن العقد التقليدي من حين الموضوع أو الأطراف، بل من حيث طريقة الإبرام ووسائل الإثبات، حيث يمكن أن يرد محل العقد على كافة الأشياء والخدمات التي يجوز التعامل فيها.

وفي هذه الخاصية ذهب الفقه الإسلامي إلى أن التعاقد بالوسيلة الإلكترونية جائز، ما تحققت فيه الشروط الشرعية المنصوص عليها، من وجود الطرفين وحصول التراضي بينهما، ونزولا عن الضابط الفقهي المذكور سلفا، وعلى اعتبار التيسير في باب المعاملات، وقد تناول المجمع الفقهي الإسلامي الدولي بجدة التابع لمنظمة العالم الإسلامي في دورته السادسة⁵ قضية التعاقد عن طريق وسائل التعاقد الحديثة، وصدر الحكم بالجواز في القرار رقم (6/3/52)⁶.

¹ أسامة أبو الحسن مجاهد، التعاقد عبر الأنترنت، دون طبعة، دار الكتب القانونية، القاهرة، 2002، ص 9.

² لمزيد من التفصيل، ينظر: عبد الحميد البعلي، ضوابط العقود ضوابط العقود دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي وموازنة بالقانون الوضعي وفقه، مكتبة وهبة، القاهرة، مصر، ص 87، وكذا: ضوابط العقد في الفقه الإسلامي، عدنان التركماني، دار المطبوعات الحديثة، جدة، المملكة العربية السعودية، ط 1، 1981، ص 41.

³ عدنان التركماني، ضوابط العقد في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 74.

⁴ محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير لمختصر الشيخ خليل، 3/3، وكذا: أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي، روضة الطالبين وعمدة المفتين، 340/3.

⁵ ينظر: الدورة المنعقدة بجدة، بتاريخ 10-14/03/1990م.

⁶ ينظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد السادس، 785/2.

ثالثا: طبيعة العقد الإلكتروني الشرعية والقانونية

يتم إبرام الكثير من العقود على شبكة الأنترنت، وقد سبق الإشارة إلى تعريف العقد الإلكتروني وبيان خصائصه، قانونا وشرعا، هذا ما جعلنا نحاول تكييف هذه العقود قانونيا وشرعا كذلك لتحديد طبيعتها، هل كانت عقود إذعان تنعدم فيها حرية الأطراف للمشاركة في وضع بنود العقد، حتى لو كان فيها ضرر محظ بأحد الأطراف، أم أنها من العقود الرضائية التي تقوم على مبدأ سلطان الإرادة The power of will، لذا سنتطرق لطبيعته القانونية والشرعية، حسب ما يلي:

- العقد الإلكتروني عقد إذعان:

يختلف رجال القانون والباحثون فيه فيما يخص العقود الإلكترونية، هل هي عقود إذعان أم لا، فأيد الفقه الإنجليزي والفرنسي والعربي أنها من عقود الإذعان، لأن المشتري يضغط في عدد من الخانات المفتوحة أمامه في موقع البائع أو المشتري على المواصفات التي يرغب فيها من السلعة ومن الثمن المحدد سلفا، الذي لا يملك مناقشته أو المفاوضة عليه مع المتعاقد الآخر، وكل ما يتاح لو هو إما قبول العقد جملة أو رفضه¹.

لذلك يعرف عقد الإذعان Compliant contracts بأنه: "العقد الذي يسلم فيه القابل بشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل مناقشته فيها، وذلك فيما يتعلق بسلع أو مرفق ضروري يكون محل احتكار قانوني أو فعلي أو تكون المنافسة محدودة النطاق في شأنها²، لذا في الحالات التي يكون فيها على المستهلك قبول الشروط المعروضة عليه دون إمكانية مناقشتها فإنه يكون بذلك طرفا ضعيفا في هذه العلاقة، فهو مضطر لتعاقد وبجاجة إلى السلعة أو الخدمة المعروضة عليه. وهو في هذا النوع من العقود يقبل أو يرفض العرض أو الإيجاب الذي يتلقاه عبر الشبكات، فيكون قبوله عبارة عن التسليم بالشروط التي وضعها الطرف الآخر من دون أن تكون له فرصة أو إمكانية مناقشته.

وعليه كان عقد إذعان على عدة اعتبارات منها:

الاعتبار الأول: أن المتعاقد لا يملك سلطة مناقشة الشروط الواردة بالعقد الإلكتروني، بل إن الذي عليه فقط إما رفض العقد جملة أو قبوله جملة، فيكون قبوله حينها مجرد إذعان لإرادة الطرف الآخر نتيجة حاجته إلى العقد.

الاعتبار الثاني: مضمون العقد الإلكتروني محدد سلفا من قبل المخترف في قالب نموذجي، تتسم الصياغة فيه بالتطرق لمسائل دقيقة يعسر فهمها ومناقشتها من قبل المستهلك.

الاعتبار الثالث: لا يتوافر تواصل مباشر بين المستهلك والبائع يمنح فرصة المساومة Bargaining opportunity من أصلها، ويتم التعامل على هذا المحتوى.

لكن الأجدد بالقول هنا أن هذا الإذعان غير مبطل للعقد قانونا، لأن العمل به جار في معاملات الناس اليومية، والعرف اعتاده، ولا ضرر يصيب به كلا طرفي التعاقد، بل أن هناك مبدء الرضائية بينهما حسب المادة 59 من القانون المدني الجزائري.

¹ برهان سمير، العقد في التجارة الدولية الإلكترونية، ندوة عقود التجارة الدولية، المنظمة العربية للتنمية الإدارية، القاهرة، مصر، 2006، ص 8.

² محمد شريف عبد الرحمان أحمد عبد الرحمان، عقود الإذعان، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006، ص ص 22-29.

وعلى هذا، فإن الفقه الإسلامي قد اختلف في الإذعان حسب صوره إلى مذاهب، والذي نراه هنا مطابقا للاعتبارات المذكورة أن العقد الإلكتروني جائز، لأن الأصل في الشرعية الإسلامية أن العقد يتم بمجرد تراضي الطرفين، لإحداث أثر ما، وهو حاصل في العقد الإلكتروني، كما أنها أجازت في حال الضرورة بعض أنواع العقود¹ للحاجة الماسة لها، ومراعاة للقواعد والضوابط الفقهية المقررة شرعا، مثل قاعدة: "عموم البلوى"، وقاعدة "مراعاة الحاجة، ورفع المشقة"، وقاعدة: "الضرورة"، وغيرها...²

ثم إن الأصل في العقود الصحة ما لم يرد دليل بالتحريم³، وأن عقد الإذعان ليس نوعا واحدا، فيعطى لكل نوع حكمه، فما إن كان الثمن عادلا والشروط منصفة لكلا الطرفين فهو صحيح شرعا وملزم لهما. وكذا يمكن تكييف العقد أنه من عقود المعاوضة⁴ وقد أجاز الجمهور الأخذ به، وهو مذهب الأحناف والمالكية، والحنابلة⁵، فقرروا أن العقد ينعقد بالفعل أو التعاطي، متى كان واضح الدلالة على الرضا، سواء تعارف الناس على ذلك أم لا، إذ لم يرد عن الصحابة ولا التابعين ولا غيرهم الإنكار على الأخذ بالتعاطي.

2- العقد الإلكتروني عقد رضائي: والرضائية ركن من أركان العقد كما نصت المادة 59 من القانون المدني الجزائري، لذا يذهب أنصار هذا الاتجاه إلى أن العقد الإلكتروني ما هو إلا عقد رضائي لأن المتعاقد يستطيع اللجوء إلى مورد أو منتج آخر للسلعة أو الخدمة إذا لم تعجبه شروط أحد الموردين أو المنتجين، كما أنه لا يمكن الاعتماد على المعيار الاقتصادي فقط، وإنما يجب النظر إلى الاعتبارين القانوني والاقتصادي معا.

كما أن الرضائية في العقود الإلكترونية تشوبها بعض عيوب الإرادة، نحاول تلخيصها ومناقشتها شرعا وقانونا، وذلك كما يلي:

الأهلية: إذ تعد لدى المتعاقدين شرطا أساسيا ولازما لقيام العقد صحيحا، ولوجود الإرادة وصحتها في نظر القانون، فإن انعدمت كان العقد باطلا، وإن كانت ناقصة أصبح قابلا للإبطال Revocable، كما قد يترتب على الانفصال المكاني بين أطراف العقد الإلكتروني عدم معرفة كل المعلومات الأساسية عن الطرف الآخر، على اعتبار اتاحة إمكانية التعاقد بين أشخاص من دول وجنسيات وأعمار مختلفة، لذا يجدر بالمعاملين عبر شبكة الأنترنت مسألة التأكد من أهلية المتعاقدين، وعلى هذا أصبحت مسألة ينفرد بها العقد الإلكتروني.

¹ من العقود التي أجازها الشرع لعموم بلواها، بالرغم من توفرها على شيء يسير من الغرر: عقد السلم، مع أنه بيع معدوم مشتمل على غرر منهى عنه، والحوالة، وعقود الإقالة، والرهن.

² وهبة الزحيلي، نظرية الضرورة الشرعية مقارنة مع القانون الوضعي، دار الفكر، دمشق، سوريا، ط4، 1997م، ص ص 177، 141.

³ أحمد بن محمد مكي الحسيني الحموي الحنفي، غمز عيون البصائر في شرح الأشباه والنظائر، 223/1.

⁴ "المعاوضة هو وضع الثمن وأخذ الثمن عن تراض منهما من غير لفظ، وهو يفيد أنه لا بد من الإعطاء من الجانبين، لأنه معاوضة"، ينظر: ابن عابدين، حاشية رد المختار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، تحقيق عادل أحمد عبد الموجود، وعلي محمد عوض، دار عالم الكتب، الرياض، السعودية، 2003، ص 27/7.

⁵ ينظر: الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، 530/6، وكذا: ابن قدامة المقدسي، المغني، 4/4، وكذا: الخطاب، مواهب الجليل شرح مختصر خليل، 228/4.

وهذا أمر نادر الوقوع فيه، إذ أصبح إجباريا قبل إبرام العقد التصريح بالعمر، فكل ما لم يكن صحيحا يتحمله المُصرِّح بالكذب، والفقه الإسلامي قديما وقف على أهلية المتعاقد للتعاقد من خلال كلامه، على أساس أن كل الناس عدول، وتصريح المتعاقد بخلاف الحقيقة ليس عيبا من عيوب الإرادة، مالك يتعمد المتعاقدان في ذلك.

سلامة الارادة من العيوب في العقد الالكتروني، ومن ذلك السلامة مما يلي:

أ: الغلط هو وهم misunderstanding يقوم في ذهن المتعاقد فيصور له الأمر على غير حقيقته، ولكي يكون عيبا في الإرادة فإنه يشترط فيه أن يبلغ حدا من الجسامة بحيث يكون هو الدافع للتعاقد، أي أن يكون جوهريا، ويعد الغلط جوهريا متى وقع في ذات المتعاقد أو في صفة في الشيء يراها المتعاقد ضرورية أو يجب اعتبارها كذلك.

بينما ذهب **الفقه الإسلامي** على أن الغلط هو الخطأ، ولم يجعل فرقا بينهما¹ لدقة الفقه الإسلامي وتركه المجال واسعا أمام إلغاء الغلط "الذي هو تصور الشيء على خلاف ما هو عليه"²، من خلال جعله ما يسمى بخيار العيب وخيار الرؤية وغير ذلك.

فما كان من الغلط أو الخطأ راجعا على جوهر في الشيء، وكان البائع له علاقة بسوء تصويره أو غير ذلك وجب تصحيح العقد وإلا كان راجعا عليه بالإبطال³.

ب: التدليس Fraud يعد التدليس من عيوب الإرادة التي تؤدي إلى إبطال العقد، وفي مجال العقود الإلكترونية التي ترم عبر الانترنت، يمكن أن يتخذ الغش العديد من الأشكال مثل الرسائل الاشهارية المضللة والكاذبة Misleading advertising messages التي ترسل عبر البريد الإلكتروني أو المنشورة عبر مواقع الانترنت، والتي تعطي معطيات ومعلومات خاطئة من شأنها أن تضلل حول طبيعة وحقيقة المبيع مما يدفع المتعاقد إلى إبرام العقد تحت هذا التأثير، وقد نصت المادة 68 من القانون المدني الجزائري على تعريف التدليس بأنه محاولة إيقاع شخص ما في الغلط، قصد إبرام تصرف قانوني، بالتالي فإن التدليس ليس هو العيب المباشر للعقد؛ بل الغلط والخطأ الموهوم للشيء بخلافه، فيقع صاحبه ضحية التدليس، ويعتبر العقد باطلا ما كانت شروط التدليس متوافرة، وهذا ما نصّت عليه المادة 86 الفقرة 1، من القانون المدني الجزائري.

لقد عرّف **الفقه الإسلامي** التدليس على أن "يُعلم البائع بالعيب ثم يبيع ولا يذكر العيب للمشتري"⁴، فمعنى دّلّس العيب أي أخفاه عن المشتري مع علمه به، والتغريير والتدليس معنى واحد⁵، وقد قرر فقهاء الشريعة أن المشتري الذي اشترى شيئا فيه عيب، فله أن يمسكه وله أن يفسخ العقد إن ارتأى أن التدليس قد ألحق ضررا به⁶

¹ أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي، من هاج الطالبين وعمدة المفتين، دار المعرفة، بيروت، 115/2.

² أبو إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الفيروز ابادي الشيرازي، المذهب في فقه الإمام الشافعي، شركة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، مصر، الطبعة الثانية، 1959م، 233/1.

³ ينظر: المادة 82 من القانون المدني الجزائري.

⁴ يوسف بن عبد الله ابن عبد البر النميري، الكافي في فقه أهل المدينة، تحقيق محمد أحمد ولد مادريك الموريتاني، مكتبة الرياض الحديثة، المملكة العربية السعودية، ط2، 1980، 711/2.

⁵ عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق، مصدر سابق، 105/2.

⁶ ابن قدامة، المغني، مصدر سابق، 109/4.

ج: الاستغلال Exploitation حيث رتب جزاء جنائيا على الطرف الذي يستخدم طرقا احتيالية أثناء التعاقد الإلكتروني حماية منه للمستهلك باعتباره الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية Contractual relationship¹.

وهو ذات الشيء في الفقه الإسلامي، فالاستغلال في اصطلاح الفقهاء: "هو عبارة عن انتهاز أحد المتعاقدين فرصة جهل، أو ضعف، أو تسرع، أو رغبة ملحة، أو قلة خبرة، لدى المتعاقد الآخر تمكنه من الحصول على عقد فيه غبن لهذا المتعاقد الآخر"²، وقد ثبت التهي عن الاستغلال في العقود مطلقا، وقد تواردت الأدلة الشرعية المختلفة على تحريمه وإسقاطه.

لذا إن استغل البائع ضعف وجهل المشتري الكترونيا فإن العقد يبطل، أو على البائع التعويض.

المحور الثاني: إثبات العقد الالكتروني بين الشرعية والقانون

يبني العقد الذي يبرم عن طريق شبكة الأنترنت على تبادل البيانات الإلكترونية، وذلك على أسس ومراكز غير ورقية داخل أجهزة الاتصال أو خارجها والتوقيع عليها ممن يرسل الرسالة الإلكترونية بواسطة التوقيع الإلكتروني، وهذا ما سنحاول شرحه فيما يلي:

— أولا: الكتابة

لقد نظم المشرع الجزائري الإثبات بالكتابة الإلكترونية بمناسبة تعديله للقانون المدني سنة 2005، حيث قرّرت المادة 323 مكرر 1 على أنّ الإثبات يصحّ بالكتابة الإلكترونية كما يصحّ بالكتابة الورقية العادية، فجاء النص: "يعتبر الإثبات بالكتابة في الشكل الإلكتروني كالكتابة على الورق"، لكن ذات النص اشترط إمكانية التثبت من هوية مصدر الوثيقة، وكذا إعدادها في ظرف ضامن لسلامتها³.

وابتداء على النص السالف الذكر يتجلى لنا أن المشرع الجزائري قد ساوى بين الكتابة الإلكترونية Electronic writing والكتابة العادية، سواء كانت رسمية أم عرفية، وجعلهما في مركز قانوني واحد، إذ يعود المصدر التاريخي لاهتمام المشرع الجزائري بالكتابة الإلكترونية إلى القانون النموذجي الصادر عن الجمعية العامة للأمم المتحدة في سنة 1996 بشأن التجارة الإلكترونية، وذلك في المادة 06 منه، والتي جاءت تحت عنوان "الكتابة الإلكترونية"، ويلاحظ هنا تأثر المشرع الجزائري بنظيره الفرنسي بخصوص تعريف الكتابة الإلكترونية والدعائم المستعملة فيها Used props وكذا الشروط الواجب توافرها في الإثبات.

لذا تقرّر لدينا وجوب توافر شروط في المحرر الإلكتروني Electronic editor لتمكين ترتيب الآثار القانونية، ويمكن حصر الشروط الواجب توافرها في الكتابة الإلكترونية طبقا للمادة 323 مكرر 1 من القانون المدني الجزائري فيما يلي:

¹ لزهري بن سعيد، النظام القانوني لعقود التجارة الإلكترونية، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2012، ص 105.

² ينظر: ابن رشد الحفيد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، 61/2 وكذا: أحمد بن محمد الدردير، الشرح الصغير، 37/2.

³ القانون المدني رقم 10-05 المؤرخ في 20-06-2005 يعدل ويتمم القانون المدني، ج ر: 44، المؤرخة في 20-06-2005، ص 17.

1. **التأكد من هوية مصدر المحرر:** يقصد بهذا الشرط، التأكد من شخصية الطرف المحرر والمصدر والمرسل للوثيقة الالكترونية، والإمضاء عليها، لكن يرى بعض الفقه أنه يمكن الاستغناء عنه بموجب القانون لأن تحديد الهوية هي من متطلبات التوقيع الإلكتروني¹.

2. **ظروف إعداد المحرر الإلكتروني:** والمراد من هذا هو الرجوع للطرف الذي تم فيه إعداد المحرر الإلكتروني، وذلك لهدف التأكد من الإثبات والكتابة، لذا ينبغي أن تحرر في وسيلة إلكترونية شديدة الحفظ لأكبر فترة زمنية ممكنة، نستطيع من خلالها الرجوع لها متى أردنا.

3. **طريقة حفظ المحرر الإلكتروني:** والمقصود بهذا الشرط إمكانية الاحتفاظ بالمحرر الإلكتروني في شكله الأصلي بالاتفاق بين الأطراف المعنية، لتمكين الإدلاء به أو العمل به كإثبات للمعاملة بينهم²، كما أشار المشرع الجزائري إلى هذا الإجراء في الفقرة الأخيرة من المادة 323 مكرر¹ من القانون المدني الجزائري.

أما **الفقه الإسلامي** فقد قرر أن الكتابة الالكترونية لها نفس الأثر وتثبت كالكتابة العادية، لأن القاعدة العامة أن الإثبات يجوز بكل وسيلة تنسب الحق لصاحبه، وهذا ما قرره الفقه الإسلامي، حيث جاء في حاشية البجيرمي ما نصه: "ضابط المكتوب عليه كل ما يثبت عليه الخط كرق وثوب، سواء كتب بحبر أو نحوه أو نقر صورة الحرف في حجر أو خشب أو خطها على الأرض"³، بمعنى أن الكتابة تجوز بكل ما تصح به من دعامة تم التعارف عليها، بشرط القدرة على الاطلاع عليها، وكذا إمكانية الرجوع إليها عند الحاجة، فهي جائزة متى ما كانت موثوقة فيها، حيث لا يوجد مانع مطلقاً عند الرجوع لقواعد الفقه الإسلامي - ما يحول أو يمنع دون العمل بالأساليب الفنية والتقنية الحديثة، وكذا الأخذ بها في مجال الإثبات وغيره، الكتابة الإلكترونية في هذا العصر أصبحت مما عمّت به البلوى، وأمر لا فرار منه، كما أن العرف له بالغ الأثر في تقرير الكتابة الإلكترونية، وهذا جليّ وظاهر من خلال المسوّغات الفقهية التي يذكرها فقهاء الشريعة في تبرير الكتابة وتجويزها؛ بالتالي فهي وسيلة لإثبات الحقوق لأصحابها، وإنشاء الالتزامات بين الأطراف متى توافرت الشروط الشرعية المرعية فيها، كالتأكد من صحتها، وإمكانية نسبتها لمن في حقه، لأنه بالرجوع إلى القواعد العامة في الإثبات بالكتابة تشترط أن تكون بخط صدرت منه بإقراره أو بالشهادة أو بالمقارنة بخطه، أو بالتوقيع المكتوب توقيعاً يختص به من صدرت منه⁴.

¹ سامح عبد الواحد التهامي، التعاقد عبر الإنترنت، دار الكتب القانونية، القاهرة، مصر، 2008م، ص 532.

² محمد لورنس عبيدات، إثبات المحرر الإلكتروني، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 200، ص 83.

³ سليمان بن عمر بن محمد البجيرمي، حاشية البجيرمي على شرح منهج الطلاب المسماة التجريد لنفع العبيد، المكتبة الإسلامية، ديار بكر، تركيا، الجزء الرابع، ص 8.

⁴ مندى عبد الله محمود حجازي، التعبير عن الإرادة عن طريق الانترنت وإثبات التعاقد الإلكتروني، وفقاً لقواعد الفقه الإسلامي والقانون المدني، دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، سنة 2010م، ص 427.

ثانيا: التوقيع الإلكتروني

عرفه قانون اليونسيتال النموذجي الخاص بالتوقيعات الإلكترونية في المادة 2 منه في الفقرة -أ- على أنه: "توقيع إلكتروني يعني بيانات في شكل إلكتروني 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".

انطلاقا من التعريف المذكور، يمكن القول بأن التوقيع الإلكتروني كالتوقيع التقليدي، يؤدي مجموعة من الوظائف، منها؛ كونه دليلا للإثبات، كما يعتبر دليلا عن إرادة الشخص في قبوله الالتزامات بما ورد في العقد من شروط، كما يميز شخصية صاحبه ويحدد هويته، إلا أن التوقيع الإلكتروني يتفوق على التوقيع التقليدي، في أنه يمكن التحقق من شخصية صاحبه بشكل معتاد في كل مرة يتم فيها استخدام الرقم السري لصاحبه، وهذا الرقم السري هو التوقيع الإلكتروني.

كما يمكن استخلاص الشروط الواجب توافرها، طبقا للفقرة الثالثة من المادة 06 من القانون النموذجي للتوقيعات الإلكترونية لسنة 2001¹:

- أ- أن تكون بيانات إنشاء التوقيع مرتبطة بالموقع الإلكتروني دون غيره .
- ب- أن تكون هذه البيانات خاضعة وقت التوقيع لسيطرة الموقع وحده.
- ت- أن يكون الغرض من التوقيع هو تأكيد سلامة المعلومات الخاصة بالحرر الإلكتروني.
- ث- أن يكون التوقيع قابل للمراقبة والتأكد من صحته وتحديد هوية صاحبه.

كما يمكن للتوقيع الإلكتروني أن يتخذ صورا حسب الطريقة التي يتم بها التوقيع والتي لها علاقة مباشرة بدرجة الثقة والائتمان في المعاملة الإلكترونية، وتتمثل هذه الصور في التوقيع الرقمي²، وكذا التوقيع البيومتري³ Biometric Signature، والتوقيع المقترن بالرقم السري وكذا التوقيع بالقلم الإلكتروني Signature with electronic pen⁴.

وعند النظر في أقوال فقهاء الشريعة الإسلامية فإننا نجد أن التوقيع الإلكتروني من الأمور التي جرى بها العمل في واقعنا، بل تكاد تصير أصلا في التعاملات المالية الحديثة، فصار عادة، وكما لا يخفى أن العادة إذا جرى بها العمل واستحسنها الناس ولم تخالف شرعا فإنها تصير مُحَكَّمة، وكذا لما تحققه من مصالح للعباد؛ من تيسير المعاملات وريح الوقت وتوفير الأموال وغير ذلك.

¹ بشار محمود دودين، الإطار القانوني للعقد المبرم عبر شبكة الإنترنت، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2008م، ص 248-249.

² محمد لورنس عبيدات، المرجع السابق، ص 249.

³ بشار محمود دودين، الإطار القانوني للعقد المبرم عبر شبكة الإنترنت، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2008م، ص 253.

⁴ خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2006م، ص 200.

بل وجدنا أن المذهب الحنفي قد أجاز الاعتماد على دفاتر البيع والصرف والسمسار، واعتبروا ما كان فيها من ديون وغيرها حجة مستقلة، وكل هذا وفق ما جرى به العمل التجاري¹، كما أن الفقه الإسلامي يفتح مصراعيه لكل طريقة حديثة للإثبات، ما كانت تؤدي مهام التوقيع ونسبة التوقيع لصاحبه.

ثم إن مقاصد الشريعة الإسلامية جاءت لتحقيق مصالح العباد، وكذا من مقاصد الأموال مقصد تداول السلع ورواجها²، ومراعات حاجات الناس؛ ذلك أن كثيرا من معاملات الإجارة والبيع والشراء وغيرها أصبحت إلكترونية، وعليه فهي ليست جائزة فقط، بل ضرورية ما حققت مصالح العباد وكانت متوفرة على الشروط المذكورة سلفا³.

ثالثا: حجة الإثبات بالتوقيع الإلكتروني

تطرق لها المشرع الجزائري من خلال نص المادة 327 من القانون المدني، حيث كل توقيع إلكتروني الذي لا تتوفر فيه الشروط المشار إليها في المادة 323 مكرر¹ والمتعلقة بالكتابة الإلكترونية، لا يمكن أن يثبت التصرف أو التعامل بواسطة وسائل التكنولوجيات الحديثة، والجدير بالذكر أن المادة 327 من القانون السالف الذكر جاءت تحت عنوان الفصل الأول من الباب السادس "الإثبات بالكتابة" Proof in writing

لذا حين التدقيق والتمحيص في القانون المدني الجزائري نجد المشرع لا يميز بين التوقيع على المحرر العادي الورقي والتوقيع على المحرر الإلكتروني إلا في الوسيلة المستعملة، على اعتبار أن للكتابة الإلكترونية وللكتابة على الورق نفس الأثر في الإثبات، بشرط توافر الشروط القانونية التي تناولناها سلفا، ويتساوى أن تكون الورقة الإلكترونية رسمية أو غير رسمية، لأن المشرع فصل بين المحرر الإلكتروني والتوقيع الإلكتروني وجعلهما وسيلتين لإثبات التصرف Proof of action، على أن يقدم كحجة عند محاولة الإثبات حال كون المحرر الإلكتروني رسميا بحضور ضابط عمومي، وهذا بالنسبة للعقود الإلكترونية، أما بالنسبة للمعاملات الأخرى مثل الأعمال المصرفية، تكفي الوسيلة المستعملة في صنف التوقيع لإثبات التصرف Signature to prove the action.

كما أن غياب النصوص المنظمة للمعاملات الإلكترونية تعقد وتصعب العمل القضائي، فبدل أن يقتصر دور القاضي في تطبيق القانون، أصبح دوره يتمثل في تفسير وتحليل الوقائع طبقا لما هو متداول في عالم التكنولوجيات الحديثة.

أما بالنسبة للفقه الإسلامي، فإنه كما سبق الذكر والبيان أن المحررات الإلكترونية لها نفس القيمة القانونية والحجية للمحررات العادية، سواء بسواء، وبالتالي فإن ما يقع عليها من إمضاء وغيره يأخذ حكم المحرر، ما كان مضمونا مستوفيا لشروطه، وعليه:

اعتبر الفقهاء أن الإمضاء حجة في إثبات الشيء لصاحبه، سواء في المحررات الرسمية كوثائق القضاة والشرطة وغيرها، وكذا في المحررات العرفية، يقول ابن قدامة المقدسي في حجة التوقيع في الإثبات: "وإذا ارتفع إليه أي

¹ ينظر: ابن نجيم، البحر الرائق 492/2، وكذا: محمد مصطفى الزحيلي، وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية، 116/8-118، وكذا: ابن عابدين، رد المختار، 9/4.

² محمد الطاهر ابن عاشور، مقاصد الشريعة، تحقيق ودراسة: محمد الطاهر ميساوي، دار النفائس، عمان، 1999م، ص 466.

³ يوسف حامد العلم، المقاصد العامة للشريعة الإسلامية، الطبعة الأولى، الدار العالمية للكتاب الإسلامي، 1994م، ص 498.

القاضي - خصمان فذكر أحدهما أن حجته في ديوان الحكم، فأخرجها الحاكم من ديوانه فوجدها مكتوبة بخطه تحت ختمه، وفيها حكمه، فإن ذكر ذلك حكم به، وإن لم يذكره لم يحكم به"¹، وهو مذهب الجمهور².

كما قرّر بعض الفقهاء أن التعرف على الخط دلالة على نسبة المحرر لصاحبه، قال صاحب تبصرة الحكام: "ولو كتب ذلك في صحيفة أو في لوح أو خرقة لزمه إن شهد أنه خطه"³ كما أنّ الجمهور ذهب إلى أنّ المحرر المنسوب إلى صاحبه بأيّ طريق كان حجة ودليل من أدلة الإثبات المعتمدة⁴.

لذا فالإثبات في المعاملات واسع، وقد استقر الفقه الإسلامي على جواز الإثبات بكل مقدور عليه من وسائل تقنية لإثبات الحق لصاحبه.

خاتمة:

لقد تناولنا في هذه المداخل النظام القانوني للعقد الإلكتروني في التشريع الجزائري مقارنة بالفقه الإسلامي، حيث أبرزنا طبيعته القانونية والشرعية التي يتميز بها في بعض حيثياته عن العقود العادية التقليدية، ثم إنّ هذا العقد يختلف عن هاته الأخيرة ببعض الخصائص، وذلك من خلال الآلية التي يبرم بها عن طريق شبكة المعلوماتية، وهو عقد يمتاز بعدة خصائص، كونه عقدا يتم إجراؤه عن بعد، وأنّه يعقد بواسطة وسيلة إلكترونية.

نتائج:

- 1- العقد الإلكتروني عقد بين حاضرين من حيث الزمان وبين غائبين من حيث المكان، كما أن الإيجاب فيه يمتاز بالعمومية في أغلب الأحيان، وهو ما يسمى بالجلس الافتراضي، وقد أجازته الفقه الإسلامي، لتحقيقه لجملة من المصالح، لذا كانت القاعدة الفقهية: الخطاب كالكتاب.
- 2- الرضائية في العقود الإلكترونية يمكن أن تشوبها بعض عيوب الإرادة كالأهلية إن لم يتم التحقق من عمر المتعاقد، كما أن العقد يجب سلامته من عيوب الإرادة كالغلط والتدليس والاستغلال، وقد قرر فقهاء الشريعة أنّ هاته العيوب يمكن تلافيها ومقدور على تجاوزها تقنيا، وبالتالي فهي لا تؤثر على صحة العقد ما لم تُكرّر على أصل العقد وجوهره بضرر يقيني وغبن فاحش على الأطراف.
- 3- يعتبر التوقيع وسيلة للإثبات في العقد الإلكتروني من الناحية القانونية، وقد نصّتها القانون المدني بموجب نص المادة 327 من القانون المدني، فهي حجة قانونية، وقد وافقهم في ذلك الفقه الإسلامي وأقرّ التوقيع الإلكتروني حجة يجوز الإثبات بها، لأن مجال الإثبات واسع في المعاملات، وقد نصّ على ذلك فقهاؤنا رحمة الله عليهم.
- 4- يعتبر الإذعان مشكلة حقيقة ما كان في جوهر العقد، ولم يرض به أحد المتعاقدين، ولذلك فإنه لا ينبغي التمسك بشرط الاحتكار في العقد الإلكتروني حتى لا يوصف بأنه عقد إذعان فاسد؛ لضرورة حماية المتعاقد الضعيف، بالتالي فإنّ العقد الإلكتروني لا يحتوي بعد تحليله على شروط إذعان ملجئة للطرف الآخر، ومفسدة لطبيعة

¹ محمد بن أبي بكر ابن القيم، الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، تحقيق محمد حامد الفقي، دار الوطن، الرياض، السعودية، ص: 191.

² ابن قدامة، المغني، مرجع سابق، 29/14، وكذا: منصور بن يوسف البهوتي، كشاف القناع عن متن الإقناع، مطبعة أنصار السنة المحمدية، 2/6.

³ إبراهيم بن محمد ابن فرحون، تبصرة الحكام في أصول الأقضية والأحكام، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان ط1، 57/2.

⁴ ابن القيم، الطرق الحكمية، مرجع سابق، ص 175.

العقد، كما أنّ فقهاء الشريعة كَيّفوا العقود الالكترونية أنّها عقود معاطاة، وقد جرى بها العمل واعتادها الناس، كما ذهب إلى ذلك الجمهور، ولتوافر الرضائية بينهما.

قائمة المراجع

- ابن منظور ا. (2000). لسان العرب. بيروت: دار صادر.
- أبو الحسن مجاهد أ. (2004). خصوصية التعاقد عبر الإنترنت. قُدّم في القانون والكمبيوتر والانترنت، جامعة الإمارات العربية المتحدة.
- الزاوي ا. (2009). ترتيب القاموس المحيط. مصر: دار النهضة العربية.
- الفيومي أ. (1992). المصباح المنير في غريب الشرح الكبير. مصر: دار الكتب العلمية.
- الزرقا أ. م. (1998). المدخل الفقهي العام (1 ط). دمشق: دار القلم.
- البعلي ع. ا. (1981). ضوابط العقود دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي موازنة بالقانون الوضعي. مصر: مكتبة وهبة.
- الخصاص أ. ب. (2000). أحكام القرآن. لبنان : مؤسسة الرسالة ناشرون.
- الزحيلي و. (1997). نظرية الضرورة الشرعية مقارنة مع القانون الوضعي (4 ط). دمشق: دار الفكر.
- ابن القيم م. (2002). الطرق الحكمية في السياسة الشرعية. الرياض: دار الوطن.
- القرطبي م. (1997). الجامع لأحكام القرآن. لبنان: دار الكتب العلمية.
- ابن عاشور م. ا. . (1999). مقاصد الشريعة. عمان: دار النفائس.
- ناصيف إ. (2008). العقود الدولية العقد الإلكتروني في القانون المقارن (3 ط). لبنان: منشورات الحلبي الحقوقية.
- ابن عابدين م. (2003). حاشية رد المحتار على الدر المختار. الرياض: دار عالم الكتب.
- سمير ب. (2006). العقد في التجارة الدولية الإلكترونية. قُدّم في عقود التجارة الدولية، القاهرة.
- عماد الدين توكل ف. م. (2010). عقد التجارة الالكترونية. لبنان : منشورات الحلبي الحقوقية.
- أحمد سليمان إ. م. (2006). الجوانب القانونية لعقد التجارة الإلكترونية (أطروحة دكتوراة). جامعة المنصورة، مصر.
- مجاهد أ. أ. ا. (2002). التعاقد عبر الانترنت. القاهرة: دار الكتب القانونية.
- ابن فرحون إ. . (1981). تبصرة الحكام في أصول الأقضية والأحكام. لبنان: دار الكتب العلمية.
- دودين ب. م. (2008). الإطار القانوني للعقد المبرم عبر شبكة الإنترنت. الأردن : دار الثقافة.
- بن سعيد ل. (2012). النظام القانوني لعقود التجارة الالكترونية. الجزائر: دار هومة.
- العلم ي. ح. (1994). المقاصد العامة للشريعة. مصر: الدار العالمية.
- السنهوري ع. ا. (2002). الوسيط في شرح القانون المدني. دمشق: دار القلم.
- التهامي س. ع. ا. (2008). التعاقد عبر الإنترنت. مصر: دار الكتب القانونية.
- حجازي م. (2010). التعبير عن الإرادة عن طريق الإنترنت وإثبات التعاقد الإلكتروني. مصر: دار الفكر الجامعي.
- عبيدات م. ل. (2000). إثبات المحرر الإلكتروني. الأردن : دار الثقافة.
- عبد الرحمان م. ش. (2006). عقود الاذعان. القاهرة: دار النهضة العربية.

- أحمد محمود س. (1995). نحو ارساء نظام قانوني لعقد المشورة المعلوماتية، المعالجة الآلية للبيانات بواسطة الحاسب الآلي (1 ط). مصر: دار النهضة العربية.
- الدسوقي م. (2000). حاشية الدسوقي على الشرح الكبير لمختصر خليل. بيروت: دار المعرفة.
- التركماني ع. (1981). ضوابط العقد في الفقه الاسلامي (1 ط). السعودية: دار المطبوعات الحديثة.