جامعة الدكتور مولاي الطاهر

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق

القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية

مذكرة نيل شهادة الماستر في الحقوق

تخصص : قانون أعمال

إعداد الطالب :

لعصامي نسيم

لجنة المناقشة:

د . بن فاطمة بوبكر :	أستاذ محاضر أ جامعة الدكتور مولاي الطاهر– سعيدة	رئيسا
د . بخدة سفيان :	أستاذ محاضر أ جامعة الدكتور مولاي الطاهر – سعيدة	مشرفا ومقررا
د . وقاص ناصر :	أستاذ محاضر أ جامعة الدكتور مولاي الطاهر – سعيدة	عضوا مناقشا

السنة الجامعية 2020/2019

إهداء

أهدي ثمرة جهدي إلى من حملتني وهنا على وهن والدتي و إلى من أشد بهم أزري إخوتي وأخواتي وجميع أفراد أسرتي ، إلى كل أساتذتي في كلية الحقوق والعلوم السياسية و إلى جميع زملائي في الدفعة.

نسيم

كلمة شكر

يسرني أن أتقدم بجزيل الشكرة والعرفان إلى اللجنة الموقرة التي قبلت مناقشة هذا البحث المتواضع

كما أتقدم بالشكر الجزيل إلى الذي، شجعني ووقف وراء هذا العمل المتواضع بمجهوداته ونصائحه القيمة التي أنارت طريقي وقومت مساري إلى رمز العلم، العمل و الإلتزام أستاذي المشرف الدكتور " سفيان بخدة "

نسيم

قائمة أهم المختصرات :

ص: صفحة.

ق.م.ج : القانون المدني الجزائري.

ج.ر : الجريدة الرسمية.

WIPO: World Intellectual Property Organization.

Ucc : uniform commercial code.

مقدمة

مقدمة :

أدى التطور التكنولوجي المذهل في مجال تقنية الإتصالات والمعلومات، الذي نعيشه اليوم، إلى ظهور نوع جديد من التعاملات لم تكن معروفة من قبل، حيث أمكن استغلال وسائل تقنية الإتصالات والمعلومات المختلفة وفي مقدمتها شبكة المعلومات العالمية (الأنترنيت) في إبرام العقود، فهناك مئات الآلاف من المعاملات والعقود التي تبرم يوميا من خلال شبكة الأنترنيت، وتعتبر هذه العقود الإلكترونية المبرمة عبر الشبكة جزء من هذه التجارة المسماة بالتجارة الإلكترونية[1].

وقد نمت التجارة الإلكترونية نموا هائلا انعكس على حجم المبادلات التجارية التي تتم من خلالها حيث تجاوزت مليارات الدولارات وذلك في فترة قصيرة نسبيا، فأصبحت التجارة الإلكترونية السمة البارزة لتجارة العصر، وأصبحت شبكة الأنترنيت مركزا تجاريا يتسع لجميع سكان الأرض حيث يتم من خلالها تبادل السلع والخدمات وعرض المنتجات للبيع من خلال ما يعرف بالمتاجر الإفتراضية التي احتلت مواقعها صفحات الويب (WEB) ، وهذا النوع من التجارة وفر الوقت والجهد وقلل من المصاريف والنفقات ، حيث أن المتجر الإفتراضي على الشبكة يقوم بعمل يغني عن اللجوء إلى فتح متجر تقليدي يحتاج إلى تكاليف باهضة، وفي الجهة المقابلة فإن المستهلك يستطيع أن يطلب السلعة التي يريدها دون أن يبرح مكانه، وفي أي وقت وعلى مدار الساعة، وبثمن أقل في الكثير من الأحيان من تلك التي تباع في المتاجر التقليدية، ومن أجل توفير الحماية لهذا المستهلك فقد نصت غالبية قوانين التجارة الإلكترونية على إعطائه الحق في ارجاع السلعة خلال فترة زمنية معينة من تاريخ استلامها أو من تاريخ إبرام العقد.

ونتيجة للزيادة المضطردة في معاملات التجارة الإلكترونية والتي أدت إلى زيادة كبيرة في العقود الإلكترونية المبرمة، أصبحت هذه التجارة واقعا عمليا فرض نفسه على المستوى الوطني والدولي، مما أدى إلى قيام لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي (الأونسيترال) إلى اعتماد قانون الأونسيترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية في عام 1996م[2]، كقانون استرشادي يمكن

---

[1] خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، (دراسة مقارنة)، الطبعة الثانية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية،ص 12.

[2] صدر هذا القانون في 12 جوان 1996 عن لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي, وتم إقراره بناءا على التوصية الصادرة عن الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم 51-662 في 16 ديسمبر 1996, ويتكون من 17 مادة قابلة للزيادة في المستقبل وقسمت المواد إلى بابين, الباب الأول يعالج موضوع التجارة الإلكترونية بصفة عامة في المواد 01 إلى 09, أما الباب الثاني فيتكون من فصل واحد متعلق بعقود نقل البضائع والمستندات في المادتين 16 و 17 منه, للإطلاع على القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية والملاحق المفسرة له, راجع الموقع : www.uncitral.org

الإستفادة منه عندما تصدر الدول تشريعاتها الوطنية الخاصة بالتجارة الإلكترونية ونتيجة لتعاظم التعاقد الإلكتروني على المستوى الوطني فإن هذا الأمر خلق الحاجة لسن تشريعات وطنية خاصة بالمعاملات الإلكترونية، وذلك لظهور الكثير من التحديات القانونية حول العقد الإلكتروني، مما دفع غالبية الدول العربية إلى إصدار قوانين المعاملات الإلكترونية لمواجهة هذه التحديات.

ومن بين هذه التحديات التي فرضها هذا التطور هو إحداث تقنيات جديدة للتعاقد، وهي تقنية التعاقد عن بعد أو التعاقد عبر شبكة الأنترنيت التي زادت في تسهيل عمليات الإتصال بين الأفراد وأتاحت لهم إمكانية التعرف على مايجري في العالم الخارجي.

بظهور الأنترنيت والعقود المبرمة في بيئتها ستظهر بطبيعة الحال نزاعات قانونية غير معروفة من قبل، تخص انعقاد العقود، تنفيذها، تفسيرها وإثباتها، مما يثير مشكلة معرفة القانون الواجب التطبيق على هذه العقود المبرمة بين غائبين مكانا في عالم إفتراضي لا يعترف بالحدود الجغرافية، مما يصعب على قواعد الإسناد في القانون الدولي الخاص إخضاع العالقة القانونية إلى أحكام قانون دولة معينة، وهذا راجع إلى اختلاف البيئة التي تطورت فيها قواعد الإسناد وبيئة التقدم التكنولوجي كوسيلة للإتصال، كما أنه إذا تم التوصل إلى تحدبد الجهة المختصة بالنظر في النزاع، فإن لجوء الأطراف إليها يثقل كاهلهم من خلال تحمل عبء التنقل والإقامة والمصاريف الناجمة عنها، كما يمكن أن يكون القانون الواجب التطبيق لا يعترف يهذا النوع من العقود، الأمر الذي ينجر عنه ضياع حقوق الأطراف.

كل هذا أدى بالمهتمين بالموضوع إلى ايجاد سبيل جديد وبديل عن القضاء لفض نزاعات عقود التجارة الإلكترونية من خلال استخدام وسائل تماثل تلك التي تم إبرام العقود بها، بالتالي فض النزاعات يكون عبر الشبكة العنكبوتية دون الحاجة إلى تواجد الأطراف في مكان واحد وذلك عن طريق تزاوج الوسائل البديلة لتسوية النزاعات مع وسائل تكنولوجيا المعلومات لتتطور إلى وسائل جديدة تسمى الوسائل الإلكترونية لحل منازعات عقود التجارة الإلكترونية[1]، وهي الفكرة التي لقت رواجا كبيرا في مجال تسوية المنازعات الناشئة عن عقود التجارة الإلكترونية، كون الآليات البديلة لحل المنازعات هي ذاتها المستخدمة لحل منازعات عقود التجارة الإلكترونية.

[1] آلاء يعقوب النعيمي, الإطار القانوني لإتفاق التحكيم الإلكتروني, مقال منشور في مجلة الشارقة للعلوم الشرعية والقانونية, المجلد 6 العدد 2, 2009, ص969.

أهمية الموضوع :

تبرز أهمية الموضوع من خلال الكم المتنامي للخلافات الناشئة عن عقود التجارة الإلكترونية، واعتبار القانون الواجب التطبيق وآليات تسوية المنازعات التي تخدم طموحات المتنازعين من خلال الخروج في أسرع وقت وبأقل تكلفة من النزاع بحل ودي ينمي تجارتهم، ويعزز مستقبلهم، دون انقطاع الرابطة التجارية بينهم، لما فيها من ربح للوقت، ذلك أن في عالم التجارة الوقت هو المال، والسرعة هي عنصر أساسي، فالعدالة البطيئة هو نوع من الظلم، والعدالة التي يتسم بها القضاء تسيء بدرجة كبيرة إلى سمعتهم التجارية.

دوافع اختيار الموضوع :

يعود سبب اختيار هذا الموضوع أن الطبيعة الخاصة لعقود التجارة الإلكترونية أثارت العديد من المشكلات القانونية غير المسبوقة، على رأسها كيفية التوصل إلى القانون الواجب التطبيق لتسوية المنازعات الناتجة عن العقود المبرمة في هذا العالم الإفتراضي الجديد، وهذا نتيجة عدم وجود قانون أو تشريع موضوعي خاص ينظم مثل هذا النوع من العقود المستحدثة من جهة، ومن جهة ثانية عدم صلاحية قواعد التنازع التقليدية لمواجهة هذا الفراغ التشريعي نتيجة تعذر إعمال ضوابطها المكانية أو الشخصية على عقود تتم في الأصل في فضاء غير محسوس.

الهدف من اختيار هذا الموضوع :

الهدف من الدراسة هو التعرف على المشكلات الناجمة عن تطبيق قواعد التنازع التقليدية على عقود التجارة الإلكترونية، ثم عرض الحلول والبدائل القانونية المقترحة والمقررة لفض النزاعات من أجل الوصول إلى نظام قانوني متكامل، وملائم لتسوية مثل هذه النزاعات بنفس التقنية التي تم انعقادها بها، ويحقق السرية والإئتمان والحسم السريع للقضايا، ويحافظ على حقوق المتنازعين وفق ما تتطلب الطبيعة التجارية لهذه العقود، ويكون مقننا في قوانين الدولة الجزائرية التي تعرف تأخرا كبيرا في مجال العقود الإلكترونية مقارنة بالتشريعات العربية مثل تونس والأردن.

المشكلة البحثية :

إن الإشكالية الرئيسية للبحث تتمثل في الإجابة على التساءل التالي :

- إلى أي مدى سايرت التشريعات التقليدية في تنظيم العقود المبرمة على شبكة الإتصالات ؟.

- وهل الأمر يتطلب تشريع جديد وخاص يختلف عن النصوص القانونية التقليدية والذي يحكم هذا النوع من المعاملات الإلكترونية؟.

وتندرج ضمن هذه الإشكالية أسئلة فرعية وهي :

كيف يتم حل المنازعات الإلكترونية ؟ وما هي آليات تسويتها ؟.

و ماهي شروط صحة التراضي في عقد التجارة الإلكترونية ؟.

الخطة البحثية :

للإجابة على الإشكالية، قمنا بتقسيم هذا الموضوع إلى فصلين رئيسيين، سبقهما مبحث تمهيدي حيث نتناول فيه ماهية العقد الإلكتروني باختصار، فيما سنتناول في الفصل الأول انعقاد العقد الإلكتروني وإثباته والذي قسمناه إلى ثلاث مباحث، خصصنا الأول لكيفية إبرام العقد الإلكتروني في حين يتناول المبحث الثاني تنفيذ العقد الإلكتروني، أما المبحث الثالث يتطرق إلى طرق إثبات العقد الإلكتروني.

أما الفصل الثاني فقد فضلنا تخصيصه إلى القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية في المبحث الأول، أما المبحث الثاني سنعالج فيه الوسائل الإلكترونية البديلة لفض النزاعات الإلكترونية.

صعوبات البحث :

واجهتنا عدة صعوبات أثناء إجراء هذه الدراسة من بينها قلة الأبحاث، والمراجع باللغة العربية، حيث أنه رغم وجود بعض الدراسات التي عالجت موضوع التجارة الإلكترونية إلا أنها كانت في الغالب مكررة لما سبق تناوله، ولم تتعرض للمستجدات الحاصلة في مجال التنظيم القانوني للتجارة الإلكترونية، إضافة إلى حداثة الموضوع نوع ما خاصة في بلادنا، ومن أبرز الصعوبات التي تلقيناها صعوبة التنقل نتيجة للحجر الصحي الذي فرضته علينا وباء كورونا المستجد (COVID19).

المنهج المتبع :

قد عمدنا في دراستنا اتباع المنهج التحليلي المقارن، وذلك بتحليل المعلومات المنتقاة من مراجع مختلفة، لنقوم بتحليلها سعيا منا ايجاد حلولا لمشكلة البحث والوصول إلى الهدف المرجو منه، مع اتباع المنهج المقارن عند المقارنة بين مختلف القواعد القانونية التي تحكم البلدان والمنظمات الدولية.

مبحث تمهيدي : ماهية التجارة الإلكترونية

إن عملية شراء وبيع عدد كبير من الأشياء وخاصة بين البلدان هي ما يعرف بالتجارة، فهي مفهوم اقتصادي أساسي يشمل شراء وبيع السلع والخدمات، مع تعويض يدفعه المشتري إلى البائع، أو تبادل السلع أو الخدمات بين الأطراف، ويمكن أن تتم التجارة بين المنتجين والمستهلكين، حيث تسمح التجارة الدولية للبلدان بتوسيع الأسواق للسلع والخدمات التي ربما لم تكن متاحة لها، ويسمى النظام أو الشبكة التي تسمح بالتداول بالسوق، وتتنوع أشكال التجارة فقد تتم عن طريق المقايضة التي تنطوي على تداول الأشياء دون استخدام المال، أو التبادل المباشر للسلع والخدمات الأخرى، ومع التطورات التكنولوجية كان لا بد للتجار من معرفة ما هي التجارة الإلكترونية وكيفية استخدامها. لهذا سنقسم هذا المبحث إلى مطلبين سنتناول في المطلب الأول التجارة الإلكترونية بينما سنتطرق في المطلب الثاني إلى العقد الإلكتروني والعقود الأخرى.

المطلب الأول : التجارة الإلكترونية

في هذا العصر الرقمي الذي تنتشر فيه الإنترنت انتشاراً هائلاً، شاع مفهوم التجارة الإلكترونية التي تتيح العديد من المزايا، فبالنسبة لرجال الأعمال، أصبح من الممكن تجنب مشقة السفر للقاء شركائهم وعملائهم، وأصبح بمقدورهم الحد من الوقت والمال للترويج لبضائعهم وعرضها في الأسواق. أما بالنسبة للزبائن فليس عليهم التنقل كثيراً للحصول على ما يريدونه، أو الوقوف في طابور طويل، أو حتى استخدام النقود التقليدية، إذ يكفي اقتناء جهاز كمبيوتر، وبرنامج مستعرض للإنترنت، واشتراك بالإنترنت.

الفرع الأول : تعريف التجارة الإلكترونية

ظهرت التجارة الإلكترونية منذ ثلاثة عقود مضت ثم تطور مفهومها خلال الربع الأخير من القرن الماضي بتطور الأجهزة الإلكترونية ، حيث تخدم مصالح المستهلك و رغباته.

و منه تقدمت الصناعة ووسائل الإتصال – سواء المسموعة منها أو المرئية – مما جعل العالم مجموعة من الدول و الشعوب القريبة رغم البعد المكاني بينها ، و يتسنى لها أن تطلع على كل المنتجات و الإختراعات الحديثة في كل دول العالم عن طريق وسائل الإعلام من خلال الإعلانات التي تقدمها[1] .

[1] د/عماد الحداد، التجارة الإلكترونية، إعداد اللجنة العلمية للتأليف والنشر والتحرير، دار الفاروق للنشر والتوزيع– الطبعة الأولى، 2004 ، ص3.

و هناك الكثير ممن يختلط عليهم معنى التجارة الإلكترونية ، حيث يضنون أنها التجارة في الأجهزة الإلكترونية و توابعها ، لكن ليس هذا هو المقصود من التجارة الإلكترونية بل هي تجارة كتلك التجارة المعروفة ، أي المعاملات التي تتم بين المتعاملين التجاريين ، لكن الفرق هو أننا في التجارة الإلكترونية نقوم باستخدام أجهزة ووسائل الإلكترونية مثل الأنترنت ، الفاكس و التلكس[1] لقد وردت في موضوع التجارة الإلكترونية عدة تعريفات ، و الحقيقة أنه ليس هناك تعريفا محددا لها حتى الآن بسبب تعدد الجهات التي أوردت هذه التعريفات.

أولا : التعريفات المختلفة للتجارة الإلكترونية

1- أنها أداء العملية التجارية بين الشركاء التجاريين باستخدام تكنولوجيا معلومات متطورة .

2- أنها مجموعة من المعاملات الرقمية المرتبطة بأنشطة تجارية بين المشروعات ببعضها البعض ، و بين المشروعات و الأفراد و بين المشروعات و الإدارة[2].

3- هو كل شكل من أشكال الإتصال ، يستهدف تسويق بصورة مباشرة أو غير مباشرة بضائع أو خدمات أو صورة مشروع أو منظمة أو شخص يباشر نشاط تجاري أو صناعي أو حرفي أو يقوم بمهنة منظمة.

4- هي عملية البيع و الشراء عبر الشبكات الإلكترونية ، على المستويين السلعي و الخدمي بجانب المعلومات و برامج إلكترونية و أنشطة أخرى تساعد على الممارسات التجارية.

5- هي تلك التجارة التي تشتمل على أنواع ثلاثة مختلفة من الصفقات ، هي تقديم خدمات الأنترنت و التسليم الإلكتروني للخدمات أي تسليم صفقات المنتجات الخدمية للمستهلك في شكل معلومات رقمية و إستخدام الأنترنت كقناة لتوزيع الخدمات و عن طريقها يتم شراء سلع عبر الشبكة ، لكن يتم تسليمها بعد ذلك للمستهلك في شكل غير إلكتروني .

6- هي عبارة عن بنية أساسية تكنولوجية تهدف إلى ضغط سلسة الوسطاء ، إستجابة لطلبات السوق و أداء الأعمال في الوقت المناسب .

من خلال إطلاعنا على مختلف التعاريف السابقة نخلص إلى تعريف شامل يجمع بينها و هو على النحو التالي :

هي نشاط تجاري يتم بفضل اجراءات تكنولوجية متقدمة، متعلق بتنفيذ كل ما يتصل بعمليات شراء و بيع البضائع و الخدمات و المعلومات ، عن طريق بيانات و معلومات تنساب عبر

[1] د/عماد الحداد، مرجع سابق ، ص3.

[2] د/مدحت رمضان، الحماية الجنائية للتجارة الإلكترونية- (دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية، القاهرة ،2001، ص12.

شبكات الإتصال و الشبكات التجارية العالمية الأخرى ، منها شبكة الأنترنت التي تعدت حدود الدول و حولت الركائز الورقية المستخدمة في المعاملات التجارية كالفواتير و العقود و قبض الثمن إلى ركائز الكترونية تتم كلها عبر الجهاز الآلي ، الذي يتقابل بواسطته كل من البائع و المشتري و المنتج و المستهلك لتحقيق معاملاته التجارية رغم بعد المسافات و اختلاف الحدود الجغرافية ، حيث يتوقع لها البعض أن يتوسع نطاقها و تصبح الوسيط المطلق و المسيطر الشامل ، حيث تكون كل المعروضات للبيع في العالم بأسره متاحة للمشتري في أي منطقة من العالم ليتفحصها و يقارنها بأخرى و حتى يجري عليها تعديلات إن أراد .

و قد انتشرت في السنوات القليلة الماضية في دول أوربا و الولايات المتحدة الأمريكية عبر الشبكة العالمية، حيث شوهد نمو متزايد في حجم التجارة الدولية الإلكترونية و زيادة نسب المعاملات ، مما حقق نموا إقتصاديا في هذه الدول.

ثانيا : التجارة الإلكترونية في الجزائر

كانت التجارة الإلكترونية موجودة في الجزائر بالموازاة مع التجارة العادية و دليل ذلك وجود العديد من المواقع الإلكترونية المتخصصة في التسويق الالكتروني إلا أنها كانت قبل صدور قانون التجارة الإلكترونية الجزائري رقم 05/18 تفتقد للتنظيم و التقنين و الذي تأخر في الصدور و رغم ذلك فإن لهذا الاخير دورا في تنظيم المعاملات التجارية الإلكترونية و ما تقوم عليه هذه الأخيرة من أسس حيث تضمن الباب الأول منه الأحكام العامة المنظمة لهذه التجارة و في مقدمتها التجارة الإلكترونية حيث جاء في المادة 6 من القانون رقم 05/18 " التجارة الإلكترونية النشاط الذي يقوم بموجبه مورد إلكتروني بإقتراح أو ضمان توفير سلع و خدمات عن بعد للمستهلك الإلكتروني ، عن طريق الإتصالات الإلكترونية[1] ".

و بالتالي و ضح المشرع الجزائري أطراف المعاملة التجارية الإلكترونية و وفر الإطار القانوني و الحماية اللازمة لأطرافها تماشيا مع مستحدثات ثورة المعلومات التي غيرت من طابع المعاملات التجارية الكلاسيكية ، وأوجدت ما يسمى بالمعاملات الإلكترونية ، و التي هي شكل من أشكال المعاملة ، و يمكن تعريف المعاملات الإلكترونية الحكومية على أنها" الإستخدام التكاملي الفعال لجميع تقنيات المعلومات و الإتصالات لتسهيل و تسريع التعاملات بدقة عالية داخل الجهات الحكومية و بينها و بين تلك التي تربطها بالأفراد ".

[1] القانون رقم 05/18 المؤرخ في 277 شعبان عام 1439 الموافق ل 10ماي سنة 2018 المتعلق بالتجارة الإلكترونية ، ج.ر.العدد 28،بتاريخ 20 شعبان 1430 الموافق ل16 ماي سنة 2018.

فالتعاملات قد تشمل كل الخدمات التي يقدمها المرفق العام عبر الشبكة العنكبوتية سواء ما تعلق بخدمات موجهة للأفراد أو وحدات الاعمال، وفي هذا الإطار بذلت الجزائر جهودا لأجل عصرنة المرافق العامة وتسهيل الإجراءات و الخدمات على المواطنين . حيث تبنت العديد من الإصلاحات نظرا للفوائد الكبيرة لهذه التقنية الرقمية على الإقتصاد الوطني .

هذا و قد كان لقطاع العدالة ووزارة الداخلية و الجماعات المحلية السبق في الإستفادة من التقنية الرقمية حيث كانا من بين القطاعات الأولى التي حضيت بحصة الأسد في مجال رقمنة الخدمات مقارنة بقطاعات أخرى كالتجارة مثلا[1] .

الفرع الثاني : ظهور التجارة الإلكترونية وأهميتها

سنحاول من خلال هذا الفرع بيان ظهور التجارة الإلكترونية ومدى أهميتها .

أولا : ظهور التجارة الإلكترونية

يعتقد أغلبية المتعاملين بالتجارة الإلكترونية أن هذا النوع من النشاط تمخض عن عقد التسعينات من القرن الحالي، وأن أول موقع للتجارة وجد على شبكة الأنترنيت في عام 1993، كان ذلك نتيجة التقدم الهائل والمتزايد في تكنولوجيا المعلومات والإتصالات، إلا أن منشأ التجارة الإلكترونية كان من وراء المحيط الأطلنطي بالولايات المتحدة الأمريكية، انتشرت بعد ذلك في جميع أنحاء العالم، وأصبحت التجارة الرائدة، كما ساعد على ظهورها أيضا اتجاه أصحاب رؤوس الأموال للإستثمار عبر الحاسوب كوسيلة بديلة للإستثمار التقليدي، وكذا دخول مقدمي الخدمات في خضم ممارسة هذا النشاط، بحيث أنهم لا يحتاجون لممارسة نشاطهم التجاري وعرض منتجاتهم وخدماتهم إلى أرضية أو بنية تحتية، كالمخازن والمحلات التجارية وما يلحقها من خدمات، مرافق وعمال، كما أنهم لا يحتاجون إلى الدخول في مشاكل إجراءات التخزين والتصدير ونقل البضائع وتسليمها للعميل.

قد ساعد في انتشار التجارة الإلكترونية عالميا، سهولة العملية ومرونتها في نقل المعلومات وعرض المنتجات وانجاز الصفقات، كما أنها أعطت للتجار المبتدئين ولصغار رجال الأعمال

[1] موساوي رشيدة ، دراجي المكي ، دور الادارة الإلكترونية في تطوير الخدمة العمومية و المرفق العام في الجزائر, دراسة لنموذجين قطاعيين العدالة و الداخلية و الجماعات المحلية ، مجلة العلوم القانونية والسياسية، المجلد التاسع العدد الاول ، سنة 2017.

الفرصة الذهبية لبروز وتحقيق طموحاتهم، حيث لم يعد ممارسة بعض أوجه النشاطات التجارية حكرا على الشركات الكبرى، فالأمر لا يستدعي سوى وجود جهاز حاسوب ومن ثم تنظيم موقع افتراضي عليه وتسويقه ومن ثم عرض المنتجات أو الخدمات، مع ذلك فإن الواقع يدلنا على أن بعض التجارب العملية للخدمة على الصعيد الإقليمي أو المحلي قد صادفت وحققت النجاح والإزدهار، من ضمن هذه التجارب التجربة الهندية، الماليزية والتجربة الإماراتية ممثلة بإطلاق مدينة دبي للأنترنيت، والتي غدت مؤخرا مثالا ونموذجا يحتذى به، حيث يوجد حاليا أكثر من 100 منطقة حرة منتشرة في بلدان العالم تمارس داخلها التجارة الإلكترونية وهو ما يدل على مدى اهتمام العالم بهذا النوع الجديد من النشاط التجاري.

ثانيا : أهمية التجارة الإلكترونية

1- فوائدها للأفراد : أتاحت الفرصة أمام الكثير من الأفراد للعمل من منازلهم ومكنتهم من عمل المشاريع التجارية وتطويرها دون وجود رأس مال لتدر عليهم أرباحاً هائلة وبالعملة الصعبة. فتحت الأبواب أمام عمل ربات البيوت وذوي الإحتياجات الخاصة والمتقاعدين للعمل في هذا المجال من منازلهم، الأمر الذي جعل لهم دوراً هاماً في عملية التنمية. مكنت جميع الأفراد من إتمام جميع معاملاتهم التجارية خلال فترة زمنية قصيرة جداً، خلال أي وقت في اليوم ومن أي مكان على سطح الأرض. إرسال البضائع بسهولة وسرعة فائقة[1]، خاصةً في حال المنتجات الإلكترونية. السماح للأفراد بتبادل الآراء والخبرات بشأن الخدمات والمنتجات عن طريق مجتمعات إلكترونية على الإنترنت.

2 - فوائدها للشركات والمؤسسات التجارية : مكنت التجارة الإلكترونية من توسيع السوق حتى يصل إلى نطاق دولي وعالمي. عملت على تخفيض تكاليف انشاء ومعالجة وتوزيع وحفظ واسترجاع المعلومات الإلكترونية. مكنت التجارة الإلكترونية الشركات من تصنيع منتجاتها وفقاً لما يرغبه المشتري، الأمر الذي يجعل لتلك الشركة الأفضلية بين الشركات الأخرى. قللت التجارة الإلكترونية من الوقت الفاصل بين دفع المال والحصول على المنتجات والخدمات[2].

3- فوائدها للمجتمع : تسمح التجارة الإلكترونية من اتمام العمل من المنزل، وهذا ما يقلل الازدحام وخاصةً الازدحام المروري والتلوث الناجم عنه. من الممكن إيجاد بضائع من خلال

---

[1] الجنبيهي، منير وممدوح محمد، الطبعة القانونية للعقد الإلكتروني، الطبعة الأولى، الإسكندرية، دار الفكر الجامعي، دون سنة نشر، ص178.

[2] نادر جمال، أساسيات ومفاهيم التجارة الإلكترونية، الطبعة الأولى، الأردن، دار الإسراء للنشر والتوزيع، 2005، ص34.

التجارة الإلكترونية ذات أسعار زهيدة، الأمر الذي مكن ذوي الدخل المحدود من شرائها. مكنت هذه التجارة الناس القاطنين في دول العالم الثالث من الحصول على منتجات وبضائع لا تتوفر في بلدانهم.

الفرع الثالث: خصائص التجارة الإلكترونية وسماتها

سنتطرق من خلال هذا الفرع إلى خصائص التجارة الإلكترونية وبيان ميزاتها ومساوئها.

أولا: خصائص التجارة الإلكترونية

هناك العديد من الخصائص التي تميز التجارة الإلكترونية عن التجارة التقليدية، وتتلخص بالآتي:

1 – عدم وجود علاقة مباشرة بين أطراف الصفقة: حيث يتم الجلوس في مكان معين خلال إبرام الصفقات التجارية في التجارة التقليدية والاتفاق على جميع الشروط وقد يتم الأمر خلال عدة جلسات ما قد يؤدي إلى أخذ الصفقة وقتاً طويلاً من أجل إتمامها، أما في التجارة الإلكترونية فتتم جميع التعاملات والاتفاقيات عبر جهاز الحاسوب المتصل بشبكة الإنترنت، حيث تتم جميع هذه الخطوات بسهولة وسرعة[1].

2 – وجود وسيط إلكتروني: يحتاج كلا الطرفين لإتمام صفقة تجارية إلكترونياً إلى الاتصال بشبكة الإنترنت ووجود بعض البرامج التي تناسب هذا الغرض ما دفع شركة مايكروسوفت وشركات أخرى إلى تصميم بعض البرامج التي يتم استخدامها في مجال المحاسبة والتسويق من أجل تسريع العمل وتسهيله على الشركات والأفراد أيضاً.

3 – سرعة إتمام المهام المطلوبة: وذلك بسبب استخدام الأجهزة الإلكترونية التي يتم من خلالها العمل بسرعة عكس العمل اليدوي الذي قد يأخذ وقتاً طويلاً.

4 – تحسين القدرة على التواصل بين أطراف الصفقة: فقد كان العديد من العملاء يعانون من عدم القدرة على الوصول إلى التجار كعدم وجود خدمة هاتف أو عدم وجوده في المتجر ما يجعله لا يستلم المكالمة، أو ضياع البريد المرسل، وهذه المشكلة تم حلها بسبب سرعة ودقة وصول الطلبات عبر رسائل الصفحة والبريد الإلكتروني وطرق الاتصال الحديثة.

---

[1] د/ايهاب السنباطي، الموسوعة القانونية للتجارة الإلكترونية، دار الجامعة الجديدة، سنة 2008، ص120.

5 – القدرة على تنسيق جهود مندوبي المبيعات: حيث يقضي مندوب المبيعات حوالي 75% من وقته في التنقل من مكان إلى آخر ما يجعل إنتاجه قليل مقارنة بطرق التسويق الأخرى، ولكن التجارة الإلكترونية جعلت الإنتاج أفضل بسبب استغلال الوقت بشكل كامل بالعمل وهو في مكانه دون الحاجة إلى التنقل.

ثانيا : سمات التجارة الإلكترونية .

1 – عدم وجود علاقة مباشرة بين طرفي العملية التجارية حيث يتم التلاقي بينهما من خلال شبكة الاتصالات (أي التعامل بين العملاء يكون عن بعد). وبالرغم من أن هذا النموذج ليس جديدا حيث شهدت التجارة الاستخدام المكثف لوسائل الاتصال مثل الهاتف والفاكس والمراسلات التجارية بجميع أنواعها، إلا أنه يمتاز بوجود درجة عالية من التفاعلية بغض النظر عن وجود طرفي التفاعل في الوقت نفسه على الشبكة، و هو يشبه إلى حد ما تبادل الفاكسات أو الخطابات مع الأخذ بعين الاعتبار عامل الزمن والسرعة في الاستجابة[1] .

2 – هذا النوع من التجارة يأمن إمكانية التفاعل مع مصادر متعددة في وقت واحد ، حيث يستطيع التاجر أي أحد اطرف التعامل الإلكتروني من إرسال رسالة إلكترونية إلى عدد لا نهائي بوقت واحد للمستقبلين الراغبين في ذلك ودون الحاجة لإعادة إرسالها في كل مرة. من هذه الميزة توفر شبكة الإنترنت إمكانية التفاعل الجماعي غير المحدود أي التفاعل المتوازي بين الأفراد والمجموعات. وهذه تعتبر ميزة جديدة غير مسبوق في أدوات التفاعل السابقة[2] مثل خاصية المؤتمر على الهاتف وهي الأقرب لخاصية التفاعل الجماعي حيث تسمح لعدد محدود من المشاركين.

أ) – إمكانية تنفيذ وإنجاز كل المعاملات التي تخص نشاط العملية التجارية بما فيها تسليم السلع الغير مادية على الشبكة (مثل البرامج والتصميم وغيرها...).

ب) – إمكانية التبادل الإلكتروني للبيانات والوثائق وهذا يحقق انسياب البيانات والمعلومات بين الجهات المشتركة في العملية التجارية دون تدخل بشري وبأقل تكلفة وأعلى كفاءة وذلك من خلال التأثير المباشر على أنظمة الحاسبات في الشركات الداخلة في عملية التعامل التجاري.

---

[1] بشار طلال أحمد مومني، مشكلات التعاقد عبر الأنترنيت، (دراسة مقارنة)، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، مصر، 2003، ص34.

[2] نادر جمال، مرجع سابق، ص13.

المطلب الثاني : العقود الإلكترونية والعقود الأخرى

يعد العقد الإلكتروني الشريان الحيوي للتجارة الإلكترونية لاسيما عندما يتم إبرامه عن طريق الإنترنت إذ يتم من خلاله ترويج وتبادل السلع والخدمات باستخدام وسائط إلكترونية[1]، غير أن هذا الوليد الجديد أفرز مشكلات قانونية جديدة في الواقع العملي أدى إلى عجز القواعد العامة و التقليدية لنظرية العقد عن مواكبة الوثبة السريعة التي أحدثها هذا النوع من التعامل. كما أن قراءة الأبعاد التقنية و القانونية لظاهرة التعاقد الإلكتروني أكدت إمكانية الاستغناء عن بعض الأدوات والمستلزمات المادية التي ترسخت في القواعد التقليدية، مما يتطلب إعادة النظر في المفاهيم ذات الطابع المادي و ضرورة سن نظام قانوني خاص لسد الفراغ التشريعي الناجم عن متطلبات تنظيم المعاملات الإلكترونية.

الفرع الأول : المقصود بالعقد الإلكتروني

سنحاول من خلال هذا الفرع بيان مختلف التعريفات الخاصة بالعقد الإلكتروني.

أولا : التعريف الفقهي للعقد الإلكتروني

أمام القصور التشريعي في تعريف العقد الالكتروني في القانون الجزائري فلقد أورد الفقه عدة تعريفات للعقد الالكتروني فمنهم من عرفه بالاعتماد على إحدى وسائل إبرامه معتبرا أن " العقد الالكتروني هو العقد الذي يتم إبرامه عبر الانترنيت " ، والملاحظ على هذا التعريف أنه حصر وسيلة إبرام العقد الالكتروني في شبكة الانترنيت متجاهلا الوسائل الأخرى لإبرامه مثل التيلكس و الفاكس[2] و المينيتل في فرنسا.

و يرى جانب من الفقه بأن العقد الالكتروني هو : "كل اتفاق يتلاقى فيه الإيجاب بالقبول على شبكة دولية مفتوحة للاتصال عن بعد ،وذلك بوسيلة مسموعة مرئية ،وذلك بفضل التفاعل بين الموجب و القابل ".

ويلاحظ إن هذا التعريف اشترط وسيلة مسموعة مرئية[3] لكي يعتبر العقد الكترونيا ،غير انه يمكن إبرام العقود الإلكترونية بدون استعمال الوسائل المسموعة أو المرئية مثل التعاقد عبر

---

[1] حمودي محمد ناصر، عقد البيع الدولي الإلكتروني المبرم عبر الأنترنيت، دار الثقافة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2012، ص107.

[2] مناني فراح، العقد الإلكتروني وسيلة اثبات حديثة في القانون المدني الجزائري، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، عين مليلة ، الجزائر، 2009، ص22.

3 أسامة أبو الحسن مجاهد، الوسيط في قانون المعاملات الإلكترونية، دار النهضة العربية، مصر، 2007، ص120.

البريد الالكتروني الذي يكون فيه التعبير عن الإرادة بواسطة الكتابة ومع ذلك يعتبر عقدا إلكترونيا ومن التعاريف ما يكتفي بأن يكون العقد مبرما ولو جزئيا بوسيلة الكترونية لاعتباره عقدا إلكترونيا ومنه القائل : "بأن العقد الإلكتروني هو الإتفاق الذي يتم انعقاده بوسيلة الكترونية كليا أو جزئيا أصالة أو نيابة " وهذا ما سلكه المشرع الأردني.

ومن التعاريف ما شمل جميع الوسائل الإلكترونية لكنه اشترط لكي يعتبر العقد الكترونيا أن تكتمل كافة عناصره عبر الوسيلة الإلكترونية حتى إتمامه معتبرا انه"كل عقد يتم عن بعد باستعمال وسيلة الكترونية وذلك حتى إتمام العقد "، وهو نفس الاتجاه الذي سارت عليه اللجنة التي شكلت في مصر لتنظيم التجارة الإلكترونية إذ عرفت عقود التجارة الإلكترونية ضبأنها:" تنفيذ بعض أو كل المعاملات التجارية في السلع والخدمات التي تتم بين مشروع تجاري وأخر أو بين مشروع ومستهلك وذلك بإستخدام

تكنولوجيا المعلومات و الاتصال" ولذا فإننا نؤيد الفقه القائل بأنه يجب التركيز في تعريف العقد الإلكتروني على خصوصيته التي تتمثل بصفة أساسية في الطريقة التي ينعقد بها من دون إغفال صفة هامة فيه باعتباره ينتمي إلى طائفة العقود التي تبرم عن بعد.

ولقد عرف جانب من الفقه الأمريكي العقد الإلكتروني بأنه " ذلك العقد الذي ينطوي على تبادل للرسائل بين البائع و المشتري والتي تكون قائمة على صيغ معدة سلفا ومعالجة الكترونيا وتنشأ إلتزامات تعاقدية[1]".

ثانيا : التعريف الوارد في المواثيق الدولية

نقتصر في هذه النقطة على التطرق إلى التعريف الذي جاء به القانون النموذجي للأمم المحتدة حول التجارة الإلكترونية، كونه أهم وثيقة دولية في هذا المجال، ثم التعريف الذي جاءت به المواثيق الأوروبية.

1- التعريف الوارد في القانون النموذجي للأمم المتحدة حول التجارة الإلكترونية:

اكتفى القانون النموذجي للأمم المتحدة حول التجارة الإلكترونية في المادة 2-2 بتعريف تبادل البيانات الإلكترونية حيث نصت بأنه" يراد بمصطلح تبادل البيانات الإلكترونية نقل المعلومات من حاسوب إلى حاسوب أخر بإستخدام معيار متفق عليه لتكوين المعلومات[2]"، ورأت اللجنة

---

[1] خالد ممدوح إبراهيم، مرجع سابق ,ص73.

[2] قرار رقم 51/162 المتضمن قانون اليونسيترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية للأمم المتحدة، الصادر عن الجمعية العامة لهيئة الأمم المتحدة في 1997/01/30.

المعدة لهذا القانون (لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي) بأن هذا التعريف ينصرف إلى كل استعمالات المعلومات الإلكترونية ،و يشمل بذلك إبرام العقود و أعمال التجارية المختلفة.
وعليه فإن العقد الالكتروني حسب هذا القانون هو العقد الذي يتم فيه التعبير عن الإرادة بين متعاقدين بإستخدام الوسائل المحددة في المادة 2-1، أو 2-2 من القانون النموذجي للأمم المتحدة[1] وهي:

- نقل المعطيات من كمبيوتر إلى كمبيوتر أخر.
- نقل الرسائل الإلكترونية بإستعمال قواعد عامة أو قواعد قياسية
- نقل بطريق إلكتروني لنصوص بإستخدام الأنترنت أو عن طريق استعمال تقنيات أخرى كالتلكس و الفاكس.

2- التعريف الوارد في الوثائق الأوروبية :

نصت المادة 2 من التوجيه الأوروبي رقم 97-07 في 20 ماي 1997 الصادر عن البرلمان الأوروبي المتعلق بالتعاقد عن بعد وحماية المستهلكين في هذا المجال يقصد بالتعاقد عن بعد:"كل عقد يتعلق بالبضائع أو الخدمات ابرم بين المورد والمستهلك في نطاق نظام بيع أو تقديم الخدمات عن بعد نظمه المورد الذي يستخدم لهذا العقد تقنية أو أكثر للاتصال عن بعد لإبرام العقد أو تنفيذه[2] ". وعرفت تقنية الإتصال عن بعد في نفس النص بأنها " كل وسيلة بدون وجود مادي ولحظي للمورد و للمستهلك يمكن أن تستخدم لإبرام العقد بين طرفيه" فهذا التوجيه فقد عرف العقود عن بعد التي تشمل في مفهومها العقود الإلكترونية.

3- تعريف العقد الإلكتروني في القانون الجزائري :

عرف المشرع الجزائري العقد الإلكتروني في المادة السادسة من الفقرة الثانية من القانون رقم 05/18 المتعلق بالتجارة الإلكترونية أن العقد بمفهوم القانون رقم 02/04 المؤرخ في 05 جمادى الأولى 1425 الموافق ل 23 جوان 2004 " هو العقد الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، ويتم ابرامه عن بعد، دون الحضور الفعلي والمتزامن لأطرافه باللجوء

[1] قرار رقم 51/162 المتضمن قانون اليونيسترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية للأمم المتحدة، مرجع سابق.

[2] التوجيه الأوروبي المتعلق بحماية المستهلك في العقود المبرمة عن بعد الصادر في 1997/05/20.

حصريا لتقنية الإتصال الإلكترونية[1]". وبالرجوع إلى نص المادة الثانية الفقرة الرابعة من القانون 02/04 ، نجدها تعرف العقد[2] أنه " كل اتفاق أو اتفاقية تهدف إلى بيع سلعة أو تأدية خدمة، حرر مسبقا من أحد أطراف الإتفاق مع إذعان الطرف الآخر بحيث لا يمكن لهذا الأخير إحداث تغير حقيقي فيه ...".

4- تعريف القوانين المقارنة للعقد الإلكتروني في بعض الدول العربية :

و قد عرفته المادة 2 من قانون المعاملات الإلكترونية الأردني "العقد الإلكتروني: هو اتفاق يتم انعقاده بوسائط إلكترونية كليا أو جزئيا"، وأضافت نفس المادة إلى ذلك تعريفا خاصا للوسائل الإلكترونية التي يبرم بواسطتها العقد على أنها: "أية تقنية لاستخدام وسائل كهربائية أو مغناطيسية أو ضوئية أو أية وسائل مشابهة في تبادل المعلومات وتخزينها".

فالمشرع الأردني لم يكتف بتعريف العقد الإلكتروني و إنما عرف إلى جانب ذلك الوسيلة التي يبرم بها معتبرا انه يكفي أن تتم مرحلة واحدة من مراحل إبرام العقد بالطريق الإلكتروني،ليعتبر العقد برمته إلكترونيا، كما جاء تعريفه للوسيلة الإلكترونية مفتوحا على ما ستسفر عليه تطورات التقنية مستقبلا ،وفي السياق نفسه عرف قانون المعاملات والمبادلات التونسي للمبادلات الإلكترونية على أنها " المبادلات التي تتم بإستعمال الوثائق الإلكترونية " وعرف التجارة الإلكترونية بأنها:"العمليات التجارية التي تتم عبر المبادلات الإلكترونية".

من خلال هذين التعريفين يتضح أن المبادلات الإلكترونية التي تعني مبادلة سلعة بمال أو خدمة بمال لابد وان تتم عن طريق وسيط إلكتروني، أو وثيقة إلكترونية وبالتالي يخرج من نطاقها الوثائق المكتوبة كالعقود وإقرارات الإستلام و الفواتير وغيرها،فكل هذه الأمور تتم بطريقة الكترونية حيث يتفاوض المتعاقدان ويصدر القبول و الإيجاب اللازمين لإبرام العقد ويتم الاتفاق على الشروط التفصيلية لتنفيذه وذلك بوسيلة إلكترونية أيا كانت هذه الوسيلة.

---

[1] قانون رقم 05/18 المؤرخ في 27 شعبان 1439 الموافق 2018/05/10 يتعلق بالتجارة الإلكترونية،ج، ر، عدد 28، الصادر في 2018/05/16، عرفها على أنها " النشاط الذي يقوم بموجبه مورد إلكتروني باقتراح أو ضمان توفير سلع وخدمات عن بعد لمستهلك إلكتروني، عن طريق الإتصالات الإلكترونية.

[2] قانون رقم 02/04 المؤرخ في 23 جوان 2004، يحدد القوانين المطبقة على الممارسات التجارية، ج، ر، عدد 41، الصادر في 2004/07/27، معدل ومتمم بالقانون رقم 06/10 المؤرخ في 2010/08/21، ج ، ر، عدد 41، الصادر في 2010/08/23.

الفرع الثاني : خصائص العقد الإلكتروني

يتميز العقد الإلكتروني بأنه عقد مبرم بوسيلة إلكترونية، ويتم إبرامه بين متعاقدين متباعدين، كما يغلب عليه الطابع التجاري، وهي الخصائص التي سوف يتم التطرق إليها فيما يلي:

أولا: العقد الإلكتروني هو عقد مبرم بوسيلة إلكترونية

إن أهم خاصية يتميز بها العقد الإلكتروني عن غيره من العقود هي أنه عقد مبرم بوسيلة إلكترونية، فالوسيلة التي من خلالها يتم إبرام العقد التي تكسبه هذه الصفة، وتتمثل هذه الوسائل عادة في أنظمة الكمبيوتر المرتبطة بشبكات الإتصالات المختلفة(السلكية واللاسلكية[1]) ، والملاحظ أنه لا يمكن حصر جميع هذه الوسائل في الوقت الحاضر نظرا لإرتباطها مع التطور التكنولوجي غير أنه يمكن عرض أهمها فيما يلي :

1- التعاقد بوسائل الإتصال الحديث: هناك العديد من الوسائل الحديثة التي ظهرت في فترة زمنية قصيرة نسبيا، والتي تستخدم في إبرام العقود ومنها :

المينتل : يعد جهاز المينتل من وسائل إبرام العقود، وهو جهاز قريب الشبه بجهاز الكمبيوتر الشخصي لكنه صغير الحجم نسبيا ، يتكون من شاشة صغيرة ولوحة مفاتيح تشمل على حروف وأرقام قريبة الشبه بلوحة مفاتيح الكمبيوتر، وهو وسيلة اتصال مرئية ينقل الكتابة على الشاشة، دون الصور، ويلزم لتشغيله أن يوصل بخط الهاتف[2] .

التيلكس: هو جهاز لإرسال المعلومات عن طريق طباعتها وإرسالها مباشرة ولا يوجد فاصل زمني ملحوظ بين إرسال المعلومات واستقبالها، إلا إذا لم يكن هناك من يرد على المعلومات لحظة إرسالها[3].

---

[1] أشار قانون الأنسيترال إلى هذه الوسائل عند تعريف رسالة البيانات في المادة 2-أ من : "...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، أو النسخ البرقي".

[2] ظهر هذا الجهاز في فرنسا في منتصف الثمانينيات وكان ظهور خدماته نتيجة تعاون بين الهيئة العامة للإتصالات السلكية واللاسلكية التابعة لوزارة البرق والبريد والهاتف وبين متعهدي الخدمات، لمزيد من التفصيل راجع، أ/ محمد أمين الرومي، التعاقد الإلكتروني عبر الأنترنيت، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، الطبعة الأولى، 2004، ص14.

[3] أ/أحمد خالد العجلوني، التعاقد عن طريق الأنترنيت، (دراسة مقارنة)، المكتبة القانونية، عمان، الأردن، طبعة 2002،ص49 و 50.

الفاكس: هو عبارة عن جهاز استنساخ بالهاتف يمكن به نقل الرسائل والمستندات المخطوطة باليد والمطبوعة بكامل محتوياتها نقلا مطابقا لأصلها، فتظهر المستندات والرسائل على جهاز فاكس آخر لدى المستقبل، ويلاحظ أنه هناك فارق زمني للرد على المرسل.

الهاتف المرئي: لقد تطور الهاتف العادي وأدخلت عليه تعديلات، فظهر ما يعرف بالهاتف المرئي، الذي يمكن صاحبه من الكلام مع شخص ومشاهدته في نفس الوقت، ويعد هذا الجهاز من أكثر وسائل الإتصال الفورية فاعلية وانتشارا في العالم المتطور[1]. وقد كان من المفروض أن يستخدم هذا الجهاز في شبكة الأنترنيت بالنظر لسهولة استخدامه ورخس ثمنه، وتعذر ذلك نظرا لظهور بعض المصاعب التقنية، إلا أن هناك جيل آخر لهذا الجهاز، يفترض أنه سوف يوفر هذه الإمكانية.

2- التعاقد عن طرق شبكة الأنترنيت: تعرف الأنترنيت بأنها "شبكة هائلة من أجهزة الكمبيوتر المتصلة فيما بينها بواسطة خطوط الإتصال عبر العالم[2] ".

وقد بدأ استخدام هذه الشبكة في المعاملات التجارية سنة 1992 ، أين كانت هذه المعاملات تجري في بدايتها عن طريق المراسلات عبر البريد الإلكتروني، إلا أن الأمر تطور بعد ذلك فأصبح بالإمكان عرض السلع والخدمات من خلال شبكة الموقع ويب، وتجدر الإشارة هنا إلى أنه يجب التفرقة بين التعاقد عبر الأنترنيت والتعاقد عبر شبكة الأنترنيت و الإكسترانيت فهي جزء من شبكة الأنترنيت الداخلية الخاصة بالمنشأة أو المشروع ولكن تم إمداده واتاحة استخدامه لأشخاص خارج المنشأة وفروعها[3].

ويتم استخدام عدة وسائل في التعاقد الإلكتروني عبر الأنترنيت أهمها :

الكمبيوتر: هو أوسع الأجهزة انتشارا واستخداما في التعاقد عبر الأنترنيت، ويعرف بأنه: "جهاز إلكتروني يستطيع أن يقوم بأداء العمليات الحسابية والمنطقية طبقا للتعليمات المعطاة بسرعة ودقة كبيرتين، وله القدرة على التعامل مع كم هائل من البيانات وكذلك تخزينها واسترجاعها عند الحاجة إليها " .

التجهيزات الذكية : هي عبارة عن أجهزة تحتوي على رقائق تمكن من عملية الدخول على الأنترنيت وتبادل عمليات الإتصال وارسال واستقبال الإشارات، وهي تنتشر بشكل واسع في

---

[1] أ/محمد أمين الرومي، مرجع سابق، ص17.

[2] د/أسامة أبو الحسن مجاهد، التعاقد عبر الأنترنيت، دار الكتب القانونية، مصر، طبعة 2002، ص5 و ص6.

[3] أ/محمد أمين الرومي، مرجع سابق، ص26 و 27.

الأجهزة المنزلية كالثلاجات الذكية، اذ تستطيع هذه الأخيرة أن تقوم بإصدار أمر شراء المستلزمات الغذائية إلكترونيا عندما ينقص عددها أو وزنها بداخلها، بإرسال أمر الشراء إلكترونيا إلى احدى المتاجر الإفتراضية المتواجدة عبر شبكة الانترنيت، فتتم العملية دون تدخل بشري[1] .

الهاتف المحمول: ظهرت منذ فترة قصيرة نسبيا أجهزة نقالة بإمكانها الدخول على شبكة الأنترنيت وتعرف بخاصية "واب"، وقد أدى استخدام الهواتف النقالة في مجال إبرام العقود والتجارة الإلكترونية بصفة عامة إلى ظهور نمط جديد من التجارة عرفت بتجارة الهاتف المحمول او التجارة الخلوية،

ثانيا: العقد الإلكتروني هو عقد مبرم عن بعد

يتم العقد الإلكتروني عن بقية العقود الأخرى أيضا، بأنه عقد ينتمي إلى طائفة العقود المبرمة عن بعد، ويقصد بالعقود المبرمة عن بعد تلك العقود التي تبرم بين طرفين يتواجدان في أماكن متباعدة، وهذا باستعمال وسيلة أو أكثر من وسائل الإتصال عن بعد[2]، فالسمة الأساسية لهذا النوع من العقود تتمثل في :

– عدم الحضور المادي المتعاصر لأطرافه في لحظة تبادل الرضا بينهم، فهو عقد مبرم بين طرفين لا يتواجدان وجها إلى وجه في لحظة التقاء إرادتيهما .

– بالإضافة إلى أن إبرامه يتم عبر وسيلة أو أكثر من وسائل الإتصال عن بعد، وجدير بالذكر أن التوجيه الأوروبي رقم 97–07 المتعلق بحماية المستهلكين في مجال التعاقد عن بعد، قد أعطى أمثلة لهذه الوسائل في الملحق المرفق به، ونذكر منها المطبوعات الصحفية مع طلب الشراء، الراديو، وسائل الإتصال المرئية، الهاتف مع تدخل بشري أو بدون تدخل بشري، التلفزيون مع إظهار الصورة، الأنترنيت، الرسائل الإلكترونية، التلفزون التفاعلي.

واعتبار العقد الإلكتروني من العقود المبرمة عن بعد يتطلب أن يتمتع ببعض القواعد الخاصة التي لا نجد لها مثيلا في العقود المبرمة بالطرق التقليدية، فالأمر يكون سهلا بالنسبة للعقود التي تبرم بالحضور المادي للأطراف الذي يسمح بضمان بعض المسائل القانونية أهمها:

---

[1] د/عبد الفتاح بيومي الحجازي، مقدمة في التجارة الإلكترونية العربية، الكتاب الثاني، النظام القانوني للتجارة الإلكترونية في دولة الإمارات العربية المتحدة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، بدون طبعة, 2003، ص88 و 89.

[2] عرفت المادة 121–16 الجديدة من تقنين الإستهلاك الفرنسي التعاقد عن بعد بأنه : "" ...كل بيع لمال أو أداء لخدمة يبرم دون الحضور المادي المتعاصر للأطراف بين مستهلك و مهني، واللذين يستخدمان لإبرام هذا العقد، على سبيل الحصر، وسيلة أو أكثرمن وسائل الإتصال عن بعد".

– استطاعة كل من الطرفين التحقق من أهلية الآخر وصفته في التعاقد.

– التحقق من تلاقي الإرادتين، إذ تم ذلك بشكل متعاصر بحيث يتم صدور الإيجاب من أحدهما فيتبعه القبول من الطرف الآخر.

– التحقق من تاريخ التصرفات والمستندات.

– الإعداد المسبق لأدلة الإثبات.

– التحقق من مكان إبرام العقد.

– إعتماد مجموع هذه العناصر وذلك بتوقيع المتعاقدين[1].

أما تبادل التعبير عن الإرادة في العقود المبرمة عن بعد، فإنه يثير الشك بالنسبة للعناصر السابقة.

ثالثا : يغلب على العقد الإلكتروني الطابع التجاري

فالتجارة الإلكترونية هي المجال الذي يظهر فيه العقد الإلكتروني بصفة خاصة، كون العقد الإلكتروني هو أهم وسيلة من وسائل هذه التجارة، وهذا ما جعل بعض الفقه يعبر بمصطلح التجارة الإلكترونية على العقود الإلكترونية تجاوزا، ولا يقصد بالتجارة الإلكترونية تلك التجارة في الأجهزة الإلكترونية، بل يقصد بها المعاملات والعلاقات التجارية التي تتم بين المتعاملين فيها من خلال استخدام أجهزة ووسائل إلكترونية مثل الأنترنيت، وعرفها البعض بأنها: " مجموع المبادلات الإلكترونية المرتبطة بنشاطات التجارية والمتعلقة بالبضائع والخدمات بواسطة تحويل المعطيات عبر شبكة الأنترنيت والأنظمة التقنية الشبيهة ".

ويلاحظ أن المشرع الجزائري لم يعرف العقود التجارية لكنه عرف العمل التجاري من خلال المواد 2 ،3 و4 من القانون التجاري، فلا تكون التجارة الإلكترونية سوى ممارسة تلك الأعمال بواسطة الوسائل الإلكترونية[2] .

ومنه يمكن القول بأن التجارة الإلكترونية لا تختلف عن التجارة التقليدية من حيث مضمونها ومحترفيها، أما وجه الخصوصية فيها فيتمثل في وسائل مباشرتها، وبصفة خاصة الطريقة التي تنعقد بها العقود ووسائل تنفيذها . ويمتد مفهوم عقود التجارة الإلكترونية إلى ثلاثة أنواع من الأنشطة :

– عقود خدمات ربط ودخول الأنترنيت وما تتضمنه خدمات الربط ذات محتوى التقني، وهي عقود تتم بن القائمين على تقديم الخدمات على شبكة الانترنيت والمستفيدين منها.

---

[1] د/أسامة أبو الحسن مجاهد، مرجع سابق، ص41 و 42.

[2] راجع فيما تقدم، د/عبد الفتاح بيومي حجازي، مرجع سابق، ص273.

– التسليم أو التزويد التقني للخدمات أي عقود التجارة الإلكترونية التي يتم فيها تنفيذ عقود محلها تقديم خدمات عبر شبكات الإتصال، ومثالها عقود الإشتراك في قواعد المعلومات عبر شبكة الأنترنيت.

– استعمال الأنترنيت كواسطة أو وسيلة لتوزيع البضائع والخدمات المسلمة بطريقة غير تقنية، حيث يتم إبرام العقد عبر شبكة الأنترنيت لكن تنفيذه يكون بالطرق العادية، ومثاله الشركات التي تقوم ببيع الآلات الإلكترومنزلية عبر شبكة الأنترنيت من خلال المتاجر الإفتراضية، أين يتم التعبير عن الإرادة عبر الشبكة ذاتها لكن تسليم الشيء يكون خارج الشبكة فتسليم الآلات هذه لا يمكن أن يتم داخل الشبكة. أما من حيث أطرافها فيندرج في نطاقها العديد من الصور أبرزها العقود التجارة التي تشمل في علاقاتها جهات الأعمال فيما بينها أي من الأعمال إلى الأعمال، أما الصورة الثانية فهي تلك العلاقات التي تجمع الأعمال بالزبون.

الفرع الثالث: تمييز العقد الإلكتروني عن غيره من العقود

إن العقد الإلكتروني ينتمي إلى العقود التي تبرم عن بعد، فتعتبر من أهم أوجه الخصوصية التي تميزه عن غيره من العقود الحديثة على الوسط القانوني، والتي يصعب حصرها، كذلك ليس هو الوحيد الذي يتم إبرامه في محيط البيئة الإلكترونية، فهناك عقود أخرى متلازمة معه، لأنه من الممكن أن كون هي الأساس الذي يرتكز عليه العقد الإلكتروني ولولاه لما تمت المعاملات الإلكترونية، من هنا سنعرض الإختلاف للعقد عن غيره بحسب طريقة التعاقد من جهة و عن العقود المرتبطة به من جهة أخرى.

أولا : تمييز العقد الإلكتروني عن غيره من العقود بحسب طريقة التعاقد

إذا كان العقد الإلكتروني يتفق مع العقود التقليدية من نواحي عديدة ولكنه يختلف عنها في وسيلة إبرامها، قد يتشابه مع سبل التعاقد الحديثة عن بعد، إلا أنه يتميز بأنه يتم من خلال شبكة اتصال دولية.

1– التعاقد الإلكتروني والتعاقد التقليدي :

يعرف العقد بأنه : " توافق إرادتين على إحداث أثر قانوني، سواء كان هذا الأثر هو إنشاء إلتزام، نقله، تعديله أو إنهائه[1] " ، ولاشك في ضرورة توافر أركان العقد وهي الرضا، المحل، السبب، والشكلية فهذه لعناصر لا مناص من توافرها في كل عقد، فأولى العقود التي سندرسها هي عقد

[1] عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، نظرية الإلتزام بوجه عام، مصادر الإلتزام، طبعة 2006، ص118.

البيع الذي عرفه المشرع الجزائري في المادة 351 من القانون المدني بقوله : " البيع عقد يلزم بمقتضاه البائع أن ينقل للمشتري ملكية شيء أو حقا ماليا آخر مقابل ثمن نقدي "، وفي نفس التعريف المصري في المادة 418 من القانون المدني، كما عرفه المشرع الفرنسي في المادة 1582 من القانون المدني بأنه : " عقد بمقتضى يلتزم شخص بتسليم شيء إلى شخص آخر يدفع له ثمنه " ، نستخلص أن عقد البيع التقليدي من عقود المعاوضة و ناقل للملكية، وهو من العقود الرضائية، يتفق مع العقد الإلكتروني في أنهما ينعقدان بتوافق إرادة المتعاقدين، إلا أن خصوصية العقد الإلكتروني تتجلى في الوسيلة التي تستخدم في نقل إرادة كل طرف للآخر أو التفاوض بشأن بنود العقد، وفي العقد التقليدي بسبب توافر عناصر مجلس العقد الحقيقي الذي يتلاقى فيه الطرفان أثناء التفاوض، يستطيع كل طرف أن يتأكد من شخصية الطرف الآخر، كما يتيح أيضا التعرف على محل التعاقد بسهولة، بينما قد لا تتوافر هذه الإمكانية بذات الدرجة في التعاقد الإلكتروني، الذي يعد وجود المتعاقدين في مكانين منفصلين حيث يعد مجلس العقد الإلكتروني حكميا.

2- التعاقد الإلكتروني والتعاقد عن طريق التليفون :

قد يتفق التعاقد الإلكتروني مع التعاقد بالتليفون في أن كل منهما تعاقد فوري ومباشر، حيث يتلاشى عنصر الزمن فهي جميعا عقود تبرم بين غائبين من حيث المكانة على الأقل، إلا أن العقد الإلكتروني يظل متميزا عن التعاقد بالتليفون من نواحي عديدة، فهو تعاقد شفوي إلكتروني يبرم عن طريق شبكة الأنترنيت، بل يعتبر العقد قد تم بمجرد تعبير الطرف الآخر عن إرادته بقبول التعاقد، بواسطة الضغط عن عبارة موافق، عن طريق لوحة المفاتيح المتصلة بالكمبيوتر، كما أن المبادرة إلى التعاقد في حالة السعي لإبرام العقود بواسطة التليفون تأتي من البائع حيث يقوم بالإتصال بالمستهلك أو المشتري لإبرام مقابلة معه، وعدم إبرام التعاقد لا يرتب أي أثر على طرفي العلاقة، لأنهما مازالا في مرحلة سابقة لإبرام العقد، ويبحثان في أركان العقد ليتم التوصل لعقد تام لا ينتابه أي خلل، بينما يكون الإتصال غالبا من العميل في حالة السعي للتعاقد الإلكتروني[1].

[1] أسامة أبو الحسن مجاهد، مرجع سابق، ص51.

3- التعاقد الإلكتروني والتعاقد عن طريق التلفزيون :

يتفق العقد الإلكتروني مع التعاقد عن طريق التلفزيون في أن الإيجاب يكون غالبا موجها للجمهور الذي يرغب في التعاقد بشأن إحدى السلع، إذ تتم بالصورة و الصوت، على أنهما يتمايزان في مدة العرض وأسلوب التعاقد فتختلف بشأن كل منهما، ففي التعاقد بواسطة التلفزيون تكون مدة عرض الإيجاب هي مدة الإعلان التجاري الخاص بمحل الإيجاب، أما الإعلان في التعاقد الإلكتروني فإن الموجب له يستطيع أن يتعرف على كافة معلومات التعاقد وبنوده، كما يمكنه التفاوض و إبرام العقد، بل وتنفيذه أحيانا إلكترونيا، دون الحاجة للإتصال التلفزيوني، أو الإنتقال الفعلي لمقر تجارة الموجب من خلال تصفح الموقع عن طريق الأنترنيت، ويظل قائما طوال اليوم خلال أربعة وعشرون ساعة.

4 – التعاقد الإلكتروني والتعاقد عن طريق الفاكس والتلكس :

إن الفارق بين العقد الإلكتروني ونظيره الذي يتم بواسطة جهاز الفاكس أو التلكس، يتمثل في أن الفاكس والتلكس مجرد وسيلة لتبادل المستندات، أو المحررات الخاصة بالتعاقد بشكل ورقي، هذا يعني الوجود المادي للمحرر التقليدي، لذلك فإن الرسائل المتبادلة عن طريق الفاكس لا تحتاج إلى معالجة بياناتها بلغة الكمبيوتر، أما فيما يخص التعاقد الإلكتروني فإن التفاوض وإبرام العقد وتبادل المحررات الخاصة به يتم إلكترونيا بحيث تتخذ المستندات العقدية وما يرد عنها من توقيعات الشكل الإلكتروني، أي يتميز بالطبيعة غير المادية المثبتة على دعامة إلكترونية لا دعامة ورقية ممهورة بتوقيع الأطراف[1].

5 – التعاقد الإلكتروني والتعاقد عن طريق الكتالوج :

يستخدم الكتالوج كوسيلة لوصف المنتجات والخدمات في التعاقد بطريق المراسلة، انتشرت هذه العملية مع التقدم الإقتصادي وظهور المنافسات التجارية، حيث يقوم على عنصرين أساسيين، الأول عنصر الجاذبية، والثاني العنصر الإعلامي حيث يشمل على وصف دقيق وواضح للمنتجات والخدمات، فالبيع بواسطته يتم من خلال المراسلات، ما بين الموجب والقابل بإرسال الكاتلوج إلى القابل للإطلاع عليه وبيان مدى انطباق المواصفات المذكورة مع ما يرغب الحصول عليه أولا، فإرسال الكاتلوج إلى العميل يعتبر إيجابا موجها لهذا الشخص بانتظار القبول، لكن هذا الإيجاب لايكون ملزما كونه موجها للكافة دون تحديد، فالبيع عن طريق الكاتلوج يكون على

[1] فاروق الأباصيري، عقد الإشتراك في قواعد المعلومات الإلكترونية، دراسة تطبيقية لعقود الأنترنيت، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003، ص44.

عدة صور كأن يكون على شكل أوراق يتم من خلالها وصف المبيع على بيانات مكتوبة وصور ورسومات للمنتجات والخدمات المعروضة، وقد يكون في صورة شرائط فيديو، أو أسطوانات كمبيوتر مضغوطة أو ممغنطة.

مما سبق نخلص بالقول أن العقود الإلكترونية المبرمة عبر الأنترنيت تستمد أحكامها في الأساس من قانون المعاملات الإلكترونية، بشكل خاص ومن القواعد العامة لنظرية العقد بشكل عام، ويتم إخضاع العقد للأحكام المغايرة التي تأخذ في الإعتبار الحضور الإفتراضي المتعاصر، تتوافر هذه الخصوصية في العقود المبرمة في العقود المبرمة عن بعد لأن التعاصر ما بين الإيجاب والقبول يكون من الناحية الزمنية، أما البعد المكاني فيبقى واقعا مؤثرا لا يجوز إنكاره بيحث يعتبر منعقدا في غير مجلس العقد، بالنسبة لمكانه، فمجلس العقد له دور أساسي في انعقاد العقد من حيث التأكد من أهلية العقد، ومن ذلك فإن العقد الإلكتروني نوع جديد من العقود، فهو وليد التقدم التكنولوجي، وهو عقد له خصوصيته وذاتيته المستقلة التي تميزه عن أنظمة التعاقدالأخرى التي تتم باستخدام وسائل الإتصال الحديثة[1].

ثانيا : تمييز العقد الإلكتروني عن غيره من العقود المتربطة به في البيئة الإلكترونية

يعد العقد الإلكتروني أهم آليات التجارة الإلكترونية ويكتسب الطابع الإلكتروني من الطريقة التي ينعقد بها، إلا أن التطور المستمر في مجال نظم المعلومات والإتصالات أدى إلى ظهور العديد من العقود الوليدة والحديثة على الوسط القانوني والتي يصعب حصرها، وهناك طائفة من العقود التجارية التي تبرم إلكترونيا.

لتمييز العقد الإلكتروني عن غيره من العقود المرتبطة به في البيئة الإلكترونية، يطلق على هذه العقود عقود الخدمات الإلكترونية، وهي العقود الخاصة بتجهيز وتقديم خدمات الأنترنيت وكيفية الإستفادة منها، أي التي تبرم بين القائمين على تقديم خدمات الشبكة والمستفيدين منها :

1 – عقد الدخول إلى شبكة الأنترنيت :

يعرف عقد الدخول إلى الشبكة بأنه : " تصرف قانوني بين طرفي العلاقة العقدية، يكون موضوعه السماح للطرف الآخر بالإنتفاع واستخدام شبكة الأنترنيت، من خلال إتاحة كافة الوسائل التي تمكن المستخدم من دخول الشبكة والتجول فيها، وتصفح مختلف المواقع من خلال توفير المودم

[1] فاروق الأباصيري, مرجع سابق, ص45.

والخط الواصل معها، لربط المودم[1] بجهاز الحاسب والأقمار الصناعية التي من خلالها يتم بث إشارات رقمية يتم تحويلها بالشكل الذي نجد شبكة الأنترنيت عليه.

نستنتج أنه بموجب هذا العقد يتعهد مورد الخدمة للعامل بإمكانية دخوله إلى شبكة الأنترنيت، وذلك بتزويده بالعنوان الإلكتروني وكلمة المرور، وبعض برامج الإتصال والخطوات الفنية الضرورية مقابل مبلغ مالي متفق عليه، وهذا العقد هو الأكثر شيوعا وأهمية لأن بدونه لا يمكن استخدام شبكة الأنترنيت ولا إجراء التعاقدات عبرها.

2- عقد الايواء (الإيجار المعلوماتي) : يلتزم في هذا العقد مقدم خدمة الأنترنيت بأن يضع تحت تصرف المشترك جانبا من إمكانياته الفنية لإستعمالها في تحقيق مصالحه وبالطريقة التي تناسبه، ويحدث ذلك من خلال إتاحة انتفاع المشترك في بجزء من إمكانيات الأجهزة والأدوات المعلوماتية كتخصيص مساحة القرص الصلب أو شريط المرور، وسيتقبل مقدم الخدمة المعلومات والرسائل الخاصة بالمشترك، ويتيح لها فرصة الدخول إلى الشبكة، ويضمن المشترك تسيير استخدام الموقع الذي خزن فيه معلوماته، ويثور عن ذلك مسؤولية مقدم الخدمة اتجاه المستخدم عن عدم تقديم الإمكانيات المطلوبة أو تقديمها بصورة معيبة أو ناقصة[2].

ومن خلال خصائص هذا النوع من عقود الخدمات فإنه يتيح للمنتفع استخدام الشبكة وإجراء التصرفات المباحة من خلالها كالتجول في المواقع والتسوق والتصفح، والذي قد يتيح إبرام العقود الإلكترونية بفضل هذه الخدمة، كما أن العقد في حد ذاته يمكن أن يكون من العقود الإلكترونية إذا أبرم إلكترونيا كليا أو في أي مرحلة من مراحله عبر وسائل إلكترونية.

3- عقد إنشاء موقع : يعرف موقع الويب : أنه " خدمة تقدم عبر شبكات الإتصال المتعددة ويتكون من النصوص والصور الثابتة والمتحركة الأصوات، والمعالجة بلغة الكمبيوتر خاصة، والموضوع تحت تصرف مستخدم الشبكة[3].

وعقد إنشاء موقع يتم بين مقدم الخدمة والعميل، حيث يطلب هذا الأخير إنشاء موقع خاص به، ومن خلال موقع آخر، وذلك بواسطة جهاز الحاسب الآلي الذي يملكه مقدم الخدمة والمتصل

---

[1] يقصد بالمودم الجهاز الإلكتروني المستخدم للربط بين جهاز الحاسب الآلي و شبكة الأنترنيت، يعمل على تحويل الإشارات المرسلة من خلال الشبكة لتظهر على الشكل الذي يتم مشاهدته على شاشة الحاسب الآلي وتبادل البيانات من خلالها عبر هذه المراسلات، محمد فواز المطالقة، الوجيز في عقود التجارة الإلكترونية، (دراسة مقارنة)، دار الثقافة ، الأردن، 2006، ص23

[2] محمد حسين منصور، المسؤولية الإلكترونية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2003، ص27 و 28.

[3] د/حمودي محمد ناصر، مرجع سابق، ص130 و 131.

بشبكة الأنترنيت، والموقع عبارة عن مكان ثابت للعميل يتمكن من خلاله عرض منتجاته وسلعه وخدماته، والعميل عندما يطلب إنشاء الموقع قد يفضل أن يكون ذلك خاصا به فقط دون أن يكون إنشاء هذا الموقع من خلال موقع آخر مملوك لشخص آخر، وهذا بهدف تحقيق الإستقرار والإستقلال لجميع العملاء.

4 – عقد إنشاء المتجر الإفتراضي :

جاءت فكرة إنشاء متجر إفتراضي بغية تسهيل وتيسير الحصول على الخدمات والسلع بسرعة وحتى يكون هناك متجرا إفتراضيا أنشأت مراكز إفتراضية تضم هذه الأخيرة، فالتاجر لكي يفتح متجرا إفتراضيا عليه تقديم طلب المشاركة لهذا المركز الإفتراضي وأن يتم فتح متجر إفتراضي خاص به على الشبكة يمكنه من عرض سلعه وخدماته وبضائعه عبر مختلف أنحاء العالم.

ويعرف المركز الإفتراضي بأنه : " خدمة إلكترونية يتم الدخول إليها عبر شبكة الأنترنيت، ومفتوحة لكل مستعمليها، وتسمح للتجار بعرض بضائعهم أو خدماتهم من خلالها[1] " والمراكز الخدماتية تنقسم إلى نوعين :

النوع الأول : يمكن الدخول إليه دون أية إجراءات أو أية قيود للتعرف على السلع والمنتوجات والإطلاع عليها دون أن يتمكن من الشراء.

النوع الثاني : الذي يشترط رقم سري خاص بالزائر كلما أراد الدخول إلى المركز وأن يذكر رقم بطاقته الإئتمانية ليتمكن من شراء المنتجات ودفع ثمنها.

5 – عقد الإشتراك في بنوك المعلومات : يقصد ببنك المعلومات الإلكترونية مجموعة المعلومات التي تتم معالجتها إلكترونيا من أجل بثها عبر شبكة الأنترنيت، بحيث يمكن للمشترك الوصول إليها من خلال ربط جهاز الحاسوب الخاص به بشبكة الأنترنيت[2].

فالوظيفة الأساسية لبنوك المعلومات وفقا لهذا التعريف، تتمثل في تقديم المعلومات إلكترونيا إلى المشتركين، والهدف من إنشاء بنك المعلومات الإلكترونية هو إتاحة الإستفادة من المعلومات لكل من يدخل إلى الشبكة، ومن الطبيعي أنه يجب أن تتوافر عدة شروط في تلك المعلومات، منها أن تكون حديثة، ومعينة أي أن يضيف المورد إليها كل جديد يتعلق بالمجال المطلوب، وعليه فإنه يمكن القول أن عقد الإشتراك في بنوك المعاملات هو ذلك العقد الذي يضع بموجبه المورد

---

[1] د/ خالد ممدوح إبراهيم، مرجع سابق، ص104.

[2] د/فاروق الأباصيري، مرجع سابق، ص150.

تحت تصرف المستخدم إمكانية النفاذ إلى قاعدة المعلومات بهدف الحصول على ما يناسبه من معلومات تتفق مع حاجاته[1].

وبذلك يرتب هذا العقد إلتزامات متبادلة تقع على عاتق طرفيه، فالمورد يلتزم بأن يزود العميل بالوسائل الفنية التي تمكنه من الإتصال بقاعدة المعلومات كما يلتزم بالحفاظ على سرية مطالب العميل، في حين يلتزم هذا الأخير بحسن استخدام المعلومات والمحافظة عليها وأن يدفع المقابل النقدي المتفق عليه.

[1] د/خالد ممدوح إبراهيم، مرجع سابق، ص80.

الفصل الأول

الفصل الأول : انعقاد العقد واثباته

يرتب العقد الإلكتروني كغيره من العقود الأخرى إلتزامات على عاتق كل متعاقد في مواجهة المتعاقد الآخر وتثير هذه الإلتزامات مسألتين، الأولى تتعلق بكيفية إبرام العقد، والثانية خاصة بكيفية تنفيذ طرفي العقد الإلكتروني لإلتزاماتهما، لذا ستتم دراسة كل مسألة في مبحث خاص بها حيث سنتناول في المبحث الأول كيفية إبرام العقد الإلكتروني، فيما سنتطرق في المبحث الثاني إلى كيفية تنفيذ العقد الإلكتروني، فيما سنعالج في المبحث الثالث طرق إثبات العقد الإلكتروني.

المبحث الأول : إبرام العقد الإلكتروني

يقوم العقد بشكل عام على اركان اساسية لابد من توافرها ، و أهم هذه الاركان ركن الرضا،و الذي يعبر فيه الطرفان عن ارادتهما في اتمام العقد متى حصل توافق بين الإيجاب و القبول.

كما يجب ان يتوافر في العقد ركنا المحل و السبب ، و كما هو معروف في المحل ، و هو من انصب عليه العقد من خذمة او سلعة ، و السبب هو الغرض المباشر المقصود من العقد و لا فرق بين ضرورة توافر هذه الاركان مجتمعة في العقد المبرم عبر الوسائل الإلكترونية عموما، و المبرم عبر [1]شبكة الانترنت خصوصا ، وبين العقود التقليدية الا من حيث تدخل الوسيلة الإلكترونية. وسوف نقسم الدراسة في هذا المبحث الى ثلاث مطالب حيث سنتناول في المطلب الاول التراضي في عقد التجارة الإلكترونية، أما في المطلب الثاني المحل و السبب في عقد التجارة الإلكترونية، أما فيما يخص المطلب الثالث زمان و مكان ابرام عقد التجارة الإلكترونية.

المطلب الاول : التراضي في عقد التجارة الإلكترونية

التراضي هو تطابق الإرادتين[1] ، و هو اساس و قوام العقد بما في ذلك التعاقد الالكتروني ، فالإرادة باعتبارها مكونة للرضا ليس لها اي قيمة قانونية الا اذا تم التعبير عنها ، فالعقد يتم بمجرد أن يتبادل طرفاه التعبير عن إرادتين متطابقتين مع مراعات ما يقرره القانون فوق ذلك من اوضاع معينة لانعقاد العقد[2] .

و التعبير عن الإرادة يكون باللفظ ، و بالكتابة ، و بالاشارة المتداولة عرفا ، كما يكون باتخاذ موقف لا تدع ظروف الحال شكا في دلالته على حقيقة المقصود[2] .

---

[1] Francois (c) (d) philipe (D) Contrats civils et commerciaux 7 éme éd DALLOZPARIS 2004.p. 54.

[2] المادة 59 القانون المدني الجزائري .

إذا فالتعبير عن الإرادة يكون من خلال الإيجاب و القبول ، فما هي خصوصية الإيجاب و القبول الإلكترونيين ؟ وكيف يكون التطابق بينهما ؟ و ماهي الشرو ط الواجب توافرها لصحة العقد الالكتروني ؟

الفرع الاول : الإيجاب الالكتروني

الإيجاب[1] : هو تعبير عن إرادة شخص يعرض على اخر ان يتعاقد معه ، و يتعين ان يتضمن الإيجاب العناصر الاساسية للعقد المراد ابرامه بحيث يتم العقد بمجرد ان يقترن به قبول مطابق ، فاذا لم يتضمن الإيجاب العناصر الاساسية للتعاقد فانه لا يكون تعبيرا عن ايجاب بالتعاقد ، وانما عن مجرد دعوى للتعاقد

أولا : تعريف الإيجاب الالكتروني

لما كان عقد التجارة الإلكترونية يندرج ضمن طائفة العقود التي تبرم عن بعد فان تعريف الإيجاب الالكتروني يجب ان يتم في ظل تعريف الإيجاب في مجال البيع عن بعد .

يعرف التوجيه الاوروبي الخاص بحماية المستهلكين في العقود المبرة عن بعد ، الإيجاب في العقود الإلكترونية بانه " كل اتصال عن بعد يتضمن كل العناصر اللازمة بحيث يستطيع المرسل إليه ان يقبل التعاقد مباشرة ، و يستبعد من هذا النطاق مجرد الاعلان .

وهو ما ذهبت اليه كذلك الغرفة التجارية و الصناعية بباريس عند تعريفها للايجاب الالكتروني.

وقد تضمن البند 2/3 من مشروع العقد النموذجي في شأن المعاملات الإلكترونية والملحق بقانون الامم المتحدة النموذجي بشان التجارة الإلكترونية مايلي: تمثل الرسالة ايجابا اذا تضمنت ايجابا لابرام عقد مرسل الى شخص واحد، او اشخاص محددين ماداموا معرفين على نحو كاف، وكانت تشير الى نية مرسل الإيجاب أن يلتزم في حالة القبول، ولا يعتبر ايجابا الرسالة المتاحة الكترونيا بوجه عام مالم يشر الى غير ذلك.

أما قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية التونسي، فقد أخضع العقود الإلكترونية لنظام العقود الكتابية من حيث التعبير عن الإرادة ومفعولها القانوني، وصحتها وقابليتها للتنفيذ، وهذا مانصت المادة الاولى منه.

فالإيجاب الذي يتم عبر شبكة الانترنيت قد يكون ايجابا خاصا موجها الى اشخاص محددين، وهو الذي يتم في الغالب بواسطة البريد الالكتروني، او عن طريق برامج المحادثة، وقد يكون

[1] راجع في الإيجاب تفصيلا : د/عبد الرزاق السنهوري، الوسيط ، العقود التي تقع على الملكية البيع والمقايضة، ص261 ومابعدها.

الإيجاب عاما موجها الى اشخاص غير محددين، أو الى جميع زائري الموقع عبر صفحات الويب، ونظرا لتمتع شبكة الانترنيت بالصفة الدولية، فان الإيجاب الموجه عبرها يكون هو الاخر دوليا اي موجها الى كل زائري الموقع بغض النظر عن الدولة المنتمين لها او الموجودين فيها، ومع ذلك يجوز ان يكون الإيجاب محددا بنطاق مكاني، اي النطاق الذي يشمله الإيجاب، بالنص على ذلك صراحة. ومما سبق يمكن القول أن الإيجاب الالكتروني هو التعبير عن ارادة الراغب في التعاقد عن بعد، ويتم من خلال شبكة دولية للاتصالات بوسيلة مسموعة مرئية[1].

ثانيا: تميز الإيجاب الإلكتروني عن الدعوة للتفاوض أو التعاقد

قد تشهد المرحلة السابقة على ابرام العقد الإلكتروني عدة صور للتعبير عن الإرادة منها مايعتبر إيجابا تاما ينعقد به العقد بمجرد إقترانه بقبول، ومنها ما يعتبر مجرد دعوة للتفاوض، ويقصد بهذه الأخيرة العرض الذي يتقدم به الشخص للتعاقد دون أن يحدد عناصره وشروطه. ولا يرتب القانون بحسب الأصل أي أثر قانوني على المفاوضات إذ من حق المتفاوض أن يقطع المفاوضة في أي وقت، ولا مسؤولية في هذا المسلك، وهذا ما قضت به محكمة النقض المصرية[2].ولذلك يثور التساؤل هل يمكن اعتبار العرض الموجه إلى الجمهور عبر شبكة الأنترنيت إيجابا أم لا؟

تعتبر بعض الأنظمة القانونية ذلك مجرد إعلانا، ولا يحتوي على إيجاب كالقانون الكويتي، والبعض الأخر يعتبره إيجابا ورغبة في التعاقد كالقانون الفرنسي ، والبعض الأخر يعتبره دعوة إلى التعاقد كالقانون الإنجليزي.

أما اتفاقية فيينا بشأن البيع الدولي للبضائع لعام 1981 قد بينت في المادة 02/14 أنه يستلزم في الإيجاب أن يكون موجها إلى شخص، أو مجموعة أشخاص. واعتبرت أن العرض الذي يخلو من تحديد الشخص، أو الأشخاص الموجهة إليهم بمثابة دعوة إلى التفاوض مالم يتضح أن إرادة الأطراف إتجهت إلى خلاف ذلك. ويصعب التمييز في الإعلانات عبر شبكة الأنترنيت بين ما إذا كان هذا إيجابا بالمعنى القانوني للكلمة، أو مجرد دعوة للتعاقد والتفاوض، وهو ما يثير التساؤل حول معيار الإيجاب الإلكتروني، والتفاوض.

فيذهب جانب من الفقه إلى أن الفرق بين الإيجاب والدعوة إلى التفاوض هو فارق وظيفي، فوظيفة الدعوة إلى التفاوض هي مجرد الإعلان من صاحبها عن رغبة في التعاقد بقصد الكشف عن من

---

[1] د/محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص67.

[2] أنظر د/عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق ص261 و 262 .

تكون لديه رغبة مقابلة، بينما يهدف الإيجاب إلى صياغة مشروع محدد المعالم قابل للتحول إلى عقد متكامل الأركان بمجرد إعلان من يوجه إليه عن قبوله.

ويذهب الفقه كذلك إلى أن العرض الموجه إلى الجمهور لا يعد إيجابا، وإنما دعوة للتفاوض إذا كان لا يتضمن الشروط الجوهرية للتعاقد[1].

ونرى من جانبنا أن العرض الموجه إلى الجمهور عبر شبكة الأنترنيت لا يجب أن يكون مجرد دعوة إلى التعاقد، وهو ما اتفق مع طبيعة التجارة الإلكترونية.

ثالثا : الشروط الواجب توافرها للإيجاب الإلكتروني

لكي يعتد بالإيجاب الإلكتروني كتعبير نهائي عن الإرادة يجب أن يتوفر فيه شروط، فالإيجاب يجب أن يكون مقترنا بقبول مطابق له حتى يتم التعاقد لذا يتعين تحديث الشروط الواجب توافرها في الإيجاب ليعتد به إيجابا بالمعنى القانوني ولكي يتم تميزه عن المرحلة التمهيدية السابقة للتعاقد[2]، ويمكن إجمال هذه الشروط على النحو التالي:

1- يجب أن يكون الإيجاب موضحا وموجها إلى شخص أو أشخاص معينيين:

يصدر الإيجاب بطرق التعبير الصريحة أو الضمنية ولا يمكن أن يتم بالسكوت، لأنه هو الكلام الأول والسكوت عدم، والعدم لا يترتب عليه أثر فيجب أن يدل التعبير الصريح أو الضمني على إراجة الموجب. والإيجاب تعبير قانوني يحمل الشخص الموجه إليه الرد على ذلك التعبير بالقبول أو الرفض، لذلك يجب أن يكون موجها للشخص المقصود به، ويترتب على ذلك أن الإيجاب إذا لم يوجه إلى ذلك الشخص أو وجه إلى شخص آخر غيره، فإنه لا يعد إيجابا ولا يترتب عليه أثر، وهنا لا بد من الإشارة إلى الفرق بين الإيجاب والدعوة إلى التعاقد والتفاوض، لتوضيح حدود الإيجاب الإلكتروني، فالإيجاب هو الحد الفاصل بين التفاوض وإبرام العقد، حيث أن العقد قد يسبقه في بعض الأحيان تفاوضا بناءا على مبادرة أحدهما بدعوة الآخر للتعاقد، ويمكن أن يتمخض التفاوض عن إيجاب بالمفهوم القانوني، ومن المسلم به أن الدعوة إلى التعاقد والمفاوضة أمر خارج التعاقد، إذ أن حصول أيهما ليس ضروريا للإنعقاد العقد، فغالبية العقود تنعقد دون المرور بهما، وتكمن أهمية التفرقة بين الإيجاب والدعوة إلى التفاوض وفقا للآثار القانونية المترتبة،

---

[1] انظر د/إبراهيم الدسوقي أبو الليل، العقد والإرادة المنفردة، جامعة الكويت، الطبعة الأولى، 1995، ص104.

[2] العبودي، عباس: التعاقد عن طريق وسائل الإتصال الفوري وحجيتها في الإثبات المدني "دراسة مقارنة" . الطبعة الأولى، عمان , مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، 1997، ص97.

فبالإيجاب ينعقد العقد وينتج آثاره، أما قبول الدعوة إلى التعاقد أو التفاوض فلا يرتبان أي أثر قانوني.

2- يجب أن يكون الإيجاب باتا ومحددا تحديدا كافيا

قد تتمخض مرحلة المفاوضات بين الطرفين عن عرض بات فيكون في هذه الحالة امام إيجاب، مثل أن يتقدم أحد الطرفين بعرض إلى الأخر، يتضمن إستعداده للتعاقد على موضوع معين وفقا لأحكام مبينة جملة وتفصيلا دون أن يعلق هذا الإستعداد دون شرط ودون توقيته لزمن عندئذ، نكون أمام إيجاب بات من لحظة وصوله إلى علم الطرف الآخر ويكون صالحا لأن يقترن به قبول وينعقد العقد باقتران الإيجاب بالقبول[1]. ويجب أن يكون هذا الإيجاب واضحا باتا متضمنا للمسائل الجوهرية في العقد دالا على نية الموجب في الإلتزام به، بمعني إتجاه نيته الجازمة لإبرام عقد معين بمجرد صدور أي تعبير من الطرف الآخر يشير إلى القبول وإذا تعلق هذا الإيجاب على شرط لا يتعارض مع بقائه إيجابا أو مع صدق نية الموجب طالما انصرفت إرادته إلى التعاقد.

رابعا : خصائص الإيجاب الإلكتروني

1- الإيجاب الإلكتروني يتم عن بعد

لكون العقد الإلكتروني ينتمي إلى طائفة العقود المبرمة عن بعد فالإيجاب الإلكتروني ينتمي إلى الطائفة، فهو يتم بين عاقدين لا يجعهما مجلس عقد حقيقي، وعلى هذا الأساس فهو يخضع للقواعد الخاصة بحماية المستهلك في العقود المبرمة عن بعد.

والتي تفرض على المورد مجموعة من القيود والواجبات التي يلتزم بها اتجاه المستهلك الإلكتروني، ومنها تحديد هوية البائع وعنوانه وتحديد المبيع أو الخدمة المقدمة وأوصافها والسعر المقابل لها وطريقة الدفع أو السداد وخيار المستهلك في الرجوع عن التعقاد خلال المدة المحددة قانونا، وإعادة إخطار المستهلك بالمعلومات السابقة خلال مدة لا تتجاوز ميعاد التسليم ومدة الضمان وخدمة مابعد البيع.

وهذه الإلتزامات جاء بها التوجيه الأوروبي رقم 97/7 في شأن حماية المستهلك في العقود المبرمة عن بعد، والمرسوم الفرنسي رقم 201/741 الصادر في 24اغسطس 2001 المتضمن تقنين الإستهلاك.

---

[1] المومني، بشار طلعت : مشكلات التعاقد عبر الأنترنيت (دراسة مقارنة) ، الطبعة الأولى، الأردن، عالم الكتب الحديث للنشر والتوزيع،2004، ص58.

2- الإيجاب الإلكتروني يتم عبر وسيط إلكتروني

هذا الوسيط هو مقدم خدمة الأنترنيت، حيث يقوم بعرض الإيجاب من خلال الشبكة نيابة عن الموجب وبالتالي لا يكون الإيجاب فعالا بمجرد صدوره من الموجب وإنمافي الوقت الذي يتم إطلاق الإيجاب من خلال الأنترنيت وعرضه على الموقع، عندها يتحقق الوجود المادي للإيجاب خلال هذه الفترة، ويترتب على عرضه كافة الآثار القانونية المترتبة على الإيجاب، وفي حالة تم سحب الإيجاب من شبكة الأنترنيت فهذا التصرف يعد إنهاءا لهم واعتباره كأن لم يكن بالرغم من بقاء الإيجاب لدى الموجب، لأن الوسيط لم يتيح إمكانية الإطلاع عليه للمتعاقدين من خلال العرض، أما الإيجاب في التعاقد عبر التلفزيون يتميز بوقتية الرسالة المعروضة، فمدة البث تكون محدودة، وتتميز بالسرعة، الإختصار في المعلومات، أي أن الإيجاب عبر التلفاز يتميز بالإختصار وسرعة الزوال.

3- الإيجاب الإلكتروني إيجابا دوليا

على اعتبار أن العقد الإلكتروني يتسم بالغالب بالطابع الدولي ، حيث يتم باستخدام وسائط إلكترونية، واستخدام شبكة المعلومات الدولية "الأنترنيت" مما يجعل الإيجاب الإلكتروني ذا طابع دولي تبعا لذلك، وبالتالي الإيجاب الإلكتروني لا يتقيد بالحدود السياسية و الجغرافية، ومع ذلك لا يوجد مايمنع من قصر الإيجاب الإلكتروني على منطقة جغرافية محددة، مما يجعل له نطاق جغرافي ومكاني معين ومثال ذلك ما تقرره الولايات المتحدة الأمريكية من حضر توجيه الإيجاب للدول الموقع عليها عقوبات إقتصادية، مثل كوريا الشمالية وكوبا والسودان، مما يعني أن الإيجاب يمكن أن يكون دوليا أو إقليميا وبهذا يلتزم الموجب بإبرام العقود أو تسليم المنتجات في النظام الجغرافي الإقليمي أو الدولي المحدد، وقد أشار البند الرابع من العقد النموذجي الفرنسي للتجارة الإلكترونية في فقرتيه الثالثة والرابعة إلى تحديد المنطقة الجغرافية التي يغيطها الإيجاب وكذلك المنطقة الجغرافية التي يغطيها التسليم[1].

الفرع الثاني : القبول الالكتروني

لا يكفي الإيجاب وحده لإتمام العقد، بل يجب أن يعقبه قبول مطابق له من الطرف الآخر وبذلك يتم التعاقد، والعقد الإلكتروني لا يختلف عن الوضع التقليدي بهذه المسألة فهو يحتاج قبول إلكتروني مطابق مع الإيجاب الإلكتروني.

1 د/اسامة أبو الحسن مجاهد، مرجع سابق، ص77.

أولا : تعريف القبول الإلكتروني

يمكن تعريف القبول بأنه التعبير الصادر عن إرادة الموجه إليه الإيجاب، برضاه بإبرام التعاقد بالشروط الواردة بالإيجاب[1]. وقد أشار بهذا الخصوص العقد النموذجي الفرنسي للتجارة الإلكترونية في بنده السابع بعنوان "قبول العرض" إلى أن موافقة المشتري يجب أن تتضمن تحديدا لبعض العناصر وهي الشيء أو الخدمة المتعاقد عليها والثمن وطريقة الوفاء وطريقة التسليم والطريقة التي تتم بها خدمة مابعد البيع، فالإشارة إلى هذه العناصر تستهدف ضمان اتفاق القبول مع الإيجاب في العناصر الرئيسية للعقد التي لا ينعقد دون الإتفاق عليها[2].

وقد يعبر عن القبول صراحة أو ضمنا، فيكون صريحا إذا عبر عن الرضا بشكل صريح لإبرام العقد ومثال ذلك " قبلت عرضكم المؤرخ بتاريخ ...." ويكون ضمنيا إذا قام القابل بعمل او تصرف يدل على موافقته دون التعبير الصريح بذلك مثل أن يرسل القابل " المشتري " إلى الموجب " البائع " الثمن[3]. والقبول الإلكتروني لا يخرج عن مضمون هذه التعاريف سوى أنه يتم عبر وسائط إلكترونية من خلال شبكة الأنترنيت مثلا فهو قبول عن بعد لذلك يخضع لذات القاعدة والأحكام التي تنضم القبول التقليدي، والتعبير عن القبول الإلكتروني بالشكل الصريح ممكن أن يتم بأي صورة من صور التعبير عن الإرادة فقد يكون بالوسائل التقليدية للكتابة أو بالوسائل الإلكترونية عبر البريد الإلكتروني أو عبر شبكة المواقع أو باللفظ التقليدي أو عبر وسائل الإتصال الفوري أو عبر شبكة الأنترنيت من خلال البرامج المخصصة للمحادثة أو الرؤية المباشرة من خلال الشبكة عبر الفيديو وقد يتم بالإشارات والحركات المفهومة.

ويمكن القول أن القبول الإلكتروني لا يشترط صدوره في شكل خاص، أو وضع معين، فيصح أن يصدر عبر الوسائط الإلكترونية، أو من خلال الطرق التقليدية للقبول، وذلك مالم يشترط الموجب أن يصدر القبول في شكل معين، فقد يشترط التاجر الإلكتروني أن يكون القبول عن طريق البريد الإلكتروني، أو عن طريق ملء الإستمارة المعدة سلفا، والموجودة بالموقع، فإذا وأن أرسل المستهلك قبوله في شكل آخر عن طريق البريد التقليدي أو الفاكس، فإن هذا القبول لا ينتج آثاره، ولا يكون صحيحا وبالتالي لا ينعقد به العقد.

---

[1] العبودي،عباس : مرجع سابق، ص122.

[2] نقلا عن مجاهد أسامة أبو الحسن : مرجع سابق، ص80.

[3] العبودي عباس ، مرجع سابق، ص123.

وقد اشترط القانون التجاري الأمريكي الموحد (UCC) [1]. في المادة 3/206 منه على أن التعبير عن الإرادة في القبول يتم بالطريقة ذاتها عرض الإيجاب، وبالتالي إذا أرسل الإيجاب عن طريق البريد الإلكتروني، أو عن عبر الويب فيجب على العميل إن قبل التعاقد أن يعبر عن قبوله بالطريقة ذاتها[2].

ثانيا : طرق التعبير عن القبول الإلكتروني

يتم التعبير عن القبول الإلكتروني بعدة طرق منها الكتابة بما يفيد الموافقة أو باستخدام التوقيع الإلكتروني عبر البريد الإلكتروني، أو عن طريق اللفظ من خلال غرف المحادثة، أو التنزيل عن بعد من خلال تنزيل البرنامج أو المنتج أو السلعة عبر الأنترنيت وتحميلها عبر جهاز الكمبيوتر الخاص بالقابض.

ومن طرق القبول الإلكتروني أيضا النقر مرة واحدة بالموافقة على العلامة الخاصة بتلك الأيقونة. حيث نجد عبارة " أنا موافق " وتستخدم مواقع الويب التي تتعامل باللغة الفرنسية في الغالب عبارات تدل على الموافقة " J'accepte l'offre " أما مواقع الويب باللغة الإنجليزية فتستخدم عبارة " I agree ".

ومع ذلك فقد يشترط الموجب في إيجابه وبغرض التأكد من صحة إجراء القبول، أن يتم عن طريق النقر مرتين على الأيقونة المخصصة للقبول و الموجودة على الشاشة، و في هذه الحالة فان النقر مرة واحدة لا يرتب اثرا بشأن انعقاد العقد و يصبح القبول عديم الاثر، و غالبا ما يلجأ الى هذه الطريقة للتأكد من موافقة القابل للتعاقد، و حتى لا يتذرع القابل بأن النقرة الأولى كانت عن طريق السهو أو الخطأ، فالنقر مرتين دليل على موافقة القابل على ابرام العقد.

و قد يتخذ الموجب بعض الاجراءات اللاحقة لصدور القبول، كالإجابة على بعض الأسئلة التي توجه للقابل مثل تحديد محل اقامته الذي يتعين إرسال المنتج إليه، أو كتابة بعض البيانات الخاصة التي تظهر على شاشة جهاز الحاسب الآلي كرقم و نوع بطاقته الإئتمانية، و واضح أن القصد من هذه الإجراءات اللاحقة هو تأكيد القبول و جعله في صورة أكثر فاعلية، بمنح القابل

---

[1] اختصار مصطلح Uniform commercial code

[2] Benjamin Wright، & Jane k Winn، the law of electronic commerce advision of Aspen publishing- I NC NEW YORK، USA، third edition 2000 p 8-17.

فرصة التروي و التدبر و التأكد من رغبته في القبول وابرام العقد، حتى إذا تم منه بالشكل المطلوب كان معبرا بالفعل عن ارادته الجازمة في القبول[1].

وإذا كان الأصل العام أن القبول يمكن أن يتم صراحة أو ضمنا فإن من المتصور إمكانية ذلك في القبول الإلكتروني، حيث يتم التعبير صراحة عن القبول عبر الوسائط الإلكترونية المتعددة، وقد يكون ضمنيا كأن يقوم من وجب إليه الإيجاب بتنفيذ العقد الذي إقترح الموجب إبرامه، كالدفع مثلا عن طريق بطاقات الإئتمان بإعطاء الموجب رقم البطاقة السري دون أن يعلن صراحة قبوله فيتم العقد وفق هذا القبول الضمني.

ومع ذلك يذهب الرأي الراجح إلى أن التعبير عن إرادة القبول الإلكترونية لا يكون إلا صريحا، فالقبول الإلكتروني يتم عن طريق أجهزة وبرامج إلكترونية تعمل آليا، وهذه الأجهزة لا يمكنها إستخلاص أو استنتاج ارادة المتعاقد، ووفق هذا الرأي فإنه لا محل للقول بأن التعبير عن إرادة القبول الإلكتروني يمكن أن يكون اشارة متداولة عرفا أو باتخاذ موقف لا تدع ظروف الحال شكا في دلالته على حقيقة المقصود منه، أو السكوت المقترن بظروف يرجح معها دلالته على القبول.

ثالثا : مدى صلاحية السكوت للتعبير عن القبول الإلكتروني

القاعدة العامة أن السكوت المجرد لا يصلح تعبيرا عن القبول وفقا لما يقول به فقهاء الشريعة الإسلامية فإنه "لا ينسب لساكت قول " وقد اختلفت الآراء بشأن مدى اعتبار السكوت قبولا في العقود الإلكترونية، كما هو متبع في العقود التقليدية في حالات معينة، فما هي أحكام السكوت في التعاقد الإلكتروني؟ وما مدى إمكانية اعتباره قبولا؟

فالأصل أن السكوت في حد ذاته مجرد من أي ظرف ملابس له لا يصلح أن يكون تعبيرا عن الإرادة، فالإرادة عمل إيجابي، والسكوت شيء سلبي وليس إرادة ضمنية لأن هذه الإرادة تستخلص من ظروف إيجابية تدل عليها، وقد قرر الفقه الإسلامي هذه القاعدة بقوله "لا ينسب لساكت قول"، وفي هذا المعنى قضت اتفاقية فيينا لعام 1980 الفقرة الأولى من المادة 18 بأن " السكوت أو عدم القيام بأي تصرف لا يعتبر أي منهما في حد ذاته قبولا [2] ".

وقد تعرض القانون المدني المصري إلى مدى اعتبار السكوت قبولا، فطبقا لما جاء في المادة 98 منه والتي تنص على أنه :

---

[1] د/إبراهيم الدسوقي أبو الليل، مرجع سابق، ص94.

[2] المادة 18 فقرة 1 من اتفاقية فيينا 1980 الخاصة بالبيع الدولي للبضائع.

1 – إذا كانت طبيعة المعاملة، أو العرف التجاري، وغير ذلك من الظروف تدل على أن الموجب لم يكن ينتظر تصريحا بالقبول، فإن العقد يعتبر قد تم إذا لم يرفض الإيجاب في وقت مناسب.

2 – ويعتبر السكوت عن الرد قبولا إذا كان هناك تعامل سابق بين المتعاقدين، واتصل الإيجاب بهذا التعامل، أو إذا تمخض الإيجاب لمنفعة من وجه إليه[1].

وهذا ما ذهب إليه كذلك المشرع الجزائري في المادة 68 من القانون المدني الجزائري، أما في فرنسا فلا يعد السكوت قبولا باستثناء الحالات التالية [2] :

– عندما يكون بين الأطراف أعمال سابقة

– عندما يكون الأطراف منتمين إلى قطاع مهني

– عندما يكون العرض المقدم لمصلحة المستفيد من العرض

وقد قررت محكمة النقض الفرنسية أن السكوت لا يعج قبولا باستثناء الظروف الخاصة.

وقد جرى القضاء في مصر على أن التنفيذ الإختياري للإيجاب يقوم مقام القبول، وهنا نكون بصدد قبول ضمني، فينعقد به العقد ما لم يشترط الطرفان أن يكون التعبير عن الإرادة صريحا فلا يتم العقد بالقبول الضمني.غير أن هذه الحالات الإستثنائية لا يمكن قبولها على علتها في شأن القبول الإلكتروني نظرا لحداثة التعاقد عبر شبكة الأنترنيت، فلا يمكن القول بأن العرف يلعب دورا مهما، وفعالا في هذا المجال لعدم وجود معاملات كثيرة، ومستقرة تصل إلى مرحلة العرف.

ومن جانبنا نرى أنه نظرا لحداثة التعاقد الإلكتروني، فإنه لابد للقبول أن يكون صريحا ويتضمن توضيحا لبعض المسائل الخاصة لإتمام العقد كنوع السلعة، أو الخدمة وطريقة الوفاء والتسليم وخدمة مابعد البيع.

الفرع الثالث : صحة التراضي الإلكتروني

تحتل عيوب الإرادة مكانة بارزة في إطار العقد الإلكتروني، فبالإضافة إلى أن طبيعة هذا العقد تقتضي أن يبرم عن بعد بين المتعاقدين، وطبيعة تقنيات الإتصال الحديثة بما طرأ عليها من تطور جعلها في غاية الدقة والإتقان إلا أنها مع ذلك تتسم بالتعقيد والتركيب كما أن المراكز العقدية تتميز باختلال التوازن، حيث يكون أحد المتعاقدين، وهما المنتج أو مقدم الخدمة بما يملكه

[1] المادة 68 من القانون المدني الجزائري.

[2] Bouchurberg (L)، Internet et commerce électronique op، cit.p 115

من ملكات فنية وقانونية، وإمكانيات اقتصادية واحتكار فعلي لبعض المنتجات، ويواجهه متعاقد آخر ضعيف، وهو العميل والذي لا يملك مثل هذه الإمكانيات.

ولكي يكون العقد الإلكتروني صحيحا، لا بد أن تكون الإرادة قد صدرت من شخص كامل الأهلية وألا تكون مشوبة بعيب من عيوب الإرادة، ولهذا فإننا سنتناول أهلية المتعاقد في عقود التجارة الإلكترونية، ثم نتطرق لعيوب الى عيوب الإرادة التي من الممكن أن تؤثر على صحة التراضي في هذا النوع من العقود.

أولا : الأهلية في عقود التجارة الإلكترونية

يقصد بالأهلية صلاحية الشخص لكسب الحقوق، وتحمل الإلتزامات، ومباشرة التصرفات القانونية، وقد نظم المشرع المصري أحكام الأهلية في نصوص القانون المدني في المواد (41،44) و (109،119)، كما نظمها المشرع الجزائري كذلك وتنقسم الأهلية إلى نوعين:

أهلية الوجوب : ويقصد بها صلاحية الشخص لأن تثبت له حقوق، وتقرر عليه إلتزامات، وهي تثبت للشخص بمجرد ولادته، وبالتالي تثبت أهلية الوجوب طالما ثبتت الشخصية القانونية.

أهلية الأداء : ويقصد بها صلاحية الشخص لإستعمال الحق، وهي تتأثر كقاعدة عامة بسن الإنسان، ودرجة تمييزه، وتفترض أهلية الأداء توافر أهلية الوجوب[1].

والأهم في دراستنا هو أهلية الأداء، فالأصل في الشخص أن يكون كامل الأهلية مالم يسلبه القانون أهليته، أو يحد منها حيث تنص المادة 109 من القانون المدني المصري على أن : " كل شخص أهل للتعاقد ما لم تسلب أهليته، أو يحد منها القانون ".

فالإنسان يمر بثلاث مراحل منذ ولادته، الأولى هي انعدام التمييز منذ الولادة حتى بلوغ السن السابعة، والثانية هي سن التمييز، تمتد من سن السابعة حتى سن البلوغ، والمرحلة الثالثة هي بلوغ سن الرشد، حيث أن سن البلوغ يختلف من دولة إلى أخرى.

ففي المرحلة الأولى تكون تصرفات الشخص باطلة بطلانا مطلقا، نظرا لانعدام إرادته، وفي المرحلة الثانية يكون مميزا ناقص الأهلية، وتكون تصرفاته المالية صحيحة متى كانت نافعة له نفعا محضا، وباطلة متى كانت ضارة له ضررا محضا، أما التصرفات الدائرة بين النفع والضرر، فإنها تكون قابلة للإبطال لمصلحة القاصر، ويزول حق التمسك بالإبطال بإجازتها من القاصر بعد بلوغه سن الرشد، أو إجازتها من وليه أو المحكمة وفقا للقانون، أما المرحلة الثالثة أي بلوغ

[1] انظر، د/عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مرجع سابق، ص344.

سن الرشد فيكون الشخص أهلا لجميع التصرفات مالم يكن مجنونا أو معتوها أو سفيها. ولما كان التصرف القائم مع فاقدي الأهلية أو ناقصيها قد يعرض التصرف القانوني للبطلان برمته، فإن الفصل أن يكون التعامل عبر شبكة الأنترنيت قائما على مبدأ حسن النية من طرفيه، بحيث يلتزم كل منها بالإفصاح عن بياناته كاملة مسبقا.

ووفقا للمادة 121 -18 من قانون الإستهلاك، فإنه يلزم التحقق من شخصية الأطراف المتعاقدة على نحو يحقق الآمال والثقة المتبادلة في المعاملات، حيث يلزم التاجر أو مقدم الخدمة بأن يتيح لعميله كافة البيانات التي تفصح عن هويته، بما في ذلك أهليتها القانونية، وكافة عناصر تحديد الشخصية سواءا الماجية أو الإلكترونية[1].

كما أن التوجيه الأوروبي رقم 2000/31 بشأن التجارة الإلكترونية قد تطلب أيضا ضرورة تحديد كافة عناصر تحديد الهوية بما في ذلك الأهلية القانونية[2].

وقد حرص أيضا قاون الأمم المتحدة النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية لعام 1996 على ضرورة التأكد من الهوية حيث تنص المادة 13 بشأن اسناد رسائل البيانات بأن:

1 – تعتبر رسالة البيانات صادرة عن المنشيء إذا كان المنشيء هو الذي أرسلها بنفسه.

2 – في العلاقة بين المنشيء، والمرسل إليه تعتبر رسالة البيانات صادرة من المنشيء إذا أرسلت من شخص له صلاحيات التحري نيابة عن المنشيء في ما يتعلق برسالة البيانات...[3].

و أجازت بعض التشريعات كالقانون المدني الفرنسي في المادة (481) منه : للقاصر القيام ببعض أعمال الحياة اليومية أو الإعتيادية، واعتباره مثل البالغ قادرا على القيام بكافة الأعمال التي تدخل في الحياة اليومية، أو في حقه بالتصرف بمفرده في مايوضع تحت يده من أموال، كشرا المأكولات، والكتب الدراسية، أو برامج الكمبيوتر.

وفي هذا الصدد يذهب بعض فقهاء القانون إلى أنه متى استطاع ناقص الأهلية المستخدم لشبكة الأنترنيت من التعاقد على شراء أي من السلع، أو الخدمات التي تتناسب مع ما يتوافر لديه من مال كان تصرفه صحيحا وملزما.

---

[1] Jean Baptiste (m) : op cit p 100.

[2] Guigou Catherine : les contrats avec les consommateurs un outil de développement du commerce électronique، pressesuniversitaires d'AIX-MARSEILLE .2002 .P 145.

[3] المادة 12 من قانون الأمم المتحدة النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية لعام 1996.

وذهب رأي آخر في الفقه إلى أنه نظرا للطابع الخاص للعقد الإلكتروني، فإن ناقص الأهلية متى اتخذ مظهر الشخص البالغ الراشد، وكان المتعاقد الآخر عبر الشبكة غير عالم بهذه الحالة، فإنه ينبغي حماية هذا المتعاقد اعمالا لنظرية الوضع الظاهر، وذلك لتوفير الثقة والأمان لدى المتعاقدين عبر الشبكة، وحفاظا على استقرار المعاملات الإلكترونية، وحتى لا يفاجأ المتعاقد حسن النية ببطلان العقد لسبب لا يعلمه، ولم يكن في مقدوره أن يعلمه وقت التعاقد[1].

ومن ناحية أخرى نشير إلى أن قواعد المسؤولية المجينة التي عرفتها معظم القوانين قد اعترفت بمسؤولية الإنسان عن فعل غيره بسبب علاقة التبعية، أو الرقابة على الإبن القاصر، وعليه فإن دخول القاصر على شبكة الأنترنيت بحرية مطلقة يقيم على الأهل مسؤولية مراقبة تصرفات أولادهم، وتحمل تبعاتها لا سيما إذا ما جرت بحسن نية من الطرف الآخر وانطوت على سوء تصرف أبنائهم.

ثانيا : عيوب الإرداة في عقود التجارة الإلكترونية

لا تختلف عيوب الإرداة في النظريات التقليدية في التعبير عن الإرادة في العقود عن عيوب الإرادة عند التعاقد عن طريق وسائل الإتصال الإلكترونية حيث يرى البعض أن عيوب الإرادة في عقود التجارة الإلكترونية لا تخرج عن كونها أمثلة تقليدية تستوعبها القواعد العامة.

وتتمثل عيوب الإرادة التي حصرتها مختلف التشريعات المدنية في أربعة عيوب هي : الغلط والإكراه والإستغلال والتدليس.

1- الغلط : يعرف الغلط بأنه وهم يقوم في ذهن الشخص ويجعله يتصور الواقع على خلاف حقيقته[2]، وهو يؤدي إلى بطلان العقد إذا انصب على ماهيته، أو على شرط من شروط الإنعقاد أو على محل العقد. ويشترط في الغلط الذي يصيب الرضى أن يبلغ الحد الذي يصير معه هو الدافع إلى التعاقد، ويكون الغلط جوهريا إذا كان في صفة جوهرية في الشيء، أو في شخص المتعاقد، كما يشترط اتصال المتعاقد الآخر بالغلط، وهذا ما نصت عليه المادة 121 من القانون المدني المصري ، وهذا يبدو للوهلة الأولى عدم الأهمية العملية لنظرية عيوب الإرادة في نطاق العقود الإلكترونية؛ حيث يمكن للمشتري أن يقوم بإرجاع المنتج استنادا إلى حق الرجوع المقرر للمستهلك في هذا النوع من العقود، دون حاجة لإثبات وقوعه في الغلط، إلا أن ابطال العقد

---

[1] د/سمير حامد عبد العزيز جمال، مرجع سابق، ص156.

[2] د/إبراهيم الدسوقي أبو الليل، العقد غير اللازم، دراسة مقارنة متعمقة في الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، مطبوعات جامعة الكويت، 1994، ص120. وكذلك د/عبد الرزاق السنهوري الوسيط، مرجع سابق، ص311.

الإلكتروني استنادا لنظرية عيوب الإرادة قد تكمن أهميته في أنه في حالة ابطال العقد بسبب الوقوع في الغلط، فإن المشتري لن يتحمل مصاريف النقل حيث يتحملها البائع في هذه الحالة، وبالتالي فإن رخصة الرجوع المقررة للمستهلك في العقود المبرمة عن بعد قد لا تحقق في كثير من الحالات الفوائد التي يحققها التمسك بالإبطال بسبب عيب الغلط .

ويلاحظ أنه كثيرا ما يقع الغلط في مجال العقود الإلكترونية بسبب العرض الناقص للمنتجات، وذلك بأن يكون العرض غير واضح أو مفهوم، وغير متضمن الوصف الدقيق للسلع أو الخدمات، مما يؤدي إلى الوقوع في الغلط بشأن المنتج المعروض عبر شبكة الأنترنيت[1].

وقد ألزم التوجيه الأوروبي رقم 31/2000 بشأن التجارة الإلكترونية في المادة (11) منه مقدمي الخدمات بأن يقومو بعرض الخدمة على العميل بالتفصيل الدقيق، وأن يقوموا بإعلامه بذلك بوسائل مناسبة، وفعالة، وسهلة البلوغ، وعلى نحو يمكنه من فهم المعطيات الإلكترونية، الأمر الذي يكفل عدم وقوع العميل في الغلط[2].

ونرى أنه يمكن التغلب على مثل هذه الصعوبات، بأن يتم تسجيل مثل هذه الصعوبات، وتسجيل مثل هذه البيانات على دعامة إلكترونية بأسلوب يسمح بحفظها، واسترجاعها عند الضرورة، أو الإستعانة بوسيط إلكتروني معتمد لتوثيق مثل هذه المعاملات الإلكترونية.

2- التدليس : التدليس هو خديعة يمارسها أحد المتعاقدين توقع المتعاقد الآخر في وهم يدفعه إلى التعاقد. فكل أسلوب يلجأ إليه شخص لتضليل شخص آخر وإيهامه وهماً يحمله على التعاقد، ولولا هذا التضليل لما أقدم على التعاقد، يعد تدليساً، كمن يوهم شخصاً بأن الشيء الذي يبيعه سيفقد من الأسواق فيحمله ذلك على الشراء بالثمن الذي يطلبه البائع. ولا يشترط دائماً أن يقوم المدلس بفعل إيجابي لكي يتحقق التدليس، ففي بعض الحالات يكفي سكوت المدلس عن بعض الأمور التي يعلمها ويقضي مبدأ حسن النية توضيحها، بحيث يكون عدم بيانها هو الذي قاد المتعاقد الآخر إلى التعاقد، فإن هذا السكوت يعد تدليساً. فكتمان عيب في المبيع يكون تدليساً، إذ لو علم به المشتري لما أقدم على الشراء، وفي هذه الحال يحق للمشتري أن يطالب بإبطال العقد جزاء للتدليس مع طلب تعويض على أساس المسؤولية التقصيرية، أو ضمان العيب الخفي

---

[1] د/محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص73 وانظر كذلك .LIONEL Bochurberg : op.cit.p.127

[2] المادة 86 قانون مدني جزائري والمادة 1116 من القانون المدني الفرنسي.

مع الاحتفاظ بالعقد على أساس المسؤولية العقدية. وللتمسك بالتدليس[1] تشترط القواعد العامة توافر ثلاث شروط هي :

- استعمال طرق احتيالية.
- أن يكون التدليس دافعا إلى التعاقد.
- صدور التدليس من المتعاقد الآخر، أو علمه به أو إمكان العلم به.

ويحتل التدليس مكانة كبيرة في مجال عقود التجارة الإلكترونية، ونظرا لقدرة بعض العابثين، والمحتالين على اختراق النظام المعلوماتي للشبكة، وإساءة استخدامها، وغالبا ما يتمثل التدليس في الإعلان الخادع أو الكاذب، أو الوعد بواسطة رسالة إلكترونية بميزات وهمية، وذلك بقصد دفع المتعاقد الآخر إلى إبرام العقد.

فالكذب في حد ذاته، وبحسب الأصل لا يعد تدليسا إلا إذا صاحبته أعمال مادية مدعمة كافية للتضليل بهدف إخفاء الحقيقة عن المتعاقد، وحمله على التعاقد تعكس حيلة غير مشروعة.

فالمستهلك في عقد التجارة الإلكترونية لا يتمكن من معاينة الشيء المبيع كما في حالة التعاقد التقليدي، حيث تتم المعاينة من خلال شاشة الحاسب الآلي، وقد يلجأ التاجر إلى استخدام الحيل التكنولوجية في عرض المنتجات والخدمات، ويدفعه إلى إبرام العقد، فإذا ثبت ذلك فإنه يجب إبطال هذا العقد لوجود غش. ويمكن الحد من ظاهرة الغش والتدليس في التعاقد الإلكتروني عن طريق تفعيل وتنشيط دور جهات التوثيق الإلكتروني، أو مقدمي خدمة التوثيق، فدورها ليس قاصرا على مجرد التأكد من صحتها، ونسبة صدور الإرادة التعاقدية لمنشئيها، بل التأكد من صحة هذه الإرادة، وبعدها عن وسائل الغش والخداع والتدليس.

بذلك فقد اتجهت معظم التشريعات الحديثة المتعلقة بتنظيم العقود والمعاملات الإلكترونية إلى محاولة وضع سياج لحماية المستهلكين الذين يبرمون عقودا عبر الشبكة من خلال إلزام المهنيين بوصف المنتج أو الخدمة وصفا دقيقا، وبيان خصائصه وسعره بوضوح، كما أعطت للمستهلك الحق في إرجاع المنتج خلال المدة المحددة قانونا،وهذا ما قرره بالفعل قانون الإستهلاك الفرنسي، والقانون الأمريكي، لذلك فإننا نأكد على ضرورة أن تتضمن التشريعات العربية التي ستصدر لاحقا ومنها –مصر والجزائر– بخصوص تنظيم المعاملات الإلكترونية .

[1] د/عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مرجع سابق، ص267 وما بعدها.

3- الإستغلال و (الغبن) : الغبن هو عدم التعادل المادي بين التزامات المتعاقدين في العقود الملزمة للجانبين. والغبن بهذا المعنى يقوم على اعتبارات اقتصادية وأدبية غير ثابتة. ففي ظل المذهب الفردي، الذي اعتنق مبدأ سلطان الإرادة[1]، لا يؤثر الغبن من حيث المبدأ في العقد. أما في ظل المذهب الاشتراكي أو التدخلي، فقد تدخل المشرع ومنع الغبن في العقود. ولم يكن القانون الروماني ينص على الغبن؛ لأنه كان متشبعاً بروح الفردية. وأما القانون الكنسي، فعلى الرغم من أن مبدأ سلطان الإرادة هو من نتاج هذا القانون، إلا أنه لم يكن مبدأً مطلقاً، وإنما فرضت عليه قيود عدة تهدف إلى تحقيق العدالة وحماية الضعيف، ونتيجة ذلك حرَم هذا القانون الرِبا. وكذلك فعلت الشريعة الإسلامية. وفي ظل ازدهار المذهب الفردي في القرن الثامن عشر، ضيق القانون من تأثير الغبن في العقد، ومن ثم لم يعتدَّ القانون به إلا في حالات استثنائية. وهذا ما فعله التقنين المدني الفرنسي لعام 1804، الذي كان مشبعاً بروح الفردية. وقد أخذ هذا التقنين بالنظرية المادية للغبن، والتي تقوم على قيام تعادل بين ما أعطاه المتعاقد وما أخذه، أو عدم قيامه. إذ تنظر إلى قيمة الشيء في ذاته وتحدده تبعاً لقانون العرض والطلب، وتنظر إلى درجة الإخلال بالتعادل. ثم بعد ذلك اعتنقت القوانين الحديثة النظرية الشخصية أو النفسية للغبن، والتي لا تنظر إلى قيمة الشيء في ذاته وإنما في اعتبار المتعاقد. ولا تحدد هذه النظرية رقماً لدرجة الغبن بل الأمر متروك لظروف الواقعة. وتجعل هذه النظرية الغبن قاعدة عامة تطبق على جميع العقود. وقد أخذ بهذه النظرية التقنين المدني الألماني. وكذلك أخذ به القانون المدني المصري، والقانون المدني السوري.

ويعرف أيضا بأنه عدم التعادل بين ما يعطيه العاقد، وما يأخذه[2]، وفي مجال التعاملات الإلكترونية فإن الواقع يشير، وبوضوح إلى انتشار استخدام الشبكة العنكبوتية في إبرام العقود سواءا ممن يملكون الخبرة في ذلك، أو من طرف الأشخاص العاديين، وهذا ما قد يأدي إلى استغلال هؤلاء لنقص خبرتهم، ومعرفتهم بخبايا هذا المجال، ولحماية هذه الفئة، وغيرها بدأت مختلف التشريعات العالمية المنظمة للتجارة الإلكترونية تهتم بشكل كبير بحماية المستهلكين.

ولعل القانون التونسي للمعاملات الإلكترونية من أفضل التشريعات العربية التي تصدت لهذه الحماية حيث نصت المادة (50) منه على أنه " يعاقب كل من استغل ضعف، أو جهل شخص في إطار عمليات البيع الإلكترونية بدفعة للإلتزام حاضرا، أو آجلا بأي شكل من الأشكال بخطية

[1] د/ عبد الرزاق السنهوري, مرجع سابق, ص285.

[2] د/عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، مرجع سابق، ص286.

تتراوح بين 1000 و 20000 دينار، وذلك إذا ثبت من الظروف الواقعة أن هذا الشخص غير قادر على تمييز أبعاد تعهداته، أو كشف الحيل، أو الخدع المعتمدة بالإلتزام أو إذا ثبت أنه كان تحت الضغط مع مراعاة أحكام المجلة الجنائية ".ويظهر جليا من هذا النص أن المشرع التونسي حاول حماية المستهلك في العقد الإلكتروني، على أساس أن دفع المستهلك للتعاقد، واستغلال عدم مقدرته على تمييز تعهداته إلى قابلية العقد للإبطال، إلا أن المشرع التونسي قد رتب جزءا جنائيا نظرا لأن الطرف الآخر استخدم طرقا ووسائل احتيالية.

4- الإكراه : الإكراه هو ضغط يمارسه شخص على شخص آخر بوسيلة مادية أو معنوية تحدث رهبة في نفسه، فتحمله على تنفيذ ما يطلب منه، كإبرام عقد لا يرغب فيه، ولا تكون إرادته سليمة. والإكراه بهذا المعنى لا يعدم الإرادة، وإنما يعيبها. فإرادة المكره موجودة ولكنها فاسدة، وذلك لأنها ليست حرة في الاختيار، وإنما هي واقعة بين شرين فاختارت الأهون بينهما. وما يفسد الإرادة هنا ليست الوسيلة المستخدمة لممارسة الضغط على إرادة المتعاقد، وإنما الرهبة التي تحدثها هذه الوسيلة في نفسه. لذلك فإن العقد المكره عليه يعد قابلاً للإبطال لا باطلاً، وذلك لأن الإرادة فيه معيبة وليست معدومة. أما إذا أدت وسيلة الإكراه إلى انتزاع الرضا عنوة، فيعد الإكراه في مثل هذه الحالة معدماً للإرادة؛ لأنها غير موجودة أصلاً، كمن يمسك بيد شخص ويضع بصمة إبهامه على عقد مكتوب، ومن ثم يعد مثل هذا العقد باطلاً لانعدام الرضا. وهذا التعريف هو عام يشمل كل إكراه مؤثر في الإرادة مهما كان نوعه، سواء أكان إكراهاً حسياً[1]، وهو الذي يقع فيه الأذى فعلاً على الشخص من ضرب أو تعذيب، أم إكراهاً نفسياً، وهو مجرد التهديد باستخدام الوسيلة لإيقاع الضرر، ولكن من دون أن تستخدم فعلاً.

إلا أن المجال الخصب للإكراه يكون في نطاق الإحتكار، حيث يسيطر أحد المنتجين على أحد المنتجات مما يدفع المستهلكين إلى التعاقد معهم نظرا لانفراده بالسيطرة على هذا المنتج.

حيث يستغل الإحتكار كسبب للإكراه لإطلاق العملية التعية في نطاق عملية التبعية الإقتصادية حيث يضطر المتعاقد إلى إبرام العقد تحت ضغط سيطرة المنتج على هذا النوع من السلع، إلا أن مفهوم الإكراه الإقتصادي لا يحظى بتأييده لاعتماده عيبا تعاب به الإرادة يبرر طلب إبطال العقد.

[1] د/عبد الرزاق السنهوري, مرجع سابق, ص288.

المطلب الثاني : المحل و السبب في عقد التجارة الإلكترونية

لكي يعتبر عقد التجارة الإلكترونية صحيحا يجب أن تتوافر فيه الأركان الثلاثة وهي الرضا والمحل والسبب، وإذا كنا قد انتهينا من دراسة ركن الرضا، فإنه يبقى لنا الكلام عن ركن المحل والسبب باعتبارهما ركنين أساسيين لا بد من توفر شرعيتهما، وذلك تماشيا مع ما تقرره القواعد العامة للعقد؛ حيث يشترط فيهما أن يتفقا مع النظام العام والآداب العامة، وكذلك مع القوانين القائمة، وسنقسم هذا المطلب إلى فرعين إثنين ؛ نخصص الأول لمحل عقد التجارة الإلكترونية، ونتناول في الثانية السبب في عقد التجارة الإلكترونية.

الفرع الأول : المحل في عقد التجارة الإلكترونية

محل عقد التجارة الإلكترونية هو الإلتزامات التي يولدها هذا العقد، ويشترط فيه بصفة عامة أن يكون مشروعا، وأن يكون موجودا أو ممكنا وقابلا للتعيين، فالمحل طبقا للمادة 1126 من القانون المدني الفرنسي هو الشيء الذي يلتزم أحد الأطراف بتقديمه، أو يلتزم بعمل أو الإمتناع عن العمل[1].

ويقوم عقد التجارة الإلكترونية على نوعين من التجارة هما تجارة السلع وتجارة الخدمات ولذلك فإن لمحل عقد التجارة الإلكترونية صورتين.

أولا : صور المحل في التجارة الإلكترونية

1 – تجارة السلع : يقصد بها التجارة التي محلها السلع والبضائع وكلمة بضائع استقر الفقه والقضاء على أنها تشمل المنقولات المادية وغير المادية –المعنوية – على السواء.

فوفقا لقانون التجارة المصري فإن أحكام البيع التجاري لا تسري إلا على عقود بيع البضائع التي يبرمها التجار فيما بينهم لشؤون تتعلق بتجارتهم مالم ينص القانون على غير ذلك.

وتتعدد أنواع البضائع محل عقد التجارة الإلكترونية، فمنها السلع الإستهلاكية مثل المنتجات الغذائية أو الملابس، ومواد التجميل، وهناك السلع ذات القيمة المالية الكبيرة مثل السيارات والمجوهرات كما أن هناك سلعا ثقافية مثل الأفلام والأقراص الموسيقية والألعاب وما إلى ذلك.

2 – تجارة الخدمات : يقصد بها التجارة التي يكون محلها توريد خدمات، ويعتبر مجال الخدمات من المشروعات التي لا تحتاج إلى رأس مال كبير، فهي تعتمد بالأساس على الفكر والمؤهلات العلمية.

---

[1] Lionel Bochurberg .op.cit .p 119.

وتعتبر تجارة الخدمات من أنواع التجارة الإلكترونية التي تتم وتنفذ على الخط، وتوجد أنواع كثيرة من الخدمات التي يمكن أن تكون محلا لعقد التجارة الإلكترونية، ومنها الخدمات المعرفية والخدمات المالية، والخدمات الإستشارية، وخدمات الإعلام والإتصالات، وخدمات وكلاء السياحة.أما شروط المحل، فهي نفس الشروط المقررة في القانون المدني الفرنسي، والجزائري والمصري، ويمكن تلخيصها في ما يلي: أن يكون معينا أو قابلا للتعيين، أن يكون موجودا أو ممكنا و أن يكون مشروعا.

ثانيا : الشروط الواجب توفرها في محل عقد التجارة الإلكترونية

1 – أن يكون موجودا أو قابلا للوجود : يشترط في السلعة أو الخدمة التي يتم الإتفاق عليها أن تكون موجودة فعلا أثناء الإتفاق أو قابلة للوجود فيما بعد، فإذا كان التعاقد عن طريق الإنترنيت فإنه يكفي عرض السلعة أو الخدمة على الشبكة أو عرض صورة السلعة.

2 – أن يكون المحل معينا أو قابلا للتعيين : اهتمت التشريعات المقارنة للمعاملات الإلكترونية في غالب الدول بتعيين محل العقد المبرم عبر الوسائل الإلكترونية، وهذا ما أكده العقد النموذجي الفرنسي للتجارة الإلكترونية، حيث أشارت الفقرة الأولى من البند الرابع منه إلى ضرورة ذكر مسمى الأموال المعنية[1]، ومكوناتها و أبعادها، وكمياتها وألوانها وسماتها الخاصة، وغير ذلك من صفاتها الرئيسية، وكذلك أشارت الفقرة الثانية إلى وجوب تحديد محل الخدمات المعروضة ومحتواها. وهو ما ذهب إليه كذلك قاون الإستهلاك الفرنسي بالمادة 111–1 والقانون المدني المصري في المادة 419–1 حيث أوجب ضرورة إعلام البائع للمستهلك بالأوصاف الأساسية للسلعة، أو الخدمة.

– أن يكون مشروعا

– لا يختلف عقد التجارة الإلكترونية عن نظيره في التجارة التقليدية، وهذا يعني ضرورة أن يكون محل العقد مشروعا، فلا يكون مخالفا للنظام العام والآداب العامة، أو لنص قانوني يمنع التعامل فيه، وإلا كان العقد باطلا .والأصل أنه يجوز التعامل في كل السلع والخدمات، وهو مايسمى بمبدأ حرية التجارة ما لم يحظر القانون ذلك، ويؤكد ذلك نص المادة 1598 من القانون المدني الفرنسي.

[1] محمد إبراهيم أبو الهيجاء, مرجع سابق, ص53.

أما بالنسبة لمعاملات التجارة الإلكترونية فقد أدت عالمية شبكة الأنترنيت إلى الوقوع في مشكلة مفهوم النظام العام والآداب العامة، حيث يختلف مفهوم هذه الأخيرة من مجتمع إلى آخر، فما يعد مشروعا في دولة ما قد لا يكون كذلك في دولة أخرى، وما يكون مباحا هنا قد لا يكون مباحا هناك، فالمشكلة تكمن في كيفية وضع نظام يؤدي إلى احترام قانون دولة المشتري، ومن أمثلة ذلك المواد الصيدلانية والأسلحة و المشروبات الكحولية، فقد تكون بعض هذه السلع متداولة في دولة ما، ولكن قد يحظر تداولها في دولة أخرى، بحيث يستطيع الشخص في الدولة التي تحظرها أن يطلبها عبر الأنترنيت من العارض لها، والمقيم في دولة تسمح بتداولها ففي هذه الحالات يثور التساؤل عن تحديد القانون الواجب التطبيق، هل هو قانون البائع أم المشتري؟ حتى يتبين مدى مشروعية العقد من عدمه، هذا ما سنجيب عليه في الفصل الثاني.

الفرع الثاني : السبب في عقد التجارة الإلكترونية

السبب هو الغاية أو الباعث الدافع للتعاقد، ويقصد به غاية الملتزم من إلتزامه، والسبب كما هو معروف الركن الثالث من أركان العقد، ويجب توافره، ولا بد من أن تتوافر فيه شروط حتى لا يؤدي إلى إبطال العقد، ولعل أهمها شرط المشروعية، وأن يكون صحيحا بمعنى أن لا يكون وهميا أو صوريا، و أن يكون موجودا.

لا يختلف الحال في عقد التجارة الإلكترونية عن عقد التجارة التقليدية، حيث يكون السبب أحد أركان العقد، وتخلفه يؤدي إلى بطلانه، ويشترط في السبب أن يكون موجودا وصحيحا بمعني أن لا يكون وهميا أو صوريا كما يشترط أن يكون مشروعا[1]، ويقصد بالمشروعية عدم مخالفة الباعث على التعاقد للنظام العام أو الآداب العامة، وأن يكون مطابقا للقانون؛ حيث تنص المادة 97 من القانون المدني الجزائري على أنه " إذا كان إلتزام المتعاقد لسبب غير مشروع أو لسبب مخالف للنظام العام أو الآداب كان العقد باطلا " كما تقضي المادة 1/98 بأن " كل إلتزام مفترض أن له سببا مشروعا ما لم يقم الدليل على غير ذلك ".

ويجب أن يكون السبب مشروعا لدى طرفي العقد، فإذا كان السبب مشروعا لدى طرف وغير مشروع لدى الطرف الآخر كان العقد باطلا.ومشروعية السبب تقتضي حظر الإتفاق على مخالفة القانون، وبالتالي لا يجوز مثلا الإتفاق على جريمة ما، كما لا يجوز اتفاق على ما يخالف النظام العام والآداب العامة.

---

[1] محمد إبراهيم أبو الهيجاء, مرجع سابق, ص55.

وفكرة النظام العام والآداب العامة تختلف من دولة إلى أخرى، لذا فإن كان طرفا العقد من جنسية واحدة، فلا تثور أي مشكلة حيث أنهما يخضعان لفكرة واحدة، وقانون واحد، لكن تثور المشكلة عند اختلاف جنسية طرفي العقد، فأي قانون يطبق في هذه الحالة؟ قانون التاجر أو المستهلك؟ وطبقا لقواعد القانون الدولي الخاص يتم اختيار القانون الواجب التطبيق باتفاق الأطراف، وعند عدم الإتفاق يتم اللجوء إلى قواعد الإسناد الموضوعية، ويطبق إما قانون دولة محل تكوين العقد، أو محل تنفيذه، سواءا كان التنفيذ خارج الخط (التسليم المادي)، أو كان التنفيذ على الخط، كما يمكن تطبيق قانون دولة محل إقامة المدينة، و يبقى الأفضل دائما للأطراف اختيار القانون الواجب التطبيق على عقدهم، حتى يمكن تجنب مشكلة تحديد القانون الواجب التطبيق.

المطلب الثالث : زمان ومكان انعقاد العقد الإلكتروني

سنحاول من خلال هذا المطلب بيان زمان ومكان انعقاد العقد الإلكتروني.

الفرع الاول: زمان انعقاد العقد

اختلف الفقهاء في تحديدهم لزمان انعقاد العقد الالكتروني فمنهم من قال ان التعاقد عبر الانترنيت هو اشبه بالتعاقد بالمراسله أي (تعاقد بين غائبين) ولا يختلف عنه سوى في الوسيلة التي تنقل الإيجاب والقبول، فغالباً مايكون الإيجاب في زمان يختلف عن زمان القبول، أي وجود فاصل زمني بين صدور القبول وعلم الموجب به وعندما نطبق عليه أحكام التعاقد بين غائبين من حيث الزمان والمكان، ومنهم من يقول لايجوز اعتبار التعاقد عبر الأنترنيت تعاقد بين حاضرين أو حتى تعاقد بين غائبين في جميع الأحوال وخاصة فيما يتعلق بتحديد زمان إبرام العقد الإلكتروني، وخاصة في إرسال القبول ووصوله إلى جهاز المرسل (الموجب) وعلمه بالقبول يثير اشكال حول تحديد زمان انعقاد العقد[1].ومنهم من قال أن التعاقد عن طريق الأنترنيت هو تعاقد بين حاضرين بالنسبة للزمان لأنه أشبه بالتعاقد عن طريق الهاتف.

وبالرغم ماطرح من آراء للفقهاء، واختلاف فيما بينهم فانه يرجع البعض تحديد زمان انعقاد العقد الإلكتروني إلى ماطرح من نظريات :

فمنهم من اعتبر لحظة إعلان القبول الإلكتروني ، وهي اللحظة التي يمرر فيها الموجب لرسالته الإلكترونية العقد عند الموجب له.

---

[1] محمد إبراهيم أبو الهيجاء، مرجع سابق،ص 56.

ومنهم من اعتبر لحظة تصدير القبول الالكتروني وهي اللحظة التي يضغط فيها الموجب له من اجل ارسال قبوله الإلكتروني للموجب. ومنهم من اعتبر لحظة وصول القبول الالكتروني في صندوق البريد الإلكتروني على جهاز الكمبيوتر الخاص بالموجب.

ومنهم من اعتبر لحظة علم الموجب بالقبول الإلكتروني إلى اللحظة التي يفتح فيها الموجب بريده الإلكتروني، ويطالع الرساله الإلكترونيه التي تتضمن القبول الإلكتروني.

إلا أن اختلاف التشريعات في الأخذ في أي نظريه حول الأخذ بها من أجل تحديد لحظه انعقاد العقد لايمكن تطبيقه في العقد الإلكتروني كون ان العقد الالكتروني عقد دولي كونه يتم عن طريق وسيله دوليه تجمع بين افراد ينتمون الى دول مختلفة وبما أن لكل دولة تشريع مكثف، فإن تحديد لحظة ابرام العقد بين شخصين قد يكون قانون دولة، كل شخص يأخذ بنظرية مختلفة عن النظريه التي تأخذ بها دولة الاخر.

وإن القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية الصادر عن اللجنة قد جاء غافلاً عن ذكر نص زمان ومكان انعقاد العقد الإلكتروني، ويرد هذا الاغفال على أنه من أجل عدم المماس بالقانون الوطني الساري على تكوين العقد، فقد رأى أن أي نص كهذا قد يتجاوز الهدف من القانون النموذجي.

الفرع الثاني: مكان انعقاد العقد

قد يثير مكان انعقاد العقد الالكتروني بعض الجدل والنقاش حول تحديده ، فهل مكان إقامة المتملك هو مكان انعقاد العقد ؟ أم محل الموقع الإلكتروني ؟ أم المكان الذي استلم فيه الموجب القبول ؟ إن الإجابة على هذا التساؤل قد لاتثير بعض الجدل والنقاش كون أن قانون الانيسترال النموذجي قد حسم ذلك في معرض تحديده لزمان استلام رسالة البيانات والتي اعتمدها لتحديد وقت إبرام العقد الإلكتروني واورد ذلك مالم يقف المنشئ والمرسل إليه على غير ذلك ، إن رسالة البيانات أرسلت في المكان الذي يقع فيه عمل مقر عمل المنشئ ، لتعبير أن رسالة البيانات أرسلت في المكان الذي يقع فيه مقر المنشئ ، ولتعبير أن رسالة البيانات أرسلت في المكان الذي يقع فيه عمل المرسل إليه.

ومن هنا يتضح إنه في حال عدم الإتفاق بين الأطراف على مكان إبرام العقد الإلكتروني والذي حدث إثره لحظه إلتقاء القبول بالإيجاب، فإن العقد يكون قد انعقد في المكان الذي يقع فيه عمل المرسل إليه[1].

[1] د/محمد فواز المطالقة، مرجع سابق، ص74.

وفي حال تعددت المواقع يثبت الموقع الأكثر صلة بموضوع العقد وفقا لما ورد في الفقرة 4 من المادة 15 من قانون الأنيعادل ستزال النموذجي والتي جاء فيها " في حالة توافر أكثر من مركز عمل للموجب قد حدد أكثر مراكز العمل الرئيسي للموجب مكانه، وهو نفس مكان إبرام العقد الالكتروني، أما اذا لم يكن له مقر عمل مختص بموضوع العقد أو لم يكن له مقر عمل خاص به فيتم الأخذ بمكان الإقامة المعتاد بدلا من مقر العمل المعتاد، ويحل محله في كافه التصرفات الخاصة بالعقد الإلكتروني عبر الأنترنيت وماينشأ عن ذالك من ملحقات بالعقد[1].

المبحث الثاني : تنفيذ العقد الإلكتروني

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

وغالبا ما يتم دفع مقابل السلعة أو الخدمة عبر هذه الشبكات أيضا، لذلك سوف يقتصر حديثنا في هذا المبحث على دراسة الالتزام المعلن على شبكة الأنترنيت بتسليم السلعة أو أداء الخدمة في المطلب الاول والتزام المتعاقد معه بدفع الثمن المقابل لها إلكترونيا في المطلب الثاني.

المطلب الأول : إلتزام المتعاقد بتسليم السلعة أو بأداء الخدمة

قد يكون محل التزام المتعاقد على شبكة الأنترنيت تسليم سلعة ما وقد يلتزم بأداء خدمة، وسوف نتناول كلا الإلتزامين في الفرعين التاليين :

الفرع الأول: إلتزام المتعاقد بتسليم السلعة

تنص المادة 167 من القانون المدني على أن: " الإلتزام بنقل حق عيني يتضمن الإلتزام بتسليم الشيء والمحافظة عليه حتى التسليم"، ويصدق هذا النص على كل العقود الناقلة لحق عيني، كعقد البيع مثلا[2] ، ونظرا لأن الإلتزام بالتسليم يتفرع عن الإلتزام بنقل الملكية، فإن تبعة الهلاك مرتبطة بالتسليم وليس بانتقال الملكية، فالبائع في عقد البيع هو الذي يتحمل تبعة الهلاك الذي يحدث قبل التسليم ولو كانت الملكية قد انتقلت فعلا إلى المشتري، والمشتري هو الذي يتحمل

---

[1] محمد إبراهيم أبو الهيجاء، التعاقد بالبيع بواسطة الأنترنيت، مصدر سابق، ص57

[2] ولا ينطبق هذا الحكم على نقل الحقوق العينية العقارية التي يشترط القانون فيها الشكل الرسمي لانعقاد العقد، وهذا ما لا يمكن تحقيقه في العقود المبرمة في الوسائل الإلكترونية.

تبعة الهلاك الذي يحدث بعد التسليم ولو لم تكن الملكية قد انتقلت إليه فعلا من البائع، ومرد ذلك هو أن الإلتزام بالسليم هو الالتزام بتحقيق نتيجة وليس فقط الإلتزام ببذل عناية، فما لم يتم التسليم فعلا لا يكون البائع قد نفذ التزامه [1].

في موضوع التسليم، تنص المادة 364 من القانون المدني على أنه: "يلتزم البائع بتسليم الشيء المبيع للمشتري في الحالة التي كان عليها وقت البيع" وحسب هذه المادة فإن موضوع التسليم هو الشيء المبيع، والذي قد يكون سلعة ذات كيان مادي محسوس كالمعدات والأجهزة الكهربائية، وقد تكون أشياء ذات كيانات معنوية أو اعتبارية ليس لها وجود مادي ملموس، مثل برامج الكمبيوتر وقواعد البيانات أو القطع الموسيقية وغيرها، فيمكن في هذه الحالة أن يكون التسليم بالوسائل الإلكترونية، بحيث يمكن نقل هذه البيانات أو المعلومات إلكترونيا إلى المتعاقد بدون اللجوء إلى الطرق التقليدية في التسليم [2].

وفيما يتعلق بحالة المبيع، ينبغي أن يتم تسليم المبيع على الحالة التي كان عليها وقت البيع، فإذا كانت السلعة ذات كيان مادي وكان المبيع شيئا معينا بالذات ينبغي أن يتم تسليمه بذاته، أما إذا ان المبيع معينا بنوعه فيرجع لاتفاق المتعاقدين على درجة جودة الشيء، فإن لم يتفقا ولم يكن من الممكن استخلاص ذلك من العرف أو من ظرف آخر إلتزم البائع بتسليم صنف متوسط الجودة. أما إذا كانت السلعة ذات كيان معنوي كالمعلومات مثلا، فيشترط فيها أن تكون حديثة وشاملة بحيث يحرص المتعاقد على إضافة كل جديد من المعلومات التي تتعلق بالمجال الذي يهتم به المتعاقد الذي من أجله أقدم على إبرام العقد، من جهة، كما عليه أن يغطي تماما مجال محل العقد.

فالعقد الذي يكون محله تقديم معلومات خاصة بتطورات قيمة الأسهم في البورصة، يلتزم بموجبه المورد بأن يقدم كل المعلومات المتعلقة بهذا المجال وفق آخر التطورات المسجلة.

أما فيما يتعلق بمقدار المبيع، فقد عالج المشرع حالة نقص المبيع أو الزيادة في المادة 365 من القانون المدني التي تنص على أنه: "إذا عين في عقد البيع مقدار المبيع كان البائع مسؤولا عما نقص منه بحسب مايقضي به العرف، غير أنه لا يجوز للمشتري أن يطلب فسخ العقد لنقص في البيع إلا إذا أثبت أن النقص يبلغ من الأهمية درجة لو كان يعلمها المشتري لما أتم البيع، وبالعكس إذا تبين أن قدر الشيء المبيع يزيد على ما ذكر بالعقد، وكان الثمن مقدرا بحسب

[1] د/محمد أمين الرومي، المرجع السابق، ص118.

[2] تكون معظم هذه الأشياء خاضعة لحماية خاصة في القوانين المتعلقة بالملكية الفكرية والصناعية والأدبية.

الوحدة وجب على المشتري إذا كان المبيع غير قابل للتقسيم أت يدفع ثمنا زائدا إلا كانت الزيادة فاحشة، في هذه الحالة يجوز له أن يطلب فسخ العقد، كل هذا مالم يوجد اتفاق يخالفه".

أما عن كيفية التسليم في العقود الإلكترونية فيتم بوضع المبيع تحت تصرف المتعاقد بحيث يتمكن من حيازته والإنتفاع به دون عائق ولو لم يتسلمه تسليما ماديا، ما دام البائع قد أخبره بأنه مستعد لتسليمه، وغالبا ما يتم ذلك عبر البريد، ومن المتصور هنا أن تحدث بعض الصعوبات التي قد تتسبب في تأخر التسليم.الملاحظ بالنسبة للعقود المبرمة عن طريق الأنترنيت أن تسليم الأشياء ذات الطابع المعنوي يتم بقيام البائع بتمكين المشتري من تحميل برامج الكمبيوتر محل العقد مثلا على القرص الصلب الخاص به أو قيامه بعرض الفيلم الذي يريد المتعاقد مشاهدته على شبكة الأنترنيت، بحيث يتمكن هذا الأخير من مشاهدته[1] .

أما زمان التسليم، فقد ترك القانون الحرية للمتعاقدين في تحديد زمان التسليم، فقد يكون ذلك فور إبرام العقد أو بعد إبرامه في أجل معين أو في آجال متتالية، فإذا لم يوجد اتفاق على زمان التسليم، فيجب أن يتم السليم فور الإنتهاء من إبرام العقد، ويمكن أن يتأخر التسليم بعض الوقت بحسب ما يقضي به العرف وطبيعة المبيع [2].

وبخصوص مكان التسليم ، فقد نصت المادة 368 من القانون المدني على أنه: " إذا وجب تصدير المبيع إلى المشتري فلا يتم التسليم إلا إذا وصل إليه ما لم يوجد اتفاق يخالف ذلك"، فطبقا لهذا النص فإن التسليم يتم حيث يوجد موطن البائع طبقا للقواعد العامة، ويترتب على ذلك أن تبعة الهلاك أثناء الطريق تكون على البائع وليس على المشتري لأن التسليم لم يتم بعد[3]، ويمكن أن يتم التسليم بالنسبة للعقود التي يكون محلها شيئا معنويا في صندوق البريد الإلكتروني، كمن يشتري كتابا أو مقالا أو قطعة موسيقية ويتم الإتفاق على أن التسليم يكون عن طرق تحميلها أو إرسالها في شكل إلكتروني.وتكون نفقات تسليم المبيع على البائع في الأصل إلا إذا اتفق الطرفان على خلاف ذلك .فإذا أخل البائع بالتزامه بتسليم المبيع وفقا لما اتفق عليه، يجوز

---

[1] نص العقد النموذجي على ضرورة تحديد كيفية التسليم في الفقرة السابعة من البند الرابع منه وإذا ماكان سيتم عن طريق البريد أو بواسطة وسيلة نقل أو على الخط أو الشبكة نفسها، د/أسامة أبو الحسن مجاهد، المرجع السابق، ص103.

[2] كما ورد في البند 11 من العقد النموذجي ضرورة تحديد تاريخ التسليم ويقترح أن يتم مثلا خلال ثلاثون يوما، وإلا جاز إنهاء العقد ورد المبالغ المدفوعة. د/أسامة أبو الحسن مجاهد، المرجع السابق، ص103.

[3] لذا فقد حرصت العقود المتداولة على تنظيم هذه المسألة فنص البند 12 على أن. "يتم تسليم السلع في موطنك أو في أي عنوان آخر تختاره في الإقليم الفرنسي وتذكره في طلبك، ولن تتحمل أية نفقات من أجل التسليم بخلاف نفقات التصدير المذكورة سالفا". د/أبو الحسن مجاهد، مرجع سابق، ص101 و 102.

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

الفرع الثاني: إلتزام المتعاقد بتقديم الخدمة

هناك العديد من الخدمات التي تقدم على شبكة الأنترنيت و على سبيل المثال تقديم الإسشارات القانونية من قبل المحامي، أو الإشتراك في بنوك المعلومات، ويلاحظ أن هذا الإلتزام غالبا ما يكون مستمرا لفترة من الزمن، فعقد الإشتراك مثلا في قواعد المعلومات عبر شبكة الأنترنيت لا يمكن تنفيذه في لحظة واحدة بل يكون تنفيذه متتابع على فترات زمنية مستمرة [1]، وتتطلب مثل هذه العقود تعاون الزبون والمورد قصد الإستعلام لتلقي النصائح الفنية التي تمكنه من الحصول على أفضل خدمة يحتاج إليها، ومثال ذلك أن ينصح المتعاقد الزبون بشراء المعدات اللازمة لإجراء عملية البحث في بنك المعلومات التي تسهل حدوث الإتصال والتفاعل بينه وبين بنك المعلومات.

كقاعدة عامة فإن إلتزام المورد بأداء خدمة هو إلتزام بتحقيق نتيجة ما لم يتضح من نصوص العقد وطبيعة الإلتزام أن الأمر يتعلق ببذل عناية، لذا لا يستطيع المورد التخلص من المسؤولية إلا بإثبات السبب الأجنبي المتمثل في القوة القاهرة، أو خطأ الغير أو خطأ المضرور .ويجب كما سبق القول، أن يلتزم مورد الخدمة بتوريد معلومات صحيحة شاملة مع التزامه بالحفاظ على سرية مطالب الزبون بشأن الخدمات الموردة له [2] .

المطلب الثاني : الإلتزام بالوفاء الإلكتروني

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

---

[1] د/فاروق محمد أحمد الأباصيري، المرجع السابق، ص87 وما يليها.

[2] د/محمد أمين الرومي، مرجع سابق، ص125.

بأنظمة الدفع والسداد الإلكتروني[1]، وسوف تتم دراسة هذا النمط الجديد في الوفاء من خلال فرعين، يخصص الأول لدراسة خصائص الدفع الالكتروني أما الثاني فيخصص لدراسة طرق الدفع الالكتروني.

الفرع الأول: خصائص الدفع الالكتروني

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

أولا : من حيث طبيعته

يتميز الدفع الالكتروني بأنه من بين وسائل الوفاء التي تتم عن بعد، ويكون ذلك بإعطاء أمر الدفع عبر شبكة الأنترنيت وفقا لمعطيات الكترونية تسمح بالاتصال المباشر بين طرفي العقد، وبهذه الصفة يعتبر الدفع الإلكتروني وسيلة فعالة لتنفيذ الإلتزام بالوفاء في العقود الإلكترونية التي تقضي تباعد أطراف العقد، أين يغيب إلتقائهم المادي على مائدة مفاوضات واحدة[2].

ثانيا: من حيث الجهة التي تقوم على خدمة الدفع الالكتروني

إن وجود نظام الدفع الإلكتروني لتسوية المعاملات التي تتم عبر شبكة الأنترنيت يستلزم توافر شروط قانونية و فنية تتمثل فيما يلي :

– توفير بيئة تشريعية ملائمة تقر وتنظم أحكام الدفع الإلكتروني(في القانون التجاري و المصرفي)

–توفير نظام مصرفي لإتمام عمليات الدفع وتسهيلها، ويتوقف ذلك على توفير الأجهزة التي تقوم بإدارة مثل هذه العمليات.

– توفير الإمكانيات الفنية والتقنية لتسهيل هذه العمليات.

وبتوافر هذه الشروط يصبح بامكان المتعاقد أن يوفي بالتزاماته عن بعد من دون اللجوء إلى الوسائل المادية، قد كانت أنظمة الدفع الإلكتروني في بدايتها تعتمد على اتصال المتعاقد بحسابه لدى البنك، عن طريق موقعه على شبكة الأنترنيت، إذ يمكنه الدخول إليه وإجراء ما تتيحه له الخدمة، إلا أن هذا النمط تطور مع شيوع الأنترنيت إذ أمكن للزبون الدخول من خلال الإشتراك العام عبر الأنترنيت، عن طريق فكرة الخدمة المالية عن بعد أو ما يسمى بالبنوك الإلكترونيةالتي تعرف بأنها " تلك الأنظمة التي تتيح للزبون الوصول إلى حسابه وأية معلومات يريدها، والحصول

1 د/فاروق محمد أحمد الأباصيري، مرجع سابق، ص97 و 98.

2 د/فاروق محمد أحمد الأباصيري، مرجع سابق، ص100.

على مختلف الخدمات والمنتجات المصرفية من خلال شبكة المعلومات تربط بها جهات الحاسوب الخاص به أو أية وسيلة أخرى.

ثالثا: من حيث وسائل الأمان الفنية

بما أن الدفع الإلكتروني يتم من خلال فضاء معلوماتي مفتوح، فإن فرصة السطو على رقم البطاقة أثناء الدفع الإلكتروني تكون قائمة، وهذا الخطر متواجد عند الدفع الإلكتروني بغير الأنترنيت وأكثر حدوثا على شبكة الأنترنيت باعتبارها فضاءا مفتوح لكل الأشخاص من كل البلدان، ويكون ذلك باختراق البيانات المتواجدة في الشبكة واستخدامها إضرارا بصاحب البطاقة، ومن أجل تفادي هذا الخطر، فان الدفع الإلكتروني يكون مصحوبا بوسائل أمان فنية من شأنها أن تحدد المدين الذي يقوم بالدفع والدائن الذي يستفيد منه، فيتم بطريقة مشفرة باستعمال برنامج معد لهذا الغرض بحيث لا يظهر الرقم البنكي على شبكة الويب، كما يتم عمل أرشيف للمبالغ التي يتم السحب عليها، مما يسهل الرجوع إليه، ولتفادي تداول البيانات على الشبكة تم ابتكار نظام للوفاء يقوم على فكرة الأجهزة الوسيطة بإدارة عمليات الدفع لحساب المتعاقدين، وذلك بتسوية الديون و الحقوق الناشئة عن التصرفات المختلفة التي تبرم بينهما .وهذا من شأنه توفير الثقة بن أطراف التعامل ويضمن فعاليتها الأكيدة كوسيلة من وسائل الدفع التي تيسر التجارة الإلكترونية[1].

الفرع الثاني: أنواع الدفع الإلكتروني

يمكن للمتعاقد من خلال شبكة الأنترنيت أن يقوم بالوفاء بمقابل ما قد تلقاه من المورد مستخدما إما الطرق التقليدية للوفاء في العقود التي تتم بين غائبين، أو طرق الوفاء المباشرة وذلك من خلال شبكة الإتصال اللاسلكية متحدة عبر الكمبيوتر ، وهذا ما يعرف بالدفع الإلكتروني، ولهذه الأخيرة عدة طرق أهمها:

أولا: الدفع عن طرق التحويل الإلكتروني

هذه الطريقة تتم بتحويل مبلغ معين من حساب المدين إلى حساب الدائن، فالعملية تتم بطرقة مباشرة عبر الشبكة الإلكترونية[2].

ثانيا: الدفع بالبطاقات المصرفية

تعرف البطاقة المصرفية بأنها "عبارة عن بطاقات بلاستيكية ممغنطة تصدرها البنوك لصالح زبائنها بدلا من حمل النقود، و يستطيع حاملها أن يحصل على ما يحتاجه من سلع وخدمات

[1] د/فاروق محمد أحمد الأباصيري، مرجع سابق، ص102.

[2] د/محمد أمين الرومي، مرجع سابق، ص142.

دون أن يضطر إلى الوفاء بثمنها فورا نقدا أو بشيكات، غير أن هذه الوسائل لا تخلوا من المخاطر تتمثل خاصة في تسليم رقم البطاقة على الشبكة دون تشفير أو اتخاذ الاحتياطيات التي تضمن سريته، وأهم هذه البطاقات :

1 – بطاقات الوفاء : تخول هذه البطاقة لحاملها سداد مقابل مشترياته من سلع وخدمات، حيث يتم تحويل ذلك المقابل من حسابه إلى حساب التاجر، ولا تعد هذه البطاقات إئتمانية إنما تحمل تعهدا من البنك مصدر البطاقة بتسوية الدين بين حامل البطاقة والتاجر، وإن كان هناك رصيد دائن لحامل البطاقة[1].

2– بطاقة الإئتمان : تخول هذه البطاقة لحاملها الحق في الحصول على تسهيل إئتماني من مصدر هذه البطاقة لحاملها، حيث يقدمها للتاجر ويحصل بموجبها على السلع والخدمات، وبذلك منح حاملها أجلا حقيقيا وهو ذلك الأجل الذي اتفق على السداد خلاله مع الجهة مصدرة البطاقة، غير أن البنوك لا تمنح هذه البطاقة إلا بعد التأكد من ملائمة الزبون أو الحصول منه على ضمانات عينية أو شخصية كافية[2].

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

ثالثا: الدفع بالنقود الإلكترونية

يصطلح على تسميتها أيضا بالنقود الرقمية أو الرمزية أو النقود القيمية وتعرف بأنها " سلسلة الأرقام التي تعبر عن قيم معينة تصدرها البنوك التقليدية أو البنوك الإفتراضية لمودعيها ويحصل هؤلاء عليها في صورة نبضات كرومغناطسية على بطاقة ذكية أو على الهاردرايف ويستخدمها هؤلاء لتسوية معاملاتهم التي تتم عن طريقها[3] ".

---

[1] د/عبد الفتاح بيومي حجازي، مرجع سابق، ص113 و 114.

[2] د/عبد الفتاح بيومي حجازي، مرجع سابق، ص114 و 115. و د/محمد أمين الرومي، مرجع سابق، ص138 و 139.

[3] د/فاروق محمد أحمد الأباصيري، مرجع سابق، ص105.

المبحث الثالث : الإثبات في العقد الإلكتروني

أن للإثبات أهمية قصوى في كافة الأنظمة القانونية، باعتباره أولى الخطوات لحماية الحق خاصة أنه الإثبات الخطي الذي يرتكز على كتابة موضوعة على دعامة مادية تتمثل في محرر ورقي مختوم بتوقيع صاحبه، وفي القانون المدني الجزائري، يعطى نظام الإثبات الأفضلية للكتابة على باقي طرق الإثبات الأخرى ومن أهم الشروط السند الكتابي التي يشترطها القانون حتى يتم قبوله في الإثبات، أن يكون السند مكتوبا وموقعا، وحتى يمكن إثبات المعاملات الإلكترونية المحررة على وثيقة إلكترونية التي تسمى المحرر الإلكتروني.لذا سنتناول دراسة الكتابة الإلكترونية في المطلب الاول و التوقيع الالكتروني في المطلب الثاني.

المطلب الأول : الكتابة الإلكترونية

إن توافر الحق لا يكفي للحصول عليه أو للتمسك به عند التنازع، بل يجب أن يقترن بوسيلة إثبات تثبت وجوده، بالإضافة إلى الكتابة التقليدية كدليل لصحة التصرف القانوني، ظهر نوع كتابي آخر ألا وهو الكتابة الإلكترونية والمحررات.

الفرع الأول : الكتابة والمحررات الإلكترونية

سيتم في هذا الصدد إلى تعريف الكتابة أو المحررات وما المقصود بها؟

أولا : تعريف الكتابة الإلكترونية : عرف المشرع المصري الكتابة في قانون التوقيع الإلكتروني " كل حروف أو أرقام أو رموز أو أية علامات أخرى تثبت على دعامة إلكترونية أو رقمية أو ضوئية أو أية وسيلة أخرى أو مشابهة تعطي دلالة قابلة للإدراك".

أما المشرع الجزائري وبموجب تعديل القانون المدني في سنة 2005 عرف الكتابة عامة دون الكتابة الإلكترونية في المادة 323 مكرر نصت على : " ينتج الإثبات بالكتابة من تسلسل الحروف أو أصناف أو أرقام أو أية علامات أو رموز ذات معنى مفهوم مهما كانت الوسيلة التي تتضمنها، وكذا طرق إرسالها[1] ".

ثانيا : تعريف المحررات الإلكترونية : نصت المادة 01 من قانون أونسيترال على تعريف رسالة البيانات " المعلومات التي يتم إنشائها أو إرسالها أو إستلامها أو تخزينها بوسائل إلكترونية أو

[1] الأمر 05-10 المؤرخ في 20 جوان 2005, المتضمن ق.م.ج.ج ر العدد 44, الصادرة في 2005/06/26.

ضوئية أو بوسائل مشابهة، بما في ذلك على سبيل المثال لا الحصر تبادل البيانات الإلكترونية أو البريد الإلكتروني أو البرق أو التلكس أو النسخ البرقي[1] ".

وعرف المشروع التونسي المحررات الإلكترونية بالمبادلات الإلكترونية في الفصل الثاني من الباب الأول وينص : " المبادلات الإلكترونية : المبادلات التي تتم باستعمالها الوثائق الإلكترونية ".

نستنتج من خلال ما تضمنته التشريعات من تعريفات أنها أوردت عدة تسميات من رسالة البيانات ومبادلات إلكترونية... إلا أنها تندرج تحت مسمى واحد وهو المحرر الإلكتروني.

الفرع الثاني : تحديد شروط الكتابة والمحررات الإلكترونية

لكي تؤدي الكتابة الإلكترونية وظيفتها القانونية في الإثبات كدليل على صحة التصرف القانوني ومضمونه، وأن تكون وسيلة ثقة وأمان بين المتعاملين بها يجب أن تتوفر فيها مجموعة من الشروط هي نفسها التي تتضمنها الكتابة والمحرر التقليدي يتم تناولها فيما يلي :

أولا : أن تكون مقروءة : حتى يكون للدليل الكتابي حجة في الإثبات فلا بد أن يكون مقروءا بمعنى معبرا عن محتواه لمن يقرأه وناطقا بما فيه[2]، أي يكون واضحا مفهوما من خلال كتابته بحروف أو رموز أو أرقام أو بيانات مفهومة ليتسنى فهمه.

– من التشريعات التي اعتمدت هذه الشروط قانون التوقيع المصري رقم 15 لسنة 2004 ، حيث اشترط عند تعريفه للكتابة الإلكترونية أن تعطي دلالة قابلة للإدراك أو كذا المشرع الأدرني نص على هذا الشرط في المادة 08– أ3 على " دلالة المعلومات الواردة في السجل على من ينشأه أو يستلمه وتاريخ ووقت إرساله أو تسلمه".وهو ما اعتمد عليه المشرع الفرنسي في المادة 1316 من القانون المجني الفرنسي ويتجلى ذلك في عبارة "ينتج الإثبات الإلكتروني... ذات الدلالات التعبيرية الواضحة أيا تكن دعاماتها أو طرق نقلها " وما تضمنته المادة 323 مكررة سالفة الذكر من القانون الجزائري من خلال عبارة "... ذات معنى مفهوم ".

ثانيا : استمرار الكتابة ودوامها : يقصد باستمرار الكتابة يتم التدوين على دعامة تسمح بثبات الكتابة عليه واستمرارها بحيث يمكن الرجوع إليها كلما كان ذلك لازما لمراجعة بنود العقد، أو لعرضها على القضاء، عند نشوب نزاع بين المتعاقدين[3]، فالوسيط الورقي بحكم تكوينه المادي يسمح بتحقق هذا الشرط، الأمر الذي يثير إشكال إن كان الوسيط الإلكتروني من التشريعات التي

---

[1] القرار رقم 51/162 المتضمن قانون أونسترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية للأمم المتحدة, مرجع سابق.

[2] حمودي محمد ناصر, مرجع سابق, ص278.

3 مناني فراح, مرجع سابق, ص162.

كرست هذا الشرط، القانون الإلكتروني في القانون أونسيترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية للأمم المتحدة في المادة 06-01 التي تنص : "عندما يشترط قانون أن تكون المعلومة مكتوبة، تستوفي في رسالة البيانات ذلك الشرط إذ تسيير الإطلاع على البيانات الواردة فيها على النحو الذي يتيح استخدامها بالرجوع إليها لاحقا[1]".وهو ما نص عليه الفصل الرابع من قانون المبادلات التونسي : " يعتمد قانونا فقط الوثيقة الإلكترونية كما يعتمد حفظ الوثيقة الإلكترونية، ويلتزم المرسل إليه بحفظ الوثيقة الإلكترونية في الشكل المرسلة به، ويلتزم المرسل إليه بحفظ هذه الوثيقة في الشكل الذي تسلمها به".

ثالثا : عدم قابلية الكتابة للتعديل : يشترط لكي يكتسي الدليل الكتابي حجية في الإثبات ألا يكون قابلا للتعديل أو التغيير، بمعنى أن تكون خالية من أي عيب يأثر في صحتها كأن يكون هناك تعديل أو حذف أو محو أو تحشية وغيرها من العيوب المادية، التي يمكن أن تشوب الكتابة الورقية والهدف من هذا الشرط توفير عنصر الأمان في الدليل، حتى يتمكن التمسك به ومنحه الحجية القانونية[2].

لقد نص قانون أنسترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية للأمم المتحدة على : الإحتفاظ برسالة البيانات بالشكل الذي أنشأت أو أرسلت أو استلمت به أو بشكل يمكن إثبات أنه يمثل بدقة المعلومات التي أنشأت أو أرسلت أو استلمت[3] "، بدوره كرس المشرع الجزائري هذا الشرط في المادة 323 مكرر " ... في ظروف تضمن سلامتها[4] ".

الفرع الثالث : التنازع بين الكتابة في الشكل الإلكتروني والكتابة على الورق في الإثبات.

لم تكن تثار مسألة تنازع أدلة الإثبات قبل تعديل القانون المدني بموجب الأمر 05-10 ، الذي اعترف بموجبه المشرع بحجية الكتابة في الشكل الإلكتروني في إثبات العقود والتصرفات القانونية التي توازي في قيمتها القانونية حجية الكتابة الورقية، وذلك لسبب بسيط هو أن قانون الإثبات لم يكن يعترف قبل هذا التاريخ إلا بالكتابة التي تكون على دعامة ورقية أو مادية،

---

[1] قرار رقم 162-51 المتضمن قانون أونسترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية للأمم المتحدة, مرجع سابق.

[2] حمودي محمد ناصر, مرجع سابق, ص28.

[3] قرار رقم 162-51 المتضمن قانون أونسيترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية للأمم المتحدة, مرجع سابق.

4 الأمر 75-58 يتضمن القانون المدني الجزائري, ج ر, العدد 78 لسنة (1975) (المعدل والمتمم).

لكن وبظهور الوسائط التقنية الجديدة التي تختلف في طبيعتها عن الوثائق الكتابية، وتوازيها في نفس الوقت في قوتها الثبوتية أصبح من الممكن حدوث التنازع فيما بينها، وبات الأمر ضروريا بالنسبة للمشرع الفصل في هذا التنازع ، فلو وقع نزاع حول تنفيذ عقد أو تصرف قانوني ما سواء كان مبرما بطريقة تقليدية وتمسك أحد الأطراف بالوثيقة الورقية بينما تمسك الآخر بالوثيقة الإلكترونية المعدة للإثبات، فأي الدليلين يرجح القاضي ؟

لم يتطرق المشرع لمسألة تنازع أدلة الإثبات عندما قام بتعديل القانون المدني وأدخل الكتابة في الشكل الإلكتروني كدليل إثبات، وهذا عكس القانون الفرنسي الذي عالج هذه النقطة بمناسبة تعديله للقانون المدني بموجب القانون 230-2000 المؤرخ في 13 مارس 2000 المتعلق بإصلاح قانون الإثبات لتكنولوجيات المعلومات والتوقيع الإلكتروني، وتحديدا في المادة 1316-2 التي تنص على انه: "عندما لا ينص القانون على قواعد مخالفة أو عندما لا يكون هناك اتفاق متكافئ في إثبات الإلتزامات والحقوق بين الأطراف يبت القاضي في النزاعات القائمة حول الإثبات بالكتابة عبر تحديد السند الأكثر مصداقية، أيا كانت دعامته، وذلك عن طريق استخدام كافة الطرق المتوفرة لديه.

وهذه القواعد التي جاء بها القانون الفرنسي يمكن الإستعانة بها في الجزائر كونها لا تخرج عن القواعد العامة المتعلقة بالإثبات، فالقاضي الجزائري في غياب النص الذي يفصل في تنازع أدلة الإثبات بإمكانه استعمال سلطته التقديرية لترجيح أحد الأدلة على غيرها، كما في حالة ما إذا عرض عليه محرران عرفيان ورقيان، إلا إذا اتفق طرفا العقد على ترجيح إحدى الوثائق على الأخرى، كأن يتفقا على ترجيح وثيقة إلكترونية على الوثيقة الخطية، وهذا الإتفاق جائز لأن قواعد الإثبات الموضوعية ليست من النظام العام[1] ، وفي هذا يقول الأستاذ يحي بكوش: " تبقى القواعد الموضوعية الخاصة يالإثبات التي تمس بالحقوق الخاصة خاضعة لإرادة الخصوم يتصرفون فيها طبقا لرغباتهم.

المطلب الثاني : التوقيع الإلكتروني

لا تعد الكتابة سواء كانت في الشكل الإلكتروني أو على دعامة مادية دليلا كاملا في الإثبات إلا إذا كانت موقعة، فالتوقيع هو العنصر الثاني من عناصر الدليل الكتابي المعد أصلا للإثبات، وهو شرط أساسي لصحة الوثيقة سواء كانت إلكترونية أو ورقية.

[1] راجع, أ/يحي بكوش, أدلة الإثبات في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي, دراسة نظرية وتطبيقية مقارنة, الطبعة الثانية, المؤسسة الوطنية للكتاب, ص52 وما يليها.

لذا نص المشرع في المادة 327 فقرة 2 من القانون المدني على أنه: " يعتبر العقد العرفي صادرا ممن كتبه أو وقعه أو وضع عليه بصمة أصبعه ما لم ينكر صراحة ما هو منسوب إليه، أما ورثته أو خلفه فلا يطلب منهم الإنكار ويكفي أن يحلفوا يمينا بأنهم لا يعلمون أن الخط أو الإمضاء أو البصمة هو لمن تلقوا منه هذا الحق.

الفرع الأول :تحديد مفهوم التوقيع الإلكتروني.

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

أولا : تعريف التوقيع الإلكتروني : لم يعرف المشرع التوقيع الإلكتروني، غير أنه بالرجوع إلى التعريفات التي تم اعتمدها من قبل القوانين المقارنة والفقه ، والتي نجدها اهتمت إما بالوسائل التي يتم بها التوقيع وإما بالوظائف والأدوار التي يضطلع بها التوقيع، ومنها من يجمع بين الوظائف والأدوار في نفس الوقت.

فلجنة التجارة الدولية التابعة للأمم المتحدة عرفته بأنه " مجموعة أرقام تمثل توقيعا على رسالة معينة "، يتحقق هذا التوقيع من خلال اتباع بعض الإجراءات الحسابية المرتبطة بمفتاح رقمي خاص بالشخص المرسل، ومن ثمة فإنه بالضغط على هذه الأرقام الخاصة بمستخدم الأنترنيت، يتكون التوقيع الإلكتروني، ويمكن أن يتم تحديد هذه الأرقام الخاصة من خلال اتفاقيات جماعية لمستخدمي الأنترنيت في المعاملات التجارية أو من خلال عقد مبرم بين الطرفين يحدد الرقم السري الخاص بكليهما، بحيث أن اقتران الرسالة المرسلة بهذه الأرقام، يستطيع الشخص أن يحدد شخصية المتعاقد الذي أرسل الرسالة، وهذا يعني إمكانية تعدد التوقيع الإلكتروني، بتعدد المعاملات التي يقوم بها الشخص[1].وعرفه المشرع الفرنسي في المادة 1316-4 من القانون المدني بأنه: "التوقيع الضروري لإكمال التصرف القانوني، والتعريف بهوية صاحبه، والمعبر عن رضا الأطراف بالإلتزامات الناشئه عنه ".

ثانيا : خصائص التوقيع الإلكتروني

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

[1] د/فاروق محمد أحمد الأباصيري, مرجع سابق, ص82.

– إن التوقيع الإلكتروني، وعلى العكس من التوقيع الكتابي لا يقتصر على الإمضاء أو بصمة الأصابع بل يشمل صورا لا يمكن حصرها منها الحروف والأرقام والصور والرموز والإشارات وحتى الأصوات، كل ذلك بشرط أن يكون لها طابع فردي، يسمح بتمييز الشخص صاحب التوقيع وتحديد هويته، وإظهار رغبته في إقرار العمل القانوني والرضا بمضمونه، فالتوقيع الإلكتروني على رسالة ما أو وثيقة.هو عبارة عن بيانات متجزئة من الرسالة ذاتها يجرى تشفيرهوإرساله مع الرسالة، بحيث يتم التوثق من صحة صدور الرسالة من الشخص عند فك التشفير، وانطباق محتوى التوقيع على الرسالة.

–إن التوقيع الإلكتروني يتميز بأنه لا يتم عبر وسيط مادي، أي دعامة ورقية، بحيث تذيل به الكتابة، كما هو الحال بالنسبة للتوقيع الكتابي، وإنما يتم كليا أو جزئيا عبر وسيط إلكتروني من خلال أجهزة الكمبيوتر، أو عبر الأنترنيت، بحيث يكون بإمكان أطراف العقد الإتصال ببعضهم البعض والإطلاع على وثائق العقد، والتفاوض بشأن شروطه وإفراغ هذا العقد في محررات إلكترونية، وأخيرا التوقيع عليها إلكترونيا.

–لزوم تدخل طرف ثالث الذي يقوم بدور الوسيط بين أطراف العقد، حيث استلزمت ضرورة الأمن القانوني وجوب استخدام تقنية آمنة في التوقيع الإلكتروني تسمح بالتعرف على شخصية الموقع[1].

ثالثا : أنواع التواقيع الإلكترونية.

للتوقيع الإلكتروني صورتان شائعتان إحداهما التوقيع الرقمي وآخر بيومتري.

1– التوقيع الرقمي : يطلق عليه أيضا إسم التوقيع الكودي ، تقوم هذه التقنية بتزويد الوثيقة الإلكترونية بتوقيع مشفر يمكنه تحديد الشخص الذي قام بتوقيعها والوقت الذي قام فيه بتوقيعها، ومعلومات أخرى خاصة بصاحب التوقيع.ثم يسجل التوقيع الرقمي بشكل رسمي عند جهات تعرف بسلطات التوثيق، ويتم هذا التوقيع بوجود مفتاحان، مفتاح العام وهو معروف للكافة،ومفتاح خاص يتوفر فقط لدى الشخص الذي أنشاه ويمكن بهذه الطريقة لأي شخص يملك المفتاح العام أن يرسل الرسائل المشفرة، ولكن لا يستطيع أن يفك شفرة الرسالة الا الشخص الذي لديه المفتاح الخاص.

ويمكن تلخيص مزايا هذا التوقيع في الآتي:

[1] فاروق محمد احمد الاباصيري,مرجع سابق,ص 86.

– أنه يؤدي إلى إقرار المعلومات التي يتضمنها السند أو التي يهدف إليها صاحب التوقيع.

– يسمح بإبرام العقود عن بعد، وذلك دون حضور المتعاقدين جسديا في ذات المكان، الأمر الذي يساعد في ضمان وتنمية التجارة الإلكترونية.

– هو وسيلة مأمونة لتحديد هوية الشخص الذي قام بالتوقيع.

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

2– التوقيع البيومتري : يعتمد التوقيع البيومتري على تحديد نمط خاص تتحرك به يد الشخص الموقع أثناء التوقيع، إذ يتم توصيل قلم إلكتروني بجهاز كمبيوتر، ويقوم الشخص بالتوقيع باستخدام هذا القلم الذي يسجل حركات يد الشخص أثناء التوقيع كسمة مميزة له اخذا في الاعتبار بأن لكل شخص سلوك معين أثناء التوقيع. ويتم التحقق من صحة هذا التوقيع، عن طريق قيام نفس البرنامج، الذي تم التوقيع بواسطته، بفك رموز الشفرة البيومترية، ومقارنة المعلومات مع التوقيع المخزن، ثم إرسالها إلى برنامج كمبيوتر الذي يعطي الإشارة فيما إن كان التوقيع صحيحا أم لا [1].

الفرع الثاني :حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات.

نص المشرع في المادة 327 فقرة 2 على أنه: " يعتد بالتوقيع الإلكتروني وفقا للشروط المذكورة في المادة 323 مكرر 1 أعلاه "، ويكون بذلك المشرع قد سوى في الحجية بين التوقيع التقليدي والتوقيع الإلكتروني، وهو ما يسمى بالتعادل الوظيفي بين التوقيع التقليدي والتوقيع الإلكتروني، أي أن التوقيع الالكتروني يمكن أن يقوم بذات الوظائف التي يقوم بها التوقيع الخطي من حيث تحديد هوية صاحبه و إقراره بمضمون التعامل الذي استخدم هذا التوقيع في إنجازه.

في نفس الوقت أحال المشرع على الشروط المنصوص عليها في المادة 323 مكرر 1 للإعتداد بهذا التوقيع وهي:

– إمكانية التأكد من هوية الشخص الذي أصدره.

– أن يكون معدا ومحفوظا في ظروف تضمن سلامته.

[1] د/عبد الفتاح بيومي حجازي, مرجع سابق, ص99.

وفي غياب نص تنظيمي للمسألة، تظل مشكلة تحديد الشخص الذي يصدر عنه هذا التوقيع قائمة في كيفية تعيين المتعاقد حتى مع وجود التوقيع الإلكتروني، وفي هذا الصدد تظهر أهمية تحديد هذا التوقيع من خلال شخص آخر يسمى بهيئة الإقرار ، والتي تقدم خدمة التصديق ، أو الغير الموثق، وهذا يعني ضرورة إنشاء هذه الوظيفة بالنسبة للمعاملات التي تتم من خلال شبكة الأنترنيت، وهذه الجهة الموثقة أو هذا الشخص المصدق يجب أن يقدم وثيقة إلى مستخدم الأنترنيت في إبرام العقود تتضمن اسمه، عنوانه، وإذا كان شخص معنوي يتم تحديد سلطاته، ورقمه السري، وهذه الشهادة تحمل التوقيع الإلكتروني للجهة الصادرة عنها، وهذا من شأنه أن يؤكد العلاقة بين الشخص والرسالة الإلكترونية الصادرة عنه، وإن بث الرسالة مقترنة بهذه الإجراءات المكونة للتوقيع الإلكتروني يؤكد نسبتها لشخص محدد من جهة، وأنه لم يحدث تلاعب أو تحريف أوتعديل في الرسالة من جهة أخرى، وهذا من شأنه إضفاء نوع من الثقة في التعامل الذي يتم من خلال شبكة الأنترنيت، إذ يضمن للمستقبل سلامة المعلومات المرسلة من الطرف الآخر كما صدرت عنه تماما دون تحريف ناتج عن تدخل شخص آخر على الشبكة، وفي سبيل إضفاء الثقة على هذه الوسيلة يجب على هذه الهيئة أن تخلق لديها نظاما رقميا خاصا بالتوقيع الإلكتروني بما يمنع الخلط بين مستخدمي الأنترنيت وكذلك خلق أرشيف إلكتروني، يتضمن التوقيعات الإلكترونية الصادرة عنها [1].

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

أما في الجزائر، وبسبب غياب إطار منظم لهذه الوظيفة، فلأطراف العقد الحرية في اختيار النظام الإلكتروني الذي يضمن للإمضاء موثوقيته، وذلك بإنشاء الجهة الموثقة باتفاق مستخدمي لأنترنيت في تعاملاتهم، ومن ثمة تكون هذه الهيئة خاصة.

[1] د/فاروق محمد أحمد الأباصيري, مرجع سابق, ص83 وما يليها.

الفصل الثاني

الفصل الثاني : القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية و آليات تسوية منازعاته

نتطرق في دراسة هذا الموضوع إلى نقطتين أساسيتين تعتبران من أكبر إشكالات التي تواجه عقود التجارة الإلكترونية، نظرا لغياب نظام قانوني أو تشريع دولي خاص لهذا النوع من العقود، ليكتفي بما هو نموذجي في هذا الحين إلى غاية استكمال تنظيمه من الهيئات القانونية الخاصة بمجال التجارة الدولية، وهو ما سنتناوله في المبحث الأول والمعنون بالقانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، أما بالنسبة للمبحث الثاني تحت عنوان آليات تسوية منازعات عقود التجارة الإلكترونية .

المبحث الأول : القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية

تتبع معظم الأنظمة القانونية نظاما ثنائيا في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقود بين الأطراف ذات الطابع الدولي ، ويفرق بين حالتين ، الحالة الأولى تتمثل في وجود اتفاق بين الأطراف على القانون الواجب التطبيق الذي يحكم العلاقة ، وقد يكون هذا الاتفاق صريحا وقد يكون ضمنيا ، والحالة الثانية تتمثل في عدم وجود اتفاق بشأن تحديد القانون الواجب التطبيق في حال نشوب نزاع بين طرفي العقد، وبالتالي سوف أقوم بدراسة الحالتين في مطلبين، وأعنون المطلب الأول بالإسناد الشخصي ، والمطلب الثاني بالإسناد الموضوعي[1].

المطلب الأول : الإسناد الشخصي (قانون الإرادة)

هناك قواعد إسناد أصلية وقواعد إسناد احتياطية، ومن قواعد الإسناد الأصلية قانون الإرادة، الذي اعترفت به الأنظمة القانونية، سوف نقوم بعرض موضوع الاعتراف بهذا المبدأ في الأنظمة القانونية والمعاهدات الدولية، وكذلك في الأحكام القضائية، ثم نتطرق إلى موضوع تطبيق قانون الإرادة في مجال التجارة الإلكترونية، ثم نذكر كيفية تحديد إرادة الطرفين في مجال التجارة الإلكترونية، ثم نتعرض لصعوبات تطبيق هذا المبدأ.

الفرع الأول : ماهية المبدأ وتطبيقاته

سنحاول من خلال هذا الفرع بيان ماهية المبدأ ومختلف تطبيقاته.

---

[1] د/صالح المنزلاوي, القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية, دار الجامعة الجديدة, الإسكندرية, سنة 2006, ص262.

أولا : الإعتراف بالمبدأ

أصبح مبدأ قانون الإرادة في تحديد القانون الواجب التطبيق على النزاع مبدأ ثابت في القانون المقارن، حيث تعترف به كافة التشريعات الوطنية[1].

ففي قانون المعاملات المدنية الإماراتي، نصت المادة رقم 1/19 على أن " يسري على الالتزامات التعاقدية شكلا وموضوعا قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إن اتحدا موطنا ، فإن اختلفا موطنا يسري قانون الدولة التي تم فيها العقد ما لم يتفق المتعاقدان أو يبين من الظروف أن قانونا آخر هو المراد تطبيقه. "

وفي القانون المدني المصري كذلك نجد المادة رقم 19 تنص على أن " يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطنا فإن اختلفا موطنا سرى قانون الدولة التي تم فيها العقد ، هذا ما لم يتفق المتعاقدان أو يتبين من الظروف أن قانونا آخر هو الذي يراد تطبيقه ".

وأيضا نص القانون الأردني رقم 2011/31 الصادر في 14 جوان 2001 بشأن التحكيم ، في المادة رقم 36 على أنه " تطبق محكمة التحكيم على موضوع النزاع القواعد التي وضعها الأطراف في اتفاقهم ".

وأيضا المعاهدات الدولية اعترفت بمبدأ قانون الإرادة ، ففي اتفاقية لاهاي مثلا ، والخاصة بالبيوع الدولية للمنقولات المادية الموقع في 15 جوان 1955 والنافذة ابتداء من أول سبتمبر عام 1964 ، نصت في المادة 1/2 على أنه " تسري على البيع القانون الداخلي للبلد الذي تحدده إدارة الأطراف " ، كما نصت اتفاقية جنيف الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي الموقعة في 21 أفريل 1961 والنافذة في 7 جوان 1964 في المادة رقم 1/7 على أن " الأطراف أحرار في اختيار القانون الذي يتعين على المحكمين تطبيقه على موضوع النزاع " ، وأيضا في القانون النموذجي الذي وضعته لجنة الأمم المتحدة بشأن التحكيم التجاري الدولي في 21 جوان 1985 ، نصت المادة رقم 1/28 على أن " تفصل هيئة التحكيم في النزاع وفقا للقانون المختار بواسطة الأطراف[2] ".

أما بشأن الأحكام القضائية ، والتي تعترف بمبدأ قانون الإرادة ، فقد قضت محكمة النقض المصرية برفض تطبيق نص المادة رقم 212 من القانون البحري السوري التي تقضي ببطلان

[1] د/صالح المنزلاوي, مرجع سابق, ص263.

[2] د/صالح المنزلاوي, مرجع سابق, ص265 و 266.

شروط الإعفاء من المسئولية ، واستندت في ذلك إلى عدم اتفاق الطرفين على تطبيق أحكامه، وأن الطاعنة لم تتمسك بهذا القانون بوصفه القانون المتفق على إعماله ولكن باعتباره قانون محل الانعقاد الواجب التطبيق عملا بقاعدة الإسناد المنصوص عليها في المادة رقم 19 من القانون المدني المصري[1]، ونصت محكمة النقض على أنه " يدل على أنه يتعين الوقوف ابتداء عندما تتجه إليه إرادة المتعاقدون الصريحة أو الضمنية لتحديد القانون الواجب التطبيق على الإلتزامات التعاقدية، فإذا لم يفصح المتعاقدون عن إرادتهما في هذا الشأن وجب تطبيق قانون الموطن المشترك وإلا فقانون الدولة التي تم فيها العقد[2] ".

ثانيا : تطبيق مبدأ قانون الإرادة في مجال التجارة الدولية

تسري قاعدة قانون الإرادة على العقود الدولية المبرمة عبر الانترنت أيا كانت نوعها ، ومن ذلك العقود المبرمة بين مستخدمي الشبكة وشركاء تقديم المواقع ، وشركاء تزويد خدمات الاشتراك في الشبكة ، وكذلك العقود المبرمة عبر الشبكة بين التجار والمستهلكين.

ويستطيع طرفي العقد أن يتفقا على قانون معين لتطبيقه على أية نزاعات قد تنشأ إذا كانا مختلفي الموطن، هذا ما ذهبت إليه المادة رقم 1/19 من قانون المعاملات المدنية ، عندما نصت على أنه " يسري على الالتزامات التعاقدية شكلا وموضوعا قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إن اتحدا موطنا ، فإن اختلفا موطنا يسري قانون الدولة التي تم فيها العقد ما لم يتفق المتعاقدان أو يبين من الظروف أن قانونا آخر هو المراد تطبيقه ".

كذلك في مجال المعاملات الإلكترونية ، فإن اتفاق الأطراف له أهمية في مجال اختيار القانون الواجب التطبيق ، ففي المادة رقم 2/6 من قانون رقم 2 لسنة 2002 الخاص بالمعاملات والتجارة الإلكترونية لحكومة دبي ، نصت على أنه " يجوز أن يتفق الأطراف الذين لهم علاقة بإنشاء أو إرسال أو استلام أو تخزين أو معالجة أية سجلات الكترونية ، على التعاقد بصورة مغايرة لأي من الأحكام الواردة في الفصل الثاني حتى الفصل الرابع من هذا القانون ". ومن القوانين المتخصصة التي تعترف بحق الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على النزاعات التي

---

[1] نص المادة 19 " يسري على الإلتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطنا فإن اختلفا موطنا سرى قانون الدولة التي تم فيها العقد, هذا ما لم يتفق المتعاقدان أو يتبين من الظروف أن قانونا آخر هو الذي يراد تطبيقه ".

[2] مجموعة المكتب الفني, الطعن رقم 1114 لسنة 52 القضائية, جلسة 04 ديسمبر سنة 1989, ص249, مشار إليه في : د/صالح المنزلاوي, مرجع سابق, ص267 و 268.

قد تثور بينهم في مجال التجارة الإلكترونية ، قانون الأونيسترال بشأن التجارة الإلكترونية الصادر في سنة 1996 ، حيث تنص المادة رقم 4 على أن:

" 1 – في العلاقة بين الأطراف المشتركة في إنشاء رسائل البيانات أو إرسالها أو استلامها أو تخزينها أو تجهيزها على أي وجه آخر ، وما لم ينص على غير ذلك ، يجوز تغيير أحكام بالاتفاق.

2– لا تخل الفقرة (1) بأي حق قد يكون قائما ، في أن تعدل بالاتفاق أية قاعدة قانونية ،

وبالتالي بيّن قانون الأونسيترال أنه بإمكان الأطراف أن يتفقوا على ما يرونه مناسبا لهم ، وأن اتفاقهم هذا يكون موضع احترام القانون واعترافه به.

وقد جاء أيضا قانون المعاملات الإلكترونية الأردني رقم 85 لسنة 2001 ، منسجما مع المادة رقم 20 من القانون المدني الأردني ونصوص قانون الأونيسترال الخاص بالتجارة الإلكترونية، التي أعطت أطراف العقد حرية اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد الالكتروني الدولي الخاص بالمعاملات والتجارة الإلكترونية ، وفي المادة رقم 1/5 نص القانون على أنه " تطبق أحكام هذا القانون على المعاملات التي يتفق أطرافها على تنفيذ معاملاتهم بوسائل إلكترونية، ما لم يرد فيه نص صريح يقضي بغير ذلك.

والجدير بالذكر بأن هناك نتائج خطير مترتبة على خضوع عقود التجارة الإلكترونية لقانون الإرادة ، نذكر منها[1] :

1 – السماح للمتعاقدين باختيار أكثر من قانون ليحكم الجوانب الموضوعية في عقود التجارة الإلكترونية.

2 – عدم لزوم توافر صلة بين القانون المختار والعقد.

3 – رفض فكرة الإحالة في مجال عقود التجارة الإلكترونية

ثالثا : كيفية تحديد إرادة الطرفين في مجال التجارة الإلكترونية

يمكن تحديد القانون الواجب التطبيق عن طريق الإرادة الحرة الصادرة من طرفي العقد ، فقد تكون تلك الإرادة صريحة (كأن يذكر في العقد صراحة قانون الدولة الذي يحكم العقد) ، وقد تكون تلك الإرادة ضمنية.

[1] د/صالح المنزلاوي, مرجع سابق, ص275–283.

1- الاختيار الصريح : يسري مبدأ الإرادة على التجارة العادية والتجارة الإلكترونية ، إلا أن هناك خصوصية مميزة للتجارة الإلكترونية على الرغم من أنها تتساوى مع التجارة العادية من ناحية تبادل السلع والخدمات مقابل مبلغ نقدي أو عيني ، حيث تشمل التجارة الإلكترونية سواء من حيث تكوين العقد أو تنفيذه أو إنجازه على تقنيات نقل حديثة لبيانات التعاقد في إطار فضائي إلكتروني عن طريق شبكات المعلومات والاتصال مثل الانترنت[1].

ومن المألوف في التجارة الإلكترونية وجود عقود نموذجية يدرج فيها بند يحدد فيه الأطراف القانون الواجب التطبيق على عقدهم ، وهو ما درج الفقه على تسميته بشرط الاختصاص التشريعي.

ويمكن أن يكون اختيار القانون الواجب التطبيق اختيار صريحا من خلال الرسائل الإلكترونية المتبادلة ، كما يمكن أن يتم أيضا بالبريد الالكتروني وذلك بعد الاتفاق على البنود العقدية الأخرى كالمحل والثمن والتسليم والسعر والدفع والاحتفاظ بالملكية... إلخ[2]، كما يمكن للمتعاقدين أن يختاروا قانونا ليحكم علاقتهم العقدية دون اشتراط وجود أية صلة حقيقية أو جادة بين القانون المختار والعقد ، مثال ذلك العقد النموذجي للتجارة الإلكترونية الذي وضعته غرفة التجارة والصناعة بباريس في 30 أفريل عام 1998 ليحكم المعاملات التي تتم بين المهنيين والمستهلكين ، فينص هذا العقد في أحد بنوده على أن القانون الواجب التطبيق هو القانون الفرنسي بصرف النظر عن جنسية المتعاقدين أو موطنهم أو محل إبرام العقد أو محل تنفيذه ، ونتيجة لذلك يمكن للمتعاقدين في مجال عقود التجارة الإلكترونية أن يقدروا بحرية تامة إخضاع عقدهم لقانون دولة تقر بصحة التوقيعات الإلكترونية دون اشتراط وجود أية صلة بين القانون المختار والعقد.

وهذا الاختيار لقانون محايد من جانب الأطراف دون استلزام توافر علاقة أو رابطة ، يعتبر تمشيا مع طبيعة هذا العالم الافتراضي ، وإمكانية إطلاق حرية الأطراف في العقود الإلكترونية الدولية.

ومن ناحية أخرى ، نص القانون السويسري على إمكانية اختيار الأطراف قانونا آخر يخضع له العقد غير القانون الذي تم اختياره مسبقا ، فنصت المادة رقم 3/116 من القانون الدولي الخاص السويسري على أن " اختيار القانون يمكن إجراؤه أو تعديله في أي وقت ... " ، وأيضا هذا ما ذهبت إليه المادة رقم 2/3 من اتفاقية روما لعام 1980 المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية ، حيث نصت على أنه " يحق للأطراف في أي وقت الاتفاق على إخضاع

---

[1] د/سلطان عبد الله محمود الجواري, عقود التجارة الإلكترونية والقانون الواجب التطبيق, (دراسة مقارنة), منشورات الحلبي الحقوقية, الطبعة الأولى, سنة 2010, ص103.

2 أشار إليه : د/صالح المنزلاوي, مرجع سابق, ص283 و 284.

العقد لقانون آخر غير الخاضع له من قبل ، وسواء تم ذلك بإجراء اختيار لاحق يتم تبعا لنفس المادة أو بمقتضى نصوص أخرى[1] ".

ولكن هذا التعديل على اختيار القانون الذي يخضع له العقد ، يجب ألا يضر بحقوق الغير ، ولهذا السبب نص القانون الدولي الخاص السويسري في المادة ر قم 3/11 على أنه " إذا تم – ذلك العدول – في مرحلة لاحقة على إبرام العقد ، فإن تعديل القانون المختار يسري بأثر رجعي يرتد إلى وقت إبرام العقد مع التحفظ الخاص بحقوق الغير[2].

2– الاختيار الضمني : الاختيار الضمني هو اختيار حقيقي ولكنه غير معلن ، يستخلصه القاضي من ظروف الحال، يؤكد ذلك ما ذهبت إليه اتفاقيه لاهاي لعام 1986 في المادة 1/7 حين نصت أن " اتفاق الأطراف فيما يتعلق باختيار القانون الواجب التطبيق على عقدهم يجب أن يكون صريحا أو يمكن استنتاجه بوضوح من نصوص العقد أو من سلوك الأطراف أو بالنظر إليهما معا ".

وكذلك اتفاقية روما لعام 1980 في المادة 1/3 نصت على أن " يسري على العقد القانون الذي يختاره الأطراف ، ويجب أن يكون هذا الاختيار صريحا أو مستمدا بطريقة مؤكدة من نصوص العقد أو من ظروف التعاقد ".

أما العلامات والمؤشرات التي تساعد القاضي على معرفة اتجاه الإرادة الضمنية للمتعاقدين بخصوص قانون العقد ، فهي مثلا قرينة وجود نص في العقد يجعل الاختصاص بشأن المنازعات المتعلقة به من اختصاص محاكم دولة معينة ، أو يتم إبرام عقد يرتبط بعقد آخر سبق إبرامه وتم اختيار الأطراف للقانون الواجب التطبيق عليه . وأيضا قد ينظر إلى اللغة التي كتب بها العقد ، أو العملة التي اتفق على الوفاء بها ، أو قد يتجه القاضي إلى النظر إلى جنسية المتعاقدين أو بمحل إقامتهم أو ينظر إلى مكان إبرام العقد أو مكان تنفيذه .

ولكن بعض العناصر التي أقرها الفقه والقضاء باعتبارها ضوابط لاستخلاص الإرادة الضمنية تتضح عدم أهميتها في مجال التجارة الإلكترونية ، فقد أصبحت اللغة الانجليزية هي اللغة الرسمية في مجال الروابط العقدية التي تتم عبر شبكات الاتصال الإلكترونية ، وفي حالة استخدام لغة أخرى غير اللغة الانجليزية فإنها تترجم بطريقة آلية إلى اللغة الانجليزية بوساطة برامج موجودة

---

1 د/صالح المنزلاوي, مرجع سابق, ص286..

2 أشار إليه : د/صالح المنزلاوي, مرجع سابق, ص285.

في الحواسيب الآلية ، كما يظهر عدم فعالية معيار العملة التي يتم الوفاء بها، وأيضا معيار مكان إبرام العقد أو مكان تنفيذه.

وفي مجال عقود التجارة الإلكترونية ، فإن العقد إذا كان يتصل بدولتين أو أكثر في نفس الوقت (قانون مكان الإبرام وقانون محل التنفيذ مثلا) وكان قانون أحدهما يتضمن أحكاما لتنظيم هذا النوع من العقود مثل العقود الإلكترونية خلافا لقانون الدولة الأخرى ، الذي لا يتضمن مثل هذه الأحكام ، فمن المنطقي والطبيعي تطبيق قانون الدولة التي يتضمن قانونها أحكاما لمثل تلك العقود بوصفه قانون الإرادة[1].

الفرع الثاني : صعوبات تطبيق الإسناد الشخصي[2]

سنتطرق من خلال هذا الفرع بيان صعوبات تطبيق الإختيار الصريح إضافة إلى صعوبات تطبيق الإختيار الضمني.

أولا : صعوبات تطبيق الاختيار الصريح

1- صعوبة التحقق من وجود إرادة التعاقد : حيث أن التعاقد العادي يكون بين أطراف العقد ، الذي يتحققون من شخصية وهويات بعضهم البعض ، وفي مجال العقود التي تبرم عبر الانترنت يستطيع الطرفين التأكد من إرادة كل منهما عن طريق الإيجاب والقبول بالرسائل الإلكترونية مثلا ، ولكن تثور المشكلة حين يتم التعبير عن تلك الإرادة دون تدخل إنساني مباشر عن طريق أجهزة ووسائط إلكترونية لا تملك إرادة أصلا ، أي عندما يقوم الحاسوب المبرمج ببث رسائل مشوبة بالخطأ بشكل يستحيل توقعه من جانب الشخص الذي يعمل الحاسوب لحسابه ، مما يثير التساؤل عن الآثار القانونية المترتبة على الخطأ في التعاقد الالكتروني، وعما إذا كان يتحملها الحاسوب أم الشخص الذي يعمل الحاسوب لصالحه ، وكذلك إن بُثت تلك الرسائل بدون إرادة صاحب العلاقة ، وإنما عن طريق طرف آخر تدخل وتلاعب في مضمون الرسائل الإلكترونية.

2- صعوبة تحديد هوية الأطراف المتعاقدة: حيث أن الطرف قد لا يعرف هوية الطرف الآخر الذي يرغب في التعاقد معه ، ولا أهليته القانونية ، ولا عن الدولة التي ينتمي لها ، خاصة إذا كانت العناوين الإلكترونية يشار في المقطع الأخير منها ب (com.) أو (org.).

3- صعوبة التحقق من جدية التعاقد وإثباته: تعد قواعد الإثبات من أهم القواعد القانونية المنظمة للحقوق والالتزامات ، فالحق الذي ينكره الخصم ولا يستطيع صاحبه أن يقيم الدليل على وجوده

---

[1] د/سلطان عبد الله محمود الجواري, مرجع سابق, ص107 و 108.

[2] د/صالح المنزلاوي, مرجع سابق, ص350-363.

يكون عديم الفائدة . فقد يكون الحق موجودا من الناحية القانونية ، لكن عدم إقامة الدليل على وجوده يحول دون حصول صاحبه على طلب الحماية القانونية ويصبح من الناحية العملية هو والعدم سواء. وأيضا قد تصاب الأجهزة الإلكترونية بمشاكل فنية تؤدي إلى ضياع الأدلة والبيانات المخزنة بداخلها ، أو قد تنتهي فترة الصلاحية المقررة لتخزينها بحيث تهلك أو تصبح غير مقروءة ، أو قد يتم التلاعب بمضمون السند الالكتروني مما يؤثر على إمكانية الإثبات[1].

4- عدم تنظيم القانون المختار للعمليات الإلكترونية: تثور المشكلة في اتفاق طرفي العقد الالكتروني على قانون دولة لا تعترف أصلا بصلاحية العقود التي تعتمد على الكتابة الإلكترونية والتوقيعات الرقمية ، ففي هذه الحالة تظل الكتابة اليدوية والتوقيعات الخطية هي المعتمدة قانونا.

ثانيا : صعوبات تطبيق الاختيار الضمني

تتمثل صعوبة تطبيق الاختيار الضمني إلى صعوبة الاعتماد على القرائن أو العلامات الدالة على هذه الإرادة الضمنية للمتعاقدين في تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية.

فمثلا لا يمكن الاعتماد على اللغة التي حُرر بها العقد في تحديد الإرادة ، لأن اللغة الانجليزية أصبحت لغة التخاطب في مجال المعاملات الإلكترونية، وأيضا لا يمكن الاعتماد على العملة التي تتم الوفاء بها بعد أن أصبح مقابل الخدمة يؤدى بطريقة آلية عن طريق تحويل النقود الكترونيا أو بواسطة بطاقة الوفاء ، وبالتالي يستطيع الشخص أن يسدد بأي عملة وفي أي وقت ويصعب القول بتطبيق القانون الذي يحكم العقد الأصلي على العقود الإلكترونية الأخرى المرتبطة به ، لأن مسألة الارتباط نادرة الحدوث على الشبكة ، وأيضا يصعب الاستناد إلى قانون الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة للمتعاقدين ، لأن هذه الضوابط جميعها تؤدي في النهاية إلى توطين أو تركيز العلاقة مكانيا ، في حين أن توطين العقد وفقا لهذه المعايير التقليدية في العالم الالكتروني لن يكون أمرا سهلا.

1 د/صالح المنزلاوي, مرجع سابق, ص358.

المطلب الثاني : الإسناد الموضوعي (الاختيار القضائي في ظل غياب اتفاق الأطراف)

الإسناد الموضوعي يعتبر من قواعد الإسناد الاحتياطية ، وعليه سوف أذكر ماهية الإسناد الموضوعي ، وأتطرق إلى الضوابط الجامدة والضوابط المرنة ، وفي النهاية أعرض الصعوبات التي تعترض تطبيق الإسناد الموضوعي.

الفرع الأول : ماهية المبدأ وتطبيقاته

إذا لم يتفق أطراف العلاقة في عقود التجارة الإلكترونية ، على تحديد القانون الواجب التطبيق صراحة ، وتعذر استخلاص إرادتهم الضمنية ، فإنه لا يجوز للقاضي أن يمتنع عن أداء واجبه في الفصل في القضايا المعروضة عليه وإلا وقع تحت طائلة العقاب المقرر عن جريمة إنكار العدالة ، كما لا يجوز له أن يغض الطرف عن القوانين التي تتنازع لحكم الرابطة العقدية محل النزاع ويعمد الى تطبيق قانونه الوطني مباشرة ، وإنما عليه أن يجتهد حتى يصل الى تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد بالنظر الى ما كان يقصده المتعاقدان، غير أن القاضي لا يبحث عن الإرادة الحقيقية للمتعاقدين ، بل يفرض عليهما إرادة غير موجودة فعلا ، من خلال اللجوء الى مؤشرات أو عوامل ارتباط موضوعية تشير الى القانون الذي يرتبط بالعقد ارتباطا وثيقا[1]. فيقوم القاضي بتحديد القانون الأوثق صلة وارتباطا بالعقد إما بإسناد تلك الرابطة لضوابط جامدة (كمكان إبرام العقد ، أو تنفيذه ، أو الجنسية المشتركة ، أو الموطن المشترك للمتعاقدين) وإما بإسناد تلك الرابطة العقدية لضوابط مرنة (كضابط الأداء المميز للعقد).

أولا : الضوابط الجامدة

جدير بالذكر أن الضوابط الجامدة التالية يصعب تطبيقها على عقود التجارة الإلكترونية التي تتم عن طريق الإنترنت، وهي كالآتي:

1- قانون دولة محل تكوين العقد : يعتد القضاء الفرنسي بمكان إبرام العقد كمعيار هام لتحديد القانون الذي يحكم العقد حال عدم اختيار الأطراف لهذه القانون ، ومع ذلك فإن إسناد الرابطة العقدية لقانون بلد محل إبرام العقد يصعب تحقيقه في مجال عقود التجارة الإلكترونية التي تتم عن طريق الانترنت.

[1] د/صالح المنزلاوي, مرجع سابق, ص322 و 323.

2- قانون دولة محل تنفيذ العقد : يعتد بمكان محل تنفيذ العقد على أساس أنه المكان الذي تتركز فيه مصالح المتعاقدين ، ففي هذا المكان سيجني ثمار تعاقدهم وتنعقد فيه مسؤولياتهم عن عدم تنفيذ التزاماتهم ، فمحل التنفيذ يعبر عن مركز الثقل والارتباط الاجتماعي والاقتصادي في الرابطة العقدية ، ويسمح بتطبيق قانون البلد التي يتأثر اقتصادها بالعقد.

3- قانون الجنسية المشتركة : فإذا اتحدت جنسية أطراف العلاقة التعاقدية في عقود التجارة الإلكترونية ، وسكت الأطراف عن تحديد القانون الذي يحكم علاقتهم ، فإن القانون الدولة التي ينتمي إليها المتعاقدان يكون هو القانون الواجب التطبيق ، ولكن يصعب تطبيق هذا الضابط على عقود التجارة الإلكترونية ، وذلك لضعف الصلة بين القانون الواجب التطبيق والعقد.

4- قانون الموطن المشترك : يعتمد ضابط الاسناد هذا على الموطن المشترك لكلا طرفي العقد ، فإن اتحدا موطنا ، كان قانون الموطن المشترك هو القانون الواجب التطبيق على العلاقة، ولكن يصعب تطبيق هذا الضابط على عقود التجارة الإلكترونية ، لأن التعامل عن طريق الانترنت يعتمد على العناوين الإلكترونية وليس على العناوين الحقيقية ، وهذه العناوين لا تعطي دلالة واضحة على العنوان الحقيقي.

ثانيا : الضوابط المرنة (قانون دولة محل إقامة المدين بالأداء المميز للعقد)

صعوبة تطبيق الضوابط الجامدة على عقود التجارة الإلكترونية ، جعل الفقه والقضاء والتشريع يتجه إلى تبني ضابط موضوعي آخر لتحديد القانون الذي يحكم العقد ، وهو ضابط الأداء المميز للعقد.

1- المقصود بفكرة الأداء المميز للعقد : يقوم هذا الضابط على فكرة مفادها تنوع معاملة العقود وتحديد القانون الذي يحكم العقد وفقا للالتزام الأساسي فيه ، فعلى الرغم من تعدد الالتزامات في العقد الواحد ، إلا أن أحد هذه الالتزامات هو الذي يميز العقد ويعبر عن جوهره ، وبالتالي يجب الاعتماد عليه لتعيين القانون الواجب التطبيق على العقد كله.

وعرف الأستاذ VAN OVERSTRAETEN الأداء المميز للعقد بأنه " ذلك الأداء الذي بمقتضاه يكون دفع المقابل النقدي واجبا[1] . وبالتالي يعد أداءً مميزا التزام البائع بتسليم المبيع ، أو التزامه بنقل الملكية للمشتري ، والتزام المورد بتوريد الخدمة في عقود المقاولة وعقود الوكالة ، على أساس أن هذه الأداءات تعبر عن مركز الثقل الاقتصادي والاجتماعي في الرابطة العقدية[2].

[1] أشار إليه د/صالح المنزلاوي, مرجع سابق, ص336 و 337.

[2] د/صالح المنزلاوي, مرجع سابق, ص337.

وقد تبنت العديد من التشريعات فكرة الأداء المميز للعقد ، فعلى سبيل المثال نص القانون الدولي الخاص المجري في المادة رقم 25 لسنة 1979 ، على أنه إذا استحال تحديد القانون الواجب التطبيق " يسري على العقد قانون موطن أو محل الإقامة العادية أو مركز منشأة الطرف المدين بتقديم الأداء المميز للعقد بطريقة جوهرية " ، وأيضا نصت المادة رقم 1211 من القانون الروسي لسنة 2001 على أنه " عند سكوت الأطراف عن تحديد القانون الذي يحكم العقد ، يسري على العقد قانون الدولة التي يرتبط بها العقد بروابط وثيقة . وتوجد هذه الروابط في قانون الدولة التي يوجد بها الموطن أو المركز الرئيسي للطرف الملتزم بتقديم الأداء المميز.

وأيضا تبنت الإتفاقيات الدولية نظرية الأداء المميز للعقد ، مثل اتفاقية لاهاي المبرمة في 15 جوان 1955 ، وأيضا اتفاقية روما لسنة 1980 م.

2- مدى إمكانية تطبيق فكرة الأداء المميز على عقود التجارة الإلكترونية : على الرغم من تبني معظم تشريعات القانون الدولي الخاص والاتفاقيات الدولي وأحكام القضاء في أغلب دول العالم فكرة الأداء المميز للعقد ، إلا أن الدكتور صالح المنزلاوي يرى أن إعمال هذه الفكرة في عقود التجارة الإلكترونية لا يخلو من النقد ، وذلك من عدة جوانب ، منها أن إعمال هذه النظرية يؤدي إلى إسناد العقد لقانون الطرف القوي في العقد والتضحية بمصلحة الطرف الضعيف ، فمثلا في عقود البيع أو توريد الخدمات التي تتم عبر الانترنت ، يكون قانون دولة البائع أو مقدم الخدمة هو الواجب التطبيق على العقد حيث يعد أدء مميزا التزام البائع بتسليم المبيع ، والتزام المورد بتوريد الخدمة[1].

الفرع الثاني : صعوبات تطبيق الإسناد الموضوعي

الفقه الغالب يرى أن الإسناد الموضوعي لا زال في طور عدم الاكتمال ، وعدم امكانية تغطيته لكافة المنازعات المتعلقة بعقود التجارة الإلكترونية، فضوابط الاسناد الموضوعية هي ضوابط مادية إقليمية تقوم على روابط جغرافية (محل ابرام العقد أو محل تنفيذه أو موطن أو محل إقامة المدين بالأداء المميز) ، وهذه الضوابط لا تتلاءم مع طبيعة عقود التجارة الإلكترونية التي تقوم على مرتكزات غير مادية أو افتراضية ، فعقود التجارة الإلكترونية تتم عبر الانترنت ، وهي تقود الى عالم غير مادي ، بينما ضوابط الإسناد المعروفة في القانون الدولي الخاص لم توضع إلا

[1] د/صالح المنزلاوي, مرجع سابق, ص338.

من أجل عالم مادي ، ومن ثم فإن تطبيقها على عقود التجارة الإلكترونية يثير الكثير من الصعوبات[1].

ويمكن تلخيص صعوبات تطبيق الإسناد الموضوعي على عقود التجارة الإلكترونية بما يلي:

1- صعوبة توطين أو تركيز الرابطة العقدية في عقود التجارة الإلكترونية التي يكون موضوعها أشياء غير مادية ، مثل بيع البرامج التجارية والخدمات المالية على الخط ، وبيع المعلومات عن طريق قواعد البيانات الموجودة في الانترنت ، فيصعب تحديد مكان إبرام العقد ومكان تسليم الأشياء غير المادية المبيعة عبر الخط ، وبالتالي يصعب تطبيق ضوابط الإسناد التقليدية على تلك النوعية من العقود ، وأيضا يصعب معه تحديد المكان الحقيقي لتنفيذ العقد.

2- الحاجة لقواعد إسناد تحكم بعض المسائل مثل مسألة الأهلية ، والتقادم ، والتراضي.

3- وجود قوانين وطنية ذات طبيعة آمرة يجب تطبيقها والأخذ بها عند التعاقد ، مثل قوانين حماية المستهلك ، وحماية الملكية الفكرية ، فإذا كان الانترنت هو إحدى آليات العولمة التي تعمل على تحرير الاقتصاد وإلغاء الحدود لخلق قرية كونية صغيرة ، فليس معنى ذلك تراجع دور القوانين الوطنية الناتجة عن إعمال منهج تنازع القوانين أو منهج القواعد الآمرة.

4- صعوبة تحديد المكان الحقيقي لإبرام العقد ، إذ أن العالم الالكتروني لا يقوم على تواجد حقيقي في مكان محدد، فدولة تصدير الإيجاب قد تكون مصر ، في حين أن العنوان الالكتروني للشركة موجود في فرنسا ، وربما كانت الشركة التي تدير الموقع مجرد وسيط ، وبالتالي يكون على من يدعي إبرام العقد في مكان ما ، أن يقدم الدليل على صحة إدعائه.

5- صعوبة تحديد محل إقامة الأطراف ، فالعنوان الإلكتروني لا يشكل بأي حال محل إقامة ثابت بالمعنى المفهوم في الاتفاقيات الدولية التي تعتمد على محل إقامة الأطراف في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد ، وأيضا هناك عناوين إلكترونية لا تحمل أي مؤشرات صحيحة تدل على الإقامة ، وعلى فرض أن التاجر قام بتسجيل موقعه على عنوان الكتروني وطني يسمح بالتوطين الذي تم فيه تسجيل العنوان الالكتروني ، فإن سياسة منح هذه العناوين الإلكترونية متنوعة من مكان لآخر ، ولا تطابق توطينا حقيقيا للأطراف.ويرى الدكتور صالح المنزلاوي أن تلك الصعوبات هي التي دعت لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي الى الاقرار بضعف قيمة التوطين في العناوين الإلكترونية[2].

---

[1] د/صالح المنزلاوي, مرجع سابق, ص366 و 367.

[2] د/صالح المنزلاوي, مرجع سابق, ص371.

6- لا يمكن الإدعاء بوجود مجتمع إفتراضي مستقل عن كل الدول في الإنترنت ، لأن مستخدمي الانترنت والقائمون على خدماتها هم في الحقيقة أشخاص حقيقيون ، ولهم جنسية معينة ، وموطن ومقار عمل حقيقية ، وأيضا الوسائل الفنية للإتصالات تتمركز في إقليم دولة محدد.

نخلص من ذلك إلى:

عدم نضوج القواعد الموضوعية للتجارة الإلكترونية، بالتالي تطبيق منهج تنازع القوانين على عقود التجارة الإلكترونية يطرح صعوبات عديدة تتعلق بقانون الإرادة ، وصعوبات كذلك في القانون المعين بواسطة القاضي وفقا لقواعد الإسناد الموضوعية ، ولكن تلك الصعوبات والمشاكل لا يجب أن تنتهي بنا إلى التسليم بعدم ملاءمة تطبيق منهج تنازع القوانين على عقود التجارة الإلكترونية ، وإنما يجب أن تكون حافزا على تفادي تلك الصعوبات، من خلال طرح الأفكار والحلول التي تؤدي الى عدم الوقوف أمام تطور التجارة الإلكترونية.

المبحث الثاني : آليات تسوية منازعات عقود التجارة الإلكترونية

تعتبر المعاملات التجارية التي تبرم عبر الوسائل الإلكترونية من خلال الشبكات الدولية للإتصالات باختلافها وتنوعها وكذا سهولة إبرامها، من بين المجالات الأكثر إستعمالا من طرف المتعاقدين في هذا المجال، الأمر الذي يجعل من هذه العلاقات مجالا خصبا لتنازع الإختصاص القضائي للنظر في منازعاتها، مما يجعل الإشكال يكمن أساسا في صعوبة تحديد الجهة القضائية للفصل في النزاع القائم بينهما، في هذا السياق ظهرت فكرة الإستعانة بالطرق الإلكترونية لحل النزاع على أساس أن التعامل الذي يجري عبر الوسائل الإلكترونية يستلزم حل نزاعاته عبر قنوات مشابهة لتلك التي أبرم من خلالها العقد.لذا سنتطرق لدراسة ضوابط الاختصاص القضائي في المطلب الأول بينما سنتطرق الى الوسائل البديلة لفض النزاعات الإلكترونية.

المطلب الأول : ضوابط الإختصاص القضائي

استقرت قواعد تنازع القوانين في القانون الدولي الخاص على إخضاع العقود الدولية لقانون الإرادة، وينطبق هذا القانون على العقود الإلكترونية التي تتسم بالطابع الدولي، حيث يمكن لطرفي العقد اختيار القانون الذي يحكم عقدهما عبر رسائل البريد الإلكتروني أو عبر صفحات الويب[1]. ولكن الصعوبة تكمن في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الإلكتروني في حالة عدم الإتفاق على قانون الإرادة ليلجأ بعدها إلى ضابط الإسناد الإ حتياطي والمتمثل في قانون محل الإبرام.

[1] محمد فواز المطالقة, مرجع سابق, ص125.

إن التساؤل الذي يطرح نفسه عند الحديث عن تطبيق قواعد الإسناد التقليدية على العقود الإلكترونية التي تتم على شبكة الانترنت هو: كيف يمكن تحديد المكان في العالم الإفتراضي؟ خصوصا في ظل تجاوز شبكة الأنترنت العالمية حدود كل الدول، فقد يكون مقر إدارة الشبكة في مكان ومقدم خدمة الأنترنت في مكان آخر، ويتم تنفيذ العقد في دولة مختلفة. فالقول بوجود موطن إلكتروني أمر لا يزال محل جدل ونقاش، وهذا لأن المكان في العالم الإفتراضي يبقى ضربا من المجاز.

وعلى هذا الأساس سنتناول دور تقنية تنازع القوانين في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقود الإلكترونية وذلك في فرع أول، ثم نعرج على دراسة الآليات الجديدة لفض النزاعات الإلكترونية والتي تولدت وتوسعت بسبب تطور التجارة الإلكترونية وذلك في فرع ثاني.

دور تقنية تنازع القوانين في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الإلكتروني:

يعرف العقد الدولي في القانون الدولي الخاص بأنه : ذلك العقد الذي يتضمن عنصرا أجنبيا مؤثرا سواء تعلق هذا العنصر بمحل إبرامه، أو بمكان تنفيذه أو بموضوعه أو بأطرافه[1]".

وترجع للقاضي مسألة تقرير دولية العقد حسب ظروف كل قضية على حدى مراعيا في ذلك موضوع العقد والهدف منه، ومن أمثلة العقود الدولية المعاصرة نذكر على سبيل المثال: عقود إنشاء المصانع بنظام المفتاح في اليد، وعقود نقل التكنولوجيا وعقود خدمات المعلومات، وعقود الإئتمان التأجيري الدولي إلى جانب العقود الدولية اليومية البسيطة كالبيع أو النقل أو التأجير الدولي.

وتنص المادة 18 من القانون المدني الجزائري على ما يلي:" يسري على الالتزامات التعاقدية، قانون المكان المختار من المتعاقدين، إذا كانت له صلة حقيقية بالمتعاقدين أو بالعقد.

وفي حالة عدم إمكان ذلك، يطبق قانون الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة.

وفي حالة عدم إمكان ذلك، يطبق قانون محل إبرام العقد".

يتضح من نص المادة 18 أن قاعدة الإسناد التقليدية فرقت بين حالتين للتعريف بالقانون الواجب التطبيق على العقد الدولي عند حدوث نزاع دولي، مما يقتضي معه التمييز بين فرضين:

---

[1] حفيظة السيد الحداد, الموجز في القانون الدولي الخاص, الكتاب الأول (المبادىء العامة في تنازع القوانين) منشورات الحلبي الحقوقية, 2007, ص361.

أولا: حالة وجود إرادة صريحة في اختيار القانون

ففي هذا الفرض يعتد بهذه الإرادة كضابط إسناد لتحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي؛ أي أن العقد يخضع للقانون الذي تختاره الأطراف المتعاقدة تطبيقاً لمبدأ سلطان الإرادة المعروف في القانون الداخلي ويرجع الفضل في ظهور هذه القاعدة إلى الفقيه الفرنسي ديمولان في القرن 16. ويجد قانون الإرادة أساسه في الاعتبارات العملية التي يفرضها التنوع الهائل والمتعدد للمعاملات والعقود التي لا يمكن حصر أنواعها، ومن هنا وجب السماح للمتعاقدين باختيار القانون المناسب لهم والذي يتوافق مع طبيعة العلاقة التعاقدية.

ثانيا: حالة عدم وجود إرادة واضحة في اختيار القانون

إذا لم يفصح أطراف العقد عن رغبتهم في اختيار تطبيق قانون معين، وتعذر تطبيق قانون الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة فنكون بصدد تطبيق قاعدة قانون مكان إبرام العقد ويتطلب ذلك تعيين هذا المكان.

ولا توجد أي صعوبة في تعيينه إذا كان التعاقد بين حاضرين بخلاف ما إذا كان التعاقد بين غائبين فإن المشرع الجزائري أخذ بنظرية العلم بالقبول؛ أي أن التعاقد مابين غائبين قد تم في المكان والزمان الذين يعلم فيهما الموجب بالقبول ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك.

هذا وليس من السهل معرفة مكان انعقاد العقد الإلكتروني، لأن المتعاقد قد يدعي إسما وجنسية دولة ما غير أن الحقيقة خلاف ذلك. ولذلك فإن تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الإلكتروني يكون أسهل في حالة وجود اتفاق مسبق أو لاحق بين الطرفين. ولقد انفرد المشرع التونسي بنص خاص يتضمن تحديد زمان ومكان انعقاد العقد الإلكتروني ، فقد نص الفصل 28 من قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية التونسي[1] على أنه : " ينشأ العقد الإلكتروني بعنوان البائع، وفي تاريخ موافقة هذا الأخير على الطلبية بواسطة وثيقة إلكترونية ممضاة وموجهة للمستهلك ما لم يتفق الطرفان على خلاف ذلك"، فالمشرع التونسي جعل عنوان البائع هو مكان انعقاد العقد الإلكتروني واعتبر أن زمان انعقاد العقد الالكتروني هو تاريخ موافقة البائع على الطلبية.

[1] تنص المادة 67 من القانون المدني الجزائري على مايلي : " يعتبر التعاقد ما بين الغائبين قد تم في المكان وفي الزمان اللذين يعلم فيهما الموجب بالقبول ما لم يوجد اتفاق أو نص قانوني يقضي بغير ذلك, ويفترض أن الموجب قد علم بالقبول في المكان وفي الزمان اللذين وصل إليه فيهما القبول".

إن السؤال الذي يطرح نفسه هنا بحدة : هل قانون الإرادة أو قانون محل الإبرام يتلاءم مع خصوصية العقد الإلكتروني المبرم عبر شبكة الانترنت؟

في الحقيقة، أن العقد الإلكتروني لا يختلف عن العقد التقليدي من حيث تكوينه وأركانه باستثناء وسيلة التعاقد، ومن هذا المنطلق فإن العقود الإلكترونية تخضع مثلها مثل العقود الدولية لقانون الإرادة. ولكن في حالة عدم تحديد القانون المختص بحكم النزاع وتعذر تحديد مكان إبرام العقد الإلكتروني، فإن الاتجاهات الفقهية الحديثة بدأت تنادي بتطبيق قواعد النصوص المتعلقة بالتجارة الإلكترونية بما لا يتعارض مع القواعد العامة التي استقرت عليها نظرية العقد.

ومن بين الحلول المقترحة أيضاً لفض تنازع القوانين الخاص بالعقد الإلكتروني ما نصت عليه اتفاقية روما الثانية من أن قانون دولة العميل الإلكتروني هو القانون الواجب التطبيق على هذا النزاع، واختار القضاء الفرنسي تطبيق قانون المزود الإلكتروني أي قانون الشخص الطبيعي أو المعنوي الذي يقدم السلع والخدمات عبر شبكة الإنترنت[1]. ومن جهة أخرى يعول على التحكيم الإلكتروني كبديل آخر لحل النزاعات المرتبطة بالعقد الإلكتروني.

المطلب الثاني : الوسائل البديلة لفض النزاعات الإلكترونية

أن دخول وسائل الإتصال الحديثة في مقدمتها الأنترنيت إلى المجال التجاري، نتج عنه ما يعرف بالتجارة الإلكترونية، التي حققت قفزة نوعية في مجال التجارة عامة والتجارة الدولية على وجه الخصوص، ورغم ماحققته من إيجابيات غير أن صاحبها لاقى الكثير من الإشكاليات، خاصة ماتعلق منها بطرق تسوية النزاعات الناشئة عنها، الأمر الذي تطلب تطوير وسائل بديلة لحلها تتلائم مع طبيعتها، ولقد تجسدت هذه الوسائل في :

الفرع الأول : المفاوضات الإلكترونية

إن المفاوضات محل دراستنا ليست المفاوضات التي تسبق انعقاد العقد، وإنما تلك التي يلجأ إليها أطراف العقد من أجل فض الخلاف الناشىء بينهما بمناسبة العقد الذي يجمعهما.

---

[1] والجدير بالذكر أن قانون الإرادة يحكم العقل الدولي من حيث تكوينه وآثاره وانقضاءه. زروتي الطيب, القانون الدولي الخاص الجزائري, الجزء الأول, (تنازع القوانين), مطبعة الفسيلة, الطبعة الثانية, الجزائر 2008, ص246.

أولا : تعريف المفاوضات الإلكترونية

يمكن تعريف المفاوضات بأنها " حدوث اتصال مباشر أو غير مباشر بين شخصين أو أكثر بمقتضى اتفاق بينهم يتم خلاله تبادل العروض والمقترحات وبذل المساعي المشتركة، بهدف الوصول إلى اتفاق بشأن خلاف معين[1] ".

كما يمكن تعريف التفاوض بأنه : " تبادل بدون حضور مادي متعاصر لأطراف التفاوض، باستخدام وسيلة سمعية بصرية للإتصال عن بعد للإقتراحات والمساومات والمكاتبات والتقارير والدراسات الفنية، بل والإستشارات القانونية التي يتبادلها أطراف التفاوض ليكون كل منهما على بيئة من أفضل الأشكال القانونية التي يتبادلها أطراف التفاوض ليكون كل منهما على بيئة من أفضل الأشكال القانونية التي تحقق مصلحة الأطراف للتعرف على مايسفر عليه الإتفاق من حقوق وإلتزامات[2] ".

ثانيا : خصائص المفاوضات الإلكترونية

– تحرك إجراءات المفاوضات وتوجه من قبل الأطراف دون تدخل أطراف محايدة خارجة عن النزاع.

– لا يخضع أطراف النزاع في عملية التفاوض لأية رقابة، حيث يتبادلان فيما بينهما دون تدخل أي طرف، سواء كان هذا الطرف المركز أو الوسيط أو المحكم.

– في المفاوضات المباشرة يتم تقديم خدمة الإتصال مجانا من خلال مواقعهما، بينما تستوفى المراكز بدل تقديم خدمة الوساطة والتحكيم رسوما عند تسجيل الطلب بالإضافة للنفقات الأخرى.

– في المفاوضات المباشرة لا يملك المتنازعين الحق في طلب إجراء الخبرة الفنية وسماع الشهود مثلا، بينما في الوساطة والتحكيم الإلكترونيين يمكن للمتنازعين طلب إجراء الخبرة الفنية أو شهادة الشهود[3].

– يتم اللجوء إلى التفاوض بين طرفي النزاع قبل اللجوء إلى التحكيم الإلكتروني أو الوساطة الإلكترونية.

---

1 محمد إبراهيم أبو الهيجاء, التحكيم بواسطة الأنرتنيت, الوسائل الإلكترونية لفض المنازعات, الوساطة, التوفيق, التحكيم, المفاوضات المباشرة, الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع, دار الثقافة للنشر والتوزيع, عمان, الأردن, 2010, ص20 و 21.

2 حمودي ناصر, النظام القانوني لعقد البيع المبرم عبر الأنترنيت, رسالة لنيل درجة دكتوراه, تخصص قانون, كلية حقوق, جامعة مولود معمري, تيزي وزي, 2009, ص114.

3 محمد إبراهيم أبو الهيجاء, مرجع سابق, ص40 و 42.

– المفاوضات الإلكترونية الثنائية، أي بين أطراف النزاع فقط فهي لا تتعدى لطرف ثالث مثل الوساطة، تتم من خلال الهاتف أو من خلال صفحة تابعة لموقع فض المنازعات الإلكترونية عبر الأنترنيت.

– المفاوضات الإلكترونية محددة المدة وقد حددتها بعض المراكز بثلاثين يوما.

– المفاوضات الإلكترونية غير قضائية أي أنها تفصل في النزاعات بطرق ودية.

ثالثا : أنواع التفاوض الإلكتروني

نتج عن التطور الكبير في ميدان تكنولوجيا الإتصالات وإقترانها بالوسائل الحديثة لحل المنازعات الناشئة عن عقود التجارة الإلكترونية ظهور طريقتين يتم من خلالها إجراء المفاوضات الإلكترونية.

1– التفاوض الآلي : تساعد هذه الطريقة على التصالح بين أطراف النزاع دون أن يعتمدوا على طرف بشري ثالث لحل النزاع، وذلك عن طريق عروض يقدمها الأطراف في شكل رموز، ليقوم بعدها الحاسوب بإجراء المقارنة بينها للوصول إلى حل وسط توفيقي بينهما، ويلتزم الطرف منذ البداية بالحل الذي ستسفر عنه هذه المفاوضة، ففي بداية العملية يعطي برنامج التفاوض رقما سريا خاصا بكل طرف يمكنه من الدخول إلى صفحة الموقع لتقديم العروض للحاسوب.

2– التفاوض الإلكتروني بواسطة الحاسوب الآلي : يتحقق ذلك دون استخدام برامج الكمبيوتر الخاصة بالتسوية، وإنما التفاوض بين المتخاصمين يكون على الأنترنيت، ويستعمل الحاسوب في هذه الطريقة من أجل الإتصال بين الأطراف لحل النزاع من خلال تبادل وجهات النظر والحلول المقترحة، ويكون ذلك بتحميل برامج الكمبيوتر الخاصة بالإتصال أو بواسطة برامج تقدم حلولا نموذجية أو حلولا سابقة في نزاعات شبيهة بهذا النزاع، إذ نجد لهذه الحالة ثلاثة أقسام[1]، بحيث يعتبر التفاوض عن طريق مؤتمرات الفيديو من أحدث وأهم الطرق المستعملة في التفاوض الإلكتروني، فقد أصبحت في الشركات الكبرى تتواجد قاعة مؤتمرات مجهزة بشاشات تلفزيونية وكاميرات تصوير متصلة بقاعات مماثلة لدى شركات أخرى بطريقة مباشرة، بينما التفاوض عبر البريد الإلكتروني يتم من خلال تبادل الرسومات والصور والتخطيطات والتصاميم وكل الملفات بين الطرفين عبر رسائل إلكترونية، أما التفاوض عبر غرفة المحادثة فله أهمية بالغة في العقود الإلكترونية ويتم من خلاله نقل الصور والكتابة في نفس الوقت، كما يمكن عقد المؤتمرات عبر

[1] بوديسة كريم, التحكيم الإلكتروني كوسيلة لتسوية منازعات عقود التجارة الإلكترونية, مذكرة لنيل شهادة الماجيستير في القانون, تخصص قانون التعاون الدولي, كلية الحقوق والعلوم السياسية, جامعة مولود معمري, تيزي وزو, 2012, ص15.

الإتصالات المباشرة، خاصة مع التطورات التكنولوجية التي جعلت من عملية التفاوض أسهل وأسرع من التفاوض التقليدي[1].

رابعا : إجراءات التفاوض الإلكتروني

1- تقديم طلب التفاوض للمركز : تبدأ عملية التفاوض من خلال إرسال أحد أطراف النزاع طلبا إلى مركز يعلن فيه عن رغبته في إيجاد حل لفض النزاع القائم بينه وبين الطرف الآخر من خلال المفاوضات الإلكترونية، ويحتوي الطلب المقدم للمركز على (الإسم، العنوان، رقم الهاتف، البريد الإلكتروني لكل من طرفي النزاعات) مصحوبا بالمرخص عن الموضوع وأسباب النزاع.

2- سير عملية التفاوض الإلكتروني : بعد تسلم المركز طلب التفاوض من الطرفين، أو تسلم الجواب من أحد الأطراف، يقوم بتزويد المتنازعين بإسم المرور الخاص بكل طرف، الذي من خلاله يقوم الطرفين بالدخول إلى الصفحة الخاصة بنزاعهما، والمعدة على الموقع الإلكتروني التابع للمركز خصيصا لهما ويحاط بسرية تامة من خلال توفير قنوات آمنة يجري من خلاله الإتصال، وتكون المدة الممنوحة للإتصال من طرف المركز هي ثلاثون يوما.

لقد لاقت المفاوضات المباشرة في فض النزاعات إقبالا واسعا لما لمسه المتنازعين من توفير للمال والوقت، وخصوصا للعاملين منهم في حقل التجارة الإلكترونية والذين تتجاوز أعمالهم الحدود الجغرافية[2]، فالمفاوضات عملية تطوعية يوافق طرفا النزاع من خلالها على العمل على حل النزاع القائم بينهما، فالمراكز تقوم بتقديم الخدمات بدون مقابل، حيث تسعى لتقديم كل أشكال الإتصال عبر قنوات المركز للأطراف المتفاوضين، سواء كانت على شكل صفحة على الموقع التابع للمركز أم على شكل اتصال هاتفي، هذا بغض النظر عن نتيجة التفاوض إيجابية كانت أم سلبية في حالة ما إذا لم يتوصل المتفاوضون من خلالها لإتفاق ينهيان فيه النزاع.

الفرع الثاني : الوساطة الإلكترونية

تعتبر الوساطة أسلوبا حديثا ومفهوما جديدا أدخله المشرع الجزائري في قانون الإجراءات المدينة والإدارية في المواد من 994 إلى 1005 في الفصل الثاني تحت عنوان الوساطة من الباب الأول المتعلق بالصلح والوساطة من الكتاب الخامس في الطرق البديلة لحل النزاعات.

أولا : مفهوم الوساطة الإلكترونية : عرفتها الفقرة الثالثة من المادة الأولى من قانون الأونسيترال النموذجي للتوفيق التجاري الدولي لسنة 2002 بأنها : " أية عملية سواء أشير إليها بتعيسر

[1] حمودي محمد ناصر, مرجع سابق, ص116.

[2] محمد إبراهيم أبو الهيجاء, مرجع سابق, ص24.

التوفيق أو الوساطة أو بتعبير آخر ذي مدلول مماثل، يطلب فيها الطرفان إلى شخص آخر، أو أشخاص آخرين مساعدتهما في سعيهما إلى التوصل إلى تسوية ودية لنزاعهما الناشيء عن علاقة تعاقدية أو علاقة قانونية أخرى أو المتصل بتلك العلاقة، ولا يكون للموقف الصلاحية لفرض حل النزاع على الطرفين[1] ".

ثانيا : خصائص الوساطة الإلكترونية

حققت الوساطة الإلكترونية نجاحا واسعا وإقبالا هائلا من قبل المتنازعين في مجال التجارة الدولية باعتبارها وسيلة لتسوية النزاعات عن بعد، ومن أبرز الخصائص والمزايا التي تتمتع بها الوساطة الإلكترونية مايلي :

- فعالية الأدوات المستخدمة منذ لحظة إحالة النزاع لحين فصله في عملية الوساطة الإلكترونية.
- تزويد طرفي النزاع بنموذج يشتمل على جميع الحلول الودية لفصل النزاع بغية تمكينهم من التفاوض على تسوية النزاع[2].
- مراعاة الوسيط لاتفاق الوساطة المبرم بين طرفي النزاع، دون الخروج عنه أو تجاوزه خلال مراحل عملية الوساطة.
- طرح الإحتمالات التي قد يرى طرفا النزاع قبولها دون ضغط أو إكراه من الوسيط لفصل النزاع القائم بينهما، بالإضافة إلى تقديم النصح والإرشاد لأطراف النزاع.
- حفظ البيانات التي يقدمها المتنازعين إلى الوسيط.
- سرعة العمل على ايجاد حل لفصل النزاع مع الإقتصاد في التكاليف[3].

تترك الوساطة حرية اختيار الوسيط لطرفي النزاع حيث نجد أن مراكز الوساطة خصصت صفحة على موقعها الإلكتروني تدرج فيها الأسماء لوسطاء الأعضاء في المركز، وما لديهم من مؤهلات وخبرات وكفاءات عملية وقانونية.

ثالثا : الشروط الواجب توفرها في الوسيط

تفرض مراكز الوساطة الإلكترونية على الوسيط أن تتوفر فيه شروط ومعايير أثناء القيام بالوساطة وهي كما يلي :

---

[1] انظر المادة 3/1 من قاون الأنسترال للتوفيق التجاري لسنة 2002 على الموقع :
http://www.uncitral.org/uncitral/ar/uncitral_texts/arbitration/2002Model_concilliation.html

[2] محمد إبراهيم أبو الهيجاء, مرجع سابق, ص28 و 29.

[3] محمد إبراهيم أبو الهيجاء, مرجع سابق, ص39.

– يجب على الوسيط أن يكون حيادي، فإن لم يتحقق هذا فعليه الإنسحاب في أي مرحلة من مراحل الوساطة شرط أن تسبق مرحلة صدور القرار النهائي.

– يجب أن يكون الوسيط متخصصا ومؤهلا، كما يجب أن يكون مدربا تدريبا جيدا.

– يجب على الوسيط أن يحافظ على كل مجريات الوساطة سرا، نزولا عنج رغبة الأطراف وتنفيذا للقانون.

– يجب على الوسيط أن يقوم بعملية الوساطة بكفاءة عالية.

– يجب على الوسيط إعلان مؤهلاته و خبرته بكل صدق و إخلاص و أمانة.

– يجب أن يتوفر في الوسيط شرط الشفافية، إذ عليه أن يوضح لطرفي النزاع جميع مراحل الوساطة حتى الرسوم والمصاريف والنفقات والخبرة الفنية والصعوبات التي واجهته والتي قد تواجه عملية الوساطة.

تنتهي عملية الوساطة بتوقيع المتنازعين على محضر بالتسوية يشمل كل المسائل موضوع النزاع بينهما أو أي مسألة منها، أو يقوم الوسيط بإنهاء العملية إذا رأى أنه من غير الممكن مواصلة الوساطة حيث لا تؤدي إلى ايجاد حل لفصل النزاع، أو يقوم أحد الطرفين المتنازعين في أي وقت بعد بدأ إجراءات الوساطة وقبل التوقيع على أي اتفاق بشأن تسوية النزاع بإنهاء عملية الوساطة[1].

رابعا : أنواع الوساطة الإلكترونية

تشتمل الوساطة باعتبارها من آليات الحلول البديلة لفصل النزاعات الإلكترونية في بلدان عديدة على صور مختلفة تهدف إلى تسوية النزاع وديا عن طريق التراضي والتوفيق بين الخصوم بإجراءات إلكترونية أكثر مرونة، ومن أهم صور الوساطة ما يلي :

1– الوساطة الإستشارية : في هذه الوساطة يقوم طرفي النزاع بإستشارة خبير في موضوع النزاع ثم يطلبون منه بعد ذلك تدخله كوسيط لحل النزاع إلكترونيا.

2– الوساطة التحكيمية : يتكون هذا النوع من الوساطة من شقين شق يتعلق بالوساطة، إذ يعمل أطراف النزاع بمساعدة الوسيط على حل النزاع بشكل ودي، وحال فشل الحوار يحال النزاع إلى التحكيم ويصير الوسيط محكما لتسوية النزاع إذا رضي المتنازعان، أو ينقلون نزعهم إلى آلية تحكيمية لا علاقة للوسيط بها، فقد يتفق أطراف مسبقا تحسبا لأي نزاع قد ينشأ بينهما.

[1] محمد إبراهيم أبو الهيجاء, مرجع سابق, ص39.

3- الوساطة الإتفاقية : في هذا النوع من الوساطة يتم اختيار الوسيط من قبل الأطراف أنفسهم، حيث يجمعون على تسوية وسيط معين يجدون لديه القدرة الكافية والكفاءة لحل النزاع، عند اختيار هذا الوسيط يتم التقدم بطلب للمركز الذي ينظر في الدعم ويقوم هذا الأخير بإحالة النزاع لهذا الوسيط الموجود في قائمة الوسطاء[1]

خامسا : آلية الوساطة الإلكترونية

قامت مراكز الوساطة بوضع إجراءات رفع ونظر النزاع من خلال مواقعها الإلكترونية، بدءا من ملء نموذج إلكتروني لطلب التسوية، حتى صدور الحكم وبدون التفريق بين أنواع الوساطة، وإن المركز يقدم للأشخاص خدمات دون الحاجة إلى مهارات أو مؤهلات خاصة لذلك.

1- تقديم طلب الوساطة لمركز الوساطة : على كل طرف في النزاع يرغب في تسوية نزاعه عن طريق اللجوء للوساطة الإلكترونية، أن يقوم بتعبئة الطلب المخصص للوساطة المعد سابقا من طرف الموقع على موقعه الإلكتروني والمتضمن أسماء طرفي النزاع وعناوينهم، ورقم الهاتف والبريد الإلكتروني، نسخة من اتفاقية اللجوء للوساطة، بيان ملخص عن موضوع النزاع وطبيعته، بعد استلام المركز للطلب يقوم دراسته وقبوله، ثم يقوم بتأكيد لمقدم الطلب يعلمه فيه باستلام الطلب وقبول نظر النزاع، كما يقوم بتبليغ الطرف الآخر، ويسأله فيه إذا كان يرغب في تسوية النزاع عن طريق الوساطة، فإذا قوبل بالرفض تنتهي إجراءات الوساطة ويتم إبلاغ طالب الوساطة بأن الوساطة غير ممكنة، أما إذا كان عكس ذلك تبدأ عملية الوساطة ويتم تبليغ الطرف الآخر، حددت المدة للمجاوب بثلاثون يوما[2].

2- بدأ عملية الوساطة : يقوم المركز بتزويد طرفي النزاع بقائمة أسماء الوسطاء ومؤهلاتهم، وبمجرد موافقة طرفي النزاع على الوسيط والإجراءات، يتم الإنتقال إلى المرحلة الثانية للوساطة، يتم في هذه المرحلة مناقشة الموضوع واستخراج نقاط الخلاف الجوهرية، وذلك بعد إرسال بريد إلكتروني متضمن إسم مرور من قبل الوسيط لكل من طرفي النزاع، يستطيع طرفي النزاع من خلاله الدخول إلى صفحة النزاع المعدة على موقع المركز، ليتمكن من حضور جلسات الوساطة

---

[1] محمد أحمد علي المحاسنة, تنازع القوانين في العقود الإلكترونية وايجاد منظومة للقواعد الموضوعية الموحدة قدمت هذه الرسالة استكمالا لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في القانون, كلية الدراسات العليا, الجامعة الأردنية, 2006, ص177.

[2] أنظر المادة 4 من قانون الأونسيترال النموذجي للتوفيق التجاري الدولي لسنة 2002 على الموقع :
http://www.uncitral.org/uncitral/ar/uncitral_texts/arbitration/2002Mdel_conciliation.html

لمناقشة طلباتهم والتداول معهم حول موضوع النزاع بهدف التوصل إلى حل وسط يقبله الطرفين[1]، حيث تعقد جلسات الوساطة الإلكترونية، ثم يقوم الوسيط بإعداد اتفاق التسوية النهائية ويلزم عرضه على طرفي النزاع حتى يتم التوقيع عليه.

3- رسوم الوساطة الإلكترونية : بما أن الوساطة الإلكترونية مدفوعة الأجر، فإن الرسوم لها أهمية في بدأ سير إجراءات الوساطة وتنقسم رسوم الوساطة الإلكترونية إلى ثلاث أنواع :

أ)- رسوم التسجيل : هي الرسوم التي يستوفيها المركز من طالب الإجراء أو التسوية عند قيد الطلب لدى المركز.

ب)- المصاريف الإدارية : وهي المبالغ المقررة تبعا لطبيعة النزاع وأداء حله، وتغطي تكاليف المراسلات والإخطارات، والتكاليف الإدراية اللازمة لنظر النزاع.

ج)- الأتعاب : وهي المصاريف المقررة للوسيط في عملية الوساطة.

4- **انتهاء عملية الوساطة** : في حالة توصل الوسيط إلى تسوية النزاع وديا بين الخصوم أو العكس، تنتهي عملية الوساطة، فإذا تم التوقيع على اتفاق التسوية من قبل المتنازعين، تنتهي عملية الوساطة، لأن هذا الإتفاق بعد المصادقة عليه يصبح ملزما وواجب النفاذ قانونا، ولا يخضع لأي طعون، وهذا ما نصت عليه المادة 18 من قواعد الوساطة الصادرة عن الويبو[2]، أما إذا لم يتم التوصل إلى تسوية ودية للنزاع، يلجأ الأطراف إلى وسيلة أخرى تعتبر من أهم وأنجع الوسائل الإلكترونية لحل منازعات عقود التجارة الإلكترونية والأكثر رواجا لهذا المجال وهي وسيلة التحكيم الإلكتروني.

---

[1] محمد إبراهيم أبو الهيجاء, مرجع سابق, ص35 و 37.

[2] هو ما نصت عليه المادة 18 من قواعد الوساطة الصادرة عن المنظمة الدولية للملكية الفكرية :

La Procédure de médiation prend fin :

i) à la signature d'une transaction entre les parties réglant une partie ou la totalité des questions en litige entre elles.

ii) sur décision du médiateur, si celui-ci estime que la poursuite de la médiation n'est pas de nature à aboutir au règlement du litige ;

iii) Ou par une déclaration écrite d'une partie, faite à tout moment entre sa participation à la première réunion entre les parties et le médiateur et la signature d'une transaction.

الفرع الثالث : التحكيم الإلكتروني

اتجه التفكير نحو تسوية منازعات التجارة الإلكترونية من خلال آليات تقوم على ذات التقنية المستخدمة في إبرام هذه المعاملات، ولتكون التسوية بالتالي إلكترونية، تعتمد بصفة أساسية على شبكة اتصال إلكترونية، دون حاجة إلى تواجد أطراف المنازعة في مكان واحد، باستخدام الوسائل التكنولوجية لتسوية المنازعات عبر الخط.

أولا : مفهوم التحكيم الإلكتروني ونطاق تطبيقه

1 – تعريف التحكيم الإلكتروني : يعرف التحكيم بأنه وسيلة يتم بموجبها تسوية المسألة محل النزاع ويعهد بهذه المسألة إلى شخص أو أكثر يسمى المحكم أو المحكمين شريطة اتصافهم بالحياد، ويقوم المحكمين بتسوية المسألة محل النزاع وفق الاتفاق المبرم بينهم وبين المحتكمين، ويكون حكمهم نهائياً وملزماً للأطراف. وحيث تقوم التجارة الإلكترونية على السرعة في إبرام العقود وتنفيذها، ولا يتماشى ذلك مع بطء إجراءات القضاء العادي، تظهر أهمية التحكيم الإلكتروني لما يتميز به من سرعة ومرونة لا تتوافر في القضاء العادي، حيث لا يلزم في التحكيم الإلكتروني انتقال أطراف النزاع أو الحضور المادي أمام المحكمين بل يمكن سماعهم عبر وسائط الاتصال الإلكترونية عبر الأقمار الاصطناعية.

وعلى ذلك إن التحكيم الإلكتروني هو عبارة عن نظام قضائي من نوع خاص، ينشأ من الاتفاق بين الأطراف ومن خلال الوسائل الإلكترونية على إحالة النزاع وبشكل اختياري لفض النزاع القائم بينهم والمتعلق في الغالب بالتجارة الإلكترونية ويصدر الحكم باستخدام وسائل الاتصال الحديثة. وإذا كان التحكيم الإلكتروني يتم عبر وسائط إلكترونية فإنه لا يوجد ما يمنع من أن يتم بأكمله أو في بعض مراحله إلكترونيا، وفي مراحل أخرى بالطرق التقليدية التي تتمثل في التواجد المادي لأطراف العملية التحكيمية[1].

يهدف التحكيم الإلكتروني إلى تنقية وتأمين بيئة العمل الإلكتروني وما يتصل بها من خلال تسوية أو حل المنازعات الإلكترونية القائمة، وتقديم الخدمات الاستشارية، التي من شأنها منع حدوث المنازعات، من أجل مجتمع رقمي معافى، وذلك من خلال تقديم خدمات التحكيم عن طريق محكمين خارجيين عبر وسائط الإتصالات الإلكترونية لتسوية أو حل المنازعات الناشئة

[1] خالد ممدوح ابراهيم,مرجع سابق,ص 276.

عن علاقة قانونية ذات طابع اقتصادي، سواء كانت علاقة عقدية أو غير عقدية، سواء كانت في القطاع العام أو الخاص أو بينهما[1] .

2 – نطاق تطبيق التحكيم الإلكتروني : على الرغم من أن معظم المنازعات المعروضة على مراكز التحكيم الإلكتروني تتعلق غالبا بأسماء المواقع الإلكترونية ، نظراً لفاعلية تنفيذ الأحكام الصادرة من جهة، وإلزامية لجوء المتنازعين في هذه المنازعات للتحكيم الإلكتروني بموجب اتفاقية التسجيل من جهة ثانية، إلا أن نطاق تطبيق التحكيم الالكتروني غير محصور في هذه المنازعات فحسب، وإنما يتم اللجوء إليه في كافة المنازعات المتعلقة بالأعمال الإلكترونية وبشكل خاص أعمال عقود التجارة الإلكترونية.

ثانيا : آليات التحكيم الإلكتروني وشروطه في إطار التجارة الإلكترونية

1 – اتفاق التحكيم : اتفاق التحكيم هو اتفاق يدخل في إطار القانون الخاص يهدف إلى إحداث أثر قانوني معين يتمثل بإنشاء التزام على عاتق أطرافه بإحالة النزاع الذي ينشئ بينهما إلى التحكيم والتنازل عن حقهما باللجوء إلى القضاء، فهو في الواقع تصرف قانوني يصدر عن إرادتين أو أكثر ومن ناحية أخرى يعد التحكيم عملاً قضائياً حيث يقوم المحكم بذات الوظيفة التي يضطلع بها القاضي الوطني وهي الفصل فيما يثور أمامه من منازعات بإصدار حكم فيها.

تعد اتفاقية التحكيم الإلكتروني الخطوة الأولى في التحكيم الإلكتروني وأساس قيامه، ولا يختلف تعريفه عن اتفاقية التحكيم التقليدي سوى أنه يتم عن طريق وسائط إلكترونية عبر شبكة الاتصالات الدولية، لذلك يعني تسوية المنازعات والخلافات عبر شبكة الانترنت دون حاجة إلى التواجد المادي للأطراف أثناء عملية التحكيم[2]، الأمر الذي أثار إشكالات قانونية عديدة من حيث إمكانية تطبيق القواعد القانونية الخاصة باتفاقية التحكيم بصيغته التقليدية على اتفاق التحكيم الإلكتروني من حيث توفر الشروط الشكلية والموضوعية اللازمة لصحته.

أما نقطة الإختلاف بين التحكيم الإلكتروني والتحكيم العادي في مجال إتفاق التحكيم ، فهو مشروعية إتفاق التحكيم المبرم إلكترونيا خاصةً وأن معظم القوانين تتطلب الكتابة في إتفاق التحكيم وهذا غير موجود لا سيما في عقود خدمات المعلومات الإلكترونية ، التي تتم بشكل كامل في نطاق العالم الإلكتروني ، وليس فيها أي كتابة على دعامة مادية بل تكون بشكل إلكتروني فقط .

---

[1] مركز التحكيم والوساطة الوايبو, قضية رقم : D2003-0066 سنة 2003. www.wipo.net/amc

[2] خالد ممدوح إبراهيم, مرجع سابق, ص278.

تنص العديد من الإتفاقيات الدولية الخاصة بالتحكيم على حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على التحكيم وكذلك حريتهم في اختيار محكمة التحكيم. وذلك مع الأخذ بعين الإعتبار التحفظ بالنسبة للنظام العام فيما يجوز به التحكيم، ومراعاة اختيار الأطراف للقانون الواجب التطبيق وإختيار المحكمة، وكذلك تحديد نطاق ومضمون مجال التحكيم.

ويجب أن يتضمن اتفاق التحكيم القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم والقانون الواجب التطبيق على موضوع التحكيم وكذا اختيار المحكمين.

يتم اختيار هيئة التحكيم كما في التحكيم العادي، حيث إن للأطراف الحق في اختيار المحكمين؛ ففي معظم العقود يتفق الأطراف على التحكيم ضمن بنود العقد، وقد يكلف طرفا النزاع طرفاً ثالثاً لاختيار المحكمين ووضع إجراءات التحكيم، وقد يتفق الأطراف على إحالة النزاع إلى محكمة تحكيم تتولى اختيار المحكمين .وقد نصت التشريعات على أن يكون المحكم واحداً، وإن تعددوا يجب أن يكون عددهم وتراً. ويتم في التحكيم الإلكتروني إتباع إجراءات التحكيم العادية، ويضاف إليها باتفاق الأطراف قواعد إضافية خاصة بالتحكيم الإلكتروني لعل أبرزها كيفية التواصل بين المتخاصمين والمحكمين عن بعد عبر شبكة الإنترنت، وكيفية تقديم المستندات إلكترونياً وأهمية الحفاظ على سرية المعلومات التجارية والصناعية التي تهم الأطراف موضوع النزاع على أنه يجوز للأطراف تحديد إجراءات التحكيم الإلكتروني ضمن اتفاق التحكيم . وغالباً ما تشترط مراكز التحكيم تضمين طلبات التحكيم البيانات الآتية: أسماء الأطراف وطبيعة أعمالهم وعناوينهم البريدية الإلكترونية .تحديد طبيعة النزاع وظروفه .الغرض من الطلب وطبيعة التسوية المطلوبة. قائمة بالأدلة الثبوتية والوثائق والمستندات. نص شرط التحكيم أو مشارطة التحكيم وأي معلومات أخرى نافعة[1].

وبعد تلقي مركز التحكيم طلب اللجوء للتحكيم يدعو الأطراف إلى تحديد موعد الجلسة الأولى ويفتح ملف خاص بالنزاع على الموقع الالكتروني ولا يسمح بالدخول إليه إلا باستخدام المفتاح السري الذي يرسل للخصوم ولأعضاء هيئة التحكيم ويقوم مركز التحكيم الالكتروني بعد ذلك بإخطار الطرف الأخر المطلوب التحكيم ضده على العنوان الالكتروني الذي وضعه الطرف الأول طالب التحكيم ويجب على المطلوب كالتحكيم ضده بعد تلقيه الإخطار باللجوء إلى التحكيم أن يبلغ مركز التحكيم برده على طلب التحكيم متضمناً المسائل الآتية:

1 محمد أمين الرومي, النظام القانوني للتحكيم الإلكتروني, دار الفكر الجامعي ,بدون طبعة ,الاسكندرية,2006, ص124.

1 – إسمه وعمله وعنوانه البريدي والالكتروني.

2 – ملاحظاته حول طبيعة النزاع وظروفه.

3 – موقفه من الغرض من طلب اللجوء للتحكيم والتسوية المطلوبة.

4 – قائمة بأدلة الإثبات التي يقوم عليها رده وأية معلومات أخرى قد تكون نافعة.

5 – أي طلبات مقابلة يرغب في إيرادها في نفس الوقت الذي يقدم دفاعه.

أي أن اتفاق التحكيم الإلكتروني يشمل تحديد العناصر الجوهرية للاتفاق مثل محل العقد من حيث مشروعيته، ومن حيث الالتزامات المتعلقة به من تسليم وضمان، والمقابل من حيث كيفية الوفاء، ونوع العملة، لما ينطوي عليه السداد الإلكتروني من مغالطات، إضافة إلى كل الشروط المتفق عليها، والحقوق والالتزامات، والضمانات، وتحديد المستندات التي تكون جزءاً من العقد مثل الرسائل الإلكترونية والمطبوعات المتبادلة بين الأطراف التي أفضت إلى التعاقد[1].

2 – الشروط الشكلية والموضوعية للتحكيم الالكتروني : تشترط معظم التشريعات التي تنظم أحكام التحكيم بصورة عامة شكلية في اتفاق التحكيم وتتمثل هذه الشكلية باشتراط أن يكون اتفاق التحكيم مكتوباً علماً أن هذه التشريعات غير متفقة حول الدور الذي تؤديه الشكلية في اتفاق التحكيم فمنها ما تعد الكتابة شرطاً لانعقاد اتفاق التحكيم مثل قانون التحكيم المصري ومنها ما تعد الكتابة لازمة لإثبات هذا الاتفاق وعليه فالكتابة تعد الشرط الوحيد من الشروط الشكلية الواجب توافرها بالتحكيم العادي، أما التحكيم الالكتروني فبسبب عدم وجود نصوص قانونية خاصة به يخضع إلى الأحكام التي تسري على التحكيم بصورة عامة وهذا يعني ضرورة توافر الشكل الذي يشترطه القانون في اتفاق التحكيم ، فإذا كان الشكل المطلوب هو الكتابة فلابد من التطرق إلى ماهية الكتابة أولا ثم البحث في مدى توفرها في اتفاق التحكيم الإلكتروني ثانيا.

ومما لاشك فيه أن اختلاف التشريعات الوطنية في مسألة مدى تحقق شرط الكتابة في الرسائل الإلكترونية من شأنه أن يثير الكثير من الصعوبات في حال تنفيذ أحكام التحكيم الإلكترونية في بلد لا يأخذ بالتفسير الموسع لشرط الكتابة الأمر الذي دفع المنظمات الدولية إلى محاولة إصدار الاتفاقات التي تأخذ بالتفسير الموسع للكتابة ومنها مشروع تطوير قانون التحكيم التجاري الدولي المعد من قبل لجنة الأونسيترال بالأمم المتحدة والذي نص على أنه " يتعين أن يكون اتفاق التحكيم كتابياً وتشمل الكتابة أي شكل يوفر سجلاً ملموساً للإتفاق أو أن يكون في المتناول على

[1] حفيظة السيد الحداد,مرجع سابق,ص356 .

نحو آخر بصفته رسالة بيانات بحيث يمكن استعماله في إشارة لاحقة ". وهو ما يدل على أن اتفاقات التحكيم يمكن أن تبرم بوسيلة أخرى ليس لها شكل المستندات الورقية كالإتصالات الإلكترونية[1].

ثالثا : مزايا وعيوب التحكيم الإلكتروني

1 – مزايا التحكيم التجاري الإلكتروني:

أ)– السرعة في فض المنازعات : يتميز التحكيم الالكتروني بالسرعة في حسم المنازعات وهذا ما يتلاءم مع طبيعة التجارة الإلكترونية. لأن إجراءات التقاضي طويلة نسبياً فيها العديد من الشكليات والمدد الزمنية التي يجب على الخصوم التقيد بها والسبب في توفير الوقت يرجع إلى أن التحكيم الالكتروني لا يشترط انتقال أطراف النزاع أو حضورهم المادي أمام المحكمين بل يمكن سماع المتخاصمين عبر وسائط الإتصال الإلكترونية . كما يمكن للخصوم تبادل الأدلة والمستندات في ذات الوقت عبر البريد الإلكتروني أو أية وسيلة إلكترونية أخرى.

ب)– تقليل كلفة ونفقات التقاضي : وذلك يتناسب مع حجم العقود الإلكترونية المبرمة التي لا تكون في الغالب الأعم كبيرة بل متواضعة، وتستخدم أحياناً نظم الوسائط المتعددة التي تتيح إستخدام الوسائل السمعية والبصرية في عقد جلسات التحكيم على الخط المباشر للأطراف وللخبراء ، وهذا يقلل من نفقات السفر والإنتقال.

ج)– إجراء جلسات المحاكمة عن بعد : حيث تقوم الهيئة بعقد الجلسات عبر شبكة الأنترنت دونما إلتقاء مادي للهيئة والمحتكمين لتوفر بذلك عناء نفقات الأعمال لمكان التحكيم حيث يتم حضور جلسات المحاكمة من أي مكان في العالم عبر شاشة الحاسب المتصلة بالموقع الإلكتروني المعد لذلك.

د)– التخلص من مشكلة تنازع القوانين والاختصاص القضائي : إن وجود اتفاقية دولية بخصوص الاعتراف وتنفيذ أحكام المحكمين وهي اتفاقية نيويورك الصادرة عام 1958 . يجنب الأطراف الراغبة بالخضوع للتحكيم من التعرض لمشكلة تنازع القوانين والاختصاص القضائي على اعتبار أن العقود المبرمة عن طريق الانترنيت بصورة عامة وعقود التجارة الإلكترونية بصورة خاصة هي عقود دولية لا تحدد جغرافية معينة فالانترنيت شبكة مفتوحة عالمياً ولها إقليمها الخاص بها[2]. فلو نشأ نزاع بين طرفين بخصوص التجارة الإلكترونية وأراد أحد المتخاصمين

[1] حفيظة السيد الحداد, مرجع سابق, ص357

[2] آلاء يعقوب النعيمي, الإطار القانوني لإتفاق التحكيم الإلكتروني, مرجع سابق, ص213.

اللجوء إلى قضاءه الوطني تبرز مشكلة المحكمة المختصة بنظر النزاع والقانون الواجب والتطبيق عليه بالإضافة إلى عدم وجود قواعد موضوعية موحدة تلتزم فيها الدول في مجال التجارة الإلكترونية كما لا توجد قواعد موحدة تحدد الاختصاص القضائي لمنازعات التجارة الإلكترونية.

هـ)- دقة الوثائق والتسجيلات المقدمة من المحتكمين والمحفوظة إلكترونيا مع أقل تدخل أدمي مباشر.

و) – بيئة إلكترونية آمنة قابلة للتطبيق على شبكة الانترنت وتسمح للمحتكمين الدخول إليها وتبادل الوثائق والبيانات والطلبات بعيدا عن أعين المتلصصين.

ز) – وجود إتفاقية دولية بشأن الإعتراف وتنفيذ أحكام المحكمين، وهي إتفاقية نيويورك الخاصة بالإعتراف بأحكام المحكمين وتنفيذها لعام (1958) ، وذلك على خلاف أحكام القضاء حيث لا يوجد حتى الآن إتفاقية تحكم الإعتراف والتنفيذ الدولي مثل إتفاقية نيويورك مع أن هناك إتفاقيات إقليمية وثنائية لتنفيذها[1].

ح) – **الكفاءة** : لا يعتمد القضاء الوطني إلا على رجال القانون المتخصصين للفصل في المنازعة المطروحة أمامهم والتي قد تشمل على أمور فنية تتطلب تخصصات مختلفة ودقيقة.

غير أن أنظمة التحكيم الإلكتروني لا تشترط في المحكم المعين للفصل في النزاع أن يكون قانونيا. فقد يكون مهندسا أو طبيبا أو رجل أعمال ممن تتوافر لديهم الخبرة الواسعة والإلمام بمجال المنازعة المعروضة على التحكيم الإلكتروني وهو ما يضمن مواكبة أحكام التحكيم تطور التجارة الإلكترونية في المجال الفني والقانوني.

2 – مساوئ التحكيم الإلكتروني :

أ)- عدم تطبيق المحَكم للقواعد الحمائية والآمرة : يخشى الأطراف وخاصةً الطرف الضعيف في العقد من اللجوء إلى التحكيم بصفة عامة، والتحكيم الإلكتروني بصفة خاصة، وذلك بسبب الخشية من عدم تطبيق القواعد الآمرة والحمائية المنصوص عليها في القانون الوطني له، خاصةً إذا كان هذا الطرف مستهلكا، مما يترتب عليه بطلان حكم التحكيم، وعدم إمكانية تطبيقه وتنفيذه على أرض الواقع[2]، وكذلك عند اختيار القانون الواجب التطبيق غير قانون المستهلك الوطني ليحكم النزاع، فإن المحكم لن يطبق هذه القواعد الحمائية المنصوص عليها في قانون المستهلك الوطني؛ لأنه لا يطبق إلا القانون المختار، وذلك لأنه ليس قاضياً فلا يلتزم بتطبيق القواعد

[1] آلاء يعقوب النعيمي, الإطار القانوني لإتفاق التحكيم الإلكتروني, مرجع سابق, ص213.

[2] محمد إبراهيم أبو الهيجاء, مرجع سابق, ص65.

الآمرة، حتى في الدولة التي يوجد فيها مقر محكمة التحكيم، لذا فقد عارض كثيرون اللجوء إلى التحكيم لأن حماية الطرف الضعيف تكون دائما من خلال القواعد الآمرة التي يضعها مشرعو الدولة لحماية طائفة خاصة أو مصالح جماعية، ولا يهتم المحَكم إلا بحل النزاع بين الأطراف من دون النظر إلى مصالح السياسة التشريعية العليا للدول[1].

ب) –عدم مواكبة النظم القانونية الحالية للتطور السريع الحاصل في مجال التجارة الإلكترونية : إن لم تكن هذه النظم لا تشرع هذه المعاملات والتجارة الإلكترونية في قوانينها إضافة إلى جمود القواعد القانونية الموجودة في كثير من دول العالم المتعلقة بإجراءات التقاضي والتحكيم التقليدي من الاعتراف بإجراء التحكيم بوسائل إلكترونية وعدم تعديل التشريع الموجود للاعتراف بأحكام التحكيم الإلكترونية ، ومن هنا ثار التساؤل عن مدى صحة إجراءات التسوية بالوسائل الإلكترونية ، ومدى الاعتراف بالحكم التحكيمي الإلكتروني.

ج) – **عدم ضمان سرية التحكيم** : من مساوئ التحكيم الإلكتروني هو إمكانية اختراق سرية عملية التحكيم من قبل قراصنة شبكة الانترنيت مما يهدد سرية العملية التحكيمية برمتها. فالحفاظ على سرية النزاع والفصل فيه يعد من الدوافع الأساسية للجوء إلى التحكيم دون القضاء لان التجار والشركات التجارية تسعى للمحافظة على ما يخصهم من معلومات سرية وأسرار تجارية لمنع كشفها من قبل الشركات التجارية المنافسة. فإذا كان المحافظة على السرية يتحقق بالتحكيم العادي على اعتبار أن جلساته تقتصر على الخصوم فقط خلافا للقضاء الذي تكون جلساته علنية دائما إلا في بعض الحالات الاستثنائية.

فإن ضمان هذه السرية لا يتحقق دائماً بالتحكيم الإلكتروني لأن إجراءات هذا التحكيم تتم عبر شبكة الأنترنيت بحيث يكون لكل خصم كود خاص (رقم سري)، يمكنه من الدخول إلى الموقع الخاص بالدعوى التي يجري التحكيم فيها. فيلتقي بالمحكم أو بالخصم الآخر ويتمكن من الحصول على الوثائق والمستندات المتعلقة بالنزاع. إلا أن حصول أطراف النزاع على الأرقام السرية يتطلب تدخل أشخاص فنيين لا علاقة لهم بالنزاع لتسهيل حصولهم على الأرقام السرية وهذا يعني أن معرفة الأرقام السرية لم تعد مقصورة على الخصوم وحدهم وهو ما قد يهدد سرية إجراءات التحكيم[2].

---

[1] محمد إبراهيم أبو الهيجاء, مرجع سابق, ص65.

[2] محمد إبراهيم أبو الهيجاء, مرجع سابق, ص66.

خاتمة

خاتمة :

لقد أصبح التقدم التكنولوجي هو المحرك الرئيسي للإقتصاد العالمي، وأضحى تطور الأمم وازدهارها يقاس بمدى تبنيها لهذه التكنولوجيا، وهو ما جعل العديد من دول العالم تدرك أهمية هذه التكنولوجيا، وتسعى لتسخيرها لخدمة الإقتصاد بأسره، لا سيما الجانب التجاري منه، لذلك نجد الرأي القائل بأن التجارة الإلكترونية لا تختلف عن نظيرتها التقليدية إلا من حيث استخدام الوسائط، والوسائل الإلكترونية في التعاقد، وفضل الإكتفاء بمجرد إدخال تعديلات على التشريعات القائمة لكي تستوعب معاملات التجارة الإلكترونية، فالحل الأمثل هو سن قانون مستقل للمعاملات التجارية الإلكترونية على غرار ما قامت به بعض الدول، بالإضافة إلى إدخال التعديلات اللازمة على باقي التشريعات القائمة ذات الصلة بها، حيث دعت الإتفاقيات الدولية إلى خلق نظام بديل لفض النزاعات الإلكترونية يتميز بالبساطة والسهولة في رفع الدعوة، وسير إجراءات النزاع إلكترونيا، عكس ما هو موجود في القواعد الإلكترونية، وهو ما تم تكريسه من خلال إنشاء مراكز إلكترونية متخصصة بفض هذا النوع من النزاعات، ومن بينها مركز تحكيم ووساطة خاص بالمنظمة العالمية للملكية الفكرية، ويسعى كل مركز إلى ايجاد قواعد قانونية وطرق ملائمة وبشكل دقيق مراعيا في ذلك السرعة وقلة التكلفة حسب كل نزاع مع ضرورة استمرار علاقات المتنازعين الودية.

ولعل تجارب بعض الدول العربية التي تشهد تحولات كبيرة للإنتقال للعالم الرقمي، هو أكبر حافز لتشجيع الجزائر على استيعاب هذه التغيرات التكنولوجية الهائلة، ومواكبة النقلة النوعية، وخوض تجربة التجارة الإلكترونية للإستفادة من مزايا تطبيقها.

وبعد أن تم التعرض لمختلف عناصر الموضوع، وتم إيضاح كافة جوانبه، كان لزاما علينا بيان ما توصلنا إليه من نتائج ثم نورد بعض التوصيات الخاصة بموضوع الدراسة.

النتائج :

– من خلال تناولنا للتراضي في عقود التجارة الإلكترونية خلصنا إلى أن القواعد العامة الواردة في القانون المدني أجازت التعبير عن الإرادة إلكترونيا متى توافرت شروط صحتها.

– شروط صحة التراضي في عقد التجارة الإلكترونية هي نفسها الواردة في القواعد العامة، فيجب أن تكون خالية من العيوب، وأن تكون صادرة عن كامل الأهلية.

– فيما يخص الإيجاب الإلكتروني، أوضحنا خصوصية إستخدام وسيط إلكتروني.

– فيما يخص القبول الإلكتروني وطرق التعبير عنه سواء تم بواسطة البريد الإلكتروني، أو بالتعبير عنه بالنقر على الأيقونة المخصصة للقبول، وملء العقد الموجود على موقع التاجر والمعد سلفا.

– إن تحديد زمان ومكان انعقاد العقد عبر شبكة عالمية، قد يترتب عليه مسائل ذات أهمية في الإثبات والتنفيذ، وأن نظرية العلم بالقبول هي التي تتلائم معها لما فيها من تحقيق التوازن بين مصلحة المتعاقدين.

– من ناحية تنفيذ الإلتزامات، لم تتأثر كثيرا بالبيئة الإلكترونية، الوحيد هو مكان تنفيذ التسليم، أما تنفيذ إلتزامات المستهلك، فوجه الخصوصية فيها هو طريقة دفع الثمن، إذ اتسمت الطرق التقليدية بعنصر الجدة بما يتماشى مع البيئة الإلكترونية والمعاملات الإلكترونية.

– تطرقنا إلى الكتابة الإلكترونية، وبيان الشروط الواجب توافرها فيها، وخلصنا إلى أن غالبية التشريعات قد أقرت بالمساواة بين الكتابة التقليدية، والكتابة الإلكترونية في الإثبات، وأعطتها نفس القوة شرط أن تكون مقروءة، ومستمرة، ودائمة، وغير قابلة للتعديل.

– أما فيما يخص التوقيع الإلكتروني، فقد بينا أن الغرض منه هو التأكد من سلامة رسالة البيانات، وأنها سلمت من مصدرها دون أن تتعرض لأي تغيير أو تعديل.

– إن تحديد القانون الواجب التطبيق على منازعات العقد الإلكتروني، يكون بإتفاق الطرفين بإرادتيهما الصريحة أو الضمنية، وإذا تعذر ذلك يتم اللجوء إلى تركيز العقد مكانيا، أما بالنسبة إلى المحكمة المختصة بنظر النزاع، يتم تحديدها بإتفاق الأطراف، أما إذا لم يوجد اتفاق فينعقد الإختصاص لمحكمة المكان الذي يتم فيه تلقي المعلومات والبيانات.

– أن تنوع الآليات المستخدمة في التسوية الإلكترونية للمنازعات تتم في جميع مراحلها عبر الأنترنيت وبإجراءات غير قضائية، تتخذ من أجل الوصول إلى تسوية نهائية للنزاع من خلال مراكز متخصصة تتسم بالسرعة في حسم النزاع والإقتصاد في النفقات وسهولة التنفيذ، فهي بالتالي أفضل نهج يتبع في تسوية منازعات عقود التجارة الإلكترونية، مما شجع على اللجوء إليها وإقرارها ضمن اتفاقية التجارة العالمية.

التوصيات :

– ضرورة إصدار تشريعات وطنية حول المبادلات التجارية الإلكترونية، ويعقبها تعديل بعض نصوص القانون المدني الجزائري وقانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري والقانون التجاري الجزائري لتتلائم معها.

– توفير البنية التحتية الإلكترونية الدعامة للتجارة الإلكترونية، وتشمل شبكات الإتصال السلكي واللاسلكي، وأجهزة الإتصالات والتطبيقات والبرامج، ورأس المال المستخدم في التجارة الإلكترونية، بالإضافو إلى دعم الدولة لتقنيات المعلومات.

– ضرورة تأمين المعاملات الإلكترونية عبر الأنترنيت ووضع قائمة للمراكز الخاصة بحل النزاعات الإلكترونية دوليا، واعتماد قراراتها دوليا بما في ذلك تعديل اتفاقية نيويورك لسنة 1958 من أجل جعلها ملائمة للتجارة الإلكترونية خاصة المواد التي تأخذ بالمفهوم الضيق لشرط الكتابة والتوقيع، وذلك بالإعتراف بصحة المستندات الإلكترونية والتوقيع الإلكتروني.

– العمل على تأهيل مختصين وفنيين في قضايا التجارة الإلكترونية، حيث دائما ما يرغب المتنازعين على عرض نزاعاتهم على ذوي الخبرة في المجال الفني والتجاري لهذه التجارة.

– الإنخراط في الإتفاقيات والمعاهدات الخاصة للتجارة الإلكترونية وحل نزاعاتها، وتبني القوانين النموذجية للتجارة الإلكترونية، مما يؤدي إلى تشجيع الإستثمار وتسهيل تعاقدات الجزائريين مع الأجانب.

قائمة المراجع

قائمة المراجع

1- الكتب :

أ) الكتب العامة :

❖ **د/ عبد الرزاق السنهوري :**

- الوسيط في شرح القانون المدني المصري، الجزء الرابع، العقود التي تقع على الملكية، البيع والمقايضة، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الثانية، 1986.
- الوسيط في شرح القانون المدني المصري، الجزء الأول، نظرية الإلتزام، الطبعة 2006.

❖ **د/إبراهيم الدسوقي أبو الليل :**

- العقد غير اللازم، دراسة مقارنة متعمقة في الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، مطبوعات جامعة الكويت، 1994.
- العقد والإرادة المنفردة، جامعة الكويت، الطبعة الأولى، 1995.

❖ **د/ حفيظة السيد حداد :**

- الموجز في القانون الدولي الخاص،(الكتاب الأول)، المبادىء العامة في تنازع القوانين، منشورات الحلبي الحقوقية، 2007.

❖ **د/ زروتي الطيب :**

- القانون الدولي الخاص الجزائري، (الجزء الأول)، تنازع القوانين، مطبعة الفسيلة، الطبعة الثانية، الجزائر، 2008.

❖ **أ/ يحي بكوش :**

- أدلة الإثبات في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي، دراسة نظرية وتطبيقية مقارنة، الطبعة الثانية، المؤسسة الوطنية للكتاب.

ب) الكتب المتخصصة :

❖ **د/إبراهيم الدسوقي أبو الليل :**

- العقد والإرادة المنفردة، جامعة الكويت، الطبعة الأولى، 1995.
- العقد غير اللازم، دراسة مقارنة متعمقة في الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، مطبوعات جامعة الكويت، 1994.

❖ **د/ العبودي عباس :**

– التعاقد عن طريق وسائل الإتصال الفوري وحجيتها في الإثبات المدني، (دراسة مقارنة)، الطبعة الأولى، عمان، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، 1997.

❖ **د/ مدحت رمضان :**

– الحماية الجنائية للتجارة الإلكترونية (دراسة مقارنة) ، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001.

❖ **د/ أحمد خالد العجلوني :**

– التعاقد عبر الأنترنيت، دراسة مقارنة، المكتبة القانونية، عمان، الأدرن، 2002.

❖ **د/ أسامة أبو الحسن مجاهد :**

– التعاقد عبر الأنترنيت، دار الكتب القانونية، مصر، 2002.

– الوسيط في قانون المعاملات الإلكترونية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2007.

❖ **د/ محمد حسين منصور :**

– المسؤولية الإلكترونية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2003.

❖ **د/ فاروق الأباصيري :**

– عقد الإشتراك في قواعد المعلومات الإلكترونية، دراسة تطبيقية لعقود الأنترنيت، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003.

❖ **د/ عبد الفتاح بيومي حجازي :**

– مقدمة في التجارة الإلكترونية العربية، الكتاب الثاني، النظام القانوني للتجارة الإلكترونية في دولة الإمارات العربية المتحدة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، بدون طبعة، 2003.

❖ **د/ عماد الحداد :**

– التجارة الإلكترونية، إعداد اللجنة العلمية للتأليف والنشر، دار الفاروق للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، 2004.

❖ **د/محمد أمين الرومي :**

– التعاقد الإلكتروني عبر الأنترنيت، الطبعة الأولى، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2004.

❖ **د/الجنبيهي منير و ممدوح محمد :**

– الطبعة القانونية للعقد الإلكتروني، الطبعة الأولى، الإسكندرية، دار الفكر الجامعي، دون سنة نشر.

❖ **د/ المومني، بشار طلعت :**

- مشكلات التعاقد عبر الأنترنيت، (دراسة مقارنة)، الطبعة الأولى، الأردن، عالم الكتب الحديث للنشر والتوزيع، 2004.

❖ **د/ نادر جمال :**

- أساسيات ومفاهيم التجارة الإلكترونية، الطبعة الأولى، الأردن، دار الإسراء للنشر والتوزيع، 2005.

❖ **د/ محمد فواز المطالقة :**

- الوجيز في عقود التجارة الإلكترونية، (دراسة مقارنة)، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأدرن، 2006.

❖ **د/ صالح المنزلاوي :**

- القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2006.

❖ **د/ مناني فراح :**

- النظام القانوني للتحكيم الالكتروني، دار الفكر الجامعي، بدون طبعة، الاسكندرية،2006 .
- العقد الإلكتروني وسيلة إثبات حديثة في القانون المدني الجزائري، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، عين مليلة، الجزائر، 2009.

❖ **د/ إيهاب السنباطي :**

- الموسوعة القانونية للتجارة الإلكترونية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، سنة 2008.

❖ **د/ سلطان عبد الله محمود الجواري :**

- عقود التجارة الإلكترونية والقانون الواجب التطبيق، دراسة قانونية مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، 2010.

❖ **د/ سلطان عبد الله محمود الجواري :**

- عقود التجارة الإلكترونية والقانون الواجب التطبيق، دراسة قانونية مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، 2010.

❖ **د/ محمد إبراهيم أبو الهيجاء :**

– التحكيم بواسطة الأنترنيت، الوسائل الإلكترونية لفض المنازعات، الوساطة، التوفيق، التحكيم، المفاوضات المباشرة، الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2010.

❖ **د/ حمودي محمد ناصر :**

– عقد البيع الدولي الإلكتروني المبرم عبر الأنرتنيت، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الجزائر، 2012.

2– الرسائل والمذكرات الجامعية :

أ) الرسائل :

❖ **بشار طلال المومني :**

– مشكلات التعاقد عبر الأنترنيت، (دراسة مقارنة)، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، مصر، 2003.

❖ **حمودي ناصر :**

– النظام القانوني لعقد البيع المبرم عبر الأنترنيت، رسالة دكتوراه، تخصص قانون، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2009.

ب) المذكرات :

❖ **محمد أحمد علي المحاسنة :**

– تنازع القوانين في العقود الإلكترونية نحو ايجاد منظومة للقواعد الموضوعية الموحدة، قدمت هذه الرسالة إستكمالا لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في القانون، كلية الداراسات العليا، الجامعة الأردنية، 2006.

❖ **بوديسة كريم :**

– التحكيم الإلكتروني وسيلة لتسوية منازعات عقود التجارة الإلكترونية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، تخصص قانون التعاون الدولي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2012.

3 – المقالات و أعمال الملتقيات :

❖ **موساوي رشيدة، دراجي المكي :**

– دور الإدارة الإلكترونية في تطوير الخدمة العمومية المرفق العالم في الجزائر، دراسة لنموذجين قطاعيين العدالة والداخلية والجماعات المحلية، مجلة العلوم القانونية والسياسية، المجلد التاسع، العدد الأول، 2017.

❖ **آلاء يعقوب النعيمي :**

– الإطار القانوني لإتفاق التحكيم الإلكتروني، مقال منشور في مجلة الشارقة للعلوم الشرعية والقانونية، المجلد 06، العدد 02، 2009.

4– الإتفاقيات و القوانين :

أ) الإتفاقيات :

❖ اتفاقية لاهاي 15 جوان 1955 تبنت نظرية الأداء المميز في العقد.

❖ اتفاقية نيويورك 1958 الخاصة بالإعتراف وتنفيذ أحكام المحكمين.

❖ اتفاقية جنيف للتحكيم التجاري الدولي الموقعة في 21 أفريل 1961 والنافذة في 07 جوان 1964.

❖ اتفاقية روما 1980 المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على الإلتزامات التعاقدية.

❖ اتفاقية فيينا لسنة 1980 الخاصة بالبيع الدولي للبضائع.

ب) القوانين :

❖ الأمر رقم 58/75، يتضمن القانون المدني الجزائري، ج،ر، العدد 78 لسنة 1957، المعدل و المتمم.

❖ قانون الأمم المتحدة النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية لعام 1996.

❖ قانون أونسيترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية، الصادر عن الجمعية العامة للأمم المتحدة في 1997/01/30.

❖ التوجيه الأوروبي المتعلق بحماية المستهلك في العقود المبرمة عن بعد الصادر في 1997/05/20.

❖ قانون الأونسيترال النموذجي للتوفيق التجاري لسنة 2002.

❖ الأمر 10/05 المؤرخ في 20 جوان 2005، المتضمن ق.م.ج.ر، العدد 44 الصادر في 2005/06/26.
❖ قانون رقم 02/04 المؤرخ في 23 جوان 2004، يحدد القوانين المطبقة على الممارسات التجارية، ج.ر، عدد 41، الصادر في 2004/07/27، معدل ومتمم بالقانون رقم 06/10 المؤرخ في 2010/08/20، ج.ر، عدد 41، الصادر في 2010/08/23.
❖ القانون رقم 05/18، المؤرخ في 27 شعبان 1439 الموافق ل 10 مايو 2018 المتعلق بالتجارة الإلكترونية، ج.ر، العدد 28 بتاريخ 20 شعبان 1430، الموافق ل 16 ماي 2018.
❖ القانون المدني الجزائري.
❖ قواعد الوساطة الصادرة عن المنظمة الدولية للملكية الفكرية.
❖ قانون الإستهلاك الفرنسي.
❖ القانون المدني الفرنسي.

5- المراجع الأجنبية :

4 FRANCOIS (C) et PHILIPE (D)، contrats civils et contrats commerciaux، 7éme édition DALLOZ، 2004.
5 BENJAMIN (W) and JANE (K)، the law of electronic commerce a division of aspen publishing third edition INC NEW YOURK USA 2000.
6 JEAN Baptiste (M)، créer et exploiter un commerce électronique، éd. Litec. Paris. 1998.
7 GUIGOU Catherine، les contrats avec les consommateurs un outil de développement du commerce électronique، presses universitaires d'Aix-Marseille. 2002.

6- مواقع الأنترنيت :

❖ http://www.uncitral.org
❖ http://www.wipo.int

فهرس

الموضوعات

فهرس الموضوعات

قائمة المختصرات

مقدمة

المبحث التمهيدي : ماهية التجارة الإلكترونية 06
المطلب الأول : التجارة الإلكترونية 06
الفرع الأول : تعريف التجارة الإلكترونية 06
أولا : التعريفات المختلفة للتجارة الإلكترونية 07
ثانيا : التجارة الإلكترونية في الجزائر 08
الفرع الثاني : ظهور التجارة الإلكترونية وأهميتها 09
أولا : ظهور التجارة الإلكترونية 09
ثانيا : أهمية التجارة الإلكترونية 10
الفرع الثالث : خصائص التجارة الإلكترونية وسماتها 11
أولا : خصائص التجارة الإلكترونية 11
ثانيا : سمات التجارة الإلكترونية 12
المطلب الثاني : العقود الإلكترونية والعقود الأخرى 13
الفرع الأول : المقصود بالفرع الإلكتروني 13
أولا : التعريف الفقهي للعقد الإلكتروني 13
ثانيا : التعريف الوارد في المواثيق الدولية 14
الفرع الثاني : خصائص العقد الإلكتروني 17
أولا : العقد الإلكتروني هو عقد مبرم بوسيلة إلكترونية 17
ثانيا : العقد الإلكتروني هو عقد مبرم عن بعد 19
ثالثا : يغلب على العقد الإلكتروني الطابع التجاري 20
الفرع الثالث : تمييز العقد الإلكتروني عن غيره من العقود 21
أولا : تمييز العقد الإلكتروني عن غيره من العقود بحسب طريقة التعاقد 21
ثانيا : تمييز العقد الإلكتروني عن غيره من العقود المبرمة المرتبطة به في البيئة الإلكترونية 24

الفصل الأول : انعقاد العقد و إثباته 29
المبحث الأول : إبرام العقد الإلكتروني 29
المطلب الأول : التراضي في عقد التجارة الإلكترونية 29
الفرع الأول : الإيجاب الإلكتروني 30
أولا : تعريف الإيجاب الإلكتروني 30
ثانيا : تمييز الإيجاب الإلكتروني عن الدعوة عن التفاوض أو التعاقد 31
ثالثا : الشروط الواجب توافرها في الإيجاب الإلكتروني 32
رابعا : خصائص الإيجاب الإلكتروني 33
الفرع الثاني : القبول الإلكتروني 34
أولا : تعريف القبول الإلكتروني 35
ثانيا : طرق التعبير عن القبول الإلكتروني 36
ثالثا : مدى صلاحية السكوت للتعبير عن القبول الإلكتروني 37
الفرع الثالث : صحة التراضي الإلكتروني 38
أولا : الأهلية في عقود التجارة الإلكترونية 39
ثانيا : عيوب الإرادة في عقود التجارة الإلكترونية 41
المطلب الثاني : المحل والسبب في عقود التجارة الإلكترونية 45
الفرع الأول : المحل في عقد التجار الإلكترونية 46
أولا : صور المحل في التجارة الإلكترونية 46
ثانيا : الشروط الواجب توافرها في محل عقد التجارة الإلكترونية 47
الفرع الثاني : السبب في عقد التجارة الإلكترونية 48
المطلب الثالث : زمان ومكان انعقاد العقد الإلكتروني 49
الفرع الأول : زمان وانعقاد العقد الإلكتروني 49
الفرع الثاني : مكان انعقاد العقد الإلكتروني 50
المبحث الثاني : تنفيذ العقد الإلكتروني 51
المطلب الأول : إلتزام المتعاقد بتسليم السلعة أو بأداء الخدمة 51
الفرع الأول : إلتزام المتعاقد بتسليم السلعة 51
الفرع الثاني : إلتزام المتعاقد بتقديم الخدمة 53

المطلب الثاني : الإلتزام بالوفاء إلكترونيا 54
الفرع الأول : خصائص الدفع الإلكتروني 54
أولا : من حيث طبيعته 55
ثانيا : من حيث الجهة التي تقوم على خدمة الدفع الإلكتروني 55
ثالثا : من حيث وسائل الأمان الفنية 55
الفرع الثاني : أنواع الدفع الإلكتروني 56
أولا : الدفع عن طريق التحول الإلكتروني 56
ثانيا : الدفع بالبطاقات المصرفية 56
ثالثا : الدفع بالنقود الإلكترونية 57
المبحث الثالث : الإثبات في العقد الإلكتروني 57
المطلب الأول : الكتابة الإلكترونية 58
الفرع الأول : الكتابة والمحررات الإلكترونية 58
أولا : تعريف الكتابة الإلكترونية 58
ثانيا : تعريف المحررات الإلكترونية 58
الفرع الثاني : تحديد شروط الكتابة والمحررات الإلكترونية 59
أولا : أن تكون مقروءة 59
ثانيا : استمرار الكتابة ودوامها 59
ثالثا : عدم قابلية الكتابة للتعديل 60
الفرع الثالث : التنازع بين الكتابة في الشكل الإلكتروني والكتابة على الورق
في الإثبات 60
المطلب الثاني : التوقيع الإلكتروني 61
الفرع الأول : تحديد مفهوم التوقيع الإلكتروني 62
أولا : تعريف التوقيع الإلكتروني 62
ثانيا : خصائص التوقيع الإلكتروني 62
ثالثا : أنواع التواقيع الإلكترونية 63
الفرع الثاني : حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات 64
الفصل الثاني : القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية وآليات تسوية

منازعاتها.....67
المبحث الأول : القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية 67
المطلب الأول : الإسناد الشخصي (قانون الإرادة) 67
الفرع الأول : ماهية المبدأ وتطبيقاتها 67
أولا : الإعتراف بالمبدأ 68
ثانيا : تطبيق مبدأ قانون الإرادة في مجال التجارة الإلكترونية 69
ثالثا : كيفية تحديد ذغرادة الطرفين في مجال التجارة الإلكترونية 70
الفرع الثاني : صعوبات تطبيق الإسناد الشخصي 73
أولا : صعوبات تطبيق الإختيار الصحيح 73
ثانيا : صعوبات اختيار الضمني 74
المطلب الثاني : الإسناد الموضوعي (الإختيار القضائي في ظل غياب اتفاق
الأطراف) 75
الفرع الأول : ماهية المبدأ وتطبيقاته 75
أولا : الضوابط الجامدة 75
ثانيا : الضوابط المرنة (قانون دولة محل إقامة المدين بالأداء المميز للعقد).....76
الفرع الثاني : صعوبات تطبيق الإسناد الموضوعي 77
المبحث الثاني : آليات تسوية منازعات عقود التجارة الإلكترونية 79
المطلب الأول : ضوابط الإختصاص القضائي 79
المطلب الثاني : الوسائل البديلة لفض النزاعات الإلكترونية 82
الفرع الأول : المفاوضات الإلكترونية 82
أولا : تعريف المفاوضات الإلكترونية 83
ثانيا : خصائص المفاوضات الإلكترونية 83
ثالثا : أنواع المفاوضات الإلكترونية 84
رابعا : إجراءات المفاوضات الإلكترونية 85
الفرع الثاني : الوساطة الإلكترونية 85
أولا : مفهوم الوساطة الإلكترونية 85
ثانيا : خصائص الوساطة الإلكترونية 86

ثالثا : الشروط الواجب توافرها في الوسيط 86
رابعا : أنواع الوساطة الإلكترونية 87
خامسا : آلية الوساطة الإلكترونية 88
الفرع الثالث : التحكيم الإلكتروني 90
أولا : مفهو التحكيم الإلكتروني ونطاق تطبيقه 90
ثانيا : آليات التحكيم الإلكتروني وشروطه في إطار التجارة الإلكترونية 91
ثالثا : مزايا وعيوب التحكيم الإلكتروني 94
خاتمة 98
قائمة المراجع 102
فهرس الموضوعات 109