جامعة د. مولاي الطاهر – سعيدة –
كلية الحقوق و العلوم السياسية
قسم الحقوق

مبدأ سلطان الإرادة في العقود الإلكترونية

مذكرة لنيل شهادة الماستـر

التخصص: اقتصـادي

من إعداد الطالبة: ثابتي فضيلة
تحت إشراف الأستاذ:

عثماني عبد الرحمان

لجنة المناقشة:

الأستاذ:.....عياشي بوزيان .....رئيسا

الأستاذ:.....عثماني عبد الرحمان.....مشرفا و مقررا.

الأستاذ:.....هني عبد اللطيف.....عضوا مناقشا

الأستاذ:.....فليح محمد عبد الفتاح.....عضوا مناقشا

السنة الجامعية:2016/2015

شكر وعرفان

خير ما نبدأ به هو شكر المولى عز و علا ، فانا نحمده و نشكر فضله فقد من علينا بنعمة العلم و وفقنا في انجاز هذه المذكرة و ما كان التوفيق حليفنا إلا برضاه عز وجل .

اللهم لا تجعل الدنيا أكبر همنا ، و لا مبلغ علمنا ، و لا تسلط علينا من لا يخافك و لا يخشاك

الحمد لله الذي وصبنا التوفيق ، كما نتقدم بالشكر الجزيل إلى الأستاذ المؤطر " عثماني عبد الرحمان " الذي لم يبخل علينا بما انعم الله عليه من علم و ما قدمه لنا من نصائح و توجيهات قيمة .

و في الأخير الشكر و الثناء لكل أساتذة العلوم القانونية و الإدارية و الطاقم الإداري بما فيهم عمال المكتبة .

إهـــــداء

- إلى القلب الذي برحمته رعاني، والنبع الذي من فيضه سقاني، إلى صدري بعمق البحر ضمني إليه في كل أفراحي وأحزاني، إليك ياملكة عرشي، ولحن شفتي، يامنبع الحب والحنان أمي الغالية

- إلى الذي مع كل فجر أترقب خطاه، وأتحسس رضاه، مع كل صلاة أرجو دعواه، إلى مرشدي الذي علمني كيف أحب الله وأحب الحياة حفظه الله أبي العزيز

إلى من حرص على رؤيتي متفوقة أستاذي الكريم: عثماني عبد الرحمان

إلى أغلى شيء في الوجود، إلى نبض قلبي ونور عيني إخوتي

إلى رفيقات دربي في العمل : أمينة شريفي،فتيحة بن فطيمة،فارحة جيدي

بن صغير عائشة،كركور مريم

إهـــداء

كن عالما فان لم تستطع كن متعلما ، فان لم تستطع أحب العلماء ، فان لم تستطع لا تبغضهم .أهدي ثمرة هذا العمل إلى كل إنسان إذا كانت غايته الله ، و إلى كل عقل إذا كانت غايته الإنسانية ، و إلى كل سعي اذا كانت غايته الجميع للجميع .

إلى كل من قال في حقهما الرحمن " و بالوالدين إحسانا "

إلى رمز الاحترام و الوقار ، و من أحمل اسمه بكل عز و افتخار والدي الغالي أطال الله في عمره

إلى منبع الأمل ، العطف ، الوفاء ، العطاء ، و الحنان و من حفظتني بدعائها الصالحة أمي العزيزة أطال الله في عمرها .

إلى أملي و سندي في الحياة إخوتي الأعزاء حفظهم الله و أطال أعمارهم .

إلى روح أخي العزيز الطاهرة تغمدها الله برحمته مراد

إلى العائلة دون ذكر الأسماء

إلى صديقات المشوار الجامعي

إلى صديقتي و رفيقة دربي في الجامعة و من ساعدتني على انجاز هذه المذكرة أمينة شريفي

إلى أخي الذي لم تلده لي أمي مجدوبي حبيب

إلى كل من حرص على رؤيتي متفوقة : برزوق رشيد،درقاوي محمد،بن تاج لخضر، بن سكران ليلى

مقدمة.....01
الفصل الأول
مبدأ سلطان الإرادة في إبرام العقود الإلكترونية.....05
المبحث الأول :ماهية العقد الإلكتروني وتمييزه عن غيره من العقود الأخرى.....08
المطلب الأول :ماهية العقد الإلكتروني.....08
الفرع الأول :التعريف التشريعي للعقد الالكتروني.....08
الفرع الثاني :التعريف الفقهي للعقد الالكتروني.....10
المطلب الثاني :خصائص العقد الالكتروني وتمييزه عن غيره باقي العقود.....16
الفرع الأول :خصائص العقد الالكتروني.....11
الفرع الثاني : تمييز العقد الالكتروني عن باقي العقود الأخرى.....15
المبحث الثاني :انعقاد العقد الالكتروني أو مراحل تكوين العقد الالكتروني.....20
المطلب الأول :مرحلة ما قبل التعاقد- التفاوض الالكتروني-.....20
الفرع الأول :تعريف التفاوض و خصائصه.....20
الفرع الثاني: الالتزامات المفروضة في مرحلة التفاوض الالكتروني.....24
المطلب الثاني: التراضي في العقود الالكترونية.....25
الفرع الأول: الإيجاب الالكتروني.....26
الفرع الثاني:القبول الالكتروني.....29
المطلب الثالث:زمان و مكان الانعقاد الالكتروني.....34
الفرع الأول: زمان انعقاد العقود الإلكتروني.....34
الفرع الثاني: مكان انعقاد العقود الإلكتروني.....36
الفصل الثاني
مبدأ سلطان الإرادة ودورها في حل نزاعات العقود الالكترونية.....39
المبحث الأول:دور الإرادة في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقود الإلكتروني...41
المطلب الأول : طرق اختيار الأطراف القانون الواجب التطبيق.....41

الفرع الأول :الاختيار الصريح للقانون الواجب التطبيق على العقود الإلكترونية.....42
الفرع الثاني :الاختيار الضمني للقانون الواجب التطبيق على العقود الإلكترونية.....43
المطلب الثاني: النتائج المترتبة على خضوع العقود الإلكترونية لقانون الإرادة.....44

الفرع الأول: السماح للمتعاقدين باختيار أكثر من قانون لحكم العقد الإلكتروني.....45
الفرع الثاني :عدم لزوم توافر صلة بين القانون المختار والعقد.....46
المبحث الثاني:دور إرادة الأطراف في تحديد الجهة القضائية المختصة لحل منازعات العقود الإلكترونية.....49
المطلب الأول:حرية الأطراف في تحديد المحكمة المختصة.....50
الفرع الأول:التكريس التشريعي و الاتفاقي.....50
الفرع الثاني: القيود الواردة على حرية الأطراف.....52
المطلب الثاني:حرية الأطراف باللجوء إلى الوسائل الإلكترونية البديلة لحل المنازعات..55
الفرع الأول:المفاوضات المباشرة والوساطة الإلكترونية.....56
الفرع الثاني:التحكيم الإلكتروني.....58
الخاتمة:.....60
قائمة المصادر و المراجع:.....64
فهرس الموضوعات:.....66.

مقدمـــة:

من الثابت قانونا أن إرادة الإنسان حرة بطبيعتها، فلا يمكن أن يلتزم إلاّ بما ارتضى به، فالإرادة هي أساس التصرف القانوني، من حيث نشأته وتحديد آثار، وهذا ما يعبر عنه الفقه

بمبدأ سلطان الإرادة (L'autonomie de la volonté)،الذي يشتمل على فكرتين الأولى أن كل الالتزامات ترجع في مصدرها إلى الإرادة الحرة للأطراف،والثانية:أن أثر الإرادة لا يقتصر على إنشاء الالتزام، بل تعتبر المرجع الأعلى فيما يترتب على هذه الالتزامات من آثار.

وبذلك يعتبر **مبدأ سلطان الإرادة** نتاج الفلسفة السياسية الفردية التي سادت في القرن الثامن عشر،ونتيجة طبيعية وملازمة للنزعة الفردية، التي تقدس إرادة الفرد وتقرر السيادة الكاملة لها، وقد أصبح مبدأ سلطان الإرادة وما ينتج عنه من حرية التعاقد مبدأ ثابتا في غالبية النظم القانونية- سيما منها ذات النزعة الفردية -والمعترف به في جل قواعد التجارة الدولية، كما أنه يعد مبدأ معترفا به من الأمم المتمدينة وفقا لما تنص المادة 3/38 من لائحة محكمة العدل الدولية،كما تجسده الاتفاقيات الدولية في إطار قواعد تؤكد فيها قداسة المبدأ، وكرسته الجهات التحكمية الدولية كقاعدة هامة من قواعد التجارة الدولية.

وقد أثر ظهور مبدأ سلطان الإرادة على جانبين من جوانب العقد هما الشكل والموضوع، فمن حيث الشكل، فقد لحق العقد تطورا كبير وذلك عن طريق مبدأ الرضائية الذي يشكل الدعامة التي يستند إليها مبدأ سلطان الإرادة، ومؤداها أن الإرادة كافية بذاتها لإبرام التصرفات القانونية دون ضرورة إلى أن تنصب هذه الإرادة في شكل معين.وفيما يتعلق بموضوع العقد، فإن مبدأ سلطان الإرادة يقتضي بأن الأطراف أحرار في إبرام ما يشاءون من عقود، وهم أحرار أيضا في تحديد مضمون هذه العقود وفي اختيار الشروط التي تلائمهم ولهم الحق في تحديد الالتزامات والحقوق المترتبة على عقدهم[1].

ولقد استقر في مختلف النظم القانونية الداخلية، أنه لا يمكن إجبار أحد على التعاقد، فله الحق في رفض التعاقد أو في قبوله كلما كان في ذلك مصلحة له، كما يثبت له الحق في مناقشة الشروط المدرجة فيه سواء عند إبرامه أو أثناء تنفيذه باتفاق مع المتعاقد الآخر.

أما على مستوى العقود الدولية، فقد عرف المبدأ رواجا أكثر بالمقارنة مع العقود الداخلية، إذ إلى جانب الاعتراف للأطراف بحرية إبرام مختلف العقود الذي تخدم مصلحتهم وتنظيمها بداية من مرحلة المفاوضات إلى انعقاد العقد وتنفيذه، فإنه اعترف

---

[1]- خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الالكتروني، الدار الجامعية، الإسكندرية، مصر 2008 .

لهم في إطار العقود الدولية باختيار القانون الذي يحكم العقد سواء بإخضاعه إلى حكم قانون وطني معين أو بخضوعه لأكثر من قانون، ولهم الحق أيضا في استبعاد أي قانون وطني، وإخضاعه لحكم المبادئ العامة أو العادات والأعراف التجارية الدولية، كما يمكن للأطراف المتعاقدة في مجال العقود الدولية الاتفاق على تحديد الجهة القضائية المختصة بنظر ما قد ينشأ عن تنفيذ العقد من منازعات.

هذا المبدأ الذي عرف منذ القدم كان ولا يزال له دور بالغ الأهمية في العقود الداخلية والدولية، إلا أن هذه الأخيرة في تأثر دائم وأبدي بالتطورات المتلاحقة التي تحدث في البيئة المحيطة بها، وتنوع المعاملات التي تبرم بين الأفراد، وتبعا للوسائل المستخدمة فيها، خاصة مع تطور الحياة علميا وتكنولوجيا، وما نلمسه من استعمال طرق غير مألوفة للتعاقد، وبذلك شهد النظام التعاقدي اليوم قفزة نوعية لا مثيل لها في عصر المعلوماتية، التي كانت نتاج تطور تكنولوجيا الاتصالات وتقنيات المعلوماتية، والذي أسفر إلى ظهور شبكة المعلومات العالمية" **الإنترنت.**"

أدى استعمال الإنترنت في ميدان النشاطات والأعمال التجارية في بداية التسعينات من القرن الماضي إلى ظهور ما يسمى ب " **التجارة الإلكترونية"** ، والتي أصبحت أحد دعائم الاقتصاد العالمي الجديد، وأحد الآليات الهامة التي تعتمد عليها عولمة المشروعات التجارية والإنتاجية، ومما لاشك فيه أن النشاط التجاري بمفهومه الاقتصادي المعاصر لم يعد يقتصر على النطاق الجغرافي، بل امتد ليشمل الصفقات التجارية التي تتم من خلال الاتصال المباشر بين المتعاملين عبر مختلف وسائل الاتصال الإلكترونية[1].

فقد أصبحت التجارة الإلكترونية اليوم حقيقة واقعية، وليس بمقدور العاملين في مجال المبادلات الاقتصادية تجاهلها، وفي هذا الصدد أكد البنك الدولي في تقريره لسنة 1998بأن بعض المنظمات لا تقبل أعضاء جدد دون إثباتهم القدرة في التعامل بطريق التبادل الإلكتروني للبيانات، وحثت الجميع إلى مواكبة هذا التحول، لأن مسألة المشاركة والمساهمة في التجارة الإلكترونية أصبحت مسألة وقت، كما أضاف مجلس الأمم المتحدة للتجارة والتنمية في أحد دراساته مخاطبا الدول لتوفير البيئة القانونية المناسبة للتجارة الإلكترونية و إلا فإنها سوف تكون على الهامش من الاقتصاد الرقمي.

ولما كان الكثير من التحولات في الفكر القانوني نتيجة تحولات تقنية أو صناعية،بل فروعا قانونية جديدة لم تظهر إلا إثر تقدم تقني معين، فإن ظهور على ما اصطلح بتسميته التجارة الإلكترونية، وانتشار أدواتها، شغلت فكر رجال القانون ، وحاولت العديد من الدراسات التصدي لما تولدت عنها من آثار خاصة في إطار النظام التعاقدي، هذا ما أدى بالعديد من المنظمات الدولية إلى محاولة اللحاق بالنمو الذي تعرفه التجارة الإلكترونية، ومحاولة وضع إطار قانوني يؤطرها لحماية مصالح المتعاملين في

2- بلقاسم حامدي،إبرام العقد الالكتروني،أطروحة مقدمة لنيل درجة دكتوراه العلوم في العلوم القانونية،تخصص قانون أعمال،جامعة الحاج لخضر،جامعة باتنة،2014-2015.

إطارها،فنجد مثلا لجنة القانون التجاري الدولي التابعة للأمم المتحدة (الأونيسيترال) قد أصدرت القانون النموذجي بشان التجارة الإلكترونية عام 1996[1]، وقد تبنت العديد من التشريعات الوطنية هذا القانون في محاولة منها لتشجيع وتطوير عمليات إبرام العقود التجارية من خلال شبكات الاتصال العالمية، التي تقدم فيها المنتجات والخدمات في صيغة افتراضية أو رقمية كما يتم دفع مقابلها إلكترونيا.

تطور النظام التعاقدي أسفر عن ميلاد نوع جديد من العقود، سميت بالعقود الإلكترونية، التي آثارت على الساحة القانونية جدلا فقهيا، ونقاشا قانونيا بخصوص أثر هذه التحولات على نظرية العقد المعروفة في النظم القانونية، والتي لم تكن في الحسبان ولم تخطر على بال أحد، عند تاريخ وضع النصوص القانونية المنظمة للمجال العقدي،وما استتبع ذلك من تشكيك في مدى قدرة القواعد التقليدية أن تظل حاضرة وقادرة على مسايرة واقع التجارة الإلكترونية.

وما زاد صعوبات هو اعتبار العقود التي يبرمها الأطراف عبر شبكة الإنترنت عقود دولية، لتوفر المعيارين اللازمين واللذان يتمثلان في اتصال هذه المعاملات بأكثر من دولة من خلال جنسية أو موطن أو مركز أعمال أطرافها، مما يجعلها مستوفية للمعيار القانوني، بالإضافة إلى انتقال القيم والثروات أو الخدمات عبر الحدود، مما يجعلها مستوفية للمعيار الاقتصادي، لاتصالها بمصالح التجارة الدولية.

ورغم الجهود التي بادر بها حل التشريعات للتصدي للإشكالات المثار من طرف العقد الإلكتروني سواء في تحديد زمان ومكان إبرام العقد والتحقق من أهلية الأطراف المتعاقدة وتحديد المحكمة المختصة...إلخ واجتهادات القضاة من أجل توفير حماية أكثر للمتعاقدين وعدم الوقوف حبيس النصوص الجامدة

و بالتعرض الدائم لما يثار من مشكلات ومعالجتها بما يطرحه من حلول، إلا أن ذلك لم يسفر عن حلول فعالة، من جهة بسبب ارتكاز الحلول المكرسة على هذا النوع من العقود على أسس جغرافية ومكانية هذه الأخيرة التي تتلاشى في البيئة التي يبرم فيها العقد الإلكتروني وهي شبكة الإنترنت، ومن جهة أخرى، عدم وجود تشريعات موحدة وملزمة تراعي فيها خاصية العالمية التي تتمتع بها العقود الإلكترونية بسب البيئية المبرمة فيها.

فإذا سلمنا عدم وجود تأطير قانوني عالمي خاص بالتجارة الإلكترونية بصفة عامة وبالعقد الإلكتروني بصفة خاصة من جهة، وأقررنا أن حرية الإرادة هي الحل الوحيد لمواجهة افتراضية العقد الإلكتروني من جهة أخرى، فهل تم تجسيد **مبدأ سلطان الإرادة** بصفة فعالة في إطار التعاقد الإلكتروني؟

[1]- صدر هذا القانون في 12 جوان 1996 عن لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي

وللتصدي لهذه الإشكالية وبالنظر إلى أن سلطان الإرادة يتجلى أكثر في مرحلتين وهي مرحلة إبرام العقد ومرحلة حل المنازعات التي نشأت عنه، فإن الخطة المنتهجة تنقسم إلى فصلين[1]:

نبتدأ بالبحث عن مدى سلطان الإرادة في مرحلة إبرام العقد الإلكتروني سواء من بداية مرحلة المفاوضات إلى تجسيد وثيقة العقد، والمجسد في الفصل الأول، دون التطرق إلى مرحلة تنفيذ العقد الإلكتروني كون هذا الأخير يتفرع إلى عدة أنواع يستحيل إلمامها بدراسة واحدة، ثم التطرق إلى مدى حرية الأطراف في حل أي منازعة قد تنشأ من خلال تنفيذ العقد الإلكتروني وذلك من خلال تحديد القانون الواجب التطبيق والجهة المختصة لحل المنازعة، الأمر الذي سنبينه في الفصل الثاني.

تتمثل أهمية اختيار هذا الموضوع، في أن **مبدأ سلطان الإرادة** يعد الفكر القانوني السائد وبمثابة حجز الزاوية في العقود التقليدية، كما أنه يحتل مكانة بارزة في التشريعات المقارنة، باعتباره المبدأ المعتاد الذي حكم العقد من بداية تكوينه إلى تنفيذه أو حل أي نزاع ناشئ عنه، ولما كان كل اختراع أو فتح علمي يفرز واقعا جديدا، ويرتب آثار ما كانت قائمة قبل وجوده وشيوعه، فإن التجارة الإلكترونية عبر شبكة الإنترنت تعتبر واقعا جديدا، طرح مشاكل عديدة، لا سيما أنه لا توجد قواعد قانونية مستقرة في شأنها، ولا توجد دراسات كافية تلم بها، الأمر الذي دفعنا إلى البحث عن مكانة المبدأ ضمن الوسيلة تحقيق التجارة الإلكترونية وهو العقد الإلكتروني.

[1] - بلقاسم حامدي،المرجع السابق،ص02.

الفصل الأول: مبدأ سلطان الإرادة في إبرام العقود الإلكترونية

يشهد العالم في الوقت الحاضر نموا متصاعدا في حجم التجارة الإلكترونية التي تتم عبر شبكة اتصالات دولية(الإنترنت)، بحيث أصبحت تشكل نسبة كبيرة من حجم التجارة الدولية والداخلية، وذلك بسبب سرعة إبرام العقود الإلكترونية وتنفيذها، حيث يمكن للأشخاص الوصول إلى ما يرغبون فيه من خلال العروض المتسعة الخيار، بالضغط على لوحة مفاتيح الكمبيوتر المتصل بالإنترنت دون الحاجة إلى الانتقال من مكان إلى آخر.

ولما كان التعاقد الإلكتروني قد فرض نفسه كظاهرة عصرية ناتجة عن استخدام التكنولوجية الحديثة والوسائل التقنية الإلكترونية،أصبح من الضرورة الحتمية اتجاه الأبحاث القانونية إلى محاولة تنظيم هذه الظاهرة العصرية بما يحقق تلاؤم واندماج الوسائل التقنية الإلكترونية في الجوانب القانونية اندماجا متوازنا يحدد كيفية استخدامها في مجال العقود والمعاملات التجارية بما يضمن إحداث أثر قانوني ملزم، وعدم تأثير تلك الوسائل الفنية على التنظيم القانوني الحديث لهذه المعاملات بل على العكس من ذلك،فلابد من الأخذ بعين الاعتبار الطبيعة القانونية الحديثة لهذه المعاملات المستخدمة للوسائل الإلكترونية التي عملت على تقريب المتعاقدين عن بعد والتعاقد بين غائبين، بما يحقق عدم التحريف في الأثر القانوني لهذه المعاملات القانونية.

يعالج موضوع إبرام العقود الإلكترونية كيفية إحداث انسجام وتوافق بين التقنية أو الوسائل الإلكترونية في إبرام العقد و إحداثه لآثاره القانونية، وكيفية تطويع القواعد التقليدية في مجال يحقق الاستفادة من الوسائل التقنية الحديثة في مجال التنظيم القانوني للعقود تطويعا سليما ليس من شأن القضاء المساس بالآثار القانونية للعقد الإلكتروني بحجة عدم توافقها مع المبادئ القانونية [1].

ولما كان إبرام العقد سواء التقليدي أو الإلكتروني يمر بمرحلتين، أولهما هي مرحلة التفاوض بين الطرفين من أجل الوصول إلى تجسيد مصلحة مشتركة، وثانية هي انعقاد العقد بتبادل الإيجاب والقبول كان

لا بد من التوسع في تبيان الأحكام المطبقة عليها.

تعد المفاوضات أول تجسيد لإرادة الأطراف في إبرام العقد، إذ تعتبر المفاوضات العقدية ذات أهمية قصوى في صياغة العقد كما تسعى إرادة الأطراف، أو بالأحرى بصورة حقيقة لرغبات المتفاوضين التي أبدياها أثناء المفاوضات، مراعيا كل واحد منهما مصالح الطرف الآخر، ونظرا لأهمية هذه المرحلة أقر شراح القانون ضرورة خضوع المفاوضات لمبدأين أساسين هما حسن النية وحرية التعاقد، وذلك من أجل تحفيز الثقة المتبادلة للأطراف وتبادل المعلومات حول العقد بصفة نزيهة وجدية حتى تصل المفاوضات العقدية إلى غايتها المرجوة.

1- سمير حامد عبد العزيز الجمال،التعاقد عبر تقنيات الاتصال الحديثة(دراسة مقارنة)،دار النهضة العربية،الطبعة الأولى،القاهرة،20

ولما كان اختلاف العقد الإلكتروني عن العقد التقليدي يكمن في الطريقة التي يبرم بها وهي شبكة الإنترنت، فإن هذه الأخيرة تتمتع بخصوصيات أثرت على النظام التقليدي للتفاوض والذي أصبح يصطلح على تسميته بالتفاوض الإلكتروني، نظرا لاستعماله تقنيات الاتصال الحديثة، وقد تعددت الطرق التي يتم من خلالها كالبريد الإلكتروني وغرفة المحادثة، و ا ذا كان هذا التطور قد أوسع من نطاق إرادة الأطراف، وأقر لها حرية اختيار الوسيلة التي يمكن التفاوض بها.

ثاني مرحلة تجسد إبرام العقد هي انعقاد العقد عن طريق تبادل الإيجاب والقبول بين الطرفين، و ا ن كانت هذه المرحلة تتميز بالبساطة في إطار العقود التقليدية، فإنها في إطار التعاقد الإلكتروني عرفت بعض الصعوبات تعود من جهة إلى الوسط الذي تتم فيه عملية التقاء الإيجاب بالقبول، ومن جهة أخرى إلى إضفاء صفة التعاقد عن بعد على العقود الإلكترونية.

المبحث الأول: ماهية العقد الإلكتروني وتمييزه عن غيره من العقود

يعتبر العقد الالكتروني العصب الأساسي للتجارة الالكترونية، يرجع السبب في ذلك لسهولة وسرعة إبرام هذه العقود من خلال الوسائط الالكترونية .هذا ما يدعونا إلى محاولة التعرف على ماهية هذا العقد من خلال بيان أوجه الخصوصية فيه؛ بغرض وضع تنظيم هيكلي له، بيان النظام القانوني والبحث عما إذا كانت النظرية العامة للتعاقد تكفي لتنظيم

أحكامه، أم أن له أحكاما خاصَّة ناتجَّة عن طبيعته كونه يبرم في بيئة الكترونية،ونقسم هذا المبحث إلى مطلبين كما يلي:
المطلب الأول :ماهية العقد الالكتروني والمطلب الثاني :تمييز العقد الالكتروني عن غيره من العقود الأخرى.

المطلب الأول:ماهية العقد الالكتروني

إن تحديد ماهية العقد الالكتروني يتطلب توضيح المقصود بهذا النوع من العقود، أي بمجرد وصفه عقدا،فيخضع لأحد مصادر الالتزام، لكنه يتمتع بخصوصية تميزه عن بقية العقود الأخرى فالعقد الالكتروني هو أداة الأساسية للتجارة الالكترونية ،و هو بمثابة آداة فعالة من أجل إضفاء الأمان و الثقة عليها ،و يرتبط العقد الالكتروني ارتباطا و ثيقا بالتجارة الالكترونية حيث لا يمكن الفصل بينهما.[1]

الفرع الأول: **التعريف التشريعي للعقد الالكتروني:**

حرصت بعض التشريعات الأوروبية والعربية التي تنظم المعاملات الالكترونية على تعريف العقد الالكتروني باعتباره أحد تطبيقات التعاقد.

و بالرجوع إلى نصوص القانون النموذجي الصادر عن الأمم المتحدة بشأن التجارة الالكترونية نجد أنه عرف العقد الالكتروني من خلال تعريفه لرسالة البيانات، في المادة/2 أ بأنها :"المعلومات التي يتم إنشاؤها أو إرسالها واستلامها أو تخزينها بوسائل الكترونية أو ضوئية أو بوسائل مشابهة، بما في ذلك تبادل البيانات الالكترونية أو البريد الالكتروني أو التلكس"[2].وعرفت المادة/2 ب، على أنه :"نقل المعلومات من حاسوب إلى حاسوب آخر باستخدام معيار متفق عليه لتكوين المعلومات"،رأت اللجنة المعدة لهذا القانون بأن هذا التعريف ينصرف إلى كل استعمالات المعلومات الالكترونية ليشمل بذلك إبرام العقود والأعمال التجارية المختلفة، وعليه فإن العقد الالكتروني حسب هذا القانون هو العقد الذي يتم التعبير عن الإرادة فيه بين المتعاقدين باستخدام الوسائل المحددة في المادة/2 أ -ب وهي:

*نقل المعطيات من كمبيوتر إلى كمبيوتر آخر وفقا لنظام عرض موحد.
*نقل الرسائل الإلكترونية باستعمال قواعد عامة أو قواعد قياسية.
*النقل للنصوص باستخدام الانترنت، أو تقنيات أخرى كالتلكس والفاكس.

يتضح مما سبق أن الانترنت حسب هذا القانون ليست الوسيلة الوحيدة لتمام عملية التعاقد في التجارة
الالكترونية، بل تشاركها وسائل أخرى مثل جهازي التيلكس والفاكس.
لما كان العقد الالكتروني من طائفة العقود التي تتم عن بعد، فقد عرفت المادة الثانية من التوجيه الأوروبي الصادر في 20 ماي 1997 المتعلق بحماية المستهلك في العقود المبرمة عن بعد بأنه" أي عقد متعلق بالسلع والخدمات يتم بين مورد ومستهلك من خلال الإطار

[1].سمير حامد عبد العزيز الجمال، المرجع السابق،ص56.

[7] .خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص73.

التنظيمي الخاص بالبيع أو تقديم الخدمات التي ينظمها المورد، الذي يتم باستخدام واحدة أو أكثر من وسائل الاتصال الالكترونية حتى إتمام التعاقد."

عرفها هذا التوجيه بأنها" أية وسيلة تستخدم في التعاقد بين المورد والمستهلك بدون التواجد المادي والمتزامن لهما ذلك حتى إتمام التعاقد بين الأطراف".

*أما المشرع الكندي فقد عرف في القانون الخاص بولاية كبيك لحماية المستهلك بالقسم 20 منه التعاقد عن بعد بأنه:" تعاقد بين تاجر ومستهلك بدون تواجد مادي بينهما سواء في حالة الإيجاب أو القبول حال كون الإيجاب غير موجه لمستهلك معين."

*أما القانون الأمريكي فقد أورد تعريفًا للسجل الالكتروني الذي هو بمثابة العقد الالكتروني الذي يتم إبرامه بين الأطراف بأنه:" عقد أو أي سجل آخر يتم تكوينه، إرساله، نقله، استقباله أو تخزينه بأي وسيلة الكترونية[1]."

يتبين من خلال التعريف أن المشرع الإماراتي لم يعرف العقد الالكتروني، إنما عرف المبادلات الالكترونية،التي اعتبرها تشمل العقد واتفاقية التعامل الذي يتم إبرامه أو تنفيذه بشكل كلي أو جزئي عن طريق إرسال الرسائل الالكترونية واستلامها.

* أما عن الجزائر فيلاحظ أن القانون المدني الجزائري لم يتعرض للنظم القانونية التي تحكم العقد الالكتروني ولم يتناول تعريفه[2].

الفرع الثاني: التعريف الفقهي للعقد الالكتروني :

اتجه الفقه لمحاولة تعريف العقد الالكتروني من خلال دراسته لما يتميز به من الحداثة والخصوصية.

*عرف جانب من الفقه الأمريكي العقد الالكتروني بأنه:"ذلك العقد الذي ينطوي على تبادل للرسائل بين البائع والمشتري والتي تكون قائمة على صيغ معدة سلًفا ومعالجة الكترونيا، تنشئ التزامات تعاقدية."

*كما عرف العقد الالكتروني من جانب الفقه الفرنسي أنه" اتفاق يتلاقى فيه الإيجاب والقبول بشأن الأموال والخدمات، عبر شبكة دولية للاتصال عن بعد، بوسيلة مسموعة ومرئية، تتيح التفاعل الحواري بين الموجب والقابل، هذا التعريف اقتصر على المعاملات التي تبرم عبر الانترنت فقط، ما يتعارض مع مفهوم تقنيات الاتصال المختلفة، وتعريف التجارة الالكترونية على النحو الذي تناولناه سابًقا، كما أنه من الخطأ أن تربط مفهوم العقد الالكتروني بوسيلة اتصال معينة لاسيما وأن وسائل الاتصال عن بعد تعتمد على تقنيات الكترونية تفوق في تطورها الدراسات القانونية التي تلاحقها، كما أن الانترنت سوف تصبح خلال عشر سنوات

8. بلقاسم حامدي،المرجع السابق ،ص21.

9 المرجع نفسه ،ص ص 25-26.

وسيلة قديمة، لتظهر وسيلة جديدة يطلق عليها اسم الفضاء المصطنع الذي سيؤدي إلى وجود عالم ذهني مصطنع.

من التعاريف ما يكتفي بأن يكون العقد مبرما ولو جزئيا بوسيلة الكترونية فيعرف بأنه: "الاتفاق الذي يتم انعقاده بوسيلة الكترونية كليا أو جزئيا أصالة أو نيابة ."

ومن التعاريف ما شمل جميع الوسائل الالكترونية، لكنه اشترط لكي يعتبر العقد الكترونيا أن تكتمل كافة عناصره عبر الوسيلة الالكترونية حتى إتمامه، معتبرا أنه:" كل عقد يتم عن بعد باستعمال وسيلة الكترونية ذلك حتى إتمام العقد .وأنه عبارة عن" تقابل لعرض مبيعات أو خدمات يعبر عنه بوسيلة اتصال سمعية ومرئية من خلال شبكة دولية للاتصالات عن بعد مع قبول، والذي يكون قابلا لأن يظهر باستعمال النشاط الحواري بين الإنسان والمعلومة التي تقدمها الآلة".

هناك من عرفه بأنه:" التفاوض الذي انتهى بالاتفاق التام بين إرادتين صحيحتين باستخدام وسيلة اتصال حديثة" وقد استند جانب من الفقه إلى صفة أطراف العلاقة القانونية في تعريفه لعقود التجارة الالكترونية، وعرفها بأنها "تنفيذ بعض أو كل المعاملات التجارية للسلع والخدمات التي تتم بين مشروع تجاري وآخر أو بين تاجر ومستهلك، ذلك باستخدام تكنولوجيا المعلومات والاتصالات ".

لما كان العقد الالكتروني يتم بواسطة الاتصالات الالكترونية عن بعد فإن هذا التوجيه يرى بأنها تتم بأية

وسيلة الكترونية، تم تبادل المعلومات من خلالها أو تم التفاوض على العقد أو استخدامها في إبرام العقد،سواء كان كليا أو جزئيا.

العقد الالكتروني من العقود المبرمة عن بعد، حسب ما أقره الفقه ونصوص القانون فيعرف العقد الالكتروني الدولي بأنه:" العقد الذي تتلاقى فيه عروض السلع والخدمات بقبول من أشخاص في دول أخرى ذلك من خلال الوسائط التكنولوجية المتعددة، منها شبكة المعلومات الدولية الانترنت، بهدف إتمام العقد".

المطلب الثاني:خصائص العقد الالكتروني وتمييزه عن غيره باقي العقود.

قد يبدو لنا لأول وهلة أن العقود الالكترونية ليس لها أوجه تعاقدية خاصة، و أن هذه العقود يمكن أن تندرج بصفة عامة في إطار العقود التقليدية المبرمة بين الغائبين لكن في واقع الأمر يتميز العقد الالكتروني بخصائص تميزه عن غيره من العقود التي تبرم بين متعاقدين يجمعهما مجلس واحد[1].

لذا سنتطرق في هذا المطلب إلى أهم الخصائص التي يتميز بها العقد الالكتروني عن بقية العقود الأخرى

***الفرع الأول:* خصائص العقد الالكتروني:**

1.محمد أمين الرومي –المحامي بالاستئناف-،النظام القانوني للتحكيم الإلكتروني،دار الفكر الجامعي،الطبعة الأولى،ص10.

من خلال تعريفات العقد الالكتروني سابقة الذكر تتبين لنا عدة خصائص تميزه عن غيره من العقود التقليدية نظرا للطبيعة الخاصة للتعاملات الالكترونية وهي كما يلي:

1- العقد الالكتروني عقد يبرم عن بعد

يبرم العقد الالكتروني عن بعد عبر تقنيات الاتصال المختلفة ،و يمكن تعريف الاتصال عن بعد بأنه:"مجموعة من الإجراءات الفنية المسموعة و المرئية لإرسال و استقبال المعلومات عن بعد"[1].

لقد عرفه المشرع الفرنسي الاتصال عن بعد بمزيد من التفصيل في المادة 2-1 من قانون تنظيم حرية الاتصالات الصادر في 30 ديسمبر 1986 بأنه:" كل انتقال أو إرسال أو استقبال لرموز أو إشارات أو كتابة أو أصوات أو معلومات أيا كانت طبيعتها"،ومن هنا نقصد بالعقود التي تبرم عن بعد تلك العقود التي تبرم بين طرفين يتواجدان في أماكن متباعدة، وهذا باستعمال وسيلة أو أكثر من وسائل الاتصال عن بعد.

ويشهد قطاع الاتصالات عن بعد تطورا مستمراً ومتنوعاً، حيث يمكن إبرام العقد عن بعد بطرق مختلفة منها التلغراف والهاتف والفاكس والإذاعة والانترنيت،وقد أدى انعقاد العقود الالكترونية عن بعد ومن دون حضور مادي للمتعاقدين إلى تحقيق مزايا متعددة.

فبالنسبة للمشاريع التجارية أدى إلى تخفيض النفقات الداخلية، تقليل عدد العمال، إمكان الاتصال بالعملاء في منازلهم والرد على أسئلتهم وتلبية طلباتهم[2].

أما بالنسبة للعملات يوفر التعاقد عن بعد للعميل الوقت والجهد إذ يتمكن دون أن يتحرك من مكانه أن يقوم بالاطلاع على السلع وتوفر مشقة الانتظار والانتقال، وحمل البضائع.كما يساهم التعاقد الالكتروني في خفض الأسعار بسبب عامل المنافسة الشريفة، وبما أن العقود الالكترونية من العقود المبرمة عن بعد فإنها تتمتع ببعض المسائل القانونية أهمها:

- استطاعة كل من الطرفين التحقق من أهلية الآخر في التعاقد.
- التحقق من تلاقي الإرادتين إذا تم ذلك بشكل متعاصر بحيث يتم الإيجاب من أحدهما فيتبعه القبول من الطرف الآخر.
- التحقق من تاريخ التصرفات والمستندات.
- الإعداد المسبق لأدلة الإثبات.
- التحقق من مكان إبرام العقد.
- اعتماد مجموع هذه العناصر وذلك بتوقيع المتعاقدين.

أما تبادل التعبير عن الإرادة في العقود المبرمة عن بعد فإنه يثير الشك بالنسبة للعناصر السابقة،ويمكن القول هنا أن اعتبار العقد الالكتروني ضمن طائفة العقود المبرمة عن بعد، لا يعني أنه دائما تعاقد بين غائبين،كون أن التباعد المكاني لا ينفي إمكانية توفر مجلس العقد،

---

[1]المرجع نفسه، ص 22-

2- أ.محمد أمين الرومي،مرجع سابق ص24.

الذي يكون افتراضيا في مثل هذه العقود كأن يكون العقد مبرم عبر الانترنيت باستعمال وسيلة المحادثة والمشاهدة المباشرة.

2- العقد الالكتروني عقد تجاري

يتسم العقد الالكتروني بالطابع التجاري ولذلك يطلق عليه عادة تسمية عقد التجارة الالكترونية،و العقد الالكتروني على هذا النحو قد يتمثل في عقد من عقود البيع التي سنذكر منها على سبيل المثال لا على سبيل الحصر عقد بيع "Vente"، أو تقديم خدمات " Prestation de services ".

و يلاحظ أن العقود المبرمة عبر الانترنت بين المشروعات التجارية و المستهلك عادة ما تتخذ نموذج عقد إذعان « Contrat Consommation »[1].

و لكن يمكن التساؤل، وتطبيقا للقاعدة العامة في الصفة التجارية للعقد الالكتروني مما إذا كان هذا العقد تجاريا في جميع الأحوال أو بالنسبة للطرفين أو أن يكون مدنيا أو مختلطا.

بالنسبة لمقدم الخدمة يعتبر هذا العقد تجاري لأن مقدم الخدمة ينبغي عليه تحقيق الأرباح عن طريق التوسط بين فئتين من البشر، وهذا هو المعيار الأساسي لوصف العمل بكونه تجاريا.

أما بالنسبة للعميل، فيختلف الأمر بين أن يكون تاجرا أو غير تاجرا، فإذا كان تاجرا، يكون العقد بالنسبة إليه تجاريا بالتبعية، أما إذا ما لم يكن تاجرا كما لو كان أستاذا أو باحثا أو محاميا مثلا فلا يكون هذا العقد تجاريا بل مدنيا،وبالتالي فإن عقد الدخول إلى الشبكة عقداً مختلفاً إذا تم التعاقد بين مقدم الخدمة التاجر والعميل الذي يقوم بعمل مدني[2].

3- العقد الالكتروني عقد مبرم بوسيلة الكترونية.

ويعد ذلك من أهم مظاهر الخصوصية في العقد الالكتروني بل إنها أساس هذا العقد حيث يتم إبرامه عبر شبكة الاتصال الالكترونية، فالعقد الالكتروني لا يختلف من حيث الموضوع أو الأطراف عن سائر العقود التقليدية ولكنه يختلف فقط من حيث طريقة إبرامه وكونه يتم باستخدام وسائط الكترونية وتلك الوسائط هي التي دفعت إلى اختفاء الكتابة التقليدية على الدعائم الورقية لتحل محلها الكتابة الالكترونية التي تقوم على دعائم الكترونية.

وتجدر الإشارة إلى أن إصلاح شبكة الاتصالات الالكترونية يأخذ مفهوما واسعا في مجال التعاقد الالكتروني، فهو ينطبق على كل نوع من أنواع الاتصالات التي يتم التعبير فيها عن الإيجاب بطريق الصورة أو الصوت أو الإشارة الدالة على محتواها.

وينطبق ذلك على الاتصالات التي تجري بالوسائل السلكية كما يشمل أجهزة الاتصالات التي تعمل بالموجات المركزية،كما ينطبق كذلك على عروض الإيجاب التي تنقل عبر الأقمار الصناعية والملاحظ أنه لا يمكن حصر جميع هذه الوسائل في الوقت الحاضر نظرا لارتباطها مع التطور التكنولوجي غير أنه يمكن عرض أهمها فيما يلي:

1- د.سمير حامد عبد العزيز الجمال، مرجع سابق ص71.

2.محمد أمين الرومي، مرجع سابق ص25.

أولا: التعاقد بوسائل الاتصال الحديثة:

هناك العديد من الوسائل الحديثة التي ظهرت في فترة زمنية قصيرة نسبيا، والتي تستخدم في إبرام العقود ومنها:

ا-المينيتل MINITEL :شاع استخدام هذا الجهاز في فرنسا على نحو واسع من عام 1980 و هو يشبه جهاز 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.

ب-التيلكس Telex: ظهرت خدمته منذ خمسين عاما و ذلك قبل اختراع الحاسوب وهو 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[1].

ج-الفاكسFax :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.

د-الهاتف المرئيTéléphon: 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 الاتصال الفورية فاعلية وانتشارا في العالم المتطور.و قد كان من المفروض أن يستخدم هذا الجهاز في شبكة الإنترنيت بالنظر لسهولة استخدامه ورخص ثمنه، وتعذر ذلك نظرا لظهور بعض المصاعب التقنية، إلا أن هناك جيل آخر لهذا الجهاز، يفترض أنه سوف يوفر هذه الإمكانية.

ثانيا: التعاقد عن طريق شبكة الإنترنيت.

لقد أحدت التعاقد عن طريق شبكة الانترنت طفرة في عمليات تسويق السلع و الخدمات بعدما أن كانت السلعة تمر بعدة مراحل من المنتج أو الصانع ثم الوزع ثم التاجر الجملة و تاجر التجزئة و أخيرا تصل إلى يد المشتري أو المستهلك و الجدير بالذكر أن جهاز الحاسب الآلي لم يعد هو الجهاز الوحيد الذي يمكن من خلاله الدخول إلى شبكة الانترنت و هي الأدوات الذكية، التليفون الفضائي SkyPhon وغيرها من الأجهزة.وتجدر الإشارة هنا إلى أنه يجب التفرقة بين التعاقد عبر الانترنيت والتعاقد عبر شبكة الانترانت فشبكة الانترانت

[1].محمد أمين الرومي، ،مرجع سابق ص ص40 - 41.

هي "عبارة عن سلسلة من شبكاتINTRANET و الإكسترانت EXTRANET المعلومات يمتلكها مشروع مؤسسة واحدة، وهذه الشبكات قد تكون داخلية محدودة النطاق تتصل ببعضها البعض داخل نفس المكان، أو تكون شبكات واسعة النطاق تتصل ببعضها البعض من أماكن مختلفة، ويتم الربط بينها وبين شبكة الانترنيت بواسطة جهاز كمبيوتر أو أكثر، يكون بمثابة المدخل الرئيسي لها على الانترنيت".

أما شبكة الإكسترانت "هي جزء من شبكة الانترانيت الداخلية الخاصة بالمنشأة أو المشروع ولكن تم إمداده وإتاحة استخدامه لأشخاص خارج المنشأة وفروعها".

4- العقد الالكتروني عقد إذعان:

إذا كان العقد الالكتروني لا يختلف في مضمونه أو تركيبه عن العقد التقليدي إلا أن الأمر يدق بشأن طبيعة هذا العقد حيث يثار التساؤل بشأنه هل هو عقد مساومة يضحى لمبدأ سلطان الإرادة والتراضي بين الأطراف المتعاقدة أم هو عقد إذعان لا يكون للمستهلك فيه حرية الإرادة والتراضي التي تمكنه من التفاوض حول شروط العقد ولا يكون له إلا الاستجابة للشروط الموضوعة من الطرف الآخر دون أن يملك مناقشتها أو التعديل فيها أو الاعتراض عليها[1].

5- العقد الالكتروني عقد عابر للحدود:

ذلك لأن الطابع العالمي لشبكة الانترنيت وما يرتبه من جعل معظم دول العالم في حالة اتصال دائم يسهل العقد بين طرف في دولة وطرف آخر في دولة أخرى،بل تتعداها لتشمل أنحاء العالم، فقد يكون البائع مثلا في فرنسا والمشتري في لبنان والمتوج في كندا.ويكون العقد الالكتروني عقد دوليا وفقا لأحد المعايرين قانوني واقتصادي.

فبمقتضى المعيار القانون يكون للعقد طابع دولي إذا كان المتعاقدون ينتمون إلى دول مختلفة ويتواجدون في هذه الدول و بمقتضى المعيار الاقتصادي يكون للعقد طابع دولي إذا تعلق بمصالح التجارة الدولية عن طريق استيراد السلع والمنتجات والخدمات عبر الحدود[2].

الفرع الثاني: تمييز العقد الالكتروني عن باقي العقود الأخرى

إن العقد الالكتروني 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 الالكترونية، فهناك عقود أخرى متلازمة معه، لأنه من الممكن أن تكون هي الأساس الذي يرتكز عليه العقد الالكتروني ولولاه لما تمت المعاملات الالكترونية، من هنا سنعرض الاختلاف للعقد عن غيره بحسب طريقة التعاقد من جهة وعن العقود المرتبطة به من جهة أخرى.

❷ تمييز العقد الالكتروني عن غيره من العقود بحسب طريقة التعاقد:

[1].محمد أمين الرومي، المرجع السابق ص10.

[2].سمير حامد عبد العزيز جمال،المرجع السابق ص 74.

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

1- ***التعاقد الالكتروني والتعاقد التقليدي*** :يعرف العقد بأنه:" توافق إرادتين على إحداث أثر قانوني سواء كان هذا الأثر هو إنشاء التزام، نقله ،تعديله أو إنهائه[1]. ولا شك في ضرورة توافر أركان العقد وهي الرضا،المحل، السبب والشكلية فهذه العناصر لا مناص من توافرها في كل عقد،فأولى العقود التي سنقوم بدراستها هي عقد البيع الذي عرفه المشرع الجزائري في المادة 351 بقوله" :البيع عقد يلزم بمقتضاه البائع أن ينقل للمشتري ملكية شيء أو حقًا ماليا آخر مقابل ثمن نقدي".وهو نفس التعريف للمشرع المصري في المادة 418من القانون المدني. كما عرفه المشرع الفرنسي في المادة 1582 من القانون المدني بأنه:" عقد بمقتضاه يلتزم شخص بتسليم شيء إلى شخص آخر يدفع له ثمن".

نستخلص من التعريفات السابقة أن عقد البيع التقليدي من عقود المعاوضة وناقل للملكية وهو من العقود الرضائية، يتفق مع العقد الالكتروني في أنهما ينعقدان بتوافق إرادتي المتعاقدين، أي تطابق الإيجاب والقبول، إلا أن خصوصية العقد الالكتروني تتجلى في الوسيلة التي تستخدم في نقل إرادة كل طرف للآخر أو التفاوض بشأن بنود العقد، وفي العقد التقليدي وبسبب توافر عناصر مجلس العقد الحقيقي الذي يتلاقى فيه الطرفان أثناء التفاوض وتطابق الإيجاب مع القبول بين شخصين حاضرين من حيث الزمان والمكان، يستطيع كل طرف أن يتأكد من شخصية الطرف الآخر ويتعرف على مدى جديته في التعاقد، كما يتيح التعاقد التقليدي أيضا التعرف على محل التعاقد بسهولة بينما قد لا تتوافر هذه الإمكانية بذات الدرجة في التعاقد الالكتروني، الذي يعد وجود المتعاقدين في مكانين منفصلين، بل قد يفصل بينهما مئات أو ألاف الأميال، من ثم يعد مجلس العقد الالكتروني مجلسا حكميا كونه من العقود التي تبرم عن بعد ومن طبيعة خاصة.

2-**التعاقد الالكتروني والتعاقد عن طريق التليفون:** قد يتفق التعاقد الالكتروني مع التعاقد بالتليفون في أن كل منهما تعاقد فوري ومباشر حيث يتلاشى عنصر الزمن فهي جميعا عقود تبرم بين غائبين من حيث المكان على الأقل، على أن العقد الالكتروني يظل متميزا عن التعاقد بالتليفون من نواحي عديدة حيث أن ما يميز التعاقد بالتليفون أنه تعاقد شفوي قد يتطلب صدور تأكيد كتابي من الموجب البائع في حالة عقد البيع، مثلا يرسله إلى الطرف الآخر المتعاقد (المشتري) في موطنه نظرا لصعوبة إثبات التعاقد بالتليفون ولا ينعقد العقد إلا بتوقيع المشتري وفقًا للقانون الفرنسي الصادر في 23 جويلية 1989 ، أما في التعاقد الالكتروني المبرم عن طريق شبكة الانترنت قد يتفاعل الموجب مع الموجب له فلا يحتاج الموجب إلى إصدار كتابي، بل يعتبر العقد قد تم بمجرد تعبير الطرف الآخر عن إرادته بقبول التعاقد بواسطة الضغط على عبارة موافق عن طريق لوحة المفاتيح المتصلة

[1]- بلقاسم حامدي، المرجع السابق ص 35.

بالكمبيوتر[1]،كما أنه في التعاقد الالكتروني يمكن رؤية الرسالة الالكترونية المرسلة على جهاز الحاسوب،كما يمكن طباعتها والحصول على نسخة منها وخزن الرسائل والاحتفاظ بها في الجهاز، بينما في التعاقد عن طريق الهاتف تكون الرسالة شفوية.

قد يثور التساؤل حول الوضع بالنسبة للتعاقد عن طريق التليفون المرئي أي التليفون المزود بكاميرا
Video Telephone حيث ينقل صوت وصورة المتكلم عبر شبكات التليفونات كما في حالة التعاقد من خلال جهاز كمبيوتر مزود بكاميرا الكترونية ولا يختلف الأمر حيث سيكون التعاقد عن طريق التليفون المرئي تعاقدا شفويا أيضا، بينما في التعاقد الالكتروني يتم كتابة الاتفاق على مستند الكتروني من خلال صفحات Web[2] أو E-mail،كما يختلف السعي إلى التعاقد الالكتروني عن السعي لإبرام العقود بواسطة التليفون، حيث يكون العرض في الأول غالبا للعملاء على وجه العموم ولعدد غير محدود منهم، بينما العرض في الثاني يكون موجها لشخص معين ومحدد، بالتالي فإن العرض لا يتسم بالصفة العامة.

كما أن المبادرة إلى التعاقد في حالة السعي لإبرام العقود في الوطن بواسطة التليفون تأتي من البائع حيث يقوم بالاتصال بالمستهلك أو المشتري لإبرام مقابلة معه ومحاولة إقناعه بالسلعة التي يريد ترويجها وإتمام التعاقد معه، هذا التصرف سابق لإبرام العقد وهو الباعث على التعاقد، وعدم إبرام التعاقد لا يرتب أي أثر على طرفي العلاقة، لأنهما لا يزلون في مرحلة سابقة لإبرام العقد ويبحثان في أركان العقد ليتم التوصل لعقد تام لا ينتابه أي خلل، صحيح ومنتج لأثاره بينما يكون الاتصال غالبا من العميل في حالة السعي للتعاقد الالكتروني.

3-***التعاقد الالكتروني والتعاقد عن طريق الفاكس والتلكس*** :إن الفرق بين العقد الالكتروني ونظيره الذي يتم بواسطة جهاز الفاكس أو التلكس، يتمثل في أن الفاكس والتلكس مجرد وسيلة لتبادل المستندات أو المحررات الخاصة بالتعاقد في شكل ورقي، يعني ذلك أن الوجود المادي للمحرر التقليدي يتحقق حال التعاقد بواسطة الفاكس والتلكس، لذلك فإن الرسائل المتبادلة عن طريق الفاكس لا تحتاج إلى معالجة بياناتها بلغة الكمبيوتر وكل ما يحتاجه الطرف المستقبل للرسالة هو طباعتها على الورق.

أما فيما يخص التعاقد الالكتروني فإن التفاوض وإبرام العقد وتبادل المحررات الخاصة به يتم الكترونيا بحيث تتخذ المستندات العقدية وما يرد عليها من توقيعات الشكل الالكتروني . أي يتميز بالطبيعة غير المادية المثبتة على دعامة الكترونية لا على دعامة ورقية ممهورة بتوقيع الأطراف.

❷ ***تمييز العقد الالكتروني عن غيره من العقود المرتبطة به في البيئة الالكترونية :***

يعد العقد الالكتروني أهم آليات التجارة الالكترونية ويكتسب الطابع الالكتروني من الطريقة التي ينعقد بها، إلا أن التطور المستمر في مجال نظم المعلومات والاتصالات أدى

19. خالد ممدوح إبراهيم،المرجع السابق ص 93
2.بلقاسم حامدي، المرجع السابق ص 36.

إلى ظهور العديد من العقود الوليدة والحديثة على الوسط القانوني والتي يصعب حصرها، وهناك طائفة من العقود التجارية التي تبرم الكترونيا[1] وعقود التجارة الالكترونية نوعان،منها ما يبرم وينفذ على شبكة الانترنت وذلك عندما يكون محلها غير مادي ومتاح على الخط أو على الشبكة نفسها مثل الحصول على معلومات أو برامج أخرى ومنها ما يتم تنفيذه خارج الشبكة والتي يكون محلها سلع أو خدمات.

أغلب هذه العقود تتفق مع العقد الالكتروني في أنها غالبا ذات طابع دولي، إلا أنها تختلف وتتميز عنه فمستخدم الانترنت قد يكون مقيما في دولة ومقدم خدمة الاشتراك في الانترنت في دولة ثانية وشركة تكنولوجيا معالجة البيانات وتحميلها على شبكة الانترنت في دولة ثالثة[2].

لتمييز العقد الالكتروني عن غيره من العقود المرتبطة به في البيئة الالكترونية،يطلق على هذه العقود عقود الخدمات الالكترونية، وهي العقود الخاصة بتجهيز وتقديم خدمات الانترنت وكيفية الاستفادة منها، أي التي تبرم بين القائمين على تقديم خدمات الشبكة والمستفيدين منها سنتناول هذه الطائفة من العقود في ما يلي:

1- ***عقد الدخول إلى شبكة الانترنت (عقد الاشتراك في الانترنت)***

يعد عقد الدخول إلى شبكة الانترنت من الناحية الفنية من أهم العقود الالكترونية، تطلبها مباشرة المعاملات الالكترونية وتعتبر خطوة مبدئية لازمة لإبرام أو تنفيذ العقد الالكتروني، بمقتضى هذا العقد يتيح مقدم خدمة الدخول إلى الانترنت للعميل الوسائل التي تمكنه من الدخول إلى الشبكة، أهمها برنامج الاتصال Connexion الذي يحقق الاتصال بين جهاز الكمبيوتر والأقمار الصناعية التي من خلالها يتم بث إشارات رقمية يتم تحويلها إلى الشكل الذي نجد شبكة الانترنت عليه، كما يتوجب على المزود توفير كافة البرامج الأساسية لتشغيل خدمة الانترنت.

يتضمن العقد عادة وجود مدة محددة للتعاقد وشروط إعادة تجديده، كما يقوم المورد ببعض الخطوات الفنية الضرورية لتسجيل العميل الجديد في برنامج الاتصال مقابل استيفاء الرسوم ونفقات الاشتراك وهذا العقد ملزم لجانبين، فيقع على عاتق مقدم الخدمة التزام أساسي بتقديم خدمة الدخول على الشبكة وهو التزام بتحقيق نتيجة،كما يلتزم بإعطاء العميل اسم المستخدم وكلمة السر والعنوان الالكتروني كما يعرض المورد على عميله في الغالب خدمة المساعدة الفنية المسماة بالخط الساخن والتي تعتبر التزاما تكميليا يدخل في الإطار العقدي والتي تهدف إلى حل المشكلات الفنية التي قد يواجهها المستخدم الجديد للإنترنت عن طريق التليفون.

أما عن العميل أو مستخدم الانترنت فيلتزم بسداد مبلغ أو قيمة الاشتراك وذلك مقابل الدخول لمدة محددة أو غير محددة لجميع الخدمات التي تقدمها الشبكة أو بعضها[3].

1- بلقاسم حامدي، المرجع السابق ص 39.

2. خالد ممدوح إبراهيم،المرجع السابق ،ص99.

3. سمير حامد عبد العزيز جمال،المرجع السابق،ص76.

خلاصة القول بأن عقد الدخول إلى شبكة الانترنت وإن كان يتفق مع العقد الالكتروني من حيث كونهما من عقود التجارة الالكترونية، إلا أن الأول يظل متميزا ومستقلا عن الثاني ويمثل آلية لازمة لإبرامه أو تنفيذه.

2- عقد التوطين أو عقد الإيواء (عقد الإيجار المعلوماتي)

هو عقد من عقود تقديم الخدمات يعرف بأنه:"التقاء إرادتين على إبرام عقد محل معلوماتي، أي بيانات ورسائل، يتم تداولها بين مستخدمي هذه المعلومات وإرسالها إلى الغير بأية وسيلة كانت."

ويعرفه البعض الآخر بأنه" :عقد بمقتضاه يضع مقدم الخدمة تحت نشر المشترك بعض إمكانيات أجهزته أو أدواته المعلوماتية على شبكة الانترنت، يقوم أساس هذا العقد على توافر بيانات ومعلومات يتم نقلها إلى الغير وتتكون المعلومة من عنصرين أساسيين هما:

-صياغة المعلومات أو البيانات، بحيث تكون متناسقة ومرتبطة مع بعضها البعض ومؤدية إلى إحداث آثار نتيجة لتبادل هذه البيانات.

-نقل المعلومات إلى الكافة أو إلى من توجه إليه المعلومات.

هذا العقد هو أحد العقود التي يقوم فيها المزود أو مقدم الخدمة بتقديم الخدمات ووضعها تحت تصرف المستخدم والمشترك، وأغلب ما تكون هذه الخدمات إتاحة الانتفاع بمساحة على القرص الصلب بأحد أجهزة الحاسوب أو إتاحة مكان على شبكة الانترنت أو تقديم أي جزء من المعلومات ليتم الانتفاع بها. يتيح هذا العقد للمستخدم إمكانية استخدام البريد الالكتروني (E-mail) وإذا تمت إتاحة الفرصة لمستخدم الانترنت للقيام بإنشاء بريد الكتروني على أحد المواقع المتواجدة على الشبكة فإن هذا التصرف يمنح المستخدم حرية التصرف بالمعلومات المتوافرة على الموقع وحجز مكان من سعة الموقع، كل هذه التصرفات تكون لفترة محدودة بمقابل مادي يدفع إلى مالك هذه المنفعة، وفي حال انتهاء مدة العقد يكون من حق المالك استرداد كافة البيانات والأدوات التي منحها إلى المستخدم سواء كانت برامج أو جهاز الموديم.

3- عقد إنشاء المتجر الافتراضي: يعرف عقد إنشاء المتجر الافتراضي بأنه:"عقد يلتزم بمقتضاه مقدم الخدمة بأن يمكن التاجر من عرض بضاعته من خلال موقع الكتروني، أو مركز تجاري افتراضي، ذلك في مقابل أجر متفق عليه"[1]، يكتسب هذا العقد أهمية بالغة في المعاملات الالكترونية، فلكي يتمكن التاجر من إجراء الصفقات عبر الانترنت والتعاقد مع عملائه فإنه لابد وأن ينشئ له موقعا تجاريا على الشبكة وهو بذلك قد يعهد بهذه المهمة إلى أحد المهنيين المختصين في مجال المعلومات، الذي يتولى بدوره تصميم هذا الموقع وفقًا للشروط المتفق عليها وغالبا ما تتعلق هذه الشروط ببعض المواصفات التي ينبغي توافرها في الموقع مثل: جمال التصميم وفاعليته،سهولة الاستخدام، سرعة تحميل الصفحات، السماح لمستخدمي الانترنت والعملاء بالولوج إلى هذا الموقع والتجول فيه بحيث يتمكنوا من العثور على السلع المطلوبة بسهولة ويسر، وكذا عرض السلع والخدمات بطريقة واضحة تلفت

1. بلقاسم حامدي، المرجع السابق ص 42.

انتباه المستخدم مع بيان دقيق لمواصفاتها، أسعارها وبيان طرق دفع الثمن وعرض نموذج العقد مبينا به كافة الشروط التعاقدية التي ينبغي على العميل العلم بها قبل إبرام العقد وحصوله على السلعة أو الخدمة .إن الفكرة الرئيسية للتجارة الالكترونية تدور حول تجميع البائعين والمستهلكين في معارض أو مراكز تجارية افتراضية، تنقسم هذه المراكز إلى قسمين:[1].

أولهما :يمكن الدخول إليه دون حاجة لإجراءات معينة، لكنه يسمح بالاطلاع والتجول والإبحار فقط من أجل التعرف على السلع والخدمات المعروضة فقط دون الشراء.

ثانيهما :لكي يتم الشراء ينبغي الدخول إلى القسم الثاني، ولا يمكن ذلك إلا بعد إتباع إجراءات معينة

تستهدف التحقق من شخصية الزائر وتسجيله، وتتلخص هذه الإجراءات في أن يذكر الزائر رقم بطاقته

الائتمانية أو استخدام حافظة النقود الالكترونية من أجل تيسير الوفاء وأن يكون للشخص توقيع رقمي ذو شفرة خاصة بهدف أن يعتمد التصرفات التي يبرمها.

المبحث الثاني: انعقاد العقد الالكتروني أو مراحل تكوين العقد الالكتروني:

مع تزايد أهمية التفاوض في مجال المعلوماتية ،و غالبا ما يسبق إبرام العقد الإلكتروني،و لا سيما العقود المهمة،و يعتبر التفاوض مقدمة للإيجاب ،يمكن القول بأنه إذا كان الإيجاب يمثل خطوة إلى العقد ،فان التفاوض يمثل خطوة إلى الإيجاب،و ينعقد العقد عن بعد دون حضور مادي للمتعاقدين ،و يعبر عن الإرادة عبر وسائل الاتصال عن بعد ولانعقاد العقد الالكتروني لا بد من تلاقي الإرادتين و هذا بأن يصدر الإيجاب أولا ،تم يتبعه القبول. سوف نقسم هذا المبحث إلى ثلاث مطالب سنتناول في الأول التفاوض الالكتروني أو ما يسمى بمرحلة ما قبل التعاقد وفي الثاني التراضي في العقود الالكترونية و في المطلب الثالث و الأخير سنتناول زمان و مكان انعقاد العقد الالكتروني[2].

المطلب الأول: مرحلة ما قبل التعاقد- التفاوض الالكتروني-

يمكن تعريف التفاوض على أنه "تبادل اقتراحات و المساومات،و التقارير و الدراسات الفنية ، و الاستشارات القانونية التي يتبادلها أطراف التفاوض، ليكون كل منهما على بينة من أفضل الأشكال القانونية التي تحقق مصلحة الأطراف،و بسبب زيادة النشاط

1- - المرجع نفسه ص 43.

2.سمير حامد عبد العزيز الجمال، المرجع السابق ص 95

التجاري بين الدول أصبحت للمفاوضات في الوقت الحاضر أهمية في التعامل التجاري سواء على نطاق الأفراد أو الشركات التجارية، غالبا ما يسبق إبرام العقد الالكتروني مفاوضات مكثفة تمهيدا لإبرام العقد لاسيما العقود المهمة التي قد تنصب على معاملات ذات طبيعة تقنية أو اقتصادية كبيرة[1].

الفرع الأول: تعريف التفاوض و خصائصه:

أصبحت عملية التفاوض تقوم على علم، له قواعده وأصوله الخاصة، فلم تعد مجرد عملية مساومة في الأسواق، تحكمها و تتغلب عليها الاجتهادات الشخصية لأطراف التفاوض، لذا تعددت التعاريف الخاصة به، وسنتطرق في هذه النقطة إلى تعريفه لغتا،اصطلاحا، لننتقل إلى في الأخير إلى خصائصه.

أولا: تعريف التفاوض:

1-*تعريف التفاوض لغة* **:**التفاوض لغة مشتق من الفعل فوض، يقال فوض إليه الأمر صيره إليه وجعله الحاكم فيه، وفاوضه في أمره أي جاراه، وتفاوضوا الحديث أي أخذوا فيه، وتفاوض القوم في الأمر أي فاوض فيه بعضهم بعضا والمفاوضة هي المساواة والمشاركة، وشركة المفاوضة هي الشركة العامة في كل شيء وتفاوض الشريكان في المال إذا اشتركا فيه أجمع.

2- ***تعريف التفاوض اصطلاحا:***العملية التي تتضمن سلسلة من المحادثات وتبادل وجهات النظر وبذل العديد من المساعي بين الطرفين المتفاوضين بهدف التوصل إلى اتفاق بشأن صفقة معينة قد تعرف العملية التفاوضية

بتعريف يدل على أنها عبارة عن اتصال شفوي يتم بين طرفين أو أكثر بهدف الوصول إلى اتفاق مشترك على طريقة العمل أو على صيغة مشتركة بينهما.

ثانيا: خصائص التفاوض: يمتاز التفاوض الالكتروني على العقد بعدد من الخصائص، لعلى أبرزها ما نستجمعه في النقاط التالية:

1-***التفاوض على العقد ثنائي الجانب على الأقل*** :فلا جدال أن التفاوض على العقد هو ثنائي الجانب على الأقل في جميع الأحوال، أي أنه يتم من قبل جانبين أو أكثر من ذلك، إما بالنقاش والحوار وجها لوجه وإما بطريقة المراسلة .في هذا المقام تجدر الإشارة إلى أنه لا يتصور حصول مفاوضات في حالة التعاقد مع النفس،ذلك لأن التفاوض يقوم بالأساس على التقريب بين وجهات النظر المختلفة والمصالح المتضاربة وهذا ما لا يمكن تصوره في هذه الحالة.

2- ***التفاوض على العقد تصرف إرادي*** **:**إن عملية التفاوض لا تحدث إلا عندما تتجه إرادة الأطراف المتفاوضة إلى الدخول في التفاوض بهدف إبرام عقد معين، من ناحية أخرى فإن إرادة الطرفين تظل حرة تماما طيلة مرحلة المفاوضات، فلكل طرف الحرية الكاملة في الدخول إلى التفاوض أو الاستمرار فيه أو الانسحاب منه ولو في آخر لحظة، يرجع ذلك كله إلى انطباق مبدأ حرية التعاقد على العملية التفاوضية.

---

[1]- بلقاسم حامدي، المرجع السابق ص ص 47 - 48,

3- ***التفاوض على العقد يتم باتفاق أطراف العقد*** :هذا ما يحصل دائما سواء تم الاتفاق بشكل صريح أو بشكل ضمني وسواء تم بصورة شفوية أو كتابية، فالمفاوضات العقدية لا تحدث نتيجة صدفة وإنما تتم باتفاق سابق يوافق بموجبه الطرفان من حيث المبدأ على المضي قدما بإبرام العقد، بحيث يمنحهما هذا الاتفاق العلم الكافي بالعقد المتفاوض عليه.

4-***التفاوض على العقد يقوم على التبادل والأخذ والعطاء*** :حيث يتعاون الأطراف فيما بينهم على التقريب بين وجهات النظر المختلفة، ذلك عن طريق تبادل العروض والمقترحات بحيث يقوم كل طرف بتقديم تنازلات من جانبه من خلال إجراء التعديل في الشروط والمطالب التي جاء بها، حتى يتم التوصل إلى نوع من التوازن بين مصالح الطرفين المتعارضة، فإذا لم يكن هناك مجال أو قابلية للنقاش أو التنازل فليس هناك أية عملية تفاوض.

5- ***التفاوض على العقد ذو نتيجة احتمالية*** :تعتبر النتيجة الطبيعية للتفاوض على العقد أن يتم بالفعل إبرام العقد المتفاوض عليه بأن ينجح الطرفان في التوصل إلى اتفاق نهائي عن طريق تبادل الإيجاب والقبول المتطابقان والتوقيع على وثيقة العقد، مع ذلك تعتبر هذه النتيجة احتمالية قد تتحقق وقد لا [1].

6- ***التفاوض على العقد مرحلة تمهيدية لإبرامه*** :التفاوض ليس عقدا مقصودا في ذاته إنما يهدف إلى

التمهيد والتحضير لإبرام العقد النهائي وإذا كان التفاوض لا يلزم الطرفين بإبرام عقد ما، إلا أن الطابع

التمهيدي للتفاوض الالكتروني ينشئ التزامات على عاتق كل طرف بالتفاوض والسير فيه وفقًا لمقتضيات حسن النية وهو التزام ببذل عناية وليس بتحقيق نتيجة، دون أن يتضمن التزاما بإبرام العقد النهائي.

الفرع الثاني:الالتزامات المفروضة في مرحلة التفاوض الالكتروني

هناك عدة التزامات في مرحلة التفاوض الالكتروني تقع على عاتق كل طرف يجب أن يلتزم بها[2]:

1- الالتزام بالدخول في التفاوض :لا بد أن يلتزم أطراف التفاوض بمقتضى عقد مبدئي على الدخول في التفاوض لمناقشة العقد النهائي المراد التوصل إليه في الميعاد المحدد لذلك، من ثم فإن الالتزام بالتفاوض يجد مصدره المباشر في اتفاق التفاوض، ولا يحق لأي طرف الامتناع أو التأخير عن الدخول في المفاوضات وإلا اعتبر مسؤوًلا عما قد يقع من أضرار للطرف الآخر، إذ يجب على كل طرف بذل العناية المطلوبة لإنجاح المفاوضات، فإذا ارتكب أي طرف فعًلا من شأنه أن يؤدي إلى إفشال المفاوضات فإنه يعد مخالًفا لالتزامه

[1] -- بلقاسم حامدي،المرجع السابق ص ص 50 - 51.

29- بوجمعة جعفر،الوسائل الالكترونية لحل منازعات عقود التجارة الالكترونية،مذكرة التخرج لنيل شهادة الماستر العلوم في العلوم القانونية،تخصص عقود و مسؤولية،جامعة أكلي محند أولحاج البويرة،2015.

ببذل العناية،الذي يفرض عليه أن يتبع المسلك المألوف للشخص المعتاد ويتفق مع مقتضيات حسن النية في تنفيذ الالتزامات.

2- الالتزام بحسن النية :يعتبر هذا الالتزام تبادلي يقع على عاتق الطرفين بتحقيق غاية وليس التزاما ببذل عناية،بينما تقرر بعض القوانين مراعاة مبدأ حسن النية سواء في مرحلة تكوين العقد أو تنفيذه كالقانون الألماني والإيطالي والهولندي، وأخرى تقصر مبدأ حسن النية على مرحلة التنفيذ فقط وهذا ما قرره القانون التجاري الأمريكي الموحد[1](U.C.C) بأنه :" الأمانة في الواقع واحترام المعايير التجارية المعقولة في التعامل العادل" .

3- الالتزام بالإعلام :يلتزم المتفاوضان عبر الشبكة بأن يزود المفاوض الآخر بكل المعلومات المتوفرة لديه والمتعلقة بموضوع التعاقد والتي يجب عليه أن يعلم بها يوجد هذا الالتزام بالتبصير أو الإدلاء بالبيانات في مرحلة الذي يستند التفاوض في كثير من النظم القانونية الوضعية،كالقانون المدني الجزائري في نص المادة86/ 2 يستند الالتزام بالإعلام إلى أن الحماية التقليدية للإرادة العقدية من خلال نظرية عيوب الإرادة لم تعد كافية نظرا لأن هناك كثيرا من العقود يحتاج فيها المتفاوض إلى حماية خاصة وفعالة بسبب طبيعتها، إما لأن أحد أطراف التفاوض معني محترف، أو أن المتفاوض الآخر ليس على دراية تامة أو أن خبرته غير كافية بالشيء محل التعاقد أو بسبب جدة وحداثة الشيء محل العقد وتعقيد استعماله أي أن الالتزام بالإعلام يجسد أساسه في عدم التكافؤ بين طرفي العقد المتفاوض عليه من حيث العلم بعناصر العقد وظروفه مما يلقي على الطرف المحترف بصفة خاصة الالتزام بالإدلاء للطرف الآخر بكافة المعلومات والبيانات المتعلقة بالعقد حتى يتصرف على دراية كافية ولكي يتسم التفاوض بالوضوح والشفافية وحسن النية.

4- ***الالتزام بالاعتدال والجدية*** :يلتزم كل طرف من أطراف المفاوضة بالجدية والاعتدال في مرحلة المفاوضات، من صور الجدية قيام الأطراف بمواصلة التفاوض بجدية واعتدال في تقديم العروض ومناقشة أراء وأفكار المتفاوض الآخر بحيث لا يكون مبالغا فيها مما يهدد بفشل المفاوضات وعدم التشدد والتصلب في الرأي، احترام المعاهدات والأعراف التجارية السائدة، السعي لإنهاء عملية التفاوض في مواعيد مناسبة، كما يجب الالتزام بعدم التفاوض مع طرف ثالث ما يسمى بحظر إجراء مفاوضات موازية شريطة أن يكون هناك اتفاق مسبق.

5- الالتزام بالتعاون :إن هذا الالتزام يفرضه مبدأ حسن النية عند إبرام العقود، بالتالي فهو مفروض ضمنيا دون حاجة إلى النص عليه صراحة، ويظل هذا الالتزام قائما طيلة مرحلة المفاوضات ولا تندرج صور التعاون حصريا بل كل فعل أو تصرف يقوم على التعاون والثقة المتبادلة يندرج تحت بند التعاون،فكل ما يحتاجه السير الأمثل للعملية التفاوضية فهو لازم ومأمول في إطار الثقة المتبادلة والمعيار في ذلك الرجل المعتدل الذي يهدف إلى إنجاح المفاوضات وعدم العودة إلى الوراء بإثارة النزاع بدون مبرر معقول في موضوع تم حسمه من قبل.

[1]- القانون التجاري الأمريكي الموحد.

6- الالتزام بالمحافظة على السرية :قد تقتضي عملية التفاوض أن يكشف أحد الأطراف للآخر عن بعض الأسرار الهامة لذلك يوجب هذا الالتزام امتناع المفاوض الذي اطلع على هذه المعلومات عن إفشائها للغير أو استغلالها، إذا كان ذلك يلحق الضرر بالمفاوض الآخر الذي تعلقت به هذه المعلومات ويجب التأكد أن هذا الالتزام لا يظم مسائل غير مشروعة . يقدر قاضي الموضوع المعلومات التي يقضي بها مبدأ حسن النية والتي يشملها الالتزام بالمحافظة على السرية على أن يراعي العادة والتعامل الجاري بينهم[1].

المطلب الثاني: التراضي في العقود الالكترونية:

يعتبر التراضي عموما، تبادل إرادتين متطابقتين لإحداث أثر قانوني، ويستوجب ذلك وجود ثلاثة مسائل قانونية، أولها صدور إيجاب من أحد الطرفين يعرض رغبته وعزمه على التعاقد، والثاني هو صدور قبول من الطرف الآخر لهذا العرض، وثالثهما هو ارتباط القبول بالإيجاب، وبذلك تتحقق الإرادة المشتركة للمتعاقدين المكونة للعقد،والعقود الإلكترونية المبرمة عبر شبكة الإنترنت لا تخرج عن هذه القاعدة إلا أن الإيجاب والقبول يتم التعبير عنهما وارتباطهما بوسائل الكترونية بدلا من الوسائل التقليدية.[2]

الفرع الأول: الإيجاب الالكتروني

لا يختلف الإيجاب الالكتروني عن الإيجاب التقليدي من حيث المبدأ ما دام الموجب قد قصد بإيجابه هذا ترتيب أثر قانوني.

أولا : مفهوم الإيجاب الالكتروني:

يعتبر الإيجاب الخطوة الأولى في إبرام كافة العقود سواء كانت تقليدية أو إلكترونية،فهو الإرادة الأولى التي تظهر في العقد وهو المنطلق الذي يؤسس عليه، فحتى ينعقد العقد بصفة عامة يجب أن يصدر إيجابا من أحد المتعاقدين، ليعقبه قبول من الطرف الآخر يقترن ويتطابق معه، وقد يحدث ذلك في مجلس واحد بين طرفين حاضرين، أو بين غائبين غير أنه في مجال العقد موضوع دراستنا اتسم الإيجاب بالصفة الإلكترونية[3].

ثانيا: طرق التعبير عن الإيجاب الالكتروني

مكنت الخدمات المتنوعة التي توفرها الإنترنت من عرض الإيجاب بطرق إلكترونية مختلفة و سنوضح أهمها في النقاط التالية:

1-***الإيجاب عبر البريد الإلكتروني:***

يحقق الإيجاب الذي يتم بواسطة البريد الإلكتروني ميزة استهداف العرض لأشخاص معينين، وذلك في الحالة التي يرغب فيها التاجر أن يخصص إيجابه لأشخاص يرى أنهم قد يهتمون بمنتجه دون غيرهم من أفراد الجمهور،كما يمكن أن يكون الإيجاب عبر البريد الإلكتروني موجها إلى عدد غير محدد من الأشخاص، و في هذه الحالة يعتبره البعض عند الشك مجرد دعوة إلى التفاوض وليس إيجابا استنادا إلى بعض النصوص القانونية.

---

[1] - بوجمعة جعفر،المرجع السابق ص 54.

32 .أسامة أحمد بدر،حماية المستهلك في التعاقد الالكتروني(دراسة مقارنة)،دار الكتب القانونية، مصر ،2008،ص 115.

33. سمير حامد عبد العزيز الجمال، المرجع السابق، ص 102

تمكن تقنية البريد الإلكتروني من الاتصال الفوري المتزامن بين المتعاقدين، و ذلك عن طريق الكتابة مما يجعله مجلس تعاقد حقيقي، تسري عليه القواعد الحاكمة للتعاقد فيما بين حاضرين، فتتوفر بذلك سهولة العلم بالعروض التعاقدية [1].

2-الإيجاب عبر مواقع الشبكة:

تعتبر هذه الصورة الأكثر انتشارا، حيث يتم عرض الإيجاب على الموقع الخاص بالتاجر مالك السلعة أو الخدمة، الذي يوضح كل ما يتعلق بمحل العقد، وتحقيقا لهذا يقوم الموجب بعرض سلعته عن طريق صورة ثلاثية الأبعاد،والتي يجب أن تكون واضحة وصادقة ومعبرة بشكل حقيقي عن السلعة كونها تمثل جزءا لا يتجزأ من الإيجاب، فالمتعاقد الآخر سيعتمد عليها لتحديد قراره بإبرام العقد من عدمه.

ولا يختلف الإيجاب عبر مواقع الشبكة كثيرا عن ذلك الذي يصدر عبر الصحف أو التلفاز، مما يجعله إيجابا مستمرا على مدار الساعة لأنه في العادة لا يكون مقيدا بزمن معين بل مقيدا بنفاذ الكمية[2].

ثالثا : شروط سريان الإيجاب الالكتروني

يجب أن يستجمع الإيجاب الإلكتروني شأنه شأن الإيجاب التقليدي جملة من الشروط التي تجعل منه إرادة يعتد بها قانونا،كما يجب أن يكون خاضعا لقواعد تتعلق بسريانه وانقضائه، وهو ما نتناوله في النقطتين التاليتين تخصص الأولى لتحديد شروط الإيجاب الإلكتروني الموجه عبر الإنترنت، ونتناول في الثانية سريانه و مدى الخصوصية التي يتمتع بها على هذا المستوى.

1-شروط صحة الإيجاب الإلكتروني:

يشترط في الإيجاب عموما أن يكون جازما، واضحا ومعبرا عن إرادة مصممة وعازمة نهائيا على إبرام العقد وذلك بأن يتضمن العناصر الأساسية للعقد المزمع إبرامه دون اشتراط احتواءه على العناصر التفصيلية، و إذا كان هذا وضع الإيجاب في العقود التقليدية، فإنه في مجال العقود الإلكترونية لا يختلف عن سابقه سوى في طريقة التعبير عنه، لذا سوف نتناول في النقطتين التاليتين أهم شرطين يجب أن يتضمنهما العرض لاعتباره إيجابا صالحا لإنتاج أثره القانوني لانعقاد العقد.

أ -إيجاب إلكتروني كاملا ودقيقا

لكي يعتبر العرض إيجابا كاملا يجب أن يكون محدداً، دقيقا، واضحا وموجهاً إلى شخص أو إلى عدة أشخاص بمعنى أن كل عرض لا يعتبر إيجابا إلا إذا تضمن كافة العناصر الرئيسية الضرورية لإبرام العقد، بحيث أن أي تخلف لإحدى عناصرالعقد يؤدي إلى عدم اعتبار هذا التعبير الإرادي إيجابا بالمعنى القانوني المؤدي إلى إبرام

---

34 - أحمد خالد العلجوني ،التعاقد عن طرق الانترنيت،دراسة مقارنة،المكتبة القانونية:عمان،الأردن،الطبعة 2002،ص 51.

[2] .أسامة أحمد بدر، المرجع السابق،ص143.

العقد، بل قد يكون من قبيل الدعوة للدخول في مفاوضات، أو مجرد إعلان لا يؤدي للتعاقد، فيجب أن يشتمل العرض إذن، على جميع المعلومات المتعلقة بمحل العقد بطريقة واضحة لا يكتنفها أي غموض أو لبس بشكل يسمح للقابل بأن يحيط علما بكافة أوصاف وتفصيلات العقد عن بعد بوضوح محدد

ب -***إيجاب الكتروني بات نهائي :***لكي ينطبق وصف الإيجاب على التعبير عن الإرادة، يحتاج بالإضافة إلى تحديده للعناصر الجوهرية، أن يشكل إرادة باتة نهائية بالشروط الواردة فيه، إذ تعد صيغة العرض العنصر الأهم في تحديد طبيعته فيما إذا كان إيجاب بات ينتج عن قبوله انعقاد العقد، أم أنه مجرد دعوة إلى التعاقد، فقد يرد في العرض من العبارات ما يحدد أنه إيجاب بات، كأن ينص فيه على أن:" هذا العرض غير قابل للإلغاء "أو"الموقع على استعداد لإرسال السلعة إليكم في حال إبداءكم قبولا لهذا العرض"، وقد ينص في العرض على تحديد مدة يجوز فيها قبوله كأن يرد فيه و لكم ثلاثون يوما لإعلان قبولكم للعرض أو رفضه"، فالنص على مثل هذه العبارات في صيغة العرض، يجزم للطرف الآخر بأن صاحب العرض" الموجب "ينوي الالتزام بعرضه،كما يلزم لاعتبار الإيجاب باتا أن يخلو من أية تحفظات تؤثر في الزاميته[1].

2-***سريان الإيجاب الإلكتروني:***

لا يكون للإيجاب الإلكتروني فاعلية بمجرد صدوره من الموجب، و إنما يكون بعرضه على الموقع الإلكتروني عبر شبكة الإنترنت على الجمهور أو بإرساله إلى شخص محدد عبر البرد الإلكتروني، مشتملا العناصر الجوهرية اللازمة للتعاقد، ويترتب على ذلك نشوء حق لمن وجه إليه الإيجاب الإلكتروني في قبوله، وهنا لابد من التمييز بين حالتين :حالة الإيجاب الإلكتروني الموجه للجمهور، وحالة الإيجاب الإلكتروني الموجه إلى شخص محدد، وهو ما سوف نبينه في النقطتين التاليتين:

أ -***حالة الإيجاب الإلكتروني العام:***

قد يقترن الإيجاب الإلكتروني الموجه للجمهور عبر مواقع الويب بمدة زمنية لا يمكن خلالها للموجب التراجع عن إيجابه و إلا قامت مسؤوليته والتزم بتعويض الطرف الآخر، وبانتهاء هذه المدة يمكن للموجب سحب إيجابه بطريقة مباشرة أو بتوجيه إيجاب جديد.

أما إذا لم يعين الموجب ميعادا لإيجابه و هو نادر الحدوث عبر صفحات الويب فيرى البعض أن الموجب لا يبقى على إيجابه إلا ما دام العرض قائما على الشاشة،فإذا ما اختفى العرض عن الصفحة التي كان معروضا عليها، فإن ذلك يعد قرينة على انتهاء الإيجاب، و إذا ما قام العميل أو أي من الجمهور بطلب السلعة أو الخدمة بعد ذلك فإن طلبه هنا، يعتبر إيجابا يحتاج إلى قبول المنتج أو المورد من جديد.

ب -***حالة الإيجاب الإلكتروني الخاص***

[1] -أحمد خالد العلجوني،المرجع السابق،ص 52.

كما يمكن توجيه الإيجاب إلى شخص محدد عبر البريد الإلكتروني ويكون مقرونا بمدة زمنية لا يمكن للموجب خلالها سحبه أو العدول عنه، لكن بعد فوات هذه المدة فالإيجاب لا يعد قائما حتى و إن قبله الموجه إليه، لأنه في هذه الحالة لا حاجة لإعلام.الموجه إليه بفوات المدة.
أما إذا كان الإيجاب غير مقرون بأجل و موجها إلى شخص محدد، فإن صاحبه ملزم باحترام أجل معقول يستخلصه قضاة الموضوع من ظروف الحال، وهو الأجل الضروري للتروي و التفكير و اتخاذ القرار من قبل الشخص الموجه إليه، وأي خرق لهذا الالتزام يجبر عن طريق التعويض.ونظرا إلى الطابع السريع والمتغير للإنترنت واستعمالاتها في مجال التعاقد الإلكتروني نجد بعض الدول[1] تسعى إلى إلزام الموجب بالبقاء على إيجابه طيلة المدة التي يبقى فيها قابلا للتفحص بالطرق الإلكترونية.

الفرع الثاني:القبول الالكتروني

لا يكفي لإبرام العقود بوجه عام وجود الإيجاب وحده، بل لابد أن تقابله إرادة عقدية أخرى، تتضمن قبولا لهذا الإيجاب، فالعقود الإلكترونية شأنها شأن العقود التقليدية تتطلب بدورها صدور قبول إلكتروني مطابق للإيجاب الإلكتروني حتى تنعقد وترتب آثارها، إلا أن وّجه الخصوصية فيها يكمن في الوسيلة المستعملة للتعاقد، والتي أضفت بعض المميزات على القبول الإلكتروني شأنه في ذلك شأن الإيجاب الإلكتروني، ولتوضيحها سنتناول تعريف القبول الإلكتروني في نقطة أولى، لنبين في الثانية طرق التعبير عنه عبر شبكة الإنترنت، وأخيرا نتطرق في نقطة ثالثة للشروط التي يجب أن يستجمعها القبول الإلكتروني حتى تضفى عليه الصحة و يرتب آثاره القانونية.

أولا: مفهوم القبول الالكتروني

يعرف القبول بأنه:« التعبير عن رضا الموجب له بابرام العقد بالشروط التي عينها الموجب»، وقد عرفته مجلة الأحكام العدلية بأنه:« ثاني كلام يصدر من أحد المتعاقدين لأجل إنشاء تصرف و به يتم العقد»[2].

بينما لم يتضمن القانون المدني الجزائري، والقانون المدني المصري نصا يعرف القبول فالقبول بشكل عام، يعد الإرادة الثانية في العقد والصادرة عن من وجه إليه الإيجاب معبرا من خلالها بصفة قاطعة وجازمة عن رغبته في التعاقد وفقا للعناصر الجوهرية المعبر عنها في الإيجاب، ويجب أن يكون خاليا من أي قيد و إلا عد إيجابيا جديدا[3]،وهذا ما قضت به المادة 66 من التقنين المدني الجزائري المقابلة للمادة 96 من القانون المدني المصري، و المطابقة للمادة 99 من القانون المدني الأردني[4].

---

[1]-القانون المدني الفرنسي من خلال الموقع التالي: WWW.droit.org
[2]- سمير حامد عبد العزيز الجمال، المرجع السابق،ص119.
[3]- خالد ممدوح إبراهيم،إبرام العقد الالكتروني،مرجع سابق ص 340.
[4]-راجع أحكام القانون الأردني على الموقع: www.alexalaw.com/7693-topic

والقبول الإلكتروني لا يخرج في مضمونه عن هذه التعاريف سوى أنه يتم عبر وسائط إلكترونية من خلال شبكة الإنترنت، مما يجعله قبول يتم عن بعد، فهو بذلك يخضع لذات القواعد والأحكام التي تنظم القبول التقليدي،و إن كان يتميز ببعض الخصوصية التي ترجع إلى طبيعته الإلكترونية.

بالرجوع إلى القوانين المنظمة للمعاملات الإلكترونية نجدها لم تورد أي تعريف، للقبول الإلكتروني بل اكتفت بنص على جواز التعبير عنه عبر رسائل المعلومات وعلى هذا النهج سارت غالبية القوانين العربية المنظمة لمسألة التجارة والتعاقد الإلكترونيين.

ثانيا:طرق التعبير عن القبول الالكتروني

باعتبار القبول تعبيراً عن الرضا فإنه يخضع لمبدأ الرضائية الذي يحرر إبرام العقود من الشكلية، وتطبيقا لهذا المبدأ على القبول في العقود الإلكترونية، يضفي إلى عدم اشتراط شكل في القبول الإلكتروني سواء تم بتعبير الصريح أو الضمني .سنتناول في النقاط الموالية صور القبول الإلكتروني الذي يتم عبر شبكة الإنترنت من خلال التطرق للتعبير الصريح عن القبول في العقود الإلكترونية في نقطة أولى، ومن ثم التعبير الضمني عن القبول في العقود الإلكترونية في نقطة ثانية.

1- ***التعبير الصريح عن القبول في العقود الإلكترونية.***

يكون التعبير عن القبول صريحا إذا كان المظهر الذي اتخذه مظهرا موضوعا في ذاته للكشف عن هذه الإرادة حسب المألوف بين الناس، فالتعبير الصريح قد يكون بالكلام أو الكتابة وأيضا بالإشارة المتداولة عرفا، وباتخاذ أي موقف آخر لا تدع ظروف الحال شكا في دلالته على حقيقة المقصود، وفي العقود الإلكترونية يتم التعبير الصريح عن القبول باستخدام التقنيات الأساسية المتوفرة على شبكة الإنترنت والمتمثلة أساسا في:الكتابة عبر البريد الإلكتروني، النقر على زر القبول أو على الفأرة، والمحادثة المباشرة
من خلال تقنية الصوت والصورة المتوفرة على شبكة الإنترنت.

أ -***القبول عن طريق البريد الإلكتروني***

يحق للموجه إليه الإيجاب أن يستخدم البريد الإلكتروني في إرسال موافقته على الإيجاب الذي وصله بنفس الطريقة، كما يمكنه أن يجيب برسالة إلكترونية على عرض متاح على موقع يزوره على شبكة الويب[1]،وليس هناك أي شك في أن إرسال مثل هذه الرسالة يعد قبولا صريحا للإيجاب، ويمكن اعتباره دليلا على إبرام العقد بشرط أن يكون في الإمكان تحديد الشخص الذي صدر عنه، وأن يتم حفظ الرسالة في ظروف من شأنها أن تضمن سلامتها وعدم تعرضها للتعديل ، و إن كان بعض الفقه يفرق في حجية القبول عن طريق البريد الإلكتروني كدليل إثبات كامل يختلف حسب ما إذا كان هذا البريد الإلكتروني عاديا أم ممهورا بتوقيع الإلكتروني.

ب -***القبول عن طريق النقر على زر القبول أو على الفأرة***

1- سمير حامد عبد العزيز جمال، المرجع السابق، ص 127.

يمكن أن يتم القبول عن طريق الضغط على زر القبول الموجود بلوح مفاتيح جهاز الكمبيوتر، أو بالنقر على الأيقونة المخصصة للقبول في العقود المبرمة عبر الويب، وتستعمل هذه الطريقة في العادة لقبول الإيجاب الذي يكون قد وجه عن طريق صفحات الإنترنت، وقد يشترط الموجب في إيجابه وأن يتم إجراء القبول عن طريق النقر مرتين على الأيقونة المخصصة للقبول والموجودة على الشاشة،وغالبا ما يلجأ الموجب إلى هذه الطريقة للتأكد من موافقة القابل على التعاقد، وحتى لا يتذرع القابل بأن النقرة الأولى كانت عن طريق السهو أو الخطأ، فالنقر مرتان دليل على موافقة القابل على إبرام العقد.

وفي حالات أخرى قد يشترط الموجب بعض الإجراءات اللاحقة لصدور القبول،كالإجابة على بعض الأسئلة التي توجه إلى القابل، مثل تحديد محل إقامته الذي يتعين إرسال المنتج إليه، أو بكتابة بعض البيانات المتعلقة به، مثلا رقم بطاقة ائتمانه، والقصد من هذه الإجراءات هو تأكيد القبول وجعله في صورة أكثر فاعلية بمنح القابل فرصة للتروي والتدبر والتأكد من رغبته في القبول و إبرام العقد والملاحظ في هذا الصدد أن القضاء قد سار باتجاه تأكيد القبول للتعبير عن الرغبة الجادة المؤكدة يشترط أن يكون القبول واضحا، محددا و حاسما، لذلك ينصح أن يتم التعبير عن القبول بلمستين (أي النقر المضاعف أو مزدوجا) و ليس بلمسة واحدة تأكيدا لتصميم من وجه إليه الإيجاب على قبوله، وهو ما اشترطته بعض القوانين وبعض الفقه.

2- *التعبير الضمني عن القبول في العقود الإلكترونية*

يكون التعبير عن القبول ضمنيا إذا كان المظهر الذي اتخذه ليس في ذاته موضوعا للكشف عن القبول ولكنه مع ذلك لا يمكن تفسيره دون أن يفترض وجود هذا القبول كالبدء بتنفيذ العقد.

أما التعبير الضمني عن القبول في العقود الإلكترونية فمن الممكن أن نجد له تطبيقات على شبكة الإنترنت، ومثال ذلك قيام القابل بتحميل برامج إلكترونية أو عروض تجريبية مجانية على جهازه الشخصي، حيث إن هناك العديد من شركات البرامج الإلكترونية تتيح للزبائن المحتملين (بعرض الدعاية)تجربة إصداراتها من البرامج لفترة محدودة ومن ثم تنتهي صلاحية هذه البرامج المحل مثل برنامج مضاد الفيروسات"MCAFEE" و إن قيام القابل بتحميل البرنامج على جهازه من دون أن يكتب أو يتلفظ بالقبول، هو من باب الفعل الدال على الرضا، أي هو تعبير ضمني بالقبول كما يعد البدء بتنفيذ العقد الذي اقترحه الموجب بدفع الثمن للبائع عن طريق إعطائه رقم البطاقة السري من قبل القبول الضمني [1].

ولقد اختلف موقف الفقه بين مؤيد و معارض لجواز التعبير الضمني عن القبول في العقود الإلكترونية، فهناك من يرى بأن قيام الموجب له بأي تصرف أو عمل يفيد بقبوله للإيجاب يعتبر قبولا ضمنيا، بينما يذهب جانب آخر من الفقه إلى أن التعبير عن القبول الإلكتروني لا يكون إلا صريحا فالقبول الإلكتروني يتم عن طريق أجهزة وبرامج إلكترونية تعمل آليا وهذه الأجهزة لا يمكنها استخلاص أو استنتاج إرادة المتعاقد.

1.خالد ممدوح إبراهيم،المرجع السابق،ص343.

ثالثا :شروط سريان القبول الإلكتروني

لا يكفي التعبير عن القبول لكي ينعقد العقد فلابد أن يستجمع هذا القبول بعض الشروط لكي ينتج أثره والتي تتجسد في صدور القبول والإيجاب مازال قائما، بالإضافة إلى تطابق القبول بالإيجاب وأخيراً يجب أن يكون القبول جازما، وسنتطرق لهذه النقاط فيما يلي[1]:

1-***صدور القبول والإيجاب لا يزال قائم***

يجب أن يصدر القبول الإلكتروني في لحظة يكون الإيجاب الإلكتروني ما زال قائما فيها، أي في المدة التي حددها الموجب لإيجابه في حالة وجود مثل هذه المدة أو في مدة معقولة في حال ما لم تحدد ، فلا أثر للقبول إلا إذا صدر أثناء قيام الإيجاب، وهذا ما أكده مشروع العقد النموذجي بشأن المعاملات الإلكترونية الذي أعدته لجنة اليونسيترال"[¹]، حيث جاء في البند 2 منه:" يعتبر القبول مقبولا إذا تسلم مرسل هذا الإيجاب قبولا غير مشروط للإيجاب، خلال ا لتوقيت المحدد".

أما في حالة عرض الموجب إيجابه عبر خدمات الاتصال المباشر عبر الإنترنت كغرف المحادثة وهاتف الإنترنت، فإن القبول يجب أن يصدر مباشرة أو أثناء المحادثة وقبل إتمامها فإذا ما انتهت المحادثة دون قبول الإيجاب، ينقضي الإيجاب ولا عبرة بالقبول الذي يصدر بعده، وقد أكدت اتفاقية فينا للبيع الدولي للبضائع على وجوب قبول الإيجاب الشفوي مباشرة إلا إذا تبين من الظروف خلاف ذلك.

2-***مطابقة القبول للإيجاب***

إن قّيام العقد يتطلب المطابقة التامة بين الإيجاب و القبول، و هذا الحكم جاء بنص المادة 59 من القانون المدني الجزائري والتي تنص على أنه:" يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتين، دون الإخلال بالنصوص القانونية"[2]،وهو ما أقره المشرع المصري في المادتين 69 و96 من القانون المدني المصري.

وحتى يكون القبول مطابقا للإيجاب يجب أن يصدر منجزا بلا قيد أو شرط، وأن لا يتضمن أي تعديل في الإيجاب، فإذا لحق الإيجاب زيادة أو نقص فيه، فإن العقد لا ينعقد ويعد مثل هذا القبول رفضا يتضمن إيجابا جديدا، وهذا ما نصت عليه المادة 66من القانون المدني الجزائري و المادة 96 من القانون المدني المصري.

وتجدر الإشارة إلى أنه لا يلزم فيما يتعلق بمطابقة القبول للإيجاب أن يكون مطابقا له في كافة المسائل، إذ يكفي الاتفاق على جميع المسائل الجوهرية لإتمام العقد، أما المسائل التفصيلية فإرجاء الاتفاق عليها، لا يؤثر على التعاقد، ويترك أمر الفصل فيها للقاضي في حالة النزاع.

3-***أن يكون القبول جازما***

---

[1].أسامة أحمد بدر ، المرجع السابق،ص 159.

[¹]- الجمعية العامة للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي،أنشأت بقرار 2205(د-21) المؤرخ في 17 كانون الأول/ديسمبر 1966.

[2]- خالد ممدوح إبراهيم،المرجع السابق،ص345.

يشترط في القبول أن بصدر حاسما جازما، أي تنتجه فيه إرادة القابل إلى الالتزام بالعقد فالقبول هو تعبير عن الإرادة تماما كالإيجاب، وعليه يجب أن تكون هذه الإرادة جازمة متجهة إلى تكوين العقد و الالتزام به إلا أن بعض التشريعات الحديثة وبغية حماية المستهلك في العقود التي تبرم عن بعد وخصوصا بالوسائل الإلكترونية كالإنترنت، درجت على إعطاء المستهلك الحق في العدول عن قبوله و إعادة السلعة إلى البائع .إلا أنه يجب التأكيد أن حق العدول هو حق يعطي للمستهلك بعد إبرام العقد، وبالتالي بعد صدور قبول بات من المستهلك.

أقرت بعض التشريعات هذا الحق مثل قانون التوجيه الأوروبي7/ 97 والخاص بحماية المستهلك في العقود المبرمة عن بعد، حيث أعطت المادة السادسة منه للمستهلك الحق خلال سبعة أيام عمل تالية لإبرام العقد بأن يعدل عن قبوله ودون إبداء أسباب أو تحمل أية نفقات باستثناء نفقات الرد وتحسب المدة من اليوم التالي لتسليم البضاعة أو من يوم إبرام العقد بالنسبة للخدمات،كما منح المشرع التونسي في المادة 29 من قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية المستهلك هذا الحق حيث أجاز له وخلال مدة عشرة أيام أن يعدل عن الشراء و يعيد السلعة دون تحمل أية نفقات سوى مصاريف الإرجاع.

المطلب الثالث :زمان و مكان الانعقاد الالكتروني.

إن مسألة تحديد زمان ومكان انعقاد العقد لا تثير أية إشكالية في التعاقد بين حاضرين، إذ يقترن القبول بالإيجاب في لحظة ومكان تواجدهما، ولكن تظهر الصعوبة أكثر في التعاقد بين غائبين، وذلك لوجود فاصل زمني بين صدور القبول وعلم الموجب به.

وبما أن العقود الإلكترونية تتم عادة بين أطراف لا يجمعهم مكان واحد، لذلك فهي تدخل في وصف التعاقد بين غائبين من حيث المكان دائما، ولكن بفضل الخدمات المتنوعة والمتعددة التي تتيحها الإنترنت قد يتوفر للطرفين المتعاقدين عبر الشبكة إمكانية إبرام العقد بشكل آني دون أن تفصل فترة زمنية بين صدور القبول الإلكتروني وعلم الموجب به، لذلك يمكن أن يوصف التعاقد عبر شبكة الإنترنت بأنه تعاقد بين حاضرين من حيث الزمان، وفي حالات أخرى قد لا يتحقق هذا التزامن، مما يوصف التعاقد بأنه بين غائبين.

سوف نتناول في الفرع الأول زمان انعقاد العقود الالكترونية و في الفرع الثاني مكان انعقاد العقود الالكترونية.

الفرع الأول: زمان انعقاد العقود الإلكترونية

حظيت مسألة تحديد زمان انعقاد العقد بشكل عام باهتمام كبير من الفقه والتشريع،وذلك لأهمية النتائج التي تترتب على تحديد هذه المسألة، أهمها معرفة أهلية المتعاقدين لحظة انعقاد العقد، وتحديد نقطة بداية آثار العقد، ومن خلالها أيضا يتحدد القانون الواجب التطبيق وهو القانون الساري وقت انعقاد العقد[1].

ونظرا لأهمية التي حظيت بها مسألة زمان انعقاد العقد، نجد أن الحلول المقترحة لمعالجتها قد تعددت فالفقه قد اقترح أربع نظريات لحل هذه المسألة، لكن أثبت قصورها في عالم

[1].أسامة أحمد بدر،المرجع السابق،ص 180.

الإنترنت، و بدى من الضروري إعمال مبدأ سلطان الإرادة لتحديد زمان انعقاد العقد، كما اختلفت الحلول القانونية المتبناة لحل هذه المسألة في القوانين الدولية، الإقليمية والوطنية.

1 ***قصور الحلول التقليدية بالنسبة للتعاقد الإلكتروني.***

تبنى الفقه القانوني عدة نظريات يحدد بموجبها وقت انعقاد العقد بين غائبين،وتستند هذه النظريات إلى لحظة اقتران القبول بالإيجاب، ولكنها اختلفت فيما إذا كانت هذه اللحظة هي إعلان القبول، أم تصدير القبول أم العلم بالقبول، وسوف نبحث هذه النظريات في النقاط الموالية مع تطبيقها على العقود التي تبرم عبر شبكة الإنترنت.

أ ***نظرية إعلان القبول*** :يرى أنصار هذه النظرية أن العقد يتم بمجرد إعلان القبول وقبل أن يصل إلى علم الموجب، فيكفي حتى ينعقد العقد أن يقرأ المتعاقد رسالة بريد إلكتروني تتضمن إيجابا ويقول قبلت الإيجاب دون أن يقوم بأي تصرف كإرسال رسالة إلى الموجب ليعلمه بالقبول ويستوي أيضا في هذه النظرية أن يقرأ الشخص رسالة نصية في غرف المحادثة تتضمن إيجابا ويعلن قبوله لهذا الإيجاب دون أن يرسل ردا للطرف الآخر.

يؤخذ على هذه النظرية أنها تجاهلت إرادة الموجب، فمن حق هذا الأخير أن يعدل عن إيجابه إذا لم يكن محدد المدة، ولم يرتبط به القبول فعدم وصول القبول إلى الموجب يجعل من حقه أن يرجع عنه حتى لو كان المتعاقد الآخر قد أعلن قبوله، وذلك لأن القبول إرادة، والإرادة لا تنتج أثرها إلا من وقت علم من وجهت إليه بها.

أضف إلى ذلك أن هذه النظرية تجعل من انعقاد العقد مسألة في يد القابل وحده،حيث يكون بإمكانه أن يعلن قبوله و لا يرسله، و يتراجع عنه متى شاء دون أن يستطيع أحد إثبات ذلك سيما في بيئة إلكترونية افتراضية لا ترتكز على أية مرتكزات مادية كالإنترنت.

ب ***نظرية تصدير القبول*** :مفاد هذه النظرية أن العقد ينعقد في المكان والزمان اللذّين يصدر فيهما القابل قبوله، وعليه لا يكفي لانعقاد العقد أن يعلن القابل عن قبوله بل يشترط حصول واقعة مادية هي تصدير القبول إلى الموجب، أي خروج القبول من يد صاحبه.

وتطبيقا لذلك ينعقد العقد عندما يرسل القابل رسالة البريد الإلكتروني تتضمن قبوله ويضغط على زر الإرسال، فتخرج بالتالي هذه الرسالة من سيطرته ولا يعود بإمكانه التراجع عن القبول، أو عندما يرسل القابل رسالة نصية تتضمن القبول إلى الطرف الآخر عن طريق خدمة غرف المحادثة.

يؤخذ على هذه النظرية، بأن التصدير ما هو في حقيقة الأمر إلا واقعة مادية ليست لها أية قيمة قانونية ولا تكفي لتوافق الإرادتين الذي يعد جوهر انعقاد العقد،كما عيب عليها أيضا، أن مجرد صدور رسالة البيانات المتضمنة لإرادة القبول لا يعني وصولها فعلا إلى نظام المعلومات للمرسل إليه أو لمورد خدمة الاتصال وذلك لأنه من الممكن أن يتعرض نظام المعلومات التابع للشخص المعني إلى خلل أو عيب يحول دون استقبال الرسالة،كما يرى البعض، بأن هذه النظرية لا تلاءم العقود الإلكترونية باعتبارها تتضمن وقتا بين التعبير عن القبول واستلامه من قبل الموجب، في حين أن التراضي في العقود الإلكترونية يتميز بالسرعة التي ألغت الفوارق الزمنية، بحيث يكفي أن يضغط الشخص على الزر ليصل قبوله

في توه إلى الموجب، وهو ما يجعل هذه النظرية لا تلاءم العقود الإلكترونة المبرمة عبر الإنترنت.

ج -***نظرية تسليم القبول*** :يرى أنصار هذه النظرية أن العقد يتم عندما يتسلم الموجب جواب الطرف القابل، حيث استلام القبول يجعل منه نهائيا إذ تنتمي إمكانية إستراده، ويستوي علم الموجب بالقبول من عدم علمه إذ وصول القبول إلى الموجب يعتبر قرينة على علمه ،وتطبيقا لذلك على العقود الإلكترونية فإنها تنعقد في لحظة وصول الرسالة الإلكترونية التي تتضمن القبول إلى صندوق بريد الموجب، بغض النظر عما إذا كان الموجب قد استعرض بريده الإلكتروني وقرأ رسالة القبول أم لم يفعل.

يعيب البعض على هذه النظرية أنها لا تزيد على النظريتين السابقتين شيئا، ما دام أن إعلان القبول وتصديره لا يترتب عليه إنتاج القبول لأثره، على اعتبار أن القبول إرادة لا تنتج أثرها إلا بعلم الموجب بها، فإن تسليم القبول لا يزيد على اعتباره واقعة مادية لا يوجد لها قيمة قانونية في إثبات علم الموجب بالقبول.

الفرع الثاني: مكان انعقاد العقود الالكترونية:

إن لموضع تحديد مكان انعقاد العقد في البيئة الإلكترونية أهمية خاصة نظرا لتعلق المسألة بطبيعة الوسط الإلكتروني من جهة وبالصفة الدولية الغالبة على التعاملات التجارية الإلكترونية من جهة أخرى، مما يترتب على ذلك من آثار قانونية بالغة الأهمية كمعرفة المحكمة المختصة مكانيا

في حالة وجود أي نزاع عن العقد والقانون الواجب التطبيق في حالة التنازع الدولي بين القوانين ويثير

تحديد مكان إبرام العقد الإلكتروني[1])صعوبة خاصة نتيجة صعوبة تحديد مكان إرسال واستقبال الرسالة لأنها تتم عبر فضاء الكتروني بالتالي يثور التساؤل حول مكان انعقاد العقد هل هو مكان إقامة المستهلك، أم المكان الذي استلم فيه الموجب القبول أو مكان نظام معالجة المعلومات؟

تباينت الآراء الفقهية والنصوص القانونية في هذا الشأن، وسنحاول فيما يلي بيان موقف الفقه والتشريعات التقليدية من تحديد مكان انعقاد العقد بداية ثم بيان موقف التشريعات الخاصة بالمعاملات والتجارة الالكترونية.

أولا : ***موقف الفقه والتشريعات التقليدية من تحديد مكان إبرام العقد*** :يرى بعض الفقه أنه في الحالة التي لا ينهى فيها العقد على مكان الانعقاد، فإن القضاء الفرنسي بصفة عامة مؤيد لنظرية التصدير ويعتبر أن العقد قد تم إبرامه في مكان تصدير القبول وأن هذا المكان هو الذي يحدد القانون الواجب التطبيق، ويرى مؤيد هذا الرأي بأن تطبيقه على العقود المبرمة بواسطة الانترنت لا يكون المكان سهل التحديد ولا القانون الواجب التطبيق، إذا كان الموجب والقابل لا يقيمان في ذات الدولة .وهو ما يشكل حسب ما يسميه البعض ب"***تنازع الأمكنة*** ." وهناك رأي آخر يرى أنه يمكن اعتماد محل إقامة المستهلك كمكان لإبرام العقد الالكتروني

[1]- خالد إبراهيم ممدوح،المرجع سابق ص390.

ما لم يتفق طرفا العقد على خلاف ذلك، ولاشك أن تطبيق قانون مثل الإقامة المعتادة للمستهلك له مبرراته و منها الحماية التي توفرها له القواعد القانونية الآمرة لقانون الدولة التي لها محل إقامته ،هناك رأي يذهب إلى نظرية الالتزام بين زمان انعقاد العقد وبين مكانه لا يمكن الأخذ بها في العقود الالكترونية ويبرر ذلك بأن تلك العقود تتم عبر شبكات الانترنت وتتمتع بخصوصيات معينة، من ذلك أن الطرف المتعاقد يستطيع أن يدخل على الموقع الالكتروني أو على بريده الالكتروني في أي مكان في العالم، فإذا قلنا بنظرية التلازم بين زمان و مكان انعقاد العقد لأدى ذلك إلى تشابك العلاقات القانونية وخضوع الأطراف لقانون دولة أخرى غير التي ينتمون إليها، رغم أن العقد قد تم إبرامه داخل حدود الدولة، وهناك رأي يتجه إلى أن مكان استلام القبول هو المكان الأنسب للعقد.

هناك من يرى أن العقد الإلكتروني ينعقد في المكان والزمان الذي يعلم فيه الموجب بالقبول ما لم يوجد اتفاق أو نص قانوني يقضي بغير ذلك[1].

يستفاد مما سبق أنه إذا لم يتفق الطرفان أو ينص المشرع على تحديد مكان إبرام العقد الالكتروني، فإنه يتم تحديد ذلك المكان وقفا لما فيه صالح الموجب، وهو ما يقتضي اعتبار العقد منعقدا في مكان وجود الموجب لحظة استلام القبول أو العلم به فالواقع أن إعمال هذه النظرية في مجال التعاقد الإلكتروني يقتضي التمييز بين حالتين هما:

الحالة الأولى :إبرام العقد من خلال التفاعل المباشر عبر الخط :ينعقد العقد في المكان الذي يوجد فيه الموجب أثناء صدور القبول من المتعاقد الآخر على أساس أن الموجب يعلم بالقبول في ذات الوقت الذي يصدر فيه من المتعاقد الآخر، فهذا النوع من التعاقد هو تعاقد بين حاضرين من حيث الزمان وغائبين من حيث المكان.

الحالة الثانية :إبرام العقد من خلال البريد الالكتروني :إن مكان إبرام العقد هو المكان الذي يتواجد فيه الموجب أثناء اطلاعه على الرسالة الالكترونية التي تتضمن القبول وبالنسبة للتعاقد من خلال الويب، فإن مكان انعقاد العقد هو مكان وجود الموجب أثناء اطلاعه على الرسالة و الموقع المتضمن للقبول الصادر من القابل.

ثانياً: موقف التشريعات والقوانين الخاصة بالمعاملات الالكترونية من تحديد مكان انعقاد العقد الالكتروني :إن تحديد مكان انعقاد العقد عبر الانترنت حيث تحرص البروتوكولات الخاصة بنقل الرسائل الخاصة بنقل الرسائل الالكترونية بين أنظمة المعلومات[2] المختلفة تعمل على تسبيل اللحظة التي أرسلت فيها الرسالة من نظام معلومات إلى آخر، وكذا للحظة التي يتم فيها تسلمها أو قراءتها من قبل المرسل إليه إلا أن هذه البرتوكولات البرامج لا تبين عادة المكان الجغرافي لأطراف التعاقد لذلك نجد أن القوانين الخاصة بالمعاملات والتجارة الالكترونية قد وضعت نصوصا قانونية خاصة نظمت بموجبها مكان إرسال واستلام رسالة البيانات باعتبارها وسيلة معترفا بها قانونا للتعبير عن الإيجاب والقبول وبإمكاننا الاستفادة

---

[1]- محمد أمين الرومي، المرجع السابق ص 105 .

[2]- بلقاسم حامدي،المرجع السابق ،ص 121.

منها في تحديد مكان أطراف التعاقد لحظة انعقاد العقد مما يسهل تحديد مكان انعقاد العقد عبر الانترنت.

تفعيل مبدأ سلطان الإرادة في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقود الإلكترونية يكون عن طريق تضمين صفحة موقع التاجر بند يقضي بتعين قانون ما ليحكم العلاقة التعاقدية، وللطرف الثاني الحرية في القبول أو اقتراح قانون آخر عن طريق تبادل الرسائل الإلكترونية، إلا أن الجانب العملي أظهر بعض الصعوبات في مدى إمكانية إثبات اختيار الطرف الثاني أو قبوله للقانون المختار من طرف البائع، بالإضافة إلى اختيار الأطراف لقانون لا يعتد بالمعاملات الإلكترونية الأمر الذي يحول على هدر حقوقهم، بالإضافة إلى استحالة ضمان توفير رابطة بين القانون المختار والعلاقة التعاقدية كما تفرضه القوانين المجسدة لمبدأ حرية الأطراف،الأمر الذي أدى بالفقه إلى اقتراح تجسيد مبدأ سلطان الإرادة بحرية تامة دون قيد، وخروج عن القواعد التقليدية المنظمة له بالإضافة إلى اللجوء إلى العقود النموذجية التي تعتبر بمثابة دليل استرشادي للمتعاقدين عبر شبكة الإنترنت، الأمر الذي سنبينه في **المبحث الأول** من هذا الفصل.

من الإشكالات التي تعاني منها المنازعات الناجمة عن العقود الإلكترونية هو صعوبة تحديد الجهة القضائية المختصة لحلها، بالرغم من تطبيق الضوابط التقليدية والتي يبرز فيها الإسناد الشخصي (الإرادي) للأطراف لتحديد الجهة القضائية ، إلا أن عالمية العقد الإلكتروني يثير إشكال تلاقي الأطراف أمام المحكمة المختارة بالإضافة إلى إشكال تنفيذ الحكم في دولة أخرى وما قد يأخذ من تكلفة على عاتق المنفذ، من جهة أخرى طول الإجراءات القضائية التي تنافي خصوصية العقد الإلكتروني والمعتمد على سرعة الإبرام،وأمام عواقب اللجوء إلى المحاكم فضل ّالمتعاقدون عبر شبكة الإنترنت اللجوء إلى الوسائل البديلة لحل النزاعات والمجسدة في كل من الوساطة والتوفيق والتحكيم، هذه الأخيرة أيضا واكبت ظهور الوسائل الحديثة للاتصالات مما أدى بها من ظهور بوجه جديدة تمثلت في كل من الوساطة الإلكترونية والتوفيق الإلكتروني والتحكيم الإلكتروني وهذا ما سنتطرق إليه في **المبحث الثاني.**

المبحث الأول :دور الإرادة في تحديد القانون الواجب التطبيق

يؤكد فقه قانون التجارة الإلكترونية خضوع العقد الإلكتروني للقاعدة التقليدية التي تحكم العقد الدولي عموما وهي " **مبدأ سلطان الإرادة في تحديد القانون الذي يحكم العقد**"، والتي اصطلح الفقه على تسميته في القانون الدولي الخاص بالإسناد الشخصي والذي يقضي بمنح

حرية تعاقدية كبيرة للمتعاقدين لتضمين عقدهم بند يقضي بتحديد قانون معين يحكم العلاقة التعاقدية، ضف إلى ذلك حرية تحديده في مرحلة لاحقة لإبرام العقد أو تغييره في أي مرحلة أخرى، ولعل ما يبرز أهميته هو تكريسه في غالبة النظم القانونية على المستويين الدولي و الداخلي،صوف نتطرق إلى طرق اختيار الأطراف القانون الواجب التطبيق في **المطلب الأول.**

أقر الفقه والقضاء في إطار التجارة الدولية على ضرورة إحاطة المبدأ ببعض من القيود والتي كان الغرض منها تفعيل أكثر لحماية الأطراف وليس جحف لحريتهم، والمجسدة في ضرورة وجود صلة بين القانون المختار والعلاقة التعاقدية، وأن لا يكون الاختيار منوط على غش نحو القانون كتحديد قانون معين لإفلات من ضوابط أو قانون يوفر تسهيلات أكثر لأحد الطرفين، بالإضافة إلى احترام النظام العام، إلا أن خصوصيات العقد الإلكتروني حالت إلى ضرورة جرده من هذه القيود لاستحالة تجسيدها في عالم افتراض يمس كل العالم في آن واحد أثناء التعاقد، إلا أن شرط احترام النظام العام وحماسة المستهلك بقيا قائما لما يحققانه من مصلحة عامة على المستويين الدولي والداخلي للدول، م سنتطرق إلى النتائج المترتبة على خضوع العقود الإلكترونية لقانون الإرادة من خلال المطلب الثاني من **المبحث الأول**.

المطلب الأول : ***طرق اختيار الأطراف القانون الواجب التطبيق.***

من الثابت في النظم القانونية على مستويين الدولي والداخلي أن للأطراف الحق في اختيار القانون الذي يحكم عقدهم، وقد يكون هذا الاختيار صريحا كتحديده في بند من بنود العقد، أو يكون ضمنيا يستنبط من ملابسات العقد، وسنتطرق من خلال هذا الفرع إلى التعبير الصريح في نقطة أولى، ثم إلى التعبير الضمني في النقطة الثانية.

الفرع الأول :الاختيار الصريح للقانون الواجب التطبيق على العقود الإلكترونية

إذا كانت النظم القانونية قد اعترفت للمتعاقدين بحرية اختيار القانون الواجب التطبيق على عقدهم، فمن الطبيعي أن يمارس هؤلاء المتعاقدين هذا الحق ويعلنوا عليه صراحتا عن القانون المختص بحل ما يثور بينهم من منازعات في المستقبل [1]،فإذا تم ذلك كنا بصدد الاختيار الصريح لقانون العقد وكنا فعلا بصدد قانون الإرادة.

اختيار القانون الواجب التطبيق يمكن أن يتم على شبكة الإنترنت بصور متعددة،فيمكن أن يتم عبر البريد الإلكتروني من خلال تبادل الرسائل الإلكترونية، كما يمكن أن يتم عبر غرف المحادثة والمشاهدة والتي تمكن الطرفين من مناقشة كافة الشروط العقد ومنها القانون الواجب التطبيق عن طريق المحادثة المباشرة والكتابة،ومن المتصور أيضا أن يتم اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد عبر صفحة الويب من خلال الرسائل الإلكترونية التي يتبادلها الأطراف في نفس الزمان[2] ،فبرغم من أن العقود المعروضة عبر الويب يتم إعدادها سلفا من قبل الموجب، وهو من يستقل بفرض شروطها و إملاء بنودها، إلا أن

---

1. أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص النوعي الإلكتروني- السياحي-البيئي، دار النهضة العربية،مصر، ،2000، ص83.

2. فيصل محمد محمد كمال عبد العزيز، الحماية القانونية لعقود التجارة الإلكترونية،دار النهضة العربية ، مصر،2008 ،ص 221.

إرادته لا تكفي وحدها لإبرام العقد إذ لا بد من أن يوافق الطرف الثاني على الشروط التي وضعها الموجب والتي من بينها شرط القانون الواجب التطبيق على العقد، وبالتالي ليس هناك ما يمنع من إمكانية التفاوض حول شروط العقد في مجال التجارة الإلكترونية، كأن يعرض التاجر عقود نموذجية الخاصة بمحله الافتراضي، على أن يورد ملاحظة بإمكانية مناقشة بنود العقد، أو بند معين منها، مثل البند المتعلق بالقانون الواجب التطبيق،وهذا ما يؤكده الواقع العملي في مجال التجارة الإلكترونية، إذ معظم تلك العقود تجيز المفاوضات والمساومة بين أطراف العقد، حول كل ما يتعلق بشروط التعاقد أو تعديلها.

ونظرا لأهمية الاختيار الصريح للقانون الواجب التطبيق فقد حث مجمع القانون الدولي في دورة انعقاده بمدينة أسلو عام 1877 على ضرورة تعبير الأطراف عن إرادتهم صراحة في اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد، حيث نصت الفقرة الأولى من المادة الثانية على أنه:" ***يتعين على الأطراف اختيار القانون الواجب التطبيق على عقدهم صراحة***"[1]،كما أعتبر التقرير الصادر عن منظمة OMPI بأن مبدأ اختيار القانون الذي جاءت به اتفاقية روما لعام 1980 يعد بندا هاما وايجابيا للتجارة الإلكترونية ويجب أن يحظى باحترام مناسب في ظل القانون باعتباره وسيلة لتسهيل انتشار وتحفيز الثقة في التجارة الإلكترونية،كما حث على وجوب تشجيع استخدام بند الاختيار الصريح للقانون الواجب التطبيق كما حرصت مجموعة خبراء الأمم المتحدة بمناسبة وضع قانون التجارة الإلكترونية الأونسيترال لعام 1996 على تفعيل مبدأ حرية التعاقد، إذ أكدوا أنه من الأهمية القصوى التركيز على مبادئ التعاقد والاتفاق بين أطراف العقد بصورة حرة بغية تفادي الفهم الخاطئ من جانب المشرعين لضمان ثقة أصحاب الأعمال في هذا القانون،كما دعى مؤتمر سانفرنسيسكوا المنعقدة في الفترة من 10-11 سبتمبر 2000 كافة الدول لمنح المتعاقدين على الشبكة كامل الحرية في اختيار القانون الذي يحكم العقد.

و ا إذا كان الأصل أن يتم الاتفاق على اختيار قانون العقد لحظة إبرامه بموجب شرط صريح يدرج ضمن العقد الأصلي أو بمقتضى اتفاق مستقل عنه، فإن هذا الاتفاق يمكن أن يتراخى إلى مرحلة لاحقة على إبرام العقد.

يمثل اختيار الأطراف الصريح للقانون الواجب التطبيق التجسيد الفعلي لمبدأ سلطان الإرادة، ويعد الحل الأمثل لمشكلة تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الإلكتروني،والسبب في ذلك هو أن الإرادة بطبعتها غير المادية هي الوحيدة القادرة على مواجهة الافتراضية التي تلازم إبرام وتنفيذ العقود الإلكترونية وهي القادرة على حل منازعاتها إلكترونيا، لذا يبقى قانون الإرادة هو الوسيلة المثلى لتحديد القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية.

لتفادي مشكلة اختيار الأطراف لقانون لا ينظم المعاملات الإلكترونية ولا يعترف بالتوقيع الإلكتروني يستحسن أن يختار المتعاقدان القواعد المادية للمعاملات الإلكترونية لتكون واجبة التطبيق على عقدهم.

---

1. أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص النوعي الإلكتروني- السياحي-البيئي،المرجع السابق،ص191.

أما إذا لم يكشف المتعاقدون عن إرادتهم الصريحة في تطبيق قانون معين على علاقتهم العقدية فعلى القاضي أن يحدد إرادتهم الضمنية، وهو ما سنتناوله في النقطة الموالية.

الفرع الثاني :الاختيار الضمني للقانون الواجب التطبيق على العقود الإلكترونية.

يمكن استخلاص الإرادة من خلال اللغة التي حرر بها العقد أو العملة التي اتفق على الوفاء بها، بل أحيانا يعتد القاضي بجنسية المتعاقدين أو محل إقامتهم، كما قد يستدل على هذا القانون من خلال مكان إبرام العقد أو مكان تنفيذه[1]،لكن على الرغم من أن تقنيات القانون الدولي الخاص المعاصرة تؤكد على ضرورة البحث عن الإرادة الضمنية للمتعاقدين، إلا أنها كانت مثارا لانتقادات عديدة من جانب فقهاء القانون الدولي الخاص فقد علق جانب من الشراح تطبيق قانون الإرادة في شأن العقود الدولية على شرط أن يعلن المتعاقدون عن اختيارهم لهذا القانون صراحة، أما عند السكوت عن تحديد قانون العقد فلا يصح للقاضي البحث عن إرادتهم الضمنية،و إنما عليه البحث عن تركيز الرابطة العقدية و إسنادها إلى القانون الأكثر ارتباطا بالعقد، مما يحقق للمتعاقدين أمانا قانونيا أفضل من تحويل القاضي حرية البحث عن إرادتهم الضمنية، التي تفلت من رقابته القضائية، مما يؤدي بالقاضي إلى تحديد قانون حسب إرادته الخاصة، وهذا الأمر من شأنه أن يخل بتوقعات الأطراف ويهدف الذي تنشده التجارة الدولية ويؤكد الفقه الرافض للإرادة الضمنية، وجهة نظره تلك بالاستناد إلى حجة مفادها أن سكوت المتعاقدين عن الاختيار الصريح لقانون العقد يرتد عّادة إلى أحد الأسباب التالية:

-عدم انتباه المتعاقدين إلى مشكلة اختيار القانون أصلا.

-ألا تكون مشكلة التنازع ظاهرة للمتعاقدين عند إبرام العقد، وهو ما يتصور في الفروض التي يتطرق فيها العنصر الأجنبي للرابطة العقدية في تاريخ لاحق للانعقاد،كما لو طلب المشتري من البائع بعد إبرام العقد تسليم البضاعة في الخارج.

-سكوت المتعاقدين عن الاتفاق الصريح على اختيار قانون العقد، لاختلافهم من البداية حول هذه المسألة، أو خشيتهم مما قد تسببه من خلاف قد يؤدي إلى عدم إتمام التعاقد إذا يصعب في كل الفروض السابقة، والتي يسكت فيها المتعاقدين عن التحديد الصريح لقانون العقد، الإدعاء بوجود إرادة ضمنية في اختيار هذا القانون، وتصدي القاضي مع ذلك للبحث عن تلك الإرادة سوف يؤدي إلى تطبيق قانون لم يتوقعه المتعاقدون، لأنه لا يعبر عن إرادتهم الحقيقية.

يبدو أن رفض الاختيار الضمني لقانون العقد في مجال العقود الدولية، لا علاقة له بظهور شبكة الانترنت والعقود الإلكترونية، غير أن رفض الإسناد إلى إرادة المتعاقدين الضمنية في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد، له مبرر في مجال العقود الإلكترونية، وهو ينحدر من صعوبة الاعتماد على القرائن الدالة على الإرادة،فأغلب العقود الإلكترونية تبرم باللغة الإنجليزية،مما تثير مشكلة الاعتماد على اللغة التي حرر بها العقد لتحديد الإرادة

[1]. فيصل محمد محمد كمال عبد العزيز،المرجع السابق، ص88.

الضمنية للأطراف،كما أنه لا يمكن الاعتماد على العملة التي يتم بها الوفاء، بعد أن أصبح الدفع يتم عن طريق النقود الإلكترونية كما يصعب كذلك الاستناد إلى إرادة الأطراف المتجهة نحو قانون دولة التي بها محكمة المختصة في المنازعة باعتبار أن مثل هذه العقود يمكن أن تكون المحكمة متواجدة ،على شبكة الإنترنت من خلال موقع أو عنوان الكتروني لا ينتمي إلى دولة معينة بالإضافة إلى صعوبة الاعتماد على الروابط الإقليمية في تحديد الإرادة الضمنية للأطراف لأن هذا التركيز في العالم الإلكتروني لن يكون سهلا، نظرا لاعتماده على روابط افتراضية يصعب التعرف عليها.

المطلب الثاني: النتائج المترتبة على خضوع العقود الإلكترونية لقانون الإرادة.

يترتب على خضوع العقد الإلكتروني لقانون الإرادة عدة نتائج هامة نتطرق إليها في نقطتين حيث نعرض في نقطة أولى إلى سماح للمتعاقدين باختيار أكثر من قانون ليحكم الجوانب الموضوعية في العقود الإلكترونية، ثم نتناول في نقطة ثانية عدم لزوم توافر صلة بين القانون المختار والعقد.

الفرع الأول: السماح للمتعاقدين باختيار أكثر من قانون لحكم العقد الإلكتروني

اختلف الفقه حول مدى حرية المتعاقدين في اختيار أكثر من قانون يحكم العقد الإلكتروني، فيرى البعض أنه من الضروري الحفاظ على وحدة العقد و إخضاعه لقانون واحد،حتى لا يختل التوازن والاستقرار اللازم للرابطة العقدية، والذي من أجله تم إعطاء الحرية للأفراد في اختيار القانون الذي يحكم عقدهم[1].

ويؤكد أصحاب هذا الرأي أن تجزئة العقد لا تتناسب مع العقود المبرمة إلكترونيا، لأن هذه العقود تمتاز بالسرعة في إبرامها، كما قد يؤدي تطبيق هذا المبدأ إلى الإخلال بالرابطة العقدية، وذلك لاختلاف القوانين المطبقة على هذا العقد فمن الممكن تنظيم جزء من العقد بقانون يقر بحجية التوقيع الإلكتروني وبصحة المعاملات الإلكترونية بينما يتم تنظيم الجزء الآخر من العقد بقانون لا يقبل مثل هذه التصرفات، كما قد تؤدي هذه التجزئة إلى الإفلات من القواعد الآمرة في القوانين المختارة[2]، وعلى النقيض من الاتجاه المتقدم يرى فقه قانون التجارة الإلكترونية الغالب أن للعقد رابطة متعددة الجوانب، ولا يوجد ما يمنع المتعاقدين من أن يخضعوا كل جانب من هذه الجوانب لقانون معين، فيمكنها أن يتفقا على إخضاع تكوين العقد لقانون محل إبرامه،و إخضاع تنفيذه لقانون الدولة الواجب التنفيذ فيها، فإن تعددت أماكن التنفيذ فلهم الحق في إخضاع كل التزام لقانون المحل المتفق على تنفيذه.

ويضيف أصحاب هذا الرأي أنه[3]:" باستقراء القوانين المقارنة والواقع العملي، نرى أن تجزئة العقد تفرض نفسها، سواء قبلنا أم رفضنا بها، فهناك استحالة تفادي توزيع العملية التعاقدية بين أكثر من دولة فالتجزئة أو التوزيع مفروض، ويمكن أن نميز بين نوعين منه:

---

1. أحمد عبد الكريم سلامة،المرجع السابق،ص185.
2. فيصل محمد محمد كمال عبد العزيز، المرجع السابق، ص671 .
3. أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص187

التجزئة الأفقية :غالبية النظم القانونية مع التحفظ بالنسبة للنظم الأنجلوسكسيونية،تعترف بما يلي :الأهلية لتعاقد تخضع للقانون الشخصي للمتعاقدين، شكل العقد الدولي ويخضع لقانون محل إبرامه أو للقوانين البديلة، نقل الملكية محل التعاقد ويخضع لقانون موقع المال، إجراءات التنفيذ وتخضع لقانون محل التنفيذ أو لقانون القاضي حسب الأحوال.
التجزئة الرأسية :يخضع العقد هنا بالإضافة إلى قانون الإرادة لكثير من القواعد ذات التطبيق الضروري أو ما يسمى بقوانين البوليس العقدي، وذلك سواء في مرحلة إبرامه أو في شأن آثاره ونطاق الحقوق **والالتزامات** الناشئة عنه أو عند تنفيذه، ولا يقتصر الأمر على قواعد قانون القاضي مع ذلك النوع، بل على قواعد القوانين الأجنبية التي يكون العقد على صلة بها".

ويؤكد جانب من أنصار هذا الاتجاه أن إعلاء مبدأ قانون الإرادة في مجال العقود الإلكترونية لن يتحقق إلا من خلال المرونة النسبية للقواعد التي تسمح بتجزئة العقد و إسناد كل جانب إلى قانون معين، كما يوصي أصحاب هذا الاتجاه بأن لا تؤدي هذه التجزئة إلى الإخلال بانسجام الرابطة العقدية، وذلك منعا للتضارب المتوقع بين تطبيق قوانين مختلفة،فالمهم أن تكون هذه التجزئة منسجمة بحيث لا يكون هناك جزء من العقد يمكن أن ينظم بقانون يقبل التوقيع الإلكتروني ويقر بصحة المعاملات التي تتم عبر شاشات الحواسيب الآلية والجزء الآخر ينظم بقانون آخر لا يقبل مثل هذه التصرفات، لهذا يجب مراعاة الانسجام في الرابطة العقدية ككل،كما يوصي أيضا بأن لا تؤدي هذه التجزئة إلى الإفلات من الأحكام الآمرة في القوانين المختارة.

أقرت اتفاقية روما لعام 1980 بشأن القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية في المادة 3/1حيث خولت للمتعاقدين الحق في اختيار القانون الواجب التطبيق على كل العقد أو على جانب منه فقط كما تبنت اتفاقية لاهاي لعام 1986 في شأن القانون الواجب التطبيق على البيوع الدولية للبضائع نفس الاتجاه أيضا، بالإضافة إلى اتفاقية مكسيكو في مادتها السابعة التي أعطت الحق الأطراف في تجزئة العقد[1].

إن السماح للمتعاقدين باختيار أكثر من قانون ليحكم الجوانب الموضوعية في العقود الإلكترونية يعد تجسيدا فعليا لمبدأ سلطان الإرادة، حيث تكون حرية المتعاقدين في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد بأكمله أو على جزء منه فقط، كما تظهر حرية الأطراف في اختيار قانون العقد عند عدم تقييدها بوجوب توافر صلة بين القانون المختار والعقد وهو ما نتناوله في النقطة موالية.

الفرع الثاني :عدم لزوم توافر صلة بين القانون المختار والعقد

اختلف فقه القانون الدولي الخاص حول مدى لزوم توافر صلة بين القانون الذي اختارته إرادة المتعاقدين والعقد الدولي الذي سيخضع لأحكام القانون المختار، كما اختلفوا أيضا حول المقصود بتلك الرابطة التي يتعين أن تتوافر بين قانون الإرادة والعقد الدولي، وما إذا كان

[1]- نصوص هذه الاتفاقيات يمكن الإطلاع عليها من خلال العنوان التالي:
- http:// hcch.net/f/conventions.index.html.

يتعين أن تكون هذه الرابطة ذات طابع مادي أم شخصي أم أنه يكفي أن تكون هناك مصلحة مشروعة في تطبيق القانون المختار حتى تتوافر تلك الصلة.

فذهب جانب من الفقه إلى تقييد سلطان إرادة المتعاقدين في اختيار قانون العقد باستلزام وجود صلة حقيقية بين القانون المختار والعقد، بحيث ينصب اختيار المتعاقدين على أحد القوانين التي تتزاحم حكم العقد الدولي ، ولا يهم بعد ذلك أن ينصب الاختيار على القانون الأوثق صلة بالرابطة العقدية على أساس أنه يشكل مركز الثقل في هذه الرابطة.

أما إذا اختار المتعاقدون قانونا لا تتوافر فيه تلك الرابطة، فيتعين على القاضي عدم الاعتداد بهذا الاختيار وتركيز الرابطة العقدية في البيئة التي تبدو منسجمة مع العناصر الخارجية في تلك الرابطة[1]،ونجد على رأس هذا الاتجاه الفقيه الفرنسي Batiffol ،الذي يرى أن قاضي العقد لا يتلقى اختيار الأفراد مكتوف اليدين، بل يجب أن يعيد النظر في هذا القانون للنظر في مدى توافر الرابطة جدية بينه وبين العقد، بحيث أن إرادة الأطراف ليست كافية بحد ذاتها لاختيار القانون الواجب التطبيق بل هي أحد الضوابط التي تعين القاضي في هذا الاختيار، وعليه فالفقيه السابق خلق منهجا واحد لتحديد القانون الواجب التطبيق وهو منهج التركيز الذي يجب إتباعه سواء في حالة الاختيار الصريح أو في حالة غيابه،وبالتالي فإن الرابطة أو الصلة المتصور وجودها بين القانون المختار والعقد يتمثل في مكان تنفيذ العقد أو مكان الإبرام، و ا ذا كانت هذه صلة متصور وجودها في مجال عقود التجارة الدولية، إلا أنه يبدوا من الصعب في مجال عقود الإلكترونية التي تتم عبر شبكة الإنترنت الاعتداد بتلك الصلة بين القانون الذي اختارته إرادة المتعاقدين وبين العقد قياسا على عقود التجارة التقليدية، وذلك للأسباب التالية:

- إن التعاقد من خلال شبكة الإنترنت تجعل اتصال العقد وقت إبرامه بجميع الدول في آن واحد نتيجة انفتاح الشبكة على العالم بأسره، ولذا يصعب تحديد تلك الرابطة المزعومة بين القانون المختار والعقود الإلكترونية.

-إن التعاقد الإلكتروني لا يختلف عن التعاقد العادي، من حيث الموضوع أو الأطراف، ولكنه يختلف في وسيلة الإبرام، ففي عقود الإلكترونية يتم إبرام العقد من خلال شبكات إلكترونية لا تتركز في إقليم دولة معينة ولا تخضع لدولة بعينها بحيث يمكن القول بتطبيق قانونها، والأمر على خلاف ذلك بالنسبة للعقود الدولية التقليدية.

إن الرابطة التي يتصور وجودها بين القانون المختار والعقد تتأسس في الغالب من عناصر مادية كمكان إبرام العقد أو تنفيذه، فإذا كانت هذه الضوابط المادية تصلح للسريان في مجال عقود التجارة الدولية التقليدية أو في حالة العقود الإلكترونية التي يتم تنفيذها ماديا، إلا أن ثمة صعوبة حقيقية تعترض تطبيق تلك الضوابط في حالة المعاملات التي تبرم وتنفذ بطرق إلكترونية، كما هو الشأن في حالة توريد برامج الحواسيب الآلية وذلك عن طريق

[1]. فيصل محمد محمدكمال عبد العزيز، المرجع السابق،ص681.

إنزالها مباشرة على الحاسب الآلي، ففي هذه الحالة يصعب تحديد مكان تنفيذ العقد لأننا بصدد بيئة غير مادية أو افتراضية يتم تنفيذها من خلالها[1].

ولهذه الأسباب، نادى جانب من الفقه إلى تحرير اختيار المتعاقدين للقانون الواجب التطبيق من كل قيد،ومن أهم المزايا التي يحققها المذهب، أنه يحترم توقعات الأفراد بما يوفره من أمان قانوني لهم، إذ من خلال تحديد قانون معين لحكم العقد يحدد كل طرف حقوقه والتزاماته، التي تترتب على مخالفته لبنود العقد وفقا لهذا القانون الذي تم اختياره.

[1]- خليفاتي عبد الرحمن، مدى اعتداد القانون الجزائري بمبدأ سلطان الإرادة في إنشاء العقد و تنفيذه، رسالة الماجستير في القانون الخاص، معهد الحقوق و العلوم الإدارية، جامعة الجزائر،1987

المبحث الثاني:دور إرادة الأطراف في تحديد الجهة القضائية المختصة لحل منازعات العقود الإلكترونية

يطرح موضوع تحديد الاختصاص القضائي، عندما تتضمن الدعوى عنصرا أجنبيا من حيث الأطراف أو من حيث موضوع النزاع إشكالات عديدة نظرا لتداخل عدة أنظمة قضائية تابعة لدول مختلفة،وحتى إن تم تّحديد قضاء دولة معينة، كان لابد من تعيين أي من المحكمة المختصة التي لها علاقة بالعقد دون غيرها، إلا أن الإشكال هنا يتنافى في حالة وجود بند صريح يحدد المحكمة أو الجهة المختصة بنظر في المنازعة القائمة، خاصة تلك المتعلقة بنزاعات العقود الإلكترونية الأمر الذي سنتناوله في **المطلب الأول**.

لقد أقر معظم الفقه أمام تنافي وجود نظام قانوني يؤطر التجارة الإلكترونية بصفة عامة ومنازعات العقود الإلكترونية بصفة خاصة، اللجوء إلى القواعد العامة للاختصاص القضائي لتحديد المحكمة المختصة بحل المنازعات ذات الصلة بالعقود الإلكترونية، إلا أن ما يلاحظ أن ضوابط الاختصاص القضائي[1]، تقوم على أسس إقليمية ذات روابط مكانية مما يثور التساؤل عن كيفية تطبيقها على منازعات العقود الإلكترونية التي لا تسمح طبيعة القنوات التي يجرى من خلالها بتركيزها مكانيا إلا على سبيل الافتراض أي اعتبار مكان معين من بين أماكن عديدة التي يتصل بها العقد الإلكتروني، الأمر الذي أدى إلى بروز صعوبات في إعمال معايير الاختصاص التقليدي على منازعات عقود التجارة الإلكترونية.

وهذا الأمر الذي أدى إلى ضرورة إعادة النظر في القواعد التي تحكم اختصاص المحاكم بمنازعات الناشئة عن العقود الإلكترونية، وقيام العديد من التنظيمات الإقليمية بالبحث عن سبل أخرى لحل منازعات العقود الإلكترونية، والتي اتجهت حول ضرورة حلها بالنفس الطريقة التي نشأت بها وذلك في البيئة الإلكترونية، هذا ما تجسد بظهور آليات التسوية الإلكترونية للمنازعات ORDوهذه الوسائل الرقمية التي جاءت لتلبية الحاجة الملحة،في إيجاد نظام قادر على النظر في المنازعات الإلكترونية وفضها بسرعة فائقة تواكب سرعة إبرام العقود الإلكترونية، وذلك يعود إلى إتمام جميع مراحلها عبر شبكة الإنترنت، بمعنى أن أطراف النزاع يلتقون المحكم أو الوسيط على شبكة الإنترنت من أجل الوصول إلى اتفاق مشترك أو إصدار حكم نهائي يحسم المنازعة عبر الإنترنت، وهي المسألة التي ستكون موضوع دراستنا في المطلب الثاني.

المطلب الأول:حرية الأطراف في تحديد المحكمة المختصة.

من الثابت في النظم القانونية أن كل دولة تنفرد في تحديد ضوابط الاختصاص القضائي لما لهذا الأخير من علاقة بمظهر سيادة الدولة على أراضيها واختصاصها لحل أي نزاع يقع

[1]- خليفي سمير، حل النزاعات في عقود التجارة الإلكترونية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون ، تخصص التعاون الدولي، جامعة مولود معمري، تيزي وزو،2010 .

على إقليمها، إلا أنه تجسيدا لمبدأ سلطان الإرادة تم إعطاء الأولوية لحرية الأطراف في اختيار المحكمة التي ستثار أمامهم المنازعة، وهذا ما يجسد تكريس ضابط الإرادة كأساس أولي لتحديد الجهة القضائية المختصة، وهو ما سنتناوله في **الفرع الأول**[1].

لقد اشترط الفقه والقضاء من أجل إنتاج اتفاق الأطراف على تحديد المحكمة المختصة آثاره، توفر شرطين أساسين أولهما ضرورة وجود صلة حقيقية بين النزاع والمحكمة المختارة،وثانيها،أن يكون هناك مصلحة مشروعة للطرف أو الأطراف لجعل الاختصاص للمحكمة معينة بالذات،بالإضافة إلى ضرورة الأخذ بعين الاعتبار صفة الأطراف المتعاقدة،ونعني بذلك حالة كون أحد أطرافها مستهلكا فإن العديد من التشريعات تسعى إلى حمايته باعتباره الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية خاصة تلك العلاقة المبرمة في كنف شبكة الإنترنت، حيث أقرت ضمانات عدة في مجال الاختصاص القضائي وهو موضوعنا في **الفرع الثاني.**

الفرع الأول:التكريس التشريعي و الاتفاقي.

من الثابت في المعاملات الدولية أن للأطراف حرية تحديد السلطة القضائية المختصة بالنظر في المنازعة القائمة أو المحتملة، وذلك تطبيقا لمبدأ سلطان الإرادة في تعيين المحكمة الآهلة لطرح المنازعة على مستواها،وهو الضابط المستقر والمتفق عليه في أغلب التشريعات المقارنة بغض النظر عن نوع العلاقة القانونية أو نوع النزاع [2].

ويجسد الأطراف الاتفاق على اختصاص محكمة ما بحل المنازعة، إما في مرحلة سابقة عن نشوب النزاع أو في مرحلة لاحقة له، وذلك بصفة صريحة، أي بإدراج بند صريح في العقد أو في الوثيقة الملحقة به، أو بصفة ضمنية برفع المدعى دعواه أمام إحدى المحاكم غير المختصة، فيباشر المدعى عليه في إجراءات التقاضي دون إثارة دفع بعدم الاختصاص رغم ثبوت حقه في ذلك ولقد أقرت مختلف النصوص القانونية حرية الأطراف لتحديد المحكمة المختصة، سواء على المستوى الدولي عن طريق الاتفاقيات الدولية والذي سنبينه في النقطة الأولى، أو على المستوى التشريعات الداخلية للدول والتي ما تكون عادة مرآة للاتفاقيات الدولية التي صادقت عليها، وهو ما نتناوله في النقطة الثانية.

1-تجسيد المبدأ على المستوى الدولي:

اعترفت المواثيق الدولية لإرادة الأطراف بالحق في الاتفاق على تحديد المحكمة التي ستنفرد بحل المنازعة القائم بينهما، ولعل أهمها تلك التي تم تّبنيها على مستوى الاتحاد الأوروبي والتي تتجسد في اتفاقية بروكسل المبرمة في 27 سبتمبر 1968 بشأن الاختصاص القضائي وتنفيذ الأحكام الأجنبية في المواد المدنية والتجارية، والتي تم توسيع اختصاصها إلى غير

---

1. فيصل محمد محمد كمال عبد العزيز، المرجع السابق، ص711 .

2.كراش ليلى، مبدأ سلطان الإرادة في التحكيم التجاري الدولي، مذكرة لنيل درجة الماجستير، فرع عقود ومسؤولية،جامعة الجزائر،2002 .

دول الاتحاد بموجب اتفاقية لوجانوا لسنة 1988من الدول المنظمة إلى منظمة الاتحاد الأوروبي للتبادل الحر[1].

وقد نصت اتفاقية بروكسل من خلال فحوى المادة 17 منها على شروط قبول القاضي الفصل في المنازعة، والمجسد في ضرورة أن يكون الاتفاق الذي يتم من خلاله تعيين المحكمة المختصة مكتوبا سواء بإدراج بند في العقد يولي الاختصاص لمحاكم دولة معينة، أو بإدراج بند تحكيمي، وفي هذه الحالة يخرج النزاع بصفة كلية من ولاية القضاء.وتكمن أهمية إدراج اتفاقية بروكسل في هذه الدراسة كونها تم تّعديلها وتحولها إلى التنظيم الأوربي 44/ 2001من أجل مواكبة أحكامها للثورة المعلوماتية، خاصة منها التعاقد الإلكتروني حيث أكدت على مبدأ حرية الأطراف في القسم السابع منه من خلال فحوى المادة 23 التي ألزمت دول أطراف المعاهدة على احترام اتفاق الأطراف في تحديد جهة قضائية سواء قبل أو بعد نشوء المنازعة، إلا أنه أُقترن احترام حرية المتعاقدين بشرط إفراغ الاتفاق في قالب كتابي، أو على شكل تتفق والأعراف والعادات المتداول في ذلك المجال، كما اعتبرت أن الاتفاق الذي يتم عبر الوسائل الإلكترونية ذات قيمة مطابقة لاتفاق الشكلي.

تطبيقا لذلك يمكن اعتبار شروط اختيار الاختصاص القضائي صحيحا إذا جرى تأكيده بموجب رسالة إلكترونية شرط أن تحفظ هذه الرسالة في ذاكرة جهاز المتعاقد على نحو يسمح بالاطلاع عليها فيما بعد ويبقى أن طبع الرسالة على سند ورقي والاحتفاظ بها لا يعتبر سندا كافيا.

وتفعيلا أكثر لتجسيد حرية الأطراف لتحديد المحكمة المختصة لفض المنازعة اشترطت الاتفاقية أن يكون الاتفاق واردا في عقد يبين بوضوح اسمي الطرفين وعنوانيهما، ويسمي بوضوح محاكم دولة متعاقدة واحدة أو محكمة معينة واحدة أو أكثر في دولة متعاقدة واحدة، ولابد أن يتضمن الاتفاق بيانا جليا بأن هناك اتفاقا على اختيار حصري للمحكمة.

وتتجه التشريعات والاتفاقيات الحديثة إلى الاعتراف بشرط الاختصاص القضائي عندما ترد في صورة كتابة إلكترونية، ومن ذلك مؤتمر لاهاي للقانون الدولي الخاص الذي وضع نصا في المادة الرابعة من مشروع الاتفاقية، والتي تفيد صحة شروط الاختصاص القضائي التي ترد بأية وسيلة إلكترونية.

2-تجسيد المبدأ على المستوى الداخلي:

جسدت مختلف التشريعات الداخلية حق الأطراف المتنازعة بتحديد المحكمة المختصة لحل المنازعة فنجد المادة 46 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية والتي تنص على:

"يجوز للخصوم الحضور باختيارهم أمام القاضي حتى ولو لم يكن مختصا إقليميا،ويوقع الخصوم على تصريح بطلب التقاضي،و إذا تعذر التوقيع يشار إلى ذلك، ويكون القاضي مختصا طيلة الخصومة، *ويمتد الاختصاص في* حالة الاستئناف إلى المجلس القضائي التابع له"[2].

---

[1]- خليفاتي عبد الرحمن، المرجع السابق، ص 102.

[2].فيصل محمد محمد كمال عبد العزيز، المرجع السابق، ص711 .

أما المشرع الفرنسي فإنه أقر المبدأ من خلال المادة 41 من قانون الإجراءات المدنية الجديد، حيث أشار إلى حرية الأطراف في إخضاع منازعتهم لأي محكمة يختارونها رغم أنها غير مختصة في حل المنازعة، بل ذهب أبعد من ذلك، بالسماح للأطراف بإضفاء على الحكم الصادر صفة الحكم النهائي غير قابل الطعن إذا اتفق على ذلك بصفة صريحة[1].

ورغم الإقرار بمبدأ حرية الأطراف في اختيار المحكمة المختصة لفض نزاعهم القائم أو الذي سيثور بمناسبة علاقتهم التعاقدية على مستويين الدولي والداخلي، إلا أنه أورد هذين الأخريين قيود على الأطراف والتي سنتناوله فيما يلي.

الفرع الثاني: القيود الواردة على حرية الأطراف

من الثابت في النظم القانونية الدولية والداخلية أنه في كل مجال أين يقر حرية للأطراف نجدها في نفس الوقت قد قيدته ببعض الضوابط التي تدعوا إليها المصلحة العامة وحماية للنظام العام، وفي موضوع دراساتنا نجد أن اتفاقية بروكسل وضعت قيدا على الأطراف لتحديد المحكمة المختصة لحل النزاع، وذلك بإفراغ الاتفاق في قالب مكتوب أو أي وسيلة تقوم مقام الكتابة، وكان الغرض من ذلك التأكد من إرادة الأطراف، إلا أن الفقه والقضاء اشتراط من أجل صحة اتفاق الأطراف، أن تكون المحكمة المختارة ذات صلة بالنزاع المطروح، وأن لا يكون الاختيار منوطا على غش قصد الإفلات من الأحكام الآمرة في قوانين دولة المحكمة التي تختص فعلا بالنظر في النزاع.

1-توفر رابط الجدية بين النزاع والمحكمة المختصة

إن حرية الأطراف في اختيار المحكمة المختصة لحل النزاع ليست مطلقة، بل تتقيد بضرورة وجود صلة بين النزاع والمحكمة المختارة، أو توفر مصلحة مشروعة في اختيارها،هذا ما يكفل فعالية الأحكام التي تصدر مستوفاة لهذا الشرط الأخير ونجد لهذا الشرط نظيرا في مجال تنازع القوانين والذي يستلزم ضرورة توافر صلة بين العقد والقانون الذي اختاره الأطراف لحكمه، وبالتالي فإن تحديد المحكمة المختصة بالنظر في نزاع معين يتطلب قيام صلة بين المعاملة أو بين النزاع وبين الدولة التي تمارس فيها المحكمة اختصاصها[2]، وتستمد هذه الصلة غالبا من ضوابط إقليمية كمكان تنفيذ العقد أو مكان إبرامه ويتحقق وجود الارتباط أو الاتصال بين النزاع والدولة التي تمارس فيها الاختصاص تنفيذه، أو موقع المال محل النزاع.

2- سلامة اختيار المحكمة المختصة من أي لبس أو غش.

إن حرية الأطراف في اختيار المحكمة المختصة لحل المنازعة معلقة على شرط الحرص ألا تصل إلى نحو قد يؤدي إلى الغش، أي الإفلات من الأحكام الآمرة في قوانين دولة المحكمة التي تختص بالنظر في النزاع، وذلك باستعمال حيل من أجل جلب المتعاقد على اختيار محكمة معينة .

---

[1] .المرجع نفسه،ص 714.

[2]- كراش ليلى، المرجع السابق،ص85.

ولعل أن التدليس يحتل مكانة كبيرة في مجال العقود الإلكترونية، نظرا لقدرة العابثين والمحتالين على اختراق النظام المعلوماتي لشبكة الإنترنت، إساءة استخدامها، وما زاد عن ذلك خصوصية التعاقد الإلكتروني الذي أتاح التعاقد بين أطراف موجودين في زمان وغائبين في المكان مما زاد من استغلال الأطراف غير الخبيرة و إقحامهم على اختيار بنود يجهلون آثارها المستقبلة[1].

وتتنوع طرق الغش والتدليس في التعاقد الإلكتروني حسب اختلاف طريقة الإبرام ومن أهمها استعمال العلامة التجارية لشخص آخر، ونشر بيانات ومعلومات غير صحيحة على الموقع عن السلع أو خدمات قصد ترويجها، أو استخدام اسم نطاق غير مملوك له، مما يجعل المتعاقد مع ذلك الشخص يجهل الطرف الأخر، وهذا ما يثير إشكالية تحديد الهوية للتمكن من تحديد الجهة القضائية المختصة لحل المنازعة،ويبقى أنه حتى عند الاتفاق على المحكمة، فالطرف الآخر غير معني بالنزاع باعتباره استعمل مواقع ليست مملوكة له.

ويتم استبعاد أي اختيار لأطراف الجهة القضائية المختصة، إذا كانت أحكام هذا الاتفاق تحمل في طياتها مخالفة لقواعد النظام العام أو الآداب العامة في دولة القاضي الفاصل في النزاع، مما يجعل من فكرة النظام العام قيدا على حرية الأطراف في اختيار المحكمة المختصة[2]،ولعل تصنيف فكرة حماية المستهلك من مساعي النظام العام،يجعلها قيدا على حرية الأطراف في تحديد المحكمة المختصة.

3- حماية المستهلك كقيد على حرية الأطراف في تحديد المحكمة المختصة.

تثير شروط الاختصاص القضائي عادة، مشكلة المساس بحقوق الطرف الضعيف في العقد كالمستهلك، الذي يجد نفسه مضطرا في بعض الأحيان إلى قبول مثل هذه الشروط،لذلك أكد الفقه على ضرورة التحقق من صحة شرط الاختصاص القضائي ومدى مساسه بحقوق المستهلك ولقد ذهبت اتفاقية بروكسل أبعد من ذلك إذ نصت على بطلان الاتفاق المسبق في عقود الاستهلاك على اختصاص محكمة غير محكمة موطن المستهلك.

وبالرغم أن العديد من التجار على شبكة الإنترنت يوردون شرط الاختصاص القضائي مسبقا على صفحة استقبال موقعهم، ويوافق المستهلك عليه بصفة صريحة، إلا أن العديد من التشريعات تعتبره شرطا تعسفيا,كما أقرت معظم هذه التشريعات وكذلك الفقه على السماح للأطراف باختيار المحكمة المختصة، إلا أنه بالمقابل وضعت بند يقر عدم صحة هذا الاختيار، إذا كان من شأنه أن يؤدي إلى حرمان أحد الأطراف بطريقة تعسفية من الحماية التي كانت ستوفرها له المحكمة التي ينعقد لها الاختصاص، ولعل هذا ما يثير آثار سلبية بالنسبة إلى تطور التجارة الإلكترونية، ذلك أن العرض الذي يقدمه البائع على شبكة الإنترنت مثلا لا يوجه إلى شخص معين بالذات، بل يعد عرضا عام مع أي شخص من دول العالم، ومن شأن تطبيق هذا المبدأ فإن البائع ملزم برفع دعواه على العديد من الدول بتعدد

---

[1].سمير حامد عبد العزيز الجمال، التعاقد عبر تقنيات الاتصال الحديثة دراسة مقارنة، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، مصر 2007.

[2].خليفي سمير، المرجع السابق،ص96.

جمهور المستهلكين المبرم معهم عقود عبر الإنترنت وبالتالي فإنه من الملاحظ، أن اختيار الأطراف الصريح للمحكمة التي يناط إليها مهمة الفصل في المنازعة تثير إشكالات عديدة أهمها[1]:

1-أن دّولة المحكمة المختارة لا تعتد بالتعاملات الإلكترونية هذا ما يحول دون وجود إطار قانوني يستند إليه القاضي، وهو ما يؤدي إلى هدر حقوق المتقاضين.

2-ضف إلى ذلك أنه كثيرا ما تصدر أحكام قضائية لصالح أحد الأطراف إلا أن تنفيذ الحكم في بلد آخر قد يستغرق مدة طويلة هذا ما لا يتناسب مع سرعة المعاملات الإلكترونية،من أجل ذلك اتجهت معظم التوصيات والآراء إلى ضرورة اللجوء إلى الوسائل البديلة لتسوية المنازعات الإلكترونية، بحيث يمكن الاتفاق على تسوية النزاع إلكترونيا على الخط، وبطريقة تكفل السرية والسرعة في نفس الوقت، والإلمام بطبيعة المنازعة الإلكترونية ونظرا للإشكالات التي تواجه اختيار الأطراف للمحكمة المختصة لحل المنازعات المتعلقة بالعقود الإلكترونية، خاصة وأنه مازالت القوانين المطبقة لا تتلائم والبيئة الإلكترونية التي يتم فيها التعاقد، الأمر الذي أدى بالمتعاقدين على شبكة الإنترنت البحث عن وسائل بديلة لحل نزاعاتهم بطرق بسيطة[2]، وسريعة، وفعالة بعيد عن إجراءات القضاء العادي الطويلة والمعقدة، والمجسدة في طرق بديلة إلكترونية وجدت خصيصا لحل النزاعات الناشئة في البيئة الإلكترونية.

المطلب الثاني:حرية الأطراف باللجوء إلى الوسائل الإلكترونية البديلة لحل المنازعات

لقد احتلت الوسائل البديلة لفض المنازعات مكانة خاصة باعتبارها عدالة اتفاقية وظاهرة و أصلية في مجال العلاقات الاقتصادية الدولية يلجأ إليها أطراف المنازعة بمحض إرادتهم لحل النزاعات الناشئة أو التي قد تنشأ عن العقد القائم بينهم، وهي تهدف إلى تلبية الاحتياجات والضرورات التي تقتضيها التجارة الدولية، و إخراج هذه الأخيرة من هيمنة القوانين الوطنية التي تتميز بالانطواء والانحياز إلى الاعتبارات الداخلية، وتعرف بأنها:

«الوسائل غير القضائية للنظر وحل النزاع، حيث يتم رفع النزاع والفصل فيه خارج ساحات القضاء، وتشمل هذه الوسائل التحكيم، الوساطة، التوفيق والمفاوضا ت المباشرة»

وقد عرفت هذه الأخيرة تطورا ملحوظا بعدما أصبحت تستعمل في إجراءاتها الوسائل الحديثة للاتصالات وعلى رأسها شبكة الإنترنت، هذا ما أدى إلى ظهورها بوجه جديد تحت تسمية **الوسائل الإلكترونية البديلة لحل المنازعات** والتي يقصد بها:« تلك الوسائل غير القضائية لنظر في النزاع والفصل فيها من خلال شبكات الحاسب[3]».

ولقد عرفت انتشارا كبيرا يرجع إلى عدة أسباب، من ناحية أن الأطراف الذين يبرمون عقودهم عبر الوسائط الإلكترونية يفضلون أن تتم بواسطتها المعاملة بما فيها حل أي نزاع، ومن ناحية أخرى تتم التسوية الإلكترونية للنزاعات بإجراءات بسيطة ودون تكاليف مالية

---

1. فيصل محمد محمد كمال عبد العزيز،المرجع السابق، ص 230.

2. أحمد عبد الكريم سلامة، ،المرجع السابق،ص 111.

3. خليفي سمير، المرجع السابق،ص110.

على عاتق الأطراف فلا تحتاج إلى سفر أو انتقال مما يجعلها تتناسب مع القيمة الضئيلة لمنازعات العقود الإلكترونية.

وتتجسد الوسائل الإلكترونية البديلة في كل من المفاوضات المباشرة والوساطة الإلكترونية والتي سنبينها في الفرع الأول، إلا أن أهم هذه الوسائل أكثر فعالية وانتشارا هو التحكيم الإلكتروني، والذي سنتناوله في الفرع الثاني

الفرع الأول:المفاوضات المباشرة والوساطة الإلكترونية.

تعتبر المفاوضات الإلكترونية والوساطة الإلكترونية من بين الوسائل الأولية التي يعتمد عليها المتنازعون في محاولة منهم توفيق وتقريب وجهات نظرهم المختلفة، وهذا ما أقره مثلا القانون الأمريكي للمعاملات التجارية الإلكترونية لعام 1999 حول إمكانية إجراء الاتفاقات

المفاوضات و إبرام العقود ونشوء الالتزامات بطريقة إلكترونية، وهذا ما نلمسه من فحوى المادة2/2 والتي تنص :" ...تلك الأعمال التجارية التي تدار أو تتم بالكامل أو جزء منها بوسائل إلكترونية أو بالتسجيل الإلكتروني، وهذه الأعمال تهدف إلى إبرام العقود أو الوفاء بالالتزامات الناشئة عن الصفقات التجارية" [1] ،إذ يستفاد منها جواز إتمام المفاوضات بطريقة إلكترونية، وهنا يظهر أهميتها في إنجاح الصفقات التجارية الإلكترونية، وأنها وسيلة للتفاهم وتقريب وجهات النظر بين الأطراف، حيث تلعب دورا وقائيا بالنسبة لمرحلة إبرام العقد والحد من أسباب المنازعة في المستقبل، وهذا ما سنبينه من خلال تبيان مفهوم المفاوضات الإلكترونية في نقطة أولى، ثم التطرق إلى الوساطة الإلكترونية في نقطة ثانية.

أولا :المفاوضات الإلكترونية المباشرة.

يعد التفاوض بصفة عامة وسيلة من وسائل تسوية المنازعات، تتم بين أطراف النزاع مباشرة دون تدخل طرف ثالث، فهو عبارة عن تبادل وجهات النظر بين طرفي النزاع من أجل الوصول إلى تسوية نهائية للمنازعات، حيث إنه يتم من خلال لقاء مباشر بين طرفي النزاع أو من ينوب عنهم دون الحاجة لتدخل طرف ثالث، أما التفاوض المباشر (الإلكتروني) فهو التفاوض الذي يتم بين طرفي النزاع عبر شبكة الإنترنت، دون لقائهما وجها لوجه كما هو الحال في التفاوض العادي

لقيت المفاوضات المباشرة المبتكرة من قبل مراكز الوساطة والتحكيم الإلكتروني كوسيلة لفض المنازعات عن بعد نجاحا واسعا و إقبالا هائلا من قبل المتنازعين، لما لمسوه من فعالية في حل منازعاتهم، مع المحافظة على علاقات العمل الودية في نفس الوقت، ويؤيد ذلك إحدى الدراسات التي قام بها مراكز الوساطة الإلكترونية والتي أعلن من خلالها أن نسبة % 80 من حجم المنازعات التي تم التفاوض حولها عن طريق المركز قد تم حلها بالمفاوضات

[1]. خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص ص218 .

المباشرة.وتقوم فكرة المفاوضات المباشرة على تمكين أطراف النزاع من التواصل معا عبر توفير
مراكز تسوية المنازعات لم أفهم لآلية اتصال فيما بين المتنازعين، وذلك من خلال صفحة تابعة لموقع المنازعات الإلكترونية بعد أن يقوم المركز بتزويد كل من المتفاوضين باسم المرور (password)يسمح لهما من خلاله بالدخول إلى صفحة النزاع والتفاوض بعدها على موضوع النزاع، بغية التوصل لحل يفضان فيه النزاع دونما أدنى تدخل من المركز،سواء تم التوصل لحل النزاع أم لا .

ينقسم التفاوض الإلكتروني إلى نوعين رئيسيين، النوع الأول هو التفاوض الذي يتم بين طرفي النزاع على الإنترنت مع تدخل برامج الكمبيوتر لمساعدة الأطراف على الوصل إلى حل رضائي،أما النوع الثاني يتجسد في التفاوض المباشر للأطراف دون أي تدخل من برامج الكمبيوتر.

ثانيا :الوساطة الإلكترونية

تعد الوساطة من الوسائل الودية لحل النزاعات التي يلجأ إليها الأطراف بكل حرية،والتي تعرف بصفة عامة أنها تدخل طرفا ثالثا محايد بين طرفي النزاع من أجل الوصول إلى صيغة نهائية لتسوية النزاع القائم، أو هي" عبارة عن عملية تطوعية يوافق طرفا النزاع من خلالها على العمل مع شخص محايد لحل النزاع القائم بينهما، مع منح كامل السلطة للمنازعين في قبول الوساطة أو رفضها، مع انصراف عمل الوسيط وبذل جهوده صوب نقاط الخلاف و اقتراح سبل الحل".

ويتجلى من التعريف السابق، أن الوساطة تقوم على إرادة طرفي المنازعة في اللجوء إليها كوسيلة لحل المنازعة بدلا من القضاء، ولعل مظاهر الإرادة تستنبط أيضا من خلال تجريد الوسيط من سلطات الإجبار في قبول الوساطة أو الاستمرار فيها، حيث يقتصر عمله على محاولة تقريب وجهات النظر بين المتنازعين، وهذان الأخيران من يملكان الحق في قبول توجيهاته أو رفضها وهو ما يجسد مبدأ سلطان الإرادة حيث يلتزم الأطراف بما يرتضون به.

ترتكز عملية الوساطة على الجهود التي يبذلها الوسيط في إقناع المتنازعين بقبول الحل الذي يقترحه لحل المنازعة القائمة بينهما، وبدون أي ضغط أو إكراه قد يمارس من قبله عليهما،بالإضافة إلى منح الحرية للأطراف في اختيار الطريقة الملائمة لهما للتواصل مع الوسيط عبر شبكة الإنترنت، ولعل أنه لتحقيق الحل المناسب لابد من تفاعل واهتمام أكبر من الأطراف بعملية الوساطة،وعملها الجاد و الدؤوب مع الوسيط لفض النزاع بمجرد موافقة طرفي المنازعة على الوسيط والإجراءات يتم الانتقال إلى المرحلة التالية من الوساطة، وهي مناقشة موضوع المنازعة و إثارة نقاط الخلاف الجوهرية، وذلك بعد أن يقوم الوسيط بإرسال بريد إلكتروني لكل من طرفي النزاع، يتضمن اسم المرور بكل منهما، والذي يخولهما الدخول لصفحة المنازعة المعدة على موقع المركز بالإضافة إلى تحدد ميعاد جلسات الوساطة.

يتم الانتقال بعد ذلك إلى المرحلة ما قبل الأخيرة من الوساطة في عقد جلسات الوساطة والبحث عن المدى الذي يمكن أن يذهب إليه المتنازعان في طلباتهما سعيا وراء التوصل إلى حل الإشكال المطروح، فيبذل الوسيط قصار جهده بغية الوصول إلى حل مرض للمتنازعين من خلال تركيزه على النقاط التي يرتئي إمكانية اتفاق المتنازعين عليها كلها أو في جزء منها فقط والمذكور سلفا في اتفاق الوساطة، وفي الأخير يقوم الوسيط بعد ذلك بصياغة اتفاق التسوية النهائية وعرضه على المتنازعين للتوقيع عليه، فإذا تم ذلك تنتهي عملية الوساطة الإلكترونية بحل ملزم لطرفيه واجب التنفيذ، أما خلاف ذلك يلجأ الأطراف إلى حل آخر وكثيرا ما يكون التحكيم الإلكتروني.

الفرع الثاني:التحكيم الإلكتروني.

نظرا لما لمسه المتنازعون من فاعلية التحكيم في فض منازعات التجارة الدولية وتحقيق متطلباتها القائمة على قواعد خاصة تتلاءم واقتصاد السوق، ازداد معدل اللجوء إلى التحكيم كآلية بديلة عن قضاء الدول، هذا الأخير الذي عجز عن اللحاق بالطفرة الإلكترونية، وتوفير وسائل سريعة لفض منازعات التجارة الإلكترونية، غدت الحاجة ملحة للبحث عن سبل أكثر فاعلية لحل هذه المنازعات[1].

ولثقة المتنازعين بالتحكيم لفض المنازعات، سعت مراكز التحكيم لتوفير وسيلة أكثر نجاعة لفض المنازعات تتلاءم والآلية التي نجمت عنها الخلافات بين المتعاقدين مع المحافظة في ذات الوقت على متطلبات التجارة الإلكترونية القائمة على السرعة والثقة بين أطرافها، فكان نتيجة جهودها تطوير التحكيم وابتكار نظام التحكيم الإلكتروني، هذا الأخير الذي سنبين مفهومه في النقطة الأولى، ونستظهر فيه نقاط سلطان إرادة الأطراف في النقطة الثانية.

أولا :التعريف بالتحكيم الإلكتروني.

عر فّ التحكيم بأنه اتفاق أطراف النزاع على إسناد مهمة الفصل فيه إلى شخص أو عدة أشخاص محايد يملك سلطة إصدار حكم ملزم، مع استبعاد ولاية القضاء الوطني بشأن هذه المنازعة بينما عرف التحكيم الإلكتروني

بأنه:" قيام شخص ثالث محايد بإصدار حكم ملزم في نزاع ما بين الطرفين بشرط أن تنعقد الجلسات ويصدر الحكم عبر الإنترنت" [2].

كما عرفه البعض بأنه ذلك التحكيم الذي يتفق بموجبه الأطراف على إخضاع منازعاتهم الناشئة عن صفقات أبرمت غالبا بوسائل الكترونية إلى شخص ثالث يفصل فيها بموجب سلطة مستندة ومستمدة من اتفاق أطراف المنازعة وباستخدام وسائل اتصال حديثة تختلف عن الوسائل التقليدية المستخدمة في التحكيم التقليدي.

ثانيا :مظاهر سلطان الإرادة في التحكيم الإلكتروني

---

[1]- خليفي سمير،المرجع السابق،ص115.

[2]-فيصل محمد محمد كمال عبد العزيز، المرجع السابق، ص 731.

على الرغم من البساطة الظاهرة التي يتميز بها التحكيم الإلكتروني، فهو يخفي في طياته في الواقع من خلال التحليل القانوني مجموعة معقدة جدا تشمل على عدة تصرفات ومراحل متعاقبة، بحيث يعتبر كل تصرف من هذه التصرفات تنفيذا للتصرف الذي سبقه ابتداء من مرحلة المفاوضات الاتفاقية التي تعتبر مرحلة مهمة جدا التي تنتهي باتفاق الأطراف على تنظيم إجراءات التحكيم عن طريق تحديد كل المسائل التي تتعلق بتنظيم وسير عملية التحكيم سواء فيما يتعلق بتعيين المحكمين تحديد اختصاصهم وسلطاتهم،وتحديد القانون الواجب على الإجراءات وعلى محل النزاع،مكان التحكيم، طرق تنفيذ قرار التحكيم.

أمام قصور القواعد التقليدية لحكم المعاملات الإلكترونية، وفي غياب التنظيم القانوني للمعاملات الإلكترونية وحتى قصوره إن وجدت، لا يجب أن يجعلنا نقف جانبا، بل يجب الخوض في هذا الغمار، خاصة وأن التجارة في العادة تقوم على الأعراف والعادات، ولا تحتاج إلى النصوص القانونية بالقدر ما تحتاج لاتفاق الأطراف وتحفيز إرادتهم في التعاقد وهو شأن التجارة التقليدية منذ القدم،فبشأن مرحلة التفاوض الإلكتروني، وهي أول خطوة يبرز فيها دور مبدأ سلطان الإرادة
في العقود الإلكترونية، حيث تعد مرحلة هامة في حل العديد من المشاكل التي تثيرها العقود المبرمة عبر الإنترنت، وذلك عن طريق مناقشتها عبر التقنيات الحديثة التي أفرزتها شبكة الإنترنت والمجسدة في كل من التفاوض عبر البريد الإلكتروني وغرف المحادثة، والتي تمكن الأطراف من مناقشة شروط العقد مباشرة، أما بالنسبة للعروض على صفحة الواب فلا يتصور أن يتم التفاوض من خلالها فإما أن يقبل العميل الشروط الواردة فيها كما هي أو يرفضها، وتجدر الملاحظة أنه في هذه الحالة لا نكون بصدد عقود الإذعان، كون الطرف ليس مجبرا على تعاقد مع التاجر، خاصة ومع ما توفره الإنترنت من عروض لا حصر لها.

وللطرفين الحرية في إجراء المفاوضات، وكل متفاوض حر في اختيار المتعاقد معه،وحر في اختيار موضوعات التفاوض، كما تظهر حريتهما في عدم الالتزام بالاستمرار،فيستطيع أي منهما أن يقطع المفاوضات دون أن يكون ثمة مسؤولية بجانبه بسب ذلك، إلا أن حرية الأطراف في التفاوض الإلكتروني ليست مطلقة، بل هي مقيدة بوجوب الالتزام بالتفاوض بحسن النية، الذي يسود العملية التعاقدية منذ بدايتها إلى غاية انتهائها، بالإضافة إلى أن تنفيذ هذا الالتزام يقتضي وجوب احترام الأطراف التزامات أخرى ثانوية نابغة عنه،أهمها الالتزام بالإعلام والتعاون،و تجدر الملاحظة أنه حسب رأينا، فإن هذه الالتزامات لا تعد قيودا على إرادة الأطراف بالقدر ما هي ضمانات من أجل حماية المصلحة المشتركة للطرفين وتفعيل إيجابي لإرادتهم دون أي غش أو لبس فيه.

انصبت الخصائص التقنية التي أفرزتها شبكة الإنترنت على ركن التراضي أكثر من أي ركن آخر الأمر الذي جعلنا نوليه أكبر جزء من الأهمية بداء من تحليل عنصريه "الإيجاب والقبول" وتناول كيفية التعبير عنهما إلكترونيا ومدى صحة ذلك استنادا إلى القواعد التقليدية، وتوصلنا بأن القواعد العامة الواردة في الاتفاقيات الدولية والتشريعات المقارنة المتعلقة في مسألة الانعقاد،لا تقف أمام انعقاد العقد بطرق إلكترونية متى روعيت شروط التعبير عن الإرادة وصحتها في العقد الإلكتروني شأنه في ذلك شأن العقد التقليدي.

يضفى على العقد الإلكتروني صفة عقد رضائي ينعقد بمجرد تطابق الإيجاب والقبول،إلا أن خصوصية العقد الإلكتروني أظهرت إشكالا في أهم مرحلة من التعاقد وهو تحديد مجلس العقد الإلكتروني، الذي يوصف بأنه مجلس بين حاضرين زمانا وبين غائبين مكانا،إلا في حالات معينة يكون بين غائبين مكانا وزمانا، مما يعني أن مجلس عقد الإلكتروني من نوع خاص اتسم بالافتراضية بدوره وتوسط المجلسين التقليدين المعروفين، وبالرغم من أن مسألة تحدد مجلس العقد أثارت جدلا فقهيا كبيرا في العقود التقليدية وأوجد لها الفقه عدة حلول، إلا أن تطبيق هذه الأخيرة على العقد الإلكتروني اثبت قصورها في تحديد زمان ومكان انعقاده، و بدى لنا أن نسري وفق الفقه القائل أن حل المسألة لا يكون إلا بإعمال مبدأ سلطان الإرادة لتحديد لحظة انعقاد العقد ومكانه، فاتفاق الطرفين أحسن حل لهذا الإشكال خاصة مع اختلاف النظم القانونية المتعلقة بالتعاملات الإلكترونية.

فنجد أن معظم النظم القانونية اتفقت على تكريس سلطان الإرادة وجعله الأصل في
تحديد زمان ومكان انعقاد العقد، أما في حالة إغفال الأطراف تحديد مجلس العقد، فقد تباينت في تحديد معايير أو ضوابط تستنبط منه مجلس العقد الأمر الذي لا يتناسب مع العقود الإلكترونية التي تتسم بالصفة الدولية بالنظر إلى الوسيلة التي تتم عبرها، مما يجعل الأنظمة القانونية تتنازع على حكم نفس الظاهرة، فأفضل حل لحل المسألة هو تحديدها باتفاق المتعاقدين، وبالأحرى وجوب إلزام الأطراف تحديدها بكل وضوح.

ولعل شيوع التعاقد الإلكتروني أدى من الجهة المقابلة إلى كثرة المنازعات التي تثور مناسبته، زد على ذلك أن العقود الإلكترونية تثير شأنها شأن كل العقود الدولية مسألة تحديد
انصبت الخصائص التقنية التي أفرزتها شبكة الإنترنت على ركن التراضي أكثر من أي ركن آخر الأمر الذي جعلنا نوليه أكبر جزء من الأهمية بداء من تحليل عنصريه (الإيجاب والقبول)، وتناول كيفية التعبير عنهما إلكترونيا ومدى صحة ذلك استنادا إلى القواعد التقليدية، وتوصلنا بأن القواعد العامة الواردة في الاتفاقيات الدولية والتشريعات المقارنة المتعلقة في مسألة الانعقاد،لا تقف أمام انعقاد العقد بطرق إلكترونية متى روعيت شروط التعبير عن الإرادة وصحتها في العقد الإلكتروني شأنه في ذلك شأن العقد التقليدي.

يضفى على العقد الإلكتروني صفة عقد رضائي ينعقد بمجرد تطابق الإيجاب والقبول،إلا أن خصوصية العقد الإلكتروني أظهرت إشكالا في أهم مرحلة من التعاقد وهو تحديد مجلس العقد الإلكتروني، الذي يوصف بأنه مجلس بين حاضرين زمانا وبين غائبين مكانا،إلا في حالات معينة يكون بين غائبين مكانا

وزمانا، مما يعني أن مجلس عقد الإلكتروني من نوع خاص اتسم بالافتراضية بدوره وتوسط المجلسين التقليدين المعروفين، وبالرغم من أن مسألة تحديد مجلس العقد أثارت جدلا فقهيا كبيرا في العقود التقليدية وأوجد لها الفقه عدة حلول، إلا أن تطبيق هذه الأخيرة على العقد الإلكتروني اثبت قصورها في تحديد زمان ومكان انعقاده، و بدى لنا أن نسري وفق الفقه القائل أن حل المسألة لا يكون إلا بإعمال مبدأ سلطان الإرادة لتحديد لحظة انعقاد العقد ومكانه، فاتفاق الطرفين أحسن حل لهذا الإشكال خاصة مع اختلاف النظم القانونية المتعلقة بالتعاملات الإلكترونية.

فنجد أن معظم النظم القانونية اتفقت على تكريس سلطان الإرادة وجعله الأصل في
تحديد زمان ومكان انعقاد العقد، أما في حالة إغفال الأطراف تحديد مجلس العقد، فقد تباينت في تحديد معايير أو ضوابط تستنبط منه مجلس العقد الأمر الذي لا يتناسب مع العقود الإلكترونية التي تتسم بالصفة الدولية بالنظر إلى الوسيلة التي تتم عبرها، مما يجعل الأنظمة القانونية تتنازع على حكم نفس الظاهرة، فأفضل حل لحل المسألة هو تحديدها باتفاق المتعاقدين، وبالأحرى وجوب إلزام الأطراف تحديدها بكل وضوح.

ولعل شيوع التعاقد الإلكتروني أدى من الجهة المقابلة إلى كثرة المنازعات التي تثور
بمناسبته، زد على ذلك أن العقود الإلكترونية تثير شأنها شأن كل العقود الدولية مسألة تحديد
والتي تبرز إرادة الأطراف بصفة فعلية وواضحة من خلال هذه الوسائل التي منحت للأطراف اختيار الوسيلة التي تفضي أكثر على مصالحهم، بالإضافة إلى حريتهم في تنظيم الإجراءات ومختلف المراحل التي تمر بها الوسيلة، ولعل أن هذا يظهر بصفة جلية في إطارا التحكيم الإلكتروني الذي يتمتع بتحفيز تام لإرادة الأطراف على طول مختلف إجراءاته،الأمر الذي نوصي باللجوء إليه نظر لفعاليته ويمكننا القول بأن سلطان الإرادة يعد الحل الأمثل لمشاكل التي يثيرها التعاقد الإلكتروني عبر الإنترنت، والسبب في ذلك هو أن الإرادة بطبيعتها غير مادية وهي الوحيدة القادرة على مواجهة الافتراضية التي تلازم إبرام وتنفيذ العقود الإلكترونية وهي القادرة على حل منازعاتها إلكترونيا، ومن جهة أخرى عدم وجود ترسنة قانونية موحدة تراعي خصوصيات التعاقد الإلكتروني.

كذلك يتجلى من خلال بحثنا هذا، واعتمادنا على المنهج المقارن، أين تطرقنا إلى
مختلف التشريعات المنظمة للتعاقد الإلكتروني، ومختلف النقائص التي وردت فيها، أن التشريع الجزائري لا يزال يفتقر إلى نصوص قانونية منظمة للتعاقد

الإلكتروني، بالرغم أن التجارة الإلكترونية أصبحت واقع لا يمكن نكرناه، وأن رواجها قد وصل إلى الجزائر منذ دخول الألفية الأخيرة، الأمر الذي نوصي به المشرع الجزائر أن يجسد منظومة قانونية خاصة بالمجتمع الافتراضي ولعل أن أول خطوة يجب أن يتخذها هو تبني قانون الأونسيترال النموذجي للتجارة الإلكترونية لسنة 1996 ، بالإضافة إلى الاستفادة من مختلف التشريعات العربية التي سبقتنا في هذا المجال

لكن تبقى الحاجة إلى إيجاد إطار قانوني من أجل تنظيم العقد الإلكتروني، من المستلزمات الأساسية من أجل إزالة العواقب التي تحول دون تطوره.

أولا الكتب:

1. أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص النوعي الإلكتروني- السياحي- البيئي، دار النهضة العربية،مصر،2000
2. أحمد خالد العلجوني،التعاقد عن طرق الانترنيت،دراسة مقارنة،المكتبة القانونية:عمان،الأردن،الطبعة 2002.
3. أسامة أحمد بدر،حماية المستهلك في التعاقد الالكتروني(دراسة مقارنة)،دار الكتب القانونية، مصر ،2008.
4. خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الالكتروني، الدار الجامعية، الإسكندرية، مصر 2008.
5. سمير حامد عبد العزيز الجمال،التعاقد عبر تقنيات الاتصال الحديثة(دراسة مقارنة)،دار النهضة العربية،الطبعة الأولى،القاهرة،2006.
6. فيصل محمد محمد كمال عبد العزيز، الحماية القانونية لعقود التجارة الإلكترونية،دار النهضة العربية ، مصر،2008
7. محمد أمين الرومي –المحامي بالاستئناف-،النظام القانوني للتحكيم الإلكتروني،دار الفكر الجامعي،الطبعة

ثانيا الرسائل و المذكرات:

1- خليفاتي عبد الرحمن، مدى اعتداد القانون الجزائري بمبدأ سلطان الإرادة في إنشاء العقد و تنفيذه، رسالة الماجستير في القانون الخاص، معهد الحقوق و العلوم الإدارية، جامعة الجزائر،1987
2- خليفي سمير، حل النزاعات في عقود التجارة الإلكترونية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون ، تخصص التعاون الدولي، جامعة مولود معمري، تيزي وزو،2010
3- كراش ليلى، مبدأ سلطان الإرادة في التحكيم التجاري الدولي، مذكرة لنيل درجة الماجستير، فرع عقود ومسؤولية،جامعة الجزائر،2002

IV- SITES INTERNET:

تاريخ الولوج:2016/05/02 www.alexalaw.com/7693-topic

-- http://
hcch.net/f/conventions.index.html.
-www.droit.org