جامعـــة أحـــمد درايـــة–أدرار

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قســـم الحقـــــوق

الإطـــار القـــانوني للـــعقد الإلكتـــروني

'دراســـة مقارنـــة'

أطروحة مقدمة لاستكمال متطلبات الحصول على شهادة دكتوراه الطور الثالث في الحقوق

تخـــصص القـــانون الخـــاص المـــعمق

إعداد الطالبة:

أرجيلوس رحاب

الأستاذ المشرف:

أ. د/ مسعودي يوسف

لجنـــة المنـــاقشة

د/ بحماوي الشريف	أستاذ محاضر "أ"	جامعة أحمد دراية–أدرار	رئيسا
أ.د/ مسعودي يوسف	أستـــــــــاذ	جامعة أحمد دراية–أدرار	مشرفا ومقررا
د/ اقصاصي عبد القادر	أستاذ محاضر "أ"	جامعة أحمد دراية–أدرار	مناقشا
د/ بن زيطة عبد الهادي	أستاذ محاضر "أ"	جامعة أحمد دراية–أدرار	مناقشا
د/ حمودي محمـــد	أستاذ محاضر "أ"	المركزالجامعي–تندوف	مناقشا

السنة الجـــامعية 2018/2017

« بسم الله الرحمن الرحيم»

"وما توفيقي إلا بالله عليه توكلت وإليه

أنيب"

« صدق الله العظيم »

سورة هود الآية .88.

كلمة شكر

اللهم لك الحمد حمداً أبلغ به رضاك أؤدي به شكرك وأستوجب به المزيد من فضلك وتوفيقي لإتمام هذا البحث المتواضع.

أتقدم بالشكر للأستاذ المشرف: الدكتور مسعودي يوسف على إشرافه على هذا العمل وعلى إرشاداته وتوجيهاته القيمة، فجزاه الله عني كل خير.

إهداء

إلى رمز المحبة.. والدي الكريمين أطال الله في عمرهما

إلى شريكي في الحياة... زوجي ' د/ عبد الفتاح عواق '

إلى ابنتي الغالية... 'فرح'

إلى أختي العزيزة...'سهيلة'

إلى أخي العزيز ...'مصطفى'

إلى كل أفراد عائلتي

إلى جميع هؤلاء أهدي هذا العمل المتواضع، داعية

من المولّى عز و جل أن اَكون قد وفقت في هذا

البحث العلمي.

أرجيلوس رحاب

قائمة المختصرات

ق م	القانون المدني
ج ر	الجريدة الرسمية
ع	العدد
د ع	دون عدد
د س ن	دون سنة نشر
د د ن	دون دار نشر
إ م إ	إجراءات المدنية والإدارية
ج	الجزء
ط	الطبعة
ص	الصفحة
د ج	دينار جزائري

Art	article
Civ	Civile
P	Page
Op.cit	Ouvrage précédemment cité
Ed	Edition
N°	Numéro

مقدمة

مقدمة

لقد شهد العالم في العصر الحالي تطورا هائلا في التقدم العلمي والتكنولوجي خاصة في مجال الاتصال وتقنية المعلومات؛ والذي ألقى بضلاله ونتائجه على كافة جوانب الحياة وكذا العلاقات بين الأفراد والدول، أين أصبحت وسائل الاتصال الحديثة كشبكة الإنترنت من الوسائل التي لا يمكن الاستغناء عنها، ويظهر ذلك من خلال استخدامها بشكل متزايد في مختلف المعاملات، والتي تتم من خلال العقود الإلكترونية.

فالعقد الإلكتروني يعتبر الوسيلة الرائجة حاليا، حيث أنه يربط بين المتعاقدين في كافة أرجاء العالم وفي ثوان معدودة؛ إذ يمكن من خلاله تبادل ألفاظ العرض والقبول وكذا الإطلاع على موضوع التعاقد بغض النظر عن الحدود الجغرافية للدول[1].

ومن أهم المزايا الناتجة عن استخدام التعاقد الإلكتروني هو اختزال الوقت والنفقات وكذا تجنب مشقة السفر والانتقال[2]، فكل ما يحتاج إليه المتعاقد هو جهاز كومبيوتر متصل بالإنترنت أو هاتف نقال شريحته مزودة بشبكة الإنترنت.

وقد انعكس هذا التطور على الأسلوب التقليدي للتعاقد؛ حيث أصبح التعاقد يتم إلكترونيا، إذ تحول المجتمع من مجتمع ورقي يقوم على كل شيء مادي ملموس إلى مجتمع إلكتروني يقوم على اللامادية، حيث يقوم بإتمام معاملاته في بيئة رقمية إلكترونية لا تعترف بالتركيز المكاني، مما أدى إلى ظهور مفاهيم جديدة كالدفع الإلكتروني، التسليم الإلكتروني والتوقيعات والمحررات الإلكترونية، التحكيم الإلكتروني وغيرها من المفاهيم المتعلقة بالعقد الإلكتروني.

كما أقتضى هذا التطور تطوير وتحديث التشريعات بما يتلاءم معه، حيث اجتمعت لجنة القانون الدولي في الأمم المتحدة عام 1997 لوضع قانون النموذجي لتجارة الإلكترونية وهو

---

[1] إلياس ناصيف، العقود الدولية 'العقد الإلكتروني في القانون المقارن'، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2009، ص 6.

[2] خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني'دراسة مقارنة'، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2006، ص 7.

قانون يهدف إلى تهيئة بيئة قانونية ملائمة للتجارة الإلكترونية[1]، وفي عام 2001 صدر قانون الأونسترال للتوقيع الإلكتروني [2].

وبالرغم من مزايا التعاقد عبر الإنترنت، إلا أنها لا تخلو من المشكلات الجديرة بدراستها والتي من أهمها كيفية انعقاد العقد الإلكتروني وإثباته والقانون الواجب التطبيق عليه.

أهمية دراسة الموضوع

تتجسد أهمية موضوع البحث في كونه يرتبط بنوع جديد نسبيا من العقود، حيث أنه يتم في بيئة رقمية غير ملموسة دون التواجد المادي للمتعاقدين في مجلس العقد، وما زاد من أهمية دراسته هو أن التعامل به أصبح في تزايد مستمر وتطور سريع في الوسائل الإلكترونية مما يستوجب متابعة هذا التطور، الأمر الذي ترى معه الباحثة ضرورة تحديد الإطار القانوني له.

إضافة إلى ذلك، فإن موضوع العقد الإلكتروني يطرح العديد من الإشكاليات كونه يتم عبر شبكة انترنت ككيفية إبرامه وتنفيذه، وكيفية إثباته وكذا البحث في تحديد الاختصاص القضائي والقانون الواجب التطبيق عليه.

أسباب اختيار الموضوع

- ندرة الدراسات القانونية في مجال التعاقد الإلكتروني وعدم معالجة هذا الموضوع بالقدر الكافي في التشريع الجزائري.

- تسليط الضوء على الغموض الذي يشوب العقد الإلكتروني فيما يتعلق بالمشكلات التي يثيرها وكذا الآثار القانونية المترتبة على تنفيذه.

---

[1] أيسر صبري إبراهيم، إبرام العقد عن الطريق الإلكتروني وإثباته 'دراسة مقارنة'، دار الفكر الجامعي،الاسكندرية، ط1، 2014، ص 8.

[2] Loi type de la CNUDCI sur les signatures électroniques et Guide pour son incorporation 2001, https://www.uncitral.org/. 15/06/2016.

- توضيح الاختلاف بين العقد الإلكتروني والعقد التقليدي، حيث أن هناك العديد من أوجه التشابه والاختلاف بخصوص إبرام العقد، مسألة الإثبات، تسوية المنازعات .. إلى غير ذلك.

- تنوع وتعدد فروع القانون التي تناولت موضوع البحث حيث شملت القانون المدني والتجاري وقانون الإجراءات المدنية والإدارية وقانون التحكيم الدولي والقانون الدولي الخاص وكذا القوانين المتعلقة بالمعاملات الإلكترونية، بالإضافة إلى اللجوء إلى العديد من الاتفاقيات الدولية والقوانين النموذجية والتوجيهات الأوربية.

الهدف من الدراسة

- إزالة الغموض في المسائل التي تتعلق بالعقد الإلكتروني ومدى الاعتراف بها وكيفية إثباتها.
- تحديد التزامات كل من المشتري والبائع وخصوصيتها في البيئة الإلكترونية وتبيان دور كل من التوقيع الإلكتروني والسندات الإلكترونية في إثبات العقد الإلكتروني ومعرفة القانون الواجب التطبيق عليه لتسوية النزاعات الناشئة عنه.
- محاولة اقتراح الحلول المناسبة للمشكلات التي تواجه العقد الإلكتروني سواء عند الإبرام أو التنفيذ أو الإثبات أو في القانون الواجب التطبيق عليه.
- الوصول إلى وضع إطار قانوني للعقد الإلكتروني، وعليه فإننا لن نقف على الجزئيات المتعارف عليها في القواعد العامة في نظرية العقد إلا إذا اقتضى الأمر ذلك، وبالتالي التركيز على الأحكام المتعلقة بالعقد الإلكتروني وبالمسائل التي تأثرت بالبيئة الإلكترونية فقط.

الصعوبات التي واجهت الباحثة

- عدم وجود أحكام قضائية تمكننا من العودة إليها لإيجاد حلول مناسبة للإشكالات المتعلقة بموضوع البحث .
- صعوبة الرجوع إلى بعض المراجع والمصادر الأصلية فيما يتعلق بآراء الفقهاء وكذا القرارات القضائية الأمر الذي دفع الباحث اللجوء إلى الاقتباس من المراجع المتوفرة.

- إن معالجة موضوع الدراسة يقتضي الإلمام بالجوانب الفنية والتقنية للعقود الإلكترونية قبل الإلمام بالجانب القانوني.

الإشكالية

بما أن العقود الإلكترونية تتم في بيئة رقمية لامادية، فهل أحكام القواعد العامة كافية بتنظيمها ؟ أم هي بحاجة إلى قواعد جديدة تنظمها وتتلاءم مع طبيعتها الإفتراضية؟

كما أن هذا النوع من العقود يثير العديد من الأسئلة الفرعية تتمثل في ما يلي:

- متى يمكن اعتبار العقد إلكتروني عقد إذعان؟
- هل التنظيم لمرحلة التفاوض في العقد الإلكتروني يخضع لنفس الأحكام التي يخضع لها في العقد التقليدي؟
- هل مجلس العقد الإلكتروني يعتبر عقد بين حاضرين أم بين غائبين؟
- مدى تأثر الالتزام بالتسليم والالتزام بالدفع الثمن بالبيئة الإلكترونية؟
- مدى حجية كل من التوقيع الإلكتروني والمحررات الإلكترونية في الإثبات؟
- هل يمكن تطبيق القواعد التقليدية في تنازع القوانين أو في تنازع الاختصاص على منازعات العقد الإلكتروني أم لابد من البحث عن قواعد جديدة لحل هذه النزاعات تتلاءم وطبيعة هذا النوع من العقود؟

المنهج المتبع في البحث

بما أن موضوع البحث هو الإطار القانوني للعقد الإلكتروني 'دراسة مقارنة' ، فقد اعتمدنا على المنهج المقارن بغية التعرف على موضوع البحث في مختلف التشريعات والاتفاقيات الدولية والتوجيهات الأوربية الصادرة بشأن التجارة الإلكترونية من خلال إلقاء الضوء على جوانبه وتفاصيله وذلك بعرض مواقفهم اتجاه المسائل المراد دراستها.

كما اعتمدنا كذلك على المنهج الوصفي، وذلك من خلال وصف ظاهرة التعاقد الإلكتروني وما يشمله من تطورات قانونية وما يلزمه لإثبات حجيتها.

إضافة إلى ذلك، فقد اعتمدنا على المنهج التحليلي من خلال تحليل نصوص مختلف التشريعات والاتفاقيات والتوجيهات المتعلقة بالتجارة الإلكترونية.

وبناء على ما تقدم، قسمت هذا البحث إلى بابين على النحو التالي:

الباب الأول: ماهية العقد الالكتروني .

الباب الثاني: إثبات العقد الالكتروني والجهة المختصة بحل نزاعاته.

الباب الأول
ماهية العقد الإلكتروني

الباب الأول

ماهية العقد الإلكتروني

لقد أحدث التقدم التكنولوجي في وسائل الاتصالات ثورة معلوماتية، حيث أصبح العالم قرية كونية تنتقل فيها المعلومات إلكترونيا، وذلك بسرعة رهيبة عبر شبكة الإنترنت وقد أدى ذلك إلى توسيع دائرة التبادل التجاري بين دول العالم[1].

وفي هذا الصدد قد شهدت العقود الإلكترونية نمو متزايد تمثل نسبة كبيرة من حجم التجارة الدولية وكذا الداخلية، خصوصا في دول الشمال، وقد نشأ عن ذلك تغير في المفاهيم المتعلقة بالمعاملات المدنية والتجارية، ومن بينها مفهوم العقد الإلكتروني.

وللوصول إلى ماهية العقد الإلكتروني ومعرفة مدى تطبيق القواعد العامة عليه سنخصص هذا الباب لدراسة ذلك، وذلك من خلال الوقوف على مفهومه وكيفية انعقاده (الفصل الأول)، ثم نعرج بعد ذلك إلى تنفيذه من خلال معرفة التزامات كلا الطرفين (الفصل الثاني).

وعليه، فإن الهدف من هذا الباب هو تحديد النظام القانوني للعقد الإلكتروني الذي ينظم مراحله من إبرام وتنفيذ وذلك بتطبيقها على البيئة الالكترونية.

الفصل الأول

مفهوم العقد الإلكتروني وكيفية إبرامه

يعتبر العقد الإلكتروني نوعا جديدا من العقود التي أفرزها عصر المعلوماتية، ويتميز بأنه يتم في إطار فضاء إلكتروني، عن طريق شبكة الإنترنت، كما أن العالم يشهد تزايد كبير في استخدام العقد الإلكتروني، حيث بات يمثل نسبة هائلة من حجم التجارة؛ والسبب في ذلك يرجع إلى السرعة التي يتميز بها في إبرامه، وهذا ما يدعونا إلى محاولة التعرف على مفهوم العقد الإلكتروني (المبحث الأول)، وكذا إلى مرحلة انعقاده التي تتميز بالخصوصية كونه يتم بوسيلة إلكترونية (المبحث الثاني).

---

[1] صفوان حمزة إبراهيم عيسى الهواري، الأحكام القانونية للعقود الإلكترونية 'دراسة مقارنة'، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، السنة الجامعية 2011-2012، ص 2.

المبحث الأول

مفهوم العقد الإلكتروني

من المقرر أن العقد بصفة عامة يتمثل في تلاقي إرادتين أو أكثر على إحداث أثر قانوني معين[1]، وأن العقد شريعة المتعاقدين، أما بالنسبة لتكوينه إما أن يكون رضائي أو شكلي أو عيني، ومن حيث الأثر إما أن يكون ملزما للجانب واحد أو ملزما للجانبين، وإما أن يكون عقدا معاوضة أو عقد تبرع. أما من حيث طبيعته فإما أن يكون عقد فوريا أو مستمرا وإما أن يكون عقدا محدد المدة أو احتماليا[2].

والعقد الإلكتروني لا يخرج عن هذا السياق، إذ أنه يخضع إلى نفس الأحكام العامة التي يخضع لها العقد التقليدي، كما أنه يعتبر من العقود غير المسماة والتي لم يقم المشرع بوضع تنظيم خاص بها[3].

وفي هذا المبحث سنقوم بدارسة مفهوم العقد الإلكتروني من خلال تعريفه وتحديد طبيعته القانونية(المطلب الأول) ثم بدراسة مميزاته وخصائصه (المطلب الثاني).

المطلب الأول

تعريف العقد الإلكتروني وطبيعته القانونية

لا يختلف العقد الإلكتروني في تركيبه ومضمونه عن العقد التقليدي، والذي يخضع في تنظيمه للأحكام الواردة في القانون المدني بوجه عام إلا من حيث الطريقة التي يتم إبرامه بها ألا وهي الطريقة الإلكترونية، واستنادا لهذه الخاصية وغيرها سنقوم بالبحث في تعريف العقد الإلكتروني (الفرع الأول)، ثم نبين الطبيعة القانونية له (الفرع الثاني).

---

[1] لقد عرف المشرع الجزائري العقد في المادة (54) من الأمر رقم 75-58 المتعلق بالقانون المدني المعدل والمتمم على أنه:" اتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص آخرين بمنح أو فعل أو عدم فعل شيء ما'.

[2] عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام، الجزء الأول، د د ن، 2007-2008، ص126.

[3] يقصد بالعقد غير مسمى: العقد الذي لم يتناول القانون المدني تنظيمه ولا وضع اسم خاص له. انظر، علي علي سليمان النظرية العامة للالتزام 'مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري'، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005، ص24.

الفرع الأول

تعريف العقد الإلكتروني

من خلال هذا الفرع سنقوم بعرض أهم التعريفات التي جاء بها الفقه(أولا) ثم التطرق إلى التعريفات الواردة في التشريع؛ من خلال عرض التعريفات الواردة في كل من المواثيق الدولية والقوانين المقارنة (ثانيا).

أولا: تعريف الفقهي للعقد الإلكتروني

عرف جانب من الفقه الأمريكي العقد الإلكتروني بأنه:" ذلك العقد الذي ينطوي على تبادل للرسائل بين البائع والمشتري والتي تكون قائمة على صيغ معدة سلفا ومعالجة إلكترونيا، وتنشأ التزامات تعاقدية"[1].

كما عرف جانب من الفقه الفرنسي العقد الإلكتروني بأنه :" اتفاق يتلاقى فيه الإيجاب والقبول بشأن الأموال والخدمات، عبر شبكة دولية للاتصال عن بعد، وذلك بوسيلة مسموعة ومرئية تتيح التفاعل بين الموجب والقابل"[2].

وقد عرفه جانب من الشراح بأنه:" العقد الذي يتم انعقاده بوسيلة إلكترونية كليا أو جزئيا، وتتمثل الوسيلة الإلكترونية في كل وسيلة كهربائية أو مغناطيسية أو ضوئية أو الكترو مغناطيسية أو أي وسيلة أخرى مشابهة صالحة لتبادل المعلومات بين المتعاقدين"[3].

وعرفه آخرون بأنه:" اتفاق يتلاقى الإيجاب بالقبول على شبكة دولية مفتوحة للاتصال عن بعد وذلك بوسيلة مسموعة مرئية، وبفضل التفاعل بين الموجب والقابل"[4].

ويرى الدكتور خالد ممدوح أن هذا تعريف ناقص حيث أنه لم يبين النتيجة المترتبة على التقاء الإيجاب بالقبول، وهي إحداث أثر قانوني وإنشاء التزامات تعاقدية[5].

---

[1] مقتبس عن، فادي محمد عماد الدين توكل، عقد التجارة الإلكترونية، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2010، ص35-36 .

[2] مقتبس عن، إلياس ناصيف، العقود الدولية 'العقد الإلكتروني في القانون المقارن'، المرجع السابق، ص 36.

[3] محمد أمين الرومي، التعاقد الإلكتروني عبر الإنترنت، دار المطبوعات الجامعية، مصر،2004، ص49.

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

[5] خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، المرجع السابق، ص73.

كما ركز جانب آخر في تعريفه للعقد الإلكتروني على الصفة الدولية بأنه:" العقد الذي تتلاقى فيه عروض السلع والخدمات التي يعبر عنها بالوسائط التكنولوجية المتعددة خصوصا شبكة المعلومات الدولية، من جانب أشخاص متواجدين في دولة أو دول مختلفة بقبول يمكن التعبير عنه من خلال ذات الوسائط بإتمام العقد"[1].

وبما أن العقد الإلكتروني يرتبط ارتباط وثيق بالتجارة الإلكترونية فقد عرفه آخرون بأنه:" كل معاملة تجارية تتم عن بعد، باستعمال وسائل إلكترونية وذلك حتى إتمام العقد"[2].

بينما عرفه آخرون بأنه:" اتفاق بين طرفي العقد، من خلال تلاقي الإيجاب والقبول عن طريق استخدام شبكة المعلومات (On Line)، سواء في تلاقي الإرادتين، أو في المفاوضات العقدية، أو التوقيع، أو أية جزئية من جزئيات إبرامه، سواء كان هذا التصرف في حضور طرفي العقد، أو في مجلس العقد، أو من خلال التلاقي عبر شاشات الحاسب الآلي، أو أية وسيلة إلكترونية سمعية أو بصرية" [3].

من خلال التعريفات الفقهية السابقة نلاحظ أن الفقه انقسم في تعريفه للعقد الإلكتروني إلى عدة أراء فمنهم من ربط تعريف العقد الإلكتروني وفقا لكيفية إبرامه، لكن ما يعاب عليه أنه حصر مجال العقد الإلكتروني في نوع واحد من العقود وهي التي يتم إبرامها عن طريق الإنترنت، ومنهم من يرى أن العقد الإلكتروني لا يبرم فقط عن طريق الإنترنت وإنما بوسائل اتصال أخرى حديثة كالهاتف أو التلفاز أو التلكس أو الفاكس وغيرها، ومنهم من ركز في تعريفه على الصفة الدولية فيه، ومنهم من ربطها بالتجارة الإلكترونية باعتبارها العصب الأساسي لها، ونحن نؤيد الفقه الذي يركز في تعريفه للعقد الإلكتروني على خصوصيته المتمثلة في الطريقة التي ينعقد بها وذلك دون الإغفال بأنه يعد من العقود التي تبرم عن بعد.

---

[1] أحمد عبد الكريم سلامة، الإنترنت و القانون الدولي الخاص: فراق أم تلاق، بحث مقدم لمؤتمر القانون والكومبيوتر والإنترنت، كلية الشريعة و القانون– جامعة الإمارات العربية المتحدة، المجلد الأول، الطبعة الثالثة، 2004، ص 57.

[2] عبد الفتاح بيومي حجازي، النظام القانوني لحماية التجارة الإلكترونية، الجزء الأول، دار الفكر الجامعي ،الإسكندرية،2002، ص 49.

[3] محمد فواز المطالقة، الوجيز في عقود التجارة الإلكترونية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2006، ص 28.

ثانيا: التعريف التشريعي للعقد الإلكتروني

1-التعريف الوارد في المواثيق الدولية

في هذا الصدد سنتطرق إلى التعريف الذي جاء به القانون النموذجي للأمم المتحدة حول التجارة الإلكترونية ثم نعرج على التعريف الذي جاءت به المواثيق الأوربية.

أ- التعريف الوارد في قانون الأونسيترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية[1]

يعتبر القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية المعد من طرف لجنة القانون التجاري الدولي المسماة بالأونسترال[2] من أهم التشريعات التي حاولت وضع تعريف للعقد الإلكتروني، غير أنه من خلال إطلاعنا على نصوص هذا القانون لاحظنا أنه لم يعرف العقد الإلكتروني بشكل مباشر ولكنه حاول تعريفه من خلال الوسائل التي يتم إبرامه من خلالها، وهذا ما جاء في نص المادة (2/ا) حيث نصت على تعريف مصطلح رسالة البيانات بما يلي:"يراد بمصطلح رسالة البيانات المعلومات التي يتم إنشاؤها أو إرسالها أو استخدامها أو تخزينها بوسائل إلكترونية أو ضوئية أو بوسائل مشابهة، بما في ذلك على سبيل المثال لا الحصر تبادل البيانات الإلكترونية، أو البريد الإلكتروني، أو البرق، أو التلكس أو النسخ البرقي"[3].

---

[1] صدر هذا القانون عن اللجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي في 1996/06/12، وتم إقراره بناء على التوصية رقم 162/51 الصادرة عن الجمعية العامة للأمم المتحدة في 12 /1996/06، وهو يتكون من 17 مادة مقسمة إلى بابين، الباب الأول يتضمن موضوع التجارة الالكترونية في المواد من 01الى 10، في حين يتكون الباب الثاني من فصل وحيد يتعلق بعقود نقل البضائع، والحق بهذا القانون خطاب موجه إلى الدول يوصي بضرورة اعتماده من طرف الدول عند سن تشريعاتها الداخلية . http://www.uncitral.org. 2016/06/16.

[2] الأونسترال لجنة القانون التجاري الدولي تم إنشاؤها بموجب القرار رقم 2205 المؤرخ في 1966/12/17، تتكون اللجنة من 60 دولة تنتخبها الجمعية العامة، وأنشئت بهدف تعزيز المواءمة والتوحيد التدريجيين لقانون التجارة الدولية. http://www.uncitral.org/uncitral/ar/about/origin.html. 2016/06/16.

[3] Art (2/1): « Data message : means information generated, sent,received or stored by electronic data interchange 'EDI ', electronic mail, telegram, telex or telecopy »

كما عرفت المادة (2/ب) من القانون النموذجي مصطلح تبادل البيانات الإلكترونية بما يلي :" يراد به نقل المعلومات إلكترونيا من حاسوب إلى حاسوب آخر باستخدام معيار متفق عليه لتكوين المعلومات"[1].

وعليه، فإن العقد الإلكتروني حسب هذا القانون هو العقد الذي يتم التعبير عن الإرادة فيه بين المتعاقدين بإستخدام الوسائل المحددة في المادة (2/ا-ب) وهي:

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

يتضح مما سبق أن قانون الأونسيترال النموذجي المتعلق بالتجارة الإلكترونية قد وسع في الوسائل التي يتم فيها إبرام العقد الإلكتروني، فإضافة على أنه يتم عن طريق شبكة الإنترنت فهناك وسائل أخرى كالفاكس والتلكس .

ويبقى التعريف مفتوحا ليستوعب التطورات التقنية المستخدمة في التجارة الإلكترونية وعليه فإن مفهوم العقد الإلكتروني في هذا القانون هو مفهوم قديم، جديد ومتجدد[2]

ب- التعريف الوارد في توجيهات الاتحاد الأوروبي[3]

عرف التوجيه الأوربي الصادر في 20 مايو 1997 المتعلق بحماية المستهلكين في مجال العقود عن بعد[4] في المادة الثانية منه العقد عن بعد بأنه:" أي عقد متعلق بالسلع والخدمات يتم بين مورد ومستهلك من خلال الإطار التنظيمي الخاص بالبيع عن بعد أو

---

[1] Art (2/2) : « Electronic data interchange 'EDI ' means the electronic transfer from computer to computer of information using an agreed standard to structure the information ».

[2] صولي الزهرة، النظام القانوني للعقد الإلكتروني، مذكرة ماجستير ، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، السنة الجامعية 2007-2008، ص10.

[3] DIRECTIVE 97/7/CE Du parlement européen et du conseil du 20 mai 1997 . concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance.
https:// www.legifrance.com, 22/06/2016.

تقديم الخدمات التي ينظمها المورد، والذي يتم باستخدام واحدة أو أكثر من وسائل الاتصال الإلكترونية حتى إتمام العقد"[1].

والملاحظ على هذا التعريف أن التوجيه الأوربي لم يقم بإعطاء تعريف للعقد الإلكتروني وإنما أشار إلى تعريف العقد عن بعد، حيث أنه من المتعارف عليه أن العقد الإلكتروني ينتمي إلى طائفة العقود التي تبرم عن بعد[2]، كما أن هذا التعريف قد حصر العقود التي تبرم عن بعد بعقود الإستهلاك، وأنه لا يعطي تصور عام عن العقد الإلكتروني، إذ لا يشمل العقود التي تبرم خارج نطاق البضائع والخدمات[3].

ولما كان العقد الإلكتروني يبرم عن بعد بواسطة الاتصالات الإلكترونية فقد عرفها التوجيه الأوربي في المادة(4/2) بأنها:" أية وسيلة تستخدم في التعاقد بين المورد والمستهلك بدون التواجد المتزامن لهما وذلك حتى إتمام التعاقد بين الأطراف"[4].

من خلال نصوص التوجيه الأوربي رقم 97-07 نلاحظ بأن أي عقد يتم بواسطة أحد الوسائل الاتصال الحديثة يعتبر من طائفة العقود التي تتم عن بعد، مما يبين لنا أن العقد الإلكتروني الذي يتم بهذه الوسائل هو عقد عن بعد.

---

1 Article (2/1) :« le contrat à distance comme tout contrat concernant des biens ou services, conclu entre un fournisseur et un consommateur dans le cadre d'un système de vent ou de prestation de services à distance organisé par fournisseur qui pour ce contrat, utilise exclusivement une ou plusieurs techniques de communication du contrat y-compris la conclusion du contrat elle-même ».

[2] سنقوم بتوضيح ذلك لاحقا في هذا المبحث في المطلب الثاني.

[3] مصطفى موسى العجارمة، التنظيم القانوني للتعاقد عبر شبكة الإنترنت، دار الكتب القانوني، دار شتات للنشر والبرمجيات، مصر، 2010، ص56.

[4] technique de communication à distance: « tout moyen qui, sans présence physique et simultanée du fournisseur et du consommateur, peut être utilisé pour la conclusion du contrat entre ces parties. Une liste indicative des techniques visées par la présente directive figure à l'annexe ».

2- التعريف الوارد في القوانين المقارنة

لقد عرف المشرع الأردني المعاملة الإلكترونية في المادة (2) منه بأنها:" المعاملة التي تنفذ بوسائل إلكترونية"[1].

أما قانون المعاملات والتجارة الإلكتروني الإماراتي فهو كذلك عرف المعاملات الإلكترونية بأنها:" أي تعامل أو عقد أو اتفاقية يتم إبرامها أو تنفيذها بشكل كلي أو جزئي بواسطة المراسلات الإلكترونية"[2].

من خلال هذا النصين نلاحظ أن كل من المشرع الأردني والإماراتي لم يعرفا العقد الإلكتروني، إلا أنهما عرفا المعاملات الإلكترونية بحيث اعتبرا هذه الأخيرة كل تعامل أو عقد أو اتفاقية يتم إبرامها أو تنفيذها من خلال إرسال واستلام الرسائل إلكترونيا.

أما المشرع التونسي فقد أشار في نص الفقرة الثانية من الفصل الأول من القانون رقم 83 لسنة 2000 [3]على تعريف المبادلات الإلكترونية بأنها:" المبادلات التي تتم باستعمال الوثائق الإلكترونية"[4].

وبالنسبة للمشرع المصري، فلم يقم بتعريف العقد الإلكتروني بالرغم من أن الفصل الثاني من مشروع قانون التجارة الإلكترونية المصري جاء بعنوان (العقود)، حيث اكتفى بالنص في المادة (3) من الفصل الثاني على أنه:" يسري على العقود الإلكترونية من حيث الشكل الواجب اتباعه قانون البلد الذي يسري على احكامها الموضوعية".

وفي الجزائر، عرف المشرع العقد الإلكتروني في المادة (6) من القانون رقم 18-05 المتعلق بالتجارة الإلكترونية[5] بأنه:" العقد الذي يتم إبرامه عن بعد، دون الحضور الفعلي

---

[1] قانون رقم 15 سنة 2015، المتعلق بالمعاملات الإلكترونية، ج ر، رقم 2650، الصادر في 19ايار 2015.

[2] قانون رقم 01 لسنة 2006، المتعلق بالمعاملات والتجارة الإلكترونية، ج ر، ع 442، الصادر في 30يناير 2006.

[3] قانون رقم 83 لسنة 2000، المتعلق بالمبادلات والتجارة الإلكترونية، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية، ع64، الصادر في 11 أوت 2000.

[4] تجدر الإشارة أن تونس تعتبر أول دولة عربية وضعت تقنين خاص بالمعاملات الإلكترونية.

[5] قانون رقم 18-05 المؤرخ في 10 مايو 2018، المتعلق بالتجارة الإلكترونية ، ج ر ، ع28، الصادرة في 16 ماي 2018.

والمتزامن لأطرافه باللجوء حصريا لتقنية الاتصال الإلكتروني"، وهو نفس التعريف الذي جاء به المشرع الفرنسي في المادة (1/221) في قانون الاستهلاك الفرنسي[1].

أما المشرع الكندي فقد عرف في القانون الخاص بولاية كبيك"Quebec" 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"[2].

وقد عرف القانون الفرنسي 2004-575 الصادر في 2004/06/21 المتعلق بدعم الثقة في الاقتصاد الرقمي[3] la loi pour la confiance dans l'économie numérique (LNES) التجارة الإلكترونية في المادة (14) على أنها: "النشاط الاقتصاد الذي يقترح من خلاله الشخص أو يضمن عن بعد وبطريقة إلكترونية التزويد بالسلع والخدمات "[4].

من خلال التعاريفات التي وردت بشأن تعريف العقد الإلكتروني في التشريعات المقارنة يمكن القول أن كل تشريع عرفها على حسب، فمنهم من عرفها على أساس أنها معاملة أو

---

[1] والتي تنص على أنه:

Art: « Contrat à distance : tout contrat conclu entre un professionnel et un consommateur, dans le cadre d'un système organisé de vente ou de prestation de services à distance, sans la présence physique simultanée du professionnel et du consommateur, par le recours exclusif à une ou plusieurs techniques de communication à distance jusqu'à la conclusion du contrat ».

2 Remote –parties contract is : «a contract entered into between a marchant and a consumer who are in the persence of one anther neither at the time of the offer, which is addressed to one or more consumers, no at the time of acceptance, provided that the offer has not been solicited by a particular consumer » . Quebec Consumer protection Act, Section 20.

[3] Vertbiest thibault, loi pour la confiance dans l'économie numérique , article disponible sur : www.droit-technologie.org .01/07/2016.

[4] Art (14) : « le commerce électronique est l'activité economique par laquelle une personne propose ou assure à distance et par voie électronique la fourniture de biens ou de service ».

مبادلة إلكترونية، ومنهم من عرفها على أنها عقد عن بعد وذلك لعدم وجود الحضور المادي للأطراف العقد في مجلس حقيقي واحد، ومنهم من أكتفى بتعريف التجارة الكترونية باعتبار أنه يأخذ نفس المعنى.

ومما سبق، يمكن أن نعرف العقد الإلكتروني على أنه العقد الذي يبرم و ينفذ عبر وسائل الاتصال الحديثة، دون الحضور المادي لأطراف العقد.

ويتضح من خلال دراستنا إلى التعريفات التي تعرض لها كل من الفقه والمواثيق الدولية والقوانين المقارنة ، أنه يوجد تضارب حول الآراء من حيث تعريف العقد الإلكتروني مما أدى إلى صعوبة وضع تعريف مانع وجامع ودقيق له، لكن بالرغم من ذلك فجميعهم لا ينكرون أن العقد الإلكتروني هو من العقود التي تتم عن بعد، حيث أنه يتم بين طرفين متباعدين كما أنه يتم بوسيلة إلكترونية مهما كانت سواء عن طريق شبكة الإنترنت أو الفاكس أو التلكس أو غيرهم، هذه الميزة تجعلنا نقوم بالبحث في تحديد الطبيعة القانونية للعقد الإلكتروني، وهذا ما سنتطرق له في الفرع الموالي.

الفرع الثاني

الطبيعة القانونية للعقد الإلكتروني

إن العقد الإلكتروني من حيث مضمونه وتركيبه لا يختلف عن العقد التقليدي، إلا أن الأمر يدق بشأن طبيعة هذا العقد، حيث يثور التساؤل حول مدى اعتبار العقد الإلكتروني من عقود الإذعان بما يحتويه من شروط محددة مسبقا حيث لا يكون للمستهلك الحق في التفاوض، أم أنه عقد مساومة؟

قبل الإجابة عن هذا التساؤل في ما إذا كان العقد الإلكتروني من عقود الإذعان أو من عقود المساومة، وجب بيان تعريف عقود الإذعان طبقا للقواعد العامة.

يعرف عقد الإذعان بأنه:" العقد الذي يعد فيه الموجب ذو الاحتكار القانوني أو الفعلي شروطا محددة غير قابلة للتعديل أو المناقشة ويوجهها إلى الجمهور بصورة دائمة بقصد الانضمام إليه، ويعرض بموجبها سلعة أو خدمة معينة "[1].

وقد نصت عليه المادة (70) من القانون المدني الجزائري بأنه:" يحصل القبول في عقد الإذعان بمجرد التسليم لشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل مناقشة فيها"[2].

والملاحظ على هذا النص أن عقد الإذعان ينعدم فيه المناقشة المسبقة على شروط التعاقد والتفاوض بشأنه. حيث يقتصر دور المتعاقد بقبول ما يعرض عليه من شروط فيظهر أن الإرادتين غير متساويتين فأحدهما تملي شروط والأخرى تذعن[3].

وطبقا لذلك فقد وضع المشرع في عقد الإذعان أساليب تهدف لحماية الطرف الضعيف فيها، تتمثل في أن عقود الإذعان تسري عليها قاعدة أن للقاضي الحق في أن يقوم بتعديل العقد، كما يمكنه أن يعفي الطرف المذعن سواء كان دائن أو مدين، إضافة إلى ذلك فإن الشك يفسر لمصلحة الطرف المذعن [4].

ولمعرفة ما إذا كان العقد الإلكتروني من قبيل عقود الإذعان أم لا، فلابد من الرجوع إلى مفهومه وفق الاتجاهات الفقهية:

1- <u>الإتجاه التقليدي</u>: يرى أنصار هذا الإتجاه أن العقد يكون عقد إذعان إذا توفرت فيه شروطه[5] والمتمثلة في:

---

[1] لشعب محفوظ بن حامد، عقد الإذعان في القانون المدني الجزائري والمقارن، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1990، ص31.

[2] يطابق هذا النص المادة (100) من ق م المصري؛ والمادة (101) من ق م السوري؛ والمادة(104) من ق م الأردني.

[3] فاضلي إدريس، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق ، ص52.

[4] انظر، المواد(112) من ق م الجزائري؛ المواد(151) ق م المصري؛ المواد (152) ق م السوري؛ المادة(240) ق م الأردني.

[5] مقتبس عن، عبد الرزاق السنهوري، نظرية العقد، شرح القانون المدني، دار الفكر، بيروت، د س ن، ص 281 ؛ مصطفى محمد الجمال، السعي إلى التعاقد في القانون المقارن، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2002، ص 101.

– تعلق العقد بسلع أو مرافق ضرورية بالنسبة للمستهلكين بصفة عامة، أو المنتفعين، بحيث لا يتصور استغناء هؤلاء عن هذه السلعة أو تلك الخدمة.

–إحتكار هذه السلعة أو المرافق إحتكارا فعليا أو قانونيا.

– صدور الإيجاب إلى الكافة بشروط مماثلة وغير محدودة، وغير قابلة للنقاش.

– أن يكون الإيجاب في طائفة عقود الإذعان صادرا عن الطرف الأقوى في التعاقد وحده[1].

2– الاتجاه الحديث: ويميل إلى عدم التشدد في تحديد فكرة الإذعان بشروط الخاصة بعقد الإذعان، وإنما يكفي أن يكون العقد قد تم تجهيزه مسبقا من قبل الموجب حيث لا يقبل أي مناقشة للشروط الواردة فيه[2] .

واستنادا إلى المفهوم الحديث لعقد الإذعان ذهب بعض الفقه الفرنسي إلى اعتبار العقد الإلكتروني من طائفة عقود الإذعان، وذلك متى كانت الشروط العامة للبيع مذكورة في موقع التاجر، حيث لا يمكن للمشتري إلا الرفض أو القبول[3].

كما أن المستهلك قد لا تكون له الفرصة لمعاينة المنتج والتفاوض بشأنه، وإن أتيحت له فستكون مكلفة بالنسبة له [4]، وعلى هذا فإن العقد الإلكتروني يعتبر عقد إذعان بالنسبة إلى المستهلك باعتباره الطرف الضعيف[5] دائما وأنه بحاجة إلى الحماية، وذلك برفع مظاهر الإذعان التي يكون قد تعرض لها والمتمثلة في الشروط التعسفية التي يتضمنها العقد[6] وذلك وذلك أمام الطرف الآخر والذي عادة ما يكون شركات قوية وعملاقة من الناحية الاقتصادية والتي قد تكون محتكرة لسلعة أو خدمة عن طريق الإنترنت ويكون المستهلك بحاجة

---

[1] رباحي أحمد ، الطبيعة القانونية للعقد الإلكتروني، مجلة الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والإنسانية، جامعة حسيبة بن بوعلي، الشلف، ع10، جوان 2013، ص101.

[2] مقتبس عن، محمد حسين منصور، مصادر الالتزام–العقد والإرادة المنفردة، الدار الجامعية، مصر، 2000، ص73.

[3] مقتبس عن، محمد أمين الرومي، التعاقد الإلكتروني عبر الإنترنت، المرجع السابق، ص 55.

[4] إلياس ناصيف، العقود الدولية 'العقد الإلكتروني في القانون المقارن'، المرجع السابق، ص46.

[5] أسامة أحمد بدر، حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ص190 وما بعدها.

[6] خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، المرجع السابق، ص86.

لاقتضائها ولا يكون له الخيار في ذلك، بحيث لا يملك حرية المفاضلة بين الشركات إذ هي شركة واحدة فإذا قبل المستهلك شروطها فلا يملك سوى أن يتعاقد معها[1].

كما أن الفقه الانجليزي له نفس الرأي، إذ يرى أن العقد الإلكتروني هو عقد إذعان ذلك أن الموجب إليه لا يملك سوى الضغط على مجموعة من الخانات المفتوحة أمامه وعلى المواصفات التي يرغب بها من المنتجات، وكذا على الثمن المحدد مسبقا والذي لا يمكن التفاوض بشأنه حيث لا يملك المشتري سوى قبول العقد كله أو رفضه[2].

ويؤخذ على هذا الرأي أنه لم يعير اهتماما لأمر ضروري، ألا وهو أن التفاوض قائم في حالة التعاقد عبر البريد الإلكتروني، فعلى سبيل المثال نجد أن الموجب يرسل عرض يشمل سلعة وثمنها فيقوم الموجب بالرد عليه بأنه سيوافق عليها بشرط معين كأن يحصل على نسبة خصم معينة فهنا تبدأ عملية المساومة بين الطرفين[3].

كما أن العقد الإلكتروني يتشابه مع عقد الإذعان في كونه عقد نمطي أي معد مسبقا من أحد طرفي العقد الذي يستقل وينفرد بفرد شروطه وبنوده، حيث يقتصر دور الطرف الآخر بقبول الشروط فقط وبذلك فإن المفاوضة والمساومة تنعدم فيه [4].

من خلال ما سبق، يتبين لنا أن العقد الإلكتروني متى تعلق محله أو موضوعه بسلعة أو خدمة تعتبر من الضروريات التي لا يمكنه الاستغناء عنها[5] ومتى كان هذا العقد يحتوي على علاقة بين مستهلك لسلعة ومحتكر توزيع لتلك السلعة بحيث لا يمكن للمستهلك أن يناقش بنود العقد وشروطها[6] فكان العقد الإلكتروني في هذه الحالة عقد إذعان.

---

[1] عبد الفتاح بيومي حجازي، النظام القانوني لحماية التجارة الإلكترونية، المرجع السابق، ص239 .

[2] Bernard D.Reams.JR, the law of electronic contracts , LEXIS publishing , 2002, p : 110.

[3] خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، المرجع السابق، ص87.

[4] عجالي بخالد، النظام القانوني للعقد الإلكتروني في التشريع الجزائري' دراسة مقارنة'، رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، السنة الجامعية 2013-2014، ص56.

[5] سلطان بن سالم البلوشي، ماهية عقد التجارة الإلكترونية وطبيعته القانونية. http://www.marocdroit.com ، 2016/07/01.

[6] منير محمد الجينيهي، ممدوح محمد الجينيهي، الطبيعة القانونية للعقد الإلكتروني، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، د س ن، ص181.

ولهذا الاتجاه عدة أسس نذكر منها[1]:

- إن المتعاقد ليس له أن يناقش الشروط الواردة في العقد الإلكتروني فليس له إلا الموافقة أو الرفض، فإذا ما قبل تلك الشروط فيكون حينها مجرد إذعان لإرادة الطرف الآخر.
- إن العقد الإلكتروني هو عقد معد سلفا من قبل البائع في قالب نمطي؛ حيث أنه يتسم بصياغة تتطرق لمسائل دقيقة يعسر فهمها ومناقشتها من قبل المستهلك نظرا لطريقة صياغتها الفنية والقانونية والقالب الذي توضع فيه كدقة الكتابة وطول فقرتها ونوع الورق المستعمل لطباعة العقد[2].
- أنه لا يوجد تواصل مباشر بين المستهلك والمحترف يمنح فرصة المساومة بينهما حيث يتم التعامل على هذا المحتوى بأكمله كوحدة بمجرد النقر على الموقع[3].

بينما يذهب اتجاه آخر إلى اعتبار أن العقد الإلكتروني هو عقد مساومة[4] لأنه لا يتوفر على شروط وخصائص العقد التي يتميز بها عقد الإذعان، فالموجب لا يتمتع بأي احتكار قانوني نظرا إلى عالمية الشبكة وطبيعتها فالخدمات المعروضة بواسطتها يصعب القول بشأنها أنها تتعلق بعقود تكون المنافسة فيها محدودة النطاق[5].

كما أن عملية المساومة لا تزال تسود العقود الإلكترونية بمختلف أنواعها، فالمتعاقد الموجب لا يقتصر دوره على قبول الشروط المعدة مسبقا، وإنما له كامل الحرية في اختيار المنتج أو المورد الذي يعجبه وفقا للشروط التي يضعها والتي تتوافق مع رغباته، كما أنه

---

[1] إلياس ناصيف، العقد الإلكتروني في القانون المقارن، المرجع السابق، ص45؛ صالح المنزلاوي، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، دار الجامعة الجديدة ،الإسكندرية، 2008، ص25.

[2] رباحي أحمد ، الطبيعة القانونية للعقد الإلكتروني، المرجع السابق، ص102.

[3] Vincent Gautrais, libres propos sur le droit des affaires électroniques, lex Electronica, Faculté de droit Université de Montréal Vol,10 n°3, Hiver/Winter 2006, p:13.

[4] العقد الرضائي هو مايكفي لإنعقاده تراضي المتعاقدين، أي اقتران الإيجاب بالقبول . انظر، عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ص127.

[5] مقتبس عن ، منصور الصرايرة ، الإطار القانوني للعقد المبرم عبر وسائل الاتصال الإلكترونية، دراسة في التشريع الأردني، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، جامعة دمشق، سوريا، المجلد 25،ع02، 2009، ص 827-828.

يستطيع الانتقال من موقع إلى آخر واختيار ما يشاء وترك ما يشاء، أي أن الرضائية هي التي تسود العقود الإلكترونية[1].

فعلى سبيل المثال لو أراد شخص أن يشتري كاميرا تصوير، فهناك العديد من المواقع التي تعرض مجموعة من الشركات التي تنتج كاميرات تصوير، فإذا أراد شراء كاميرا رقمية Digital من شركة Sony مثلا فهذه الشركة تنتج أنواع عديدة منها، فللمشتري الخيار في نوع الكاميرا التي تناسبه ويكون ذلك بضغط على مفتاح القبول النهائي فيتم البيع[2].

وقد يبدو للوهلة الأولى أن العقد الإلكتروني هو عقد إذعان، إذ أن المستهلك ليس له إلا أن يقوم بالضغط على خانة الموافقة الموجودة في موقع الموجب، حيث لا يمكن له المناقشة أو التفاوض في شروط العقد[3]، إلا أن هذا الاتجاه يرى أن العقد الإلكتروني هو من تطبيقات عقود المساومة التي يمكن أن يتم فيها المفاوضة والمناقشة في شروطها حيث توضع هذه الأخيرة وفقا لإرادة الطرفين، وحجتهم في ذلك أنه لا يشترط أن يكون العقد الإلكتروني دائما من عقود الإذعان، حيث أن الشروط المعدة مسبقا في الموقع الإلكتروني للتاجر على الشبكة ليس بالخاصية الوحيدة لعقود الإذعان، بل يفترض أن يكون العقد متعلق بسلعة أو خدمة ضرورية ، وعليه يكون محلا للاحتكار والمنافسة، ولا تتوفر هذه الخصائص لعقد الإذعان في العقد الإلكتروني دائما[4].

والملاحظ على هذا الاتجاه أنه أعتمد المفهوم التقليدي لفكرة الإذعان والتي تستند على ضرورة توفر عنصر الاحتكار لاعتبار العقد الإلكتروني من عقود الإذعان.

---

[1] خالد ممدوح إبراهيم، حماية المستهلك في المعاملات الإلكترونية 'دراسة مقارنة'، الدار الجامعية، الإسكندرية، 2007، ص 206.

[2] بلقاسم حامدي، إبرام العقد الإلكتروني، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، السنة الجامعية 2014-2015، ص34.

[3] يحي يوسف فلاح حسن، التنظيم القانوني للعقود الإلكترونية، مذكرة ماجستير ،كلية الدراسات العليا ، جامعة النجاح الوطنية، فلسطين، السنة الجامعية 2006-2007، ص18.

[4] لزعر وسيلة، تنفيذ العقد الإلكتروني، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 01، السنة الجامعية 2010-2011، ص18.

ويرى جانب من الفقه أنه لبيان طبيعة العقد الإلكتروني، فإنه يجب تمييز الوسيلة المستخدمة في إبرام التعاقد الإلكتروني، فإذا تم التعاقد عن طريق البريد الإلكتروني[1]، أو من خلال برامج المحادثة، أو باستخدام الوسائل السمعية المرئية، فإن العقد الإلكتروني يكون عقد مساومة، حيث أنه يمكن للطرفين أن يتبادلا وجهات النظر عن طريق الرسائل الإلكترونية، ويستطيع من وجه إليه الإيجاب أن يتفاوض بحرية حول شروط التعاقد والخيار بين العروض المتاحة حتى يحصل على أفضل عرض وفقا للشروط التي تناسبه[2].

وعليه، فإن العقد الإلكتروني المبرم عن طريق تبادل الإرادة بالبريد الإلكتروني يجعل منه عقد تفاوضي يسمح للمتعاقد بمناقشة شروط العقد.

وفي هذا الصدد اشترطت التشريعات الخاصة بعقود التجارة الإلكترونية[3] أن يقوم المهني بتزويد المستهلك قبل قبوله وقبل إبرام العقد بكل المعلومات الضرورية[4].

أما إذا تم التعاقد عن طريق مواقع الويب[5] والتي تستخدم غالبا عقود نموذجية[6] وهي الطريقة الأكثر انتشارا في إبرام العقود الإلكترونية بحيث يقوم المستهلك بدخول إلى أحد المواقع التي تقدم عروض على الإنترنت في شكل إيجاب موجه للكافة يتضمن شروط غير قابلة للنقاش أو التعديل بحيث لا يمكن للمستهلك إلا بالرفض أو القبول، حيث أنه ليس

---

[1] تقوم فكرة البريد الإلكتروني على تبادل الرسائل والصور والبرامج وغيرها وذلك عن طريق ارسالها من المرسل من خلال استخدام عنوان البريد الإلكتروني للمرسل إليه .انظر، خالد حسن أحمد، الحجية القانونية للمستندات الإلكترونية بين الفقه الاسلامي والقانون الوضعي 'دراسة مقارنة'، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع، 2018، ص 307.

[2] خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، المرجع السابق، ص88.

[3] كالقانون النموذجي الخاص بالتبادل الإلكتروني للبيانات والتوجيه الأوروبي رقم 2000/31 المؤرخ في 2000/06/08 الخاص بالتجارة الإلكترونية، والقانون الاتحادي لدولة الإمارات رقم 01 سنة 2006 الخاص بالمعاملات والتجارة الإلكترونية.

4 انظر، المادة (17) من القانون رقم 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، ج ر، ع 15 الصادر في 8 مارس 2009، المعدل والمتمم بموجب القانون رقم 18-09 الصادر في 25 يونيو 2018 ؛ المادة (13) من قانون التجارة الإلكترونية الجزائري.

5 يعرف الويب بأنه: نظام يعمل على ترابط المستندات ببعضها، ويمكن تصفح هذه المستندات من خلال استخدام متصفح الويب، كما يمكن التنقل عبر وصلات النص الفائق بين هذه الصفحات، وتحتوي على نصوص أو صور ووسائط متعددة . انظر، https://ar.m. wikipedia.org .2016/07/08.

[6] خالد ممدوح إبراهيم، نفس المرجع ، ص 88.

هناك أي تبادل لإرادة الطرفين[1] ولا يكون المتعاقدين على قدم المساواة، فإن العقد الالكتروني في هذه الحالة يكون عقد إذعان.

فيما ذهب آخرون إلى أنه في غياب قاعدة قانونية تنظم مسألة الإذعان فيكفي الأخذ بإمكانية التفاوض في العقد الإلكتروني كمعيار يحدد ما إذا كان عقد مساومة أو عقد إذعان، فإذا كان العقد يجيز التفاوض في شروط العقد وإمكانية تعديله فالعقد يعد رضائي أما إذا انعدمت خاصية التفاوض وجاءت شروط العقد معدة سلفا لا تقبل المساومة فهنا يعد العقد الإلكتروني عقد إذعان[2].

كما يرى آخرون بأن العقد الإلكتروني يمكن أن يكون عقد إذعان في حالة إذا ما توفرت فيه جميع شروط عقد الإذعان مجتمعة، فإذا توافر شرط أو شرطين فقط دون باقي الشروط فلا نكون بصدد عقد إذعان، لذلك لا يمكن أن يعد العقد الإلكتروني من قبيل عقود الإذعان بصفة مطلقة[3].

ونحن نؤيد الاتجاه القائل بأن العقد الالكتروني هو عقد رضائي، ذلك أن عقود الإذعان تتميز بمضمونها وموضوعها، وليس بشكلها، فطالما يمكن للشخص أن ينتقل بين المتاجر الإلكترونية واختيار المنتج الذي يريد وبسعر الذي يحدده، فالرضائية هي السائدة في العقود الإلكترونية.

المطلب الثاني

خصائص العقد الإلكتروني وتمييزه عن باقي العقود

من خلال التعريفات السابقة وفي محاولة لإيجاد تعريف دقيق للعقد الإلكتروني تبين لنا خصوصيته وطبيعته، حيث اتضحت لنا خصائصه التي ينفرد بها (الفرع الأول) وما يميزه عن العقود الأخرى (الفرع الثاني).

---

[1] عبد العزيز زرادي، الطبيعة القانونية للعقد الإلكتروني، مجلة التواصل في الاقتصاد والإدارة والقانون، جامعة باجي مختار عنابة، ع 38، جوان 2014 ، ص264.

[2] صلاح المنزلاوي، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، المرجع السابق، ص28.

[3] محمد أمين الرومي، التعاقد الإلكتروني عبر الإنترنت، المرجع السابق، ص 56.

فالعقد الإلكتروني يبرم بوسائل الكترونية تتجاهل الحدود الجغرافية، إذ أنه عادة ما يبرم بين متعاقدين يتواجدان في بلد مختلف عن الآخر، أي حاضرين من حيث الزمان وغائبين من حيث المكان، وهذا ما جعل العقد الإلكتروني يتميز بجملة من الخصائص والمميزات وهذا ما سيتم دراسته في هذا المطلب.

الفرع الأول

خصائص العقد الإلكتروني

يتميز العقد الإلكتروني بعدة خصائص والتي تميزه عن العقود الأخرى حيث أنه ينتمي إلى العقود التي تبرم عن بعد (أولا) كما أنه عقد تجاري استهلاكي (ثانيا) ذو صبغة دولية (ثالثا) يتم إبرامه بوسيلة إلكترونية (رابعا).

أولا: العقد الإلكتروني من العقود التي تبرم عن بعد

الأصل في عملية التعاقد هو الحضور المادي للطرفين في مكان وزمان واحد، وأن يتم الإيجاب والقبول في مكان وزمان واحد[1]، وهذه النظرية تسمى بنظرية مجلس العقد[2]، أما التعاقد الإلكتروني فغالبا ما يكون هناك تباعد مكاني بين البائع والمشتري، إلا أن هناك في الغالب اتحاد زماني بينهما، فالمتعاقدين لا يجمعهما مجلس عقد واحد حقيقي[3].

وقد جرى الفقه الفرنسي على التمييز بين الاتصالات المتبادلة بين حاضرين والتي تتم في مجلس عقد حقيقي واحد والاتصالات التي تتم عن بعد، وأستقر على أن العقد الإلكتروني ينتمي للعقود التي تبرم عن بعد[4].

فالعقد الإلكتروني يبرم عبر تقنيات الاتصال الحديثة، وقد عرفت الفقرة الأولى من المادة الثانية من القانون الفرنسي الصادر في 12/30/ 1986 المتعلق بتنظيم حرية الاتصال عن بعد بأنه:" كل انتقال أو إرسال أو استقبال لرموز أو إشارات أو كتابة أو أصوات أو

---

[1] مصطفى موسى العجارمة، التنظيم القانوني للتعاقد عبر شبكة الإنترنت، المرجع السابق، ص71.

[2] سنقوم بدارسته في المبحث الثاني من هذا الفصل .

[3] محمد أمين الرومي، التعاقد الإلكتروني عبر الإنترنت، المرجع السابق، ص59.

[4] BOURIE-QUENILLET(M), les aspects juridiques du commerce électronique. www.univ-montp2.fr , 15/07/2016.

معلومات، أيا كانت طبيعتها بواسطة ألياف بصرية أو طاقة لاسلكية أو أية أنظمة إلكترو مغناطيسية أخرى"[1].

كما يمكن أن يتم تنفيذ العقد الإلكتروني عن بعد أيضا، حيث يقوم الطرفان بتنفيذ التزاماتهم العقدية الإلكترونية، بمعنى أنه توجد بعض العقود الإلكترونية التي تنعقد وتنفذ على الشبكة نفسها، أي أن العقد يتم كاملا على الخط وخصوصا إذا تم الوفاء إلكترونيا[2].

وعليه، فإن كل عقد يتم دون الحضور المادي للمتعاقدين يعتبر من ضمن العقود التي تبرم عن بعد وهذا ما ينطبق على البيوع التقليدية التي تتم من خلال المراسلة، وكذا العقود التي تتم عن طريق الإنترنت[3].

والحقيقة أن اعتبار العقد الإلكتروني من العقود التي تبرم عن بعد يقتضي التمتع ببعض الخصوصية التي لا نجد لها مثيل في العقود التقليدية، حيث أن التعاقد بين حاضرين يخفف الكثير من الصعوبات[4].

فالحضور المادي للأطراف يسمح بضمان بعض المسائل القانونية التي قد تثير شكوك في تحديدها في حالة التعاقد بين غائبين من أهمها ما يلي[5]:

- استطاعة كل من المتعاقدين من التحقق من أهلية الآخر وصفته التعاقدية.
- التحقق من تلاقي الإرادتين، إذ يتم بشكل متعاصر[6].
- التحقق من تاريخ التصرفات والمستندات.

---

[1] Art (2/1) : « On entend par télécommunication toute transmission ou réception de signes , de signaux, d'écrits, d'images, de sons ou de renseignement de toute nature , par fil optique, radioélectricité, ou autres systèmes électromagnétiques ».

[2] محمد حسين منصور، المسؤولية الإلكترونية، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 2003، ص 23-24.

[3] VERBIEST (T) , La nouvelle loi belge sur le commerce électronique, http://lthoumyre.chez.com . 15/07/2016.

[4] محمد أمين الرومي، التعاقد الإلكتروني عبر الإنترنت، المرجع السابق، ص 60.

[5] مناني فراح، العقد الإلكتروني وسيلة إثبات حديثة في القانون المدني الجزائري، دار الهدى، الجزائر، 2009، ص 40.

[6] وقد انتقد هذا القول الأستاذ محمد أمين الرومي حيث يرى بأنه لا يمكن القول بأن العقد الالكتروني هو عقد متعاصر، وذلك لأنه يتم عن طريق وسيط إلكتروني ليس دائما وأبدا تعاقد فوري متعاصر. انظر، محمد أمين الرومي، نفس المرجع ، ص 59.

- الإعداد المسبق لأدلة الإثبات.
- التحقق من مكان إبرام العقد.
- اعتماد مجموع هذه العناصر وذلك بتوقيع المتعاقدين.

من خلال ما سبق، يتبين لنا أن العقد الإلكتروني يبرم دون الحضور المادي لطرفي العقد حيث أنهما لا يجتمعان في مجلس عقد حقيقي بل يجمعهما مجلس عقد إفتراضي، كما اتضح لنا أن العقد الإلكتروني يتم عن طريق وسائل تقنيات حديثة، وعليه فإنه ينتمي إلى طائفة العقود التي تبرم عن بعد حيث أن الإيجاب والقبول يتم عبر شبكة الإنترنت.

ثانيا: العقد الإلكتروني عقد تجاري استهلاكي

يتصف العقد الإلكتروني غالبا بالصبغة التجارية، وهذا ما جعله يدعى بعقد التجارة الإلكترونية، ويقصد بها: الأعمال والنشاطات التجارية التي تتم ممارستها من خلال الشبكة المعلوماتية الدولية[1].

وقد جاءت الصفة التجارية في العقد الإلكتروني من السمة الغالبة في العقد، حيث أن البيع التجاري يستحوذ على الجانب الأكبر في معظم العقود[2].

وتطبيقا للقاعدة العامة في الصفة التجارية للعقد الإلكتروني يطرح التساؤل حول ما إذا كان تجاريا في جميع الحالات أم هناك استثناءات؟

للإجابة على هذا التساؤل ننظر إلى أطراف العقد، فبالنسبة إلى مقدم الخدمة، فإن العقد بالنسبة إليه تجاريا؛ ذلك لأنه يسعى إلى تحقيق الأرباح من خلال التوسط بين المتعاقدين وهذا معيار أساسي لاعتبار العمل على أنه عمل تجاري.

أما النسبة إلى العميل فيختلف الأمر في ما إذا كان تاجر أم لا، فإذا كان تاجر فيكون العقد بالنسبة إليه عقد تجاري، أما إذا لم يكن تاجر فيكون العقد بالنسبة إليه عقد مدني[3].

كما أن مفهوم عقود التجارة الإلكترونية يمتد إلى ثلاثة أنواع من الأنشطة[4]:

---

[1] محمد إبراهيم أبو الهيجاء، عقود التجارة الإلكترونية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2011، ص 40.

[2] محمد حسين منصور، المسؤولية الإلكترونية، المرجع السابق، ص 76.

[3] إلياس ناصيف، العقود الدولية 'العقد الإلكتروني في القانون المقارن'، المرجع السابق، ص43.

[4] مناني فراح، العقد الإلكتروني وسيلة إثبات حديثة في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص41.

- عقود خدمات ربط ودخول الإنترنت وما تضمنته خدمات الربط ذات محتوى تقني.
- التسليم أو التزويد التقني للخدمات.
- استعمال الإنترنت كوسيلة لتوزيع البضائع والخدمات المسلمة بطريقة تقنية.

أما من حيث أطرافها فيندرج في نطاقها الكثير من الصور أهمها العقود التجارية التي تشمل في علاقاتها جهات الأعمال فيما بينها، أما الصورة الثانية فهي تلك العلاقات التي تجمع الأعمال بالزبون[1].

ويترتب على هذه الخاصية أن العقد الإلكتروني يعتبر من طائفة عقود الاستهلاك لأنه غالبا ما يبرم بين تاجر مهني محترف وبين مستهلك، وعليه فإنه يسري عليه أحكام عقد الاستهلاك وما تقتضيه هذه الأخيرة من حماية للمستهلك باعتباره الطرف الضعيف، ومن أبرز تلك الأحكام المتعلقة بالحماية هو إعلام المستهلك[2] من قبل المهني أثناء التعاقد[3].

ثالثا: العقد الإلكتروني عقد دولي

إن العلاقات الناشئة عن المعاملات الإلكترونية لا تقتصر في مكان جغرافي محدود كما أنها لا تخضع لأي سيطرة أو التقييد بحدود معينة، بل تنساب عبر الدولة بكل حرية، والعقد الإلكتروني يفترض عدم تواجد الطرفين في مجلس عقد واحد، إذ أن طرفي العقد قد يتواجدان في دولة واحدة أو قد يتواجدان في دولتين مختلفتين، حيث أن البعد المكاني لا يؤثر في إبرام وتنفيذ العقد مدام الرضا متبادل بينهما[4].

وقد اختلفت الآراء حول مفهوم الصفة الدولية للعقد، أين يرى الدكتور الياس ناصيف وجوب التفرقة بين نوعين من العقود التي تبرم عن طريق الإنترنت؛ النوع الأول قد يكون

---

[1] يونس عرب، التجارة الإلكترونية، http://www.arablaw.org . 2016/08/01.

[2] الحق في الإعلام هو: التزام أحد الطرفين بتقديم كافة البيانات والمعلومات اللازمة لمساعدة الطرف الأخر على إبرام العقد أو تنفيذه بل تحذيره ولفت انتباهه ونظره إذا استدعى الأمر ذلك. انظر، خليفي مريم، الالتزام بالإعلام الإلكتروني وشفافية التعامل في مجال التجارة الإلكترونية، مجلة دفاتر السياسة والقانون، جامعة قاصدي مرباحي، ورقلة، ع4، 2011، ص 206.

[3] VERBIEST (T), contrats en ligne: quelle valeur juridique?.www.juriscom.net . 10/09/2016.

[4] مخلوفي عبد الوهاب، التجارة الإلكترونية عبر الإنترنت، رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، السنة الجامعية2011-2012، ص 59.

العقد الإلكتروني داخليا وذلك في حالة انعقاده داخل إقليم الدولة وبين متعاقدين ينتمون إليها وقد يكون دوليا طبقا لأحد المعيارين القانوني والاقتصادي، فوفقا للمعيار القانوني يكون العقد الإلكتروني ذو صبغة دولية وذلك في حالة كان المتعاقدان ينتميان ويتواجدان في دول مختلفة، أما المعيار الاقتصادي فيكون للعقد الإلكتروني طابع دولي إذا ما تعلق بمصالح التجارة الدولية[1].

ويرى آخرون أن البعد الدولي هو الغالب في العقود التي تتم عبر الخط مهما كان نوعها استنادا إلى أن شبكة الإنترنت تعد تجسيدا لفكرة العولمة، وعليه يصعب تحديدها أو تحديد المعاملات القانونية التي تجري في إطارها[2].

ومن خلال ما سبق، يتبين لنا أن العقد الإلكتروني ذو طبيعة دولية، سواء تم في دولة واحدة أو في دولتين مختلفتين؛ ذلك أن شبكة الإنترنت باتت عابرة للحدود، حيث أن شبكة الإنترنت تتسم بالطابع العالمي إذ يمكن لأي شخص وفي أي مكان الاتصال بها والانتفاع منها، وعليه فإن حضور شبكة الإنترنت أسقط الحدود بين العقد الدولي والداخلي.

رابعا: العقد الإلكتروني عقد يبرم بوسيلة إلكترونية

يتم إبرام العقد الإلكتروني بواسطة استخدام الوسائل الإلكترونية فهي تعتبر من أهم الخصائص التي تميزه عن العقود التقليدية، وتلك الوسائل هي التي أدت إلى اختفاء الكتابة التقليدية التي تقوم على الدعائم الورقية ليحل مكانها الكتابة الإلكترونية التي تقوم على دعائم إلكترونية[3]، ومن هذه الوسائل ما يلي:

1-المينيتل Minitel

ظهر هذا الجهاز في منتصف الثمانينات في فرنسا، وهو جهاز يشبه جهاز الكومبيوتر إلا أنه صغير الحجم نسبيا؛ حيث أنه يتكون من شاشة صغيرة ولوحة مفاتيح تشتمل على

---

[1] إلياس ناصيف، العقود الدولية' العقد الإلكتروني في القانون المقارن'، المرجع السابق، ص44.

VERBIESTCT (T) Dirait international privé et commerce électronique .http://www.Jours.com 15/09/2016.

[2] CF.FRIEDMAN(C) contrats in cyberspace, santa clara university ,4 may 2000 . http://www.daviddfriedman.com/. 01/10/2016.

[3] خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، المرجع السابق، ص 75.

حروف وأرقام تشبه لوحة مفاتيح جهاز الكومبيوتر[1]، كما أنه وسيلة اتصال مرئية يقوم بنقل الكتابة على الشاشة دون الصور ويكفي لاستخدامه أن يوصل بخط هاتف، ومن خلاله يستطيع كل مشترك أن يوجه أوامر بالشراء أو البيع إلى التاجر[2].

وتجدر الإشارة أن التعاقد عن طريق المنيتل هو تعاقد بين غائبين وذلك لوجود الفترة الزمنية بين صدور القبول والعلم به، كما أنه تعاقد عن بعد[3].

2-التلكس Telex

هو جهاز يقوم بطباعة المعلومات وإرسالها مباشرة، حيث لا يوجد فاصل زمني ملحوظ عند استقبال هذه الرسائل[4].

يعمل جهاز التلكس على تحويل الحروف المكتوبة إلى نبضات كهربائية، فيتحول الضغط على الحروف إلى إشارة كهربائية تتحول بعدها إلى موجبات كهرومغناطيسية، تمر خلال سلك أو بالأمواج في الجو، ليقوم المستلم بتسليمها ثم طباعتها على الورق[5]، ورسالة التلكس يتم طباعتها من قبل جهاز التلكس الخاص بالمستلم، ويدون في آخر الرسالة بيانات خاصة برقم الكود الخاص بالتلكس المرسل، وكذا يوم وساعة إصدار الرسالة ليمكننا من معرفة مرسل الرسالة[6].

3-الفاكس

لقد بينت الفقرة 1 من المادة (2) من قانون الأونسيترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية أن الفاكس يعد من الوسائل التي من خلالها يتم إنشاء أو إرسال أو تخزين رسالة البيانات.

---

[1] لزهر بن سعيد، النظام القانوني لعقود التجارة الإلكترونية، دار هومة للنشر والتوزيع ،الجزائر، 2012، ص 58.

[2] مناني فراح، العقد الإلكتروني وسيلة إثبات حديثة في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص 37.

[3] سامح عبد الواحد التهامي، التعاقد عبر الإنترنت، دار الكتب القانونية، مصر،2008 ، ص47.

[4] إسلام مأمون حسين مأمون، المعوقات التي تحد من نجاح التجارة الإلكترونية في مصر، مذكرة ماجستير، الجامعة الإفتراضية الدولية في المملكة المتحدة ،السنة الجامعية 2010- 2011، ص33.

[5] عباس العبودي، التعاقد عن طريق وسائل الاتصال الفوري وحجيتها في الإثبات المدني، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 1997، ص 66-67.

[6] سامح عبد الواحد التهامي، نفس المرجع ، ص43 .

والفاكس هو عبارة عن جهاز ينسخ عن طريق الهاتف، حيث يتم من خلاله نسخ نقل المستندات والرسائل نسخا مطابقا للأصل، وتظهر نسخ تلك المستندات والرسائل على جهاز الفاكس الآخر المرسل إليه، والملاحظ أن هناك فاصلا زمنيا للرد على المرسل[1].

4-الهاتف

يعتبر الهاتف من أهم وسائل الاتصال الفوري فاعلية وانتشارا، إذ أنه يتميز بسرعة الاتصال وسهولة الاستعمال، كما أن التعاقد فيه يكون فوري ومباشر، ويكون القبول أو الرفض جواب مباشر من الطرف الآخر[2]بمعنى أنه لا يوجد فاصل زمني في الرد.

5-التلفزيون

يتم استخدام التلفزيون لإبرام العقد، إذ يقوم مقدم البرنامج بعرض منتجاته حيث أنه يحدد أوصاف البيع وسعرها، ويقوم المشتري بالاتصال بالبرنامج لإبداء رغبته في الشراء ويقوم بترك المعلومات الخاصة به من اسمه وعنوانه ورقم الهاتف الخاص به فتصله السلعة في مكان إقامته، ويتم الوفاء إما بالدفع عند الاستلام أو عن طريق الشيك أو غيره من طرق الدفع الأخرى[3].

والحقيقة أن التعاقد عن طريق التلفزيون هو تعاقد بين حاضرين من حيث الزمان حيث أنه لا توجد فترة زمنية بين صدور القبول وعلم الموجب به، إذ أن القبول يتم نقله من خلال الهاتف، إلا أنه يعتبر تعاقد عن بعد نظرا لعدم الحضور المادي للطرفين[4].

6-شبكة الإنترنت

الإنترنت لغة: هي كلمة جديدة في القاموس لمختلف لغات العالم، وهي كلمة انجليزية ومختصرة من مقطعين Inter وهي اختصار لمصطلح International وتعني دولي

---

[1] عبد الحي القاسم عبد المؤمن، مفهوم العقد الإلكتروني وخصائصه، مجلة جامعة بخت الرضا العلمية، جامعة بخت الرضا، السودان، ع13، 2014، ص213.

[2] أحمد خالد العجلوني، التعاقد عن طريق الإنترنت 'دراسة مقارنة'، الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2002، ص 48.

[3] لزهر بن سعيد، النظام القانوني لعقود التجارة الإلكترونية، المرجع السابق، ص 61.

[4] فلاح فهد العجمي، الحماية المدنية للمستهلك في العقد الإلكتروني، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط ،الأردن، السنة الجامعية 2010- 2011، ص 31.

و Net هـي اختصـار لكلمـة Network وتعنـي الشـبكة، وبجمـع الكلمتـين تصـبح International network، وعليه فالمعنى الكامل المتحصل عليه هو الشبكة الدولية[1].

وتعرف على أنها شبكة اتصالية معلوماتية عالمية تربط العديد من الشبكات بمختلف أنواعها وأشكالها، وهذه الشبكات تتكون من مجموعة حواسيب مرتبطة ببعضها البعض عن طريق وسائل مختلفة [2].

أما عن وسائل التعاقد من خلال شبكة الإنترنت فهي متعددة، فإما أن يتم إبرام العقد عن طريق المراسلة عن طريق البريد الإلكتروني E-mail ، وقد يتم عن طريق المحادثة أو المشاهدة، وقد يكون عن طريق شبكة الويب Web وهي الأكثر انتشارا.

أ- التعاقد عبر البريد الإلكتروني

يعد البريد الإلكتروني[3] من أشهر الخدمات الشبكية وأكثرها انتشارا، فقد حل في أغلب الأماكن محل النظام البريد التقليدي البطيء خاصة أنه يتيح إرسال واستقبال الرسائل في أي مكان وإلى أي مكان في العالم في وقت قصير جدا[4].

ويقصد بالبريد الإلكتروني:" كل رسالة أيا كان شكلها نصية أو صوتية أو مصحوبة بصور وأصوات، يتم إرسالها عبر شبكة عامة للاتصالات، ويتم تخزينها على أحد خوادم هذه الشبكة أو في المعدات الطرفية للمرسل إليه حتى يتمكن هذا الأخير من استعادتها"[5].

كما أن البريد الإلكتروني يوفر عدة إمكانيات تسهل التعاقد بين الطرفين، حيث يسمح البريد الإلكتروني بتبادل المراسلات من وثائق ومطبوعات أيا كان حجمها وإرسالها رسائل

---

[1] رصاع فتيحة، الحماية الجنائية للمعلومات على شبكة الإنترنت، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، السنة الجامعية 2011-2012، ص7-8.

[2] بلال بن جامع، المشكلات الأخلاقية والقانونية المثارة حول شبكة الإنترنت، مذكرة ماجستير، كلية العلوم الإنسانية والعلوم الاجتماعية ، جامعة منتوري، قسنطينة، السنة الجامعية 2006-2007 ،ص32-33.

[3] ومنها على سبيل المثال ... /YAHOO/ GMAIL/HOTMAIL .

[4] منير محمد الجنبيهي، ممدوح محمد الجنبيهي، التبادل الإلكتروني للبيانات، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2004، ص17.

[5] عبد الله بن ناصر بن أحمد العمري، الحماية الجنائية للبريد الإلكتروني 'دراسة تأصيلية مقارنة'، مذكرة ماجستير، كلية الدراسات العليا، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، السنة الجامعية2009 - 2010، ص8.

جمة إلى شتى بقاع العالم، كما أنه يسمح بالتبادلات المرئية بين المتعاقدين وذلك عبر الاتصال بالفيديو[1].

ويتم التعاقد عبر البريد الإلكتروني عن طريق إرسال الرسائل الدعائية من قبل الشركات والمؤسسات إلى معظم مستخدمي البريد الإلكتروني، فعند فتح المستخدم صندوق بريده الإلكتروني يجد رسالة جديدة فيقوم بفتحها والإطلاع عليها، فإذا أعجب بالسلعة المعروضة فيقوم بالرد إلى الجهة المرسلة حيث يطلب معلومات أكثر عن السلعة أو الخدمة، وهنا تبدأ المراسلات بين الطرفين لإتمام العقد بينهما[2].

ب- التعاقد بالمحادثة أو المشاهدة عبر الإنترنت

وفي هذه الصورة قد يتم التعاقد بطريق المحادثة أو المشاهدة، فالتعاقد بطريق المحادثة[3] يتم عن طريق المخاطبة بين الطرفين 'CHATING' عبر الإنترنت، ويتم بأن كلا من الطرفين يقومان بفتح الصفحة الخاصة بهما في نفس الوقت، حيث يتم كل ما تمت كتابته من قبل الطرف الأول إلى الصفحة المفتوحة بجهاز الطرف الثاني عبر صندوق البريد الإلكتروني والعكس صحيح، أما في حالة التعاقد عن طريق المشاهدة فيتم من خلال ربط الجهاز بوسائل الاتصال الصوتية والمرئية معا، حيث يمكن للطرفين سماع ورؤية كلا منهما دون الحضور المادي في نفس المكان وفي ذات الوقت الذي يسمح لهما بتبادل البيانات المكتوبة فورا [4]، أي أن التعاقد يتم بالصوت والصورة.

ج- التعاقد عبر شبكة الويب

شبكة الويب أو ما يعرف بشبكة العنكبوتية العالمية World Wide Web المعروفة اختصارا بـ WWW، وهي إحدى خدمات التصفح المتقدمة، تقوم هذه الخدمة على مبدأ

---

[1] بندر بن عبد الله الربيعة، حجية البريد الإلكتروني في إثبات العقود 'دراسة تأصيلية مقارنة'، مذكرة ماجستير ، كلية الدراسات العليا، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، السنة الجامعية 2014-2013، ص57.

[2] مصطفى موسى العجارمة، التنظيم القانوني للتعاقد عبر شبكة الإنترنت، المرجع السابق، ص 75.

[3] غرفة المحادثة هي خدمة تتيح لأكثر من شخص الحديث مباشرة مع بعضهم البعض في نفس الوقت، ومع أن مفهوم الغرفة خيالي إلا أنها من الناحية القانونية تقترب من مفهوم مجلس العقد. انظر، أحمد خالد العجلوني، التعاقد عن طريق الإنترنت، المرجع السابق، ص18.

[4] لزهر بن سعيد، النظام القانوني لعقود التجارة الإلكترونية، المرجع السابق، ص65.

الربط بين المعلومات المختزنة في عدد كبير من الحاسبات، وتكفل في الأساس للإشارات المختزنة في أحد الحاسبات أن تقود إلى المعلومات النصية أو غير النصية المختزنة في حاسبات أخرى[1].

يستطيع كل شخص سواء كان طبيعي أو معنوي أن يقوم بوضع موقع خاص به على شبكة الإنترنت، حيث يمكنه من عرض أو إعلان عن أي شيء يريد تقديمه كمعلومة أو كعرض لإيجاب معين[2].

ويتم التعاقد عن طريق شبكة الويب من خلال زيارة العميل للموقع الإلكتروني للبائع والذي يكون قد قام بتصوير السلعة بطريقة ثلاثية الأبعاد مع ذكر كافة المعلومات الخاصة بكل سلعة على حدة من سعر ومواصفات[3]، في المقابل يقوم المشتري بعد اختياره للسلعة بالنقر على مفتاح الموافقة أين يظهر العقد المتعلق بالشراء والذي يتضمن طريقة الدفع وشروط التعاقد ومكان وكيفية التسليم والقانون الذي يحكمه وغيرها من الشروط التي تختلف من موقع إلى آخر[4].

من خلال ما سبق، يتبين أن العقد الإلكتروني هو عقد يتم إبرامه عن بعد، حيث أن له خصائص جعلته يختلف عن العقود الأخرى ويتميز عنها، إلا أن هذا التمييز جعله يخضع لأحكام خاصة تتوافق مع طبيعته ومع طريقة إبرامه وتنفيذه.

---

[1] حشمت قاسم، الإنترنت ومستقبل خدمات المعلومات، دراسات عربية في المكتبات وعلم المعلومات، دار غريب للطباعة والنشر والتوزيع، القاهرة، 1996، ص60.

[2] أحمد خالد العجلوني، التعاقد عن طريق الإنترنت، المرجع السابق، ص16.

[3] ومن أمثلة المواقع الإلكترونية التي تقوم بعرض سلعها ومنتجاتها ما يلي :

Aliexpress.com/Alibaba.com/Amazon.com/ Ebay.com /JUMIA.com/ Tinydeal.com/..

[4] لزهر بن سعيد، النظام القانوني لعقود التجارة الإلكترونية، المرجع السابق، ص66-67.

الفرع الثاني

تمييز العقد الإلكتروني عن بعض العقود الأخرى

إن الوسيلة التي يتم فيها إبرام العقد الإلكتروني تمثل خاصية مميزة له، وبالرغم من أنه يخضع للأحكام العامة في نظرية العقد، إلا أنه يعد مميزا عن غيره من العقود التقليدية الأخرى التي تبرم عن بعد (أولا).

وينبغي التنويه أن العقد الإلكتروني ليس الوحيد الذي يبرم إلكترونيا، بل يوجد العديد من العقود التي تبرم في بيئة إلكترونية، والتي قد تكون محيطة ومتلازمة به ومع ذلك يتميز عنها (ثانيا)، وسنتناول في ما يلي ذلك.

أولا: تمييز العقد الإلكتروني عن غيره من العقود المبرمة عبر وسائل الاتصال عن بعد

صحيح أن العقد الإلكتروني يتشابه مع العقود الحديثة في أنها عقود تبرم عن بعد، إلا أن العقد الإلكتروني يبرم بوسيلة إلكترونية وهي شبكة الإنترنت، كما أنه يعتمد على دعائم إلكترونية، إضافة إلى اختلافات أخرى سنردها في ما يلي:

1-تمييز العقد الإلكتروني عن التعاقد عن طريق الهاتف

يعرف الهاتف بأنه الجهاز الذي يمكن بمقتضاه التكلم والتخاطب الفوري المباشر عن طريق الأسلاك والموجات التي تربط المتحدث المرسل والمتحدث إليه المستقبل، ويعمل هذا الجهاز من خلال تحويل ذبذبات الكلام إلى نبضات تنقل من المرسل إلى المستقبل بواسطة تيار كهربائي[1].

والتعاقد عبر هذه الوسيلة يتم بتبادل الإيجاب والقبول عن طريق الهاتف حيث يتم التعبير عن الإرادة بطريقة شفوية وينقل هذا التعبير باستخدام الهاتف[2].

وفي هذا الصدد تجدر الإشارة أن المشرع الجزائري قد أجاز التعاقد عبر الهاتف من خلال المادة (64) من القانون المدني حيث نصت على أنه :" إذا صدر الإيجاب في مجلس العقد لشخص حاضر دون تحديد أجل القبول، فإن الموجب يتحلل من إيجابه إذا لم

[1] رامي صالح الوريكات، التعاقد عبر الهاتف الخلوي 'دراسة في التشريع الأردني'، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، الأردن، السنة الجامعية 2013-2012، ص 13.

[2] سامح عبد الواحد التهامي، التعاقد عبر الإنترنت، المرجع السابق، ص 38.

يصدر القبول فورا وكذلك إذا صدر الإيجاب من شخص إلى آخر بطريق الهاتف أو بأي طريق مماثل.

غير أن العقد يتم ولو لم يصدر القبول فورا، إذا لم يجد ما يدل على أن الموجب قد عدل عن إيجابه في الفترة مابين الإيجاب والقبول، وكان القبول صدر قبل أن ينفض مجلس العقد".

والملاحظ على هذه المادة أن المشرع الجزائري أجاز التعاقد عن طريق الهاتف، كما أن المشرع لم يشترط شكلا معين للإيجاب أي اعتبار المتعاقدين حاضرين حكما، حاضرين زمانا وغائبين مكانا.

حاضرين من حيث المكان، لأن أطراف العقد من حيث المكان تفصلهما مسافات بعيدة أي عدم تواجد الطرفين في مجلس عقد واحد[1]، أما من حيث الزمان فلا يوجد فاصل زمني بين صدور القبول وعلم الموجب به[2]، وهذا ما ذهبت إليه أغلب النصوص القانونية[3].

من خلال ما سبق، يتبن أن التعاقد الإلكتروني يتميز عن التعاقد عن طريق الهاتف حيث أن التعبير عن الإرادة فيه تتم عبر وسائط متعددة؛ يتم التفاعل بين الموجب والموجب له بالصوت والصورة أو بالكتابة من خلال البريد الإلكتروني أو عبر صفحات الويب، أما التعاقد عبر الهاتف فإن الإرادة فيه يتم تبادلها شفهيا، كما أنه يقتصر فقط على الصوت[4].

و العرض في العقد الإلكتروني هو عرض موجه للعامة، بينما العرض في العقد عن طريق الهاتف هو عرض موجه لشخص محدد[5].

هذا بالنسبة إلى الهاتف الثابت، أما بالنسبة للهاتف النقال فإنه لايوجد اختلاف بينه العقد الإلكتروني، حيث أنهما يتشبهان في عدة نقاط خاصة مع توفره تقنية الانترنت اللاسلكي.

---

[1] مقتبس عن، مصطفى موسى العجارمة، التنظيم القانوني للتعاقد الإلكتروني، المرجع السابق، ص89.

[2] أيسر صبري إبراهيم، إبرام العقد عن الطريق الإلكتروني وإثباته، المرجع السابق، ص 25.

[3] انظر، نصوص المواد:(102) من ق م الأردني؛ (94) من ق م مصري؛ (77) ق م عراقي؛ (27) ق م سوري؛ (180) من قانون الموجبات والعقود اللبناني.

[4] بسام نواف الراشدي، عقود التجارة الإلكترونية وقواعد إبرامها، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية ،2014، ص26.

[5] خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، المرجع السابق، ص 93.

2- تمييز العقد الإلكتروني عن التعاقد عن طريق التلفزيون

يعرف التعاقد عن طريق التلفزيون بأنه عبارة عن طلب سلعة أو منتج بواسطة الهاتف تاليا على عرضها بواسطة التلفزيون[1].

وفي فرنسا عرض مشروع قانون لتنظيم البيع بواسطة التلفزيون، إلا أنه تعدى البيع بواسطة التلفاز والراديو لتنظيم بيوع المسافات Vente à distance حيث صدر في 06 يناير 1988[2]، وقد سمي هذا النظام ب Télé-achat.

أما في الولايات المتحدة الأمريكية يوجد نظام التسوق عبر شاشة التلفزيون، وقد حقق مكاسب هائلة حيث حققت عام 1993 أرباحا قدرت ب 150 مليون دولار أمريكي[3].

وفي مصر فقد عرفت هذا النوع من البيوع التي تتم عن طريق التلفزيون حيث يتم عرض بعض الشركات لمنتجاتها عن طريق التلفاز مع تبيان مزاياها واستخدمتها وكذا تحديد أوصاف المنتج وثمنه[4].

وبالنسبة للجزائر، فلا يوجد هذا النوع من البيوع التي تتم عن طريق التلفزيون، كما أن المشرع لم يقم بتقنينها ولا بتنظيمها.

ومن خلال ما سبق، يلاحظ أن الإيجاب يتم عن طريق التلفزيون، وذلك بعرض السلع والخدمات وبيان كل العناصر الجوهرية في العقد، حيث يعقبه القبول من الطرف الآخر ويكون ذلك عن طريق الاتصال بصاحب المنتج هاتفيا.

وعليه فالعقد الإلكتروني يشبه التعاقد بواسطة التلفاز من حيث الإيجاب فكل منهما يكون موجها للجمهور الذي يرغب في التعاقد، إلا أنهما يختلفان من حيث مدة العرض وأسلوب التعاقد، حيث أن مدة عرض الإيجاب في التعاقد بواسطة التلفاز قصيرة إذ لا يمكن التعرف على تفاصيل السلع المعروضة فإذ أراد المتعاقد التعرف عليها فيجب الاتصال بالمنتج أو

---

[1] محمود السيد عبد المعطي خيال، التعاقد عن طريق التلفزيون، النسر الذهبية للطباعة، مصر، 2000، ص10.

[2] Loi n°88-21 du 06 janvier 1988 relative aux opérations de télé promotion avec offre de vent, dites télé-achat. O.J du07 janvier 1988.

[3] لزهر بن سعيد، النظام القانوني لعقود التجارة الإلكترونية، المرجع السابق، ص62.

[4] محمود السيد عبد المعطي خيال، نفس المرجع، ص05.

الانتقال إلى محله، أما العقد الإلكتروني فالمتعاقد يمكنه الإطلاع على كافة المعلومات والتفاصيل المتعلقة بالسلعة وذلك من خلال الموقع الإلكتروني لمنتج السلعة[1].

كما أن الاختلاف بين العقدين أيضا يكمن في أن التعاقد عبر التلفاز يكون البث فيه من جانب واحد دون تواجد أي تجاوب أو تفاعل بين طرفي العقد، بخلاف العقد الإلكتروني الذي يتميز بصفة تفاعلية حيث تسمح هذه الأخيرة بالحضور الإفتراضي لأطراف العقد كما تسمح بالوفاء الإلكتروني عن طريق وسائل الدفع الإلكتروني[2].

3- تمييز العقد الإلكتروني عن التعاقد عن طريق الفاكس والتلكس

التعاقد عن طريق الفاكس يمتاز بسهولة التحقق من شخصية المتعاقد معه والتأكد من هويته وأهليته على عكس التعاقد الإلكتروني حيث يصعب عليه ذلك[3].

ويتم التعاقد بواسطة الفاكس عن طريق التعبير عن إرادة التعاقد كتابة، وقد قرر القضاء الفرنسي[4] أن التعبير عن الإرادة المتمثلة في قبول الحوالة يمكن أن يتم عن طريق الرسالة المرسلة عن طريق جهاز الفاكس.

وقد حظي الفاكس بثقة في القضاء في دولة الإمارات العربية المتحدة، حيث قضت محكمة التمييز دبي بأن:" الأصل في رسالة الفاكس أنها تعتبر عند ثبوت صدورها ممن أرسلها نسخة عن أصلها، وليس مجرد صورة ضوئية "[5].

وعليه، فإن الفاكس يتميز بالرسالة التي يرسلها والتي يتم تسليمها إلى المرسل إليه تكون هي نفسها التي يرسلها المرسل، فتعتبر بذلك نسخة أصلية منها وليس مجرد صورة ضوئية لها.

---

[1] أيسر صبري إبراهيم، إبرام العقد عن طريق الإلكتروني وإثباته، المرجع السابق، ص28.

[2] خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، المرجع السابق، ص69.

[3] عجالي بخالد ، النظام القانوني للعقد الإلكتروني، المرجع السابق، ص 64.

[4] مقتبس عن، حابت أمال، التجارة الإلكترونية في الجزائر، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، السنة الجامعية 2014-2015، ص 31.

[5] مقتبس عن، سمير الجمال، التعاقد عبر تقنيات الاتصال الحديثة 'دراسة مقارنة'، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006، ص37.

أما التعاقد عن طريق التلكس فيتم من خلال إرسال الإيجاب في رسالة من الموجب إلى الشخص الموجه إليه الإيجاب، ثم يقوم هذا الأخير بإرسال رسالة تتضمن القبول، وينعقد العقد وقت علم الموجب بهذا القبول ويكون ذلك أثناء قراءة الرسالة [1].

إلا أن التلكس لم يحظ بثقة في القضاء اللبناني، حيث قضت محكمة التمييز المدنية في قرار لها الذي يحمل رقم 16 الصادر بتاريخ 24 جوان 1997بمايلي:" أن التلكس لا يصح اعتباره سندا ذا توضيح خاص ولا يشكل في أي حال إقرار قضائيا وإن أبرزت صورته في المحاكمة طالما أنه لم يحصل في مجلس القاضي الناظر في النزاع المتعلق بموضوعه فالتلكس كأداة للمراسلة يفتقر إلى توقيع المرسل"[2].

لذلك، فإن التلكس بالرغم من صفاته المتميزة من سرعة وسهولة ودقة، لكن رسائله إذا لم تكن تتضمن توقيع من العميل فيمكن تزوير هذه التلكسات مما يجعل حجيتها غير قوية.

وفي هذا الصدد نص المشرع الجزائري في المادة (329) من القانون المدني على أنه: "وتكون للبرقيات هذه القيمة أيضا إذا كان أصلها المودع في مكتب التصدير موقعا عليه من مرسلها، وتعتبر البرقية مطابقة لأصلها حتى يقوم الدليل على عكس ذلك".

وبالتالي فالتلكس لكي يصبح له حجية قوية في الإثبات يجب أن يتضمن توقيعا من مرسله.

من خلال ما سبق، يلاحظ أن العقد الإلكتروني يعتمد على مستندات إلكترونية تتمثل في البيانات المعالجة والمتبادلة بطرق إلكترونية[3]، حيث يتم تحويل الحروف إلى رموز رقمية يتم إرسالها عبر الإنترنت، فيتم تخزينها في البريد الإلكتروني الخاص بالمرسل إليه فبمجرد فتحه للرسالة، فإنه يتم قراءتها دون اللجوء إلى طباعتها، في حين أن المستند المرسل عبر الفاكس أو التلكس ورقي وهو أصل الاختلاف بين العقدين[4].

---

[1] سامح عبد الواحد التهامي، التعاقد عبر الإنترنت، المرجع السابق، ص 43.

[2] مقتبس عن، سمير عبد العزيز الجمال، التعاقد عبر تقنيات الاتصال الحديثة، المرجع السابق، ص37.

[3] حمودي محمد ناصر،العقد الدولي الإلكتروني المبرم عبر الإنترنت مع التركيز على عقد البيع الدولي للبضائع، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن،2012، ص127.

[4] سامح عبد الواحد التهامي، نفس المرجع، ص 44.

ثانيا: تمييز العقد الإلكتروني عن عقود البيئة الإلكترونية

يوجد العديد من العقود المرتبطة بالعقد الإلكتروني، حيث أنها تساعد وتسهل عملية إبرامه، ويطلق عليها عقود الخدمات الإلكترونية والتي تعرف بأنها العقود الخاصة بتجهيز وتقديم خدمات الإنترنت وكيفية الاستفادة منها، فهي عقود تبرم بين القائمين على تقديم خدمات على الإنترنت والمستفيدين منها[1]، وسنتناول أهمها فقط حيث أنه يستحيل حصرها وذلك في ما يلي:

1- تمييز العقد الإلكتروني عن عقد إنشاء المتجر الإفتراضي

المتجر الإفتراضي هو ذلك العقد المبرم بين المشترك التاجر ومقدم خدمة الاشتراك أو صاحب المركز التجاري، حيث يلتزم مقدم الخدمة أو صاحب المركز التجاري بتخصيص موقع محدد ومرخص لنوع معين من التجارة يفتح من خلاله متجر خاص بالمشترك على الإنترنت، ويقوم هذا الأخير بمباشرة تجارته عبر الإنترنت باستخدام برنامج معين وذلك بأن يدفع مقابل مالي جراء ذلك[2].

كما أن عقد إنشاء المتجر الإفتراضي يتضمن نوعين من الشروط، شروط خاصة بكل متجر على حدة وشروط عامة تخضع لها كل المتاجر المشاركة في المركز التجاري الافتراضي مثل:

- تحديد البيانات الشخصية للمشترك.
- تقديم بيان مفصل للمنتجات المعروضة ووضع صور لها.
- تحديد اللغة التي يتم العرض بها.
- تحديد الأسعار بوضوح مع تبيان الضرائب ونفقات الشحن .
- تحديد موعد تسليم السلعة[3].

[1] محمد حسين منصور، المسؤولية الإلكترونية، المرجع السابق، ص26.

[2] بشار محمود دودين، الإطار القانوني للعقد المبرم عبر شبكة الإنترنت وفقا لقانون المعاملات الإلكترونية وبالتأصيل مع النظرية العامة للعقد في القانون المدني، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2010، ص 78.

[3] محمد حسين منصور، نفس المرجع، ص31.

كما يتضمن بعض الأحكام التي تستهدف تنظيم مسؤولية طرفي العقد في ما يتعلق بالمسائل المهمة، كاحترام التشريعات السارية التي تتعلق بالنشاط الممارس، وتنظيم الرقابة على محتويات المتجر، وضمان احترام الطرفين للأعراف التجارية وكذا تنظيم إبرام العقود اللازمة مع الغير[1].

وتجدر الإشارة إلى أن المراكز الإفتراضية تنقسم إلى نوعين، النوع الأول يسمح بالدخول إليه دون طلب إتباع إجراءات محددة، حيث يستطيع الزائر أن يتعرف على السلع والخدمات المعروضة لكنه لا يستطيع أن يقوم بعملية الشراء، أما النوع الثاني لا يسمح بالدخول إليه إلا بإتباع إجراءات معينة وذلك بعد تقديم بيانات معينة، كما أن الشراء يتم عن طريق بطاقة الائتمان [2].

من خلال ما سبق، يتبين أن العقد الإلكتروني يتميز عن عقد إنشاء المتجر الإفتراضي حيث أن هذا الأخير وبالرغم من أن موضوعه إلكتروني، إلا أنه لا يتم إبرامه بوسيلة إلكترونية دائما كما هو الحال بالنسبة إلى العقد الإلكتروني حيث ينشأ هذا الأخير دائما من تلاقي الإيجاب والقبول بوسائل سمعية بصرية تتم عبر شبكة دولية عالمية وهذا يوضح وجود اختلاف بين العقدين .

2- تمييز العقد الإلكتروني عن عقد الدخول إلى شبكة الإنترنت

عقد الدخول إلى شبكة الإنترنت أو عقد الاشتراك هو الذي يحقق الدخول إلى الشبكة من الناحية الفنية، ومن خلال هذا العقد يمكن لمقدم الخدمة أن يتيح للمستخدم الوسائل التي تمكنه من الدخول إلى شبكة الإنترنت[3]، وذلك من خلال توفير جهاز المضمان (modem) [4] والخط الواصل معه، لتمكن من ربط المودیم مع الحاسوب والأقمار الصناعية

---

[1] محمد أمين الرومي، التعاقد الإلكتروني عبر الإنترنت، المرجع السابق، ص 73.

[2] مناني فراح، العقد الالكتروني وسيلة إثبات حديثة في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص 34.

[3] خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، المرجع السابق، ص99.

[4] يعرف المودیم بأنه: جهاز يقوم بتحويل الإشارات الرقمية من جهاز الحاسب إلى إشارات صوتية يمكن انتقالها عبر خط الهاتف إلى إشارات رقمية يفهمها جهاز الحاسب، كما يستطيع أن يرسل ويستقبل جميع أشكال المعلومات إلى أي نقطة في العالم . www.dafatiri.com . 2016/10/05.

والتي يتم بواسطتها بث إشارات رقمية يتم تحويلها للشكل الذي نجد شبكة الإنترنت عليه، كما أنه يجب على المزود توفير جميع البرامج الضرورية لتشغيل خدمة الإنترنت[1].

وعليه، فإن الالتزام الرئيسي لمتعهد الخدمة يتمثل في إتاحة الاتصال بشبكة الإنترنت ويكون ذلك مقابل أجر، كما يمكن لعقد الدخول إلى الشبكة أن يتضمن التزامات مكملة كالالتزام بتوريد المواد الأساسية للاتصال وكذا الإلتزام بصيانة وتطوير الشبكة[2]، وعليه فإن هذا العقد هو عقد ملزم لجانبين.

وفي الواقع أن مسؤولية مقدم هذه الخدمة هي مسؤولية تعاقدية، حيث أنها تقوم في حالة عدم تنفيذ التزامه بالسماح للعميل بأن يقوم بالدخول إلى شبكة الإنترنت، إلا أنه لا يعد مسئولا على محتوى المعلومة حيث أنه لا يملك الوسائل التقنية التي تسمح له برقابة صحة المعلومة أو مشروعيتها، كما أنه يمكن لمقدم الخدمة وضع شروط تعفيه أو تحد من مسؤوليته[3].

كما أن المجلس الوطني للاستهلاك في فرنسا'CNC' قد أوصى المورد بأن يقوم بإعلام العميل بمدى كفاءة الخطوط المستعملة وبعدد المشتركين لديه، وإعلامه بالبرامج المقدمة ومدى حداثتها، وأن يقدم له البرامج اللازمة للتوافق بين خدمات الشبكة والأجهزة التي يستخدمها، ويقدم له أيضا ودون أي مصاريف إضافية عدادا للوقت في الحالة التي تتم فيها محاسبته بالمدة[4].

أما القانون الواجب التطبيق على عقد الدخول إلى الشبكة هو القانون الذي يتم الاتفاق عليه من قبل المتعاقدين، وفي حالة عدم وجود الاتفاق فإنه يخضع العقد إلى قانون المكان الذي يقع فيه موطن أعمال المورد أو الملتزم[5]، وهذا ما أشار إليه القانون الموحد لمعاملات الكومبيوتر في الولايات المتحدة الأمريكية[6].

---

[1] محمد فواز المطالقة، الوجيز في عقود التجارة الإلكترونية، المرجع السابق، ص37.

[2] لزهر بن سعيد، النظام القانوني لعقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص52.

[3] خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، المرجع السابق، ص100.

[4] أسامة أبو الحسن مجاهد، خصوصية التعاقد عبر الإنترنت، المرجع السابق، ص138.

[5] خالد ممدوح إبراهيم، نفس المرجع ، ص 102.

[6] Uniform Computer Information Transaction Law, 1999 .

ومن خلال ما سبق، يمكن القول أن عقد استخدام شبكة الإنترنت هو أساس وجود العقد الإلكتروني المبرم بواسطة الإنترنت فبدونه يصعب القيام بذلك فهو الذي يمكننا من التصفح عبر مواقع الإنترنت والبحث في السلع والخدمات التي نريدها.

واستنادا إلى ذلك، فإن عقد شبكة الإنترنت موضوعه استخدام شبكة الإنترنت، والعقد الإلكتروني يبرم بواسطته حيث تعد شبكة الإنترنت وسيلة للتعاقد به وكذا التعبير عن الإرادة بواسطته وهنا يظهر الاختلاف بين العقدين.

3- تمييز العقد الإلكتروني عن عقد الإيجار المعلوماتي أو عقد الإيواء

يعرف عقد الإيجار المعلوماتي أو عقد الإيواء[1] بأنه عقد من عقود تقديم الخدمات ومن خلاله يقوم متعهد الإيواء بوضع بعض أجهزته الإلكترونية تحت تصرف المستخدم، كقيامه بالسماح للعميل بأن يكون له بريد إلكتروني، حيث يخصص له حيزا من القرص الصلب لجهاز الحاسوب الخاص به، والمتصل بشبكة الإنترنت مما يسمح له بالتصرف بكل حرية في المعلومات الموجودة في الموقع، ويكون ذلك مقابل مادي[2].

وفي حالة انتهاء العقد يكون من حق المالك استرداد جميع البيانات والأدوات التي منحها للمستخدم باعتبار أن هذه الأشياء هي التي تمكن المستخدم من الانتفاع من شبكة الإنترنت سواء كانت البرامج أو المودیم[3].

ويرتبط هذا العقد ارتباطا وثيقا بالإنترنت، إذ أنه يقوم على ضرورة المرور الفني الإلزامي عبر الإنترنت، أين يتخذ العميل موقعا على الشبكة ومن خلال هذا الأخير يتمكن العميل من التعامل مع الغير والإطلاع على الأعمال والخدمات التي ينوي الحصول عليها[4].

---

[1] إن مصطلح الإيواء بمعناه الإلكتروني الواسع، يشمل وضع الوسائل التقنية والمعلوماتية بمقابل أو بالمجان تحت تصرف العملاء ليتمكنوا من الدخول إلى شبكة الإنترنت في أية لحظة ، بغية بث مضمون معلوماتي معين (نصوص أو صور أو أصوات..) إلى الجمهور ويتولى هذه المهمة متعهد الإيواء. انظر، أحمد قاسم فرح، النظام القانوني لمقدمي خدمات الإنترنت دراسة تحليلية مقارنة، مجلة المنارة، جامعة آل البيت، الأردن، المجلد 13، ع 09، 2007، ص324.

[2] عبد المهدي كاظم ناصر،حسين عبيد شعواط ، عقد الإيواء المعلوماتي، مجلة الكوفة للعلوم القانونية والسياسية، جامعة الكوفة، العراق، ع 21، 2014، ص133.

[3] محمد فواز المطالقة ، الوجيز في عقود التجارة الإلكترونية، المرجع السابق، ص39.

[4] إلياس ناصيف، العقود الدولية "العقد الإلكتروني قي القانون المقارن"، المرجع السابق، ص 51.

وقد ذهب البعض إلى تكيف عقد الإيواء على أنه عقد مقاولة؛ وذلك لأن عقد الإيواء يشبه عقد المقاولة إلى حد كبير حيث أن كلاهما من العقود الواردة على العمل، حيث أن متعهد الإيواء يؤدي عملا يتمثل في انجاز عمل محدد وهو تسكين المعلومات على القرص الصلب لحاسبته، ويكون ذلك لقاء أجر يلتزم به المستخدم، إضافة إلى ذلك فإن كل من عقد المقاولة وعقد الإيواء لا توجدان فيهما علاقة التبعية[1].

بينما ذهب آخرون إلى اعتباره عقد إيجار أشياء وليس عقد مقاولة وذلك على أساس أن مقدم الخدمة يضع إمكانيته الفنية وكذا أجهزته الإلكترونية تحت تصرف المشترك، وعليه يكون هذا الأخير مسئول أمام الغير عن سوء استعمال هذه الأجهزة[2].

وعليه، فإن عقد الإيواء أقرب إلى الإيجار منه إلى المقاولة، فالمشترك يعد مستأجر للمساحة المعينة للقرص مقابل التزامه بدفع مقابل من هذا الانتفاع .

ومن خلال ما سبق، يتبين لنا أن عقد الإيواء أو عقد الإيجار المعلوماتي يختلف عن العقد الإلكتروني، حيث أن الوسيلة الإلكترونية في عقد الإيواء تمثل موضوع ومحل هذا العقد، بينما في العقد الإلكتروني فيتمثل في أنه يعتبر وسيلة للتعبير عن الإرادة فيها وهنا يظهر الاختلاف بين العقدين .

4- تمييز العقد الإلكتروني عن عقد الاشتراك في بنوك المعلومات الإلكترونية

قبل التطرق إلى مفهوم عقد الاشتراك في بنوك المعلومات يجب تبيان مفهوم بنك المعلومات الإلكترونية حيث يقصد به مجموعة الوثائق التي تتم معالجتها من خلال الكومبيوتر، والتي تبث عبر شبكة نقل لاسلكية من كومبيوتر إلى آخر[3].

والهدف من إنشاء بنك المعلومات هو الاستفادة من المعلومات لكل من يقوم بالدخول إلى الإنترنت كما يجب أن تكون هذه المعلومات حديثة وشاملة[4].

---

[1] عبد المهدي كاظم ناصر، حسين عبيد شعواط ، عقد الإيواء ألمعلوماتي، المرجع السابق، ص136.

[2] محمد أمين الرومي، التعاقد الإلكتروني عبر الإنترنت، المرجع السابق، ص78.

[3] خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، المرجع السابق، ص 106.

[4] عجالي بخالد، النظام القانوني للعقد الإلكتروني، المرجع السابق، ص 78.

ويقصد بعقد الاشتراك في بنوك المعلومات أن يلتزم المورد أو صاحب قاعدة البيانات بأن يضع تحت تصرف العميل مقابل اشتراك معين خدمة النفاذ إلى قاعدة المعلومات للحصول على ما يناسبه من معلومات تتفق مع حاجياته[1].

ويترتب على هذا العقد التزامات متبادلة على عاتق كل من الطرفين، حيث أن المورد يلتزم بتزويد العميل بالوسائل الفنية والتي يمكن من خلالها الاتصال بقاعدة المعلومات ويلتزم أيضا بالحفاظ على سرية مطالب العميل بشأن المعلومات الموردة، كما يلتزم العميل بحسن استخدام المعلومات والمحافظة على سريتها، ويلتزم بأداء مقابل نقدي وفق ما تم الاتفاق عليه[2].

أما عن طبيعة هذا العقد فقد تعددت الآراء في تكييفه، فقد كيفه البعض على أنه تنازل عن حق استعمال المعلومات؛ لأن المستفيد منها ينتفع فقط دون أن تنتقل إليه أي حق من الحقوق المالية[3]. في حين ذهب آخرون إلى اعتبار هذا العقد على أنه عقد بيع للمعلومات لأن قاعدة البيانات تكون معدة مسبقا قبل إبرام عقد الاشتراك حيث يمكن استخدامها من كافة الأشخاص ولم يتم اختيارها لتلبية حاجات العميل[4]، ويرد على هذا بأن ملكية المعلومات تظل للمنتج ولا تنتقل إلى المشترك، بل يمنح له الصلاحية لدخول لبنك المعلومات والإطلاع على محتوياته[5].

ولعل الرأي الراجح هو أن عقد الاشتراك في بنوك المعلومات الإلكترونية هو من عقود المقاولة؛ ذلك أن موضوعه يتمثل في انجاز عمل معين بغرض إشباع رغبة طالب المعلومة فالالتزام الرئيسي لهذا العقد يتمثل في تقديم خدمة محددة للعميل، وعقود الخدمات التي تقدم

---

[1] محمد حسين منصور، المسؤولية الإلكترونية، المرجع السابق، ص31.

[2] خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، المرجع السابق، ص 108.

[3] مقتبس عن، عادل أبو هشيمة محمود حوته، عقود خدمات المعلومات الإلكترونية في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004، ص87.

[4] مقتبس عن، فاروق الأباصيري، عقد الاشتراك في قواعد المعلومات الإلكترونية' دراسة تطبيقية لعقود الانترنت'، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003، ص21.

[5] بلقاسم حامدي، إبرام العقد الإلكتروني، المرجع السابق، ص 44.

عبر الإنترنت هي عقود مقاولة، فإذا كان هذا الأخير يرد على الأعمال المادية فهذا لا يمنع أن يرد على الأعمال الذهنية والفكرية فهذه الأعمال لا تستبعد من نطاق عقد المقاولة[1].

ومن خلال ما سبق، يتبين لنا أن العقد الإلكتروني وعقد اشتراك في بنك المعلومات الإلكترونية يتخذان نفس الوسيلة لعملية الإبرام والتنفيذ وهي الوسيلة الإلكترونية، إلا أنهما يختلفان من حيث المحل إذ أن عقد الاشتراك في بنك المعلومات محله استغلال العميل خدمة النفاذ إلى قاعدة المعلومات.

5- تمييز العقد الإلكتروني عن عقد الإعلان الإلكتروني

يعرف الإعلان بصفة عامة بأنه:' كل فعل أو تصرف يهدف إلى التأثير النفسي على جمهور المستهلكين بهدف إقناعهم بمزايا وايجابيات السلعة أو الخدمة'[2].

أما الإعلان الإلكتروني فيعرف على أنه: "كل اشهار أو ترويج أو رسالة ذات طبيعة أو هدف تجاري تتم عن طريق الاتصالات الإلكترونية"[3].

وبالتالي، فإن الإعلان الذي يتم نشره إلكترونيا لا يختلف عن الإعلان التقليدي إلا من حيث الوسيلة [4].

والإعلان التجاري ورقيا كان أو إلكتروني يعتبر صورة من صور الدعاية التجارية حيث أن كلاهما يشتركان في إيصال الإعلان للغير وإقناعهم بالتعامل معه، إلا أنهما يختلفان في أن الدعاية قد تشمل بيانات ورسومات وعبارات تمس الخيال لجذب الزبائن ولا تعد إيجابا بل تعد دعوة إلى التفاوض في أحسن الأحوال، أما الإعلان التجاري يحتم أن يتضمن بيانات وعبارات دقيقة وصحيحة تحدد المطلوب من الإعلان، وقد يعتبر إيجابا قائما منتجا عند تحقق شروطه وعند خلافه يعد مجرد دعوة للتعاقد حاله حال الدعاية التجارية[5].

---

[1] فاروق الأباصيري، عقد الاشتراك في قواعد المعلومات الإلكترونية' دراسة تطبيقية لعقود الإنترنت'، المرجع السابق، ص22.

[2] خلوي عنان، الحماية القانونية للمستهلك عبر الإنترنت، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، السنة الجامعية2012-2013 ، ص11.

[3] انظر، المادة (30) من القانون رقم 18-15 المتعلق بالتجارة الإلكترونية.

[4] طارق كميل، حماية المستهلك في التعاقد عبر شبكة الإنترنت 'دراسة مقارنة'، مجلة الجامعة العربية الأمريكية للبحوث، الجامعة العربية الأمريكية، فلسطين، ع 01، 2014، ص 69.

[5] طالب حسن موسى، قانون التجارة الإلكترونية الدولية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن،2016 ، ص219.

وتجدر الإشارة إلى أن الإعلان عن السلع في الموقع الإلكتروني أو البريد الإلكتروني لا يعتبر إيجابا باتا، وإنما هو دعوة إلى التعاقد من الطرف الأول، وتكون الاستجابة من الطرف الثاني بقبوله الدعوة أو العرض هو الإيجاب الحقيقي الذي لاقى قبولا من الطرف يتم به انعقاد العقد [1].

ونظرا للمكانة التي يحتلها الإعلان الإلكتروني فقد تدخل المشرع الفرنسي بموجب القانون الصادر في 1993/01/29 المتعلق بالوقاية من الرشوة والشفافية في الحياة الاقتصادية والإجراءات العمومية بتنظيميه[2]، وهو عقد يبرم بين المتعهد بعرض الإعلانات بمختلف أنواعها وإتاحة الفرصة للغير ليطلع عليها، أو يتعهد ببيع مساحة إعلانية محددة للطرف الآخر ويعرض متعهد الإعلانات الشروط في موقعه[3].

ويمكن القول في ختام تمييز العقد الإلكتروني عن غيره من العقود، سواء المبرمة عن بعد أو تلك المبرمة في بيئته الإلكترونية بأنه عقد متميز كونه يبرم بطريقة إفتراضية والتي تتم عبر شبكة الإنترنت، حيث أن هذه الأخيرة تسمح بحضور إفتراضي متعاصر، فإذا كانت هذه الوسيلة لا تسمح بذلك فنكون أمام أحد العقود التي تبرم عن بعد وليس أمام العقد الإلكتروني، والعقد الالكتروني وإن كان يخضع لأحكام العقود المبرمة عن بعد في بعض من جوانبه إلا أنه يجب أن يخضع كذلك إلى أحكام خاصة به نظرا لطبيعته ومميزاته الحديثة.

---

[1] إلياس بن ساسي، التعاقد الإلكتروني والمسائل القانونية المتعلقة به، مجلة الباحث، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، ع2، 2003، ص63.

[2] Loi sapin, n° 122/93 du 29 janvier 1993 relative a la prévention de la corruption et a la transparence de la vie économique et des procédures publiques, du 30/01/1993.

[3] طالب حسن موسى، قانون التجارة الإلكترونية الدولية، المرجع السابق، ص220.

المبحث الثاني

إبرام العقد الإلكتروني

إن العقد الالكتروني كغيره من العقود يخضع لمبدأ سلطان الإرادة إذ يتم بتوافق الإرادتين بتلاقي الإيجاب والقبول وانعقاد العقد، إلا أنه قبل ذلك لابد من المرور بمرحلة ما قبل التعاقد والتي تعرف بالتفاوض الإلكتروني (المطلب الأول)، والتي يتم من خلالها الاتفاق على العناصر الأساسية للعقد وبمجرد أن يتفق الأطراف على ذلك، فإنه يتم الانتقال إلى مرحلة التعاقد (المطلب الأول).

المطلب الأول

مرحلة ما قبل التعاقد (التفاوض)

إن العقود الإلكترونية لا يمكن تصور فيها تطابق الإرادتين دفعة واحدة على جميع المسائل، بل ينبغي التفاوض بشأنها على فترة زمنية، حيث أن الشخص الذي يرغب في التعاقد لا يستقر به الرأي في أغلب الأحيان على إصدار إيجاب بات إلا بعد عملية التفاوض والتي من خلالها يتم تحديد العناصر الرئيسية[1].

وعليه، فإن التفاوض الإلكتروني له دور هام في إبرام العقد الإلكتروني، حيث يؤدي إلى قيام الأطراف بتنفيذ التزاماتهم بطرق سليمة، كما يؤدي إلى تجنب النزاعات التي قد تنشأ أثناء تنفيذ العقد الإلكتروني.

وفي هذا المطلب سنتطرق إلى مفهوم التفاوض الإلكتروني (الفرع الأول) وإلى الالتزامات الناشئة عن هذه المرحلة (الفرع الثاني).

الفرع الأول

مفهوم التفاوض الإلكتروني

إن تحديد مفهوم التفاوض الإلكتروني يستلزم منا القيام بتعريف التفاوض بوصفه مرحلة سابقة لإبرام العقد الإلكتروني ومن ثم بيان خصائصه (أولا)، والتطرق إلى مراحله وطرق إبرامه(ثانيا).

[1] بشار طلال المومني، مشكلات التعاقد عبر الإنترنت، عالم الكتب الحديث، الأردن، 2004، ص 46.

أولا: تعريف التفاوض الإلكتروني وخصائصه

يعرف التفاوض بصفة عامة على أنه:' تبادل الاقتراحات والمساومات والمكاتبات والتقارير والدارسات الفنية بل والاستشارات القانونية التي يتبادلها أطراف التفاوض وليكون كل منهما على بينة من أفضل الأشكال القانونية التي تحقق مصلحة الأطراف، وللتعرف على ما قد يسفر عنه الإتفاق من حقوق والتزامات لطرفيه'[1].

وفي الحقيقة، أن أغلب التقنينات المدنية كالقانون المصري والأردني والعراقي والجزائري لم تنظم أحكاما خاصة لمرحلة ما قبل التعاقد تاركة هذه المهمة للفقه والقضاء إلا أنها أشارت إليها ضمنيا.

في حين توجد تقنينات كالقانون الايطالي والألماني والسويسري والياباني نظمت هذه المرحلة صراحة والتي نصت على التزام الأطراف أثناء المفاوضات باستعمال الحقوق وتنفيذ الالتزام وفقا لقواعد حسن النية والأمانة والشرف[2].

والتفاوض الإلكتروني يتم بين الأطراف من خلال رسائل البيانات عبر الإنترنت، ويجب أن تتضمن هذه الرسائل ثلاث خصائص تتمثل في:

- بيان الاحتياجات الأساسية، أي أن العميل يقوم بتوضيح احتياجاته والغاية منها بدقة ليتم التفاوض بناءا عليها.
- التفاوض من خلال صفحة البيانات التي تكون ظاهرة على شاشة الحاسوب والتي تتضمن الشروط التي يرغب كل من الطرفين توفرها في موضوع التزامه لتحديد رغباته الأساسية من موضوع الالتزام.
- إرسال رسائل البيانات التي تتضمن عروض التفاوض التي يتم من خلالها التفاوض إلى حين الانتهاء من إبرام العقد[3].

---

[1] عقيل فاضل حمد الدهان، منقذ عبد الرضا الفردان، الإطار القانوني لعقد التفاوض الإلكتروني، مجلة أهل البيت، جامعة البصرة، العراق، ع 08 ،2009، ص 56.

[2] بلحاج العربي، مشكلات المرحلة السابقة على التعاقد في ضوء القانون المدني الجزائري دراسة مقارنة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر،2011، ص64.

[3] إياد أحمد سعيد الساري، النظام القانوني لإبرام العقد الإلكتروني على ضوء قانون التوقيع الإلكتروني والمعاملات الإلكترونية' 'دراسة مقارنه في ظل القوانين العربية والأجنبية'، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان،2016 ، ص51.

وعليه، فإن الدعوة للتفاوض يجب أن تحتوي على بيانات دقيقة وواضحة لا يشوبها غموض سواء من حيث تعين موعد التقدم بالعرض والعناصر والموصفات والشروط ليقوم التفاوض على أسس صحيحة وواضحة[1].

ويمتاز التفاوض الإلكتروني بجملة من الخصائص تتمثل في أنه:

- **رضائي**

يعد عقد التفاوض الإلكتروني من العقود التي تقوم على التراضي حيث يكفي فيه توافق الإرادتين دون اشتراط شكل معين، ويظل عقد رضائي حتى لو كان العقد النهائي عقد شكلي، وعليه يكفي اقتران الإيجاب الإلكتروني بالقبول الإلكتروني على شبكة الإنترنت دون حاجة إلى إتباع شكل معين[2].

- **تمهيدي**

حيث أن التفاوض على العقد يعتبر مرحلة تمهيدية لإبرامه، إذ يهدف إلى الإعداد والتحضير لإبرام العقد النهائي، وإذا كان التفاوض لا يلزم الطرفين، فإنه يهدف في النهاية إلى إبرام العقد بعد قيام الطرفين بالتمهيد لإبرامه بالتفاوض عبر التوصل إلى اتفاق يقود الطرفين في الأخير لبلورته إلى اتفاق نهائي[3] .

- **ذو تصرف إرادي**

أي أن إرادة الطرفين تظل حرة طيلة مرحلة المفاوضات، فلكل منهما الحرية الكاملة في الدخول في التفاوض والاستمرار فيه أو الانسحاب منه، ويرجع ذلك إلى انطباق مبدأ حرية التعاقد على عملية التفاوض[4].

فالأصل أن تسود حرية المفاوضات التي تسبق إبرام العقد النهائي، أي أن المفاوضات

---

[1] محمد فواز المطالقة، الوجيز في عقود التجارة الإلكترونية، المرجع السابق، ص49.

[2] عقيل فاضل حمد الدهان، منقذ عبد الرضا الفردان، الإطار القانوني لعقد التفاوض الإلكتروني، المرجع السابق، ص 59.

[3] إيناس مكي عبد نصار، التفاوض الإلكتروني 'دراسة مقارنة في ظل بعض التشريعات العربية المعاصرة'، مجلة جامعة بابل، جامعة بابل، العراق، المجلد21، ع3، 2013، ص 950.

[4] بشار محمود دودين، الإطار القانوني للعقد المبرم على شبكة الإنترنت، المرجع السابق، ص91.

العقدية هي التي تعبر عن الإرادة المشتركة لطرفي العقد ومرجعا هام لتفسير العقد[1].

لذلك، فإن كل متفاوض له الحرية في قطع المفاوضات في الوقت الذي يقرره إذ لا تقع المسؤولية على من عدل ولا يكلف بإثبات أسباب ودوافع العدول، إلا أنه في بعض الأحيان قد يرتب العدول مسؤولية على من قطعها إذا اقترن هذا العدول بخطأ أضر بالطرف الآخر فالمتفاوض الذي أنسحب قد يتحمل تبعة هذا الخطأ على أساس المسؤولية التقصيرية وليس العقدية وذلك بناءا على الإخلال بواجب حسن النية[2].

- **يتم باتفاق أطراف العقد**

وهذا ما يحدث غالبا، سواء كان الاتفاق قد تم بشكل صريح أو ضمني، وسواء كان قد تم بصورة شفوية أو كتابية، حيث أن المفاوضات تتم باتفاق سابق يتم من خلاله الطرفان السير للبدء في إبرام العقد، وبموجب هذا الاتفاق يمنح للطرفين العلم الكافي بالعقد المتفاوض عليه[3].

- **ملزم لجانبين**

إن التفاوض الإلكتروني يفرض على عاتق الطرفين التزامات، وإن كانت تختلف من عقد لآخر وفق اتفاق الطرفين وطبيعة ونوع العقد النهائي، كما يمكن أن تزيد التزامات أحد الأطراف على الآخر، إلا أنه توجد التزامات تشترك فيها معظم العقود[4]، والتي سنبحث فيها في المطلب الموالي.

- **مؤقت**

- حيث أنه لم يوجد إلا لفترة مؤقتة، وهي المدة التي يستغلها الأطراف في التفاوض عبر شبكة الإنترنت، فإذا انقضت المدة سواء تم التوصل إلى إبرام العقد النهائي أم لا، زال أثر عقد التفاوض، وذلك مع عدم الإضرار بحقوق الغير نتيجة قطع التفاوض بسوء نية[5].

---

[1] خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، المرجع السابق، ص 272.

[2] عباس العبودي، التعاقد عبر طريق وسائل الاتصال الفوري وحجيتها في الإثبات المدني، المرجع السابق، ص88.

[3] بشار محمود دودين، الإطار القانوني للعقد المبرم على شبكة الإنترنت، المرجع السابق، ص91.

[4] عقيل فاضل حمد الدهان، منقذ عبد الرضا الفردان، الإطار القانوني لعقد التفاوض الإلكتروني، المرجع السابق، ص 59.

[5] خالد ممدوح إبراهيم، حماية المستهلك في المعاملات الإلكترونية، المرجع السابق، ص 121.

- **احتمالي**

حيث أن التفاوض قد ينتهي في أن ينجح الطرفان في التوصل إلى اتفاق نهائي يحتوي على الشروط الجوهرية، وعليه يقوم الأطراف بإبرام العقد بصورة نهائية، ولكن لا تعتبر هذه نتيجة حتمية فقد تتحقق وقد لا تتحقق، فليس كل تفاوض على العقد يؤدي بالضرورة إلى إبرام العقد فقد ينتهي إلى لاشيء[1].

ومن خلال ما سبق، نستنتج أن التفاوض الإلكتروني يعد مرحلة تمهيدية يهدف لتحضير الإبرام النهائي للعقد، حيث أنه عقد رضائي يكفي لانعقاده توافق إرادة الطرفين وأن لكلا الطرفان الحرية في التفاوض، إذ لا يترتب عن العدول فيه أي مسؤولية إلا في حالة اقتران العدول بخطأ بطرف الآخر حيث تكون المسؤولية هنا مسؤولية تقصيرية على أساس الإخلال بواجب حسن النية، كما أن عقد التفاوض هو عقد احتمالي أي أن النتيجة لا تكون بالضرورة حتمية تنتهي بإنهاء العقد النهائي المنشود.

وإن كان التفاوض قد أخذ أهمية في العقود الحديثة، فإن أهميته تزايدت في العقود الإلكترونية، حيث أن شبكة الإنترنت وسعت في مجال التفاوض وفتحت فرص تعاقدية أوسع حتى وصلت إلى حد خيالي في عرض الفرص، وذلك سواء في البيع أو الشراء أو إبرام عقود العمل أو التامين[2].

وتبرز أهمية التفاوض الإلكتروني من حيث أن جانب كبير من العقود التي تبرم عن بعد تثير الغموض وعدم اليقين بالنسبة للجانب العملي التعاقدي فيما يخص بالتأكد من شخصية المتعاقد وطبيعة المحل والضمانات وطرق التنفيذ إلى غير ذلك مما يدفع كل طرف إلى طرح التساؤلات وإبداء التحفظات والمفاوضات قبل الدخول لإبرام العقد[3].

وقد ازدادت أهمية التفاوض بسبب التوسع في النشاط التجاري، حيث أن الهدف من ورائه هو الوصول إلى العقد النهائي ويكون ذلك بانتهاء المفاوضات التمهيدية والتي يكون

---

[1] عباس العبودي ، التعاقد عبر طريق وسائل الاتصال الفوري وحجيتها في الإثبات المدني، المرجع السابق ، ص87-88.

[2] أحمد خالد العجلوني، التعاقد عن طريق الإنترنت، المرجع السابق، ص102.

[3] محمد حسن منصور، المسؤولية الإلكترونية، المرجع السابق، ص53.

لها دور مهم في تفسير العقد في حالة غموضه، ومعرفة مقاصد الطرفين من خلال ما تم في التفاوض[1].

وللتفاوض أهمية تتعلق بتحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي في حالة نشوب نزاع بين الطرفين عند تطبيقه، كما أن التفاوض يبين وسائل تسوية المنازعات التي قد تنشأ بين الطرفين والتي قد تم الاتفاق عليها[2].

إضافة إلى ذلك، فإن التفاوض يعتبر وسيلة لازمة لتحقيق التوازن بين الحقوق والالتزامات المتبادلة للأطراف[3].

ثانيا: مراحل التفاوض الالكتروني وطرق إبرامه

لكي يكون التفاوض ناجح يجب أن يمر على مراحل وتتمثل هذه الأخيرة في مايلي:

- **دراسة الجدوى**

في هذه المرحلة يقوم العميل بدراسة الجدوى المتعلقة بأداء الخدمة المعلوماتية، حيث ترتكز هذه الدراسة على الأسس الهامة في أداء الخدمة المعلوماتية المنتظرة كتحديد الاحتياجات بدقة ووضوح، كما له الاستعانة بخبير متخصص حيث يبرز مطالبه الأساسية التي يتم التفاوض بشأنها، والتي على أساسها يجري التفاوض على اختيار الآلات والأجهزة والبرامج اللازمة لظروف العمل[4].

- **دفتر الشروط**

بعد الانتهاء من دراسة الجدوى يقوم العميل بوضع دفتر يطرح فيها شروط التعاقد، حيث يبرز من خلالها كافة مطالبه وهي دليل على الرغبة الجدية في إبرام العقد[5].

---

[1] بشار طلال المومني، مشكلات التعاقد عبر الإنترنت، المرجع السابق، ص 47.

[2] بشار محمود دودين، الإطار القانوني للعقد المبرم على شبكة الإنترنت، المرجع السابق، ص97.

[3] مصطفى موسى العجارمة، التنظيم القانوني للتعاقد عبر شبكة الإنترنت، المرجع السابق، ص264 .

[4] إلياس ناصيف، العقود الدولية' العقد الإلكتروني في القانون المقارن'، المرجع السابق، ص74.

[5] محمد حسين منصور، المسؤولية الإلكترونية، المرجع السابق، ص 55.

- **اختيار مقدم الخدمة**

بعدما ينتهي العميل من تحديد احتياجاته وإعداده لقائمة الشروط، ينتقل إلى اختيار مقدم الخدمة حيث له أن يؤمن احتياجاته بأحسن الظروف[1].

وعليه إذا ما تمت هذه المراحل يكون التفاوض بني على أسس واضحة من شأنها أن تؤدي إلى إبرام عقد ناجح .

أما عن طرق إبرام التفاوض فتتم بعدة طرق نذكر منها ما يلي:

- **التفاوض عبر البريد الإلكتروني**

وهي طريقة يتم من خلالها التفاوض بين الأطراف عبر تبادل الرسائل الإلكترونية خاصة وأنه يمكن تبادل الصور والرسومات والتصاميم وغيرهم مما يجعل من البريد الإلكتروني وسيلة فعالة للتواصل والتفاوض بين الأطراف[2].

وعليه، فإن البريد الإلكتروني يعتبر من أهم الطرق التي يتم بها التفاوض الإلكتروني وهي الطريقة الشائعة.

- **التفاوض بطريقة المشاهدة**

حيث تتم هذه الطريقة من خلال ربط الجهاز بوسائل الاتصال الصوتية والمرئية مثبة على جهاز كل متفاوض، دون الحضور المادي للأطراف في ذات الوقت الذي يتاح لكلاهما تبادل البيانات المكتوبة فورا أو يتم التفاوض بالصوت والصورة[3].

وفي اعتقادنا أن ربط الجهاز بوسائل أخرى بهدف رؤية الطرف الآخر طريقة قديمة نوعا ما، حيث أنه مع التطور التكنولوجي لم يعد الجهاز بحاجة إلى القيام بذلك وخاصة مع الظهور والاستعمال الواسع للحاسوب النقال والهواتف الذكية ، إذ يحتويان داخليا على تقنية الاتصال الصوتي والمرئي.

---

[1] إلياس ناصيف، العقود الدولية' العقد الإلكتروني في القانون المقارن'، المرجع السابق، ص75.

[2] حمودي محمد ناصر، العقد الدولي الإلكتروني المبرم عبر الإنترنت، المرجع السابق، ص 149.

[3] بلقاسم حامدي، إبرام العقد الإلكتروني، المرجع السابق، ص51-52.

- **التفاوض عن طريق مؤتمرات الفيديو**

وتعتبر هذه الطريقة من أهم الطرق المستعملة في التفاوض الإلكتروني، والتي تستخدم في دور الأعمال المحلية والدولية، إذ يتم التفاوض عن طريق مؤتمرات الفيديو، حيث أن كل الشركات الكبرى لديها قاعة مؤتمرات مجهزة بشاشات تلفزيونية وكاميرات تصوير تتصل مباشرة بقاعة مماثلة لدى الشركات الأخرى، وفي حالة ما أرادت الشركات القيام بعملية التفاوض بخصوص صفقة ما، فإن كل فريق يجلس في تلك القاعة المتواجدة في شركته فيرى أمامه في الوقت نفسه الفريق الآخر بالصوت والصورة ، ومن تم تجري عملية المفاوضة [1].

- **التفاوض بطريق المحادثة**

وتتم هذه الطريقة بفتح كلا الطرفان الصفحة الخاصة به على جهازه في نفس الوقت ويتم نقل ما تمت كتابته من الطرف الأول إلى الصفحة المفتوحة بجهاز الطرف الثاني، تتميز هذه الطريقة بالتعاصر الزمني لتبادل المفاوضات بين الأطراف من دول مختلفة[2].

من خلال ما سبق، نستنتج أن عقد التفاوض الإلكتروني يتميز بالوسيلة التي يتم بها حيث أنه يتم بوسائل إلكترونية حديثة والتي ذكرنا أهمها، وهذا ما يجعله يتميز عن التفاوض التقليدي.

الفرع الثاني

الالتزامات الناشئة عن التفاوض الإلكتروني

ينشأ عن عقد التفاوض الإلكتروني التزامات تقع على أطراف العقد بهدف الوصول إلى اتفاق يتم من خلاله إبرام العقد المنشود، وهذه الالتزامات وجب احترامها والتقيد بها، إذ أن الإخلال بها يؤدي إلى قيام المسؤولية التقصيرية ومن هذه الالتزامات ما يلي:

[1] حمودي محمد ناصر، العقد الدولي الإلكتروني المبرم عبر الإنترنت، المرجع السابق، ص 149.

[2] بلقاسم حامدي، إبرام العقد الإلكتروني، المرجع السابق، ص51.

أولا: الالتزام بالدخول في التفاوض

إذا ما تم الاتفاق بين الطرفين على عقد مبدئي بالدخول في التفاوض بهدف التوصل إلى إبرام العقد النهائي، فذلك يضع التزاما على عاتق كلا الطرفان بالدخول الفعلي في عملية التفاوض، وذلك بالمناقشة في العقد النهائي في الميعاد المحدد، وعليه فإن الالتزام بالتفاوض يجد مصدره في اتفاق التفاوض، حيث لا يحق للأطراف الامتناع أو التأخير أو الدخول في التفاوض وإلا اعتبر مسئولا عما سيقع من ضرر على الطرف الآخر[1].

ويقصد ببدء التفاوض بدء تلاقي المتفاوضين في إجراء الحوار وتبادل الاقتراحات المتصلة بالعقد الذي ينشده طرفا التفاوض، وفي الغالب يتفق الطرفان على موعد لبداية التفاوض، فإذا لم يكن ثمة اتفاق التزم كل طرف بالبدء في التفاوض في المدة المعقولة[2].

كما يشمل هذا الالتزام على عنصرين، العنصر المادي والذي يقصد به القيام بجميع الأعمال المادية التي تقتضيها عملية التفاوض كالخطابات والمراسلات والاجتماعات بين الطرفين، والعنصر المعنوي والذي يقصد به أن كل طرف يجب عليه أن يكون حسن نية ذو نزاهة وأمانة خلال فترة التفاوض[3].

ومن الأحكام التي تعرضت لمسألة بدء المفاوضات الحكم الصادر من محكمة النقض الفرنسية في 15 أيار 1992، حيث تلخص وقائع القضية في استقالة مندوب عام لشركة تأمين، ثم قيام الشركة بتعيين من يقوم مقامه دون أن تنتظر الفترة التي يحق خلالها لهذا المندوب أن يقترح على الشركة من يخلفه، وقد أيدت محكمة النقض الفرنسية حكم محكمة الموضوع الذي قضى بخطأ مسلك شركة التأمين بأن أضاعت فرصة المندوب في أن يفتح المفاوضات ويقترح على الشركة الشخص الذي تعتمده وتعامله بشروط أفضل[4].

---

[1] خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، المرجع السابق، ص 303.

[2] خالد ممدوح إبراهيم، حماية المستهلك في المعاملات الإلكترونية، المرجع السابق، ص127.

[3] أم كلثوم صبيح محمد ، المفاوضات الممهدة للتعاقد، ماهيتها وأحكامها 'دراسة مقارنة بين الواقع العملي والفراغ التشريعي'، مجلة كلية الحقوق ،الجامعة المستنصرية، العراق، مجلد 14،ع4، 2012، ص298.

[4] مقتبس عن، مصطفى خضير نشمي، النظام القانوني للمفاوضات التمهيدية للتعاقد، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط ،الأردن، السنة الجامعية 2013-2014، ص53.

إن الالتزام بالدخول في التفاوض هو التزام بتحقيق نتيجة وليس بذل عناية، وتظهر أهمية ذلك على مستوى الإثبات للخطأ عند إثبات أركان المسؤولية، فالطرف المضرور غير ملزم بإثبات الخطأ وإنما يكفي إثبات أن الطرف الآخر قد تخلف عن البدء في التفاوض في الميعاد المحدد أو خلال المدة المعقولة لتحقق المسؤولية العقدية[1].

من خلال ما سبق، نستخلص أن الالتزام ببدء التفاوض يعد أول خطوة جدية للقيام بعملية التفاوض حيث تعد مرحلة مهمة لها ويتقرر فيها مصير العقد ووجوده، حيث يقوم الأطراف باتخاذ كافة الإجراءات للقيام بها لمناقشة المسائل والنقاط محل التفاوض.

ثانيا: الالتزام بحسن النية

الالتزام بحسن النية في التفاوض الإلكتروني يعني أن تتسم عملية التفاوض بالنزاهة والأمانة والثقة مع الامتناع عن كل ما من شأنه إعاقة المفاوضة أو محاولة التضليل للإضرار بالطرف الآخر[2].

وبذلك، فإن الالتزام بهذا المفهوم سيقلل من حدوث النزاعات في مرحلة ما بعد إبرام العقد ألا وهي مرحلة تنفيذ العقد[3].

فمبدأ حسن النية يلعب دور مهم في مجال العقد سواء عند تنفيذه أو بعد تنفيذه، وهذا ما أشارت إليه العديد من التشريعات ومنها القانون الايطالي [4] والقانون التجاري الأميركي الموحد[5]والفرنسي[6]والمصري[7]والأردني[8] والمغربي[9] وكذا الجزائري، والذي أشار إليه في المادة

---

[1] عقيل فاضل حمد الدهان، منقذ عبد الرضا الفردان، الإطار القانوني لعقد التفاوض الالكتروني، المرجع السابق، ص 66.

[2] محمد عبد الكعبي، الحماية الجنائية للتجارة الإلكترونية، دار النهضة العربية ، مصر،2010، ص 315.

[3] هبة ثامر محمود عبد الله ، عقود التجارة الإلكترونية دراسة مقارنة، مكتبة السنهوري، منشورات زين الحقوقية، لبنان،2011، ص154.

[4] انظر، المادة(1337) من ق م الايطالي.

[5] انظر، المادة(1-19/201) من القانون التجاري الأمريكي الموحد (U.C.C).

[6] انظر، المادة(1/1104) من ق م الفرنسي.

[7] انظر، المادة(1/148) من ق م المصري.

[8] انظر، المادة(1/202) من ق م الأردني .

[9] انظر، المادة(231) من قانون الالتزامات والعقود.

المادة (107) من القانون المدني[1]، وفي هذا الصدد أشارت المحكمة العليا في قرار شهير لها في 1999/10/24 بأنه:" من المقرر قانونا أنه يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبحسن نية، غير أنه إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها، جاز للقاضي تبعا للظروف، وبعد مراعاة لمصلحة الطرفين، أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك"[2].

وإذا ما قمنا بالبحث عن موقف الاتفاقيات الدولية من الالتزام بحسن النية في التفاوض فإننا سنجده يعد من أهم المبادئ الجوهرية في العلاقات التجارية الدولية، حيث أنه ترتكز عليه عدة مبادئ قانونية والتي تقوم بتنظيم العقود سواء من حيث التكوين أو التنفيذ[3]، كما أشارت اتفاقية الأمم المتحدة (فينا) بشأن البيع الدولي للبضائع لعام 1980 في المادة (1/7) على أنه:" يراعى في تفسير هذه الاتفاقية صفتها الدولية وضرورة التوحيد في تطبيقها، كما يراعى ضمان احترام حسن النية في التجارة الدولية"[4].

من خلال هذه المادة نلاحظ أن هذا النص بالرغم من ذكره لمبدأ حسن النية إلا أنه لم يبين لنا دور هذا المبدأ في العقد هل هو يفسر العقد أم يعد التزام يقع على أطراف المتعاقدين، وغنى عن ذلك، فإن النص قد أعطى أهمية لمراعاة مبدأ احترام حسن النية في التجارة الدولية وهذا ما يبين أهمية تبني هذا المبدأ في العقود وضرورة الالتزام به.

---

[1] والتي تنص على:" يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبحسن نية.

ولا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه فحسب، بل يتناول أيضا ما هو من مستلزماته وفقا للقانون والعرف والعدالة، بحسب طبيعة الالتزام...".

[2] قرار المحكمة العليا رقم (191705) ،بتاريخ 1999/10/24 ، المجلة القضائية ،العدد الثاني، سنة 1999، ص 95.

[3] محمد حسين، التزامات الأطراف في التفاوض في عقود التجارة الدولية، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، جامعة بابل، العراق، ع 4، 2006، ص289.

[4] Art (7/1) : « pour l'interprétation de la présente convention, il sera tenu compte de son caractère international et de la nécessité de promouvoir l'uniformité de son application ainsi que d'assurer le respect de la bonne foi dans le commerce international ».

كما أشارت مبادئ اليوندروا المتعلقة بعقود التجارة الدولية [1]إلى الالتزام بمبدأ حسن النية في مفاوضات عقود التجارة الدولية في المادة (7/1) بأنه:" يلتزم كل طرف بأن يتصرف وفقا لما يقتضيه حسن النية وأمانة التعامل في التجارة الدولية .

لا يجوز للأطراف استبعاد هذا الالتزام أو تقييده"[2].

والملاحظ على هذه المادة أنها أوجبت على أطراف العقد الالتزام بمبدأ حسن النية في عقود التجارة الدولية. والقصد من ذلك هو إقامة نوع من التوازن بين حرية المتعاقدين وبين تقرير الحد الأدنى من الثقة والاستقرار والجدية في هذه المرحلة[3].

أما عن الطبيعة القانونية لهذا الالتزام، فهو التزام بتحقيق نتيجة وليس ببذل عناية حيث يلتزم كل طرف بمبدأ حسن النية في التفاوض، وذلك بإتباع المسلك المألوف والمعتاد، بعيدا عن الغش والخداع؛ أو ما يعرف من كتمان تدليسي، ومناورات تفاوضية تتنافى مع ما يقضي به هذا الالتزام[4] .

حيث أنه لا يستطيع المتفاوض دفع المسؤولية عنه بإثباته بأنه قد بذل كل ما بوسعه كي يصبح حسن النية ولم يفلح، ولا يجوز له التفاوض بصورة صورية بمجرد التسلية دون وجود نية حقيقية في التعاقد، ولا يجوز إتيان سلوك باستطاعته إشاعة آمال كاذبة تبعث ثقة مزيفة لدى الطرف الآخر لإطالة مدة التفاوض من غير جدوى[5]، أو كان الهدف من دخول المفاوضات قصد المراوغة لإبعاد شريكه من التفاوض مع الآخرين[6]، كلها تعتبر تصرفات

---

[1] Unidroit principles of international commercial contrast 2010, international institute for the unification of private law unidroit , rome.2010.

[2] Art (1/7): « Each party must act in accordance with good faith and fair dealing in international trade.

The parties may not exclude or limit this duty». http://www.jus-no/lm/undroit . 10/10/2016.

[3] بن أحمد صليحة، آثار المسؤولية المدنية الناشئة عن إخلال المتفاوض بالتزامه بالتفاوض بحسن النية، مجلة دفاتر السياسة والقانون، جامعة ورقلة، ع 10، 2010، ص117.

[4] حمدي محمود بارود، الطبيعة القانونية للمسؤولية في حالة العدول عن مفاوضات العقد، مجلة الجامعة الإسلامية للدراسات الاقتصادية والإدارية،جامعة الأزهر، غزة، المجلد 20،ع2، 2012، ص549.

[5] بلحاج العربي، مشكلات المرحلة السابقة على التعاقد في ضوء القانون المدني الجزائري 'دراسة مقارنة'، المرجع السابق ،ص 70.

[6] بلحاج العربي، نفس المرجع، ص 71.

واضحة تعبر عن الإخلال بالثقة المشروعة لطرف الآخر مما يترتب عنها ضياع فرصة إتمام العقد.

من خلال ما سبق، يتبين لنا أن الالتزام بحسن النية في التفاوض يعتبر مطلب هام لنجاحها، وعليه يجب أن يتضمن التفاوض في العقد الإلكتروني الصدق والأمانة عند التعامل بين الطرفين، كما أن التفاوض يهدف إلى تفسير العقد فضلا عن أنه التزام يقع على كلا الطرفين، وبالتالي فإن هذا المبدأ يلعب دور مزدوج .

ثالثا:الالتزام بالإعلام

إن فرض التزام مبدأ حسن النية على المتعاقدين يلزم عليهم الالتزام بالإعلام لتوضيح العقد من جميع جوانبه، ولعل سبب الإقرار بهذا الالتزام راجع إلى طبيعة العقد الذي يقوم بإبرامه المستهلك، حيث أن هذا العقد يتميز عموما بمبدأ انعدام التوازن العقدي بين الطرفين ويتجلى بشكل خاص إذا ما ابرم بوسائل إلكترونية[1].

ويوجب على المتفاوض في الالتزام بالإعلام الإفضاء إلى الطرف الآخر بكل ما لديه من بيانات ومعلومات تتعلق بالعقد موضوع التفاوض حتى تستنير إرادة المتعاقدين وأن يتسم التفاوض بالشفافية ويرتكز على المصارحة والمكاشفة[2].

حيث أن هذه البيانات تتعلق بمدى ملائمة العملية التعاقدية المقترحة من جميع الجوانب خصوصا إذا كانت هذه العملية بحاجة إلى تخصص فني دقيق قد لا يكون متوفر في المتفاوض، وعليه إذا ما صدر رضا من المتفاوض بعد أن تم تزويده بكافة البيانات، فإن رضاه يوصف بأنه رضا مستنير ومن ثم لا يمكنه الاحتجاج بأنه قد وقع في غلط[3].

وحتى يكون المتفاوض على بينة من أمره ويتخذ قراره بالتعاقد بالصورة التي يريدها فقد عمدت بعض التشريعات إلى تكريس مبدأ الالتزام بالإعلام والذي من شأنه أن يساهم في

---

[1] خليفي مريم، الالتزام بالإعلام الإلكتروني وشفافية التعامل في مجال التجارة الإلكترونية، مجلة دفاتر السياسة والقانون، جامعة ورقلة، ع04، 2011، ص 203.

[2] أكرم محمود حسين البدو، محمد صديق محمد عبد الله، أثر موضوعية الإرادة التعاقدية في مرحلة المفاوضات، مجلة الرافدين للحقوق، جامعة الموصل، العراق، المجلد 13، ع49، 2016، ص 412.

[3] مصطفى خضير نشمي، النظام القانوني للمفاوضات التمهيدية للتعاقد، المرجع السابق، ص63-64.

إيجاد رضا سليم، ومن بين هذه التشريعات، قانون الاستهلاك الفرنسي [1]حيث ألزمت المادة (1/111)[2]على كل مهني محترف وكل شخص ملزم بتقديم خدمة أن يقوم بوضع كل الصفات الأساسية للسلعة أو الخدمة أمام المستهلك.

أما القانون رقم 2004-575 المؤرخ في 21 جانفي2004 المتعلق بدعم الثقة في الاقتصاد الرقمي الفرنسي في المادة (2/19)[3]، أكد على التزام الشخص القائم بنشاط التجارة الإلكترونية بإعلام المستهلك بالثمن بصورة واضحة لا يشوبها غموض.

[1]Code de la consommation (version consolidée au 1er octobre 2018) https://www.legifrance.gouv.fr .

[2] Art (111-1) du code de la consommation : «Avant que le consommateur ne soit lié par un contrat de vente de biens ou de fourniture de services, le professionnel communique au consommateur, de manière lisible et compréhensible, les informations suivantes :

1- Les caractéristiques essentielles du bien ou du service, compte tenu du support de communication utilisé et du bien ou service concerné.

2- Le prix du bien ou du service, en application des articles L. 113-3 et L. 113-3-1.

3- En l'absence d'exécution immédiate du contrat, la date ou le délai auquel le professionnel s'engage à livrer le bien ou à exécuter le service.

4- Les informations relatives à son identité, à ses coordonnées postales, téléphoniques et électroniques et à ses activités, pour autant qu'elles ne ressortent pas du contexte, ainsi que, s'il y a lieu, celles relatives aux garanties légales, aux fonctionnalités du contenu numérique et, le cas échéant, à son interopérabilité, à l'existence et aux modalités de mise en œuvre des garanties et aux autres conditions contractuelles. La liste et le contenu précis de ces informations sont fixés par décret en Conseil d'Etat ».

[3] Art (19/2): « Toute personne qui exerce l'activité définie à l'article 14 doit, même en l'absence d'offre de contrat, dès lors qu'elle mentionne un prix, indiquer celui-ci de manière claire et non ambiguë, et notamment si les taxes et les frais de livraison sont inclus. Le présent alinéa s'applique sans préjudice des dispositions régissant la publicité trompeuse prévues à l'article L. 121-1 du code de la consommation, ni des obligations d'information sur les prix prévues par les textes législatifs et réglementaires en vigueur » .

وعليه، فإن التشريع الفرنسي قد أقر بوجود التزام عام بالمصارحة والشفافية في مرحلة التفاوض، إذ يجب على كل متفاوض أن يعلم المتفاوض الآخر بكل شيء بما يصاحب العقد من ظروف وملابسات واقعية قانونية[1].

أما القانون الخاص بالمبادلات التجارة الإلكترونية التونسية فقد أشار في الفصل (25) إلى المعلومات التي يجب إعلام المستهلك بها[2].

وبالنسبة للقانون اللبناني، المتعلق بحماية المستهلك[3] فقد تضمن ضرورة تزويد المستهلك بمعلومات واضحة وصريحة تتناول المواضيع التي تمكنه من اتخاذ قراره بالتعاقد.

وعن المشرع المصري، فقد أشار إليه في قانون التجارة المصري عند تنظميه لعقد نقل التكنولوجيا [4].

أما القانون الجزائري فقد أشار إلى هذا المبدأ في عدة تقنينات منها القانون المدني في المادة (352) وكذا القانون رقم 09-03 المتعلق بحماية المستهلك في المادة (17) منه[5] وكذا في القانون رقم 10-06المتعلق بالقواعد العامة المطبقة على الممارسات التجارية في المادة (4) منه[6]، والمرسوم التنفيذي رقم 06-306 الذي يحدد العناصر الأساسية في العقود المبرمة مابين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين في المادة (4) منه[7]، وأيضا تم النص عليه

---

[1] بلحاج العربي، مشكلات المرحلة السابقة على التعاقد في ضوء القانون المدني الجزائري 'دراسة مقارنة'، المرجع السابق، ص81.

[2] انظر، المادة (25) من قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية.

[3] انظر، المادة (52) من القانون حماية المستهلك رقم 659 الصادر في 4 فبراير 2005، المعدل بموجب القانون رقم 14-265، ج ر، ع17، الصادر في 22 ابريل 2014.

[4] انظر، المادة (76) من القانون التجاري المصري رقم 99-17، ج ر، ع 19، الصادر في 17 ماي 1999.

[5] انظر، المادة (17) من القانون رقم 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، ج ر، ع 15 الصادر في 8 مارس 2009، المعدل والمتمم بموجب القانون رقم 18-09 ، ج ر، ع 35، الصادر في 13 يونيو 2018.

[6] انظر، المادة (04) من القانون رقم 10-06، ج ر، ع 46، الذي يحدد الممارسات التجارية، الصادر في 15 غشت 2010

[7] انظر، المادة (4) من القانون 06-306، المؤرخ في 10 سبتمبر 2006، ج ر، ع 56،الصادر في 11 سبتمبر2006، المتعلق بتحديد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية.

عليه في المادة (4) من المرسوم التنفيذي رقم 13-378 المتعلق بإعلام المستهلك[1]، كما نصت عليه كذلك المادة (11) من القانون رقم 18-05 المتعلق بالتجارة الإلكترونية[2].

وقد نص على هذا الالتزام أيضا التوجيه الأوروبي رقم 7/97 الصادر في 20 مايو 1997 بشأن حماية المستهلكين في العقود عن بعد في المادة (4) منه، حيث ألزم الموردين بإعلام المستهلكين ببيان الأوصاف الأساسية للسلع والخدمات، وكذا بعض المعلومات الخاصة بالعقد كبيان الأسعار، وطريقة وكيفية الدفع التسليم والتنفيذ وإقرار حق العدول للمستهلك ومدة صلاحية الإيجاب أو العرض"[3].

إن الالتزام بالإعلام في التفاوض الإلكتروني هو التزام ايجابي سابق على إبرام العقد الإلكتروني، يلزم المدين بإحاطة المستهلك عبر الإنترنت بكافة المعلومات والبيانات المتعلقة

---

[1] انظر، المواد (4) و(52-53) من المرسوم التنفيذي رقم 13-378 المؤرخ في 09 نوفمبر 2013، يحدد الشروط والكيفيات المتعلقة بإعلام المستهلك.ج ر، ع 58، 2013.

[2] انظر، (11) من القانون رقم 18-05 المتعلق بالتجارة الإلكترونية

[3] Art (4) : «En temps utile avant la conclusion de tout contrat à distance, le consommateur doit bénéficier des informations suivantes :

a) identité du fournisseur et, dans le cas de contrats nécessitant un paiement anticipé, son adresse.

b) caractéristiques essentielles du bien ou du service.

c) prix du bien ou du service, toutes taxes comprises.

d) frais de livraison, le cas échéant.

e) modalités de paiement, de livraison ou d'exécution.

f) existence d'un droit de rétractation, sauf dans les cas visés à l'article 6 paragraphe 3.

g) coût de l'utilisation de la technique de communication à distance, lorsqu'il est calculé sur une base autre que le tarif de base.

h) durée de validité de l'offre ou du prix.

i) le cas échéant, durée minimale du contrat dans le cas de contrats portant sur la fourniture durable ou périodique d'un bien ou d'un service ».

بمحل العقد وشخصية المنتج والمورد، وأي اعتبار آخر بإمكانه التأثير في رضا المستهلك[1].

كما يعتبر الالتزام بإعلام المستهلك من أهم الالتزامات التي تقع على عاتق المتدخل بهدف حماية المستهلك باعتبار أن التعاقد الإلكتروني يتم باستخدام وسائل اتصال حديثة تتم عبر شبكة الإنترنت وذلك بتزويد المستهلك بكافة البيانات الضرورية للتعبير عن إرادته بقبول المنتج وتمكنه من الموافقة على شروط التعاقد[2].

والالتزام بالإعلام يعتبر التزام ببذل عناية حيث يقوم المورد بتزويد العميل بجميع البيانات والمعلومات وكذا ملحقات المنتج التي تبين حقيقة المنتج وبيان طرق استخدامه وذكر مخاطره، إلا أن المورد غير ملزم بضمان النتيجة، وعليه فإن المورد يكون قد أوفي بالتزامه ببذل العناية التي تقتضيها طبيعة عمله، إذ أن الالتزام في هذه المرحلة لا يكون ناتج عن أثر عقدي بل هو سابق للتعاقد، ومنه لا يكون هنالك أي التزام عقدي على المتعاقدين[3].

وتجدر الإشارة إلى أن كتمان واقعة مؤثرة في التعاقد يعد تدليسا، يجيز للمتعاقد المدلس إبطال العقد وهذا ما ذهبت إليه أغلب التشريعات ومنها القانون المدني السوري في المادة (126)، والقانون المدني المصري في المادة (2/125)، والقانون المدني الأردني في المادة (144)، أما القانون المدني الجزائري فقد نص على ذلك في المادة (2/86)، وكذا القانون المدني الفرنسي في المادة (1112-1) منه.

من خلال ما سبق، يتبين لنا أن الالتزام بالإعلام في عقد التفاوض الإلكتروني يعتبر من أهم الضمانات المستحدثة في العقد الإلكتروني؛ حيث يقر حماية للمتفاوض، وهذا ما جعل معظم التشريعات تلزم المنتج بإعلام المستهلك قبل التعاقد بكافة المعلومات الجوهرية لكي يكون عالما بها ويتخذ قراره بالتعاقد في الشكل الذي يريده، كما رأينا أن أغلب التشريعات ذهبت إلى أن كتمان واقعة مؤثرة في التعاقد يعد تدليسا، يجيز للمتعاقد المدلس إبطال هذا العقد.

---

[1] عقيل فاضل حمد الدهان، غني ريسان جادر الساعدي، الالتزام بالإعلام في العقد الإلكتروني، مجلة أهل البيت، جامعة البصرة، العراق، ع5،2007، ص 208.

[2] نواف محمد مفلح الذيابات، الالتزام بالتبصير في العقود الإلكترونية، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، الأردن، السنة الجامعية 2012-2013، ص3.

[3] محمد فواز المطالقة، الوجيز في عقود التجارة الإلكترونية، المرجع السابق، ص 52.

رابعا: الالتزام بالتعاون

إن الالتزام بالتعاون في مجال التفاوض على إبرام العقود عبر شبكة الإنترنت هو التزام يفرضه واجب حسن النية، حيث يوجب على المتفاوضين أن يلتزما بالتعاون وذلك بتحديد الهدف والغاية الأساسية من العقد الذي يسعى المتعاقدان إلى إبرامه بكل وضوح، وليتمكن كل منهما بدراسة ظروفه وظروف الآخر ومدى قدرته على إبرام العقد[1].

ويظهر ذلك في العقود الفنية كبرامج الحاسب الآلي، ولو استدعى الأمر اللجوء إلى خبير في الشركات المتخصصة، وللعميل مطالبة المورد بكافة الإيضاحات[2]، وفي حالة تقصير العميل بالتحري وأدى ذلك إلى حصوله على أجهزة لا تتوافق مع احتياجاته، فإن ذلك يؤدي إلى انعقاد مسؤوليته عن الإخلال بالتزامه، ويتحمل العميل مسؤولية تقصير المقاول في انجاز مهمته متى ثبت أن هذا التقصير راجع إلى إخلال العميل بالتزامه بالتعاون[3].

كما أن الالتزام بالتعاون يتسم بالاستمرارية، حيث أنه يبقى من بداية مرحلة التفاوض إلى غاية إبرام العقد بهدف الوصول إلى الغاية المرجوة[4].

وعادة لا يتم النص الصريح كتابة أو شفاهة، على الالتزام بالتعاون والمساعدة المتبادلة بل يفترض وجوده ضمنا، ويتجسد الالتزام بالتعاون في التشاور والمشاركة في إعداد سيناريو أو جدول المفاوضات وتحديد مكان وزمان إجرائها، والتراضي على تحديد الخبراء الفنيين والاستشاريين[5].

---

[1] إلياس ناصيف، العقود الدولية 'العقد الإلكتروني في القانون المقارن'، المرجع السابق، ص 72.

[2] محمد حسين منصور، المسؤولية الإلكترونية، المرجع السابق، ص 56.

[3] مصطفى خضير نشمي، النظام القانوني للمفاوضات التمهيدية للتعاقد، المرجع السابق، ص63.

[4] مصطفى موسى العجارمة، التنظيم القانوني للتعاقد عبر شبكة الإنترنت، المرجع السابق، ص 265.

[5] أحمد عبد الكريم سلامة، النظام القانوني لمفاوضات العقود الدولية، http://www.f-law.net/law/threads/ ، 2017/01/16.

ولعل أهم تطبيق للالتزام بالتعاون، إن لم يكن التزاما مستقلا هو الالتزام بالإعلام، فمن شروط مبدأ حسن النية في تكوين العقد أن يلزم المتعاقدان في مرحلة المفاوضات بعدم كتمان البيانات الضرورية للتعاقد[1].

كما يدخل في إطار التعاون الالتزام بالنصح والإرشاد حيث يقوم مقدم الخدمة بتقديم النصح والإرشاد باعتباره مهني ذو خبرة إلى العميل الذي عادة يحتاج إلى إرشاداته، كما هو الحال عندما يطرح علاج صحي على شبكة الإنترنت، إذ يتوجب على الشركة التي قامت بطرحه تبيان النصائح والإرشادات بشكل واضح، ليتمكن الجميع من الإطلاع عليها مع الإعلان المرسل عبر الإنترنت[2].

من خلال ما سبق، نستنتج أن الالتزام بالتعاون هو التزام ناشئ عن عقد التفاوض، إذ يلزم كلا الطرفين بإقامة التعاون بينهما بهدف تحقيق الغاية المرجوة من المفاوضات والتي تتمثل في إبرام العقد النهائي.

خامسا: الالتزام بالمحافظة على السرية

ويقصد بالالتزام بالمحافظة على سرية المعلومات ذلك الالتزام الذي يفرض على المتفاوض التزام الصمت بخصوص كل ما يصل إلى علمه أو يكتشفه أثناء التفاوض[3].

إذ أن عملية التفاوض قد تقتضي الكشف عن بعض الأسرار كانت فنية أو مهنية من قبل أحد الأطراف، وعلى ذلك أوجب الالتزام بالمحافظة على الأسرار، لأن كل منهما مكان ليعلم بها لولا التفاوض، وعليه إذا ما أفشيت هذه الأسرار دون علم أو موافقة الطرف الآخر فيكون قد ارتكب خطأ يوجب مساءلته إذا ثبت وقوع ضرر للطرف الآخر[4].

---

[1] أم كلثوم صبيح محمد ، المفاوضات الممهدة للتعاقد ماهيتها وأحكامها 'دراسة مقارنة بين الواقع العملي والفراغ التشريعي'، المرجع السابق، ص 302.

[2] إلياس ناصيف، العقود الدولية 'العقد الالكتروني في القانون المقارن'، المرجع السابق، ص 73؛ محمد فواز المطالقة، الوجيز في عقود التجارة الإلكترونية، المرجع السابق، ص53.

[3] خالد ممدوح إبراهيم، حماية المستهلك في المعاملات الإلكترونية، المرجع السابق، ص 132.

[4] خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، المرجع السابق، ص307.

وبالتالي، فإن هذا الالتزام يهدف إلى حماية الطرف الذي أدلى بأسراره بواجب الإعلام ضد استخدام أو نشر المعلومات التي تلقاها الطرف الأخر أثناء التفاوض باعتباره نتيجة لازمة مباشرة بالإعلام[1].

وبما أن الالتزام بالمحافظة على السرية له أهمية، فقد جعل الطرفان في بعض العقود الهامة يطالبان بضمانات بهدف المحافظة على عنصر السرية في المفاوضات، كالتعهد الكتابي المسبق أو الاقتصار على التعهد الأدبي أو سداد مبلغ نقدي قبل الدخول في المفاوضات[2].

ومضمون هذا الالتزام يتكون من شقين هامين؛ يتمثل الشق الأول في امتناع المتفاوض كلية من إفشاء هذه السرية أو نقلها للغير سواء أثناء التفاوض أو بعد ذلك، أما الشق الثاني هو الامتناع عن استغلالها لحسابه دون إذن صاحبها[3].

كما أقرت الاتفاقيات الدولية هذا الالتزام؛ نذكر منها الاتفاقية الدولية للجوانب المتعلقة بحقوق الملكية الفكرية (التربس)[4] في المادة (2/39) منها، والتي تنص على أنه : " للأشخاص الطبيعيين والاعتبارين حق منع الإفصاح عن المعلومات التي تحت رقابتهم بصورة قانونية لآخرين أو حصولهم عليها أو استخدامهم لها دون الحصول على موافقة منهم، بأسلوب يخالف الممارسات التجارية النزيهة طالما كانت تلك المعلومات:

أ- سرية.

ب- ذات قيمة تجارية.

---

[1] بخيت عيسى، آثار العولمة على المسؤولية السابقة للتعاقد، المجلة الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والإنسانية، جامعة الشلف، ع 14، 2015، ص 85.

[2] مصطفى موسى العجارمة، التنظيم القانوني للتعاقد عبر شبكة الإنترنت، المرجع السابق، ص 267.

[3] بلحاج العربي، مشكلات المرحلة السابقة على التعاقد في ضوء القانون المدني الجزائري دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص77.

[4] اتفاقية الجوانب المتصلة بالتجارة من حقوق الملكية الفكرية تريبس 1994. https://www.nlk.gov.kw/Upload/Bibligra/Trips . 2017/01/17.

ج- أخضعت لإجراءات معقولة في إطار الأوضاع الراهنة من قبل الشخص الذي يقوم بالرقابة عليها من الناحية القانونية بغية الحفاظ على سريتها"[1].

من خلال هذا النص نلاحظ بأنه يجب أن تتحقق شروط في المعلومة إذ يجب أن تكون سرية وأن تكون لها قيمة تجارية، وإتباع صاحبها الإجراءات لازمة للحفاظ على سريتها وبالتالي متى تحققت هذه الشروط في المعلومة فإنها تتمتع بالحماية القانونية على المستوى الدولي.

كما أشار لهذا المبدأ المشرع الجزائري في المادة (26) من قانون التجارة الإلكترونية والتي نصت على أنه:' ينبغي للمورد الإلكتروني الذي يقوم بجمع المعطيات ذات الطابع الشخصي ..... ضمان أمن المعلومات وسرية البيانات'.

وعليه فإن المشرع الجزائري قضى بحماية البيانات من خلال ضمان أمنها وفقا للتشريع المعمول به، كما يمنع عليه استغلالها دون رضا صاحبها.

و مما سبق، نخلص إلى القول بأن الالتزام بالمحافظة على سرية المعلومات هو من أهم الالتزامات الناشئة عن عقد التفاوض الإلكتروني، إذ يلزم على أحد الأطراف الإدلاء ببعض الأسرار الهامة بهدف إعلام الطرف الآخر وجذبه، في المقابل لا يجب على من تلقاها إفشاءها أو استغلالها دون طلب إذن من صاحبها بأي شكل من الأشكال وإلا قامت مسؤوليته جراء ذلك.

---

[1] Art (39/2) : « Natural and legal persons shall have the possibility of preventing information lawfully within their control from being disclosed to, acquired by, or used by others without their consent in a manner contrary to honest commercial practices10 so long as such information:

(a) is secret in the sense that it is not, as a body or in the precise configuration and assembly of its components, generally known among or readily accessible to persons within the circles that normally deal with the kind of information in question.

(b) has commercial value because it is secret.

(c) has been subject to reasonable steps under the circumstances, by the person lawfully. in control of the information, to keep it secrete».

أما عن المسؤولية في مرحلة المفاوضات فطبقا للقواعد العامة في القانون المدني، فإنه في حال الإخلال بتنفيذ الالتزام من قبل أحد الأطراف فإنها تقوم مسؤوليته جراء ذلك واستنادا إلى ذلك، فإنه في حالة ما قام المتفاوض بمخالفة الالتزامات المذكورة سابقا فإنه يكون مخطأ وتثور مسؤوليته المدنية التقصيرية[1].

وتتحقق المسؤولية التقصيرية في حالة الإخلال بالمفاوضات والتي تقوم على الخطأ الذي يعرف بأنه تقصير في مسلك التفاوض عبر الإنترنت لا يقع من متفاوض يقظ وجد نفسه في نفس الظروف الخارجية التي أحاطت بالتفاوض المسئول، ومن صور الخطأ الامتناع عن الدخول في المفاوضات أو قطعها على نحو تعسفي وبدون مبرر جدي أو التفاوض مع الطرف الأخر بسوء نية [2].

وعلى هذا الأساس ذهبت أغلب التشريعات إلى اعتبار المسؤولية عن إخلال المفاوضات تقصيرية، حيث قضت محكمة النقض المصرية بأنه:"لا تعد المفاوضات إلا عملا ماديا، ولا يترتب عليها بذاتها أي أثر قانوني، فكل متفاوض حر في قطع المفاوضة في الوقت الذي يريد دون أن يتعرض لأي مسؤولية أو أن يطالب بيان المسوغ لعدوله، ولا يرتب هذا العدول مسؤولية على من عدل، إلا إذا اقترن به خطأ تتحقق معه المسؤولية التقصيرية، إذا نتج عنه ضرر بالطرف الآخر المتفاوض الذي يقع عليه عبء إثبات ذلك الخطأ من وقائع أخرى اقترنت بهذا العدول، ويتوفر الخطأ اللازم لتوفر المسؤولية التقصيرية"[3].

كما قضت محكمة استئناف ريو Rio الفرنسية سنة 1992 بأنه:" لكل طرف متفاوض الحرية الكاملة في قطع المفاوضات في أي وقت، ولكن هذا القطع يعتبر خطأ إذا تم في

---

[1] حيث أنه وجد خلاف فقهي حول تحديد الطبيعة القانونية للمسؤولية الناتجة عن قطع المفاوضات في ما إذا كانت عقدية أم تقصيرية، حيث ذهب الفقيه الألماني أهرنج إلى اعتبارها مسؤولية عقدية؛ إذ يرى أن الخطأ في الفترة السابقة على التعاقد سواء ترتب عليه انعقاد العقد أم أدى إلى بطلانه، يعتبر خطأ عقدي يثير المسؤولية العقدية على عاتق مرتكبه بتعويض الضرر الذي لحق الطرف الآخر، كما يرى هذا الفقيه أن العقد بالرغم من بطلانه فإنه ينشأ التزاما بالتعويض كعقد لا كواقعة مادية، وعليه فإن دعوى التعويض تستند إلى دعوى العقد ذاتها إلا أن هذا الرأي انتقد ، انظر، نزيه محمد الصادق المهدي، الالتزام قبل التعاقدي بالإدلاء بالبيانات العقدية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1982، ص 302 وما بعدها.

[2] خالد ممدوح إبراهيم، حماية المستهلك في المعاملات الإلكترونية، المرجع السابق، ص 133.

[3] مقتبس عن، بشار طلال مومني، مشكلات التعاقد عبر الإنترنت، المرجع السابق، ص 53.

وقت كانت فيه المفاوضات قد وصلت إلى مرحلة متقدمة، بحيث تجعل المتفاوض الآخر يعتقد اعتقادا مشروعا أن العقد في سبيله إلى الانعقاد"[1].

والجدير بالذكر أن الاجتهاد القضائي الفرنسي يشترط التعسف في قطع المفاوضات بنية الإضرار بالطرف الأخر[2] أو سوء نية[3] أو الوعد الخداع أو النفاق أو التدليس[4]، فإنها قد تشكل خطأ تقصيري وتؤدي إلى قيام المسؤولية التقصيرية في مرحلة ما قبل التعاقد.

من خلال ما سبق، يتبن لنا أن الأصل في التفاوض هو حرية الأطراف في قطعها متى أرادوا استنادا للمبدأ التي تقوم عليه المفاوضات ألا وهو حرية التعاقد كما تبين لنا سابقا حيث أنه لا يترتب عن ذلك أي مسؤولية، إلا أنه إذا كان قطع المفاوضات قد سبب ضرر لطرف الآخر فهنا تقوم مسؤوليته المدنية التقصيرية .

المطلب الثاني

مرحلة التعاقد الإلكتروني

إن العقد الالكتروني كما قلنا سابقا أنه عقد يتم إبرامه وتنفيذه بين طرفين بوسيلة إلكترونية وبالتالي، فإن العقد الإلكتروني كالعقد التقليدي يختلف عنه في الوسيلة التي يتم فيها إبرامه وتنفيذه، وعليه فإنه لا خلاف بينهما من حيث توافر الأركان (الفرع الأول)، وكذا من حيث تحديد وقت الإبرام (الفرع الثاني).

الفرع الأول

أركان العقد الإلكتروني

إن العقد عموما يقوم على أركان أساسية لابد من توفرها، ومن أهم هذه الأركان، الرضا والذي يعبر عن قبول المتعاقد لمضمون العقد، ولكي يكون هذا التعبير ذو قيمة يجب أن يكون المتعاقد كامل الأهلية ولابد من توفر المحل والسبب واللذان يشترطا أن يكونا من النظام العام والآداب العامة.

---

[1] مقتبس عن، مصطفى خضير نشمي، النظام القانوني للمفاوضات التمهيدية للتعاقد، المرجع السابق، ص74 .

[2] Cass.civ , 12/04/1976 , Bull.civ 1, n°122, obs. Durry ; 16/10/1973, D. 1974 , IR, p :15.

[3] Cass.com 22/02/1994, RTD,civ, 1994, obs (j) Mester. P:849.

[4] Versailles ,24/09/1991 KRTD.civ , 1992 ,p :752.

وبما أن العقد الالكتروني لا يختلف في الجوهر عن العقد التقليدي، فإنه يخضع لنفس الأحكام المتعلقة بأركان العقد.

أولا:التراضي في العقد الإلكتروني

إذا كانت البيئة الرقمية أثرت على ركن التراضي في طريقة إبرام العقود وتنفيذها، إلا أنها لم تتمكن من ذلك من حيث تكوينها لهذه العقود، إذ أن التراضي لازال في العقود الإلكترونية يحتاج إلى عنصرين وهما الإيجاب والقبول الإلكترونيين[1].

1-الإيجاب الإلكتروني

إن التعرض لمسألة الإيجاب لا يقتضي البحث فيه بمعناه التقليدي تفصيلا، وإنما نبحث في أوجه الخصوصية للإيجاب في مجال البيئة الإلكترونية.

ويعرف الإيجاب[2]عامة بأنه :' التعبير البات الصادر من أحد المتعاقدين والموجه إلى الطرف الآخر بقصد إحداث أثر قانوني'[3].

ويفهم من هذا التعريف أن الإيجاب هو عرض يتم من خلاله التعبير عن الإرادة في إبرام العقد على أن يكون هذا التعبير باتا أي اتجاه الإرادة إلى الالتزام بإبرام العقد.

أما عن وصف الإيجاب بأنه إلكتروني، فإنه لا يغير شيء من ماهيته، حيث أن ارتباطه بشبكة الإنترنت لا يغير من أصله المراد منه وفقا للنظريات التقليدية في الالتزامات وقانون العقد، فالمسألة مجرد وصف لا أكثر على اعتبار أنه يتم بوسيلة إلكترونية[4].

وقد عرفه التوجيه الأوربي رقم07 لسنة 1997 المتعلق بحماية المستهلك الإيجاب في العقود عن بعد في المادة (02) منه بأنه: " كل اتصال عن بعد يتضمن كل العناصر

---

[1] طمين سهيلة، الشكلية في عقود التجارة الإلكترونية، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزو وزو السنة الجامعية 2010-2011، ص 55.

[2] لقد عرفت عدة التشريعات مفهوم الإيجاب ومنها: المادة (131) من ق م الإماراتي؛ المادة (1/91) من القانون م الأردني؛ المادة (14) من اتفاقية فيينا بشأن البيع الدولي للبضائع 1980 ؛ المادة (2/2) من مبادئ العقود التجارة الدولية الصادرة عن undroit.

[3] عدنان السرحان، نوري خاطر، شرح القانون المدني، مصادر الحقوق الشخصية (الالتزامات)، دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ط1، الأردن، 2000 ، ص57.

[4] أسامة أحمد بدر، حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني، المرجع السابق، ص 179.

اللازمة بحيث يستطيع المرسل إليه أن يقبل التعاقد مباشرة، ويستبعد هذا النطاق مجرد الإعلان" [1].

ولما كان العقد الإلكتروني يندرج ضمن طائفة العقود التي تبرم عن بعد، فإن تعريف الإيجاب الإلكتروني يجب أن يتم في نطاق ذلك[2].

كما اشارت المادة (1/11) من قانون الأمم المتحدة النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية الأونستيرال الصادر بتاريخ 16 ديسمبر 1996 على وصف الإيجاب، حيث نصت على أنه:" في سياق تكوين العقود، ما لم يتفق الطرفان على غير ذلك يجوز استخدام رسائل البيانات للتعبير عن العرض وقبول العرض، وعند استخدام رسالة البيانات في تكوين العقد لا يفقد ذلك العقد صحته أو قابليته لمجرد استخدام رسالة بيانات لذلك الغرض"[3].

كما أشارت المادة (11) من قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية الإماراتي، على أنه: " لأغراض التعاقد يجوز التعبير عن الإيجاب والقبول جزئيا أو كليا بواسطة المراسلة الإلكترونية، ولا يفقد العقد صحته أو قابليته للتنفيذ لمجرد أنه تم بواسطة مراسلة إلكترونية واحدة أو أكثر".

---

[1] Art (2): « contrat à distance»: tout contrat concernant des biens ou services conclu entre un fournisseur et un consommateur dans le cadre d'un système de vente ou de prestations de services à distance organisé par le fournisseur, qui, pour ce contrat, utilise exclusivement une ou plusieurs techniques de communication à distance jusqu'à la conclusion du contrat, y compris la conclusion du contrat elle-même».

[2] شادي رمضان، النظام القانوني للتعاقد والتوقيع في إطار عقود التجارة الإلكترونية، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع، ط1، مصر، 2016، ص 167.

[3] Art (11/1) : « Formation and validity of contracts

In the context of contract formation, unless otherwise agreed by the parties, an offer and the acceptance of an offer may be expressed by means of data messages. Where a data message in used in the formation of a contract, that contract shall not be denied validity or enforceability on the sole ground that a data message was used for that purpose ».

أما القانون البحريني الخاص بالتجارة الإلكترونية فقد اشار في المادة (10)[1] على جواز التعبير عن الإيجاب بطريقة الإلكترونية، حيث نص على أنه: " في سياق إبرام العقود يجوز التعبير كليا أو جزئيا عن الإيجاب والقبول وكافة الأمور المتعلقة بإبرام العقد والعمل بموجبه بما في ذلك أي تعديل أو عدول أو إبطال للإيجاب أو القبول عن طريق السجلات الإلكترونية ما لم يتفق الطرفان على غير ذلك".

كما عرفت غرفة التجارة والصناعة لباريس الإيجاب الإلكتروني بأنه:" كل اتصال عن بعد يحتوي على كل العناصر اللازمة التي تمكن المرسل إليه من الموافقة مباشرة على الدخول في العقد"[2].

من خلال ما سبق، نستنتج أن الإيجاب الإلكتروني لا يختلف عن الإيجاب التقليدي إلا من حيث الوسيلة التي يتم التعبير بها عن إرادة الأطراف، حيث أنه يتم عبر شبكة الإنترنت باعتبارها وسيلة يتم استخدامها في بيئة العقود الإلكترونية. وبما أنه كذلك فهو يتميز ببعض الخصوصية وتتمثل هذه الأخيرة بما يلي:

أ- **<u>الإيجاب الإلكتروني يتم عن بعد</u>**

بما أن الإيجاب الإلكتروني هو إيجاب يتم عن بعد فهو يخضع للقواعد الخاصة بحماية المستهلك في العقود المبرمة عن بعد، حيث أنها تفرض على المهني مجموعة من القيود والواجبات يلتزم بها اتجاه المستهلك الإلكتروني[3].

---

[1] انظر، القانون البحريني رقم 28 لسنة 2002، بشأن التجارة الإلكترونية، المعدل والمتمم بالقانون رقم 17- 34، ج ر، ع3331، الصادر في 11 سبتمبر 2017.

[2] Chambre de commerce et d'Industrie de Paris, Pour un contrat-type de commerce électronique ; www.ccip.fr . 17/01/2017.

[3] من بين هذه الالتزامات : تزويد المستهلك بمعلومات حول شخصية التاجر وعنوانه والمركز الرئيسي له، وعنوان البريد الإلكتروني، الخصائص الأساسية للمنتجات والخدمات المعروضة، وأوصافها وأثمانها ووسائل الدفع وطريقة التسليم وخيار المستهلك في الرجوع في التعاقد، وإعادة أخطار المستهلك وخدمة ما بعد البيع ومدة الضمان. انظر، خالد ممدوح إبراهيم، لوجستيات التجارة الإلكترونية، دار الفكر الجامعي، ط1، مصر، 2008، ص232.

انظر، المادة (58) من المرسوم التنفيذي 13—273 الذي يحدد كيفيات إعلام المستهلك.

انظر، المادة (10) من قانون التجارة الإلكترونية الجزائري .

ب- الإيجاب الإلكتروني يتم عبر وسيط إلكتروني[1]

يعرف الوسيط الإلكتروني على:' أنه البرنامج الإلكتروني الذي يستعمل لتنفيذ إجراء أو الاستجابة لإجراء بشكل تلقائي قصد إنشاء رسالة معلومات أو إرسالها أو تسلمها'[2].

إن الإيجاب الإلكتروني يتطلب وجود وسيط إلكتروني[3] ، حيث أنه يتم من خلال الشبكة باستخدام وسيلة سمعية مرئية[4].

ج- دولية الإيجاب الإلكتروني

بما أن الإيجاب الإلكتروني يختلف عن غيره من حيث الوسيلة التي يتم التعبير فيه وهي الخدمات المتنوعة التي توفرها الشبكة، فإنه من الطبيعي أن يتأثر الإيجاب الإلكتروني بالصبغة العالمية للإنترنت ويتميز بالعالمية من حيث استطاعة البائع بأن يعرض بضائعه وخدماته من خلال إنشاء موقع إلكتروني، كما تكون للمشتري فرص وإمكانية اختيار أفضل السلع والخدمات من الناحية النوعية والكفاءة والثمن[5]. والإيجاب الإلكتروني يجب أن يتضمن المعلومات الآتية:

---

[1] لقد نصت أغلبية التشريعات على جواز التعبير عن الإرادة من خلال الوسيط الإلكتروني منها: المادة (11) من قانون المعاملات الإلكترونية البحريني؛ المادة (11) من قانون المعاملات الإلكترونية الإماراتي.

انظر، العيشي عبد الرحمان، ركن الرضا في العقد الإلكتروني، رسالة دكتوراه، كلية الح ق و ق، جامعة الجزائر1، السنة الجامعية 2016-2017، ص 77 ومابعدها.

[2] انظر، المادة (11/2) من قانون المعاملات الإلكترونية الأردني؛ المادة (20/1) من قانون المعاملات الإلكترونية الإماراتي؛ المادة (2/و) من قانون الاونيسترال للتجارة الإلكترونية 1996.

[3] يقصد بالوسيط الإلكتروني وضع أجهزة مبرمجة ومعدة تولى إبرام المعاملات الإلكترونية ومنها العقود تلقائيا دون حاجة إلى تدخل مباشر من الطرفين. انظر، بسمان نواف الراشدي، عقود التجارة الإلكترونية وقواعد إبرامها، المرجع السابق، ص 93.

[4] شادي رمضان إبراهيم طنطاوي، النظام القانوني للتعاقد والتوقيع في إطار عقود التجارة الإلكترونية، المرجع السابق، ص 173.

[5] بسمان نواف الراشدي، نفس المرجع، ص 160.

- تحديد شخصية الموجب :

يجب أن يتضمن الإيجاب تحديد دقيق لهوية الموجب، حيث أن الموجب يقوم بإعلام المستهلك بكافة بياناته التي تحدد شخصيته بطريقة دقيقة وواضحة وذلك استنادا لمبدأ حسن النية[1].

كما نجد المادة (55) من المرسوم التنفيذي 13-378 الذي يحدد كيفيات إعلام المستهلك قد نصت على:" يجب على مقدم الخدمة أن يعلم المستهلك، بكل الوسائل الملائمة، حسب طبيعة الخدمة بالمعلومات الآتية:

1-اسم مقدم الخدمة ومعلوماته الخاصة وعنوانه و إذا تعلق الأمر بشخص معنوي عنوان شركته ومقر شركته وعنوان المؤسسة المسئولة عن الخدمة إذا كان مقدم الخدمة شخص آخرا.

2-رقم القيد في السجل الصناعة التقليدية والحرف.

3-رقم وتاريخ الرخصة واسم وعنوان السلطة التي سلمتها بالنسبة للنشاطات المقننة...".

كما أشارت لهذا الالتزام المادة (11) من قانون رقم 18-05 المتعلق التجارة الإلكترونية والتي نصت على أنه :" يجب أن يقدم المورد الإلكتروني العرض التجاري الإلكتروني بطريقة مرئية ومقروءة ومفهومة، ويجب أن يتضمن على الأقل، ولكن ليس على سبيل الحصر، المعلومات الاتية:-رقم التعريف الجبائي، والعنوانين المادية والإلكترونية، ورقم هاتف المورد الإلكتروني.

- رقم السجل التجاري أو رقم البطاقة المهنية للحرفي".

من خلال ماسبق نلاحظ أن هاتين المادتين قد أوجبتا على المهني الإدلاء بكافة بياناته بشكل واضح لا غموض فيه وذلك ليتحقق عنصر الأمان في التعاقد وخلق بيئة آمنة تساهم في تنظيم العلاقات التعاقدية من مختلف النواحي.

- وصف السلعة أو الخدمة محل التعامل

على الموجب أن يقوم بوصف المنتج أو الخدمة محل العقد وصفا دقيقا يمكن من خلاله معرفة المستهلك بمحل العقد علما كافيا، وفي هذا الصدد ألزمت المادة (1/111) من قانون

[1] لزهر بن سعيد، النظام القانوني لعقود التجارة الإلكترونية، المرجع السابق، ص 79.

الاستهلاك الفرنسي المذكورة آنفا كل بائع للسلع أن يقوم بتبصير المستهلك بالخصائص الأساسية للسلعة أو الخدمة.

أما عن المشرع الجزائري فقد نص عليه في المادة (17) من قانون حماية المستهلك و قمع الغش على أنه:" يجب على كل متدخل أن يعلم المستهلك بكل المعلومات المتعلة بالمنتوج الذي يضعه للاستهلاك بواسطة الوسم ووضع العلامات أو بأية وسيلة أخرى مناسبة".

كما نصت عليه المادة (3/11) من قانون رقم 18-05 المتعلق بالتجارة الإلكترونية، والتي أوجبت على المورد الإلكتروني أن يحدد طبيعة وخصائص وأسعار السلع والخدمات.

من خلال ماسبق، يمكن القول أنه يجب على المورد الإلكتروني الإدلاء بكل ما من شأنه تحديد وصف السلعة أو الخدمة محل التعامل، وتعتبر هذه المعلومة من أهم البيانات التي تقع على عاتق المهني في قواعد حماية المستهلك في العقود الإلكترونية.

- ثمن السلعة أو مقابل الخدمة

يشترط في الإيجاب الإلكتروني أن يتضمن تحديد المقابل النقدي لكل منتج أو لكل خدمة وفقا لمحل هذا الإيجاب[1].

وقد أكد المشرع الفرنسي هذا المسلك بمقتضى المادة (19) من قانون دعم الثقة في الاقتصاد الرقم السالفة الذكر، إذ فرض على البائع التزاما بالإعلام بشأن المعلومات المتعلقة بالثمن مؤكد على أنه ينبغي على كل من يمارس التجارة الإلكترونية أن يشير إلى الثمن بطريقة واضحة لا لبس فيها، وأن يوضح خاصة ما إذا كان الثمن متضمنا الضرائب ونفقات التسليم أم لا.

ونفس المسلك ذهب إليه المشرع الجزائري في المادة (15/11) من قانون رقم 18-05 المتعلق بالتجارة الإلكترونية والتي نصت على الزامية تحديد سعر المنتوح موضوع الطلبية[2].

ويشترط في الإيجاب الإلكتروني كما هو الأمر في الإيجاب التقليدي، أن يكون جازما ومحددا وباتا أي أن تتجه نية الموجب إلى إبرام العقد بمجرد اقتران القبول به، أما إذا أحتفظ

[1] لزهر بن سعيد، النظام القانوني لعقود التجارة الإلكترونية، المرجع السابق، ص80.

[2] انظر، المادة (15/11) من قانون التجارة الإلكترونية.

الموجب بشرط يعلن فيه أنه غير ملتزم بما عرضه في حالة القبول فلا يعتبر هذا إيجابا بل مجرد دعوة للتفاوض[1].

أما عن سريان الإيجاب فلا يكون له فاعلية بمجرد صدوره من الموجب، بل لابد من عرضه على موقع شبكة الإنترنت مشتملا على العناصر الضرورية للتعاقد، إذ يترتب عن ذلك نشوء حق للطرف الآخر الذي وجه إليه الإيجاب بالقبول، إلا أن هذا الحق لا ينشأ إلا من وقت علم الموجب له بالإيجاب[2].

والإيجاب الإلكتروني كالإيجاب التقليدي من حيث عدول الموجب حيث يمكن لهذا الأخير أن يعدل عن إيجابه طالما لم يقترن به القبول، أما إذا تم تعيين ميعاد القبول من قبل الموجب فيصبح الإيجاب ملزما[3] ويكون الموجب ملزم بالبقاء على إيجابه إلى غاية انتهاء ميعاد القبول[4].

وخروجا عن القاعدة العامة يجب أن يتم تحديد الوقت اللازم لصلاحية الإيجاب كما يجب على الموجب أن يعلم الموجب له بهذا الوقت، فعدم تحديد هذه المدة إضعاف للمركز القانوني للمستهلك[5].

وكما سبق القول بأنه يجب أن يكون الإيجاب الإلكتروني جازما ومحددا وباتا، أي أن تتجه نية الموجب إلى إبرام العقد بمجرد اقتران القبول به، فإذا ما أحتفظ الموجب بشرط يعلن فيه أنه غير ملتزم بما قام بعرضه فهنا لا يعتبر إيجابا بل دعوة إلى التعاقد[6]. ومن هنا تبدو أهمية التمييز بين الإيجاب والدعوة إلى التعاقد.

---

[1] خالد ممدوح إبراهيم، لوجستيات التجارة الإلكترونية، المرجع السابق، ص227.

[2] خالد ممدوح إبراهيم، نفس المرجع، ص229- 230 .

[3] انظر، المادة (63) من ق م الجزائري؛ المادة (93) من ق م المصري؛ المادة (94) من ق م السوري؛ المادة (98) من ق م الأردني؛ المادة (139) من ق م الإماراتي؛ المادة (2/41) من ق م الكويتي؛ الفصل (33) من مجلة الالتزامات والعقود التونسية.

[4] Vincent HEUZE , La vente internationale de marchandise, Droit uniforme, Delta , Paris ,2000, p :159.

[5] أسامة أحمد بدر، حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني، المرجع السابق، ص173.

انظر المادة (13/11) من قانون التجارة الإلكترونية الجزائري.

[6] فادي محمد عماد الدين توكل، عقد التجارة الإلكترونية، المرجع السابق، ص80.

وفي هذا الصدد اختلفت المواقف التشريعية والفقهية فيما إذا كانت العروض الموجهة للجمهور تعد إيجابا باتا أم هي مجرد دعوة للتفاوض ؟[1].

يرى البعض بأن العروض الموجهة للجمهور هي مجرد دعوة إلى التفاوض لعدم تعيين الشخص المقصود بالعرض[2]، وهذا ما أكدته المادة (2/14) من اتفاقية فيينا 1980 حيث نصت على أنه: " ولا يعد العرض الذي يوجه إلى شخص أو أشخاص غير معينين إلا دعوة إلى الإيجاب، ما لم يكن الشخص الذي صدر عنه الإيجاب قد أبان بوضوح عن اتجاه قصده خلاف ذلك"[3].

بينما يرى جانب آخر من الفقه أن الإعلان الموجه للجمهور عبر تقنيات الاتصال عن بعد هو إيجاب كامل موجه للجمهور، بحيث لا يشترط توجيه الإيجاب إلى شخص أو أشخاص معينين بل يجوز توجيهه إلى كافة الجمهور، بشرط أن يتضمن العناصر الجوهرية للعقد[4] وعليه ينعقد العقد إذا تلاقى معه القبول[5].

ومما سبق، نرى أنه لكي يعرف ما إذا كانت الإعلانات الموجهة للجمهور هي إيجابا أم مجرد دعوة للتفاوض ينبغي الرجوع إلى طبيعة العرض، فإذا اشتملت العناصر الجوهرية للعقد المراد إبرامه كالسعر وميعاد التسليم ومكانه والمواصفات إلى غير ذلك من العناصر

---

[1] يقصد بالدعوة إلى التفاوض العرض الذي يتقدم به شخص للتعاقد دون أن يقوم بتحديد شروطه وعناصره، أما الإيجاب فيقصد به التعبير عن إرادة باتة ويشمل جميع العناصر الجوهرية للعقد. انظر، عبد المنعم فرج الصدة، مصادر الالتزام ، دار النهضة العربية، الإسكندرية، 1992، ص 101.

[2] مقتبس عن، بسمان نواف الراشدي، عقود التجارة الإلكترونية، المرجع السابق، ص 155؛ محمد فواز المطالقة، الوجيز في عقود التجارة الإلكترونية، المرجع السابق، ص61؛ بشار طلال مومني، مشكلات التعاقد عبر الإنترنت، المرجع السابق، ص 48؛ حمودي محمد ناصر، العقد الدولي الإلكتروني المبرم عبر الإنترنت، المرجع السابق، ص 184.

[3] Art (14/2) : «une proposition adressée à des personnes indéterminées est considérée seulement comme une invitation à l'offre, à moins que la personne qui a fait la proposition n'ait clairement indiqué le contraire ».

[4] كأن يتضمن الإيجاب ثمن البضاعة ليكون إيجابا وإلا اعتبر دعوة للتفاوض وهذا ما ذهبت إليه بعض التشريعات كالقانون المدني الأردني في المادة (94)؛ والقانون المدني العراقي في المادة (80).

[5] مقتبس عن، سامح عبد الواحد التهامي، التعاقد عبر الإنترنت، المرجع السابق، ص 141؛ شادي رمضان إبراهيم طنطاوي، النظام القانوني للتعاقد والتوقيع في إطار عقود التجارة الإلكترونية، المرجع السابق، ص 183.

ففي هذه الحالة يعد إيجابا، أما إذا كان العرض لا يتضمن تلك العناصر فهو لا يرقى لأن يكون إيجابا بل دعوة للتعاقد[1].

أما بالنسبة للغة الإيجاب فنرى أن المشرع الفرنسي اشترط في قانونToubon[2] في المادة (2) منه[3] أن يكون الإيجاب باللغة الفرنسية في أي إيجاب خاصة في وصف السلعة أو الخدمة وتعيين نطاقه وماله من ضمان وفي طريقة الاستعمال والفواتير والإيصالات.

وعليه، فإن أي مهني يقوم بعرض سلعة أو خدمة، فإن إيجابه يكون باللغة الفرنسية وإلا تمت معاقبته جنائيا بالغرامة[4]، إلا أن الحكومة الفرنسية حاولت التخفيف من أثر هذا القانون بالنسبة لشبكات الاتصال حيث أصدر رئيس الوزراء منشوره Circulaire في 19 /1996/05 يقضي بوجوب استخدام اللغة الفرنسية في كتابة البيانات على الشاشات مع إجازة أن تصاحبها ترجمة بالانجليزية أو بأي لغة أجنبية أخرى[5].

كما نصت الفقرة الثامنة من النص الأوربي الموحد الذي اعتمدته لجنة الوساطة الأوربية 1996/11/27 والتي نصت على أن :" اللغة المستخدمة في التعاقد بوسائل الاتصال عن بعد تعتبر أمر ذا شأن في دول الاتحاد الأوربي".

وفي مصر توجد العديد من النصوص القانونية[6] التي توجب استخدام اللغة العربية حيث حيث نادى البعض بتطبيق هذه القاعدة على المعاملات الإلكترونية المبرمة في مصر[7].

---

[1] فاروق إبراهيم جاسم، الجوانب القانونية للتجارة الإلكترونية، مكتبة السنهوري، بيروت، 2016، ص 52.

[2] Loi relative à l'emploi de la langue française, loi n° 94-345 du 4 aout 1994 , disponible sur : www.Legifrance.gouv.fr. 18/01/2017.

[3] Art (2) : « Dans la désignation , l'offre, la présentation, le mode d emploi ou d utilisation, la description de l'étendue et des conditions de garantie d' un bien , d un produit ou d un service, ainsi que dans les factures et quittances , l emploi de la langue française est obligatoire ».

[4] سامح عبد الواحد التهامي، التعاقد عبر الإنترنت 'دراسة مقارنة'، المرجع السابق، ص155.

[5] SANTIAGO Cavanillas Mügicas, Les contrats en ligne dans la théorie générale du contrat, cahier du centre de recherches informatique et droit, delta édition, 2001, Liban, p: 99.

[6] انظر، المادة (02) من الدستور؛ المادة (19) من قانون السلطة القضائية رقم 46 لسنة 1972؛ المادة (30) من قانون العمل رقم 137 لسنة 1981.

[7] شادي رمضان إبراهيم طنطاوي، النظام القانوني للتعاقد والتوقيع في إطار عقود التجارة الإلكترونية، المرجع السابق، ص 180.

أما بالنسبة للجزائر، فقد نصت على وجوب استخدام اللغة العربية المادة (7) من المرسوم التنفيذي 13-378 الذي يحدد كيفيات إعلام المستهلك، ونصت عليه أيضا المادة (18) من قانون حماية المستهلك وقمع الغش رقم 09-03.

من خلال ما سبق، نلاحظ أنه لابد من إلزام المتعاقدين باللغة التي يفهمها الطرف الموجه إليه الإيجاب، وذلك لكي يقدم على إبرام العقد وهو على دراية كاملة به.

أما عن سقوط الإيجاب الإلكتروني، فإن الإيجاب الملزم الصادر عبر شبكة الإنترنت يسقط إذا انقضى الميعاد المحدد من الموجب لصدور القبول[1]، فإذا وصل لأحد الأشخاص على بريده الإلكتروني إيجاب محدد بمدة أسبوع مثلا وانقضت هذه المدة ولم يصدر منه القبول، فإن الإيجاب يسقط[2].

وإذا ما صدر القبول بعد سقوط الإيجاب، يعتبر هذا الإيجاب إيجابا جديدا موجه لمن صدر منه الإيجاب الأول[3].

أما إذا كان الإيجاب غير ملزم فيسقط إذا ما رجع الموجب عن إيجابه قبل صدور القبول من الطرف الأخر، أو إذا ما كرر الموجب الإيجاب قبل صدور القبول، فتكرار الإيجاب يبطل الإيجاب الأول وتكون العبرة للإيجاب الجديد[4].

من خلال ما سبق، نستنتج أن الإيجاب الإلكتروني لا يختلف عن الإيجاب التقليدي إلا من حيث الوسيلة التي يتم التعبير فيها عن إرادة الأطراف، حيث أنه يتم عبر شبكة الإنترنت وبما أنه كذلك فهو يتميز ببعض الخصوصية، كما أن له خصائص يتميز بها إذ أنه يتم عن بعد عبر وسيط إلكتروني وله صبغة دولية، ويجب أن يتضمن الإيجاب الإلكتروني بعض المعلومات، ولسريان الإيجاب لابد أن يتم عرضه على موقع الإنترنت، ويجب أن يعلم المستهلك به وللموجب العدول عن إيجابه طالما لم يقترن بأجل. أما عن اللغة التي يتم بها فيجب أن تكون باللغة التي يفهمها المستهلك باعتباره الطرف الضعيف ولكي يكون عالما بمضمون وطبيعة وشروط العقد.

---

[1] عبد الله الخشروم، التراضي في عقود التجارة الإلكترونية عبر شبكة الإنترنت وفقا لأحكام القانون الأردني، مجلة اليرموك ،جامعة الشرق الأوسط للدراسات العليا، الأردن، ع 2، المجلد 23، حريزان 2007، ص 554.

[2] مصطفى موسي العجارمة، التنظيم القانوني للتعاقد عبر شبكة الإنترنت، المرجع السابق، ص 290.

[3] انظر، المادة (98) من ق م الأردني؛ والمادة (66) من ق م الجزائري.

[4] بشار محمود دودين، الإطار القانوني للعقد المبرم عبر شبكة الإنترنت، المرجع السابق، ص 134-135.

2- القبول الإلكتروني

يعرف القبول بصفة عامة على أنه التعبير البات عن الإرادة يصدر ممن وجه إليه الإيجاب وينطوي على إحداث أثر قانوني، ويعتبر التعبير الثاني عن الإرادة الذي يتكون العقد من اقترانه بالتعبير الأول (الإيجاب)[1].

أما القبول الإلكتروني لا يخرج عن مضمون هذا التعريف إلا من حيث الوسيلة التي يعبر بها عن القبول إذ أنه يتم عبر وسيط إلكتروني.

وفي هذا الصدد تجدر الإشارة أنه لم يرد قانون لجنة الأمم المتحدة للتجارة الإلكترونية الأونسترال أي تعريف للقبول الإلكتروني بل اكتفى بالنص على جواز التعبير عن الإيجاب والقبول عبر رسائل المعلومات Data Message[2]، حيث نصت المادة (11) من هذا القانون على أنه:" يجوز استخدام رسائل البيانات للتعبير عن القبول، وأن العقد لا يفقد صحته أو قابليته للتنفيذ لمجرد استخدام رسالة بيانات لهذا الغرض".

كما أشارت إليه المادة (9) من قانون المعاملات الإلكترونية الأردني حيث نصت على أنه:" تعتبر الرسالة المعلومات وسيلة من وسائل التعبير عن الإرادة المقبولة قانونا لإبداء الإيجاب والقبول بقصد التعاقد".

وطبقا للمادة (10) من قانون المعاملات الإلكترونية البحريني فإنه:" يجوز التعبير عن إرادة القبول الإلكتروني بالوسائل الإلكترونية".

أما قانون المعاملات الإلكتروني الإماراتي فقد نص في المادة (1/6) منه على أنه:" ليس في هذا القانون ما يتطلب من شخص أن يستخدم أو يقبل معلومات بشكل إلكتروني إلا أنه يجوز استنتاج موافقة الشخص من سلوكه الايجابي".

يلاحظ من خلال هذه النصوص أنها لم تقم بوضع تعريف للقبول الإلكتروني، وإنما اكتفت بجواز التعبير عنه.

وعليه، فإنه لا يشترط أن يصدر القبول بشكل خاص أو وضع معين حيث يمكن أن يصدر بطريقة إلكترونية أو تقليدية للقبول ما لم يحدد الموجب طريقة معينة للقبول فإذا

---

[1] فاضلي إدريس، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص 66.

[2] محمود عبد الرحيم شريفات، التراضي في تكوين العقد عبر الإنترنت 'دراسة مقارنة'، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ط1، الأردن، 2009، ص 143.

حددها فيجب على القابل إتباع هذه الطريقة وإلا اعتبر قبوله غير صحيح[1]، وهذا ما ذهب إليه القانون التجاري الأمريكي الموحد حيث نص في المادة (206/2) منه على أن:" التعبير عن الإرادة في القبول يتم بذات طريقة عرض الإيجاب"[2].

ولكي يعتد بالقبول الإلكتروني ويرتب أثاره لابد أن يستوفي على شروط، ويمكن تلخيصه في شرطين أساسين في ما يلي :

أ- <u>أن يصدر القبول والإيجاب لايزال قائما</u>

لكي يتم التطابق بين الإيجاب والقبول، يجب أن يكون الإيجاب قائما، فإذا تم القبول بعد زوال الإيجاب بسقوطه أو انتهاء أجل المدة الملزمة أو بعد عدول الموجب فلا ينعقد العقد.

والإيجاب في شبكة الإنترنت يبقى قائما في عدة حالات منها إذا حدد موعد لقبول الإيجاب فيجب أن يرتبط القبول بالإيجاب في هذا الموعد، فإذا ما تأخر القبول عن هذا الموعد فلن يعتد به[3]، وهذا ما أكدته لجنة الأونسترال، حيث جاء في البند 3-2-4 من مشروع العقد النموذجي على أنه:" يعتبر القبول مقبولا إذا تسلم مرسل هذا الإيجاب قبولا غير مشروط للإيجاب خلال التوقيت المحدد".

---

[1] أيسر صبري إبراهيم، إبرام العقد عن طريق الإلكتروني وإثباته، المرجع السابق، ص82.

[2] Art (2/206) : «Unless otherwise unambiguously indicated by the language or circumstances

(a) an offer to make a contract shall be construed as inviting acceptance in any manner and by any medium reasonable in the circumstances.

(b) an order or other offer to buy goods for prompt or current shipment shall be construed as inviting acceptance either by a prompt promise to ship or by the prompt or current shipment of conforming or non-conforming goods, but such a shipment of non-conforming goods does not constitute an acceptance if the seller seasonably notifies the buyer that the shipment is offered only as an accommodation to the buyer.

Where the beginning of a requested performance is a reasonable mode of acceptance an offeror who is not notified of acceptance within a reasonable time may treat the offer as having lapsed before acceptance».

[3] محمود عبد الرحيم الشريفات، التراضي في تكوين العقد عبر الإنترنت 'دراسة مقارنة'، المرجع السابق، ص 149.

ويختلف وقت القبول الإلكتروني حسب الوسيلة المستخدمة، فإذا ما عرض الموجب إيجابه عبر خدمات الاتصال المباشر عبر الإنترنت كغرف المحادثة أو الهاتف، فوقت القبول يكون محدود بوقت تلك المحادثة أو المكالمة الهاتفية، وعليه يجب أن يصدر القبول مباشرة أثناء المحادثة وقبل انتهائها، وعليه فإذا انتهت دون أن يصدر قبوله ينقضي الإيجاب ولا عبرة بالقبول الذي يصدر بعده[1]، وهذا ما أكدته اتفاقية فيينا في نص المادة (2/18) [2].

لذلك، فإن القبول الذي يصدر بعد سقوط الإيجاب لا ينعقد به العقد، إلا أن هذا القبول غير مجرد من كل أثر إذ يمكن اعتباره إيجابا، وعليه يمكن للطرف الأخر أن يقبل الإيجاب فإن فعل ذلك ينعقد العقد[3].

ب- <u>تطابق القبول مع الإيجاب</u>

إن القواعد العامة تشترط في القبول أن يكون مطابقا للإيجاب في جميع المسائل دون زيادة أو نقصان أو تعديل[4]. ويقصد بالمطابقة المطابقة التامة في الموضوع بكل البنود التي وضعها الإيجاب والاتفاق على جميع المسائل الجوهرية .

ويقصد بالمسائل الجوهرية التي يجب الاتفاق عليها، لا يمكن أن يتم العقد بدونها هي أركان العقد وهي التراضي والمحل والسبب، بالإضافة للأركان الخاصة المحددة للعقود

---

[1] محمود عبد الرحيم الشريفات، التراضي في تكوين العقد عبر الإنترنت 'دراسة مقارنة'، المرجع السابق ، ص 150؛ مرزوق نور الهدى، التراضي في العقود الإلكترونية، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، السنة الجامعية 2011-2012، ص 153.

[2] Art (18/2) : « l'acceptation d'une offre prend effet au moment ou l'indication d'acquiescement parvient à l'auteur de l'offre , l'acceptation ne prend pas effet si cette indication ne parvient pas à l'auteur de l'offre dans le délai qu'il a stipulé ou à défaut d'une telle stipulation, dans un délai raisonnable, compte tenu des circonstances de la transaction et de la rapidité des moyens de communication utilisés par l'auteur de l'offre. Une offre verbale doit être acceptée immédiatement, à moins que les circonstance n'impliquent le contraire ».

[3] سامح عبد الواحد التهامي، التعاقد عبر الإنترنت، المرجع السابق، ص 190.

[4] انظر، المادة (65) من ق م الجزائري؛ المادة (99) من ق م الأردني؛ المادة (85) من ق م العراقي؛ المادة (96) من ق م المصري.

المسماة والتي تحدد ماهية العقد وتمييزه عن غيره من العقود[1].

وهذا الشرط لابد من أن يتوفر في القبول الإلكتروني، وبما أن تطبيق هذا الشرط عليه فيه شيء من الدقة، فإنه يثار التساؤل حول مدى توفره فيه في حالة تضمن الإيجاب تقنية النصوص المتشعبة Hyber Texte[2] ؟

تتمثل المشكلة في أن الموجب له قد لا يلاحظ وجود إشارة إلى شروط أخرى، فيقوم بالضغط على إيقونة القبول دون قراءة الشروط الموجودة في النص المخفي، أي أنه يقبل الإيجاب دون قراءة الشروط وعليه فالقبول هنا يكون غير مطابق للإيجاب[3].

لقد ذهب بعض الفقه بأنه يمكن أن يتم وضع بعض شروط العقد في نصوص مخفية طالما أنه يوجد نصوص واضحة في النص الأصلي، وعليه فإن القبول في هذه الحالة يكون صحيحا، إذ أن الموجب كان باستطاعته ملاحظة وجود نص مخفي[4].

في حين ذهب آخرون- وهو الرأي الذي نؤيده- بأنه لا يجوز استخدام تقنية النصوص في الإيجاب، إذ يجب أن يكون هذا الأخير في صفحة واحدة كي يستطيع من وجه إليه الإيجاب الإطلاع على كافة الشروط وبالتالي يكون القبول مطابقا للإيجاب[5].

وهذا يعد تقرير لحماية المستهلك لأنه يمكن أن يكون هذا الأخير لا يستطيع رؤية هذا النص المخفي، أو لأنه لا يملك الخبرة في مجال استخدام الإنترنت مما يؤدي إلى موافقة الموجه إليه الإيجاب على شروط لم يطلع عليها[6].

---

[1] إيناس هاشم رشيد، التعبير عن الإرادة في العقود الإلكترونية، مجلة رسالة الحقوق، جامعة كربلاء، العراق ، المجلد الأول، ع 02 ، 2009 ، ص194.

[2] ويقصد بهذه التقنية أن يتضمن المحرر الإلكتروني سطرا يكون لونه مختلفا عن لون باقي المحرر وبمجرد الضغط عليه ينتقل مستخدم الانترنت إلى محرر آخر يحتوي على نصوص ذات صلة بالموضوع الأول، ويتم اللجوء إلى هذه التقنية كي لا يتم المبالغة في حجم المحرر الإلكتروني . انظر، سامح عبد الواحد التهامي، التعاقد عبر الإنترنت، المرجع السابق، ص 184.

[3] سامح عبد الواحد التهامي، نفس المرجع، ص 185.

[4] CF. T. VEBIEST, la France Transpose la directive sur les contrats à distance, www.droit-technologie.org . 12/02/2017.

[5] CF. V. GAUTRAIS, contrat de communication électronique de longue durée entre commerçants utilisant un « réseau ouvert », www.lex-électronica.org. 14/02/2017.

[6] أيسر صبري إبراهيم، إبرام العقد عن الطريق الإلكتروني، المرجع السابق، ص81.

والقبول الإلكتروني قد يكون صريحا أو ضمنيا ويتم بأي شكل من الأشكال التي يتم التعبير فيها عن إرادة المعروض عليه بشكل بات وجازم، وعليه يجوز التعبير عن القبول بمختلف الطرق أو الوسائل[1].

وفي هذا الصدد يطرح التساؤل حول كيفية التعبير عن القبول إلكترونيا؟

فقد يكون عبر البريد الإلكتروني سواء أكان الإيجاب موجها إليه عبر بريده الإلكتروني أم كان معروضا على إحدى المواقع في الشبكة[2].

وقد يتم التعبير عن القبول من خلال قيام القابل بإرسال معلومات بطاقة الائتمان الخاصة بالموجب أو أن يقوم بتنزيل (تحميل) المنتجات الإلكترونية عبر الإنترنت بعد أداء مقابلها، ويتم ذلك عادة بتحميل ما تحتويه هذه المنتجات (برامج حاسوب،كتب و جرائد،أفلام...) ونقله من مصدره إلى الحاسوب الشخصي أو الهاتف النقال الذكي للمشتري3.

وقد يتم القبول في العقد الإلكتروني بالنقر على خانة تدل على الموافقة تتضمن عبارة "ok"، "I accepte"، فبجرد وضع المؤشر المتحرك على هذه الخانة في الحاسوب والضغط عليها يفهم الموجب بأن الموجب له قد قبل الإيجاب كما هو، وعليه ينعقد العقد[4].

وهذه الطريقة أثير بشأنها مناقشات حول مدى صلاحية اللمسة التي صدرت هل من الشخص المعني مقصودة أم لا[5]، وتحاشيا للمشاكل الناتجة عن حصول القبول بهذه الطريقة، فقد اتجهت بعض البرامج الإلكترونية إلى طلب بعض الإجراءات التي تؤكد صحة القبول ومنها القبول بكبسة مزدوجة "Double Click" أو أن يصار إلى تأكيد حصوله باستعمال كلمة نعم "Oui" أو تأكيد نفيه بكلمة لا "Non"، أو إرسال رسالة بالقبول عبر البريد الإلكتروني، أو بتدوين العميل طلب الشراء على شاشة الكومبيوتر أو إرساله عبر

[1] إلياس ناصيف، العقود الدولية 'العقد الإلكتروني في القانون المقارن'، المرجع السابق، ص 98.

[2] طالب حسن موسى، قانون التجارة الإلكترونية الدولية، المرجع السابق، ص134.

[3] بسمان نواف الراشدي، عقود التجارة الإلكترونية وقواعد إبرامها، المرجع السابق، ص 165.

[4] محمود عبد الرحيم، التراضي في تكوين العقد عبر الإنترنت دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 144.

[5] بسمان نواف الراشدي ، نفس المرجع ، ص 164.

الإنترنت إلى البائع[1]، أو أن يقوم الموجب بإرسال إقرار باستلام القبول للمتعاقد الآخر خلال مدة معقولة من استلامه للقبول بطريقة إلكترونية [2].

كما تطرح مسألة القبول إشكالية تتعلق بما مدى صلاحية السكوت للتعبير الإلكتروني عن القبول؟

إن القاعدة العامة تقضي بأنه لا ينسب لساكت قول، باعتبار أن السكوت لا يعد تعبير عن الإرادة إلا إذا كان هناك تعامل سابق بين المتعاقدين أو إذا كانت طبيعة المعاملة تقتضي ذلك أو إذا تمخض الإيجاب لمنفعة من وجه إليه الإيجاب[3].

ويطرح التساؤل حول مدى إمكانية تطبيق هذه القاعدة في حالة السكوت في القبول الإلكتروني؟

لقد اختلفت الآراء في هذا على النحو الأتي:

أ- صلاحية السكوت ليكون قبولا إلكترونيا

يرى أصحاب هذا الاتجاه صلاحية السكوت قبولا إلكترونيا في الحالات التي يوجد فيها تعامل سابق بين المتعاقدين طبقا للقواعد العامة، إذ أن استخدام التقنيات الحديثة لا يجب أن تكون حجة للخروج عن القواعد العامة[4].

ب- عدم صلاحية السكوت ليكون قبولا

يرى أصحاب هذا الاتجاه بأن السكوت لا يعتبر قبولا في العقد الإلكتروني، حيث أنه من يستلم رسالة إلكترونية تتضمن إيجابا وينص فيه على أنه إذا لم يرد على هذا العرض خلال

---

[1] فريد منعم جبور، حماية المستهلك عبر الإنترنت ومكافحة الجرائم الالكترونية 'دراسة مقارنة'، منشورات الحلبي الحقوقية، ط2، بيروت ، 2012، ص 44.

[2] وهذا ما ذهب إليه المشرع الفرنسي حيث نص في المادة (5/1369)على:

Art (1369/5) :« L'auteur de l'offre doit accuser réception sans délai injustifié et par voie électronique de la commande qui lui a été ainsi adressée. La commande, la confirmation de l'acceptation de l'offre et l'accusé de réception sont considérés comme reçus lorsque *les* parties auxquelles ils sont adressés peuvent y avoir accès ».

[3] انظر، المادة (2/68) من ق م الجزائري؛ المادة (1/95) من ق م الأردني؛ المادة (81) من ق م العراقي؛ المادة (98) من ق م المصري؛ المادة (44) من ق م الكويتي؛ الفصل (42) من مجلة الالتزامات والعقود التونسية ؛ المادة (2/99) من ق م السوري؛ المادة(135) من ق م الإماراتي؛ المادة (1) من اتفاقية فيينا .

[4] مقتبس عن، حمودي محمد ناصر، العقد الدولي الإلكتروني المبرم عبر الإنترنت، المرجع السابق، ص 203.

مدة معينة اعتبر ذلك قبولا، فله الحق ألا يرد على هذا الإيجاب، وأن سكوته في هذه الحالة لا يمكن أن يعتبر قبولا[1].

ج- الموقف الوسط

يرى أنصار هذا الاتجاه – وهو الرأي الذي نؤيده- بأنه يوجد حالات استثنائية يجوز اعتبار السكوت فيها قبولا إلكترونيا وذلك في الحالات التي يكون فيها التعامل سابق بين المتعاقدين، أما عن الحالات الأخرى فلابد من التعامل معها بحذر، فلا يمكن القول أن العرف يلعب دور فعلي في مثل هذه العقود لغاية الآن وذلك لحداثة هذا النوع من العقود كما أن الحالات الاستثنائية في القبول التقليدي يعد ظرفا غير مألوف بالنسبة للإنترنت[2].

وبالرغم من اختلاف الآراء الفقهية حول مدى اعتبار السكوت قبولا ينعقد به العقد، إلا أنه قانونا لا يوجد نص قانوني يتناول موضوع العقد الإلكتروني ما يفيد اعتبار السكوت قبولا، وعليه لا تعتبر قاعدة من النظام العام إذ يجوز الاتفاق على مخالفتها[3].

وفيما يتعلق بحق العدول في القبول الإلكتروني، فلقد نصت بعض التشريعات القانونية على حق القابل في سحب قبوله[4]، حيث أن للموجه إليه عرض الإيجاب بعد قبوله الرجوع فيه وهو يعني تخويل القابل حق نقض العقد بعد انعقاده وهذا مخالف لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين[5] إلا أن هذا الحق مقرر في المادة (6) من التوجيه الأوروبي رقم 97-07 والتي نصت على أن:" كل عقد عن بعد يجب أن ينص فيه على أحقية المستهلك في العدول خلال مدة لا تقل عن سبعة أيام تبدأ من تاريخ الاستلام بالنسبة للمنتجات والسلع، أما بالنسبة للخدمات، فإن مهلة السبعة أيام تبدأ من تاريخ إبرام العقد أو من تاريخ كتابة المورد

---

[1] مقتبس عن، أيسر صبري إبراهيم، إبرام العقد عن طريق الإلكتروني وإثباته، المرجع السابق، ص 87 ؛ بشار طلال مومني ، مشكلات التعاقد عبر الإنترنت، المرجع السابق، ص 70.

[2] مقتبس عن، قدري محمد محمود، حماية المستهلك في العقد الإلكتروني، دار النهضة العربية، مصر، 2014، ص65 ؛ إلياس ناصيف، العقود الدولية 'العقد الإلكتروني في القانون المقارن'، المرجع السابق، ص 104.

[3] حمودي محمد ناصر، العقد الدولي الإلكتروني المبرم عبر الإنترنت، المرجع السابق، ص 205.

[4] انظر، المواد من (18/221) الى (28/221) من قانون الاستهلاك الفرنسي.

[5] سلطان عبد الله محمود الجواري، عقود التجارة الإلكترونية والقانون الواجب التطبيق 'دراسة قانونية مقارنة'، منشورات الحلبي الحقوقية، ط1، لبنان، 2010، ص65.

الإقرار الخطي، وتصل هذه المدة إلى 3 أشهر إذا تخلف المورد عن القيام بالتزامه بإرسال إقرار مكتوب يتضمن العناصر الأساسية للعقد "[1].

وقد استثنى التوجيه الأوروبي رقم 97-07 بعض العقود من إمكانية فسخها ورجوع القابل عن قبوله بإرادته المنفردة، ومن هذه العقود ما يكون المبيع فيها خدمة ويكون العميل قد بدأ في استخدامها، وكذا المبيعات التي أعدت بطلب من العميل، والمبيع السريع التلف وكذلك إذا كان المبيع برنامجا حاسوبيا قد تم تحميله وذلك حفاظا على حقوق الملكية الفكرية [2].

وبالنسبة للتشريعات العربية، فإننا نجد الفصل (29) من القانون التونسي للمعاملات الإلكترونية قد نص على أنه:" يمكن للمستهلك العدول عن الشراء في مدة 10 أيام تبدأ بالنسبة للمنتجات من تاريخ تسلمها، وبالنسبة للخدمات من تاريخ إبرام العقد".

كما نص عليه المشرع الجزائري في المادة (19) من قانون حماية المستهلك وقمع الغش على أن: "... العدول هو حق المستهلك في التراجع عن اقتناء منتوج ما دون وجه سبب.

للمستهلك الحق في العدول عن اقتناء منتوج ما ضمن احترام شروط التعاقد، ودون دفعة مصاريف إضافية.

تحدد شروط وكيفيات ممارسة حق العدول وكذا آجال وقائمة المنتوجات المعنية، عن طريق التنظيم".

إضافة إلى ذلك، فإنه أوجب على المورد الإلكتروني بأن يحتوي العرض التجاري الإلكتروني الخاص به على شروط و آجال العدول عند الاقتضاء[3].

والملاحظ على هذه النصوص أن الحق في العدول هو وسيلة تهدف إلى حماية رضاء المستهلك من خلال إعطائه مهلة للتفكير والسماح له بالرجوع عن التزامه[4]، خاصة ما

---

[1] Art (6): « Pour tout contrat à distance, le consommateur dispose d'un délai d'au moins sept jours ouvrables pour se rétracter sans pénalités et sans indication du motif. Les seuls frais qui peuvent être imputés au consommateur en raison de l'exercice de son droit de rétractation sont les frais directs de renvoi des marchandises ».

[2] محمد ابراهيم أبو الهيجاء، عقود التجارة الإلكترونية، المرجع السابق، ص92.

[3] انظر، (13/11) من قانون التجارة الإلكترونية.

[4] سامح عبد الواحد التهامي، التعاقد عبر الإنترنت، المرجع السابق، ص 321-322.

تتميز به المعاملات الحالية من دعاية وإغراء في المجال الإلكتروني[1]، كما أنه حق مطلق يخضع لتقدير المستهلك دون موافقة الطرف الآخر أو اللجوء إلى القضاء، وعليه فإن الحق في العدول يتميز بأنه يتوقف على محض إرادة صاحبه كما أن محله يتميز بأنه ليس مادي بل معنوي والمتمثل في المركز القانوني المتعلق بالشخص الآخر فهو حق يمس بمبدأ القوة الملزمة للعقد ويشكل خروجا عن هذا المبدأ[2].

وفي هذا الصدد يطرح التساؤل حول التكييف القانوني للعقد الإلكتروني المتضمن حق العدول؟

ذهب الكثير من الفقهاء في شأن تحديد الوصف القانوني للتعاقد مع الحق في العدول إلى بعض الأنظمة القانونية المشابهة له كالبيع بشرط التجربة أو المذاق والبيع مع خيار العدول والبيع المعلق على شرط واقف أو فاسخ والوعد بالتعاقد[3].

في حين ذهب جانب آخر من الفقه إلى أن الحق في العدول هو إعطاء المستهلك إمكانية فسخ العقد الذي ارتضاه في استعجال وهو يعتبر قيد لمبدأ سلطان الإرادة في العقود، بينما ذهب جانب آخر إلى أن الحق في العدول هو مهلة قانونية معقولة لتفكير بإبرام العقد[4] بهدف حماية المستهلك الإلكتروني من التسرع في إبرام العقد[5].

كما يرى آخرون أن العقد الإلكتروني المتضمن حق المستهلك الإلكتروني في العدول هو عقد غير لازم، حيث أن العقد في الواقع هو عقد نافذ ومنتج لآثاره القانونية، غير أنه يتضمن حق العدول لمصلحة المستهلك، فيستطيع العدول عنه وفقا لنظرية العقد غير اللازم لأحد طرفيه[6].

---

[1] عبد الرحمان خلفي، حماية المستهلك الإلكتروني في القانون الجزائري 'دراسة مقارنة' ، مجلة جامعة النجاح للأبحاث ، جامعة النجاح للأبحاث، فلسطين، المجلد 27، ع 1 ، 2013، ص14.

[2] أيسر صبري إبراهيم، إبرام العقد عن الطريق الإلكتروني وإثباته، المرجع السابق، ص 91.

[3] مقتبس عن، أيسر صبري إبراهيم، نفس المرجع، ص 91.

[4] إلا أن هذا الرأي تجاهل أن العقد قد تم إبرامه، ولا تعتبر هذه الفترة فرصة للتفكير قبل إبرام العقد. انظر، مرزوق نور الهدى، التراضي في العقود الإلكترونية، المرجع السابق، ص142.

[5] مقتبس عن، حسين عبد الباسط جميعي، حماية المستهلك 'الحماية الخاصة لرضا المستهلك في عقود الاستهلاك'، دار النهضة العربية، مصر، 1996، ص 44.

[6] محمد سعيد رشدي، الإنترنت والجوانب القانونية لنظم المعلومات، مؤسسة دار الكتب، الكويت، 1997، ص 185.

أما عن الآثار المترتبة على ممارسة حق العدول فقد بينت المادة (6) من التوجيه الأوربي رقم 97-07 ما يترتب على ممارسة المستهلك حقه في العدول عن العقد المبرم عن بعد على ما يلي:

- رد ما دفعه المستهلك.
- تكاليف الرد.
- فسخ عقد الائتمان.

أما عن المشرع الجزائري فقد أشار في المادة (23) من القانون رقم 18-05 المتعلق بالتجارة الإلكترونية على الاثار المترتبة على حق العدول العدول والمتمثلة في ما يلي: " ...ويلزم المورد الإلكتروني بـ: ....إلغاء الطلبية وارجاع المبالغ المدفوعة دون الإخلال بإمكانية مطالبة المستهلك الإلكتروني بالتعويض في حالة و قوع الضرر".

وكخلاصة لدراسة القبول الإلكتروني، يمكن القول أنه يعد التعبير الثاني عن الإرادة ويختلف عن القبول التقليدي من حيث الوسيلة التي يتم التعبير فيها عن الإرادة، ألا وهي الوسيلة الإلكترونية شأنه في ذلك شأن الإيجاب الإلكتروني، كما يجب أن يحتوي على شرطين أساسين وهما أن يصدر القبول والإيجاب قائم، فإذا صدر بعد سقوط الإيجاب لا ينعقد العقد، كما يجب أن يكون مطابق للإيجاب في جميع المسائل الجوهرية للعقد والقبول الإلكتروني قد يكون صريح حيث يتم التعبير عنه بالطرق الإلكترونية. وقد يكون ضمني.

3- صحة التراضي في العقد الإلكتروني

تكمن أهمية مسألة تبيان صحة التراضي في العقد الإلكتروني، في أن هذا الأخير يتم عبر بيئة إفتراضية إلكترونية، بحيث لا يكون للمتعاقد أن يقوم بتحديد وجهتها ولا من أي جهة صادرة منها، مما يثير العديد من الإشكالات، منها مسألة التحقق من أهلية المتعاقدين وخلوها من العيوب، بالإضافة إلى وجوب التعاقد على محل وسبب العقد، وهذا ما سنحاول تناوله في ما يلي:

أ- **الأهلية في العقد الإلكتروني**

يقصد بالأهلية أحد المعنيين، مدى صلاحية الشخص لاكتساب الحقوق والتحمل الالتزامات، من حيث قصورها أو شمولها لجميع الحقوق والالتزامات أيا كان نوعها، وهذه هي أهلية الوجوب، أما أهلية الأداء فهي قدرة الشخص للتعبير عن إرادته تعبيرا منتجا لآثاره القانونية [1].

وما يهمنا في دراستنا لصحة التراضي في العقد الإلكتروني هي أهلية الأداء والتي تقوم على التمييز والإدراك، والتي يمكن للشخص من خلالها التعبير عن إرادة سليمة لإبرام العقد.

ونظرا لأن التعاقد في العقد الإلكتروني يتم عن بعد، فإنه لا يمكن التحقق من شخصية المتعاقدين؛ ولا التأكد من الهوية الحقيقية، أو الأهلية اللازمة لمباشرة إبرام عقد سليم[2].

وفي هذا الصدد تثور إشكالية الأهلية المتعلقة بالمتعاقد الآخر في العقد المبرم عبر الإنترنت، لأنه يتم عن بعد دون الحضور المادي للمتعاقدين، خصوصا أن غالبية المتعاملين عبر الإنترنت قد يكونوا ناقصي أو فاقدي الأهلية، فمن المحتمل أن يقوم قاصر بالتعامل مع تاجر حسن النية بالبطاقة الخاصة بوالده، حيث يظهر في الغالب بمظهر الراشد[3].

ولمعالجة هذه المسألة وجدت العديد من الحلول الفقهية والقانونية وكذا التقنية.

فقد ذهب بعض الفقه[4] إلى أنه لابد من التوسع في الأخذ بنظرية الظاهر ترجيحا لمصلحة المهنيين بحيث يمكن للتاجر حسن النية الاعتماد على هذا الوضع، كما يستطيع التاجر الرجوع على القاصر على أساس قواعد المسؤولية التقصيرية[5]، وهذا مأخذ به القانون القانون المدني المصري حيث نص في المادة (119) منه على أنه:" يجوز لناقص الأهلية أن يطلب إبطال العقد، وهذا مع عدم الإخلال بإلزامه بالتعويض، إذا لجأ لطرق احتيالية ليخفي نقص أهليته".

---

[1] نبيل إبراهيم سعد، المبادئ العامة للقانون نظرية القانون-نظرية الحق، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2013، ص 189 وما بعدها.

[2] فادي محمد عماد الدين توكل، عقد التجارة الإلكترونية، المرجع السابق، ص 95.

[3] إلياس ناصيف، العقود الدولية 'العقد الإلكتروني في القانون المقارن'، المرجع السابق، ص 125.

[4] مقتبس عن، أسامة أبو الحسن مجاهد، خصوصية التعاقد عبر الإنترنت، المرجع السابق، 174؛ إلياس ناصيف، العقود الدولية 'العقد الإلكتروني في القانون المقارن'، المرجع السابق، ص 125.

[5] انظر، المادة (1149) من القانون المدني الفرنسي.

أما الحلول القانونية نجد بعض القوانين فرضت على المهنيين تزويد المستهلكين عبر الإنترنت بكافة البيانات بما فيهم الأهلية القانونية ومن بينها القانون النموذجي للأمم المتحدة بشأن التجارة الإلكترونية في المادة (13) منه. والتوجيه الأوروبي المتعلق بحماية المستهلك عن بعد في المادة (1/4)، وكذا التوجيه الأوروبي رقم 2000-31.

وبالرغم من إلزام المتعاقدين بالإفصاح عن هويتهم عن طريق صفحة خاصة تتضمن بياناتهم والتي تلزم بملئها. وتتضمن عدة بنود أهمها سن المتعاقد أو تاريخ ميلاده، إلا أن هذا لا يمنع التحايل من قبل القاصرين الذي يخفون نقص أهليتهم[1]. وعلى هذا وجدت حلول تقنية للتخفيف من هذه المشكلة؛ ومن هذه الحلول ما يلي:

- البطاقة الإلكترونية : وهي تشبه الحاسوب المتنقل حيث يتم فيها تخزين كافة المعلومات الشخصية، إذ يمكن التعرف على أهلية مستخدمها، وإن كان من الصعب التأكد على ما سوف يطرأ على الشخص من بيانات جديدة غير مخزن فيها[2].
- الوسيط الإلكتروني: حيث يسند إليه تنظيم العلاقة بين أطراف العقد، كما يلجأ إليه للتحقق من هوية المتعاقدين وأهليتهم القانونية وإصدار شهادة مصادق عليها تتعلق بأطراف العقد الإلكتروني.
- الوسائل التحذيرية: حيث تتضمن بعض المواقع الإلكترونية عبارات تحذيرية تفيد بعدم الدخول إلى الموقع إلا من قبل شخص يتمتع بالأهلية القانونية، حيث يلتزم الشخص الذي يريد الدخول الإفصاح عن هويته وعمره عن طريق ملء نماذج معروفة على الإنترنت، فمتى توفرت في الشخص الأهلية القانونية، فإنه يستطيع الدخول إلى هذا الموقع وإبرام العقود وفي حالة العكس فلا يمكنه ذلك[3].

[1] لزهر بن سعيد، النظام القانوني لعقود التجارة الإلكترونية، المرجع السابق، ص 97.

[2] طالب حسن موسى، قانون التجارة الإلكترونية، المرجع السابق، ص 156.

[3] أيسر صبري، إبراهيم، إبرام العقد عن الطريق الالكتروني وإثباته، المرجع السابق، ص 104.

أ-1: عيوب الرضا في العقد الإلكتروني

أ-1-1:الإكراه

يعرف الإكراه عموما على أنه إجبار الشخص بغير حق على أن يعمل عملا دون رضاه، فالإكراه يشوه الإرادة في حريتها واختيارها، ويحدث الرهبة والخوف في نفس الشخص إذ يدفعه إلى القبول للتعاقد[1].

ويبدو أن الإكراه نادر في إبرام العقد الإلكتروني كونه عقد يتم عن بعد، وعليه لا يمكن ممارسة أحد الطرفين إكراها خاصة المادي منه على المتعاقد الآخر، إلا أن المجال مفتوح أمام الإكراه المعنوي، وذلك بأن يقوم المتعاقد ببعض الممارسات التجارية التي تعتبر مصدر شك وإكراه عبر الإنترنت مثل الرسائل الاشهارية التجارية الموجهة إلى المتعاملين عبر الإنترنت من خلال تقنية Spamming [2].

كما يتصور الإكراه في العقد الإلكتروني متى كنا بصدد تبعية اقتصادية لأحد المتعاقدين اتجاه الطرف الآخر خصوصا إذا كان هذا الأخير مورد لمنتج نادر، إلا أن مفهوم الإكراه الاقتصادي أو استغلال حاجة اقتصادية لدى المتعاقد لا يحظى بتأييد لاعتماده، حيث لا تعتبر الإفادة من قوة اقتصادية ضعفا اقتصاديا في الجانب الآخر، ولا يعد عيبا تتعيب به الإرادة يبرر طلب إبطال العقد[3].

أ-1-2: الغلط

يعرف الغلط بصفة عامة على أنه حالة تقوم على توهم بغير الواقع، وغير الواقع إما أن يكون واقعة غير صحيحة يتوهم الإنسان صحتها، أو واقعة صحيحة يتوهم الإنسان عدم صحتها[4].

وغالبا ما يقع الغلط في العقود الإلكترونية لعدم الخبرة أو لعدم الاحتراف في المعاملات الإلكترونية خصوصا في الأشياء الفنية ذات التقنية المتطورة، حيث يمكن اعتبار هذه الصفة

---

[1] خالد عبد حسين الحديثي، تكميل العقد 'دراسة مقارنة'، منشورات الحلبي الحقوقية، ط1، لبنان، 2012، ص 22.

[2] حمودي محمد ناصر، العقد الدولي الإلكتروني المبرم عبر الإنترنت، المرجع السابق، ص222.

[3] فادي محمد عماد الدين توكل، عقد التجارة الإلكترونية، المرجع السابق، ص 107.

[4] عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام ،المرجع السابق، ص 238.

من القرائن التي يستعين بها قاضي الموضوع في تقرير مدى توفير الغلط في حق المتعاقد وعليه يصعب قبول الغلط من متعاقد ذو خبرة واحتراف في المجال الذي تعاقد بشأنه[1].

كما يقع الغلط بسبب العرض الناقص للمنتجات، كأن يكون العرض غير مفهوم أو واضح، مما يؤدي إلى إيقاع في الغلط بشأن المنتج المعروض عبر الإنترنت، إلا أنه يصعب إثبات هذا الغلط، حيث أن العرض الناقص للمنتج؛ والذي قد تم على صفحة الويب قد يتم تغييره أو تعديله في وقت لاحق بوسيلة إلكترونية وهذه التقنية لا تترك أثر مادي ملموس[2].

وقد يتمثل الغلط في العقد الإلكتروني بالغلط الناشئ عن استعمال حاسبات تتضمن برنامجا مصمما للتعاقد بشكل تلقائي مع الغير والذي يطلق عليه التعاقد عن طريق الوسيط الإلكتروني، إذ يقع الغلط في هذه الحالة عند الضغط أو لمس الزر الذي يمثل علامة القبول بشكل عفوي، مما يؤدي أحيانا إلى إبرام العقد عكس إرادة الشخص الذي لم يرغب في إبرامه، كما يقع الغلط عندما يوكل إلى جهاز الحاسب بالتعاقد مع جهاز آخر[3].

أ-1-3: التدليس أو الغش

يعرف التدليس عموما على أنه استعمال أحد طرفي العقد، وسائل تهدف لتضليل الطرف الآخر والحصول على رضاه في الموافقة على عقد أو أي عمل آخر.

ويستنتج من هذا التعريف أن التدليس يفترض شروط هي: استعمال الوسائل أو الطرق الاحتيالية بنية التضليل واعتبار التدليس الدافع إلى العقد وأن يكون التدليس أيضا صادر من المتعاقد الآخر أو على الأقل أن يكون متصلا به.

وفي مجال العقود الإلكترونية يحتل التدليس مكانة كبيرة، وغالبا ما يتم في الإعلان الخادع أو الكاذب أو الوعد من خلال رسالة إلكترونية بميزات وهمية؛ وذلك بهدف دفع المتعاقد الآخر لإبرام العقد[4]. وخصوصا أن المستهلك في العقد الإلكتروني لا يمكنه معاينة الشيء المبيع كالعقد التقليدي، وإنما من خلال المعاينة عن طريق شاشة الكومبيوتر، وقد

---

[1] محمد حسين منصور، المسؤولية الإلكترونية، المرجع السابق، ص 73.

[2] أيسر صبري، إبراهيم، إبرام العقد عن الطريق الإلكتروني وإثباته، المرجع السابق، ص 106 ؛ إلياس ناصيف، العقود الدولية' العقد الإلكتروني في القانون المقارن'، المرجع السابق، ص 130.

[3] فاروق إبراهيم جاسم، الجوانب القانونية للتجارة الإلكترونية، المرجع السابق، ص74.

[4] لزهر بن سعيد، النظام القانوني لعقود التجارة الإلكترونية، المرجع السابق، ص 103.

يلجأ التاجر إلى استخدام الحيل التكنولوجية في عرض المنتجات ويدفعه إلى إبرام العقد، فإذا ثبت ذلك فيجب إبطال هذا العقد لوجود الغش، لأن الغش يفسد جميع التصرفات[1].

كما يمكن أن يتم تغيير العرض الذي تم على شبكة الإنترنت في ثواني معدودة من عرض المبيع على حالته الأولى مما يصعب إثبات التدليس فيه، وفي هذا الصدد ذهبت الغرفة التجارية الدولية في باريس حيث قننت تقنيا دوليا في مجال الإشهار ليكون دليلا تقتدي به المحاكم حيث طورته بشكل يشمل كل وسائل الاتصال بما فيها الرسائل الإلكترونية الموجهة عبر الإنترنت والخدمات التي تعرض عن طريقها[2].

وتجدر الإشارة إلى أنه يمكن الحد من ظاهرة التدليس في العقد الإلكتروني من خلال تنشيط دور جهات التوثيق الإلكتروني أو مقدم خدمة التوثيق، حيث أن دورها ليس قاصر على التأكد من صحة ونسبة صدور الإرادة التعاقدية الإلكترونية إلى منشئها فقط، بل التأكد من صحة هذه الإرادة وبعدها عن وسائل الغش والتدليس[3]، ويكون ذلك عن طريق قيام هذه الجهات بتتبع المواقع التجارية عبر الإنترنت بالتحري عنها وعن صحتها ومصداقيتها في التعامل، فإذا تبين لها أن أحد المواقع غير جدية، فتوجه رسالة تحذيرية تبين فيها عدم مصداقية الموقع، أو أن هذا الأخير وهمي[4].

أ-1-4: الغبن والاستغلال

الغبن هو عدم التعادل بين التزامات كل من العاقدين في العقد الملزم للجانبين، وعليه فهو أمر مادي يتمثل في خسارة تلحق أحد المتعاقدين عند إنشاء العقد، والغبن لا يكون له أي أثر على العقد ولا يصلح أن يكون سببا للطعن في العقود إلا إذا توفر العنصر النفسي وهو استغلال المتعاقد الآخر[5].

وفي مجال العقد الإلكتروني نجد فكرة الغبن لها عدة تطبيقات، حيث أنه قد تلجأ بعض الجهات المنتجة للبضائع والخدمات إلى استخدام الطرق الاحتيالية المادية منها وغير المادية

---

[1] ممدوح محمد حيري هاشم، مشكلات البيع الإلكتروني عن طريق الإنترنت في القانون المدني 'دارسة مقارنة'، دار النهضة العربية، مصر، 2000، ص 143.

[2] حمودي محمد ناصر، العقد الدولي الإلكتروني المبرم عبر الإنترنت، المرجع السابق، ص223.

[3] فادي محمد عماد الدين توكل، عقد التجارة الإلكترونية، المرجع السابق، ص 104.

[4] لزهر بن سعيد، النظام القانوني لعقود التجارة الإلكترونية، المرجع السابق ، ص 104.

[5] بلقاسم حامدي، إبرام العقد الإلكتروني، المرجع السابق، ص139.

بغيـة التـأثير علـى إرادة الطـرف الآخـر وحملـه علـى التعاقـد، ومنـه اللجـوء إلـى التضـليل الإعلاني الذي يتم بالكذب أو بتقديم بيانات خاطئة، وقد يتحقق بالتغرير والكتمان[1].

ثانيا: المحل والسبب في العقد الإلكتروني

بمـا أن العقـد الإلكترونـي شـأنه شـأن العقـد التقليـدي، فيجـب أن ينعقـد صـحيحا بتـوفره لأركانـه الثلاثـة، الرضـا والـذي كـان محـل دراسـتنا سـابقا، أمـا الـركنين المتبقين فهمـا المحـل والسبب، واللذين يشترط فيهما عدم مخالفتهما للنظام العام والآداب العامة، وهذا ما سنتناوله في مايلي:

1-المحل

المحـل هـو الالتـزام الناشـئ عـن العقـد، لأن هـذا الأخيـر يولـد التزامـات يكـون لكـل منهـا محل، وعليه يكون محل الالتزام هو الأداء الذي يتعهد به المدين[2].

ويعرف محل العقد الإلكتروني على أنه:' العملية القانونية التي أرادها طرفا العقد سواء بـأداء شـيء معين كالبضـاعة أو المعـدات أو بـرامج الحاسـوب أو أداء عمـل معين كتقـديم الخدمات'[3].

والعقـد الإلكترونـي عـادة مـا يقـوم علـى نـوعين مـن التجـارة همـا تجـارة السـلع وتجـارة الخدمات، وعليه فإن محله يشمل صورتين:

/ تجارة السلع: والمقصود بها تلك التجارة التي يكون محلها السلع والبضائع وكلمة البضائع أستقرت على أن تشمل المنقولات المادية والمعنوية.

وطبقـا للمـادة الثانيـة مـن اتفاقيـة فيينـا 1980[4] تسـتبعد البضـائع التـي يـتم شـرائها للاستهلاك الشخصي أو العائلي والبيع بالمزاد، لأنه يخضع لقانون دولة رسو المزاد، والبيع

---

[1] فاروق إبراهيم جاسم، الجوانب القانونية للتجارة الإلكترونية، المرجع السابق، ص 75.

[2] بشار طلال مومني، مشكلات التعاقد عبر الإنترنت، المرجع السابق، ص40.

[3] أيسر صبري إبراهيم، إبرام العقد عن الطريق الإلكتروني وإثباته، المرجع السابق، ص 113.

[4] Art (02) : « La présente Convention ne régit pas les ventes:

a) de marchandises achetées pour un usage personnel, familial ou domestique, à moins que le vendeur, à un moment quelconque avant la conclusion ou lors de la conclusion du contrat, n'ait pas su et n'ait pas été censé savoir que ces marchandises étaient achetées pour un tel usage;

الذي يتم تنفيذه لأمر صادر من سلطة يخولها القانون إصداره، وبيع القيم المنقولة والأوراق التجارية والنقود، وكذا بيع السفن والمراكب والطائرات، وأيضا بيع الكهرباء.

وعليه إذا ما كان محل العقد الإلكتروني أحد البضائع المذكورة ، فإنه يخرج من نطاق اتفاقية فيينا، وإذا كان كذلك فلا يعتد به ليكون محلا.

كما أن المشرع العراقي أستثنى في محل العقد الإلكتروني[1] معاملات تداول العقار، لأن ملكية العقار لا تنتقل إلا بالتسجيل، وعليه لا يصلح أن يكون محلا له إلا المنقول سواء المادي أو المعنوي، كما استثنى المسائل المتعلقة بالأحوال الشخصية، وكذا المستندات التي هي بحاجة إلى المصادقة عليها من كاتب عدل، وإجراءات المحاكم والإعلانات القضائية والإعلان بالحضور وأوامر التفتيش وأوامر القبض والأحكام القضائية[2].

والجدير بالذكر أنه قد وردت هذه الاستثناءات في التوجيه الأوربي في المادة (3) الذي أشار إلى عدم تطبيق أحكام التوجيه على عقود الملكية العقارية أو قانون الأسرة أو قانون الميراث[3].

=b) aux enchères :

c) sur saisie ou de quelque autre manière par autorité de justice.

d) de valeurs mobilières, effets de commerce et monnaies.

e) de navires, bateaux, aéroglisseurs et aéronefs.

f) d'électricité ».

[1] انظر، المادة (2/3) من القانون رقم 78 لسنة 2012 المتعلق بالتوقيع الإلكتروني، جريدة الوقائع العراقية، ع 4256، الصادرة في 5 تشرين الثاني 2012.

[2] أيسر صبري إبراهيم، إبرام العقد عن الطريق الإلكتروني وإثباته، المرجع السابق، ص 113.

[3] Art (3) : « La présente directive ne s'applique pas aux contrats:

-portant sur les services financiers dont une liste non exhaustive figure à l'annexe II,

-conclus par le moyen de distributeurs automatiques ou de locaux commerciaux automatisés,

- conclus avec les opérateurs de télécommunications du fait de l'utilisation des cabines téléphoniques publiques,

- conclus pour la construction et la vente des biens immobiliers ou portent sur d'autres droits relatifs à des biens immobiliers, à l'exception de la location,

- conclus lors d'une vente aux enchères.

أما عن المشرع الجزائري فقد نص على استثناءات محل العقد الإلكتروني في المادة (3) من قانون التجارة الإلكترونية، بحيث منع كل معاملة إلكترونية يكون محلها لعب القمار والرهان واليانصيب، المشروبات الكحولية والتبغ، المنتجات الصيدلانية، المنتجات التي تمس بحقوق الملكية الفكرية أو الصناعية أو التجارية، كل سلعة أو خدمة محظورة بموجب التشريع المعمول به، كل سلعة أو خدمة تستوجب إعداد عقد رسمي.

وتتعدد أنواع البضائع محل العقد الإلكتروني، فمنها السلع الاستهلاكية كالمنتجات الغذائية أو الملابس ومواد التجميل، وإن كان البعض ينصح التجار بالابتعاد عن المتاجرة في السلع السريعة التلف، وهناك سلع ذات قيمة مالية كبيرة كالسيارات والمجوهرات، إضافة إلى أنه توجد سلع ثقافية كالأفلام والأقراص والموسيقى إلى غير ذلك[1].

ل تجارة الخدمات: والمقصود بها تلك التجارة التي يكون محلها توريد الخدمات ويعتبر مجال الخدمات من المشروعات التي تعتمد بالأساس على الفكر والمؤهلات العلمية، كما أنه لا يحتاج إلى رأس مال كبير. وتجارة الخدمات تعد من أحد أنواع التجارة الإلكترونية التي تتم وتنفذ على الخط، وتوجد العديد من أنواع الخدمات التي يمكن أن تكون محل للعقد، كالخدمات المصرفية والمالية والاستشارية، وخدمات الإعلام والاتصال وكذا خدمات وكلاء السياحة[2].

= Les articles 4, 5, 6 et l'article 7 paragraphe 1 ne s'appliquent pas:

- aux contrats de fourniture de denrées alimentaires, de boissons ou d'autres biens ménagers de consommation courante fournis au domicile d'un consommateur, à sa résidence ou à son lieu de travail par des distributeurs effectuant des tournées fréquentes et régu aux contrats de fourniture de services d hébergement, de transports, de restauration, de loisirs, lorsque le fournisseur s'engage, lors de la conclusion du contrat, à fournir ces prestations à une date déterminée ou à une période spécifiée; exceptionnellement, dans le cas d'activités de loisirs en plein air, le fournisseur peut se réserver le droit de ne pas appliquer l'article 7 paragraphe 2 dans des circonstances spécifiques.lières ».

[1] فادي محمد عماد الدين توكل، عقد التجارة الإلكترونية، المرجع السابق، ص 109.

[2] لزهر بن سعيد، النظام القانوني لعقود التجارة الإلكترونية، المرجع السابق، ص 123-124.

أما شروط المحل فهي نفس الشروط المقررة في القواعد العامة؛ والمتمثلة في أن يكون المحل موجودا أو ممكنا، أو أن يكون معينا أو قابلا للتعيين، وأن يكون مشروعا.

وسنتناول هذه الشروط في ظل البيئة الإلكترونية دون التفريط في تفصيلها في ظل النظرية العامة للعقد.

أ- <u>أن يكون محل العقد الإلكتروني موجودا أو ممكنا</u>

ويقصد به إذا كان الالتزام محله نقل حق عيني، فالشيء الذي تعلق به هذا الحق يجب أن يكون موجودا، والمعنى المقصود من الوجود هو أن يكون الشيء موجودا وقت نشوء الالتزام أو أن يكون ممكن الوجود مستقبلا[1].

ولكي ينشأ ويقوم العقد الذي أنشأه فيجب أن يكون محله ممكن غير مستحيل، وهذا الشرط تقتضيه طبيعة الأمور، لأنه لا تكليف من مستحيل[2] .

وقد نصت المادة (93) من القانون المدني الجزائري[3]على أنه:" إذا كان محل الالتزام مستحيلا في ذاته أو مخالفا للنظام العام أو الآداب العامة كان باطلا بطلان مطلق".

ويقصد بالاستحالة في هذا النص الاستحالة التي تحول دون نشأة الالتزام وتستتبع بطلان العقد الاستحالة الموضوعية، أي استحالة المحل ذاته وليس الاستحالة الشخصية الذاتية[4].

وعليه إذا ما اتجهت إرادة الطرفين عبر الإنترنت إلى محل يعتقدان أنه موجود وتبين العكس، أو كان موجود فعلا لكنه هلك قبل التعاقد، يعتبر العقد باطل لتخلف ركن المحل خلافا إذا ما هلك المحل لحظة التعاقد فيعد العقد صحيحا لتوفر ركن المحل، وللمتعاقدين اللجوء إلى أحكام الفسخ أو إلى التنفيذ بالمقابل[5].

---

[1] عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ص 306.

[2] الطيب حسن عبد الله العوض، إبرام وتنفيذ العقد الإلكتروني 'دراسة تحليلية مقارنة'، مذكرة ماجستير، كلية الدراسات العليا والبحث العلمي، جامعة الرباط الوطني، السودان، السنة الجامعية 2014-2015، ص 98.

[3] انظر، المادة (159) من ق م الأردني؛ المادة (132) ق م المصري؛ المادة(167) ق م الكويتي ؛ المادة(127) من ق م العراقي؛ المادة (201) من ق م الإماراتي، الفصل (64) من مجلة الالتزامات والعقود التونسي؛ (1130) ق م فرنسي.

[4] بشار محمود دودين، الإطار القانوني للعقد المبرم عبر شبكة الإنترنت، المرجع السابق، ص 161.

[5] أيسر صبري إبراهيم، إبرام العقد عن الطريق الإلكتروني وإثباته، المرجع السابق، ص 115.

من خلال ما سبق، نستنتج أن محل إبرام العقد الإلكتروني يجب أن يكون ممكن الوجود وقت إبرام العقد، أو إمكانية وجوده مستقبلا في حالة عدم وجوده وقت الإبرام، كما يجب أن يكون غير مستحيل وإلا عد العقد باطلا.

ب- <u>أن يكون محل العقد الإلكتروني معينا أو قابلا للتعيين</u>

طبقا للقواعد العامة يجب أن يكون محل الالتزام معين عند إبرام العقد أو قابلا للتعيين فإذا كان المحل شيء معين بذات، فيجب أن يشتمل العقد على تعيين ذاته وأوصافه تعيينا يحدده ويمنع الجهالة فيه، أما إذا كان محل الالتزام معين بالنوع فيجب أن يكون المحل معين بنوعه فقط إذا تضمن العقد ما يستطاع به تعيين مقداره[1].

وقد نصت المادة (94) من القانون المدني الجزائري[2] على أنه:" إذا لم يكن محل الالتزام معينا بذاته وجب أن يكون معينا بنوعه ومقداره وإلا كان العقد باطلا . ويكفي أن يكون المحل معينا بنوعه فقط، إذا تضمن العقد ما يستطاع به تعيين مقداره، وإذا لم يتفق المتعاقدان على درجة الشيء من حيث جودته ولم يمكن تبين ذلك من العرف أو من طرف آخر، التزم المدين بتسليم شيء من صنف متوسط ".

أما في مجال العقد الإلكتروني، فإن تعيين المحل يكون بتعيين السلعة أو المنتج من خلال وصفه عن طريق شاشة الكومبيوتر المتصل بالإنترنت بطريقة نافية للجهالة، أين يمكن الإطلاع عليه بطريقة تمكن من معرفة حقيقته وطبيعته علما كافيا[3].ويعتبر العلم الكافي متى أشتمل على بيان المبيع وأوصافه الأساسية بيانا يمكن من خلاله التعرف عليه.

فالطرق الإلكترونية الحديثة قد مكنت من التعيين والوصف الكامل للمحل سواء تم عن طريق الكتالوج الإلكتروني أو عن طريق البريد الإلكتروني أو مواقع الإنترنت[4].

ومسألة تعيين المحل حرصت عليها أغلب التشريعات الحديثة منها القانون التونسي المتعلق بالمعاملات والتجارة الإلكترونية لسنة 2000 حيث نصت في الفصل (25) على أنه:" يجب على البائع في المعاملات الإلكترونية أن يوفر للمستهلك بطريقة واضحة

---

[1] علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص 71.

[2] وتقابلها المواد، (133) من ق م مصري؛ (161) من ق م أردني؛ (63) من ق م تونسي؛ (128) من ق م عراقي.

[3] خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، المرجع السابق، ص 176.

[4] حمودي محمد ناصر، العقد الدولي الإلكتروني المبرم عبر الإنترنت، المرجع السابق، ص225.

ومفهومة قبل إبرام العقد المعلومات الآتية... وصفا كاملا لمختلف مراحل إنجاز المعاملة وطبيعة وخاصيات وسعر المنتوج".

أما قانون الاستهلاك الفرنسي فقد نص في المادة (111-1) منه على أنه: "كل مهني بائعا لمال أو مقدما لخدمة يجب قبل إبرام العقد، أن يمكن المستهلك من معرفة المميزات الجوهرية للمال أو للخدمة".

وقد تضمن القانون التجاري الأمريكي الموحد في المادة (2/313/ 1C)[1] نص على ما يدعى بالضمان الصريح من البائع أو المنتج في حالة بناء التعاقد طبقا إلى نموذج يقدمه البائع أو المنتج ويعده صورة لصفات البضاعة أو المنتج النهائي، ذلك لأن المشتري له حق الضمان المطابقة بين المنتوج النهائي وبين النموذج الذي تسلمه في البداية[2]، مما يعني أن وصف البضاعة من خلال الإنترنت هو من قبيل الضمان الصريح المنصوص عليه في المادة (2/313/B)[3].

وهذا ما ذهب إليه المشرع الجزائري في ظل أحكام البيع بالعينة في المادة (353)[4] من القانون المدني والتي نصت على أنه:" إذا انعقد البيع بالعينة يجب أن يكون المبيع مطابقا لها".

كما ألزمت اتفاقية فيينا في المادة (1/14) بتحديد الكمية وإعطاء عناصر كافية تمكن من تحديد الشيء المبيع[5].

---

[1] Art (2/313/a) : « Express warranties by the seller are created as follows:
(a) Any affirmation of fact or promise made by the seller to the buyer which relates to the good sand becomes part of the basis of the bargain creates an express warranty that the goods shall conform to the affirmation or promise».

[2] بلقاسم حامدي، إبرام العقد الإلكتروني، المرجع السابق، ص145.

[3] Art (2/313/b) : « Any description of the goodswhich is made part of the basis of the bargain creates an express warranty that the goods shall conform to the description».

[4] وتقابلها المادة (420) من ق م مصري ؛ المادة (518) من ق م العراقي.

[5] Art (14/1) : « Une proposition de conclure un contrat adressée à une ou plusieurs personnes déterminées constitue une offre si elle est suffisamment précise et si elle indique la volonté de son auteur d'être lié en cas d'acceptation. Une proposition est suffisamment précise lorsqu'elle désigne les marchandises et, expressément ou implicitement, fixe la quantité et le prix ou donne des indications permettant de les déterminer ».

ج- أن يكون محل العقد الإلكتروني مشروعا

طبقا للقواعد العامة يجب أن يكون محل العقد مشروعا، فلا يكون ممنوعا التعامل به بسبب طبيعته أو بسبب وجود نص في القانون يمنع ذلك أو بسبب مخالفته للنظام العام والآداب العامة[1]، وهي قاعدة تسري على العقد الإلكتروني.

إلا أن مسألة المشروعية في العقد الإلكتروني تعد مسألة نسبية لإختلاف مفهومها من دولة إلى أخرى، وقد تختلف داخل البلد الواحد[2]، وهي تعتبر من أهم المشكلات التي تواجه محل العقد الإلكتروني نظرا لكثرة المواقع الإلكترونية التي يتم فيها التجارة الغير مشروعة خاصة في ظل غياب الرقابة الفعلية في الإنترنت كالمخدرات واستغلال الأطفال جنسيا ونشر الصور الإباحية أو السب والقذف وتشويه سمعة الأشخاص، وانتحال صفة الغير، واقتحام مواقع الآخرين وارتكاب الجرائم المالية[3].

وفي الواقع، يجوز التعامل في جميع الأشياء والخدمات ما لم يحظر القانون ذلك، وهو ما يعرف بمبدأ حرية التجارة باستثناء بعض النصوص الخاصة التي تنص على بعض القيود على التجارة. وعليه فإنها تطبق على التجارة الإلكترونية[4]، وهذه القيود توجب أن يكون المحل مشروع وغير مخالف للنظام العام والآداب العامة، كما أنها تهدف إلى الحفاظ على النظام العام وحماية المستهلك وحماية المصالح العمومية [5].

وهناك نصوص في هذا الصدد لا تمنع التعامل الكامل بل تقوم بتقييد عملية التعاقد على بعض الأموال أو الإعلان عنها، كتلك القيود المفروضة على تاجر الأدوية والمستلزمات الطبية، وكذا القيود المفروضة على تاجر الأسلحة النارية في التشريعات المختلفة [6]، كما

---

[1] بشار محمود دودين، الإطار القانوني للعقد المبرم عبر شبكة الإنترنت، المرجع السابق، ص 168.

[2] حمودي محمد ناصر، العقد الدولي الإلكتروني المبرم عبر الإنترنت، المرجع السابق، ص 227.

[3] أيسر صبري إبراهيم، إبرام العقد عن الطريق الإلكتروني وإثباته، المرجع السابق، ص120.

[4] بشار محمود دودين، نفس المرجع، ص 168.

[5] أيسر صبري إبراهيم، نفس المرجع، ص120.

[6] انظر، القانون الفرنسي رقم 706 الصادر في 1985/07/12؛ والقانون رقم 194 سنة 1954 المتعلق بشأن الأسلحة والذخائر مصر؛ والمرسوم رقم 85/63 الصادر في 1963/03/16 المتعلق بالأسلحة والمتفجرات الذي يمنع بيع الأسلحة إلا بعد الحصول على ترخيص.

يحظر الاتجار بجسم الإنسان[1] والتعامل في تركة إنسان على قيد الحياة [2]، كما تخضع بعض التعاملات لقيود معينة، كبيع بعض المواد الغذائية وتقديم المعلومات ومنها قانون الصحة الفرنسي[3] الذي يمنع على الصيادلة مباشرة تجارة أو توزيع الأدوية في الموطن إلا بطلب مباشر يتلقه المشتري. أما المشرع المصري فقد منع التعاقد على المنتجات الدوائية في مصر عبر الإنترنت لأن تجارتها تكون إلا عن طريق الصيدليات[4]، ونفس المنهج أتخذه المشرع الجزائري في قانون التجارة الإلكترونية[5].

ويثور التساؤل على القيود القانونية ذات الطابع المحلي في ظل عالمية شبكة الإنترنت كونها لا تخضع للرقابة باعتبار أن البيوع التي تتم عبر الإنترنت هي بيوع عابرة للحدود[6] وهناك بعض الحلول التي يمكن أن تضبط تقيد محل العقد الإلكتروني ومنها: توحيد القوانين الوطنية استنادا لتنسيق دولي بشأن شبكة الإنترنت وتشديد الرقابة عند انتقال المبيع العابر للحدود[7].

2-**السبب**

يقصد بالسبب الغرض المباشر الذي يقصد الملتزم الوصول إليه من وراء التزامه، والفرق بينه وبين المحل هو أن هذا الأخير يعد جواب لمن يسأل عن: لماذا التزم المدين؟، أما السبب فجواب لمن يسأل عن: بماذا التزم المدين؟ [8].

والسبب في العقد الإلكتروني يخضع لنفس الأحكام الخاصة بالسبب في العقد التقليدي إذ يفترض في كل عقد وجود سبب فعدم وجوده يترتب عنه بطلان العقد، كما يجب أن يكون

---

[1] انظر، المادة (16) من ق م الفرنسي؛ المادة (5) من ق م الايطالي؛ المادة (161) من القانون الجزائري رقم 85-05 المؤرخ في 1985/02/16 المتعلق بالصحة العمومية وترقيتها.

[2] انظر، المادة (92) من ق م الجزائري، المادة (2/131) ق م المصري، المادة (2/160) ق م الأردني، المادة (1130) ق م الأردني.

[3] انظر، المادتين (589) و(512) من قانون الصحة العامة الفرنسي.

[4] انظر، المادة (71) من القانون رقم 127 لسنة 1955 المتعلق مزاولة مهنة الصيدلة المصري.

[5] انظر، المادة (3) من القانون رقم 18-05 المتعلق بالتجارة الإلكترونية.

[6] أيسر صبري إبراهيم، إبرام العقد عن الطريق الإلكتروني وإثباته، المرجع السابق، ص 122.

[7] حمودي محمد ناصر، العقد الدولي الإلكتروني المبرم عبر الإنترنت، المرجع السابق، ص 229.

[8] عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني ، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص338.

مشروعا وذلك بأن لا يكون مخالفا للنظام العام والآداب العامة[1]، غير أن الإشكال الذي يعيق مشروعية السبب هو إذا كان هذا الأخير مشروعا لدى طرف وغير مشروع لدى الآخر، وازدادت عظمة هذه الإشكالية عند تحديد مشروعية السبب في العقد الإلكتروني لاتساع النطاق المكاني وتجاهل الحدود الجغرافية والى عدم وجود رقابة مركزية على الإنترنت[2].

واستنادا لما سبق، فإن مفهوم السبب في العقد الإلكتروني هو نفسه مفهوم السبب في العقد التقليدي، وبالتالي يترتب على انعدامه بطلان العقد الإلكتروني، مع الإشارة إلى أن مفهوم الآداب العامة يتطور باستمرار ويختلف بين زمن إلى آخر ومن دولة إلى أخرى وذلك بتطور المجتمع وتحرره[3].

الفرع الثاني

وقت إبرام العقد الإلكتروني

يعتبر العقد منعقدا منذ اللحظة التي يتم فيها اقتران الإيجاب بالقبول، على أساس أن تلاقي الإرادتين هو الذي ينشأ العقد ويحدد وقت تحقق الرابطة القانونية، إلا أن العقد الإلكتروني يطرح الإشكال لكونه يتم عن بعد، وقد أثار ذلك خلافا حول الطبيعة القانونية لهذا العقد مما أثر ذلك على مفهوم مجلس العقد (أولا)، وهذا الأخير يساهم في إيجاد حلول للإشكالات القانونية التي يثيرها تلاقي إرادة الأطراف كالمكان والزمان (ثانيا).

---

[1] انظر المواد، (97)،(98) من ق م الجزائري؛ (165)،(166)،(168) من ق م الأردني؛ (132)،(137) من ق م العراقي، و(176)، (177) من ق م الكويتي؛ المادة (136) من ق م المصري؛ المادة (207) من ق م الإماراتي و(1131)،(1132)،(1133) من ق م الفرنسي.

[2] حمودي محمد ناصر، العقد الدولي الإلكتروني المبرم عبر الإنترنت، المرجع السابق، ص 231.

[3] إلياس ناصيف، العقد الدولية 'العقد الإلكتروني في القانون المقارن'، المرجع السابق، ص 150.

أولا: مجلس العقد

تعتبر نظرية مجلس العقد نظرية إسلامية المنبت[1]، من صنع الفقه الإسلامي، أثارت خلافات في تحديدها وتفسيرها، إذ الغرض منها هو تحديد المدة التي يصح أن تفصل بين القبول عن الإيجاب، فهل اختلفت نظرة الفقه لهذه المسألة مع ظهور التعاقد الإلكتروني؟

لقد تعددت المحاولات التي تناولت تعريف مجلس العقد سواء في الفقه الإسلامي أو الفقه المعاصر حيث عرف بأنه:' مكان وزمان التعاقد والذي يبدأ بالانشغال البات بالصيغة وينقضي بانتهاء الانشغال بالتعاقد'[2].

وبالتالي، فإن شروط تكوين مجلس العقد الإلكتروني هما الحضور الإفتراضي للمتعاقدين في مجلس العقد ومنه وحدة المكان، وبدء المتعاقدين بالانشغال بالصيغة[3].

والعقد مابين حاضرين قد يكون حقيقيا إذ يجمع المتعاقدين في مكان واحد فيكونان على اتصال مباشر، حيث يسمع كلاهما الآخر مباشرة حال كونهما منصرفين إلى التعاقد لا يشغلهما عنه شاغل[4]، وقد يكون حكمي حيث لا يكون فيه أحد المتعاقدين حاضرا فيه حضورا حقيقيا، حيث تنقضي فيه فترة من الزمن بين صدور القبول وعلم الموجب به[5]وهذا ما يكون عليه غالبا العقد الإلكتروني.

ويقوم مجلس العقد على ركنين هما: الركن المادي وهو المكان، والركن المعنوي هو الزمان، أي الفترة الزمنية بين صدور القبول والإيجاب[6].

---

[1] وقد أستوحت معظم التشريعات العربية فكرة مجلس العقد من أحكام الشريعة الإسلامية ومن بينها: المادة (64) من ق م الجزائري ؛ المادة (94) من ق م المصري؛ المادة (96) من ق م الأردني ؛ المادة (132) من ق م الإماراتي؛ المادة (82) من ق م العراقي ؛ المادة (75) من ق م القطري؛ المادة (183) من قانون الموجبات والعقود اللبناني .

[2] ماجد محمد سليمان أبا الخيل، العقد الإلكتروني، مكتبة الرشد ناشرون، ط1، المملكة العربية السعودية، 2009، ص 61.

[3] أحمد خالد العجلوني، التعاقد عن طريق الإنترنت، المرجع السابق، ص 80.

[4] طارق كاظم عجيل، مجلس العقد الإلكتروني، مؤتمر المعاملات الإلكترونية (التجارة الإلكترونية–الحكومة الإلكترونية)، مركز الإمارات للدراسات والبحوث الإستراتيجية ، 19– 20 مايو2009، ص 6.

[5] عبد الحي القاسم عبد المؤمن، أركان العقد الإلكتروني، مجلة جامعة بخت الرضا العلمية، جامعة بخت الرضا، السودان، ع11، يونيو 2014، ص 11.

[6] خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، المرجع السابق، ص 362.

وفي العقد الإلكتروني نجد أن مكان مجلس العقد هو مكان إفتراضي لأنه يتم في فضاء الكتروني (Cyber Space)، ولذلك ذهبت لجنة الأونسترال[1] لوضع مشروع قانون العقد الإلكتروني وقامت بتحديد مكان إبرام العقد الإلكتروني، أما بالنسبة لزمان مجلس العقد الإلكتروني فيكون على حسب الطريقة التي يتم بها التعاقد، وعما إذا كان يتم عبر البريد الإلكتروني أو مواقع الويب أو المحادثة أو غيرها[2].

فإذا تم عن طريق البريد الإلكتروني يكون الاتصال بين المتعاقدين لحظيا، ويبدأ مجلس العقد وقت صدور الإيجاب إلى غاية خروج أحدهما من البريد الإلكتروني، ويكون غير لحظي متى يبدأ من لحظة إطلاع القابل على المعروض عليه وينتهي بالمدة المحددة إن وجدت، أما في حالة التعاقد عن طريق الويب، فإن مجلس العقد يبدأ من وقت دخول الراغب في التعاقد إلى الموقع ويستمر لغاية خروج القابل منها، أما إذا كان التعاقد عن طريق المحادثة والمشاهدة، فإن مجلس العقد يبدأ من وقت صدور الإيجاب ويستمر إلى حين الانتهاء من المحادثة [3].

وفي هذا الصدد يثار التساؤل حول طبيعة مجلس العقد الإلكتروني هل هو عقد بين حاضرين أم بين غائبين؟

يرجح الدكتور بشار طلال المومني إلى تكييف مجلس العقد الإلكتروني على أنه تعاقد بين غائبين زمانا ومكانا، وذلك لاختلاف مكان المتعاقدين، وكذا لعدم صدور الإيجاب والقبول في نفس اللحظة، حيث يوجد فاصل زمني بين علم الموجب بالقبول وصدوره[4]، كما كما أن اعتبار مجلس العقد الإلكتروني بين غائبين زمانا ومكانا يؤدي إلى استفادة المستهلك من حق الرجوع الذي منحه إياه المشرع في حالة التعاقد عن بعد[5] وبالتالي شأنه شأن التعاقد التعاقد عن طريق المراسلة أو التعاقد عن طريق الهاتف إذ لا يختلف عنهم إلا في الوسيلة التي يتم بها. إلا أنه انتقد هذا الرأي على أساس أنه تجاهل حقيقة مهمة وهي أن العقد قد

---

[1] انظر، المادة (4/15) من القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية.

[2] خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، المرجع السابق، ص 363.

[3] حمودي محمد ناصر، العقد الدولي الإلكتروني المبرم عبر الإنترنت، المرجع السابق، ص 240.

[4] بشار طلال مومني، مشكلات التعاقد عبر الإنترنت، المرجع السابق، ص 83.

[5] طارق كاظم عجيل، ثورة المعلومات وانعكاساتها على القانون المدني، منشورات الحلبي الحقوقية، ط1، لبنان،2011، ص 208.

يتم لحظيا لذلك ذهب البعض الآخر من الفقه ، إلى اعتبار مجلس العقد الإلكتروني تعاقد بين حاضرين على اعتبار أن المتعاقدين ينصرفان إلى موضوع العقد دون أن يشغلهما عنه شاغل آخر حيث يحصل الاتصال بينهما عبر الإنترنت، إذ يتم سماع ورؤية كلا الطرفان مباشرة، ومنه لا يكون هناك أي فاصل زمني بين الإيجاب والقبول[1]. مما يصعب اعتبار العقد الإلكتروني عقد بين غائبين.

كما ذهب آخرون إلى أن التعاقد الإلكتروني هو تعاقد بين حاضرين من حيث الزمان وبين غائبين من حيث المكان، وذلك لاعتبار أن العقد يتم بوسيلة سمعية بصرية تمكن من ضم الطرفين في مجلس واحد حكمي إفتراضي من حيث الزمان، إلا أنهما متباعدان من حيث المكان[2].

إلا أنه تم انتقاد هذا الاتجاه على أساس عدم قبول تجزئة مجلس العقد، إذ أن هذا الأخير يقتضي وحدة المكان والاستمرار الزمني المتصل، إضافة إلى أنه لا يوجد مجلس عقد مختلط، فإما أن يكون حكمي أو حقيقي، كما أن تجزئة عنصري مجلس العقد –المكان والزمان– يؤدي إلى تجزئة الأحكام القانونية المطبقة على مجلس العقد الواحد[3].

ونظرا للاستخدامات الكثيرة للإنترنت يجب التفرقة بين استخداماتها المختلفة على النحو التالي:

فإذا استخدمت الإنترنت بطريقة تسمح بنقل الصوت فقط، ففي هذه الحالة يكون التعاقد بين حاضرين زمانا، وبين غائبين مكانا، كالتعاقد عبر الهاتف[4].

وإذا استخدمت للكتابة والمراسلة كاستخدام البريد الإلكتروني، ففي هذا الحالة يعتبر تعاقد بين حاضرين زمانا وبين غائبين مكانا في حالة كان تبادل الرسائل فوري دون وجود فاصل زمني، أما إذا كان يوجد فاصل زمني بين صدور القبول والعلم به، فيعتبر التعاقد هنا بين غائبين مثله مثل التعاقد بالمراسلة[5]، أما إذا استخدمت الإنترنت بطريقة تنقل الصوت والصورة معا بين المتعاقدين دون وجود فاصل زمني حيث يمكن كل من المتعاقدان برؤية

---

[1] مقتبس عن، إلياس ناصيف، العقود الدولية 'العقد الإلكتروني في القانون المقارن'، المرجع السابق، ص 118.

[2] مقتبس عن، طارق كظيم عجيل، نفس المرجع، ص 210.

[3] إياد أحمد سعيد الساري، النظام القانوني لإبرام العقد الإلكتروني، المرجع السابق، ص 96.

[4] إلياس ناصيف، نفس المرجع، ص 119.

[5] حمودي محمد ناصر، العقد الدولي الإلكتروني المبرم عبر الإنترنت، المرجع السابق، ص 243.

وسماع الآخر ويستطيع كلاهما تبادل التفاصيل المتعلقة بالعقد، ففي هذه الحالة يعد تعاقد بين حاضرين حضورا مفترض من حيث الزمان والمكان[1].

والملاحظ مما سبق أن معظم الاختلافات قد أخذت بمعيار الزمن[2] للتمييز في ما إذا كان تعاقد بين حاضرين أو غائبين، ففي التعاقد بين حاضرين لا توجد فترة زمنية بين الإيجاب والقبول، أما التعاقد بين غائبين فتوجد تلك الفترة .

ومن خلال ما سبق، يمكن القول أن مرحلة مجلس العقد تعتبر مرحلة مهمة لإبرام العقد وتبرز أهمية هذه المرحلة في أنه لا يتم عقد البيع إلا من خلالها، فلا يتصور وجود عقد البيع بدون المرور على مرحلة المجلس.

ثانيا: زمان ومكان انعقاد العقد الإلكتروني

إن أهمية تحديد زمان انعقاد العقد[3] تتمثل في أنها اللحظة التي لا يمكن فيها للموجب الرجوع عن إيجابه، والقابل الرجوع عن قبوله، كما أنها تعتبر اللحظة التي يبدأ فيها العقد بترتيب آثاره، وتظهر أهميته كذلك في تحديد وقت بدء سريان مدة تقادم الالتزامات المترتبة على العقد، ومن خلالها يتم تحديد أهلية المتعاقدين، أما أهمية تحديد مكان انعقاد العقد الإلكتروني فتكمن في تحديد الاختصاص القضائي بالنظر في نزاعات العقد، وكذا تحديد القانون الواجب التطبيق[4].

---

[1] إياد أحمد سعيد الساري، النظام القانوني لإبرام العقد الإلكتروني، المرجع السابق، ص 98.

[2] بعض الفقه يرى أن معيار الزمن ليس جامعا أو مانعا، إذ لا يعتبر العنصر الوحيد الذي يميز التعاقد إذا ما كان بين حاضرين أو غائبين، حيث أنه يوجد ثلاث عناصر مجتمعة لذلك وهي: عنصر الزمان وعنصر المكان وعنصر الانشغال بشؤون العقد . انظر، محمد أمين الرومي، التعاقد الإلكتروني عبر الإنترنت، المرجع السابق، ص 103.

[3] نجد البعض يقلل من أهمية مسألة تحديد زمان ومكان إبرام العقد حيث أنه تم ربطها بإثبات العقد وليس بإبرامه:
Nathallie MOREAU, la formation du contrat électronique dispositif de protection du cyberconsommateur et modes alternatifs de règlement des conflits, DEA Droit des contrats, Faculté des Sciences Juridiques, Politiques et Sociales, Université de Lille 2,2002-2003, p :39.

[4] محمود عبد الرحيم الشريفات، التراضي في تكوين العقد الإلكتروني، المرجع السابق، ص 161؛ محمد أمين الرومي، نفس المرجع، ص 104-105؛ خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، المرجع السابق، ص 373؛ بشار طلال مومني، مشكلات التعاقد عبر الإنترنت 'دراسة مقارنة'، المرجع السابق، ص71-72.

1- زمان انعقاد العقد الإلكتروني

تقتضي القاعدة العامة أن العقد ينعقد في اللحظة التي يتم فيها تلاقي الإرادتين، وبما أن العقد الإلكتروني لا يتواجد فيه الطرفان على حضور مادي وفي مكان واحد، فإن تحديد زمان انعقاد العقد يواجه بعض الصعوبات.

وتكمن هذه الصعوبات في تحديد زمان وصول القبول أو الإيجاب إلى الطرف الآخر ذلك أنه إذا تم التعبير عن الإرادة عن طريق الضغط على الزر بالموافقة مثلا، فإن هذه الإرادة تنتقل عن طريق ترددات كهربائية يتم تشفيرها إلى ومضات إلكترونية، تصل إلى جهاز المرسل إليه، وفي هذه الحالة يصعب تحديد تاريخ وصول هذه الومضات إلى الطرف الآخر[1]، وهنا يثور التساؤل عن زمان انعقاد العقد الإلكتروني.

ولقد اختلفت الآراء حول هذه المسألة إلى عدة نظريات فقهية وتتمثل في ما يلي:

أ- نظرية إعلان القبول Théorie de la déclaration

بمقتضى هذه النظرية يكفي وجود إرادتين متطابقتين لكي ينعقد العقد[2]، وبالتالي لا يشترط وجوب اتصال القبول بعلم الموجب، وعليه يعد العقد منعقد من الوقت الذي أعلن فيه الموجب له القبول[3]، ولكن يعترض على هذه النظرية أن الموجب قد لا يعلم بصدور القبول وقد يعدل عن إيجابه قبل علمه بالقبول، كما قد يعلن القابل قبوله في رسالة ثم يعدل عن قبوله[4].

وتطبيقا لهذه النظرية، فإن لحظة انعقاد العقد الإلكتروني هي اللحظة التي يحرر فيها من وجه إليه الإيجاب رسالة إلكترونية تعبر عن قبولها للإيجاب، أو هي اللحظة التي يتم الضغط فيها على الإيقونة المخصصة للقبول[5].

---

[1] عباس العبودي، التعاقد عن طريق وسائل الاتصال الفوري، المرجع السابق، ص155.

[2] ومن التشريعات التي أخذت بهذه النظرية: المادة (101) من ق م الأردني؛ المادة (98) من ق م السوري؛ المادة (24) من ق م المغربي؛ الفصل (28) من قانون الالتزامات والعقود التونسي؛ المادة (184) من قانون الموجبات والعقود اللبناني.

[3] زكريا سرايش، الوجيز في مصادر الالتزام، العقد والإرادة المنفردة مع الإشارة إلى موقف الفقه الإسلامي من بعض المسائل، دار هومة للنشر والتوزيع، الجزائر،2013، ص59.

[4] علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص 34.

[5] محمد حسن قاسم، التعاقد عن بعد' قراءة تحليلية في التجربة الفرنسية مع إشارة لقواعد القانون الأوروبي'، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2005، ص 79.

إلا أنه ما يعاب على هذه النظرية أنها تتنافى مع منطق التوافق بين الإرادتين باعتباره أساس العقد؛ إذ أن التعبير عن الإرادة الفردية لا يمكن أن ينتج أي أثر قانوني، فلابد من إرادة أخرى مماثلة ومكملة لها كي تتلاقى معها لتبلور الإرادة في الواقع العملي[1]، كما أن هذه النظرية تجعل انعقاد العقد بيد القابل وحده، إذ بإمكانه الإعلان عن إرادته ثم العدول عنه بسحب قبوله وعدم إرساله، دون أن يستطيع أحد إثبات ذلك، سيما في ظل البيئة الإلكترونية[2]، وعليه فإن هذه النظرية يتم استبعادها من مجال دراستنا لأنها غير صالحة لتحديد زمان انعقاد العقد الإلكتروني.

ب-نظرية تصدير القبول Théorie de L'expédition

حسب هذه النظرية لا ينعقد العقد بمجرد إعلان القبول فقط، بل بعد تصديره[3] أي أن يخرج من سلطة القابل حيث لا يملك الرجوع فيه حتى ينعقد العقد[4].

وتطبيقا لهذه النظرية، فإن لحظة انعقاد العقد الإلكتروني تكون في اللحظة التي يرسل فيها القابل رسالته التي تتضمن القبول عبر البريد الإلكتروني، وذلك من خلال الضغط على مفتاح الإرسال، أو لحظة إرسال الرسالة عبر الهاتف النقال، ويحصل تأكيد من قبله بأنه قد تم إرسال الرسالة[5].

إلا أنه ما يعاب على هذه النظرية أن إرسال الرسالة الإلكترونية التي تتضمن القبول قد لا تصل إلى البريد الإلكتروني الخاص بالموجب لسبب ما كوجود عطل في الجهاز الخاص به، فلا يتوفر لديه العلم بقبول من وجه إليه الإيجاب، ومنه لا يمكن التعويل عليه لانعقاد العقد[6]، كما عيب عليها كذلك أن التصدير في مجال الإنترنت لا يعني بالضرورة وصول الرسالة المتضمنة القبول فعلا إلى الموجب، حيث أن الرسالة قد تتلف في طريقها أو لا

---

[1] محمد فواز المطالقة، الوجيز في عقود التجارة الإلكترونية 'دراسة مقارنة' ، المرجع السابق، ص 70.

[2] محمد عبد الرحيم الشريفات، التراضي في تكوين العقد عبر الإنترنت 'دراسة مقارنة'، المرجع السابق، ص 165.

[3] ومن القوانين التي أخذت بهذه النظرية: قانون الالتزامات السويسري في المادة (10)؛ ومدونة العقود الأمريكية في المادة (63)؛ اتفاقية فيينا بشأن البيع الدولي للبضائع في المادة (18/2).

[4] دربال عبد الرزاق، الوجيز في النظرية العامة للالتزام 'مصادر الالتزام'، دار العلوم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2004، ص 19.

[5] فاروق إبراهيم جاسم، الجوانب القانونية للتجارة الإلكترونية، المرجع السابق، ص 61.

[6] طارق كاظم عجيل، مجلس العقد الإلكتروني، المرجع السابق، ص 325.

يستلمها نظام معلومات الموجب[1]، وبالتالي فإن هذه النظرية قد تؤدي كسابقتها إلى حرمان الموجب من ممارسة حقه في سحب إيجابه أو تعديله قبل اقترانه بالقبول.

ج- نظرية تسلم القبول Théorie de la réception

بمقتضى هذه النظرية فالعقد لا ينعقد إلا إذا تسلم الموجب القبول، عندها لا يمكن للقابل العدول عنه، ولا يؤثر في ذلك عدم علم الموجب بعد تسلمه، وعليه فإن تحديد إبرام العقد وفق هذه النظرية يكون وقت استلام القبول[2].

وتطبيقا لهذه النظرية، فإن لحظة انعقاد العقد الإلكتروني تكون في اللحظة التي يتم تسلم الرسالة الإلكترونية ودخولها في البريد الإلكتروني الخاص بالموجب، حتى ولو لم يكن هذا الأخير قد علم بمضمون الرسالة الإلكترونية المتضمنة القبول ولم يقم بقراءتها[3].

إلا أنه تم انتقاد هذه النظرية [4]على أنها لا تزيد عن النظريتين السابقتين شيئا طالما أن القبول إرادة لا تنتج آثارها إلا بعلم الموجب بها، فتسليم القبول ما هو إلا واقعة مادية لا قيمة قانونية لها في إثبات علم الموجب بالقبول[5].

كما أن فرض وصول رسالة القبول في العقود الإلكترونية لا يعني بالضرورة علم الموجب بالقبول فور وصوله[6]، كما أن الأخذ بهذه النظرية غير كافي لحماية الطرفين حيث

---

[1] حمودي محمد ناصر،العقد الدولي الإلكتروني المبرم عبر الإنترنت، المرجع السابق، ص 246.

[2] زكريا سرايش، الوجيز في مصادر الالتزام، العقد والإرادة المنفردة مع الإشارة إلى موقف الفقه الإسلامي من بعض المسائل، المرجع السابق، ص 60.

[3] هبة ثامر محمود عبد الله، عقود التجارة الإلكترونية 'دراسة مقارنة'، المرجع السابق، ص 204.

[4] وبالرغم من الانتقادات الموجهة لهذه النظرية إلا أنها نالت حظا في تطبيقها، حيث نص عليها قانون الأونستيرال النموذجي للتجارة الإلكترونية في المادة (1/15)؛ والمادة (2/3) من اتفاقية التبادل النموذجي للجنة الاقتصادية في اوروبا؛ المادة (1/15) من القانون النموذجي الموحد للتبادل الإلكتروني للبيانات؛ المادة (2/18) من اتفاقية فيينا للبيوع الدولية 1986 ؛ المادة (2/6) مبادئ عقود التجارة الدولية الصادرة في روما الخاص بتوحيد قواعد القانون الخاص UNIDROIT لعام 1994؛ كما نص عليه المادة (114) من القانون الأمريكي للمعاملات التجارية الإلكترونية UETA؛ المادة (13) من قانون المعاملات الإلكترونية الأردني؛ المادة (15) من قانون المعاملات الإلكترونية الإماراتي.

[5] محمود عبد الرحيم الشريفات، التراضي في تكوين العقد عبر الإنترنت، المرجع السابق، ص 168.

[6] علي هادي العبيدي، زمان انعقاد العقد الإلكتروني في التشريع الإماراتي مؤتمر المعاملات الإلكترونية (التجارة الإلكترونية–الحكومة الإلكترونية) ،مركز الإمارات للدراسات والبحوث الإستراتيجية،19– 20 مايو 2009، ص 370.

أن القابل هو الذي يقع عليه عبء إثبات وصول القبول وتسلمه، أما الموجب فتفترض علمه بالقبول بمجرد تسلمه حتى لو كان عدم العلم بها راجع لأسباب خارجة عن إرادته[1]، وعليه لا يمكن الأخذ بهذه النظرية لتحديد زمان انعقاد العقد الإلكتروني وإن كانت لها ايجابيات كإثبات وصول القبول إلى الموجب، فلا يمكن اعتبار العقد مبرم والموجب لا يعلم بقبول إيجابه.

د- نظرية العلم بالقبول Théorie de l'information

وبمقتضى هذه النظرية ينعقد العقد في اللحظة التي يتم فيها علم الموجب بالقبول[2]، وهي ذات اللحظة التي يقترن فيها الإيجاب بالقبول، وأساس ذلك أن التعبير لا ينتج أثره إلا عند وصوله إلى علم من وجه إليه[3].

وتطبيقا لهذه النظرية، فإن لحظة انعقاد العقد الإلكتروني تكون في اللحظة التي يعلم فيه الموجب بقبول من وجه إليه الإيجاب، حيث أن الموجب يطلع على الرسالة الإلكترونية ويعلم بمضمونها والذي يحتوي على القبول[4].

إلا أنه تم انتقاد هذه النظرية كذلك على أساس أن القابل لا يملك دليل على علم الموجب بالقبول والتزامه بالعقد، مما قد يمنح الفرصة للموجب بأن يدعي عدم علمه بالقبول[5]، كما أن علم الموجب بالقبول ليس شرط للانعقاد بل هو شرط لزوم ونفاذ[6]، وعليه فإن هذه النظرية لا تصلح لتكون معيار لتحديد وقت انعقاد العقد الإلكتروني، وبالتالي فهي نظرية يصعب الأخذ بها في هذا المجال.

---

[1] بسمان نواف الراشدي، عقود التجارة الإلكترونية وقواعد إبرامها، المرجع السابق، ص 187.

[2] ومن التشريعات التي أخذت بهذا المذهب: المادة (61) من ق م الجزائري؛ المادة (91) من ق م المصري؛ المادة (87) من ق م العراقي؛ المادة (37) من ق م الكويتي؛ المادة (97) من ق م الليبي؛ المادة (43) من ق م السوداني ؛ المادة (142) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي .

[3] عبد الفتاح بيومي حجازي، التجارة الإلكترونية العربية، النظام القانوني للتجارة الإلكترونية في دولة الإمارات العربية المتحدة، ج2، دار الكتب القانونية، دار شتات النشر والبرمجيات، مصر، 2007، ص206.

[4] شادي رمضان إبراهيم طنطاوي، النظام القانوني للتعاقد والتوقيع في إطار عقود التجارة الإلكترونية، المرجع السابق، ص 223.

[5] فادي محمد عماد الدين توكل، عقد التجارة الإلكترونية، المرجع السابق، ص 119.

[6] شادي رمضان إبراهيم طنطاوي، نفس المرجع، ص223.

هـ-نظرية تأكيد وصول القبول Conformation de la L'acceptation

ظهرت هذه النظرية نتيجة ظهور نظام العقد الإلكتروني، وبمقتضى هذه النظرية، فإن العقد الإلكتروني ينعقد في اللحظة التي يتم فيها تأكيد القبول من قبل من وجه إليه الإيجاب وذلك بعد تمكينه من مراجعة قبوله، وتصحيح الأخطاء المحتملة[1].

وقد أخذ التوجيه الأوروبي رقم 2000-31 بشأن التجارة الإلكترونية بهذه النظرية، حيث نصت في المادة (1/11) منه على أنه:" يعد العقد قد أبرم في اللحظة التي يتسلم فيها الموجب من مزود الخدمة إقرارا إلكترونيا مؤكدا من القابل بقبوله".

كما أخذ بها أيضا القانون التجاري الأمريكي U.C.C، حيث نصت المادة (1.2/201) منه على أن:" التزام البائع بأن يقوم بإرسال تأكيد للمشتري بتمام إبرام العقد وذلك خلال عشرة أيام على الأكثر من تاريخ إرسال القابل لقبوله".

أما عن المشرع الجزائري فقد تبناها في المادة (19) من قانون التجارة الإلكترونية والتي نص فيها على أنه: " بمجرد إبرام العقد، يلزم المورد الإلكتروني بإرسال نسخة إلكترونية من العقد إلى المستهلك الإلكتروني".

ومن خلال ما سبق، نجد أن النظريات التقليدية لم تعد كافية لتحديد زمان انعقاد العقد مما أدى ذلك إلى خلق نظرية جديدة وهي نظرية تأكيد القبول، متى كانت وسيلة الإبرام هي وسيلة إلكترونية، إذ لا يكفي إعلان القبول أو العلم به فقط؛ بل يجب التأكيد عليه من قبل من وجه إليه العرض وتصديره مرة أخرى إلى موجه العرض[2].

وفي ظل الخلافات السابقة نفضل أن يكون تحديد وقت انعقاد العقد الإلكتروني راجع إلى اتفاق المتعاقدين، باعتبار أن العقد الإلكتروني هو عقد يكرس مبدأ حرية إرادة الأطراف وعليه يصبح ملزم لكلاهما، وفي حال عدم وجود هذا الإتفاق، ففي رأينا يجب الأخذ بنظرية تأكيد القبول باعتبارها النظرية الأكثر ملائمة في مجال العقد الإلكتروني، إذ أنها تجنب الكثير من المشاكل الفنية والقانونية، كما أن القبول في هذه النظرية لا ينتج أثاره إلا بعد أن

[1] إياد أحمد سعيد الساري، النظام القانوني لإبرام العقد الإلكتروني، المرجع السابق، ص 103.

[2] محمد خالد جمال رستم، التنظيم القانوني للتجارة والإثبات الإلكتروني في العالم، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان،2006، ص 15.

يقوم القابل بإرسال رسالة إلكترونية تؤكد هذا القبول، ومن ثم فإن العقد الالكتروني ينعقد متى تم تأكيد القبول.

2- مكان انعقاد العقد الإلكتروني

إن أهمية تحديد مكان إبرام العقد الإلكتروني يحتل مكانة قصوى، إذ يبين معيار الارتباط الموضوعي للعقد، وكذا تحديد القانون الواجب التطبيق[1]، إلا أنه يثير إشكالات خصوصا أن القانون النموذجي الموحد بتبادل الإلكتروني للبيانات لسنة 1996 جاء خاليا من تحديد مكان انعقاد العقد الإلكتروني، وذلك بغية عدم المساس بالقانون الوطني الساري على تكوين العقد[2]، وترك للتوجيهات الأوربية للدول حرية تحديده[3].

إلا أن القانون النموذجي لسنة 1996 حدد مكان استلام رسالة البيانات في نص المادة (4/15) وهو مقر عمل المرسل إليه، وفي حالة تعدد المقرات فإن العقد ينعقد في مقر العمل الأكثر صلة بموضوع العقد، وهذا طبقا للبند "أ" والذي ينص على أنه:" إذا كان للمنشئ أو المرسل إليه أكثر من مقر عمل واحد، كان مقر العمل هو المقر الذي له أوثق علاقة بالمعاملة المعنية، أو مقر العمل الرئيسي إذا لم توجد مثل تلك المعاملة"[4].

وفي هذا الصدد تجدر الإشارة إلى أن اتفاقية روما الخاصة بالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية لسنة 1980 تضمنت في المادة (4) منها المقصود بالقانون الأوثق

---

[1] GAUTRAIS Vincent, la formation des contrats en ligne, dans le guide juridique du commerce électronique . https://www.jurisint.org/ .01/03/2017.

[2] انظر، المادة (11) من القانون النموذجي الموحد بتبادل الإلكتروني للبيانات 1996.

[3] محمد إبراهيم أبو الهيجاء، عقود التجارة الإلكترونية، المرجع السابق، ص 107.

[4] Art (15/4) : « Unless otherwise agreed between the originator and the addressee, a data message is deemed to be dispatched at the place where the originator has its place of business, and is deemed to be received at the place where the addressee has its place of business. For the purposes of this paragraph:

(a) if the originator or the addressee has more than one place of business, the place of business is that which has the closest relationship to the underlying transaction or, where there is no underlying transaction, the principal place of business.

(b) if the originator or the addressee does not have a place of business, reference is to be made to its habitual residence».

صلة بالروابط العقدية حيث نصت على أنه: "وطبقا للبند 'ب' فإنه في حالة انعدام مقر العمل، فإنه يتم الرجوع لمحل الإقامة المعتادة"، كما نصت على أنه:" إذا لم يكن للمنشئ أو المرسل إليه مقر عمل، يشار من ثم إلى محل إقامته المعتاد"[1].

وعليه، فإن القانون النموذجي قد أختار معيار احتمالي لتحديد مكان إبرام العقد وهو نظام معلوماتي إضافة إلى ضابط آخر قار نسبيا وهو مقر المؤسسة الرئيسي أو محل

---

[1] Art (4) : « 1. Dans la mesure où la loi applicable au contrat n'a pas été choisie conformément aux dispositions de l'article 3, le contrat est régi par la loi du pays avec lequel il présente les liens les plus étroits. Toutefois, si une partie du contrat est séparable du reste du contrat et présente un lien plus étroit avec un autre pays, il pourra être fait application, à titre exceptionnel, à cette partie du contrat de la loi de cet autre pays.

2. Sous réserve du paragraphe 5, il est présumé que le contrat présente les liens les plus étroits avec le pays où la partie qui doit fournir la prestation caractéristique a, au moment de la conclusion du contrat, sa résidence habituelle ou, s'il s'agit d'une société, association ou personne morale, son administration centrale. Toutefois, si le contrat est conclu dans l'exercice de l'activité professionnelle de cette partie, ce pays est celui où est situé son principal établissement ou, si, selon le contrat, la prestation doit être fournie par un établissement autre que l'établissement principal, celui où est situé cet autre établissement.

3. Nonobstant les dispositions du paragraphe 2, dans la mesure où le contrat a pour objet un droit réel immobilier ou un droit d'utilisation d'un immeuble, il est présumé que le contrat présente les liens les plus étroits avec le pays où est situé l'immeuble.

4. Le contrat de transport de marchandises n'est pas soumis à la présomption du paragraphe 2. Dans ce contrat, si le pays dans lequel le transporteur a son établissement principal au moment de la conclusion du contrat est aussi celui dans lequel est situé le lieu de chargement ou de déchargement ou l'établissement principal de l'expéditeur, il est présumé que le contrat a les liens les plus étroits avec ce pays. Pour l'application du présent paragraphe, sont considérés comme contrats de transport de marchandises les contrats d'affrètement pour un seul voyage ou d'autres contrats lorsqu'ils ont principalement pour objet de réaliser un transport de marchandises.

5. L'application du paragraphe 2 est écartée lorsque la prestation caractéristique ne peut être déterminée. Les présomptions des paragraphes 2, 3 et 4 sont écartées lorsqu'il résulte de l'ensemble des circonstances que le contrat présente des liens plus étroits avec un autre pays ».

الإقامة[1] فهو يتضمن إشارة إلى المعاملة الأصلية والتي يقصد منها أن تشير إلى المعاملات الأصلية الفعلية، أما الإشارات إلى مكان العمل ومكان العمل الرئيسي وكذا مكان الإقامة المعتاد[2]، فقد اعتمدها هذا القانون ليتماشى مع المادة (10) من اتفاقية فيينا للبيع الدولي للبضائع[3].

والملاحظ أن أغلب التشريعات قد أخذت بهذا الاتجاه كقانون إمارة دبي للمعاملات والتجارة الإلكتروني في المادة (4/15) منه، وقانون مملكة البحرين للمعاملات الإلكترونية في المادة (4/14) منه.

أما قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية التونسي، فقد نص في الفصل (28)على أنه: "ينشأ العقد الإلكتروني بعنوان البائع، وفي تاريخ موافقة هذا الأخير على الطلبية بواسطة وثيقة إلكترونية ممضاة وموجهة للمستهلك، ما لم يتفق الطرفان على خلاف ذلك".

والملاحظ على هذه المادة أنها لم تبين لنا المقصود بعنوان البائع، وما هو الحل في حالة كان البائع له أكثر من عنوان.

من خلال التشريعات الخاصة بالتجارة الإلكترونية نجد بأن العقد الإلكتروني ينعقد في المكان الذي يوجد فيه مقر عمل الموجب، دون منح أهمية لمكان نظام البيانات الذي يتم من خلاله إرسال الرسالة التي تعبر عن إرادة الأطراف، وذلك لأن هذا النظام عالمي لا يمكن إدراجه في نطاق معين أو حصر مكان إرسال البيانات، فالأساس في التعامل مع هذه الشبكة يتم عن طريق مفاتيح الإدخال والرمز الشخصي للمستخدم، مما لم يعد يشكل أهمية لتحديد مكان تلقي وإرسال البيانات[4].

---

[1] حمودي محمد ناصر، العقد الدولي الإلكتروني المبرم عبر الإنترنت، المرجع السابق، ص 258.

[2] منير محمد الجنبيهي، ممدوح محمد الجنبيهي، التبادل الإلكتروني للبيانات، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2004، ص 100.

[3] Art (10) : « Aux fins de la présente Convention:

a) Si une partie a plus d'un établissement, l'établissement à prendre en considération est celui qui a la relation la plus étroite avec le contrat et son exécution eu égard aux circonstances connues des parties ou envisagées par elles à un moment quelconque avant la conclusion ou lors de la conclusion du contrat.

b) Si une partie n'a pas d'établissement, sa résidence habituelle en tient lieu ».

[4] محمد فواز المطالقة، الوجيز في عقود التجارة الإلكترونية، المرجع السابق، ص75.

الفصل الثاني

تنفيذ العقد الإلكتروني

ينعقد العقد الإلكتروني كغيره من العقود بمجرد توافر شروطه وأركانه، كما ينتج عنه آثار تقع على عاتق كل من البائع والمشتري، فالبائع يلتزم بنقل الملكية وتسليم الشيء المبيع كما يلتزم بالضمان وعدم التعرض والاستحقاق، إلا أن كل من هذه الالتزامات لم تتأثر بالبيئة الإلكترونية وتطبق عليها أحكام القواعد العامة ماعدا الالتزام بالتسليم، حيث أصبح له معنى حديث في مجال العقد الإلكتروني، ولهذا سنقوم بالتركيز في دراستنا المتعلقة بتنفيذ العقد الإلكتروني على التزام البائع بالتسليم الإلكتروني (المبحث الأول) .

وباعتبار أن العقد الإلكتروني هو عقد ملزم لجانبين، فإن للمشتري كذلك التزامات وتتمثل في دفع الثمن والالتزام بتسلم الشيء المبيع، وسنقتصر في دراستنا على الالتزام بالدفع على أساس أنه هو الآخر قد تأثر بالبيئة الإلكترونية، وأصبح ينفذ عبر شبكة الإنترنت (المبحث الثاني) .

المبحث الأول

التزامات البائع في العقد الإلكتروني

يلتزم البائع في العقد الإلكتروني بنفس الالتزامات المترتبة عليه في العقد التقليدي، إلا أن الخصوصية التي يتميز بها جعلت الالتزام بالتسليم له صبغة إلكترونية على خلاف باقي الالتزامات الأخرى، وعلى هذا سنقوم بالتركيز على خصوصية الالتزام بالتسليم في العقد الإلكتروني مع تبيان القواعد العامة والقوانين المقارنة، وذلك من خلال التطرق إلى مفهومه (المطلب الأول)، وكذا معرفة زمان ومكان إبرامه والجزاء المترتب عليه حال الإخلال به (المطلب الثاني).

المطلب الأول

التسليم الإلكتروني

يعتبر الالتزام بالتسليم من أهم الالتزامات التي تقع على عاتق البائع، والذي من خلاله يقوم المشتري بتنفيذ التزامه بالدفع، ويعتبر هذا الالتزام التزام متفرع من الالتزام بنقل الملكية وهو التزام بتحقيق نتيجة وليس ببذل عناية، ولتوضيح أكثر سنقوم بدارسة هذا الالتزام لما له من خصوصية إلكترونية، وذلك من خلال تعريفه (الفرع الأول) وبيان كيفيته (الفرع الثاني).

الفرع الأول

تعريف التسليم الإلكتروني

إن تعريف التسليم في العقد الإلكتروني لا يختلف عن تعريفه في العقد التقليدي، حيث يستوجب الأمر سواء كان المبيع ماديا أو رقميا أن يستجيب لأحكام المادة (367) من القانون المدني الجزائري[1]، والتي بمقتضاها يتم التسليم بوضع المبيع تحت تصرف المشتري حتى يتمكن من حيازته والانتفاع به دون عائق، حتى ولو لم يتسلمه تسليما ماديا طالما أن البائع قد أعلمه بذلك، كما أن التسليم يحدث على النحو الذي يتفق مع طبيعة الشيء المبيع أو هو نقل السلطة أو السيطرة على بضائع مطابقة لما تم التعاقد عليه، أو هو تلك العملية القانونية التي يتم بموجبها وضع البضاعة تحت تصرف الشخص الذي يجب عليه استلامها[2]، أو هو تلك العملية التي يتم بمقتضاها البائع باتخاذ كافة الإجراءات اللازمة لوضع البضاعة تحت تصرف المشتري أو وكيله[3].

كما جاء في اتفاقية فيينا 1980 للبيع الدولي للبضائع، أن الأصل في التسليم هو أن يقوم البائع بوضع المبيع تحت تصرف المشتري، حيث تناولت هذا الالتزام المادة (31) في فقرتها الأخيرة، والتي قضت بأن :" يلتزم البائع بوضع البضاعة تحت تصرف المشتري"[4].

كما نص عليه القانون المدني الفرنسي في المادة (1604)[5]على أن:" التسليم هو نقل الشيء المبيع إلى المشتري وقدرته على حيازته والانتفاع منه"[6].

---

[1] تقابلها المادة (489) من ق م الأردني؛ (467) من ق م كويتي؛ (399) من ق م السوري.

[2] بلقاسم حمادي، إبرام العقد الإلكتروني، المرجع السابق، ص 154.

[3] KAHN Philippe, la convention de vienne du 11 avril 1980 sur les contrats de vente internationale de marchandises, revue international de droit comparé, n°04 Paris, 1981, p :970.

[4] Art (31/3) : « Dans les autres cas, à mettre les marchandises à la disposition de l'acheteur au lieu où le vendeur avait son établissement au moment de la conclusion du contrat ».

[5] Art (1604) : « La délivrance est le transport de la chose vendue en la puissance et possession de l'acheteur ».

[6] إن المشرع الفرنسي عرف الالتزام بالتسليم بطريقة مختلفة عما هو منصوص عليه في القانون المدني الجزائري والمصري ، ولقد وجه لهذا التعريف العديد من الانتقادات من طرف الفقه .انظر، أمازوز لطيفة، التزام البائع بتسليم المبيع في القانون الجزائري، رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2011، ص 14 وما بعدها.

من خلال ما سبق، نستنتج أن التسليم هو قيام البائع بالتخلي عن المبيع لمصلحة المشتري ليتمكن هذا الأخير من حيازته والانتفاع به.

والالتزام بالتسليم يحظى بأهمية بالغة في التشريعات الحديثة، إذ يعتبر هذا الالتزام من مقتضيات عقد البيع، إذ لا فائدة في التزام البائع بنقل ملكية المبيع إلى المشتري ما لم يحتوي هذا الانتقال تسليم المبيع للمشتري ليتمكن من حيازته والإنتفاع به، وهذا ما ذهب إليه المشرع الجزائري في المادة (167) من القانون المدني والتي نصت على أن:" الالتزام بنقل حق عيني يتضمن الالتزام بتسليم الشيء والمحافظة عليه حتى التسليم". ونفس الحكم ذهب إليه المشرع المصري من خلال المادة (206) من القانون المدني المصري[1] .

وقد ألزم المشرع الأوربي على البائع بالتسليم وفقا للمادة (1/18)[2] من التوجيه الأوربي 2011/83/UE الصادر في 2011/10/25 المتعلق بحقوق المستهلكين.

وتبرز أهمية الالتزام بالتسليم في أن حصوله يعتبر وفاء للالتزام بالتسليم وانقضائه، كما يتوقف عليه انتقال تبعة هلاك المبيع إلى المشتري، وعليه يكون لتعيين كيفية التسليم وزمانه ومكانه أهمية لمعرفة ما إذا كان التسليم قد حصل، وانتقلت تبعة الهلاك للمشتري أم لا[3].

كما تظهر أهمية الالتزام بالتسليم خصوصا بالنسبة إلى التشريعات التي قضت بانتقال تبعة الهلاك إلى المشتري متى تم التسليم، وعليه فإن البائع يتحمل تبعة هلاك المبيع إلى أن يقوم بتسليمه إلى المشتري، وهذا ما قضت به المادة (369) من القانون المدني الجزائري والتي نصت على أنه :" إذا هلك المبيع قبل تسليمه بسبب لا يد للبائع فيه سقط البيع واسترد المشتري الثمن إلا إذا وقع الهلاك بعد إعذار المشتري بتسليم المبيع".

أما عن موضوع التسليم فهو السلعة المتفق عليها في العقد فقد تكون سلعة ذات كيان معنوي ليس لها وجود مادي كبرامج الكومبيوتر وقواعد البيانات والأفلام والموسيقى وغيرها ففي هذه الحالة يكون التسليم من خلال تجسيدها على وسيط أو دعامة كالاسطوانة أو عن

---

[1] محمد حسن قاسم، الموجز في عقد البيع، دار الجامعة للطباعة والنشر، الإسكندرية، 1996، ص 233 وما بعدها.

[2] Art (18/1) : « Sauf si les parties en disposent autrement concernant le moment de la Livraison, le professionnel livre les biens en en transférant la possession physique ou le Contrôle au consommateur sans retard injustifié, mais au plus tard trente jours après la Conclusion du contrat ».

[3] بشار طلال مومني، مشكلات التعاقد عبر الإنترنت، المرجع السابق، ص 150.

طريق نقلها كطاقة عبر شبكة الإنترنت، وقد يكون موضوع التسليم ذو كيان مادي محسوس كالأجهزة الكهربائية ففي هذه الحالة يتم اللجوء إلى الطرق التقليدية في التسليم[1].

أما عن حالة التسليم فقد نصت المادة (364) من القانون المدني الجزائري على أنه : " يلتزم البائع بتسليم الشيء المبيع للمشتري في الحالة التي كان عليها وقت البيع". ونفس الحكم ذهب إليه المشرع المصري من خلال المادة (431) من القانون المدني والتي نصت على أنه:" يلتزم البائع بتسليم المبيع للمشتري بالحالة التي كان عليها وقت البيع".

وعليه فإن حالة المبيع التي يجب أن يتسلمه فيها، هي حالة المبيع وقت البيع، فإذا كان هذا الأخير شيء معين بالذات، فينبغي أن يتم تسليمه للمشتري في نفس الحالة التي كان عليها وقت إبرام العقد، أما إذا كان معين بالنوع فيعود إلى اتفاق المتعاقدين على درجة الشيء من حيث جودته وفي حالة عدم الاتفاق يلتزم البائع بتسليم صنف متوسط الجودة ويكون ذلك متى كانت السلعة المباعة ذات كيان مادي ملموس، أما إذا كانت ذات كيان معنوي؛ كالمعلومات مثلا فيجب أن تكون شاملة تغطي محل العقد وأن تتعلق بالمجال الذي يهتم به المتعاقد[2].

والتزام البائع بتسليم المبيع في الحالة التي كان عليها وقت العقد هو التزام بتحقيق نتيجة وعليه إذا حدث تغير في المبيع، فإن حكمه يختلف بحسب ما إذا كان هذا التغير إلى أحسن أم إلى أسوء[3].

أما بالنسبة إلى مقدار المبيع فلقد عالجت أغلب التشريعات حالة نقص المبيع أو زيادته حيث ذهبت إلى أنه إذا عين في العقد مقدار المبيع، كان البائع مسئولا عن نقص هذا الضرر بحسب ما يقضي به العرف ما لم يتفق على خلاف ذلك، على أنه لا يجوز للمشتري أن يطلب فسخ العقد لنقص في المبيع إلا إذا ثبت أن النقص يبلغ من الجسامة درجة لو كان المشتري على دراية بها لما أقدم على إتمام البيع، أما إذا تبين أن قدر الشيء المبيع يزيد على ما ذكره في العقد، وكان الثمن مقدرا بحسب الوحدة وجب على المشتري إذا كان المبيع

[1] محمد حسين منصور، المسؤولية الإلكترونية، المرجع السابق، ص 97.

[2] محمد فاروق الأباصيري، عقد الاشتراك في قواعد المعلومات، المرجع السابق، ص 91.

[3] محمد أمين الرومي، التعاقد الإلكتروني عبر الإنترنت، المرجع السابق، ص120.

غير قابل للتقسيم أن يدفع ثمنا زائدا إلا إذا كانت الزيادة فاحشة، ففي هذه الحالة يجوز أن يطلب فسخ العقد كل هذا ما لم يوجد اتفاق يخالفه[1].

كما يشتمل التسليم ملحقات المبيع وكل ما أعد بصفة دائمة لاستعماله، وذلك وفقا لما تقتضي به طبيعة الأشياء وقصد المتعاقدين، ولعل أهم الملحقات في المجال الإلكتروني هي تزويد العميل بالمستندات التي تبين كيفية عمل الأجهزة والمعدات وأساليب الصيانة والتطوير، وتتمثل هذه المستندات في صورة كتيبات أو أسطوانات أو معلومات تنقل عبر الشبكة أو دورات تدريبية[2].

الفرع الثاني

كيفية التسليم الإلكتروني

تنص المادة (367) من القانون المدني الجزائري على أنه:" يتم التسليم بوضع المبيع تحت تصرف المشتري بحيث يتمكن من حيازته والانتفاع به دون عائق ولو لم يتسلمه تسلما ماديا، مادام البائع قد أخبره بأنه مستعد لتسليمه بذلك، ويحصل التسليم على النحو الذي يتفق مع طبيعة الشيء المبيع.

وقد يتضمن التسليم بمجرد تراضي الطرفين على البيع إذا كان موجودا تحت يد المشتري قبل البيع أو كان البائع قد استبقى المبيع في حيازته بعد البيع لسبب آخر لا علاقة له بالملكية".

من خلال هذه المادة يتضح أن المشرع الجزائري لم يحدد طرق التسليم، حيث اكتفى بأن تكون هناك طريقة يمكن من خلالها وضع المبيع تحت تصرف المشتري ليتمكن من حيازته والانتفاع به، ونفس المسلك ذهب إليه كل من المشرع الأردني[3] والكويتي[4] والسوري[5]

---

[1] انظر، المادة (365) من ق م الجزائري؛ المادة (433) من ق م مصري؛ المادة (492) من ق م الأردني؛المادة (401) من ق م السوري؛ المادة (470) من ق م الكويتي ؛ المادة (30) من القانون الإنجليزي لبيع البضائع؛ المادة (52) من اتفاقية فيينا للبيوع الدولية لسنة 1980 .

[2] محمد حسين منصور، المسؤولية الإلكترونية، المرجع السابق، ص 97.

[3] انظر، المادة (489) من ق م الأردني.

[4] انظر، المادة (472) من ق م الكويتي.

[5] انظر، المادة (1/403) من ق م السوري.

والمصري[1]، على عكس المشرع الفرنسي الذي نجده قد حدد طرق التسليم من خلال المواد (1605)[2]، (1606)[3]، من التقنين المدني، إلا أنه يعتبر مسلك معيب، لعدم إمكانية التنبؤ مقدما بحصر الطرق، حيث أن الطرق المحددة في هذه النصوص لا تعدو أن تكون سوى أمثلة للتسليم[4].

فالالتزام بالتسليم يأخذ عدة صور في تسليم المحل، إذ يمكن أن ينفذ بطريقة تقليدية أو عبر الوسائل الحديثة كالبريد الإلكتروني أو شبكة الإنترنت، وكيفما كانت الكيفية فإنها تكون محددة بإرادة طرفي العقد، وفي حالة عدم الاتفاق على كيفية التسليم، فإنه يتم الرجوع إلى طبيعة المحل والعرف لمعرفة ما هو مناسب لتطبيقه في التسليم من حيث المكان والزمان[5].

وتجدر الإشارة إلى أن محل التسليم الإلكتروني يلعب دور في تحديد كيفية التسليم، فإذا كان المحل من الأشياء المادية، فإن التسليم يكون وفقا للقواعد العامة أي يكون خارج شبكة الإنترنت، وبالتالي يكون التسليم فعلي، أما إذا كان المحل من الأشياء المعنوية، فإن التسليم يكون عبر شبكة الإنترنت بحيث يتلقاها المتعاقد الآخر عبر برنامجه الإلكتروني[6].

ومن أمثلة التسليم الإلكتروني أن يقوم المهني بعرض كتب أو أبحاث إلكترونية أو برنامج كومبيوتر على المستهلك، فيقوم هذا الأخير بتسجيل رقم بطاقة الائتمان الخاصة به في الخانة المخصصة لذلك على الشاشة، فيتم خصم قيمة المبيع من رصيده عن طريق

---

[1] انظر، المادة(435) من ق م المصري.

[2] Art (1605) : « L'obligation de délivrer les immeubles est remplie de la part du vendeur lorsqu'il a remis les clefs, s'il s'agit d'un bâtiment, ou lorsqu'il a remis les titres de propriété ».

[3] Art (1606) : « La délivrance des effets mobiliers s'opère :

Ou par la remise de la chose.

Ou par la remise des clefs des bâtiments qui les contiennent.

Ou même par le seul consentement des parties, si le transport ne peut pas s'en faire au moment de la vente, ou si l'acheteur les avait déjà en son pouvoir à un autre titre » .

[4] أمازوز لطيفة، التزام البائع بتسليم المبيع في القانون الجزائري، المرجع السابق، ص 40.

[5] محمد فواز المطالقة، الوجيز في عقود التجارة الإلكترونية، المرجع السابق، ص99.

[6] بهلولي فاتح، تنفيذ عقود التجارة الإلكترونية، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية، المجلد 11، ع01، 2015، ص 302 وما بعدها.

التحويل الإلكتروني للأموال من خلال شبكة تربط بين البنوك تدعى SWIFT، ويقوم البائع بتنزيل المبيع على جهازه عبر الإنترنت[1].

وبالتالي يمكن أن يتم التسليم إلكترونيا دون الحاجة إلى التسليم التقليدي، وعليه يتم تنفيذ العقد عبر الإنترنت.

وينبغي التنويه إلى أنه يجب على المورد الإلكتروني أن يطلب من المستهلك الإلكتروني توقيع وصل استيلام عند التسليم الفعلي للمنتوج أو تأدية الخدمة موضوع العقد الإلكتروني وتسلم نسخة من هذا الوصل إلى المستهلك الإلكتروني[2].

المطلب الثاني

زمان ومكان الالتزام بالتسليم وجزاء الإخلال به

بعد أن يتم الاتفاق على تسليم البضاعة يثور التساؤل حول زمان ومكان تنفيذ هذا الالتزام، حيث يكون على البائع تنفيذه، وفي حالة عدم تنفيذه، فإنه يتعرض إلى جزاء جراء الإخلال به. وسنوضح ذلك في ما يلي:

الفرع الأول

زمان ومكان التسليم

إن مسألة زمان ومكان التسليم من المسائل المهمة التي يتم الاتفاق عليها في العقد فتعيين زمان ومكان التسليم يمكننا من معرفة ما إذا كان التسليم قد حصل، وانتقلت تبعة الهلاك للمشتري أم لا، والبيئة الإلكترونية قد غيرت من القواعد العامة التي كانت تحكمها وفي ما يلي سنعرض الخصوصية في هذه المسألة .

أولا: زمان التسليم الإلكتروني

إن مسألة زمان التسليم من المسائل المهمة في العقد الإلكتروني، ويتم تحديدها بالاتفاق وفقا لحرية المتعاقدين، إذ أن القواعد العامة لم تحدد تاريخ معين للتسليم، أما في حالة عدم

[1] خالد ممدوح إبراهيم، حماية المستهلك في المعاملات الإلكترونية، المرجع السابق، ص 225.

[2] انظر، المادة (17) من قانون التجارة الإلكترونية الجزائري.

وجود اتفاق، فإن التسليم يتم بمجرد الانعقاد، وهذا ما ذهب إليه المشرع الجزائري في المادة (367) من القانون المدني[1].

كما وردت بعض الحلول في اتفاقية فيينا في المادة (33) منها، تحدد تاريخ التسليم في حالة عدم وجود اتفاق وتتمثل في:

- تاريخ محدد في العقد أو في التاريخ الذي يمكن تحديده.
- أي وقت خلال المدة المحددة أو القابلة للتحديد طبقا للعقد، ما لم يتبين من الظروف أن المشتري هو الذي يختار تاريخ التسليم.
- خلال مدة معقولة من تاريخ إبرام العقد[2].

والملاحظ على هذه المادة أنه إذا ما نص العقد على تاريخ محدد للتسليم أو على طريقة تعيينه، وجب على البائع الالتزام به، أما إذا لم يحدد العقد ذلك، وجب التسليم في الميعاد الذي يحدده العرف، كما يقوم البائع بتنفيذ التزامه عن حلول الميعاد من دون أي اتخاذ إجراء معين من قبل المشتري كالأعذار[3] .

كما نص الفصل(8/25) من قانون المعاملات الإلكترونية التونسي المذكورة آنفا على أنه:" يجب على البائع في المعاملات الإلكترونية أن يوفر للمستهلك بطريقة واضحة ومفهومة قبل إبرام العقد المعلومات التالية .... طرق وآجال التسليم وتنفيذ العقد ونتائج عدم إنجاز الالتزامات".

---

[1] وتقابلها المادة (435) من ق م المصري؛ والمادة (334) من ق م الأردني؛ المادة (2/403) من ق م السوري؛ المادة (407) من ق م اللبناني؛ والمادة (536) من ق م العراقي؛ المادة (474) من ق م كويتي المادة (1610) من ق م الفرنسي.

[2] Art (33) : « Le vendeur doit livrer les marchandises:

a) Si une date est fixée par le contrat ou déterminable par référence au contrat, à cette date.

b) Si une période de temps est fixée par le contrat ou déterminable par référence au contrat, à un moment quelconque au cours de cette période, à moins qu'il ne résulte des circonstances que c'est à l'acheteur de choisir une date.

c) Dans tous les autres cas, dans un délai raisonnable à partir de la conclusion du contrat ».

[3] جودت هندي، التزام البائع بتسليم المبيع وفق أحكام اتفاقية الأمم المتحدة للبيع الدولي لعام 1980، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، جامعة دمشق، سوريا، المجلد 28، ع 02، 2012، ص 87.

من خلال هذا النص نلاحظ أن المشرع التونسي قد أشترط قبل إبرام العقد أن يقوم البائع بتحديد طرق وآجال التسليم، وهذا ما لم تشترطه قوانين المعاملات الإلكترونية الأخرى، وعليه فإن الالتزام بتحديد ميعاد التسليم هو التزام يتم من قبل البائع وحده، وليس باتفاق كلا الطرفين كما تقضي به القواعد العامة.

أما المشرع الإماراتي فقد نص في المادة (15) من قانون المعاملات الإلكترونية على أنه:" ما لم يتفق المنشئ والمرسل إليه على غير ذلك :

1- يكون إرسال الرسالة الإلكترونية قد تم عندما تدخل نظام معلومات لا يخضع لسيطرة المنشئ أو الشخص الذي أرسل الرسالة نيابة عن المنشئ.

2- يتحدد وقت استلام الرسالة الإلكترونية على النحو الاتي:

أ- إذا كان المرسل إليه قد عين نظام معلومات لغرض استلام الرسالة الإلكترونية يكون الاستلام وقت دخول الرسالة الإلكترونية نظام المعلومات المعين أو وقت استخراج المرسل إليه الرسالة الإلكترونية إذا كانت قد أرسلت إلى نظام معلومات تابع له غير نظام المعلومات المعين لاستقبال الرسالة.

ب- إذا لم يعين المرسل إليه نظام معلومات، يقع الاستلام عندما تدخل الرسالة الإلكترونية نظام معلومات تابع للمرسل إليه".

من خلال هذه المادة نلاحظ أن المشرع الإماراتي فرق بين حالتين في تحديده لزمان الاستلام؛ فإذا ما تم تعين نظام المعلومات، فإن التسليم يتم إما وقت دخول الرسالة لنظام المعلومات المعين، وإما وقت استخراج الرسالة في حالة إرسالها إلى نظام معلومات غير معين، أما إذا لم يتم تعيين نظام المعلومات، فإن التسليم يتم عند دخول الرسالة الإلكترونية إلى نظام المعلومات الخاص بالمرسل إليه.

أما المشرع الجزائري فقد أوجب بأن يتضمن العقد الإلكتروني شروط وكيفيات التسليم وهذا ما قضت به المادة (2/13) من قانون التجارة الإلكترونية[1].

إن مسؤولية المدين تثار في حالة التأخير عن تنفيذ التزامه، كما يصعب طلب التنفيذ العيني الجبري لعدم ملائمته للمعاملة الإلكترونية، ولعل السبيل الأمثل هو الدفع بعدم التنفيذ

[1] والتي تنص على: " يجب أن يتضمن العقد الإلكتروني على الخصوص:....شروط وكيفيات التسليم...".

أو الفسخ مع التعويض أو طلب التعويض عن التأخير[1].

والجدير بالذكر أن الرسوم الجمركية والضرائب يتحملها عادة المشتري في العقد الإلكتروني، وعلى البائع أن يعلم المشتري بشكل مفصل عن ثمن السلعة، ويبين له ما يترتب عليها من رسوم وضرائب، لكي لا يتفاجئ المشتري بالمبلغ المطلوب منه[2].

إن أهمية تحديد مدة التسليم في المعاملات تكمن في أنها تهدف لحماية مصالح الطرفين وتدعيم الثقة بينهما، وكذا تحديد المسؤولية الناتجة عن التأخير، إلا أنه يصعب تحديد المدة في بعض العقود، إذ يتوقف الأمر على ظروف خارجية كإجراءات الشحن والجمارك، ففي مثل هذه الحالة يتم تحديد موعد تقريبي، ويتوقف الأمر على طبيعة الالتزام وتعقيداته الفنية وصفة المدين[3].

كما أن طبيعة السلعة تحدد المدة التي يتم تسليمها فيها[4]، حيث أن المشرع الفرنسي نص في المادة (121-20-3) من قانون حماية المستهلك[5]على أنه للمحترف أن يحدد المدة

---

[1] محمد حسين منصور، المسؤولية الإلكترونية، المرجع السابق، ص99.

[2] محمد أمين الرومي، التعاقد الإلكتروني عبر الإنترنت، المرجع السابق، ص 123.

[3] محمد حسين منصور، نفس المرجع، ص 99.

[4] حمودي محمد ناصر، العقد الدولي الإلكتروني المبرم عبر الإنترنت، المرجع السابق، ص 391.

[5]Art (L.121-20-3): « Sauf si les parties en sont convenues autrement, le fournisseur doit exécuter la commande dans le délai de trente jours à compter du jour suivant celui où le consommateur a transmis sa commande au fournisseur du produit ou de service.

En cas de défaut d'exécution du contrat par un fournisseur résultant de l'indisponibilité du bien ou du service commandé, le consommateur doit être informé de cette indisponibilité et doit, le cas échéant, pouvoir être remboursé sans délai et au plus tard dans les trente jours du paiement des sommes qu'il a versées. Au-delà de ce terme, ces sommes sont productives d'intérêts au taux légal.

Toutefois, si la possibilité en a été prévue préalablement à la conclusion du contrat ou dans le contrat, le fournisseur peut fournir un bien ou un service d'une qualité et d'un prix équivalents.

Le consommateur est informé de cette possibilité de manière claire et compréhensible. Les frais de retour consécutifs à l'exercice du droit de rétractation sont, dans ce cas, à la charge du fournisseur et le consommateur doit en être informé Le fournisseur doit indiquer, avant la conclusion du contrat, la date limite à laquelle il s'engage à livrer le bien ou à exécuter la

الأقصى التي يتم فيها تسليم السلعة أو الخدمة، والمتمثلة في 30 يوم ابتداء من يوم إبرام العقد، إلا أنه يجب على المحترف قبل هذه المدة أن يحدد بصفة دقيقة ميعاد معين يتم من خلاله تنفيذ التزامه[1].

وقد رتب المشرع الفرنسي أثرين عن تخلف مدة التنفيذ من قبل البائع وعدم إعلام المستهلك بها في العقد الإلكتروني أثر مدني؛ ويتمثل في تمديد حق الرجوع عن العقد إلى ثلاثة أشهر والذي نصت عليه المادة (121-20-3) من قانون حماية المستهلك السالفة الذكر، أما الأثر الجزائي فيتمثل في ارتكاب المحترف مخالفة تعرضه للمتابعة الجزائية حيث أعتبر عدم تحديد المدة مخالفة من الصنف الخامس[2] .

كما أن المشرع التونسي قد رتب أثر جزائي، حيث أن مخالفة أحكام الفصل (25) والتي من بينها تحديد آجال التسليم تعد خطية تتراوح عقوبتها بين 500 و5.000 دينار[3].

أما المشرع الجزائري فقضى بإمكان المستهلك الإلكتروني إعادة ارسال المنتوج على حالته في أجل اقصاه 4 أيام ابتداء من تاريخ التسليم الفعلي للمنتوج وذلك في حالة عدم احترام المورد الإلكتروني لآجال التسليم[4].

ومن خلال ما سبق، يمكن القول أن ميعاد التسليم يجب أن يكون محدد باتفاق الطرفين استنادا لمبدأ حرية الأطراف في العقد الإلكتروني، ويجب أن يكون هذا الاتفاق صريح وواضح في العقد، وفي حالة عدم وجود اتفاق يجب أن يكون التسليم فور تمام العقد وفقا للقواعد العامة، ذلك أن السرعة في إبرام العقد الإلكتروني يتطلب السرعة في التسليم.

=prestation de services. A défaut, le fournisseur est réputé devoir délivrer le bien ou exécuter la prestation de services dès la conclusion du contrat. En cas de non-respect de cette date limite, le consommateur peut obtenir la résolution de la vente dans les conditions prévues aux deuxième et troisième alinéas de l'article L. 114-1. Il est alors remboursé dans les conditions de l'article L. 121-20-1 ».

[1] حوحو يمينة، عقد البيع الإلكتروني 'دراسة مقارنة'، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، السنة الجامعية 2011-2012، ص 256.

[2] حوحو يمينة، نفس المرجع، ص 256.

[3] انظر، المادة (49) من قانون المعاملات الإلكترونية .

[4] انظر، المادة (22) من القانون التجارة الإلكترونية .

ثانيا: مكان التسليم الإلكتروني

بالرغم من أن مسألة مكان التسليم في العقد الإلكتروني من المسائل المهمة، إلا أن القوانين المتعلقة بالتجارة والمعاملات الإلكترونية لم تنظم هذه المسألة، وعليه ينبغي الرجوع إلى القواعد العامة في نظرية العقد، حيث تقضي المادة (282) من القانون المدني الجزائري على أنه:" إذا كان محل الالتزام شيئا معين بالذات وجب تسليمه في المكان الذي كان موجودا فيه وقت نشوء الالتزام، ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك.

أما في الالتزامات الأخرى، فيكون الوفاء في المكان الذي يوجد فيه موطن المدين وقت الوفاء، أو في المكان الذي يوجد فيه مركز مؤسسته إذا كان الالتزام متعلقا بهذه المؤسسة".

ومن خلال هذه المادة نلاحظ أن مكان التسليم هو المكان الذي يوجد فيه المبيع وقت نشوء الالتزام إذا كان معين بالذات، أما إذا كان المبيع معين بالنوع، فإن مكان التسليم يكون في موطن البائع أو مكان مركز مؤسسته".

وقد نصت المادة (31) من اتفاقية فيينا لعقد البيع الدولي للبضائع[1] أنه في حالة عدم وجود اتفاق يقضي بتحديد مكان التسليم، فإن هذا الأخير يكون كالتالي:

أ- تسليم البضائع إلى أول ناقل لإيصالها إلى المشتري، إذا تضمن عقد البيع نقل البضائع.

[1] Art (31) : « Si le vendeur n'est pas tenu de livrer les marchandises en un autre lieu particulier, son obligation de livraison consiste:

a) Lorsque le contrat de vente implique un transport des marchandises, à remettre les marchandises au premier transporteur pour transmission à l'acheteur;

b) Lorsque, dans les cas non visés au précédent alinéa, le contrat porte sur un corps certain ou sur une chose de genre qui doit être prélevée sur une masse déterminée ou qui doit être fabriquée ou produite et lorsque, au moment de la conclusion du contrat, les parties savaient que les marchandises se trouvaient ou devaient être fabriquées ou produites en un lieu particulier, à mettre les marchandises à la disposition de l'acheteur en ce lieu;

c) Dans les autres cas, à mettre les marchandises à la disposition de l'acheteur au lieu où le vendeur avait son établissement au moment de la conclusion du contrat ».

ب- وفي الحالات التي لا تندرج تحت الفقرة الفرعية السابقة، إذا كان العقد يتعلق ببضائع محددة، أو بضائع معينة بالجنس، ستسحب من مخزون محدد أو تصنع أو تنتج، وعرف الطرفان وقت إبرام العقد أن البضائع موجودة في مكان معين أو أنها ستصنع أو ستنتج في مكان معين، يلتزم البائع بوضع البضائع تحت تصرف المشتري في ذلك المكان.

ج- وفي الحالات الأخرى يلتزم البائع بوضع البضائع تحت تصرف المشتري في المكان الذي كان يوجد فيه مكان عمل البائع وقت إبرام العقد.

وقد نص المشرع الإماراتي على مكان التسليم في المادة (15/3-4)، حيث أعتبر مكان التسليم هو المكان الذي يقع فيه مقر عمل المنشئ و أنها استلمت في المكان الذي يقع فيه مقر عمل المرسل إليه... وفي حالة ما إذا كان للمنشئ أو المرسل إليه أكثر من مقر عمل واحد، يكون مقر العمل هو المقر الأوثق علاقة بالمعاملة المعنية أو مقر العمل الرئيسي في حالة عدم وجود هذه المعاملة، أما إذا لم يكن للمنشئ أو المرسل إليه مقر عمل فيأخذ بمحل إقامته المعتاد[1].

ووفقا لما سبق، فإن التسليم في العقد الإلكتروني لا يتم إلا إذا وصل المبيع إلى المشتري، حيث أصبح واجب تصدير المبيع للمشتري ظاهر، وهذا ما ذهب إليه المشرع الجزائري في نص المادة (368) من القانون المدني[2] حيث ورد فيها مايلي:" إذا وجب تصدير المبيع إلى المشتري فلا يتم التسليم إلا إذا وصل إليه، ما لم يوجد اتفاق يخالف ذلك".

واستنادا إلى هذا النص، فإن التسليم يتم في محطة التفريغ أين يوجد موطن البائع وفقا للقواعد العامة[3].

---

[1] انظر، المادة (15/3-4) من قانون المعاملات الإلكترونية.

[2] تقابلها المادة (404) من ق م السوري؛ والمادة (436) من ق م المصري.

[3] ماجد محمد سليمان أبا الخيل، العقد الإلكتروني، المرجع السابق، ص 75.

وتجدر الإشارة أن عملية إيصال أو إرسال السلعة التي تم شراءها تتولاها شركات خاصة بالتوزيع، وهو ما يجعل تبعة الهلاك تبقى على عاتق البائع إلى أن يتسلم المشتري سلعته[1].

ويمكن تصور أماكن تسليم محل العقد الإلكتروني كما يلي:

- المكان الذي يحدده إعلان البائع: ويحدد فيها مكان مزاولة النشاط أو الأماكن التي يستطيع المورد تقديم خدماته.
- المكان الذي يحدده العرف: ويقصد به عرف تسجيل الطلبيات، والذي يقضي بإيصالها إلى مكان تواجد المشتري.
- المكان الذي يوجد فيه المبيع، وذلك في حالة الشراء عبر الحدود على سلعة يمنع تداولها في مكان المشتري، إذ يجب مراعاة قوانين الدول التي تمنع دخول المبيع فيها[2].

من خلال ما سبق، يمكن القول أن مكان التسليم الإلكتروني يتميز عن التسليم التقليدي كونه يتم عبر وسيط إلكتروني في حالة ما إذا كان محل التسليم من الأشياء المعنوية حيث يمكن تسليمها عبر شبكة الإنترنت كتقديم الاستشارات أو تحميل برنامج أو كتب أو غيرها أما إذا كان محل التسليم من الأشياء المادية، ففي هذه الحالة يتم التسليم في المكان الذي تم الاتفاق عليه من قبل الأطراف، ويتحمل البائع تبعة الهلاك مادام المبيع لم يتم تسلمه من قبل المشتري.

الفرع الثاني

جزاء الإخلال بالتسليم الإلكتروني

من خلال التشريعات الخاصة التي تنظم العقود الإلكترونية يتضح أنها لم تنظم إلا القليل من القواعد المتعلقة بمرحلة التنفيذ[3] وبالرجوع إلى القواعد العامة، فنجد أنه في حالة إخلال البائع بتسليم المبيع لأي سبب من الأسباب، فللمشتري طلب فسخ البيع مع التعويض عن الضرر الذي لحقه جراء عدم التسليم أو لتأخر في التسليم أو بسبب التسليم الناقص كما

---

[1] بوزيدي إيمان، ضمانات المشتري في عقد البيع الإلكتروني، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، السنة الجامعية 2015-2016، ص 72.

[2] لزعر وسيلة، تنفيذ العقد الإلكتروني، المرجع السابق، ص 50.

[3] بهلولي فاتح، تنفيذ عقود التجارة الإلكترونية، المرجع السابق، ص 305.

يجوز له طلب التنفيذ العيني من البائع[1]، إلا أن تطبيق التنفيذ العيني في العقد الإلكتروني صعب، حيث أن المتعاقدان عادة ما تفصل بينهما مسافات بعيدة، ولذلك فإن التنفيذ العيني على البائع غير متصور في هذا النوع من العقود[2].

ولنا أن نشير في هذا الصدد إلى إمكان رجوع المستهلك على المورد الذي أخل بالتزامه بدعوى المسؤولية العقدية، وكذا بدعوى المسؤولية عن عيوب المنتجات، وأيضا بدعوى ضمان العيوب الخفية والتي لها أهمية في حالة اكتشاف عيب من قبل المستهلك بعد انقضاء فترة العدول[3].

ويجب التنويه أن الالتزام بالتسليم هو التزام بتحقيق نتيجة، وعليه فإن عدم تحققها يكفي لإثبات خطأ المدين به، وبالتالي لا يمكنه التخلص من المسؤولية إلا في حالة إثبات السبب الأجنبي[4].

وفي هذا الصدد ألزم المشرع الفرنسي في المادة (15) من القانون رقم 575 الصادر في 21-06-2004 المتعلق بدعم الثقة في الاقتصاد الرقمي[5] وضع مسؤولية تنفيذ العقد على البائع بقوة القانون.

ومما سبق، يمكن القول أن مسألة جزاء الإخلال بالتسليم الإلكتروني هي مسألة لم تنظمها التشريعات الخاصة بالمعاملات الإلكترونية بالرغم من أنها من المسائل المهمة في مرحلة تنفيذ العقد، مما استوجب الأمر الرجوع إلى القواعد العامة بهذا الشأن .

---

[1] محمد أمين الرومي، التعاقد الإلكتروني عبر الإنترنت، المرجع السابق، ص 124.

[2] ماجد محمد سليمان أبا الخيل، العقد الإلكتروني، المرجع السابق، ص 76.

[3] محمد حسن قاسم، التعاقد عن بعد ' قراءة تحليلية في التجربة الفرنسية مع إشارة لقواعد القانون الأوربي، المرجع السابق، ص 118-119.

[4] محمد حسين منصور، المسؤولية الإلكترونية، المرجع السابق، ص 99-100.

[5] Art (15) : « Toute personne physique ou morale exerçant l'activité définie au premier alinéa de l'article 14 est responsable de plein droit à l'égard de l'acheteur de la bonne exécution des obligations résultant du contrat, que ces obligations soient à exécuter par elle-même ou par d'autres prestataires de services, sans préjudice de son droit de recours contre ceux-ci. Toutefois, elle peut s'exonérer de tout ou partie de sa responsabilité en apportant la preuve que l'inexécution ou la mauvaise exécution du contrat est imputable, soit à l'acheteur, soit au fait, imprévisible et insurmontable, d'un tiers étranger à la fourniture des prestations prévues au contrat, soit à un cas de force majeure ».

والالتزام بالتسليم يضع على البائع التزام بأن يسلم مبيع مطابقا[1] من حيث المقدار والصفات المتفق عليها في العقد، وأن يضمن له صلاحية المبيع، وكافة البيانات اللازمة لاستخدامه[2]، وقد نص قانون الاستهلاك الفرنسي في المادة (4/217) على أنه:" يلتزم البائع بأن يسلم شيئا مطابقا للعقد، ويضمن عيوب المطابقة الموجودة وقت التسليم"[3].

أما قانون حماية المستهلك المصري فقد نص على هذا الالتزام في المادة (17) على أنه:" للمستهلك خلال أربعة عشر يوم من تسلم أية سلعة الحق في استبدالها أو إعادتها مع استرداد قيمتها ، دون ابداء أية اسباب ودون تحمل أية نفقات.."[4].

وقد أوضح المشرع الجزائري الالتزام بالمطابقة وفقا للمادة (11) من قانون حماية المستهلك، حيث أكد على وجوب تلبية كل منتوج معروض للاستهلاك الرغبات المشروعة للمستهلك من حيث طبيعته وصنفه ومنشئه ومميزاته الأساسية وتركيبته ونسبة مقوماته اللازمة وهويته وكمياته وقابليته للاستعمال والأخطار الناجمة عن استعماله.

كما يجب أن يستجيب المنتوج للمتطلبات المتعلقة بمصدره والنتائج المرجوة منه والمميزات التنظيمية من ناحية تغليفه وتاريخ صنعه والتاريخ الأقصى لاستهلاكه وكيفية استعماله وشروط حفظه والاحتياطات المتعلقة بذلك والرقابة التي أجريت عليه.

وعليه، فإن هناك ارتباط بين استجابة المنتوج للمتطلبات المذكورة وشرط المطابقة وبالتالي عندما يتوفر في المنتوج أو الخدمة على المواصفات القانونية تتوفر المطابقة للمواصفات[5].

---

[1] يعرف الالتزام بالمطابقة على أنه ضمان يلتزم بمقتضاه البائع بتسليم المشتري مبيع مطابق للمواصفات المتفق عليها في العقد، كما يجب أن يكون مطابق للغرض. انظر، إيمان طارق الشكري، حيدر عبد الهادي، الإخلال بضمان المطابقة في عقد البيع، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، جامعة بابل، العراق، ع4، 2006، ص 183.

[2] خالد ممدوح إبراهيم، حماية المستهلك في المعاملات الإلكترونية، المرجع السابق، ص 226-227.

[3] Art (217/4) : « Le vendeur est tenu de livrer un bien conforme au contrat et répond des défauts de conformité existant lors de la délivrance ».

[4] انظر، قانون رقم 181 لسنة 2018 المتلعلق بحماية المستهلك المصري، ج ر، ع 37، الصادر في 13 سبتمبر 2018.

[5] حساني علي، الإطار القانوني للالتزام بالضمان في المنتوجات 'دراسة مقارنة'، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد ، تلمسان، السنة الجامعية 2011-2012، ص 87.

وفي هذا الصدد نصت المادة (1/23) من قانون التجارة الإلكترونية الجزائري أنه:" يجب على المورد الإلكتروني استعادة سلعته في حالة تسليم غرض غير مطابق للطلبية أو في حالة مكان المنتوج معيبا".

وقد نصت اتفاقية فيينا على هذا الالتزام في المادة (1/35)[1] والتي من خلالها أوجبت على البائع الالتزام بضمان مطابقة البضاعة التي يتم تسليمها وفقا لأحكام العقد، وقد جعلت البائع مسئولا في مواجهة المشتري حال الإخلال به طبقا للمادة (36)[2].

وقد يتم تحديد المواصفات والمطابقة عن طريق وضع شرط يتمثل في تقديم شهادة جودة إذ أصبح يوجد حد أدنى من الصفات العالمية التي يتعين توافرها في المنتج المعد للتصدير في الخارج، كما يوجد منظمات عالمية تتولى إصدار شهادات الجودة لكل من يطلبها، ويقع على الملتزم بالتسليم الحصول على هذه الشهادة ليثبت مطابقة المنتج للمواصفات العالمية[3].

وعليه، فإن أهمية الالتزام بالتسليم في العقود الإلكترونية تزداد، خصوصا إذا علمنا أن أوصاف المبيع التي يتم عرضها على الإنترنت لا يمكن للمشتري من خلالها رؤية الحقيقة للشيء المبيع، وعليه لا يمكن الحكم عليه وتقييمه تقييما دقيقا، وخاصة مع الإمكانيات الإلكترونية التي تسمح بتزيين وإظهار الشيء على غير حقيقته[4]، لذلك يلتزم البائع بضمان

---

[1] Art (35/1) : « Le vendeur doit livrer des marchandises dont la quantité, la qualité et le type répondent à ceux qui sont prévus au contrat, et dont l'emballage ou le conditionnement correspond à celui qui est prévu au contrat ».

[2] Art (36) : « Le vendeur est responsable, conformément au contrat et à la présente Convention, de tout défaut de conformité qui existe au moment du transfert des risques à l'acheteur, même si ce défaut n'apparaît qu'ultérieurement.

Le vendeur est également responsable de tout défaut de conformité qui survient après le moment indiqué au paragraphe précédent et qui est imputable à l'inexécution de l'une quelconque de ses obligations, y compris à un manquement à une garantie que, pendant une certaine période, les marchandises resteront propres à leur usage normal ou à un usage spécial ou conserveront des qualités ou caractéristiques spécifiées ».

[3] محمد حسين منصور، المسؤولية الإلكترونية، المرجع السابق، ص 100.

[4] كتقنية لفوتوشوب مثلا وهي ترجمة حرفية لكلمة Photoshop والتي تعني ورشة عمل للصور، وهو برنامج رسوم لانشاء وتعديل الصور، تم انتاجه من قبل شركة أدوبي، حيث قام بتطويره الشقيقان توماس وجون نول سنة 1987، www.ar.m.wikipedia.org 01/04/2017.

مطابقة السلعة للشروط والمواصفات المحددة في العقد وللمشتري في حالة عدم الالتزام بذلك أن يمارس دعوى ضمان المطابقة[1].

من خلال ما سبق، نلاحظ أن عدم تنفيذ البائع لالتزامه بالتسليم الإلكتروني لم تتم معالجته من قبل أغلب التشريعات الخاصة بالمعاملات الإلكترونية، لذلك اقتضى الرجوع إلى القواعد العامة لسد هذا الفراغ مع مراعاة طبيعة العقد الإلكتروني.

وأخيرا نقول أن التزام البائع بالتسليم في العقد الإلكتروني يخضع لنفس أحكام التسليم في العقد التقليدي، بإستثناء أنه يتم عبر وسيط إلكتروني، ويتم بصورتين حيث يمكن أن يتم من خلال الوسائل الحديثة وذلك متى كان محل التسليم من الأشياء المعنوية، وقد يتم بالطرق التقليدية أي يد بيد، وذلك إذا كان محل التسليم من الأشياء المادية، وبالرغم من أنه يتم بالطرق التقليدية إلا أنه يبقى مميز بخصوصيته فيما يتعلق بالتسليم عن بعد حيث يتعدى الحدود بين الدول، مما خول لجميع الأشخاص التعامل مع من أرادو في أي وقت وفي أي مكان.

المبحث الثاني

التزام المشتري في العقد الإلكتروني

إلى جانب وسائل الدفع الشائعة الاستخدام في المعاملات المالية، ظهرت وسائل حديثة نتيجة التطور التكنولوجي، حيث أنها تستخدم لتسوية المعاملات المالية الإلكترونية، وما يجب التوقف عليه في التزامات المشتري في العقد الإلكتروني هو التزامه بدفع الثمن والذي يتم بعدة طرق، وهذا ما سيتم دراسته في هذا المبحث وذلك بالتطرق إلى مفهوم الالتزام بالدفع الإلكتروني (المطلب الأول) ثم نعرج إلى دراسة بعض الأنظمة التي تبنتها(المطلب الثاني).

المطلب الأول

الالتزام بالدفع الإلكتروني

لقد ساهم الوفاء الإلكتروني في نجاح التجارة الإلكترونية عبر الإنترنت، حيث مكن من وفاء قيمة المبيعات من خلال وضع أرقام خاصة على شاشة الجهاز، ولتحديد ماهية الدفع الإلكتروني يجب تبيان مفهومه (الفرع الأول) وكذا الطرق التي يتم بها (الفرع الثاني).

[1] حمودي محمد ناصر، العقد الدولي الإلكتروني المبرم عبر الإنترنت، المرجع السابق، ص 399-400.

الفرع الأول

مفهوم الالتزام بالدفع الإلكتروني

يتم الوفاء الإلكتروني من خلال عدة وسائل إلكترونية، تخضع لأحكام القواعد العامة في الوفاء، إضافة إلى قواعد خاصة تلاءم خصوصيتها. والوفاء الإلكتروني له طابع خاص يجعلنا نبحث عن مفهومه من خلال تعريفه (أولا) وبيان خصائصه (ثانيا).

أولا : تعريف الدفع الإلكتروني

يقصد بالدفع الإلكتروني قيام المشتري بأداء ثمن البيع بوسيلة إلكترونية عن طريق شبكة الإنترنت، وعليه يكون الدفع الإلكتروني متماشيا مع مقتضيات التجارة الإلكترونية[1]، كما عرف بأنه تصرف قانوني يهدف إلى تسوية دين في ذمة شخص ما لصالح شخص آخر كنتيجة لوجود معاملة تجارية تتم بينهما عبر شبكة الإنترنت، والتي تتم إما عن طريق وسائل دفع معروفة من قبل، وإما عن طريق وسائل الدفع المستحدثة[2].

وقد عرفت بعض التشريعات المتعلقة بالمعاملات الإلكترونية الدفع الإلكتروني، ففي القانون التونسي الخاص بالمعاملات الإلكترونية عرف وسيلة الدفع الإلكتروني في الفقرة (8) من الفصل الثاني على أنه:" الوسيلة التي تمكن صاحبها من القيام بعمليات الدفع المباشر عن بعد عبر الشبكات العمومية للاتصالات".

كما أكد أيضا في الفصل (25) منه على ضرورة تبيان طبيعة وخاصيات وسعر المنتوج بصورة واضحة وذلك قبل إبرام العقد.

وقد أشار له القانون الأردني المتعلق بالمعاملات الإلكترونية في المادة (21) حيث نص على أنه:" يعتبر تحويل الأموال بوسائل إلكترونية وسيلة مقبولة لإجراء الدفع "

وورد تعريفه في قانون المعاملات الإلكترونية الفلسطيني رقم 02 لسنة 2013 في المادة الأولى على أنه:" الوسيلة التي تمكن صاحبها من القيام بعمليات الدفع المباشر عن بعد عبر الشبكات العمومية للاتصالات ".

---

[1] بشار محمود دودين، الإطار القانوني للعقد المبرم عبر شبكة الإنترنت، المرجع السابق، ص 198.

[2] كوثر سعيد عدنان خالد، حماية المستهلك الإلكتروني، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة بنها، مصر، السنة الجامعية 2009-2010، ص 551.

وبالنسبة للمشرع الجزائري، فقد عرفها في المادة (5/6) من قانون التجارة الإلكترونية على أنها: "كل وسيلة دفع مرخص بها طبقا للتشريع المعمول به تمكن صاحبها من القيام بالدفع عن قرب أو عن بعد عبر منظومة إلكترونية ".

وعرفها أيضا من خلال قانون النقد والقرض من الأمر رقم 03-11[1]على أنها:" تعتبر وسائل الدفع كل الأدوات التي تمكن كل شخص من تحويل الأموال مهما يكن السن أو الأسلوب التقني المستعمل".

أما المجلس الاقتصادي الفرنسي قد عرف الدفع الإلكتروني على أنه:" مجموعة التقنيات الإعلامية المغناطيسية أو الإلكترونية ..الخ، والتي تسمح بتحويل الأموال دون دعامة ورقية والتي ينتج عنها علاقة ثلاثية من بين البنك والبائع والمستهلك"[2].

إن الالتزام بالدفع الإلكتروني يعد مسألة جوهرية، ويتم تنظيم أحكامه بشكل واضح باعتباره يتم عن بعد[3]، كما يتم الوفاء بالعملة المتفق عليها، وفي حالة عدم الاتفاق فالوفاء يتم بعملة دولة المدين[4].

وفي الحقيقة، توجد عقود نموذجية تحدد جميع المسائل الخاصة بالدفع الإلكتروني كالعقد النموذجي الفرنسي إذ يحدد العملة المستخدمة في الوفاء والمتمثلة في الفرنك الفرنسي ومدى جواز الوفاء بعملة أجنبية، كما يحدد نفقات التسليم[5].

إن وجود نظام الدفع الإلكتروني يلزم توافر شروط قانونية وفنية؛ وتتمثل هذه الأخيرة في ما يلي:

- توفير بيئة تشريعية تقر وتنظم أحكام الدفع الإلكتروني.
- توفير نظام مصرفي لإتمام عملية الدفع، وذلك من خلال أجهزة متخصصة تقوم بإدارة هذه العمليات.

---

[1] الأمر رقم 03-11 المتعلق بالنقد والقرض ، الصادر في 27 غشت 2003، المعدل والمتمم بالأمر10-04، ج ر، ع 50، الصادر في1 سبتمبر 2010.

[2] واقد يوسف، النظام القانوني للدفع الإلكتروني، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، السنة الجامعية 2010-2011، ص 20.

[3] مصطفى موسى العجارمة، التنظيم القانوني للتعاقد عبر شبكة الإنترنت، المرجع السابق، ص 391.

[4] محمد حسين منصور، المسؤولية الإلكترونية، المرجع السابق، ص 118.

[5] محمد أمين الرومي، التعاقد الإلكتروني عبر الإنترنت، المرجع السابق، ص 127.

- توفير الإمكانيات الفنية والتقنية لتسهيل عملية الدفع.

ومتى توفرت هذه الشروط يمكن للمتعاقد أن يوفي بالتزاماته عن بعد دون اللجوء إلى الوسائل التقليدية المادية[1].

ثانيا: خصائص الدفع الإلكتروني

للدفع الالكتروني خصائص تجعله مميز عن غيره من وسائل الدفع التقليدية، وسنبين ذلك من حيث طبيعته ومن حيث كيفيته، ومن حيث وسائل الأمان.

1- من حيث طبيعته

يعتبر الدفع الإلكتروني من الوسائل التي تتم عن بعد، وذلك من خلال إعطاء أمر الدفع عبر الإنترنت استنادا إلى معطيات إلكترونية يتم من خلالها الاتصال المباشر بين طرفي العقد، وبهذه الصفة يعتبر الدفع الإلكتروني وسيلة لتنفيذ الالتزام بالوفاء في العقد الإلكتروني والذي يغيب فيه الالتقاء المادي للأطراف على مائدة مفاوضات واحدة[2].

ومن هذا المنطلق، فإن الدفع الإلكتروني يتسم بطبيعة دولية، حيث أنه يتم استخدامه في عملية تسوية الحساب في المعاملات الإلكترونية التي تتم عبر فضاء إلكتروني مفتوح بين المستخدمين من كل أقطار العالم[3].

2-من حيث كيفيته

إن الدفع الإلكتروني يتم باستخدام النقود الإلكترونية، وهذه الأخيرة هي عبارة عن قيمة مالية محملة على بطاقة ذات ذاكرة رقمية أو الذاكرة الرئيسية للمؤسسة أو الجهة التي تسيطر على إدارة عملية التبادل[4].

والدفع الإلكتروني يتم بإحدى الطريقتين[5]:

---

[1] مناني فراح، العقد الإلكتروني وسيلة إثبات حديثة في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص 212.

[2] محمد فاروق أحمد الأباصيري، عقد الاشتراك في قواعد المعلومات عبر شبكة الإنترنت، المرجع السابق، ص 97-98.

[3] محمد حسين منصور، المسؤولية الإلكترونية، المرجع السابق، ص 120.

[4] محمد حسين منصور، نفس المرجع ، ص 121.

[5] محمد فاروق أحمد الأباصيري، نفس المرجع، ص 100.

- من خلال نقود مخصصة سلفا لغرض الدفع الإلكتروني، حيث أن الدفع لا يتم إلا بعد الخصم من هذه النقود، إلا أنه لا يمكن سحب معاملات أخرى عليها بغير هذه الطريقة .
- من خلال البطاقات أو البطاقات البنكية العادية، وهذه الطريقة لا توجد فيها مبالغ معدة لهذا الغرض، إذ أن المبالغ التي يتم عليها السحب عن طريق الكارت البنكي يمكن السحب عليها لتسوية معاملات أخرى.

كما أن الدفع الإلكتروني يتم من خلال نوعين من الشبكات، شبكة خاصة، ويقتصر بها على أطراف التعاقد، ويفترض لذلك معاملات وعلاقات تجارية سابقة بينهم، وشبكة عامة يتم التعامل فيها بين العديد من الأشخاص الذين لا توجد بينهم روابط معينة من قبل[1].

3- من حيث وسائل الأمان الفنية

بما أن الدفع الإلكتروني يتم من خلال فضاء معلوماتي مفتوح، ففرصة السطو على رقم البطاقة أثناء الدفع الإلكتروني تكون قائمة، ويكون ذلك من خلال اختراق البيانات المتواجدة في الشبكة بهدف الإضرار بمالك البطاقة[2]، وتفاديا لذلك، فإن الدفع الإلكتروني يكون مصحوبا بوسائل أمان فنية يتم من خلالها تحديد الدائن والمدين، والتي تتم بطريقة مشفرة من خلال برنامج معد لهذا الغرض، حيث لا يظهر الرقم البنكي على شبكة الويب كما يتم عمل أرشيف للمبالغ التي يتم السحب عليها ليسهل الرجوع إليها[3].

وفي هذا الصدد يلاحظ أن التوجيه الأوربي رقم 97-7 المتعلق بحماية المستهلكين في مجال التعاقد عن بعد اكتفى بالنص في المادة الثامنة منه[4]على وجوب قيام دول الأعضاء

---

[1] محمد حسين منصور، المسؤولية الإلكترونية، المرجع السابق، ص 122.

[2] محمد فاروق أحمد الأباصيري، نفس المرجع، ص 102.

[3] انظر، المواد (27) ،(28)، (29) من قانون المعاملات الإلكترونية الأردني .

[4] Art (8) : « les états membres veillent à ce que des mesures appropriées existent pour que le consommateur :

- Puisse demander l'annulation d'un paiement en cas d'utilisation frauduleuse de sa carte de paiement dans le cadre de contrats à distance couverts par la présente directive.

-En cas d'utilisation frauduleuse, soit recrédité des sommes versées en paiement ou se les voir restituées ».

بإتخاذ الإجراءات المناسبة والتي يستطيع من خلالها المستهلك طلب إبطال الوفاء في حالة الاستخدام غير المشروع لبطاقته، وتمكينه من استعادة المبلغ الذي تم دفعه من ماله دون وجه حق[1] .

من خلال ما سبق، يتبين لنا أن عملية الدفع الإلكتروني هي عملية تتم عبر شبكة الإنترنت، تتيح للأفراد تنفيذ التزامهم بالدفع بطريقة إلكترونية بدلا من الطرق التقليدية والتي أصبحت لا تتلاءم مع طبيعة العقود الإلكترونية، كما أن عملية الدفع الإلكتروني تتم بعدة طرق وسنقوم بتوضيحها في الفرع الموالي.

الفرع الثاني

أنواع الدفع الإلكتروني

هناك العديد من الأنواع التي ظهرت بظهور الإنترنت والتجارة الإلكترونية، حيث أنه كانت توجد طرق وفاء معروفة سابقا وتم تطويرها، كما ظهرت طرق جديدة لم تكن معروفة من قبل، وفي ما يلي سنقتصر على أهم أنواعها.

أولا: الشيكات الإلكترونية

هي عبارة عن بيانات يقوم المشتري بإرسالها إلى البائع عن طريق البريد الإلكتروني المؤمن، حيث يتضمن البيانات التي يحتويها الشيك البنكي كتحديد مبلغ الشيك وإسم المستفيد وإسم من أصدر الشيك وكذا توقيع مصدر الشيك، ويكون توقيع هذا الأخير عن طريق رموز خاصة [2].

وتعتمد الشيكات الإلكترونية [3]على فكرة وجود وسيط يقوم بإجراء عملية التخليص وتتضمن دورة إجراءات الشيك الإلكتروني ما يلي[4]:

---

[1] محمد حسن قاسم، التعاقد عن بعد قراءة تحليلية في التجربة الفرنسية مع إشارة لقواعد القانون الأوربي، المرجع السابق، ص 122.

[2] محمد أمين الرومي، التعاقد الإلكتروني عبر الإنترنت، المرجع السابق، ص 145.

[3] ومن أمثلة الشيكات الإلكترونية: NetChque, Echeck . انظر، العاني إيمان، البنوك التجارية وتحديات التجارة الإلكترونية، مذكرة ماجستير، كلية العلوم الاقتصادية وعلوم التسيير، جامعة منتوري، قسنطينة، السنة الجامعية 2006-2007، ص 212-212.

[4] مناني فراح، العقد الإلكتروني وسيلة إثبات حديثة في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص 217.

- اشتراك المشتري لدى جهة التخليص (عادة ما يكون بنك)، وهنا يتم فتح حساب جاري بالرصيد الخاص للمشتري، ويتم تحديد التوقيع الإلكتروني للمشتري بأي حساب جاري متفق عليه ثم يتم تسجيله في قاعدة البيانات لجهة التخليص.
- اشتراك البائع لدى جهة التخليص ذاتها، حيث يفتح له حساب جاري هو الآخر، ويتم تحديد التوقيع الإلكتروني الخاص به.

ثانيا: النقود الإلكترونية

تعرف النقود الإلكترونية بأنها وسيلة دفع تخزن قيمة مالية إلكترونيا على أداة فنية بحوزة العميل مع إمكانية الزيادة أو النقصان لقيمة نقود العميل كلما قام باستعمالها في الشراء من خلال شحنها بالقيمة أو بتعريفها[1].

كما تعرف بأنها سلسلة الأرقام التي تعبر عن قيم معينة تقوم بإصدارها البنوك التقليدية أو الإفتراضية لمودعها، ويحصل عليها هذا الأخير في صورة نبضات كهرومغناطيسية على بطاقة ذكية وعلى الهارد درايف (Hard-Drive)، ويتم استخدامها لتسوية معاملاتهم التي تتم إلكترونيا[2].

كما عرفها التوجيه الأوروبي رقم 2000-46 الصادر في 2000/09/18 في المادة (13) منه على أنها: "قيمة مالية تمثل قيمة نقدية للمرسل مخزنة على دعامة إلكترونية"[3].

أما البنك المركزي الأوربي فقد عرفها على أنها وسيلة للتخزين الإلكتروني لقيمة نقدية على دعامة تقنية على نطاق واسع للقيام بمدفوعات لمتعهدين غير من أصدرها، دون الحاجة إلى حساب بنكي عند إجراء الصفقة، وتعتبر وسيلة في يد حاملها مدفوعة مسبقا[4].

---

[1] مصطفى كمال طه، وائل بندق، الأوراق التجارية ووسائل الدفع الإلكترونية الحديثة، دار النهضة العربية، مصر، 2005، ص 342.

[2] محمد إبراهيم الشافعي، النقود الإلكترونية "ماهيتها، مخاطرها، تنظيمها القانوني'، مجلة الأمن والقانون، كلية شرطة دبي، دبي، ع01، 2004، ص 54.

[3] Art (13): « une valeur monétaire représentant une créance sur l'émetteur, qui est stocké sur un support électronique ».

[4] نهى خالد عيسى الموسوي، إسراء خضير مظلوم الشمري، النظام القانوني للنقود الإلكترونية، مجلة جامعة بابل العلوم الإنسانية، جامعة بابل، العراق، المجلد22، ع2، 2014، ص 266.

ويعتبر هذا التعريف هو الأصح والأدق عن غيره من التعاريفات السابقة، لأن هذه الأخيرة لاتعكس طبيعة النقود الإلكترونية، إذ أن هذا النوع من النقود لايشترط أن يكون لها حساب سواء لدى مؤسسة بريدية أو في مؤسسة بريدية.

وللنقود الإلكترونية خصائص تتميز بها تتمثل في أنها :

1-قيمة نقدية وأداة وفاء

بالرغم من الطابع الإلكتروني للنقود الإلكترونية إلا أنها تمثل قيمة مالية لها نفس وظيفة النقود العادية[1]، وتتمثل وظيفتها في الوفاء فقط [2].

2-ذات طبيعة دولية غير مادية

حيث أنها لا تخضع للحدود، إذ يمكن تحويل النقود الإلكترونية من أي نقطة في العالم وفي أي وقت[3]، وتعتبر غير مادية باعتبارها مشكلة من متتاليات رقمية ومتكونة كذلك من رقمي(0) و(1)[4].

3-تتمتع بالأمان والسرية والخصوصية

تستخدم البنوك التي تتعامل بالنقود الإلكترونية أجهزة تدعم برتوكول الحركات المالية الآمنة، مما يجعل عملية الدفع الإلكتروني أكثر أمان وسرية، ذلك أن شبكة الإنترنت تقوم على وجود أرقام متسلسلة ترمز للقيمة النقدية، وهذه الأرقام تستعمل لمرة واحدة، كما يقوم المصرف بتغير الرقم المتسلسل عند انتقال النقود الإلكترونية من متعامل إلى آخر، وهذا يوجب نظام مصرفي خاص[5] .

كما أن النقود الإلكترونية لها خصائص عملية تتمثل في أنها بسيطة وسهلة الاستخدام مقارنة بالوسائل الأخرى، حيث أنها متكاملة مع الأنظمة الأخرى للمؤسسات كالمحاسبية

---

[1] حمودي محمد ناصر، العقد الدولي الإلكتروني المبرم عبر الإنترنت، المرجع السابق، ص 435.

[2] طالب حسن موسى، قانون التجارة الإلكترونية الدولية، المرجع السابق، ص 275.

[3] لزعر وسيلة، تنفيذ العقد الإلكتروني، المرجع السابق، ص 95.

[4] حمودي محمد ناصر، نفس المرجع، ص 436.

[5] نبيل صلاح محمود العربي، الشيك الإلكتروني والنقود الرقمية 'دراسة مقارنة'، مؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون، دبي، 2003، ص 72.

والجرد، بالإضافة إلى أنها تحتفظ بالقيمة كمعلومات رقمية مستقلة عن أي حساب مصرفي وتسمح بالتحويل عن بعد عبر شبكات عامة، وتعتبر فعالة من حيث تكلفة المعاملات [1].

أما عن صور النقود الإلكترونية فلها صورتان تتمثلان في حاملة النقود الإلكترونية ومحفظة النقود الإلكترونية.

1- حاملة النقود الإلكترونية

لا تكون حاملة النقود الإلكترونية إلا في الحالات التي تكون فيها وسيلة الدفع قابلة للشحن والتحويل والتخزين لوحدات ذات قيمة مالية، ويكون ذلك على بطاقة تحمل ذاكرة بقيمة قصوى، فمثلا في القانون الأوربي لا تتعدى 150 أورو والتي تتيح القيام بعمليات شراء لا تتعدى قيمة كل عملية على حدة بما لا يتجاوز حد 30 أورو، وبالتالي فإن هذه الوسيلة تصلح لإتمام عمليات الدفع للعقود البسيطة[2].

2- محفظة النقود الإلكترونية

تعرف على أنها وسيلة دفع إفتراضية تستعمل في سداد المبالغ الزهيدة القيمة بشكل مباشر أو غير مباشر[3].

وهي عبارة عن برنامج يقوم العميل بتحميله على جهاز الكومبيوتر الخاص به[4]، يتمثل في بطاقة مصرفية صالحة الدفع بمبلغ محدد ومدفوع مسبقا، وتسمح بالقيام بأعمال الدفع في الشبكة كما يحصل بشأن المال النقدي العادي في المحلات[5]، وتنقص عند كل استخدام لها إلى غاية انتهائها، وطريقة إعادة شحنها يشبه طريقة فتح حساب بنكي[6].

لكن ما يعاب على هذه الطريقة ضعف الدعامة الإلكترونية المخزنة في القرص الصلب لجهاز المستخدم، حيث أنه بمجرد حدوث خلل في ذاكرة الكومبيوتر، فإنه يؤدي إلى ضياع

---

[1] ميهوب سماح، أثر تكنولوجيا المعلومات والاتصالات على الأداء التجاري والمالي للمصارف الفرنسية 'حالة نشاط البنك عن بعد'، رسالة دكتوراه، كلية العلوم الاقتصادية والعلوم التجارية وعلوم تسيير، جامعة منتوري، قسنطينة، السنة الجامعية 2013-2014، ص 100.

[2] حمودي محمد ناصر، العقد الدولي الإلكتروني المبرم عبر الإنترنت، المرجع السابق، ص 432.

[3] غنام شريف محمد، محفظة النقود الإلكترونية، دار النهضة العربية، مصر، 2003، ص 12.

[4] خالد ممدوح إبراهيم، حماية المستهلك في المعاملات الإلكترونية، المرجع السابق، ص 238.

[5] بشار طلال المومني، مشكلات التعاقد عبر الإنترنت 'دراسة مقارنة'، المرجع السابق، ص 180.

[6] حمودي محمد ناصر، نفس المرجع ، ص 433.

القيمة، خاصة أن أجهزة الكومبيوتر الخاصة بالأشخاص لا تتوفر فيها الحماية التي تتوفر في أجهزة الخاصة بالبنوك مما يجعلها عرضة للسرقة والقرصنة وبالتالي أخذ الحيطة وإخضاعها للرقابة [1].

رابعا: البطاقات المصرفية Télépaiement par carte

هي بطاقة بلاستيكية ومغناطيسية يصدرها المصرف[2] لصالح عملائه بدلا من حمل النقود[3]، ومن أهم هذه البطاقات ما يلي:

1- بطاقة الوفاء Debit Card

يخول هذا النوع حامله سداد مقابل المبيع عن طريق تحويل المقابل من حساب المشتري إلى حساب البائع مباشرة، وهذه البطاقة تعتمد على وجود أرصدة فعلية للعميل لدى المصرف، ومن أمثلة هذا النوع البطاقة الفرنسية La carte bleu[4].

والوفاء عن طريق هذه البطاقة قد يتم بطريقة يدوية وقد يتم بطريقة أوتوماتيكية، فالطريقة الأولى يتم الوفاء من خلال تقديم العميل بطاقته للتاجر، وهذا الأخير يدون جميع بياناتها ويصدر الفاتورة بقيمة السلعة أو الخدمة من عدة نسخ حيث يوقع عليها العميل، ثم ترسل إحدى هذه النسخ للجهة التي أصدرت البطاقة وأحدهما يأخذها العميل والأخيرة يحتفظ بها التاجر، أما الطريقة الأوتوماتيكية فتتم بتمرير بطاقة العميل في جهاز خاص للتأكد من صحة بيانات البطاقة ووجود رصيد كافي[5].

2-بطاقة الائتمان Credit Card

هي بطاقة بلاستيكية[6] مستطيلة الشكل تحمل رقمها وتاريخ صلاحيتها وإسم حاملها وإسم وإسم المؤسسة المالية أو الشركة التي أصدرتها وشعارها، كما يثبت على ظهرها شريط معلومات

---

[1] طالب حسن موسى، قانون التجارة الإلكترونية الدولية، المرجع السابق، ص 274.

[2] ومن أشهرها بطاقة الفيزا كارتVisa card وبطاقة الماستر كارت master card وبطاقة الكاريير carrier-card .

[3] إلياس ناصيف، العقود الدولية 'العقد الإلكتروني في القانون المقارن'، المرجع السابق، ص 171.

[4] بشار محمود دوديين، الإطار القانوني للعقد المبرم عبر شبكة الإنترنت، المرجع السابق، ص 204.

[5] محمد أمين الرومي، التعاقد الإلكتروني عبر الإنترنت، المرجع السابق، ص 132.

[6] يطلق عليها البطاقة البلاستيكية على أساس أنها تصنع من مادة بلاستيكية، في حين يطلق عليها البعض بطاقة الدفع الإلكترونية على أساس أنها تقوم على أجهزة الكترونية في الحصول على التفويض أو إجراء التسويات المالية. انظر، محمد

الكترومغناطيسي يحمل كافة البيانات والأرقام السرية وبجانبه توقيع الحامل[1].

وبالتالي، فإن بطاقة الائتمان تسمح لحاملها استخدام ائتمان في حدود الاتفاق المبرم بينه وبين مصدر البطاقة (البنك)، حيث تسمح لحاملها أن يقوم خلال أجل متفق عليه أن يسدد ثمن مشترياته على دفعات بدلا من تسوية حسابه فورا، وذلك في حدود مبلغ معين مكشوف مسبقا[2].

وعليه، فإن بطاقة الائتمان تتميز عن غيرها من وسائل الدفع الأخرى كونها أداة ائتمان إلكترونية، وأداة وفاء وضمان، كما أنها أداة مصرفية متعددة الأطراف حيث يستوجب التعامل بها بين ثلاث أشخاص (مصدر البطاقة والحامل والتاجر)، وتعتبر وسيلة فعالة ومرنة للسداد التكاليف لسهولة حملها [3].

3- <u>بطاقة السحب الآلي</u>

هي بطاقة تخول لحاملها إمكانية سحب مبالغ نقدية من حسابه بحد أقصى تم الاتفاق عليه من خلال أجهزة خاصة، إذ يقوم العميل بإدخال بطاقته لجهاز السحب الآلي والذي يطلب منه إدخال رقمه السري بعدها يطلب الجهاز من العميل تحديد المبلغ الذي يحتاجه من خلال لوحة المفاتيح الموجودة على الجهاز وبعد الصرف يسترد العميل بطاقته آليا، كما يسجل هذا المبلغ في جانب المدين من حساب العميل مباشرة[4].

وعليه، فإن استخدام هذه البطاقة يتم من خلال السحب الآلي، حيث ساهمت هذه الآلات في تحسين جودة الخدمة المصرفية المقدمة للعملاء، كما أنها سهلت في تعاملهم مع البنوك طيلة اليوم الكامل بما فيها العطلات والإجازات الرسمية كذلك[5].

=زيدان، دور التسويق في القطاع المصرفي في حالة بنك الفلاحة والتنمية الريفية، رسالة دكتوراه، كلية العلوم الاقتصادية وعلوم التسيير، جامعة الجزائر، السنة الجامعية 2004-2005، ص 71.

[1] فاروق إبراهيم جاسم، الجوانب القانونية للتجارة الإلكترونية، المرجع السابق، ص 128.

[2] عذبة سامي حميد الجادر، العلاقات التعاقدية المنبثقة عن استخدام بطاقة الائتمان، مذكرة ماجستير، كلية العلوم القانونية، جامعة الشرق الأوسط للدراسات العليا ،الأردن، السنة الجامعية 2007-2008، ص 23.

[3] نهى خالد عيسى، البطاقة الائتمانية الإلكترونية، مجلة المحقق الحلى للعلوم القانونية والسياسية، جامعة بابل، العراق، ع02، 2015، ص 522.

[4] عبد الفتاح بيومي الحجازي، النظام القانوني لحماية التجارة الإلكترونية "نظام التجارة الإلكترونية وحمايتها مدنيا"، المرجع السابق، ص111.

[5] أيمن عبد الحفيظ، حماية بطاقات الدفع الإلكتروني، مطابع الشرطة للطباعة والنشر، مصر، 2007، ص 34.

الجدير بالذكر أن هذه البطاقة لا تعد بطاقة ائتمان، حيث أن البنك لا يمنح أي ائتمان فإذا كان رصيد العميل فارغ فالجهاز يعيدها ويرفضها تلقائيا، ونفس الحال إذا كان الرصيد لا يساوي المبلغ المودع في الحساب مع ما يطلبه صاحب البطاقة[1].

4-بطاقة الشيكات Cheque Guarante Card

بمقتضى هذه البطاقة يضمن البنك الوفاء بقيمة معينة للشيك الذي يصدره حاملها، وعلى هذا الأخير عند السحب لأحد التجار أن يبرز البطاقة وتدوين رقمها على ظهر الشيك وعلى التاجر أن يتحقق من مطابقة البيانات المدونة على البطاقة مع البيانات المدونة على الشيك[2].

5-بطاقة الصرف البنكي Charge Card

تقوم هذه البطاقة على قيام الجهة المصدرة للبطاقة بإرسال كشف بالحساب عن كافة مشتريات حامل البطاقة أو ما دفع عنه، حيث يتضمن تفاصيل المبالغ المستحقة على حامل البطاقة سواء بمسحوباته النقدية من المصاريف أو عبر أجهزة الصراف الآلي، وذلك في ضوء الحد الأقصى لمبلغ البطاقة، إذ يطلب منه الوفاء بها في آجال معينة وإلا استحقت عليه فوائد[3].

6-البطاقة الذكية Smart Card

وهي عبارة عن بطاقة بلاستيكية لها مقاييس ومواصفات معينة ومحددة من قبل منظمة (ISO) تحتوي على رقائق إلكترونية لها القدرة على تخزين جميع البيانات المتعلقة بحاملها كالإسم والعنوان والمصرف المصدر لها. وكذا أسلوب الصرف والمبلغ المنصرف وتاريخ حياة العميل المصرفية[4].

فهي تعتبر حاسبا متنقلا يؤمن حماية كبيرة ضد التزوير، إذ تتيح أجهزة قراءة البطاقات التي توضع في المواقع التجارية التدقيق في التفاصيل للحسابات المالية لمالكها[5].

---

[1] طالب حسن موسى، قانون التجارة الإلكترونية الدولية، المرجع السابق، ص 256.

[2] محمد أمين الرومي، التعاقد الإلكتروني عبر الإنترنت، المرجع السابق، ص 134.

[3] فاروق إبراهيم جاسم، الجوانب القانونية للتجارة الإلكترونية، المرجع السابق، ص 132.

[4] محمد أمين الرومي، نفس المرجع، ص141.

[5] بشار محمود دودين، الإطار القانوني للعقد المبرم عبر شبكة الإنترنت، المرجع السابق، ص 205.

إلا أن عيوب هذه البطاقة تظهر في أمرين، الالتزام لحد معين للصرف، حيث لا يمكن تنفيذ عمليات ذات مبالغ كبيرة باعتبارها مخصصة للاستخدامات اليومية المحددة، وكذا خسارة الرصيد الموجود في البطاقة حال فقدانها إذ لا يمكن تعويضه؛ وبتالي فقدان مال حقيقي حتى ولو لم يستطيع الغير استخدامه[1].

من خلال ما سبق، يمكن القول أن وسائل الدفع الإلكتروني تعتبر الأمثل في تنفيذ الالتزام بالدفع الإلكتروني بالنسبة للمعاملات التي يتم إبرامها عبر شبكة الإنترنت، وقد انتشرت هذه الوسائل نتيجة التطور الحاصل في التجارة الإلكترونية كما ساعد على انتشارها سرعة انتشار شبكة الإنترنت على جميع أنحاء العالم.

وينبغي التنويه، إلى أن الثمن في العقد الإلكتروني يخضع إلى نفس أحكام الثمن في القواعد العامة، إذ أنه يجب أن يتم تحديده والاتفاق عليه، كما يجب أن يكون مقدرا أو قابلا للتقدير.

المطلب الثاني

أنظمة الدفع الإلكتروني وزمان ومكان تنفيذها

لقد ظهرت أنظمة الدفع الإلكتروني كنتيجة للتطورات الهائلة في ثورة المعلومات، وقد تمكنت من الانتشار بسرعة سواء على مستوى الوطن العربي أم على المستوى الدولي لما حققته من مزايا لم تكن للأنظمة التقليدية أن تحققه، إلا أنه وبالرغم من مميزاتها إلا أنها تشمل على معوقات واجهت التجارة الإلكترونية مما يجعل البعض لا يزال متخوف منها (الفرع الأول)، وباعتبار أن الدفع الإلكتروني يتم في بيئة إلكترونية، فالإشكال يثور حول زمان ومكان تنفيذه (الفرع الثاني).

الفرع الأول

أنظمة الدفع الإلكتروني في الوطن العربي والدولي

لقد قامت دول العالم ببذل مجهود لتطوير العمليات المصرفية في سبيل مواكبة التطورات الحاصلة في الدول المتقدمة تكنولوجيا، خصوصا في مجال وسائل الدفع الإلكتروني واستنادا إلى ذلك فسنتعرض إلى بعض النماذج العربية والدولية لوسائل الدفع الإلكتروني (أولا)، ثم نتطرق إلى مزاياها وعيوبها (ثانيا).

---

[1] أيمن عبد الحفيظ، حماية بطاقات الدفع الإلكتروني، المرجع السابق، ص 37.

أولا : وسائل الدفع الإلكتروني في الوطن العربي والدولي

1-بعض الوسائل الإلكترونية المتاحة في الوطن العربي

أ- **مصر**: تتمثل وسائل الدفع الإلكتروني في مصر في بنوك القطاع العام المصرفي: بنك مصر والبنك الأهلي.

- **بنك مصر**[1]: لقد بدأ هذا البنك بتقديم خدماته سنة 1992، وتتمثل بطاقات الدفع التي يقدمها في البطاقة الائتمانية، وتشمل بطاقة فيزا وبطاقة ماستر كارد، وبطاقة الخصم الفوري وتشمل بطاقة الفيزا إلكترون وبطاقة الماستر كارد الخصم الفوري بطاقة الماستر كارد إلكترون، وبطاقة خاصة تشمل موجة فيزا وماستر كارد انترنت وبطاقة التحويلات وبطاقة الصيادلة، بطاقة حاسب كل بيت .
- **بنك الأهلي**[2]: وقد بدأ في تقديم خدماته سنة 1994، حيث طبق أحدث طرق الدفع الإلكتروني باستخدام أدوات نقدية متطورة لبطاقات الدفع الإلكتروني بنوعيها: بطاقة الخصم وبطاقة الائتمان.

ويصدر هذا البنك بطاقات ائتمانية تستخدم محليا ودوليا ومن أهمها: الفيزا كلاسيك والماستر كارد الذهبي، بطاقة الأهلي انترنت كارد، بطاقة ائتمان شهادات البنك الأهلي المصري، بطاقة فيزا البنك الأهلي للتقسيط، بطاقة الخصم والصارف الآلي .

ب- **العراق**: لقد نظم المشرع العراقي العمليات المصرفية من خلال المواد(24،27) من الفصل السابع من خلال قانون التوقيع الالكتروني رقم 2012-78.

---

[1] يقوم بنك مصر بإصدار مجموعة متنوعة من بطاقات الدفع الإلكترونية تتناسب وكافة شرائح المجتمع ، ففي عام 1982 بدأ بنك مصر في تقديم خدمة جديدة في ذلك الوقت وكأول بنك في مصر تتمثل في إصدار بطاقات البنك الشخصي لتتيح للعملاء التعامل بسهولة ويسر على حساباتهم الجارية، ثم تلى ذلك فى عام 1992 إصدار بطاقات الفيزا الائتمانية ثم إصدار بطاقات الماستر كارد وقام بنشر تلك الخدمة من خلال فروعه المنتشرة على مستوى الجمهورية، كما عمل البنك على إكمال منظمة الدفع الإلكتروني من خلال تقديمه خدمات الصراف الآلي ATM بالإضافة إلى تقديم خدمات التحصيل للعديد من المنافذ التجارية. انظر، http://www.banquemisr.com .2017/04/03.

[2] لقد استطاع هذا البنك الاحتفاظ بمكانته المتميزة عبر مسيرته من خلال مسايرة كافة المستحدثات المصرفية وتطوير منظومة خدماته واستخدام أحدث الأنظمة الإلكترونية بما يحقق أقصى درجات الرضا لعملائه، وهو ما تؤكده نتائج أعماله في 30 يونيو 2007 حيث بلغ إجمالي المركز المالي للبنك نحو 213 مليار جنيه . انظر ، http://www.elfagr.com/ . 2017/04/03.

وقد منح للبنك المركزي تنظيم أعمال التحويل الإلكتروني للأموال باعتباره مسئولا على نظام الدفع طبقا لقانونه 2004-56، والمسئول عن السياسة النقدية للبلاد استنادا للمادة (27) من التوقيع الالكتروني.

ج-**الجزائر**[1]: من أنظمة الدفع الإلكتروني المتاحة في الجزائر ما يلي:

- **بطاقة السحب:** أصدرتها شركة أنشئت مابين البنك الوطني الجزائري، بنك الفلاحة والتنمية الريفية، بنك الجزائر الخارجي، الصندوق الوطني للتوفير والاحتياط، القرض الشعبي الجزائري بنك التنمية المحلية، الصندوق الوطني للتعاون الفلاحي، بنك البركة.

وتهدف هذه البطاقة إلى تحديث وسائل الدفع المصرفي، وتطوير وتسيير التعاملات النقدية ما بين المصارف، وكذا تحسين الخدمة المصرفية.

- **بطاقة الائتمان:** ظهرت أول مرة في الجزائر سنة 1994، حيث بادر بها بنك الفلاحة والتنمية الريفية 'BADR'، إلا أن استخدامها كان يقتصر على بعض الوكالات الخاصة بهذا البنك، وبعد ذلك أصدر نفس البنك سنة 1996 بطاقة 'Zip Zap' والتي كانت خاصة لزبائنه الكبار، إلا أن أهم ما حدث سنة 1997 مع إصدار مؤسسة 'SATIM' المالية لبطاقة الائتمان بين البنوك تمكن حامليها من سحب أموالهم من أي موزع في الجزائر[2].
- **البطاقة البنكية CIB:** تعتبر هذه البطاقة بطاقة دفع وسحب ما بين البنوك داخل تراب الوطن، يتم التعرف عليها مابين البنوك بشعار 'CIB' وشعار بإسم البنك المصدر

---

[1] يعتبر القانون رقم 11-03 المتعلق بالنقد والقرض أول قانون جزائري تضمن التعامل الإلكتروني الحديث في القطاع المصرفي، وذلك من خلال المادة (69) منه، بعدها تم إصدار الأمر رقم 05-06 المؤرخ بتاريخ 2005/09/23 المتعلق بمكافحة التهريب في المادة (3) حيث استخدم مصطلح وسائل الدفع الإلكتروني إذ اعتبرها من بين الإجراءات الوقائية لمكافحة التهريب، أما الأمر رقم 75- 59 المتضمن القانون التجاري المعدل والمتمم، فنص في المادة(414) في الوفاء السفتجة على أنه:" يمكن أن يتم التقديم أيضا بأي وسيلة تبادل إلكترونية محددة في التشريع والتنظيم المعمول بهما". كما أضاف نفس القانون في المادة (543 مكرر 23) بطاقات السحب والدفع.

[2] طافر زهير، بوترفاس الهاشمي، واقع بطاقة الائتمان في الجزائر، http://www.elbassair.net ، 08 /2017/04.

تتضمن قرص إلكتروني يضمن أمن عملية الدفع وعملية التسديد لدى مختلف التجار والفنادق والمحلات التجارية. وتشمل هذه البطاقة نوعين:

أ- البطاقة الكلاسيكية : هي بطاقة توفر خدمات الدفع والسحب البنكي، تقدم لزبائن البنوك وفقا لشروط يحددها البنك .

ب- البطاقة الذهبية: توفر هذه البطاقة خدمة إضافية مع سقف سحب ودفع مرتفع نسيبا، كما تمنح لرجال الأعمال أصحاب الدخول المرتفعة وسقف هذه البطاقة يفوق 50 ألف دج، ومدة صلاحيتها عامين[1].

ومن تطبيقات الدفع الالكتروني في الجزائر، نجد خدمة الدفع الإلكتروني لفواتير الماء والكهرباء والغاز، حيث تتمثل آلية استخدمها بولوج الزبون أولا إلى المكتب الإفتراضي لمؤسسة بريد الجزائر على الإنترنت 'بريدي نت' ثم الضغط على زر "الدخول"؛ أين سيظهر مكتب عليه الخدمات التي توفرها المؤسسة على شكل إيقونات وصور؛ هنا يضغط المستخدم على صورة فاتورة الماء، حيث ستظهر له نافذة لثلاثة مؤسسات المعنية بهذه الخدمة (سيال، سونلغاز، الجزائرية للمياه)، وبعد إختيار المستخدم للمؤسسة المعنية لدفع لها يستوجب على الزبون ملء الإستمارة بالمعلومات الضرورية كرقم الفاتورة ومرجع الفاتورة وكذا مفتاح EBP بالإضافة إلى المبلغ المقرر دفعه، هذا في حالة دفع مستحقات فاتورة الكهرباء ونفس الأمر بالنسبة للفواتير الأخرى مع اختلاف بسيط في المعلومات، وبعد الضغط على زر"التصديق" ستظهر للمستخدم صفحة تتضمن معلومات تتعلق بعملة الدفع (رقم الخاص بالصفقة وتاريخ الصفقة وكذا حالة الصفقة وأيضا رقم الفاتورة التي تم دفع مستحقاتها المالية بالإضافة إلى مبلغ الصفقة، كما يمكن لزبون تحميل نسخة من وصل الدفع بصيغة PDF[2].

---

[1] بورزق إبراهيم فوزي، دراسة تحليلية حول التجربة الجزائرية في مجال النقد الآلي البنكي 'دراسة حالة القرض الشعبي الجزائريCPA، مذكرة ماجستير، كلية العلوم الاقتصادية وعلوم التسيير، جامعة الجزائر،2007-2008، ص 144.

[2] سعيداني يوسف، بريد الجزائر يطلق خدمة الدفع الإلكتروني لفواتير الماء والكهرباء والغاز، https://www.tiqananews.com ، 2017/05/08.

ويتم الخصم من الحساب البريدي للمستخدم في ظرف دقائق إلى ساعات ولكن التحديث قد لا يظهر على موقع "بريد الجزائر" إلا بعد مرور 24 ساعة .. والجدير بالذكر إلى أن الخصم ليس به أي رسوم إضافية [1].

- **نظام تسوية المبالغ الإجمالية 'ARTS'**: هو 'نظام تسوية المبالغ الإجمالية في وقت حقيقي، ويتم فيه سير التحويلات بصفة مستمرة، وعلى الفور بدون تأجيل وعلى أساس إجمالي'، كما يعالج هذا النظام العمليات المصرفية المختلفة بين المؤسسة المالية والمصرفية والمشاركين عامة على النحو التالي: عمليات مابين المصارف عمليات بنك الجزائر، تسوية المبالغ عن طريق المقاصة الإلكترونية، حساب التسوية'[2].
- **نظام المقاصة الإلكترونية 'ACTI'**: وهو نظام ينطوي على عنصر اليقين، حيث تتم المدفوعات بدون إلغاء أو تأخير في نفس اليوم[3]. وقد دخل حيز التنفيذ بالاشتراك مع بنك الجزائر، اتصالات الجزائر بريد الجزائر 'SATIM' جميعة البنوك والمؤسسات المالية، وكان ذلك يوم 15 ماي 2006 في أول يوم للتبادلات وكانت بدايته معالجة الصكوك، وتجدر الإشارة أن هذا النظام يعتمد على نظام التبادل المعلوماتي للبيانات الرقمية والصور[4].

2-وسائل الدفع الإلكتروني الدولية

بهدف حماية الأرقام السرية التي تتجول عبر شبكة الإنترنت، ظهر نظام جديد من أنظمة الدفع حيث يتولى وسيط (شخص ثالث) إجراءات الدفع أيا كانت وسيلته، بشرط أن تكون قد تمت عبر شبكة الإنترنت بين فئتي البائعين والمشترين للأموال والسلع في شبكة الإنترنت[5]، ومن بين هذه الأنظمة ما يلي:

---

[1] يوسف الزوبيري، طريقة تخليص فواتير الكهرباء والغاز عن طريق البطاقة الذهبية، https://www.mobisooq.com/news، 2017/05/08.

[2] حابت آمال، التجارة الإلكترونية في الجزائر، المرجع السابق، ص 133.

[3] محمد حسين منصور، المسؤولية الإلكترونية، المرجع السابق، ص 127.

[4] حابت آمال، نفس المرجع، ص134.

[5] لزعر وسيلة، تنفيذ العقد الإلكتروني، المرجع السابق، ص 90.

أ- **نظام First Virtual**

تم استخدام هذا النظام من قبل عدة شركات من بينهم الشركة الأمريكية 'First Virtual Holidings'، وهو نظام سهل الاستخدام كونه لا يقتضي برنامج معلوماتي خاص ولا تشفير، حيث أنه يشترط فقط أن يكون هناك حساب ببنك أمريكي، ويتم كما يلي[1]:

-يقوم المشتري بفتح حساب لدى 'First Virtual Holiding'، حيث يقوم هذا الأخير بإسناد رقم حسابه وعدد بطاقة الاعتماد خارج الشبكة.

- يقوم البنك بمنحه إسم مستعار في معاملاته.

- يقوم البائع بالتأكد من رقم الحساب لدى البنك والذي يقوم بالاتصال بالمشتري ومطالبته بتأكيد المعاملة ليقوم بخلاص البائع، وطرح ما دفعه من رصيد المشتري.

ب- نظام Kleline

ويقتضي هذا النظام أن يقوم الزبون بالتسجيل لديها، ويتم تزويدها بجميع البيانات التي تزود بها الشركة بموجب نظام 'First Virtual'، إلا أن هذا النظام يتميز بأن الشركة تزود زبونها ببرنامج للدفع الآمن والمعروف بـ'Kleboxe'، ويتم تحويل المبلغ وتسوية الدين كما يلي[2]:

-إرسال العميل طلبه إلى التاجر لشراء السلعة.

-قيام التاجر بإرسال تذكرة الدفع الإلكتروني إلى الشركة المذكورة.

- ترسل الشركة تذكرة الدفع إلى المشتري بعد الاستيثاق من التاجر.

- بعد قبول المشتري التذكرة تصدر الشركة قسيمة خزينة (صندوق) لحساب التاجر.

ثانيا: مزايا وعيوب وسائل الدفع الإلكتروني

بالرغم من المزايا التي حققتها وسائل الدفع في التكنولوجيا، إلا أنها لا تزال تحتوي على معوقات تشمل بعض المخاطر والتي جعلت المستخدمين يتخوفون من التعامل بها ويكتفون بالتعامل بوسائل الدفع التقليدية والتي في نظرهم هي أكثر أمان، وهذا من أحد

[1] مناني فراح، العقد الإلكتروني وسيلة إثبات حديثة في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص 217-218.

[2] طالب حسن موسى، قانون التجارة الإلكترونية الدولية، المرجع السابق، ص 278.

الأسباب المعرقلة لتطور التجارة الإلكترونية خصوصا في البلدان النامية، وفي هذا الصدد سنقوم بتبيان كل من مزايا وعيوب وسائل الدفع الإلكتروني وذلك في ما يلي:

1- مزايا وسائل الدفع الإلكتروني

لقد ساهمت وسائل الدفع الإلكتروني في تطور المعاملات المالية الإلكترونية، مما نتج عنها ايجابيات ترجع على جميع المصدرين لها وعلى جميع المتعاملين بها ومع من يتم التعامل بها معهم وسيتم توضيح ذلك في ما يلي:

بالنسبة إلى مصدرها: توجد العديد من المزايا التي يتحصل عليها مصدر وسيلة الدفع لتحقيق الأرباح، حيث بلغت أرباح'City Banks' من حملة البطاقات الائتمانية لسنة 1991، 1 بليون دولار، إضافة إلى ذلك أنه توجد رسوم العضوية ورسم التجديد والرسم المفروض على السحب النقدي، كما أن الغرامات والفوائد تعتبر من قبيل الأرباح التي يحققها مصدر البطاقة، أضف إلى ذلك غرامات التأخير في السداد، وكذا فوائد القرض عن طريق السحب النقدي للبطاقة الائتمان وبطاقة النقد والترقية[1].

بالنسبة إلى حاملها: ومن المزايا التي تحققها لحاملها سهولة ويسر الاستخدام بالنسبة له، حيث أنه لا يستخدم النقود الورقية، إضافة إلى أن هذه الوسائل تتمتع بالأمان والسرية، كما أنه يستفيد من الاقتراض من البنك أو الشركة المصدرة إلى أجل، كما تمنح له فرصة الحصول على ائتمان مجاني لفترات محدودة[2]، ولحاملها أيضا أن يبرم صفقة شراء فورية عن طريق الهاتف بمجرد ذكر رقمها.

بالنسبة إلى التاجر: من المزايا التي ترجع على التجار، توفير الحماية ضد الغش كما أنها تؤدي إلى زيادة المبيعات، إضافة إلى ذلك، فإن التجار قد حققوا ميزة تخلصهم من اختلاسات الصندوق، وأزاحت عبء عليهم والمتمثل في متابعة ديون الزبائن، إذ أصبح يقع على عاتق البنوك والشركات المصدرة [3].

---

[1] عبد المطلب عبد الحميد، البنوك الشاملة وعملياتها، الدار الجامعة، الإسكندرية، 2000، ص 114.

[2] فاطمة الزهرة خبازي، جرائم الدفع الإلكتروني وسبل مكافحتها، ملتقى آليات مكافحة الجرائم الإلكترونية في التشريع الجزائري، الجزائر،29 مارس 2017، ص 23.

[3] فاطمة الزهرة خبازي، نفس المرجع، ص23.

بالنسبة إلى المجتمع: حيث أن البطاقات الدولية كالفيزا تمثل استثمار ضخم للشركة المصدرة لها، وبالتالي إمكانية الدول التي تحتضن هذه الشركات مقاسمة الأرباح فيما بينهم كما أن استخدام وسائل الدفع تخفض من نفقات البنك المركزي في طباعة النقود الرقمية بالإضافة إلى أن الشركات المصدرة تقتسم مع البنك المركزي مسؤولية حماية التزويد للنقود[1].

2- عيوب وسائل الدفع الإلكتروني

إن وسيلة الدفع الإلكترونية تعتبر من أهم المشكلات التي واجهت التجارة الإلكترونية بالرغم من ايجابياتها، وذلك لاشتمالها على عدة مخاطر أمنية، قانونية، مالية، وتنظيمية وسنوضح ذلك في ما يلي:

المخاطر الأمنية: إن عمليات الدفع الإلكتروني تتميز بإمكانية اختراقها من قبل القراصنة "Hackers" للشبكة، حيث يتم التعرف على المعلومات والبيانات الخاصة للعملاء واستغلالها[2].

المخاطر القانونية: إن الدفع الإلكتروني يتضمن درجة عالية من المخاطر القانونية بالنسبة للمصارف، حيث يمكن أن يساهم في عملية غسل الأموال[3] وتمويل العمل الإجرامي والإرهابي في العالم وهذا ناتج عن السرية التي توفرها التقنية للمتعاملين، مما ساهم في التفكير في وضع إطار قانوني يحارب كل استعمال غير شرعي له، كما أن انتشار النقود الإلكترونية تؤدي إلى التهرب الضريبي[4].

---

[1] فاطمة الزهرة خبازي، جرائم الدفع الإلكتروني وسبل مكافحتها، االمرجع السابق، ص23.

[2] علي عبد الله شاهين، نظم الدفع الإلكترونية ومخاطرها ووسائل الرقابة عليها 'دراسة تطبيقية على بنك فلسطين'، مجلة جامعة الأزهر سلسلة العلوم الإنسانية ، المجلد 12،ع 01، 2010، ص524.

[3] تتم عملية غسل الأموال بواسطة الدفع الإلكتروني بطريقتين: ا- استخدام البطاقة في أجهزة الصراف الآلي ، ب-غسل الأموال بواسطة الوفاء بالبطاقة وتتم على ثلاث مراحل، مرحلة الإيداع ، مرحلة الخداع والتمويه ومرحلة الدمج والإعلان . انظر، أمجد حمدان الجهني، جرائم بطاقة الدفع الإلكتروني عبر شبكة الإنترنت، مؤتمر المعاملات الإلكترونية (التجارة الإلكترونية-الحكومة الإلكترونية)، مركز الإمارات للدراسات والبحوث الإستراتيجية ،19 – 20 مايو 2009، ص 783 وما بعدها.

[4] عرابة رابح، دور تكنولوجيا الخدمات المصرفية الإلكترونية في عصرنة الجهاز المصرفي الجزائري، مجلة الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والإنسانية، جامعة حسيبة بن بوعلي، الشلف، ع8، 2012، ص 18.

المخاطر المالية: وذلك بانخفاض عرض النقد من قبل المصرف المركزي، انخفاض عائدات إصدار النقد، تقلص دور البنك المركزي كمسير للسياسة النقدية، الحد من قدرة البنك المركزي على إجراء عمليات السوق المفتوحة[1].

المخاطر التنظيمية: وتنتج بسبب إخفاق بعض الأنظمة في الرقابة على جميع المراحل التي تمر بها العمليات المصرفية الإلكترونية وضمان عدم إجراء تعديلات على رسائل العملاء عند انتقالها عبر القنوات، وكذا ضمان المحافظة على سرية المعاملات[2].

من خلال ما سبق، يمكن القول أن الدول في الوطن العربي أصبحت تواكب التطورات الحاصلة في مجال المعاملات المالية الإلكترونية من خلال استخدامها لأنواع وسائل الدفع بما فيها البطاقات المصرفية بأنواعها، إلا أنه وبالرغم من ذلك فإنها لا تزال تتخوف من التعامل بها، ولهذا يجب وضع إجراءات كفيلة لتضمن حماية المتعاملين بها من الأخطار التي تواجههم .

الفرع الثاني

زمان ومكان الالتزام بالدفع الإلكتروني

تعتبر مسألة زمان ومكان تنفيذ الالتزام بالدفع الإلكتروني مسألة مهمة تحدد من قبل الأطراف المتعاقدة، وسنقوم بدراستها في بيئتها الإلكترونية ومدى تأثرها بالقواعد العامة.

أولا: زمان الالتزام بالدفع الإلكتروني

لقد نصت المادة (388) من القانون المدني الجزائري على أنه :" يكون ثمن المبيع مستحقا في الوقت الذي يقع فيه تسليم المبيع، ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بخلاف ذلك"[3].

يتضح من هذا النص أن دفع الثمن في الوقت الذي يتم فيه التسليم ليس من النظام العام إذ يجوز للأطراف الاتفاق على مخالفتها، وبالتالي لهم الحرية في اختيار زمان الدفع فلهم تأجيله أو تعجيله أو بالتقسيط .

---

[1] فاطمة الزهرة خبازي، جرائم الدفع الإلكتروني وسبل مكافحته، نفس المرجع، ص23.

[2] علي عبد الله شاهين، نظم الدفع الإلكترونية ومخاطرها ووسائل الرقابة عليها 'دراسة تطبيقية على بنك فلسطين'، المرجع السابق، ص 526.

[3] تقابلها المادة (346) من ق م المصري؛ (334) من ق م الأردني؛ (410) من ق م الكويتي؛ (407) من ق م اللبناني؛ (536) من ق م العراقي.

كما نصت المادة (16) من قانون التجارة الإلكترونية الجزائري على أنه:" مالم ينص العقد الإلكتروني على خلاف ذلك، يلتزم المستهلك الإلكتروني بدفع الثمن المتفق في العقد الإلكتروني بمجرد إبرامه".

غير أن ما أفرزته التجارة الإلكترونية من تطورات قد غيرت هذه الأمور بطريقة حساسة إذ نادرا ما نجد أن الدفع في العقود الإلكترونية يقع خارج وقت إبرامه، وفي العادة لا يتم التنفيذ إلا بعد الدفع، على أساس أن البائع هو من يحدد ذلك، خاصة في العقود التي تبرم عبر مواقع الويب، والتي ينفرد فيها البائع بوضع مثل هذا الشرط وذلك قبل توريده أو تسليمه للشيء[1].

مما سبق، يمكن القول أنه يمكن الاتفاق على زمان الدفع الإلكتروني باتفاق الأطراف حيث أن لهما الحرية في ذلك، وذلك لما يتميز به العقد الإلكتروني كونه يقوم على أساس مبدأ سلطان الإرادة، وفي حالة عدم وجود اتفاق، فإنه يتم الرجوع إلى القواعد العامة.

ثانيا: مكان الدفع الإلكتروني

لقد نصت المادة (282) من القانون المدني الجزائري[2]على مكان الالتزام بالدفع بأنه: " يدفع الثمن المبيع في مكان تسليم المبيع، ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بخلاف ذلك.

فإذا لم يكن ثمن المبيع مستحق وقت تسلم المبيع، وجب الوفاء به في المكان الذي يوجد فيه موطن للمشتري وقت استحقاق الثمن".

ومن خلال هذا النص نلاحظ أن مكان التسليم هو المكان الذي يحصل فيه تسليم الشيء المبيع وهذا في حالة لم يكن هناك اتفاق أو عرف يقضي بخلاف ذلك، وفي حالة ما لم يكن ثمن البيع مستحق وقت تسليم المبيع فيتم الوفاء في موطن المشتري.

إلا أن التطبيقات والممارسات العملية للتجارة الإلكترونية قد جرت على تحديد مكان الدفع في المكان الذي يوجد به موزع الإنترنت الخاص بالموجب في حال ما أبرم العقد على أحد مواقع الإنترنت، وينبغي التنويه أن عملة الوفاء عادة ما تكون العملة المتداولة في الدولة

---

[1] حمودي محمد ناصر، العقد الدولي الإلكتروني المبرم عبر الإنترنت، المرجع السابق، ص 442.

[2] تقابلها المادة (2/332) من ق م الأردني؛ المادة (2/347) من ق م المصري.

التي يتواجد بها غالبية نشاطات التاجر وأحيانا عملة العقد وهي التي تحدد وتكون معيار لتحديد المكان[1].

والجدير بالذكر أنه بمجرد إبرام العقد، يجب على المورد الإلكتروني أن يقوم بإرسال نسخة إلكترونية من العقد إلى المستهلك الإلكتروني[2].

وكخلاصة لإلتزام المشتري بالدفع الإلكتروني يمكننا القول أنه التزام قد أضفي عليه الصبغة الالكترونية بصفة كاملة، حيث أصبح يتم عن طريقة شبكة الإنترنت، وقد سهلت عمليات الدفع الإلكتروني في إجراء العمليات المالية دون اللجوء إلى طرق الدفع التقليدية حيث مكنت المتعامل بها من الحصول على العديد من المزايا، إذ أصبح بإمكانه شراء أي شيء يريده من سلع أو خدمات، إلا أنه لا يمكن نكران أن هذه الوسيلة تحتاج إلى معالجة بعض المخاطر لطمأنة مستخدميها، كما يجب تنظيم إطار قانوني وتقني ينظم هذه العملية ويوفر الشروط اللازمة لإتمامها.

[1] حمودي محمد ناصر، العقد الدولي الإلكتروني المبرم عبر الإنترنت، المرجع السابق، ص 442.

[2] انظر، المادة (19) من قانون التجارة الإلكترونية الجزائري.

خلاصة الباب الأول

لقد تناولنا في هذا الباب مفهوم العقد الإلكتروني من خلال تعريفه من قبل الفقه و التشريعات المقارنة، بعرض التعريفات التي تعرضت لها كل من المواثيق الدولية والقوانين المقارنة ، كما تطرقنا للخصائص والمميزات التي تميزه عن غيره، إلا أن هذا التمييز جعله يخضع لأحكام خاصة تتوافق مع طبيعته ومع طريقة إبرامه وتنفيذه .

و ميزة العقد الإلكتروني وخصائصه جعلنا نقوم بالبحث في تحديد الطبيعة القانونية للعقد الإلكتروني؛ والتي أتضح لنا أنها عقد رضائي طالما أجيزت المساومة في شروطه، إذ يمكن للطرفين أن يتبادلا وجهات النظر، ويستطيع من وجه إليه الإيجاب التفاوض بحرية حول شروط التعاقد والخيار بين العروض المتاحة حتى يحصل على أفضل عرض.

وبما أن العقد الإلكتروني يمكن أن يكون عقد رضائي، فلقد جرت العادة أن الطرفان يتفاوضان بشأن إبرام العقد والدخول في مناقشة تفاصيله، وهذا ما يعرف بمرحلة ما قبل التعاقد ألا وهي مرحلة المفاوضات كما أن التفاوض له دور هام في إبرام العقد الإلكتروني حيث يؤدي إلى قيام الأطراف بتنفيذ التزاماتهم بطرق سليمة، كما يؤدي إلى تجنب النزاعات التي قد تنشأ أثناء تنفيذ العقد الإلكتروني.

وبعد أن يتم الاتفاق حول شروط العقد، تأتي مرحلة انعقاد العقد؛ والتي يجب أن تتوافر فيها الأركان لكي يعد العقد صحيح، ومن أهم هذه الأركان، الرضا والذي يعبر عن قبول المتعاقد لمضمون العقد، وحتى يكون هذا التعبير ذو قيمة يجب أن يكون المتعاقد كامل الأهلية، ولابد من توفر المحل والسبب واللذين يشترط فيهما ألا يتعارض مع النظام العام والآداب العامة، ولذلك، فإن العقد الإلكتروني لا يختلف في الجوهر عن العقد التقليدي، ويخضع لنفس الأحكام المتعلقة بأركان العقد.

وفي هذا الصدد قمنا بتبيان أوجه الخصوصية في الإيجاب الإلكتروني حيث أنه غالبا ما يكون عاما غير موجه لأشخاص معينين، ومن خصائصه أنه يتم عن بعد ويتم عبر وسيط إلكتروني وله صبغة دولية، ويجب أن يتضمن الإيجاب الإلكتروني على معلومات لكي يعتبر إيجابا، كما يسري الإيجاب الإلكتروني خلال ميعاد ويجب أن يعلم المستهلك به

وللموجب العدول عن إيجابه طالما لم يقترن بآجال. أما عن اللغة فيجب أن يتضمن لغة التي يفهمها المستهلك باعتباره الطرف الضعيف في العلاقة.

أما عن القبول الإلكتروني فهو لا يختلف عن القبول التقليدي إلا من حيث الوسيلة التي يتم التعبير فيها عن الإرادة ألا وهي الوسيلة الإلكترونية شأنه في ذلك شأن الإيجاب الإلكتروني كما يجب أن يحتوي على شرطين أساسين وهما: أن يصدر القبول والإيجاب قائم، فإذا صدر بعد سقوط الإيجاب لا ينعقد العقد، كما يجب أن يكون مطابق للإيجاب في جميع المسائل الجوهرية للعقد، والقبول الإلكتروني قد يكون صريح إذ يتم التعبير عنه بالطرق الإلكترونية وقد يكون ضمني، كما ذهبت أغلب التشريعات إلى إقرار حق العدول في القبول للمستهلك الإلكتروني وذلك بهدف حمايته قبل إبرامه للعقد.

وبمجرد أن يقترن الإيجاب بالقبول يعد العقد منعقد منذ هاته اللحظة، على أساس أن تلاقي الإرادتين هو الذي يخلق العقد ويحدد وقت تحقق الرابطة القانونية، وقد ثار خلافا حول الطبيعة القانونية لهذا العقد كونه يتم عن بعد، فذهب البعض إلى تحديد طبيعته بالنظر لاستخداماته، حيث أنه إذا استخدم الإنترنت بطريقة تسمح بنقل الصوت فقط، ففي هذه الحالة يكون التعاقد بين حاضرين زمانا، وبين غائبين مكانا أما إذا استخدمت الكتابة والمراسلة؛ ففي هذا الحالة يعتبر تعاقد بين حاضرين زمانا وبين غائبين مكانا في حالة ما إذا كان تبادل الرسائل فوري دون وجود فاصل زمني، أما إذا كان يوجد فاصل زمني بين صدور القبول والعلم به، فيعتبر التعاقد هنا بين غائبين مثله مثل التعاقد بالمراسلة، وإذا تم استخدام الإنترنت بطريقة تنقل الصوت والصورة معا بين المتعاقدين دون وجود فاصل زمني بحيث يتمكن كل من المتعاقدان من رؤية وسماع الآخر ويستطيع كلاهما تبادل التفاصيل المتعلقة بالعقد، ففي هذه الحالة يعد تعاقد بين حاضرين حضورا مفترض من حيث الزمان والمكان.

أما من حيث تحديد زمان إبرام العقد الإلكتروني، نجد أن النظريات التقليدية لم تعد كافية لتحديد زمان انعقاد العقد، الأمر الذي دفع بالفقه إلى تبني نظرية جديدة وهي نظرية تأكيد القبول متى كانت وسيلة الإبرام هي وسيلة إلكترونية.

وفيما يخص تحديد مكان إبرام العقد الإلكتروني، فينعقد في المكان الذي يوجد فيه مقر عمل الموجب، دون منح أهمية لمكان نظام البيانات.

وأخيرا، وبعد توفر أركان العقد ينعقد العقد وينتج آثاره على عاتق كلا الطرفين، تتمثل في الالتزامات الناشئة عن العقد الإلكتروني، وقد اقتصرت دراستنا على التزامين لتأثرهما بالبيئة الإلكترونية وهما التزام البائع بالتسليم الإلكتروني، والتزام المشتري بالدفع الإلكتروني.

وقد رأينا في الالتزام بالتسليم أن أحكامه تبقى نفسها الأحكام الواردة في القواعد العامة وذلك متى كان محل التسليم من الأشياء المادية، أما إذا كان من الأشياء المعنوية فتتغير أحكامه حيث أنه يتم بطرق إلكترونية.

وبالنسبة للالتزام بالدفع الإلكتروني، فيعتبر الطريقة الملائمة للدفع في العقد الإلكتروني وقد جاء ليواكب التطورات الحاصلة في التجارة الإلكترونية، حيث أن وسائل الدفع التقليدية لم تعد تتلاءم مع هذا النوع من العقود بسبب الانتشار الواسع لوسائل الدفع الإلكترونية سواء على التشريعات الوطن العربي أو الدولي.

وبمجرد إبرام العقد، يجب على المورد الإلكتروني أن يقوم بإرسال نسخة إلكترونية من العقد إلى المستهلك الإلكتروني.

البـــــــــــاب الثاني

إثبات العقد الالكتروني

والجهة المختصة في حل نزاعاته

الباب الثاني

إثبات العقد الإلكتروني والجهة المختصة لحل نزاعاته

إن العقد الإلكتروني يثير العديد من الإشكالات كونه يتم في بيئة رقمية لامادية ، إذ يجب على كل من التشريع والقضاء وكذا الفقه معالجتها وإيجاد حلول لها.

ومن بين هذه الإشكالات مسألة إثبات العقد الإلكتروني، حيث أن هذا الأخير أصبح يقوم على نوع جديد من وسائل الإثبات؛ من بينها التوقيع الإلكتروني والمحررات الإلكترونية على خلاف العقد التقليدي الذي يقوم على التوقيع التقليدي والمحررات الورقية (الفصل الأول).

كما يثير أيضا مسألة الجهة المختصة في حل النزاعات المتعلقة به والقانون الواجب التطبيق عليه كونه غالبا ما يتم عبر الحدود ويشتمل على عنصر أجنبي (الفصل الثاني).

الفصل الأول

إثبات العقد الإلكتروني

لقد قدر المشرع أهمية الإثبات في المجال القضائي، وقام بتنظيم أحكامه إذ نص على الوسائل القانونية للإثبات وطرق استخدامها منذ العصور القديمة، حيث مر الإثبات بثلاث مراحل: عهد ما قبل القضاء، أين كان كل شخص يقضي لنفسه بنفسه ويصل إلى حقه بقوته، ثم عهد الدليل الإلهي، أين كانت تمارس بعض الطقوس الدينية وتتبع بالمفهوم البدائي الديني، وأخيرا عهد الدليل الإنساني، حيث اتخذت أساليب الإثبات الاعتراف بالشهادة واليمين والكتابة والقرائن وغيرها[1].

وبفضل التطور الحاصل نتيجة ثورة المعلومات؛ والذي أدى إلى إحداث تغيرات في المجتمع ظهرت التجارة الإلكترونية والتي كان لها الفضل في تغير المفاهيم السائدة في المعاملات والتي أدت إلى ضرورة تطور نظام الإثبات ليواكب المستجدات في المعاملات

[1] زيد حنش عبد الله، وسائل الإثبات، مجلة البحوث القضائية، المحكمة العليا المكتب الفني، اليمن، ع 7 ، يونيو 2007، ص81-82.

الإلكترونية[1] ومن وسائل الإثبات في هذا النوع من المعاملات التوقيع الإلكتروني (المبحث الأول) والمحررات الإلكترونية (المبحث الثاني).

المبحث الأول

التوقيع الإلكتروني

أدى انتشار التجارة الإلكترونية إلى ظهور وانتشار التوقيع الإلكتروني والذي يعتبر العصب الرئيسي التي ترتكز عليه عمليات التجارة الإلكترونية، فقد اتجهت لجنة الأمم المتحدة المعنية بالتجارة الدولية إلى إعداد مجموعة من المبادئ القانونية التي تحكم التبادل التجاري عبر تقنيات التجارة الإلكترونية؛ وأصدرت عدة توصيات منها: توفير الوسائل لتمكين المحاكم من تقييم مصداقية البيانات الواردة في السجلات وإعادة النظر في المتطلبات فيما يخص الكتابة كأداة إثبات[2].

إن اشتراط التوقيع يحقق التقارب بين القانون والتكنولوجيا، حيث أنه يعزز الثقة في المعاملات التجارية الإلكترونية، ولكي يتمتع بالقوة الثبوتية التي يتمتع بها التوقيع التقليدي فعليه أن يقوم بنفس وظائفه[3].

ومن خلال هذا المبحث سنقوم بدراسة مفهوم التوقيع الإلكتروني (المطلب الأول)، ثم نعرج على إشكالية مدى حجيته في الإثبات (المطلب الثاني).

المطلب الأول

مفهوم التوقيع الإلكتروني

إن التوقيع الإلكتروني كالتوقيع التقليدي يقوم بنفس الوظائف كتحديد هوية صاحبه وتأكيد رضاه بالالتزام بمضمون المستند الموقع، إلا أن خصوصية التوقيع الإلكتروني جعلته يطرح مشكلة الثقة في هذا النوع من التوقيع، ونظرا لذلك قامت التشريعات والتوجيهات الدولية بإصدار تشريعات وقواعد تمنحه الثقة وإضفاء الحجية له في الإثبات، ولتوضيح ذلك

---

[1] حسين بن محمد المهدي، القوة الثبوتية للمعاملات الإلكترونية، مجلة البحوث القضائية، المحكمة العليا المكتب الفني،اليمن ، ع 7، يونيو، 2007، ص11.

[2] منير محمد الجنبيهي، ممدوح محمد الجنبيهي، التوقيع الإلكتروني وحجيته في الإثبات، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية،2005، ص70.

[3] شادي رمضان إبراهيم طنطاوي، النظام القانوني للتعاقد والتوقيع في إطار عقود التجارة الإلكترونية، المرجع السابق، ص 270.

سنتطرق إلى مختلف التعريفات الواردة في المنظمات الدولية والتشريعات الوطنية (الفرع الأول)، ثم نعرج بعد ذلك إلى صوره (الفرع الثاني).

الفرع الأول

تعريف التوقيع الإلكتروني

إن التوقيع الإلكتروني كمصطلح جديد يتطلب تحديد المقصود به، حيث بذلت جهود كبيرة لبيان ذلك من طرف المنظمات الدولية وكذا القوانين الدولية والوطنية، وسنبين ذلك في ما يلي:

أولا : التعريف الوارد في الفقه

لقد عرف البعض التوقيع الإلكتروني بأنه: 'عبارة عن توقيع رقمي يرتبط بالمعلومات التي يرغب المرسل في إرسالها إلى الطرف الآخر، كما يتضمن التوقيع معطيات تدل على ارتباط صاحبه واعترافه ورد في الوثيقة الإلكترونية المرسلة'[1].

وذهب جانب آخر إلى تعريف التوقيع الإلكتروني بأنه:' بيان مكتوب في شكل إلكتروني يتمثل في حرف أو رقم أو رمز أو إشارة أو صوت أو شفرة خاصة ومميزة ، ينتج من إتباع وسيلة آمنة، وهذا البيان يلحق أو يرتبط منطقيا ببيانات المحرر الإلكتروني للدلالة على هوية الموقع على المحرر والرضا بمضمونه'[2].

بينما عرفه آخرون –وهو التعريف الذي نؤيده– بأنه:' مجموعة الإجراءات التقنية التي تسمح بتحديد شخصية من تصدر عنه هذه الإجراءات وقبوله بمضمون التصرف الذي يصدر التوقيع بمناسبته'[3].

---

[1] مقتبس عن، محمد أمين الرومي، النظام القانوني للتوقيع الإلكتروني، دار الكتب القانونية، مصر، 2008، ص 14.

[2] مقتبس عن، شادي إبراهيم طنطاوي، النظام القانوني للتعاقد والتوقيع في إطار عقود التجارة الإلكترونية، المرجع السابق، ص 283.

[3] مقتبس عن، حسن عبد الباسط جميعي، إثبات التصرفات القانونية التي يتم إبرامها عن طريق الإنترنت، دار النهضة العربية، مصر، 2000، ص 3.

ثانيا: التعرف الوارد في التوجيهات الدولية

1- التعريف الوارد في قوانين الأونسيترال النموذجية

أ- التعريف الوارد في القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية

إن قانون الأونسيترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية لم يقم بتعريف التوقيع الإلكتروني، إلا أنه أشار إلى شروطه في المادة (7) منه[1]، والتي تضمنت نفس شروط التوقيع التقليدي والمتمثلة في تحديد هوية الشخص؛ وكذا التعبير عن رضاه من خلال الموافقة على المعلومات الواردة في رسالة البيانات، كما أكد على أن طريقة التوقيع الإلكتروني يجب أن تكون جديرة بالتعويل عليها.

ب- التعريف الوارد في قانون الأونسيترال النموذجي بشأن التوقيعات الإلكترونية

لقد عرف قانون الأونسيترال النموذجي بشأن التوقيعات الإلكترونية[2] في المادة (2/أ) بأنه: " بيانات في شكل إلكتروني مدرجة في رسالة بيانات، أو مضافة إليها أو مرتبطة بها منطقيا، يجوز أن تستخدم لتعيين هوية الموقع بالنسبة إلى رسالة البيانات، ولبيان موافقة الموقع على المعلومات الواردة في رسالة البيانات"[3].

---

[1] Art (7): « Where the law requires a signature of a person, that requirement is met in relation to a data message if:

(a) a method is used to identify that person and to indicate that person's approval of the information contained in the data message.

(b) that method is as reliable as was appropriate for the purpose for which the data message was generated or communicated, in the light of all the circumstances, including any relevant agreement ».

[2] Loi type de la CNUDCI sur les signatures électroniques et Guide pour son incorporation 2001. http://www.uncitral.org. 15/05/2017.

[3] Art(2/1) : «Le terme "signature électronique" désigne des données sous forme électronique contenues dans un message de données ou jointes ou logiquement associées audit message, pouvant être utilisées pour identifier le signataire dans le cadre du message de données et indiquer qu'il approuve l'information qui y est contenue».

والملاحظ على هذا النص أنه قام بتحديد مفهوم التوقيع الإلكتروني بشكل عام[1] ولم يقم بإيضاح طريقة استخدامه، فقد ترك هذه المسألة للدول، حيث لها أن تختار الطريقة المناسبة لها كالترميز أو التشفير وغيرهما من الوسائل[2].

كما أن التعريف ركز على أن التوقيع يمكن استخدامه لتعيين هوية الموقع وبيان موافقته، وبالتالي تحقيقه لشروط التوقيع التقليدي من تحديد هوية الموقع وكذا التعبير عن إرادته من خلال الموافقة على محتوى رسالة البيانات.

ج- التعريف الوارد في التوجيه الأوربي بشأن التوقيعات الإلكترونية[3]

يعرف التوجيه الأوربي نوعين من التوقيع الإلكتروني، حيث وضع لكل منهما تعريف وهما[4]:

التوقيع الإلكتروني البسيط؛ وقد عرفه في المادة (1/2)[5] بأنه:" بيانات في شكل إلكتروني ترتبط أو تتصل منطقيا ببيانات إلكترونية أخرى، ويستخدم كوسيلة للمصادقة ".

والتوقيع الإلكتروني المتقدم (المحمي) طبقا للمادة (2/2) منه[6] وهو الذي استوفى الشروط التالية :

- أن يرتبط التوقيع بالموقع بشكل فريد.

---

[1] عيسى غسان ربضي، القواعد الخاصة بالتوقيع الإلكتروني، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن،2001، ص50.

[2] علاء محمد نصيرات، حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات 'دراسة مقارنة'، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2005، ص 23.

[3] Directive 1999/93/CE du Parlement européen et du conseil du 13 décembre 1999. https://eu-lex.europa.eu .

[4] علاء محمد عيد نصيرات، نفس المرجع، ص 23.

[5] Art (2 /1) : « une donné sous forme électronique jointe ou liée logiquement à d'autres données électronique et servant de méthode d'authentification ».

[6] Art(2/2) : «signature électronique avancée, une signature électronique qui satisfait aux exigence suivants :

-Etre liée uniquement au signataire.

- Permettre d'identifier le signataire.

- Etre crée par des moyens que le signataire puisse garder sous son contrôle exclusif.

-Etre liée aux données auxquelles elle se rapporte de telle sorte que toute modification ultérieure des données soit détectable ».

- أن يسمح بتحديد هوية الشخص الموقع.
- أن يكون قد أنشأ بوسائل تبقى تحت سيطرة ورقابة الموقع.
- أن يرتبط ببيانات التي تشير إليها على نحو يسمح باكتشاف أي تعديل يلحق عليها.

والملاحظ على هذه المادة أن التوجيه الأوربي قد أعتمد المفهوم الواسع للتوقيع الإلكتروني، إذ أنه جاء شاملا وعاما لجميع صور التوقيع، إلا أنه وفي نفس الوقت ميز بين التوقيع البسيط والمتقدم[1]، وذلك على أساس مستويات التأمين المتطلبة في التوقيع[2].

ثالثا: التعريف الوارد في التشريعات المقارنة

1-التعريف الوارد في التشريع الأمريكي

لقد عرف القانون الفيدرالي الأمريكي الموحد للمعاملات الإلكترونية التوقيع الإلكتروني في المادة (5/106) بأنه:" صوت أو رمز أو عملية إلكترونية مرفقة بصورة منطقية بسجل ومنفذة أو متخذة من قبل أحد الأشخاص بنية توقيع السجل"[3].

والملاحظ على هذه المادة أن المشرع الأمريكي قد وسع في تعريفه للتوقيع الإلكتروني كما أنه أضاف أن التوقيع الإلكتروني يكون مرفق بصورة منطقية بسجل، غير أن هذا التوسع لم يزيد عن مجرد تفصيل في التعريف بالنسبة للسجل الذي يرتبط به[4].

2- التعريف الوارد في التشريع الفرنسي

لقد عرف المشرع الفرنسي التوقيع الإلكتروني في المادة (2/1367) من القانون المدني بأنه:" وسيلة آمنة لكشف هوية الشخص تضمن ارتباطه بالعقد المتصل به التوقيع"[5].

---

[1] حسن فضالة موسى حسن، التنظيم القانوني للإثبات الإلكتروني 'دراسة مقارنة'، مكتبة السنهوري، ط1، لبنان، 2016، ص 103.

[2] محمد محمد سادات، خصوصية التوقيع الإلكتروني 'دراسة مقارنة'، دار الفكر والقانون، مصر، 2011، ص 21.

[3] Art(1367/2) : « Electronic signature : means an electronic sound, symbol, or proces attached to or logically associated with a record and executed or adopted by a person with the intent to sign the record ».

[4] محمد محمد سادات، نفس المرجع، ص 21.

[5] Art (1367/2) : « lorsqu'elle est électronique, elle consiste en l'usage d'un procédé fiable d'identification garantissant son lien avec l'acte auquel elle s'attache ».

يتضح من هذه المادة أن المشرع الفرنسي لم يقم بتعريف التوقيع الإلكتروني بشكل دقيق كما أنه لم يحدد طرق معينة لأداءه، ولم يفرق بينه وبين التوقيع التقليدي، اضافة إلى ذلك فإنه يشترط أن يكون التوقيع وسيلة آمنة تضمن صلة الشخص الموقع بالعقد.

3-<u>التعريف الوارد في التشريع التونسي</u>

لقد عرف الفصل الثاني من قانون المعاملات الإلكترونية التونسية التوقيع الإلكتروني في منظومة إحداث الإمضاء بأنه:" مجموعة وحيدة من عناصر التشفير الشخصية أو مجموعة من المعدات المهيأة خصيصا لإحداث إمضاء إلكتروني".

وعرف نفس الفصل منظومة التدقيق في الإمضاء على أنها:"مجموعة من عناصر التشفير العمومية أو مجموعة من المعدات التي تمكن من التدقيق في الإمضاء الإلكتروني".

وعليه، فإن المشرع التونسي لم يقم بتعريف التوقيع الإلكتروني، وإنما اكتفى بتعريف العناصر المؤدية له والمتمثلة في عناصر التشفير الشخصية أو العمومية، والمعدات الشخصية المهيأة خصيصا لإحداث التوقيع الإلكتروني والتدقيق فيه.

4-<u>التعريف الوارد في التشريع الأردني</u>

عرّف قانون المعاملات الإلكترونية الأردني التوقيع الإلكتروني في المادة (9/2) منه على أنه: "البيانات التي تتخذ هيئة حروف أو أرقام أو رموز أو إشارات أو غيرها، وتكون مدرجة بشكل إلكتروني أو رقمي أو ضوئي أو أي وسيلة أخرى مماثلة في السجل الإلكتروني أو تكون مضافة عليه، أو مرتبطة به بهدف بتحديد هوية صاحب التوقيع وانفراده باستخدامه وتمييزه عن غيره".

لقد نصت هذه المادة على عدة أشكال مختلفة للتوقيع الإلكتروني فقد يكون على هيئة حروف أو أرقام أو رموز أو إشارات على سبيل المثال وليس الحصر، وهذا ما يجعل التعريف مرن يستوعب كل الوسائل الحديثة، وهذا بشرط أن تكون البيانات تسمح بتحديد هوية الشخص الذي وقع رسالة البيانات وتميزه عن غيره [1].

[1] غازي أبو عرابي، فياض القضاة، حجية التوقيع الإلكتروني 'دراسة في التشريع الأردني'، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، جامعة دمشق، سوريا، المجلد 20، ع 01، 2004، ص 170.

5-التعريف الوارد في التشريع الإماراتي

ورد تعريف التوقيع الإلكتروني في قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية الإماراتي في المادة (2) منه حيث عرّفه بأنه: "توقيع مكون من حروف أو أرقام أو رموز، أو أصوات أو نظام معالجة ذي شكل إلكتروني، وملحق أو مرتبط منطقيا برسالة إلكترونية وممهور بنية توثيق أو اعتماد تلك الرسالة".

إذن، يتضح من هذه المادة أن المشرع الإماراتي أيضا لم يحدد صورة معينة للتوقيع الإلكتروني، بل نص على بعض الأنواع على سبيل المثال، كما يجب أن يكون التوقيع الإلكتروني مرتبط منطقيا برسالة إلكترونية بنية توثيق أو اعتماد تلك رسالة البيانات.

6- التعريف الوارد في التشريع المصري

لقد عرف قانون التوقيع الإلكتروني المصري رقم 15 لسنة 2004 [1]في المادة الأولى منه على أن التوقيع الإلكتروني:" ما يوضع على محرر إلكتروني ويتخذ شكل حروف أو أرقام أو رموز أو إشارات غيرها، ويكون له طابع منفرد يسمح بتحديد هوية الشخص الموقع وتمييزه عن غيره".

ويتضح من خلال هذا التعريف أن المشرع المصري سلك نهج المشرع الأردني والإماراتي في تعريف التوقيع الإلكتروني، حيث ارتكز على الصور والأشكال على سبيل المثال لا الحصر وذلك حتى يستوعب جميع الوسائل الحديثة مستقبلا.

7-التعريف الوارد في التشريع السوري

لقد عرفت المادة الأولى من قانون التوقيع الإلكتروني السوري[2] التوقيع الإلكتروني بأنه: "جملة بيانات تدرج بوسيلة إلكترونية على وثيقة إلكترونية وترتبط بها وتتخذ شكل حروف أو أرقام أو رموز أو إشارات أو أي شكل آخر مشابه، ويكون له طابع منفرد يسمح بتحديد شخص الموقع، ويميزه عن غيره وتنسب إليه وثيقة بعينها".

لقد اعتمد المشرع السوري في تعريفه على بيان طبيعة التوقيع الإلكتروني التي يتخذها من خلال استعمال بيانات إلكترونية مرتبطة بالوثيقة الإلكترونية لتعبر عن هوية الموقع

[1] قانون ر قم 15 لسنة 2004، المتعلق بتنظيم التو قيع الإلكتروني، ج ر، ع 17، الصادر في 22 ابريل 2004.

[2] قانون رقم 04 لسنة 2009، الصادر في 2009/02/25، المتعلق بالتوقيع الإلكتروني.

وتميزه عن غيره، كما لم يحدد شكل معين للتوقيع وهذا ما يفتح المجال لاستقبال أشكال جديدة[1] .

8- التعريف الوارد في التشريع المغربي

إن المشرع المغربي عرف التوقيع الإلكتروني ضمنيا، حيث اشترط في التوقيع الإلكتروني ليعتد به في الإثبات أن يتم بوسيلة موثوق بها تضمن ارتباط التوقيع بالوثيقة المتصلة به[2] وهذا ما قضت به المادة (2/417) من قانون رقم 05-53 المتعلق بالتبادل الإلكتروني للمعطيات القانونية[3] حيث حددت الشروط الواجب توفرها في الوثيقة الإلكترونية للاعتداد بها والمتمثلة في أنه يمكن التعرف بصفة قانونية على الشخص الذي صدرت عنه من خلال التوقيع وأن تكون الوثيقة الإلكترونية معدة ومحفوظة تبعا لشروط من شأنها ضمان تماميتها [4].

9-التعريف الوارد في التشريع الجزائري

لقد عرف المشرع الجزائري التوقيع الإلكتروني في المادة (2) من القانون 15-04 المتعلق بالتوقيع والتصديق الإلكتروني[5] بأنه: "بيانات في شكل إلكتروني مرفقة أو مرتبطة منطقيا ببيانات إلكترونية أخرى تستعمل كوسيلة توثيق".

لقد أقر المشرع الجزائري في هذا النص بأن التوقيع الإلكتروني يعتبر وسيلة توثيق إلا أنه لم يبين لنا الطريقة التي يستخدم بها، وقد قام بتعريفها تعريفا عاما مما يسمح باتساع نطاقها.

---

[1] حنان مليكة، النظام القانوني للتوقيع الإلكتروني في ضوء قانون التوقيع الإلكتروني السوري رقم 4 الصادر بتاريخ 2009/02/25 'دراسة قانونية مقارنة'، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، جامعة دمشق، سوريا، المجلد 26، ع02، 2010، ص 560.

[2] مبارك الحسناوي، الإثبات في العقد الإلكتروني، www.marocdroit.com ، 2017/05/17.

[3] انظر، المادة (2/417) من قانون رقم 05-53 المتعلق بالتبادل الإلكتروني للمعطيات القانونية، ظهير الشريف، رقم1.07.129، الصادر في 30 نوفمبر 2007.

[4] أحمد ادريوش، تأملات حول قانون التبادل الإلكتروني للمعطيات القانونية 'عناصر لمناقشة مدى تأثير القانون 05-53 على قانون الالتزامات والعقود'، منشورات سلسلة المعرفة القانونية، المغرب، 2009، ص60.

[5] قانون رقم 15-04 المتعلق التوقيع والتصديق الإلكترونيين، المؤرخ في 1 فبراير 2015، ج ر، ع06، الصادر في 10 فبراير 2015.

من خلال ما سبق، يمكن القول أنه مهما اختلفت الصياغة في التعريفات سواء في الآراء الفقهية أو الواردة على مستوى المنظمات الدولية أو في التشريعات المقارنة، فإننا نجد أن كل التعريفات ترتكز على الوظيفة الأساسية للتوقيع الإلكتروني والمتمثلة في تحديد هوية موقع الالتزام بمضمون التصرف .

واستنادا للتعريفات السابقة نجد أن التوقيع الإلكتروني يتميز بخصائص ومميزات تتمثل في ما يلي:

– يتكون التوقيع الإلكتروني من عناصر وسمات متميزة ومنفردة خاصة بالموقع تتخذ شكل أرقام أو حروف أو إشارات أو غيرها.

– أنه يحدد ويميز شخصية الموقع ويعبر عن رضاه بمضمون المحرر.

– التوقيع الإلكتروني يتصل برسالة إلكترونية وهي عبارة عن معلومات يتم إنشاؤها أو إرسالها أو تسليمها أو تخزينها بوسيلة إلكترونية.

– متى كان التوقيع الإلكتروني صحيحا وأمكن إثبات نسبته إلى موقعه فهو يحقق أغراض وظائف التوقيع التقليدي.

– حماية المؤسسات من عمليات تزوير التوقيعات من خلال تحقيق الأمان والخصوصية للمتعاملين، والسرية في نسبته للموقع من خلال إمكانية تحديد هويته[1].

– يساعد على تنمية وضمان التجارة الإلكترونية من خلال السماح بإبرام الصفقات عن بعد ودون حضور المتعاقدين[2].

واستناداً لهذه الخصائص توجد عدة فروق جوهرية بين التوقيع الإلكتروني والتوقيع التقليدي نوردها فيما يلي:

– أن التوقيع العادي عبارة عن رسم يقوم به الشخص، بمعنى أنه فن وليس علم ومنه يمكن تزويره بسهولة، أما التوقيع الإلكتروني فهو يتم بواسطة برنامج كمبيوتر خاص لهذه الغاية وعليه فإن التوقيع الإلكتروني علم وليس فن ويصعب تزويره [3].

---

[1] أسامة بن غانم العبيدي، حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات، المجلة العربية للدارسات الأمنية والتدريب، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، المجلد 28 ،ع 56، 2012، ص147 –148.

[2] صالح عطاالله ،التوقيع الإلكتروني في التجارة الإلكترونية والتحكيم الإلكتروني، http://newssparrow.blogspot.com/ ،2017/05/19.

[3] صالح عطاالله ،التوقيع الإلكتروني في التجارة الإلكترونية والتحكيم الإلكتروني، نفس المرجع.

– أن التوقيع التقليدي يتخذ شكل معين كالإمضاء أو الختم أو بصمة الأصبع؛ وللموقع حرية اختيار إحدى هاته الصور. أما التوقيع الإلكتروني، فلا يشترط شكل معين فالمهم أن يكون للتوقيع طابع منفرد يسمح بتمييز الشخص الموقع وتحديد هويته[1].

– التوقيع التقليدي يوضع على دعامة مادية أي دعامة ورقية[2] تتوافق مع الشكل الذي تم التصرف به من خلال الحضور المادي للأطراف في مجلس واحد، أما التوقيع الإلكتروني فيتم عبر وسيط لامادي أي إلكتروني يتم عبر شبكة الإنترنت بين أشخاص لا يجمعهم مجلس واحد[3].

– التوقيع التقليدي يحدد هوية الشخص الموقع ويعد دليل على الحضور المادي أثناء التوقيع، أما التوقيع الإلكتروني يحدد هوية الشخص الموقع ويحقق الأمان والثقة في صحة التوقيع ونسبه لصاحبه، ويمنح صفة المحرر الأصلي للمستند مما يجعل من هذا الأخير دليلا للإثبات[4].

الفرع الثاني

صور التوقيع الإلكتروني

إن التوقيع الإلكتروني كالتوقيع التقليدي له عدة أشكال وصور، وسنتطرق إلى ذلك في ما يلي:

أولا: التوقيع بالرقم السري والبطاقة الممغنطة

نتيجة التطور التكنولوجي والاستخدام المتزايد للتجارة الإلكترونية، ظهرت البطاقات الممغنطة البنكية، حيث تستخدم من خلال ماكينة الصراف الآلي ATM[5]. وتتم عملية سحب النقود بإدخال البطاقة في ماكينة الصراف الآلي المتصل بشبكة البنك ليقوم العميل بعدها بإدخال الرقم السري الخاص به، ثم يتم التأكد من صحة الرقم السري وصلاحية البطاقة

---

[1] بشار محمود دودين، الإطار القانوني للعقد المبرم عبر شبكة الإنترنت، المرجع السابق، ص247.

[2] بشار محمود دودين، نفس المرجع، ص 247.

[3] رؤى الانصاري، تعريف التوقيع الإلكتروني، http://isdept-info.blogspot.com ، 2017/05/19.

[4] ممدوح علي مبروك، مدى حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات، دار النهضة العربية، مصر، 2009، ص 49.

[5] خالد إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، المرجع السابق، ص257.

ليتيح للعميل الدخول إلى موقع البنك ومن يمنحه حق الدخول لحسابه وإجراء العمليات المصرفية التي يرغب بها[1].

ويوجد نظامان تعمل عليهما أجهزة الصراف الآلي، نظام الدفع غير المباشر (Off-Line)، وفي حالة استخدامه تسجل العملية التي أجراها العميل على شريط مغناطيسي ويبقى موقف العميل كما هو إلى حين قيام موظف البنك بتوثيق هذه العملية على سجلات البنك وذلك في نهاية ساعات العمل الرسمية له، ونظام الدفع المباشر (On-Line)، وهذا الأخير يحدث مباشرة بمجرد انتهاء العميل من العملية حيث يبين موقفه المالي[2].

وبالرغم من أن هذا التوقيع يمتاز بالسرية بين العميل والبنك، وتوفيره للثقة والأمان، إلا أن البعض اعترض على التعامل به مبررين ذلك بأن هذا النوع من التوقيع في هذا الشكل ينفصل ماديا عن صاحبه مما يسمح بإمكانية حصول أي شخص على هذه البطاقة والتعامل بها متى تمكن من معرفة الرقم السري الخاص لهذه البطاقة [3].

إلا أن هذا الاعتراض تم الرد عليه، حيث أن هذا النوع من التوقيع الإلكتروني بالإضافة إلى كونه يتميز بالسهولة والبساطة، فإنه يتميز بقدر كبير من الأمان والثقة، وكذلك في إمكانيته في تحديد هوية شخص الموقع، حيث أن إتباع مراحل العملية المصرفية للعميل يؤكد بأنه الشخص صاحب الرقم السري[4].

أضف إلى ذلك، أنه في حالة السرقة أو فقدان البطاقة يقوم البنك بتجميد كل التعاملات التي تتم بواسطتها بمجرد إخباره بذلك، وذلك عن طريق إيقاف الدائرة الإلكترونية الخاصة بالبطاقة[5].

---

[1] محمد فواز المطالقة، الوجيز في عقود التجارة الإلكترونية، المرجع السابق، ص183.

[2] عيسى غسان ربضي، القواعد الخاصة بالتوقيع الإلكتروني، المرجع السابق، ص 59.

[3] سعيد السيد قنديل، التوقيع الإلكتروني 'ماهيته، صوره، حجيته في الإثبات بين التدويل والاقتباس'، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2004، ص 68.

[4] لالوش راضية، أمن التوقيع الإلكتروني، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، السنة الجامعية 2011-2012، ص 42.

[5] شادي إبراهيم طنطاوي، النظام القانوني للتعاقد والتوقيع في إطار عقود التجارة الإلكترونية، المرجع السابق، ص 310.

كما أن جميع الأجهزة الخاصة بالسحب النقدي أو الدفع مبرمجة على السحب والرفض بعد المحاولة الثالثة لإدخال الرقم السري، مما يؤدي إلى الاستعمال الضيق لها بالطرق الشرعية، ويدعى هذا النظام بنظام الإغلاق[1].

ثانيا: التوقيع الرقمي

التوقيع الرقمي عبارة عن مجموعة من البيانات مخزونة أو مدمجة بوسط خزن إلكتروني سواء كان قرصا مدمجا أو قرص مرن، أو ذاكرة مستقلة، أو ذاكرة الحاسب الشخصي[2].

وعليه فهو عبارة عن منظومة بيانات في شكل مشفر[3] حيث يكون بإمكان المرسل إليه التأكد من مصدرها ومضمونها، والتوقيعات الرقمية الأكثر استخداما هي التوقيعات الرقمية القائمة على ترميز المفاتيح وهذه الأخيرة نوعان: المفاتيح العمومية والمفاتيح الخاصة.

حيث تسمح المفاتيح العامة بقراءة الرسالة دون السماح بإدخال أي تعديل، ففي حالة الموافقة على مضمونها يضع المرسل إليه توقيعه عليها من خلال مفتاحه الخاص؛ وعليه تعود تلك الرسالة إلى مرسلها مذيلة بالتوقيع[4].

كما يعتمد هذا التوقيع في الوصول إليه على فكرة اللوغاريتمات والمعادلات الرياضية المعقدة من الناحية الفنية كأحد وسائل الأمان التي يبحث عنها المتعاقدون[5]، ويعتمد كذلك على نظام التشفير التماثلي من خلال عمليات خاصة؛ إذ أن عملية إغلاق وفتح بيانات المحرر تكون بمفتاح واحد، وقد تكون غير تماثلية أي أن المفتاح الذي يقوم بغلق بيانات المحرر ليس هو المفتاح الذي يقوم بفتح هذه البيانات "التشفير بالمفتاح المزدوج"[6].

---

[1] عيسى غسان ربضي، القواعد الخاصة بالتوقيع الإلكتروني، المرجع السابق، ص61.

[2] حسن فضالة موسى حسن، التنظيم القانوني للإثبات الإلكتروني 'دراسة مقارنة'، المرجع السابق، ص 131.

[3] عمر حسن المومني، التوقيع الإلكتروني وقانون التجارة الإلكترونية، دار وائل للنشر، مصر، 2003، ص 50 وما بعدها.

[4] منير محمد االجنيهي، ممدوح محمد الجنيهي، الطبيعة القانونية للعقد الإلكتروني، المرجع السابق، ص197.

[5] سعيد السيد قنديل، التوقيع الإلكتروني 'ماهيته، صوره، حجيته في الإثبات بين التدويل والاقتباس'، المرجع السابق، ص 72.

[6] شادي إبراهيم طنطاوي، النظام القانوني للتعاقد والتوقيع في إطار عقود التجارة الإلكترونية، المرجع السابق، ص 311.

ولضمان الأمان في عملية التشفير، وجد طرف ثالث في عملية التجارة الإلكترونية يكون محل ثقة ويتمثل في هيئة مختصة يكون لها سلطة إشهار وتوثيق التوقيع الإلكتروني ويعتبر طرف محايد[1].

ثالثا:التوقيع بالقلم الإلكتروني

يقوم المرسل في هذه الصورة بكتابة توقيعه الشخصي من خلال استعمال قلم إلكتروني خاص على شاشة الحاسب الآلي، حيث يتم التأكد من صحة التوقيع من خلال برنامج خاص، يقوم بالتركيز على حركة هذا القلم والأشكال التي يتخذها والتي يكون قد سبق تخزينها بالحاسب الآلي[2]. كما أن هذا النوع من التوقيع له وظيفتان تتمثل الأولى في خدمة التقاط التوقيع من خلال القلم الإلكتروني، والثانية في خدمة التحقق من صحة التوقيع عن طريق مقارنة التوقيع المخزن مع التوقيع المنشأ[3].

غير أنه ما يعاب على هذا النوع من التوقيع الإلكتروني أنه بحاجة إلى جهاز حاسب آلي ذو مواصفات عالية يمكن من خلاله التحقق بمطابقة التوقيع الذي التقط مع التوقيع المحفوظ بالذاكرة كما أنه يحتاج إلى جهة توثيق إضافية[4].

أما عن مدى اعتبار هذا النوع من التوقيع عنصر من عناصر الإثبات، فذلك يقف على مدى توفره لعنصري الثقة والأمان القانونيين، ويتحقق هذين الأخيرين إذا ما استطاع هذا التوقيع القيام بنفس وظائف التوقيع التقليدي والمتمثلة في تحديد هوية الموقع والتعبير عن إرادته في الالتزام بمضمون المحرر، ومتى توفر على ذلك، فإنه يمكن اعتباره عنصر من عناصر دليل الإثبات[5].

---

[1] عبد الفتاح بيومي حجازي، النظام القانوني للتوقيع الإلكتروني 'دراسة تأصيلية مقارنة'، دار الكتب القانونية، مصر،2007، ص 32.

[2] عبد الفتاح بيومي حجازي، نفس المرجع، ص 399.

[3] علاء محمد نصيرات، حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات، المرجع السابق، ص35.

[4] محمد أمين الرومي، النظام القانوني للتوقيع الإلكتروني، المرجع السابق، ص46.

[5] عيسى غسان ربضي، القواعد الخاصة بالتوقيع الإلكتروني، المرجع السابق، ص 66.

رابعا: التوقيع البيومتري

يقوم هذا النوع من التوقيع على الخصائص الذاتية للإنسان باستخدام كومبيوتر أو كاميرا أو جهاز لقراءة البصمة[1]، وتتم هذه الطريقة بتخزين بصمة الشخص داخل دائرة إلكترونية للجهاز الذي يتم التعامل معه، ولا يتم الدخول إلا بوضع بصمة الأصبع المتفق عليها أو بصمة الشفاه أو بنطق كلمات معينة، ولا يتم التعامل بها إلا عندما يتأكد الجهاز من عملية المطابقة التامة[2].

إلا أنه ما يعاب على هذا النوع من التوقيع أن الخصائص الذاتية للإنسان يمكن لها أن تتغير بظروف معينة كتآكل بصمة الأصابع بفعل بعض المهن اليدوية، أو تأثير مرض على الحبال الصوتية، أو تشابه أشكال أوجه التوأم[3]، كما أن تكلفته عالية نسبيا بحيث يحد بذلك من التوسع في استعمال هذا النوع من التوقيع[4]، بالإضافة إلى ذلك عدم توفر عنصر الأمان فيها بالقدر الكافي، حيث أن هذه الوسيلة يتم الاحتفاظ بها في ذاكرة الحاسب أو على قرص ممغنط، وهذا ما يجعلها عرضة للهجوم عليها ونسخها بواسطة التقنيات المستخدمة من قبل القراصنة أو عن طريق نظم فك التشفير[5].

خامسا: التوقيع بواسطة الماسح الضوئي

إن هذا النوع من التوقيع يتم من خلال استخدام جهاز يطلق عليه'scanner'، وعن طريقه يقوم الشخص بنقل التوقيع المحرر بخط اليد إلى المستند المراد إرساله، ويتم تذييله بالتوقيع، وبعد ذلك يتم إرساله للطرف الآخر عن طريق الوسيط الإلكتروني[6].

---

[1] كالبصمة أو شبكة العين أو نبرة الصوت أو الحمض النووي الجيني وغيرها من الخصائص الذاتية . انظر، مناني فراح، أدلة الإثبات الحديثة في القانون، دار الهدى للطباعة والنشر،الجزائر، 2008، ص97-98.

[2] سعيد السيد قنديل، التوقيع الإلكتروني'ماهيته، صوره، حجيته في الإثبات بين التدويل والاقتباس'، المرجع السابق، ص70 .

[3] مناني فراح، نفس المرجع ، ص 98 .

[4] محمد أمين الرومي، النظام القانوني للتوقيع الإلكتروني، المرجع السابق ، ص 47.

[5] إياد أحمد سعيد الساري، النظام القانوني لإبرام العقد الإلكتروني، المرجع السابق، ص 129.

[6] لالوش راضية، أمن التوقيع الإلكتروني، المرجع السابق، ص49.

إلا أن هذا النوع من التوقيع لا يحقق الأمان المطلوب، حيث يمكن لأي شخص أن يقوم بحفظ نسخة من التوقيع المصور بالماسح الضوئي، وبالتالي وجود عملية تزوير، لذا استقر الوضع على عدم الاعتداد بمثل هذا التوقيع ليصبح دليلا له حجية قانونية في الإثبات[1].

والملاحظ على هذه الصور أنها لا تتوافق مع التعريفات الواردة في التشريعات الخاصة بالمعاملات الإلكترونية بالتوقيع الإلكتروني، حيث أنها لا تتمتع بالرسمية التي تميز التوقيع الإلكتروني الموصوف.

المطلب الثاني

حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات

قبل أن نتطرق إلى ما يجب على التوقيع الإلكتروني أن يكون ليصبح له حجية يمكن الاعتداد به في الإثبات، لابد أن نعرض موقف التشريعات من حجيته وهل اعترفت به كحجية يمكن الأخذ به في إثبات المعاملات الإلكترونية؟ .

لقد نصت المادة (1/6) من قانون الأونيسترال بشأن التوقيعات الإلكترونية على أنه:" حيثما يشترط القانون وجود توقيع من شخص، يعد ذلك الشرط مستوفيا في رسالة البيانات إذا استخدم توقيع إلكتروني موثوقا به بال قدر المناسب للغرض الذي أنشئت أو بلغت من أجله رسالة البيانات، في ضوء كل الظروف بما في ذلك أي اتفاق ذي صلة"[2].

أما التوجيه الأوربي رقم 1999– 93 المتعلق بالتوقيع الإلكتروني فقد نص في المادة (1/5)[3] منه على أنه:" على الدول الأعضاء مراعاة التوقيع الإلكتروني المتقدم المستند إلى شهادة تصديق إلكتروني والمنشأ بوسيلة آمنة:

---

[1] سعيد السيد قنديل، التوقيع الإلكتروني'ماهيته، صوره، حجيته في الإثبات بين التدويل والاقتباس'، المرجع السابق، ص 66.

[2] Art (6/1) : «Lorsque la loi exige la signature d'une certaine personne, cette exigence est satisfaite dans le cas d'un message de données s'il est fait usage d'une signature électronique dont la fiabilité est suffisante au regard de l'objet pour lequel le message de données a été créé ou communiqué, compte tenu de toutes les circonstances, y compris toute convention en la matière ».

[3] Art (5/1): « les Etats membres veillent à ce que les signatures électroniques avancées basées sur un certificat qualifie et crée par un dispositif sécurise de création de signatures.

-أن تستجيب التوقيعات الإلكترونية للمتطلبات الشرعية للتوقيع، حيال البيانات الإلكترونية على نفس النحو الذي يستجيب به التوقيع الخطي للمتطلبات حيال البيانات الخطية أو المطبوعة على الورق.

-أن تكون مقبولة كدليل أمام القضاء".

وقد نصت المادة (1/10) من قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية الإماراتي على أنه: " لايحول دون قبول الرسالة الإلكترونية أو التوقيع الإلكتروني كدليل إثبات:

أ- أن تكون الرسالة أو التوقيع قد جاء في شكل إلكتروني.

ب- أن تكون الرسالة أو التوقيع ليس أصليا أو في شكله الأصلي، متى كانت هذه الرسالة أو التوقيع الإلكتروني أفضل دليل يتوقع بدرجة معقولة أن يحصل عليه الشخص الذي يستشهد به ".

كذلك نصت المادة (14) من قانون تنظيم التوقيع المصري على أن:" للتوقيع الإلكتروني في نطاق المعاملات المدنية والتجارية والإدارية ذات الحجية المقررة للتوقيعات في أحكام قانون الإثبات قي المواد المدنية والتجارية".

أما المشرع الجزائري فقد اعترف بحجية التوقيع الإلكتروني في البداية من خلال المادة (2/327) من القانون المدني والتي نصت على أنه:" يعتد بالتوقيع الإلكتروني وفقا للشروط المذكورة في المادة 323 مكرر1 من نفس القانون".

ووفقا لهذا النص يكون المشرع ساوى في الحجية بين التوقيع الإلكتروني والتقليدي ولكي يعتد به يجب أن تتوافر في التوقيع الإلكتروني الشروط المنصوص عليها في المادة(323مكرر1)[1]والمتمثلة في إمكانية التأكد من هوية الشخص الذي أصدر التوقيع وأن يكون التوقيع معداً ومحفوظ في ظروف تضمن سلامته.

=a) Répondent aux exigences légales d'une signature à l'égard de données électroniques de la même manière qu'une signature manuscrite répond á ces exigences á l'égard de données manuscrites au imprimées sur papier

b) soient recevables comme preuves en justice».

[1] انظر، المادة (323مكرر/1) من القانون المدني الجزائري.

إضافة إلى هذا النص، فقد أقر المشرع الجزائري بحجية التوقيع الإلكتروني وفق نصوص خاصة تنظمه وكان ذلك في القانون رقم 15-04 المتعلق بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين، حيث نص في المادة (8) منه على أنه:" يعتبر التوقيع الإلكتروني الموصوف وحده مماثلا للتوقيع المكتوب، سواء كان لشخص طبيعي أو معنوي".

حيث نص في المادة (7)على أن :"التوقيع الإلكتروني الموصوف هو التوقيع الإلكتروني الذي تتوفر فيه المتطلبات الآتية:

- أن ينشأ على أساس شهادة التصديق إلكتروني موصوفة.
- أن يرتبط بالموقع دون سواه.
- أن يمكن من تحديد هوية الموقع.
- أن يكون مصمما بواسطة آلية مؤمنة خاصة بإنشاء التوقيع الإلكتروني.
- أن يكون منشأ بواسطة وسائل تكون تحت التحكم الحصري للموقع.
- أن يكون مرتبطا بالبيانات الخاصة به، بحيث يمكن الكشف عن التغييرات اللاحقة بهذه البيانات".

ومن خلال هذه المادة يتضح أن المشرع قد أضاف شروط إضافية مقارنة بنص المادة (1/323) من القانون المدني وهذه الشروط لابد من توافرها لإضفاء الحجية في التوقيع الإلكتروني الموصوف، لأن انعدامها يترتب عليه إسقاط صفة الحجية منها.

إلا أن هذا لايعني عدم اعتبار التوقيع الإلكتروني البسيط ذو حجية في الإثبات، بل هو بدوره يتمتع بنفس حجية التوقيع التقليدي، وهذا ما قضى به المشرع الجزائري في المادة (9) من قانون التوقيع والتصديق الإلكترونيين[1].

من خلال ما سبق، يمكن القول أن مختلف التشريعات السابقة قد أعطت للتوقيع أهمية كبيرة، حيث أنها ساوت بين التوقيع الإلكتروني والتوقيع التقليدي، ومن ثم لم يعد الاعتراف بحجيته يشكل صعوبات للأخذ به كوسيلة لإثبات المعاملات التي تتم إلكترونيا.

[1] والتي تنص على أنه:" بغض النظر عن أحكام المادة 8 اعلاه، لا يمكن تجريد التوقيع الإلكتروني من فعاليته القانونية أو رفضه كدليل أمام القضاء بسبب: 1- شكله الإلكتروني ....".

وحتى يمكن القول بأن التوقيع الإلكتروني له حجية في الاثبات، فلابد من أن يكون موثقا(الفرع الأول)، وأن يتم التأكد من صحته؛ بأن يكون صادر من جهات توثيق معتمدة (الفرع الثاني).

الفرع الأول

التوقيع الإلكتروني الموثق

لكي يكون التوقيع الإلكتروني موثوقاً لابد من توفر الشروط التالية[1]:

أولا: قدرة التوقيع الإلكتروني على تحديد شخصية محرره

لكي يعتد بالتوقيع الإلكتروني يجب أن يكشف هوية الشخص الموقع[2]، والهدف من هذا الشرط امكانية التوقيع الإلكتروني على التعرف بشخص صاحبه، وهذا ما قضت به المادة (3/7) من القانون 15-04 والتي نصت على أن:" التوقيع الموصوف هو التوقيع الإلكتروني الذي تتوفر فيه المتطلبات التالية ...أن يمكن من تحديد هوية الموقع...".

وفي الحقيقة، أن الاعتراف بالتوقيع الإلكتروني ومنحه الحجية في الإثبات ليس بالأمر السهل بسبب غياب عامل الثقة، إلا أنه يمكن أن يقوم التوقيع الإلكتروني بنفس وظيفة التوقيع العادي من حيث تحديد هوية محرره وكذا تمييزه عن غيره[3].

ويوجد شكلان من أشكال التوقيع الإلكتروني يحققان وظيفة تحديد هوية الموقع هما: التوقيع بالرقم السري المقترن بالبطاقة الممغنطة؛ وذلك لأنه يوفر الأمان والثقة والسرية في التعامل بالرقم السري واقتران هذا الأخير ببطاقة إلكترونية وكذا السيطرة عليه حال فقدانه والتوقيع الرقمي القائم على آلية التشفير والذي يعتمد على زوج من المفاتيح يستخدم أحدهما للتعريف بهوية صاحبه (المفتاح العام)، والثاني يستخدم لتوثيق المحرر الإلكتروني (المفتاح الخاص) [4].

---

[1] Claudine Guerrier ,marie christine nonget ,Droit et sécurit des télécommunication , springer , verlag France et CENT France télécom , Paris,2000 , p :382.

[2] عيسى غسان ربضي، القواعد الخاصة بالتوقيع الإلكتروني، المرجع السابق، ص180.

[3] إلياس ناصيف، العقود الدولية 'العقد الإلكتروني في القانون المقارن'، المرجع السابق، ص247.

[4] عيسى غسان ربضي، نفس المرجع ، ص 88-89.

ثانيا: التعبير عن إرادة الموقع

يحقق التوقيع الإلكتروني هذه الوظيفة بدرجة أكبر من التوقيع العادي، ذلك أن بعض صور التوقيع العادي كالختم والبصمة تدل على صاحبها لكن لا تعبر عن موافقته بمضمون السند ونفس الأمر بالنسبة للإمضاء يمكن تزويره، أما التوقيع الإلكتروني بأشكاله المختلفة فله القدرة على التعبير عن رضا الشخص بالموافقة على مضمون السند[1].

وفي الواقع، أن نية التعبير عن الرضا بالالتزام بمضمون السند الإلكتروني تتحقق باستخدام الموقع لمفتاحه الخاص، وعند الانتهاء من بيانات إنشاء التوقيع تتجه الإرادة بالالتزام بما تم التوقيع عليه[2].

وعليه في حال التعامل مع المصارف بطريقة استخدام الرقم السري لإدخال بطاقة الاعتماد المصرفية لجهاز الصراف الآلي وإعطاء حامل البطاقة موافقته على سحب المبلغ يعد تعبيرا عن إرادته برضاه عن هذا التصرف[3]، أما إذا لم تتجه إرادته إلى الالتزام كوضع محرر بين مجموعة من الأوراق أو إكراهه على التوقيع، فإن المحرر يعد باطلا إذا استطاع الموقع إثبات حالات الاختلاس أو الإكراه[4].

ثالثا: اتصال التوقيع الإلكتروني بالسند

يعرف هذا الشرط بشرط "السلامة" ويقصد هنا بسلامة التوقيع الإلكتروني والمعلومات التي يوقع عليها الشخص؛ بحيث يجب أن يرتبط التوقيع الإلكتروني ارتباطا يمنع أي تعديل على القيد بعد إجراء عملية التوقيع الإلكتروني، وفي حالة وجود تعديل على السند الذي تم التوقيع عليه فلابد أن يحدث تغيير على التوقيع الإلكتروني كذلك.

وفي الحقيقة، أن أي تعديل على توقيع المحرر الإلكتروني يؤدي إلى تعديل بيانات المحرر كاملة، مما يؤدي إلى زعزعة سلامة هذه البيانات والتوقيع الإلكتروني[5].

---

[1] علاء محمد نصيرات، حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات، المرجع السابق، ص72.

[2] عيسى غسان ربضي، القواعد الخاصة بالتوقيع الإلكتروني، المرجع السابق، ص181.

[3] إلياس ناصيف، العقود الدولية 'العقد الالكتروني في القانون المقارن'، المرجع السابق، ص247.

[4] عيسى غسان ربضي، نفس المرجع، ص 91.

[5] علي أبو مارية، التوقيع الإلكتروني ومدى قوته في الإثبات 'دراسة مقارنة'، مجلة جامعة الخليل للبحوث، جامعة الخليل، فلسطين، المجلد 5،ع 2، 2010، ص119.

رابعا: أن يتم إنشاء التوقيع الإلكتروني بوسائل خاصة بالموقع وتحت سيطرته

يقصد به أن تكون بيانات إنشاء التوقيع الإلكتروني تحت سيطرة الموقع وحده وقت إنشاء التوقيع[1]، ويعرف هذا الشرط بشرط 'السيطرة' طبقا لدليل اشتراع قانون الأونستيرال النموذجي بشأن التوقيعات الإلكترونية.

فالتوقيع الإلكتروني يتكون من حروف وأرقام لا يمكن معرفتها من قبل أحد، وعليه عندما تتحول الحروف إلى أرقام بواسطة رموز فك معينة، فإن الموقع هو الوحيد الذي يمكنه استخدام هذه الرموز من أجل الوصول إلى التوقيع، لأنه هو من قام بإنشاء التوقيع الإلكتروني بطريقته الخاصة [2].

الفرع الثاني

توثيق التوقيع الإلكتروني

في ظل غياب أو انعدام الثقة لدى العديد من المتعاملين في شبكة الإنترنت، جاء دور التوثيق الإلكتروني ليوفر ذلك من خلال منحها في التوقيع الإلكتروني حتى يمكن استخدامه لإثبات ما يحتويه من تصرفات قانونية، وهذا ما سنبينه من خلال ما يلي:

أولا : جهة التصديق الإلكتروني

يطلق على جهة التصديق الإلكتروني في قانون الأونسيترال النموذجي بشأن التوقيعات الإلكترونية بمصطلح "مقدم خدمات التصديق"، حيث عرفته المادة الثانية على أنه:" شخص يصدر الشهادات ويجوز أن يقدم خدمات أخرى ذات صلة بالتوقيعات الإلكترونية"[3].

أما التوجيه الأوربي رقم 93 لسنة 1999 المتعلق بالتوقيع الإلكتروني فقد عرفه في المادة (11/2) منه على أنه: " كل كيان أو شخص طبيعي أو معنوي يصدر شهادات توثيق التوقيع الإلكتروني أو يتولى تقديم خدمات أخرى متصلة بالتوقيعات الإلكترونية "[1].

---

[1] انظر، قانون الأونسيترال النموذجي بشان التوقيعات الإلكترونية، بند 122 .

[2] إياد محمد عارف عطا سده، مدى حجية المحررات الإلكترونية في الإثبات 'دراسة مقارنة'، مذكرة ماجستير، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، فلسطين، السنة الجامعية 2008-2009، ص64.

[3] Art (2/5) «Le terme “prestataire de services de certification” désigne une personne qui émet des certificats et peut fournir d’autres services liés aux signatures électroniques ».

وبالنسبة للقانون الفرنسي فقد عرف مقدم خدمة التصديق في المرسوم 272 لسنة 2001 [2] في المادة (11/1) بأنه:" أي شخص يقدم شهادات التصديق أو خدمات أخرى في مجال التوقيع الإلكتروني"[3].

كما عرفه قانون المعاملات الإلكترونية التونسي في الفصل الثاني على أنه: " كل شخص طبيعي أو معنوي، يحدث ويسلم ويتصرف في شهادة المصادقة ويسدي خدمات أخرى ذات علاقة بالإمضاء الإلكتروني".

أما المشرع المصري فقد أحال مسألة تنظيم إجراءات التوثيق الإلكتروني للوائح التنظيمية للحكومة التي سمحت للوزير المكلف بالاتصالات وتكنولوجيا المعلومات بإصدار قرار رقم 2005-109 المؤرخ في 15 ماي 2005 المتضمن إصدار اللائحة التنفيذية لقانون التوقيع الإلكتروني[4]، حيث عرف جهات التصديق الإلكتروني في المادة (6/1) على أنها: " الجهات المرخص لها بإصدار شهادة التصديق الإلكتروني وتقديم خدمات تتعلق بالتوقيع الإلكتروني".

وبخصوص المشرع الجزائري فقد عرفه في المادة (12/2) من قانون رقم 15-04 المتعلق بالتوقيع الإلكتروني على أنه: " شخص طبيعي أو معنوي يقوم بمنح شهادات تصديق إلكتروني موصوفة، وقد يقدم خدمات أخرى في مجال التصديق الإلكتروني".

وعرفه أيضا في المادة (19/3) من قانون رقم 18-07 المتعلق بحماية الأشخاص الطبيعيين في مجال معالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي[5] بأنه: " أي كيان عام أو

---

[1] Art (2/11) : « Prestataire de service de certification : toute entité ou personne Physique ou morale qui délivre des certificats ou fournit d'autres services lies aux signatures électroniques ».

[2] Décret n° 2001-272 du 30 mars 2001 relative à la signature électronique.

[3] Art (1/11) : « prestataire de service de certification : tout entité personne qui délivre des certificats électroniques ou fournit d'autres services en matière de signature électronique ».

[4] دحماني سمير، التوثيق في المعاملات الإلكترونية 'دراسة مقارنة'، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، السنة الجامعية 2014-2015، ص 30.

[5] قانون رقم 18-07 مؤرخ في 25 رمضان 1439 الموافق 10 يونيو 2018 المتعلق بحماية الأشخاص الطبيعيين في مجال المعطيات ذات الطابع الشخصي. ج ر ، ع34، 2018.

خاص يقدم لمستعملي خدماته القدرة على الاتصال بواسطة منظومة معلوماتية و/أو نظام للاتصالات.

2-أي كيان آخر يقوم بمعالجة أو تخزين معطيات معلوماتية لفائدة خدمة الاتصال المذكورة أو للمستعملين".

أما عن المشرع الأردني فقد عرفها في المادة (14/2) على أنها: " الجهة المرخصة أو المعتمدة من هيئة تنظيم قطاع الاتصالات أو المخولة قانونا بإصدار شهادات التوثيق وتقديم أي خدمات متعلقة بهذه الشهادات وفقا لأحكام هذا القانون والأنظمة والتعليمات الصادرة بموجبه".

وعن المشرع الإماراتي فقد أورد تعريفها في المادة (22/1) حيث نص على أنها: "أي شخص أو جهة معتمدة أو معترف بها تقوم بإصدار شهادات تصديق إلكترونية أو أية خدمات أو مهمات متعلقة بها وبالتوقيعات الإلكترونية والمنظمة بموجب أحكام هذا القانون".

والملاحظ على هذه التعريفات أنها وسعت من المجال الذي تقوم به جهات التصديق الإلكتروني، فإضافة إلى دورها الأساسي والمتمثل في إصدار شهادات التصديق الإلكتروني فهي تقوم كذلك بنشاطات أخرى لها صلة بتقنية التوقيع الإلكتروني.

غير أنه ما يعاب على هذه التعريفات أنها ذكرت كلمة 'شخص طبيعي'، ففي الجانب التطبيقي لا يستطيع أن يقوم بتقديم خدمة تصديق كونها تحتاج إلى تقنيات وأجهزة معقدة وخبرات فنية، وعليه لا يمكن أن يقوم بها إلا شخص معنوي سواء كان عام أو خاص[1].

ومن خلال ما سبق، يمكن القول أن للتصديق الإلكتروني أهمية حيث أنه يسعى لتدعيم الثقة، فهو يقوم بدور هام لمنح الثقة في المحررات حتى يمكن استخدامها لإثبات ما تشمله من تصرفات قانونية وانبعاث الثقة والطمأنينة للمتعاملين بها، وعليه فهو يؤدي دور الوسيط المؤتمن بين المتعاملين في المعاملات والمراسلات الإلكترونية، كما أنه يقوم بالتأكد من تحديد مضمون الإرادة تحديد واضح مما يمكن المتعامل من الاعتماد عليه في معاملاته[2].

---

[1] سامح عبد الواحد التهامي، التعاقد عبر الإنترنت 'دراسة مقارنة'، المرجع السابق، ص412.

[2] سمير سعد رشاد سلطان، التصديق الإلكتروني 'دراسة مقارنة'، بحث مقدم لكلية الحقوق جامعة المنصورة، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، مصر، http://lawfac.mans.edu.eg/ . 2017/05/20.

ويجب على من يريد أن يؤدي خدمة التصديق الإلكتروني طبقا للتشريع الجزائري أن تتوفر فيه الشروط التالية[1]:

1-أن يخضع مؤدي خدمة التصديق الإلكتروني للقانون الجزائري للشخص المعنوي أو الجنسية الجزائرية للشخص الطبيعي.

2-التمتع بقدرة مالية كافية.

3-التمتع بمؤهلات وخبرة ثابتة في ميدان تكنولوجيات الإعلام والاتصال للشخص الطبيعي أو المسير للشخص المعنوي.

4-عدم وجود حكم مسبق عليه في جناية أو جنحة تتنافى مع نشاط تأدية خدمات التصديق الإلكتروني[2].

ولجهات التصديق الإلكتروني واجبات طبقاً للقانون الجزائري تتمثل فيما يلي:

1-تعمل جهات التصديق الإلكتروني على تسجيل وإصدار ومنح وإلغاء ونشر وحفظ شهادات التصديق الالكتروني[3].

2- المحافظة على سرية المعلومات والبيانات المتعلقة بشهادة التصديق الإلكتروني[4].

3-لا يمكن لمؤدي الخدمة جمع البيانات الشخصية للمعني إلا بعد موافقته الصريحة[5].

4-التأكد من تكامل بيانات الإنشاء مع بيانات التحقق من التوقيع قبل منح شهادة التصديق الإلكتروني.

ولجهات التصديق الإلكتروني التزامات تتمثل في:

1-<u>التزام جهات التوثيق بالتحقق من صحة البيانات المقدمة</u>

تلتزم جهات التوثيق بالتحقق من صحة البيانات المقدمة من قبل الأشخاص المصدرة لهم شهادات توثيق، هذه البيانات تستخلص عادة من الأوراق المقدمة من المشترك كالهوية

---

[1] نفس الشروط تقريبا في التشريع التونسي في الفصل (11) من قانون المعاملات الإلكترونية.

[2] انظر، المادة (34) من القانون رقم 15 -04 المتعلق بالتوقيع والتصديق الإلكتروني.

[3] انظر، المادة (41) من القانون المذكور أعلاه.

[4] انظر، المادة (42) من القانون المذكور أعلاه.

[5] انظر، المادة (43) من القانون المذكور أعلاه.

الشخصية وجواز السفر وغيرها من الأوراق الثبوتية المعترف بها[1]، وعليه فإن هذا الالتزام هو التزام ببذل عناية وهو ما عبر عنه قانون الأونسترال النموذجي بـ :' يمارس عناية معقولة' [2].

2-<u>التزام جهات التوثيق بإصدار شهادة توثيق إلكترونية</u>

تعتبر شهادة التوثيق رسالة إلكترونية تسلم من شخص ثالث موثوق[3]، وظيفتها الربط بين شخص طبيعي أو معنوي وزوج من المفاتيح (الخاص والعام)، كما تسمح بتحديد حائز المفتاح الخاص الذي يتطابق مع المفتاح العام المذكور فيها، وتشمل الشهادة على معلومات عن المتعامل، والممثل القانوني للشخص المعنوي، وكذا اسم مصدر الشهادة والمفتاح العمومي للمتعامل والرقم التسلسلي، وتاريخ تسليم الشهادة وتاريخ انتهاء صلاحيتها[4].

3-<u>التزام جهات التوثيق الإلكتروني بتعليق العمل بشهادة التوثيق الإلكترونية أو إلغائها إذا ما توافر سبب يوجب ذلك</u>

لقد نص المشرع التونسي على التزام مزود خدمات التصديق الإلكتروني بتعليق العمل بشهادة التوثيق الإلكترونية أو إلغائها إذا ما توافر سبب يوجب ذلك، حيث نص في الفصل (19) من قانون المعاملات الإلكترونية على أنه يتعين على مزود خدمات التصديق الإلكتروني أن تعلق العمل بالشهادة الإلكترونية في الحالات التالية:

- بناء على طلب صاحب الشأن سواء كان شخص طبيعي أو معنوي[5].
- أن تكون الشهادة سلمت بناء على معلومات مغلوطة أو مزيفة[6].
- تعليق الشهادة في حالة انتهاك منظومة إحداث الإمضاء[7].
- أن تستعمل الشهادة لغرض التدليس[8].

---

[1] انظر، المادة (44) من القانون رقم 15 -04 المتعلق بالتوقيع والتصديق الإلكتروني.

[2] زهيرة كيسي، النظام القانوني لجهات التوثيق (التصديق) الإلكتروني، مجلة دفاتر السياسة والقانون، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، ع07، 2012، ص215.

[3] انظر، المادة (41) من قانون رقم 15-04 المتعلق بالتصديق والتوقيع الإلكترونيين..

[4] زيد محمد مقدم، النظام القانوني للتوثيق الإلكتروني 'دراسة مقارنة'، مجلة الشريعة والقانون والدراسات الإسلامية، ع24 ، 2014، ص138.

[5] عبد الفتاح بيومي، التجارة الإلكترونية في القانون العربي النموذجي، المرجع السابق، ص 174.

[6] انظر، الفصل (1/19) من قانون المعاملات الإلكترونية التونسي.

[7] انظر، الفصل (2/19) من القانون المذكور أعلاه.

[8] انظر، الفصل (3/19) من القانون المذكور أعلاه.

- أن يطرأ تغيير على البيانات التي تتضمنها الشهادة[1].

أما المادة (20) فقد نصت على الحلات التي يتعين على مزود خدمات التصديق الإلكترونية إلغاء الشهادة الإلكترونية.

وعن المشرع الجزائري فقد تناول هذه المسألة في المواد (45-46) من قانون التوقيع والتصديق الإلكترونيين، إلا أنه لم ينص على الحالات التي تعلق فيها الشهادة وإنما نص على الحالات التي تلغى فيها فقط[2] والمتمثلة في حالة منح الشهادة الإلكترونية بناء على معلومات خاطئة أو مزورة، أو أن المعلومات الواردة فيها غير مطابقة للواقع، أو أن بيانات إنشاء التوقيع تم انتهاك سريتها. وكذلك في حالة ما أصبحت الشهادة الإلكترونية لاتطابق سياسة التصديق. وأخيرا في حالة وفاة الشخص الطبيعي أو حل الشخص المعنوي صاحب الشهادة الإلكترونية وقد تم إخطار مؤدي خدمة التصديق الإلكتروني بذلك[3].

4-<u>التزام جهات التوثيق الإلكتروني بالسرية</u>

لقد ألزم التوجيه الأوربي لسنة 1999بشأن التوقيعات الإلكترونية في المادة (2/8) [4] جهات التوثيق الإلكتروني الحفاظ على البيانات حيث لا يحصل عليها إلا من الشخص نفسه، وذلك متى كانت هذه البيانات ضرورية، كما لا يجوز جمع البيانات أو معالجتها لأغراض أخرى دون الحصول على موافقة صاحبها، وهذا ماأخذ به المشرع الجزائري في المادتين (42) و(43) من قانون رقم 15-04 المتعلق بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين.

---

[1] انظر، الفصل (21) من القانون المعاملات الإلكترونية التونسي.

[2] رضوان قرواش، هيئات التصديق الإلكتروني في ظل القانون 15-04 المتعلق بالقواعد العامة للتوقيع والتصديق الإلكترونيين ' المفهوم والالتزامات'، مجلة العلوم الاجتماعية، جامعة العربي التبسي، تبسة، ع 24، 2007، ص 419 ومابعدها.

[3] انظر، المادة (42) من قانون رقم 15-04 المتعلق بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين.

[4] Art (8/2) :« Les États membres veillent à ce qu'un prestataire de service de certification qui délivre des certificats à l'intention du public ne puisse recueillir des données personnelles que directement auprès de la personne concernée ou avec le consentement explicite de celle-ci et uniquement dans la mesure où cela est nécessaire à la délivrance et à la conservation du certificat. Les données ne peuvent être recueillies ni traitées à d'autres fins sans le consentement explicite de la personne intéressée ».

ثانيا: شهادة التصديق الإلكتروني

عرف قانون الأونيسترال النموذجي بشأن التوقيعات الإلكترونية في المادة (2/ب) شهادة التصديق على أنها:" رسالة بيانات أو سجل يؤكدان الارتباط بين الموقع وبيانات إنشاء التوقيع"[1].

أما التوجيه الأوربي بشأن التوقيع الإلكتروني 1999 فقد ميز في المادة الثانية في الفقرتين (9)[2]و(10)[3]منه بين الشهادة الإلكترونية البسيطة والموصوفة، حيث عرف الأولى بأنها:"الشهادة الإلكترونية التي تربط البيانات الخاصة بفحص التوقيع الإلكتروني وشخص معين وتؤكد هوية هذا الشخص".

أما الثانية فقد عرفها على أنها:" شهادة تستوفي المتطلبات المنصوص عليها في الملحق الأول، والتي يقدمها المكلف بخدمة التوثيق المستوفي للمتطلبات المنصوص عليها في الملحق الثاني".

كما عرف القانون التونسي شهادة التصديق في الفصل الثاني من الباب الأول على أنها:" الوثيقة الإلكترونية المؤمنة بواسطة الإمضاء الإلكتروني للشخص الذي أصدرها والذي يشهد من خلالها أثر المعاينة على صحة البيانات التي تتضمنها".

وقد عرفها أيضا قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية الإماراتي في المادة (12/2) والتي نص على أن:" شهادة المصادقة الإلكترونية هي شهادة يصدرها مزود خدمات التصديق يفيد فيها تأكيد هوية الشخص أو الجهة الحائزة على أداة توقيع معينة ".

أما المشرع المصري فقد عرفها في المادة (1/و) من قانون التوقيع الإلكتروني على أنها:" الشهادة التي تصدر عن الجهة المرخص لها بالتصديق وتثبت الارتباط بين الموقع وبيانات إنشاء التوقيع".

---

[1] Art (2/b) :« Le terme “certificat” désigne un message de données ou un autre enregistrement confirmant le lien entre un signataire et des données afférentes à la création de signature ».

[2] Art (2/9) : « certificat", une attestation électronique qui lie des données afférentes à la vérification de signature à une personne et confirme l'identité de cette personne ».

[3] Art (2/10) : « certificat", une attestation électronique qui lie des données afférentes à la vérification de signature à une personne et confirme l'identité de cette personne ».

كما ورد تعريفها أيضا في قانون المعاملات الإلكترونية الأردني في المادة (12/2)على أنها: " الشهادة الصادرة عن جهة التوثيق الإلكتروني لإثبات نسبة توقيع إلكتروني إلى شخص معين استنادا إلى إجراءات توثيق معتمدة ".

وطبقا للمادة (7/2) من قانون التوقيع والتصديق الإلكترونيين الجزائري، فإن شهادة التصديق الإلكتروني تعرف على أنها:" وثيقة في شكل إلكتروني تثبت الصلة بين بيانات التحقق من التوقيع الإلكتروني والموقع".

ومن خلال ما سبق، يمكن القول أن هذه التعريفات ارتكزت على شروط شهادة التصديق والمتمثلة في التأكد من صحة التوقيع الإلكتروني وكذا صحة البيانات الموقع عليها، وأنها صادرة عن الموقع، ولم يطرأ عليها أي تعديل.

كما أنه يوجد أربعة أنواع من الشهادات الإلكترونية وهي[1]:

1-شهادة الإمضاء الإلكتروني

تقوم بربط هوية شخص ما بمفتاح عمومي، وتستخدم لإمضاء الرسائل الإلكترونية والمصادقة ضمن مناخ آمن، كاستغلال الخدمات البنكية عن بعد.

2-شهادة موزع ويب

تقوم بالجمع بين هوية موزع ويب والمفتاح العمومي، وتستعمل لتبادل البيانات بين الموزع وعملائه في إطار آمن، كعمليات الشراء أو الدفع الالكتروني على موقع تجاري.

3-شهادة شبكة إفتراضية خاصة

تمكن من ربط المعلومات المتعلقة ببعض المواقع على الشبكة المعينة بالمفتاح العمومي، وتستخدم هذه الشهادة لضمان سلامة المبادلات بين منظمة وفروعها الموزعة جغرافيا عبر مسالك مؤمنة في شبكة الاتصالات.

4-شهادة إمضاء الرمز

تسمح بالإمضاء على برنامج أو نص أو برمجية لضمان تعريفه بتوقيع صاحبه، كما تمكن من حمايته ضد مخاطر القرصنة.

وتتضمن شهادة التصديق الإلكتروني عدة بيانات تتمثل فيما يلي:

- الإشارة بوضوح أن شهادة التصديق الإلكتروني صادرة بصفة موصوفة.

[1] انظر، سلطة الضبط للبريد والمواصلات السلكية واللاسلكية الجزائر، https://www.arpt.dz/ ، 2017/06/22.

- الإشارة إلى كشف هوية الجهة التي تم إصدار الشهادة منها في بيان[1] .
- بيان يحدد هوية الموقع[2].
- بيان يجيز إدراج صفة خاصة للموقع عند الحاجة.
- بيان يتعلق بتأكد من التوقيع الإلكتروني.
- الإشارة إلى بداية ونهاية مدة صلاحية شهادة التصديق الإلكتروني[3].
- رمز تعريف شهادة التصديق الإلكتروني.
- التوقيع الإلكتروني للجهة التي أصدرت الشهادة [4].
- حدود استعمال الشهادة وتحديد قيمة المعاملات[5] .

وشهادة التصديق الإلكتروني تستخرج بطلب يقدم من الشخص الراغب في الحصول على توقيع إلى جهة التوثيق، حيث يقوم بتزويدها بكافة المعلومات التي تطلبها منه لإثبات قدرته على إبرام التصرفات الإلكترونية[6].

وإذا ما تمت الموافقة على طلبه تقوم جهة التصديق الإلكتروني بإصدار شهادة التصديق تتضمن مفتاح عام[7]، وتحتوي على المعلومات التي تدل على هوية صاحب المفتاح الخاص[8] وهو الشخص الذي ينسب إليه التوقيع، بعد ذلك تبدأ مسؤولية جهة التصديق الإلكتروني[9].

---

[1] انظر، المادة (19) من قانون الأونيسترال بشأن التوقيعات الإلكترونية؛ الفصل (17) من قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية التونسي؛ المادة (21) من قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية دبي؛ المادة (3/20) من التوقيع الالكتروني المصري.

[2] انظر، الفصل (17) من القانون التونسي؛ المادة (ج) من الملحق الأول للتوجيه الأوربي؛ المادة (4/20) من اللائحة التنفيذية.

[3] انظر، الفصل (17) من القانون التونسي، المادة (د) من الملحق الأول للتوجيه الأوربي.

[4] انظر، المادة (هـ) من الملحق الأول للتوجيه الأوربي.

[5] انظر، المادة (و) من الملحق الأول للتوجيه الأوربي؛ المادة (15) من القانون المتعلق بالتوقيع والتصديق الإلكترونين 15 -04 الجزائري .

[6] مصطفى موسى العجارمة، التنظيم القانوني للتعاقد عبر شبكة الإنترنت، المرجع السابق، ص 184.

[7] يقصد بالمفتاح العام وفقا للمادة (2/ 9) من القانون 15-04:"هو عبارة عن سلسة من الأعداد تكون موضوعة في متناول الجمهور بهدف تمكينهم من التحقق من الإمضاء الإلكتروني و تدرج شهادة التصديق الإلكتروني".

[8] يقصد بالمفتاح الخاص وفقا للمادة (8/2) :"هو عبارة عن سلسة من الأعداد يحوزها حصريا الموقع فقط، وتستخدم لإنشاء التوقيع الإلكتروني، ويرتبط هذا المفتاح بمفتاح تشفير عمومي".

[9] انظر، المواد من (53 إلى 60) من القانون 15-04 المتعلق بالتوقيع والتصديق الإلكترونين.

من خلال ما سبق، يمكن القول أن التوقيع الإلكتروني له مميزات وخصائص يتميز بها عن التوقيع التقليدي، ويتخذ صورا وأشكال مختلفة لكل منها طريقة خاصة بها، كما أنه يتساوى مع التوقيع التقليدي من حيث الحجية في الإثبات وذلك بشرط أن يكون صادرا من جهة توثيق مؤمنة.

المبحث الثاني

المحررات الإلكترونية

لقد أدى الاستخدام الشائع للوسائل التكنولوجية الحديثة إلى إحداث ثورة معلوماتية، إذ أصبح الحديث جله عن المعلومات والمعلوماتية، حيث كان لابد من وجود وسائل للتحكم في هذه المعلومات، فظهر ما يسمى بالتعامل الإلكتروني[1] والذي يقوم على المحررات الإلكترونية (المطلب الأول).

كما أن أغلب التشريعات الوطنية أو الدولية قد منحت الحجية القانونية للمحررات الإلكترونية وساوت بينها وبين المحررات الورقية (المطلب الثاني).

المطلب الأول

مفهوم المحررات الإلكترونية

لقد برزت الحاجة لدى العديد من الدول لمواكبة التطورات الحاصلة في مجال التجارة الإلكترونية، حيث أنها قامت بتعديل تشريعاتها لقبول الوسائل الحديثة في الإثبات، ومن أبرز هذه التشريعات قانون الأونيسترال النموذجي الذي أصدر قوانين تضفي للمحررات الإلكترونية الحجية القانونية لها[2]، وهذا ما يدعونا للبحث في تعريفها (الفرع الأول) وتبيان الشروط الواجب توفرها ليعتد بها في الإثبات (الفرع الثاني).

---

[1] باطلي غنية، حجية السند الإلكتروني، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية والسياسية، جامعة الجزائر،ع3، سبتمبر 2011، ص170.

[2] بلقاسم عبد الله، المحررات الإلكترونية وسيلة لإثبات العقد الإلكتروني 'دراسة مقارنة'، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، السنة الجامعية 2012–2013، ص 7.

الفرع الأول

تعريف المحرر الإلكتروني وخصائصه

في ظل الأنماط الجديدة التي أصبح يتم التعاقد بها كالعقد الإلكتروني، ظهر ما يدعى بالمحررات الإلكترونية (أولا) إلى جانب المحرر الورقي التقليدي والذي يتميز عنه بمجموعة من الخصائص باعتباره يتم عبر شبكة الإنترنت (ثانيا).

أولا: تعريف المحرر الإلكتروني

عرفته المادة (2) من قانون الأونيسترال بشأن التجارة الإلكترونية برسالة البيانات على أنه:" المعلومات التي يتم إنشاؤها أو إرسالها أو استلامها أو تخزينها بوسائل إلكترونية أو صوتية أو بوسائل مشابهة، بما في ذلك على سبيل المثال لا الحصر تبادل البيانات الإلكترونية أو البريد الإلكتروني أو البرق أو النسخ البرقي "[1].

كما عرفه المشرع المصري في قانون التوقيع الإلكتروني في المادة (1/ب) منه على أنه:" رسالة بيانات تتضمن معلومات تنشأ أو تدمج أو تخزن أو ترسل أو تستقبل كليا أو جزئيا بوسيلة إلكترونية أو رقمية أو ضوئية أو بأية وسيلة أخرى".

أما المشرع الأردني فعرفه برسالة معلومات في المادة (7/2) من قانون المعاملات الإلكترونية على أنه:" رسالة المعلومات التي تحتوي على قيد أو عقد أو أي مستند أو وثيقة من نوع آخر يتم إنشاء أي منها أو تخزينها أو استخدامها أو نسخها أو إرسالها أو تبليغها أو تسلمها باستخدام الوسيط الإلكتروني".

وقد نص عليه كذلك قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية الإماراتي في المادة (9/2) منه على أنه :"سجل أو مستند يتم إنشاؤه أو تخزينه أو استخراجه أو نسخه أو إرساله أو إبلاغه أو استلامه بوسيلة إلكترونية على وسيط ملموس أو على أي وسيط إلكتروني آخر، ويكون قابلا للاسترجاع بشكل يمكن فهمه".

---

[1] Art (2/3) : « Le terme “message de données” désigne l’information créée, envoyée reçue ou conservée par des moyens électroniques ou optiques ou des moyen analogues, notamment, mais non exclusivement, l’échange de données informatisée (EDI), la messagerie électronique, le télégraphe, le télex et la télécopie ».

وفي البحرين عرفه قانون المعاملات الإلكترونية في المادة الأولى منه على أنه:" السجل الذي يتم إعداده أو تخزينه أو استخراجه أو تسلمه أو توصيله بوسيلة إلكترونية".

وعن القانون التونسي، فبالرغم من أنه لم ينص على تعريفه، إلا أن نص الفصل (14)[1] منه قد أوجب على كل شخص مختص بخدمة المصادقة الإلكترونية أن يقوم بمسك سجل إلكتروني لشهادات المصادقة على ذمة المستعملين مفتوح للإطلاع إلكترونيا بصفة مستمرة على المعلومات المدونة به، كما يتعين حماية هذا السجل من كل تغير غير مرخص به.

وبالنسبة للمشرع الجزائري فقد قام بتعريفها في المادة (1/2) من المرسوم التنفيذي رقم 16-142 الذي يحدد كيفيات حفظ الوثيقة الموقعة إلكترونيا[2]، والتي تنص على أن:" الوثيقة الإلكترونية هي مجموعة تتألف من محتوى وبنية منطقية وسمات العرض، تسمح بتمثيلها واستغلالها من قبل الشخص عبر نظام إلكتروني". كما عرف الوثيقة االموقعة إلكترونيا في المادة (2/2) على أنها:" وثيقة إلكترونية مرفقة أو متصلة منطقيا بتوقيع إلكتروني".

وقد أطلقت عليه بعض التشريعات 'السجل الإلكتروني' ومنها القانون الأمريكي الموحد للتجارة الإلكترونية في المادة (7/2) منه والتي عرفته على أنه:" السجل الذي يتم إنشاؤه أو تكوينه أو إرساله أو استلامه أو تخزينه بوسائل إلكترونية"[3].

كما عرف المشرع الفرنسي المحرر في المادة (1316) من القانون المدني بأنه:" ينتج عن تتابع للحروف للخصائص، وللأرقام وكل رمز أو إشارة مخصصة لعلامة مفهومة واضحة أيا كانت دعامتها وشكل إرسالها"[4].

فالمنهج الذي اتخذه المشرع الفرنسي هو منهج موسع، إذ أنه وسع في مفهوم المحرر ليشمل المحررات الإلكترونية، وعليه فصل بين الكتابة والدعامة[5].

---

[1] انظر، الفصل (14) من قانون المعاملات الإلكتروني التونسي.

[2] مرسوم تنفيذي رقم 16-142 المؤرخ في 5 ماي 2016 الذي يحدد كيفيات حفظ الوثيقة الموقعة إلكترونيا، ج ر، ع28، الصادر في 08 ماي 2016.

[3] Art (2/7) :« Electrinic record : means a record created , generated , sent , communicated , received , stored by electronic means ».

[4] Art (1316) : « La preuve littérale, ou preuve par écrit, résulte d'une suite de lettres, de caractères, de chiffres ou de tous autres signes ou symboles dotés d'une signification intelligible, quels que soient leur support et leurs modalités de transmission ».

[5] براهمي حنان، المحررات الإلكترونية كدليل إثبات، مجلة المفكر، جامعة محمد خيضر، بسكرة، ع9، 2013، ص 137.

من خلال التعريفات السابقة، يمكن القول أنه بالرغم من اختلاف التشريعات في تسمية المحرر الإلكتروني والذي سماها البعض برسالة البيانات، رسالة المعلومات، السجل الإلكتروني،الوثيقة الإلكترونية، إلا أنهم جميعا يتفقون على نفس المعنى والمتمثل في إنشاء أو إرسال أو استلام أو تخزين بيانات بوسيلة إلكترونية على وسيط إلكتروني أو أي وسيلة أخرى.

ثانيا: خصائص المحررات الإلكترونية

للمحررات الإلكترونية خصائص تميزها عن غيرها من أنواع المحررات الأخرى، ويمكن إجمالها في ما يلي:

- إن المحرر الإلكتروني لا يحتاج إلى حيز مكاني كالمحرر الورقي، حيث أنه يتم جمع كميات ضخمة من المعلومات في قرص أو اسطوانة مضغوطة لا تأخذ أي حيز[1].
- إن المحرر الإلكتروني يصعب تغيره أو تزويره كالمحرر الورقي، حيث أن استخدام عملية التشفير المناسبة للبيانات تؤدي إلى صعوبة تزوير المستندات المحفوظة إلكترونيا من قبل الأشخاص غير المرخص لهم[2].
- إن المحرر الإلكتروني هو الأداة التي من خلالها تحقق التجارة الإلكترونية أهدافها إذ يساعد على انجاز المعاملات وإبرام الصفقات بصورة سهلة من دون أي نفقات ودون الحاجة إلى وسيط سواء كان فرد أم شركة، وهذا ما ساهم في تجاوز العقبات والحواجز الجغرافية بين الدول[3].
- إن المحرر الإلكتروني يتسم بالسرية، إذ أنه لا يمكن معرفة ما تم تدوينه فيه من معلومات إلا من طرف المرسل، على خلاف المحرر الورقي الذي يفقد هذه الميزة إذ يتم تداوله بين عدة أشخاص ليصل إلى المرسل إليه [4].

---

[1] فادي محمد عماد الدين متوكل، عقد التجارة الإلكترونية، المرجع السابق، ص 136.

[2] محمود خالد إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، المرجع السابق، ص230.

[3] عمار كريم كاظم، القوة القانونية للمستند الإلكتروني، مجلة مركز دراسات الكوفة، جامعة الكوفة، العراق، ع07، 2007، ص 180 .

[4] طمين سهيلة، الشكلية في عقود التجارة الإلكترونية، المرجع السابق، ص 69.

- إن المحرر الإلكتروني يمكن اعتباره دليل للإثبات، يتم تقديمه للمحاكم في حالة وجود نزاع بين الأطراف، وللقاضي السلطة التقديرية في تقييم حجة المحرر الإلكتروني في الإثبات[1].
- إن المحرر الإلكتروني يقلل من المشاكل الناتجة عن الحفظ التقليدي الورقي[2].
- إن المحرر الإلكتروني يتميز بالسرعة في إبرام العقود، حيث يمكن للشخص معرفة الإجابة بالقبول أو الرفض من قبل الطرف الآخر[3].

وينبغي التنوية، الى أن هذه الخصائص تتعلق بالمحرر الإلكتروني الرسمي الموثوق وليس المحرر الإلكتروني العادي، إذ أن هذا الأخير يمكن تزويره و قرصنته.

الفرع الثاني

الشروط الواجب توفرها في المحرر الإلكتروني

ليتم الاعتراف بالمحرر الإلكتروني يجب أن تتوافر فيه ثلاث شروط؛ وهي نفسها المشترطة في المحرر التقليدي، والمتعلقة بتحديد هوية الشخص الذي صدر عنه المحرر الإلكتروني (أولا)، عدم قابلية بيانات المحرر الإلكتروني للتعديل (ثانيا)، قابلية المحرر الإلكتروني للاحتفاظ بالمعلومات الواردة فيه (ثالثا).

أولا : تحديد هوية الشخص الذي صدر عنه المحرر الإلكتروني

يقصد بهذا الشرط أن المعلومات المحفوظة على المحرر الإلكتروني يجب أن تدل على هوية الشخص الذي قام بإنشائها أو تسلمها، وأن تدل كذلك على لحظة إرسال المحرر أو تسلمه، ولتحقق هذا الشرط لابد أن تكون هذه المعلومات واضحة ومفهومة وقابلة للقراءة لتمكن من الاحتجاج بمضمونها[4].

ولكي يتمتع المحرر الإلكتروني بحجية في الإثبات، يجب أن يكون قد صدر من شخص معين، ويجب التأكد من تدخل هذا الأخير في إنشاءه، وهذه العلاقة التي تتم بين

---

[1] خالد محمود إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، المرجع السابق، ص230؛ فادي محمد عماد الدين متوكل، عقد التجارة الإلكترونية، المرجع السابق، ص 137.

[2] عبد الوهاب مخلوفي، التجارة الإلكترونية عبر الإنترنت، المرجع السابق، ص 247.

[3] بلقاسم عبد الله، المحررات الإلكترونية وسيلة لإثبات العقد الالكتروني 'دراسة مقارنة'، المرجع السابق، ص 15.

[4] مصطفى موسى العجارمة، التنظيم القانوني للتعاقد عبر شبكة الإنترنت، المرجع السابق، ص 131.

شخص معين وبين المحرر الإلكتروني تتم قانونا، وذلك من خلال توقيع هذا الشخص إلكترونيا على هذا المحرر[1].

ولذلك، فإن أهمية كشف هوية صاحب المحرر تكمن في أمرين[2]:

أولا: تبرز أهمية التوقيع الإلكتروني، حيث يمكن للأطراف الرجوع لبنك المعلومات المتعلق بالجهة التي أصدرت التوقيع للتأكد من هوية الشخص الذي قام بإصدار المحرر الإلكتروني.

ثانيا: أنه بناء على التعريف الوارد في التشريعات عن منشئ المحرر الإلكتروني[3] يمكن أن يكون الشخص الذي أنشأه أو أرسله غير الشخص الذي كشفت هويته، ففي هذه الحالة لا يصدر المحرر بشكل مباشر من الشخص الذي كشفت هويته بل من شخص آخر دون أن يتسنى للمرسل إليه معرفته، ومع ذلك فإن المحرر ينسب إلى الشخص الذي كشفت هويته وإن كان قد أنشأه أو أرسله شخص آخر.

وفي الواقع، أن هذا الشرط قد نص عليه المشرع الفرنسي صراحة وذلك في المادة (1316)[4] من القانون المدني، حيث اشترط على المحرر الإلكتروني ليتمتع بنفس الحجية التي يتمتع بها المحرر التقليدي[5] أن يحدد هوية الشخص الذي صدر منه المحرر الإلكتروني.

ثانيا: عدم قابلية بيانات المحرر الإلكتروني للتعديل

وتكون بعدم تمكن الغير من الإطلاع على مضمون المحرر أو بإدخال تعديلات على بيانته، وكي يكتسب المحرر الإلكتروني حجيته في الإثبات فيجب ضمان أن هذا المحرر

---

[1] سامح عبد الواحد التهامي، التعاقد عبر الإنترنت 'دراسة مقارنة'، المرجع السابق، ص 532.

[2] عيسى غصان ربضي، القواعد الخاصة بالتوقيع الإلكتروني، المرجع السابق، ص 194-195.

[3] يعرف منشئ المحرر على أنه:' الشخص الذي يقوم بنفسه أو بواسطة من ينيبه بإنشاء أو إرسال المحرر الإلكتروني'. انظر المادة (2) من قانون الأونيسترال المتعلق بالتوقيع الإلكتروني؛ المادة (10/2) من قانون المعاملات الإلكترونية الأردني؛ المادة (11/2) من قانون المعاملات الإلكترونية الإماراتي؛ المادة (1) من قانون المعاملات الإلكترونية البحريني.

[4] Art (1316): « .. Sous réserve qui puisse et te dument identifiée la personne dont il émane ».

[5] Cass.com ,2 décembre1997,Bull.IV ,n°315,p :271,disponible sur :www.Legifrance.gouv.fr. 15/07/2017.

هو نفسه المتفق عليه بين الأطراف، ونفس الرسالة التي وجهها أحدهما للآخر وإن لم يتعرض لأي تعديل من خلال إحاطته بوسائل تمنع اختراقه أو إحداث تغيير فيه كاستخدام تكنولوجيا تشفير المعلومات [1].

إلا أن الصعوبة التي تواجه المحررات الإلكترونية تكمن في أن إمكانية تعديلها أو تغييرها لا تترك أي أثر مادي يمكن ملاحظته، وهذا بخلاف المحرر الكتابي الذي يظهر فيه ذلك بسهولة سواء بالنظر إليه أو الاستعانة بالخبرة الفنية، إلا أنه تم ابتكار برنامج يدعى 'Document Image Processing' ؛ إذ يسمح هذا الأخير بتحويل النص الإلكتروني إلى صورة ثابتة وتكون للقراءة فقط 'Read Only'، حيث لا يمكن تعديل التدخل في محتواها، ويبقى النص محفوظ بشكله النهائي الذي ثبت عليه[2].

ونظرا لأهمية هذا الشرط فقد أولت التشريعات[3] اهتمام بمسألة عدم اختراق الغير بيانات المحرر الإلكتروني ومدى إمكانية الاعتماد على الوسيلة التي استخدمت في المحافظة على سلامتها، فقد اشترطت هذه التشريعات لإقرار الحجية للمحررات الإلكترونية أن يولى الاعتبار إلى جدارة الطريقة التي نفذت بها عملية إرسال المحرر والطريقة التي استخدمت في المحافظة على سلامته[4].

ثالثا: قابلية المحرر الإلكتروني للاحتفاظ بالمعلومات الواردة فيه

إن الهدف من هذا الشرط هو إمكانية الرجوع للمعلومات المخزنة على المحرر الإلكتروني والإطلاع على محتواه في أي وقت، أو عرضه على القضاء في حالة نشوب نزاع بين أطراف العقد المخزن في المحرر الإلكتروني، وهذا ماقضت به المادة (6) من المرسوم التنفيذي رقم 16-142 الذي يحدد كيفيات حفظ الوثيقة الموقعة إلكترونيا والتي

---

[1] فوغالي بسمة، إثبات العقد الإلكتروني وحجيته في ظل عالم الإنترنت، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد لمين دباغين،سطيف، السنة الجامعية 2014-2015، ص21.

[2] مصطفى موسى العجارمة، التنظيم القانوني للتعاقد عبر شبكة الإنترنت، المرجع السابق، ص 130.

[3] انظر، المادة (2/5) من قانون الأونسترال بشأن التجارة الإلكترونية؛ المادة (2/10) من قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية الإماراتي؛ المادة (4/5) من قانون التجارة الإلكتروني البحريني؛المادة من قانون المعاملات الإلكترونية الأردني؛ المادة (8) من المرسوم التنفيذي 16-142 الذي يحدد كيفيات حفظ الوثيقة إلكترونيا.

[4] عيسى غصان ربضي، القواعد الخاصة بالتوقيع الإلكتروني، المرجع السابق، ص 198.

تنص على أنه: " يتم حفظ الوثيقة الموقعة إلكترونيا على دعامة حفظ يسمح في أي وقت بالنفاذ إلى كل محتواها واسترجاعها بواسطة الوسائل التقنية الملائمة ".

وبالرغم من أن طبيعة المحررات الإلكترونية قد تجعلها عرضة للتلف وذلك لحساسية الشرائح الممغنطة، إلا أن هذه المشكلة تم التغلب عليها حيث أصبحت هذه المحررات لها القدرة على الاحتفاظ بالمعلومات في مدة تتجاوز قدرة الأوراق العادية والتي تتعرض للتلف أو التآكل عبر الزمن[1].

إلا أنه يطرح التساؤل حول من الذي سيقوم بحفظ المحرر؟

في المجال العملي يعهد المتعاقد إلى جهة خاصة تقوم بحفظ المحررات 'Un Tiers Archiveur'، إذ أنه يصعب من الناحية العملية أن يقوم شخص طبيعي سواء كان التاجر أو المستهلك القيام بعملية الحفظ لأنها تحتاج لوسائل تقنية تضمن سلامة المحرر وهذه الأخير تتوفر فقط لدى جهات مختصة بعملية الحفظ وإلى خبراء متخصصين[2].

المطلب الثاني

مدى حجية المحررات الإلكترونية في الإثبات

لقد ساوت بعض التشريعات بين المحررات الإلكترونية والتقليدية وأقرت بالحجية القانونية لها، ومن بينها قانون الأونستيرال المتعلق بالتجارة الإلكترونية حيث كان سباقا في إضفاء الصفة القانونية للمحررات الإلكترونية وذلك في المادة (2/9) حيث نصت على أنه:" يعطي للمعلومات التي تكون على شكل رسالة بيانات ما تستحقه من حجية في الإثبات"[3].

---

[1] بشار محمود دودين، الإطار القانوني للعقد المبرم عبر شبكة الإنترنت، المرجع السابق، ص230.

[2] سامح عبد الواحد التهامي، التعاقد عبر الإنترنت 'دراسة مقارنة' ، المرجع السابق، ص 543.

[3] Art (9/2) : « information in the form of a data message shall be given due evidential weight. In assessing the evidential weight of a data message, regard shall be had to the reliability of the manner in which the data message was generated, stored or communicated, to the reliability of the manner in which the integrity of the information was maintained, to the manner in which its originator was identified, and to any other relevant factor».

كما أشار هذا القانون إلى أنه يجب توفر شروط للاعتراف بصحة المحررات الإلكترونية ومن ذلك[1]:

- سهولة الإطلاع على المعلومات أو البيانات الواردة فيه بما يسمح بإمكانية الرجوع إليه مرة أخرى.
- البقاء على الشكل الذي أنشأ أو أرسل أو تسلم به أو بالشكل الذي يمكن إثبات أنه يمثل حقيقة المعلومات التي تضمنها.
- الاحتفاظ بالمعلومات التي تبين مصدر السند الإلكتروني وجهة وصوله وتاريخ ووقت إرساله واستلامه.

وقد اعترف المشرع الفرنسي بالمحررات الإلكترونية في القانون رقم 2000-230[2] حيث ساوى بينها وبين المحررات الورقية، حيث نص في المادة (1/1316) منه[3] على أن:"يقبل المحرر في شكله الإلكتروني بصفة الدليل، وذلك بالصفة ذاتها المقررة للمحرر على دعامة ورقية".

---

[1] Art (10/1): «Where the law requires that certain documents, records or information be retained, that requirement is met by retaining data messages, provided that the following conditions are satisfied:

(a) the information contained therein is accessible so as to be usable for subsequent reference.

(b) the data message is retained in the format in which it was generated, sent or received, or in a format which can be demonstrated to represent accurately the information generated, sent or received.

(c) such information, if any, is retained as enables the identification of the origin and destination of a data message and the date and time when it was sent or received».

[2] Loi n° 2000-230 du 13 mars 2000 portant adaptation du droit de la preuve aux technologies de l'information et relative à la signature électronique.

[3] Art (1316/1) : « L'écrit sous forme électronique est admis en preuve au même titre que l'écrit sur support papier, sous réserve que puisse être dûment identifiée la personne dont il émane et qu'il soit établi et conservé dans des conditions de nature à en garantir l'intégrité ».

ونصت الفقرة الثالثة من نفس المادة على أن :" المحرر على دعامة إلكترونية يحوز ذات القوة االثبوتية التي يحوزها المحرر على دعامة ورقية"[1].

أما المشرع المصري فقد نص في المادة (15) من قانون تنظيم التوقيع الإلكتروني على أنه :" وللمحررات الإلكترونية في نطاق المعاملات المدنية والتجارية والإدارية، ذات الحجية المقررة للمحررات الرسمية والعرفية في أحكام قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية ".

ونص في المادة (17) منه على أنه:" تسري في شأن إثبات صحة المحررات الإلكترونية الرسمية والعرفية والتوقيع الإلكتروني والكتابة الإلكترونية فيما لم يرد بشأنه نص في هذا القانون أو في لائحته التنفيذية الأحكام المنصوص عليها في قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية".

وقد أورد المشرع التونسي في الفصل (4) من قانون المعاملات الإلكترونية على أنه: " يعتمد قانونا حفظ الوثيقة الإلكترونية كما يعتمد حفظ الوثيقة الكتابية، ويلتزم المرسل إليه بحفظ هذه الوثيقة بالشكل الذي تسلمها به، ويتم حفظ الوثيقة الإلكترونية على حامل إلكتروني يتيح الإطلاع على محتواها طيلة مدة صلاحيتها وحفظها في شكلها النهائي بصفة تضمن سلامة محتواها، وحفظ المعلومات الخاصة بمصدرها ووجهتها وكذلك تاريخ ومكان إرسالها أو استلامها".

كما نص المشرع الإماراتي في المادة (1/10) من قانون المعاملات الإلكترونية على قبول المحرر الإلكتروني كدليل إثبات.

إلا أن المشرع الإماراتي أشترط على المحرر الإلكتروني ليكون له حجية قانونية أن يتم حفظه بطريقة إلكترونية، ومؤدى ذلك أن المحرر الإلكتروني يحوز الحجية إذا توافرت في عملية الحفظ ما يلي[2] :

- حفظ السجل الإلكتروني بالشكل الذي أنشئ أو أرسل أو استلم به، أو بشكل يمكن إثبات أنه يمثل بدقة المعلومات التي أنشئت أو أرسلت استلمت في الأصل.
- بقاء المعلومات محفوظةعلى نحو يتيح استخدامها والرجوع اليها فيما بعد.

---

[1] Art (1316/3) : « L'écrit sur support électronique a la même force probante que l'écrit sur support papier ».

[2] فادي محمد عماد الدين توكل، عقد التجارة الإلكترونية، المرجع السابق، ص 137.

- حفظ المعلومات –إن وجدت– التي تمكن من تحديد منشأ الرسالة الإلكترونية وجهة وصولها وتاريخ ووقت إرسالها "[1].

أما المشرع الأردني[2] فقد نص في المادة (17) من قانون المعاملات الإلكترونية على المساواة بين المحررات الإلكترونية والمحررات الورقية في الإثبات، حيث نصت على أنه: " يكون للسجل الإلكتروني المرتبط بتوقيع الكتروني محمي الحجية ذاتها المقررة للسند العادي، ويجوز لأطراف المعاملة الإلكترونية الاحتجاج به ".

وبالنسبة للمشرع الجزائري، فقد نص في المادة (323 مكرر1) من القانون المدني على أنه:" يعتبر الإثبات بالكتابة في الشكل الإلكتروني كالإثبات بالكتابة على الورق". وعليه فالمشرع الجزائري ساوى بين الكتابة الإلكترونية والتقليدية؛ ومنه المساواة بين المحرر الإلكتروني والورقي.

من خلال ما سبق، يمكن القول أن المحررات الإلكترونية لها نفس الحجية في المحررات التقليدية وذلك متى توفرت على الشروط المحددة في التشريعات التي نظمتها، وهي نفسها الشروط الواجب توفرها في المحررات التقليدية.

الفرع الأول

حجية المحررات الإلكترونية الرسمية والعرفية في الإثبات

إن المحررات تنقسم إلى نوعين محررات رسمية وعرفية، ولها حجية في الإثبات وقد تم الاعتراف بها من قبل التشريعات كما أشرنا سابقا، وتعتبر المحررات الرسمية أقوى من المحررات العرفية من ناحية الإثبات، فالمحررات الرسمية هي حجة على الكافة (أولا)، أما المحررات العرفية فهي حجة فقط فيما بين طرفيها (ثانيا).

---

[1] انظر، المادة (5) من قانون المعاملات الإلكترونية الإماراتي.

[2] لقد نظم المشرع الأردني مسبقا مسألة المحررات الإلكترونية بخصوص الأوراق المالية ، مجال براءة الاختراع، مجال الرسوم والنماذج الصناعية ، المجال البنكي ، قانون أصول المحاكمات. انظر، حمودي محمد ناصر، العقد الدولي الإلكتروني المبرم عبر الإنترنت، المرجع السابق، ص 295.

أولا: الحجية القانونية للمحرر الإلكتروني الرسمي

يعرف المحرر الإلكتروني الرسمي على أنه المحرر الذي يقوم من خلاله موظف عام أو شخص مكلف بخدمة عامة بإثبات ما تم على يديه أو ما تلقاه من ذوي الشأن بطريقة إلكترونية في حدود اختصاصه ووفقا للأوضاع القانونية[1].

ومن خلال هذا التعريف نلاحظ أن المحرر الإلكتروني الرسمي يجب أن يتوفر على شروط معينة وتتمثل هذه الأخيرة في ما يلي:

1- صدور المحرر من موظف عام أو شخص مكلف بخدمة عامة

ويقصد بالموظف العام كل من تقوم الدولة بتعيينهم للقيام بأعمال معينة ولو كانوا بدون أجر، كالمختار في العراق أو العمدة في مصر[2].

أما الشخص المكلف بخدمة عامة فهو كل شخص يشغل منصبا ما بمقتضى قرار إداري سواء أكان مأجور أو غير مأجور، تابع لجهاز مركزي أو محلي أو هيئة عامة تابعة للدولة كالخبراء الذين تعينهم المحكمة لإجراء خبرة فنية[3]. فهؤلاء يقومون بإثبات ما تلقوه من قبل ذو الشأن، بحيث يصدر المحرر باسمهم أو موقع من قبلهم.

إذن، ما يهمنا في هذا الصدد هو المحرر الإلكتروني الموثق، وهو ما نجده بالنسبة إلى جهة التصديق الإلكتروني المختصة بالتوثيق في الجزائر بمقتضى القانون رقم 15-04 المتعلق بالتوقيع والتصديق الإلكتروني، حيث أن الوظيفة الأساسية له هي تحديد هوية المتعاملين وتحديد أهليتهم القانونية وكذا التحقق من التعامل وسلامة التوقيع في المعاملات الإلكترونية، مما يجعل الوضع الظاهري يبدو كأنه تطبيق لمهمة الموثق العادي[4] .

---

[1] سامح عبد الواحد التهامي، التعاقد عبر الإنترنت 'دراسة مقارنة'، المرجع السابق، ص 563.

[2] توفيق حسن فرج، قواعد الإثبات في المواد المدنية والتجارية، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2003، ص 82.

[3] يحيا بكوش، أدلة الإثبات في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي، الشركة الوطنية للنشر والتوزيع، الجزائر،1981 ، ص 94 .

[4] آمال حابت، التجارة الإلكترونية في الجزائر، المرجع السابق، ص 91.

وفي فرنسا يتم توثيق المحررات من قبل الموثقين حيث أنهم مكلفين بخدمة عامة يؤجرون على أعمالهم من أصحاب الشأن[1]، كما أن تنظيم عملهم وكيفية توثيق المحررات يتم بمقتضى المرسوم رقم 1971-941 المعدل بالمرسوم 2005-973[2].

1- <u>أن يتم تحرير المحرر الإلكتروني في حدود سلطته واختصاصه</u>

ويقصد بالسلطة هنا أن يكون للموظف الولاية القانونية أثناء كتابة المحرر، ففي حالة عزله أو إيقافه عن العمل أو نقله، فإنه يفقد سلطته ويكون المحرر باطلا، إضافة على هذا فإنه يجب أن يكون الموظف آهلا لتحرير هاته المحررات[3].

والمقصود بأن يكون الموظف في حدود اختصاصه؛ أي الاختصاص الإقليمي بحيث يمارس وظائفه في الدائرة المحددة له قانونيا أو تنظيميا.

وفي هذا الصدد يطرح التساؤل حول كيفية توثيق محرر إلكتروني بين أطراف لا يتواجدون في نفس المدينة؟

لقد أخذ المشرع الفرنسي حلا لهذه المسألة، وهي أن يتدخل في عملية التوثيق أكثر من موثق، حيث يحضر كل من المتعاقدين أمام الموثق المتواجد في مدينته ومعه شهود، وذلك بعد أن يتفقا على من يكون منهما هو الموثق الرئيسي، بعدها يقوم الموثق الآخر بالالتزام بإرسال المحرر الإلكتروني الرسمي إلى الموثق الرئيسي، ويتم الإرسال عبر شبكة داخلية للموثقين[4].

كما يتم التوقيع من قبل المتعاقدين والشهود سواء عن طريق التوقيع بالماسح الضوئي أو بالقلم الإلكتروني، بعدها يقوم الموثق بالتوقيع على المحرر الإلكتروني، ويوقع الموثق الرئيسي على المحرر الإلكتروني ليضفي الصفة الرسمية عليه[5].

---

[1] سامح عبد الواحد التهامي، التعاقد عبر الإنترنت 'دراسة مقارنة'، المرجع السابق، ص 565.

[2] Décret n° 2005-973 du 10 août 2005 modifiant le décret n° 71-941 du 26 novembre 1971 relatif aux actes établis par les notaires. https://www.legifrance.gouv.fr . 20/07/2017.

[3] إياد احمد سعيد الساري، النظام القانوني لإبرام العقد الإلكتروني، المرجع السابق، ص 169.

[4] سامح عبد الواحد التهامي، نفس المرجع، ص 566.

[5] سامح عبد الواحد التهامي، نفس المرجع، ص 568.

2-أن يتم تحرير المحرر وفقا للأوضاع المقررة قانونا

على الموظف أو الشخص المكلف بتحرير المحرر أن يراعي الأوضاع المقررة قانونا أثناء ممارسته لمهامه تحت طائلة البطلان، وعليه عدم إضفاء الصبغة الرسمية على المحرر في حالة عدم مراعاة الأوضاع القانونية [1].

ثانيا: حجية المحرر الإلكتروني العرفي

يعرف المحرر العرفي على أنه المحرر الذي يشمل توقيع من صدر عنه أو على ختمه أو بصمته، وليست له صفة المحرر الرسمي أي لا يصدر عن موظف عام[2].

وقد تعرض قانون الأونسيترال النموذجي بشأن التجارة لمسألة الحجية القانونية للمحرر الإلكتروني العرفي في الإثبات، وذلك في المادة (2/9) والتي قضت بأن المحرر الإلكتروني الذي يتضمن الشروط المنصوص عليها له الحجية الكاملة في الإثبات .

كما نصت المادة (15) من قانون التوقيع الإلكتروني المصري على أنه: " للكتابة الإلكترونية وللمحررات الإلكترونية، في نطاق المعاملات المدنية والتجارية والإدارية، ذات الحجية المقررة للكتابة والمحررات الرسمية والعرفية في أحكام قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية، متى استوفت الشروط المنصوص عليها في هذا القانون وفقا للضوابط الفنية والتقنية التي تحددها اللائحة التنفيذية لهذا القانون".

ونفس الأمر ذهب إليه المشرع العراقي في المادة (13) من قانون التوقيع الإلكتروني والتي نصت على أنه :" تكون للمستندات الإلكترونية والعقود الإلكترونية ذات الحجية القانونية كمثيلتها الورقية".

أما المشرع الجزائري فلم يتطرق إلى إثبات المحرر الإلكتروني العرفي في القانون رقم 15-04 المتعلق بالتوقيع الإلكتروني، إلا أنه أشار في المادة (323 مكرر) على ذلك بقوله: "مهما كانت الوسيلة التي تتضمنها وكذا طرق إرسالها"؛ وبالتالي فالمحرر الإلكتروني العرفي يعتبر وسيلة للإثبات في التشريع الجزائري .

---

[1] الإثبات عن طريق المحررات الرسمية والعرفية في التشريع المدني الجزائري، http://middi.over-blog.com/2016/03/56fcfb2f-87c7.html، 2017/07/26.

[2] هدار عبد الكريم، مبدأ الثبوت بالكتابة في ظل ظهور المحررات الإلكترونية، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، السنة الجامعية 2013-2014، ص 66.

وينبغي التنويه أنه في حالة نكران المدين لتوقيعه الإلكتروني على المحرر الإلكتروني العرفي زالت عن هذا الأخير حجيته المؤقتة، لذلك فإن من نسب إليه المحرر يكون أمام أحد الفروض التالية[1]:

-الفرض الأول: إنكار المدين أن التوقيع الإلكتروني الوارد على المحرر الإلكتروني خاص به، وفي هذه الحالة يكون على من يتمسك بالمحرر الإلكتروني تقديم شهادة التصديق الإلكتروني الخاصة بالموقع.

-الفرض الثاني: اعتراف المدين على أن التوقيع الوارد على المحرر الإلكتروني خاص به إلا أنه ينكر حصول التوقيع منه، وفي هذه الحالة فإنه يقع على عاتقه أن يثبت كيفية وصول هذا التوقيع على هذا المحرر، وعن كيفية استخدام شخص آخر بمفتاحه الخاص للتوقيع الإلكتروني[2].

-الفرض الثالث: سكوت المدين على نسب التوقيع الوارد في المحرر الإلكتروني له، ففي هذه الحالة يعتبر قرينة على أنه إقرار ضمني، باعتبار أن السكوت نظريا لا يعد إنكارا وذلك لأن الإنكار يجب أن يكون صريحا[3].

وفي هذا الصدد تجدر الإشارة أن المشرع الفرنسي قد منح للقاضي السلطة التقديرية في التأكد من نسبة المحرر الإلكتروني العرفي للمدين ومدى توافر الشروط المنصوص عليها قانونا وذلك في المادة (2/287)[4] من المرسوم رقم 2002-1436 [5] والتي تنص على أنه: " إذا كان الإنكار يرد على محرر أو توقيع إلكتروني، فإن للقاضي التحقق مما إذا كانت الشروط المنصوص عليها في المادة 1316-4/1316 من القانوني المدني الخاصة بصحة المحرر والتوقيع الإلكتروني قد تحققت".

---

[1] سامح عبد الواحد التهامي، التعاقد عبر الإنترنت 'دراسة مقارنة'، المرجع السابق، ص 556 وما بعدها.

[2] سامح عبد الواحد التهامي، نفس المرجع، ص 557 .

[3] إياد احمد سعيد الساري، النظام القانوني لإبرام العقد الإلكتروني، المرجع السابق، ص 182.

[4] Art (278/2) : « Si la dénégation ou le refus de reconnaissance porte sur un écrit ou une signature électroniques, le juge vérifie si les conditions, mises par les articles 1316-1 et 1316-4 du code civil à la validité de l'écrit ou de la signature électroniques, sont satisfaites ».

[5] Décret n° 2002-1436 du 3 décembre 2002 ,J.O du 12 décembre 2002. Disponible sur : www.legifrance.gouv.fr . 28/7/2017.

وقد أصاب المشرع الفرنسي في إدراج هذه الفقرة من هذه المادة حيث منح للقاضي السلطة التقديرية في التأكد من الشروط المنصوص عليها قانونا والمتعلقة بالمحرر والتوقيع الإلكتروني.

من خلال ما سبق، يمكن القول أن المحررات الإلكترونية رسمية كانت أو عرفية لها نفس الحجية القانونية في المحررات الورقية؛ وهذا ما أقرت به معظم التشريعات، ويكون ذلك متى توفرت على الشروط المنصوص عليها قانونا .

الفرع الثاني

الاستثناءات الواردة على االاثبات في دليل الكتابي في المحررات الإلكترونية

تتمثل الاستثناءات الواردة على الدليل الكتابي في المحررات الإلكترونية في ما يلي:

أولا: مبدأ الثبوت بالكتابة

يعرف مبدأ الثبوت بالكتابة في المادة (2/335) على أنه:" وكل كتابة تصدر من الخصم ويكون من شأنها أن تجعل وجود التصرف المدعى به قريب الاحتمال، تعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة".

لقد نصت أغلب التشريعات[1] على أنه في حال تجاوزت قيمة التصرف القانوني نصابا معينا، فإنه لا يجوز إثباته إلا بالكتابة، إلا أنها وضعت استثناءات لهذه القاعدة من بينها مبدأ الثبوت بالكتابة والتي تعتبر أحد الاستثناءات التي يتم اللجوء إليها حتى لو تجاوز قيمة النصاب المحددة، إلا أن هذا يتحقق بشروط يجب توافرها وسنردها في ما يلي [2]:

1-وجود الكتابة

ويقصد بها أنه توجد هناك ورقة مكتوبة تكون لها علاقة بالتصرف المطلوب إثباته وعليه فإن الأقوال الشفهية لا تشكل بداية الثبوت بالكتابة إلا إذا تم تدوينها في ورقة مكتوبة[3].

---

[1] انظر، المادة (333) من ق م الجزائري: القيمة المحددة 100.000 دج؛ المادة (1341) من ق م الفرنسي: القيمة المحددة 800 أورو.

[2] هدار عبد الكريم، مبدأ الثبوت بالكتابة في ظل ظهور المحررات الإلكترونية، المرجع السابق، ص 21.

[3] براهيمي صالح، الإثبات بشهادة الشهود في القانون الجزائري 'دراسة مقارنة في المواد المدنية والجنائية'، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، السنة الجامعية 2011-2012، ص 98.

وبغرض تحقيق مبدأ الثبوت بالكتابة، يجب أن يكون محرر مكتوب مهما كان شكله أو طبيعته، سواء كان رسالة ممضاة أو مذكرة خاصة أو محضر صلح أو بقايا سند أو دفاتر تجارية، جميع ذلك يعتبر صالح ليكون مبدأ الثبوت بالكتابة طالما لا يعتبر دليلا كامل بالنسبة لموضوع الدعوى[1].

وعليه فالمحرر الإلكتروني المستخرج من جهاز الكومبيوتر يحتوي على شرط الكتابة لذلك لا يمكن إنكار أنه يمكن اعتباره محررا مكتوبا، فالقانون لا يتطلب بيانات معينة فيه ليعتبره مبدأ ثبوت بالكتابة[2]، وبما أن التشريعات التي نظمت الإثبات الإلكتروني بحجية عناصر المحرر الإلكتروني وساوت بينها وبين عناصر المحرر التقليدي، فإنه لم يعد هناك أي معوقات في تشكل الكتابة الإلكترونية [3].

2-<u>أن يكون المحرر صادر من المدعى عليه</u>

يجب أن يكون المحرر المكتوب صادر من المدعى عليه أو ممن ينوبه، ويمكن أن يكون موقع منه توقيعا غير كامل أو يحمل علامة تدل على نسبته إليه[4]، وصدور الكتابة قد يكون مادي؛ أي أن تكون الكتابة قد تم تحريرها بخط المدعى عليه موقعة كانت أم لا، وقد يكون معنوي في حالة ما قام المدعى عليه بإملاء محتوى المحرر كأن يكون المدعى عليه أميا فيكتب المحرر بإملائه[5].

وفي هذا الصدد يثار التساؤل حول إمكانية اعتبار أن المحرر الإلكتروني صادر من المدعى عليه بالرغم من أنه غير مكتوب بخطه، وعليه يمكن اعتباره مبدأ ثبوت الكتابة؟

يذهب البعض إلى أن المحرر الإلكتروني يتوفر فيه هذا الشرط، حيث أن التدخل الايجابي للمدعى عليه بكتابته على لوحة المفاتيح تؤدي إلى توفر شرط الصدور المادي

---

[1] أيسر صبري إبراهيم، إبرام العقد عن الطريق الإلكتروني وإثباته 'دراسة مقارنة'، المرجع السابق، ص 145.

[2] سامح عبد الواحد التهامي، التعاقد عبر الإنترنت 'دراسة مقارنة'، المرجع السابق، ص 579.

[3] إياد احمد سعيد الساري، النظام القانوني لإبرام العقد الإلكتروني، المرجع السابق، ص 193.

[4] أيسر صبري إبراهيم، نفس المرجع، ص145.

[5] شادي رمضان إبراهيم طنطاوي، النظام القانوني للتعاقد والتوقيع في إطار عقود التجارة الإلكترونية، المرجع السابق، ص104.

للمحرر من المدعى عليه، في حين يرى آخرون أن توفر هذا الشرط يعتبر صدوره من المدعى عليه صدورا معنويا وليس ماديا[1].

كما ذهب آخرون إلى أنه لا يمكن اعتبار المحرر الإلكتروني غير الموقع إلكترونيا مبدأ ثبوت بالكتابة، لأنه لا يمكن نسبة هذا المحرر للمدعى عليه بأي شكل سواء كان الصدور مادي أو معنوي [2].

3- أن يجعل تصرف المدعى عليه قريب الاحتمال

ويقصد به أن يكون المحرر من شأنه جعل الواقعة المراد إثباتها مرجحة الحدوث، أي أن يدل المحرر على صدق واقعة من شأن ثبوتها جعل المدعى به قريب الاحتمال، وتقدير قيمة الكتابة في هذا الشأن من اختصاص محكمة الموضوع[3].

لذلك، فإن هذا الشرط لا يثير أي إشكال في المحرر الإلكتروني لأن مسألة تقدير جعل تصرف المدعى به قريب الاحتمال من عدمه هي مسألة تخضع للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع.

واستنادا إلى ذلك، فإنه متى توفرت هذه الشروط فإنه يمكن الاستعانة بمبدأ ثبوت الكتابة، إلا أنه وجد اختلاف فقهي حول مدى اعتبار المحرر الإلكتروني كمبدأ ثبوت الكتابة؟

لقد اختلف الفقه في مدى اعتبار المحرر الإلكتروني مبدأ ثبوت بالكتابة، حيث ذهب البعض إلى عدم إمكانية اعتباره كذلك، ذلك أن الكتابة الإلكترونية تختلف بصفتها عن الكتابة التقليدية، وعليه لا يمكن اعتبار المحرر الإلكتروني مبدأ ثبوت الكتابة[4].

فيما ذهب آخرون أنه يمكن اعتباره مبدأ ثبوت بالكتابة؛ وذلك متى كان المحرر الإلكتروني موقع من الطرفين، حيث يتم استخدام تقنية جديرة في إنشاءه وحفظه واسترجاعه[5].

---

[1] مقتبس عن، سامح عبد الواحد التهامي، التعاقد عبر الإنترنت 'دراسة مقارنة'، المرجع السابق، ص 583.

[2] مقتبس عن، إياد أحمد سعيد الساري، النظام القانوني لإبرام العقد الإلكتروني، المرجع السابق، ص 195.

[3] نبيل إبراهيم سعد، أحكام الالتزام والإثبات، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2013، ص 415.

[4] حسن عبد الباسط جميعي، إثبات التصرفات القانونية التي يتم إبرامها عن طريق الإنترنت، المرجع السابق، ص 62.

[5] عيسى غسان ربضى، القواعد الخاصة بالتوقيع الإلكتروني، المرجع السابق، ص 262.

إلا أن الرأي الغالب –وهو الرأي الذي نؤيده –هو الرأي الأول الذي ينفي اعتبار المحرر الإلكتروني مبدأ ثبوت الكتابة ذلك أن اعتباره كذلك يجعل من المحرر دليل ناقص لا يدل بذاته على وجود محتوى التعاقد بل يجعله قريب الاحتمال، وعليه صعوبة الاحتجاج بالمحرر الإلكتروني في الإثبات في حالة عدم استكمالها بأدلة إثبات أخرى، كما أنه لا يمكن وضع توقيعين إلكترونيين على محرر إلكتروني كما هو الحال في المحرر التقليدي[1].

ثانيا: المانع المادي من الحصول على دليل كتابي

تنص المادة (336)[2] من القانون المدني الجزائري على أنه:"يجوز الإثبات بالشهود أيضا فيما يجب إثباته بالكتابة إذا وجد مانع مادي أو أدبي يحول دون الحصول على دليل كتابي".

ويقصد بالمانع المادي هو كل ما يعترض الشخص لإبرام تصرف قانوني بسبب ظروف خارجية وتمنعه من الحصول على الدليل الكتابي، وهي مسألة تقديرية متروكة لقاضي الموضوع [3].

أما المانع الأدبي فهو راجع إلى ظروف معنوية تحول دون المطالبة بدليل كتابي، كوجود صلة القرابة أو نسب أو علاقة زوجية[4].

وبالنسبة للعقد الإلكتروني، فقد اختلف الفقه حول ما إذا كان يعتبر مانع من الحصول على الدليل الكتابي أم لا ؟

يذهب البعض إلى اعتباره مانع مادي من الحصول على الدليل الكتابي، وعليه يجوز للمتعاقد عبر الإنترنت أن يثبت التصرف بجميع طرق الإثبات، وتبريرهم في ذلك أن كل التصرفات القانونية التي تبرم عبر الإنترنت تقبل الإثبات بكافة الطرق، فالعبرة في الظروف المحيطة التي تمنع من الحصول على دليل كتابي وليست بطبيعة التصرف[5].

---

[1] أيسر صبري إبراهيم، إبرام العقد عن الطريق الإلكتروني وإثباته 'دراسة مقارنة'، المرجع السابق، ص 148.

[2] تقابلها المادة (62/ا) من ق الإثبات المصري؛ المادة (18) من ق الإثبات العراقي؛ المادة (30) من ق البينات الأردني؛ المادة (1/1348) من ق مدني فرنسي.

[3] حمودي محمد ناصر،العقد الدولي الإلكتروني المبرم عبر الإنترنت مع التركيز على عقد البيع الدولي للبضائع، المرجع السابق، ص 303.

[4] شادي رمضان إبراهيم طنطاوي، النظام القانوني للتعاقد والتوقيع في إطار عقود التجارة الإلكترونية، المرجع السابق، ص110.

[5] مقتبس عن، سامح عبد الواحد التهامي، التعاقد عبر الإنترنت 'دراسة مقارنة'، المرجع السابق، ص 591.

فيما ذهب آخرون –وهو الرأي الذي نؤيده–إلى أنه لا يعتبر مانع مادي، لأن فكرة المنع من الحصول على الدليل الكتابي غير متوفرة، ذلك أن صعوبة إنشاء هذا الدليل أثناء التعاقد عبر الإنترنت لا ترقى إلى درجة الاستحالة بل يرجع إلى مجرد الصعوبة، وهذه الأخيرة لا تعتبر مانع مادي، حيث أن الأطراف يختارون بمحض إرادتهم الطريقة التي يتم فيها إبرام العقد، فالتعاقد عبر الإنترنت ليس الطريقة الوحيدة لذلك [1].

مما سبق، يمكن القول أنه وبتوافر الوسائل التقنية والقانونية التي تسهل على المتعاقد عبر الإنترنت الحصول على الدليل الكتابي، لم يعد لهذا المانع أي وجود ليتمسك به المتعاقدين لحصولهم على هذا الدليل في العقد الإلكتروني، كما تبقى هذه المسألة تقديرية يختص بها قاضي الموضوع .

ثالثا: فقد الدليل الكتابي لسبب أجنبي

تنص المادة (336) من القانون المدني الجزائري على أنه:" يجوز الإثبات بالشهود أيضا فيما يجب إثباته بالكتابة.... إذا فقد الدائن سنده الكتابي لسبب أجنبي خارج عن إرادته".

وعليه، فإن المشرع قد منح للشخص الذي فقد الدليل الكتابي بسبب أجنبي أن يثبت هذا التصرف بشهادة شهود، وذلك متى توفرت بعض الشروط والمتمثلة في ما يلي:

1-إثبات وجود سند كتابي

ويقصد به الدليل الكتابي الكامل، إذ أن الهدف منه هو حماية من لم يقصر في الحصول على دليل كتابي[2].

كما يجب على المدعي إثبات مضمون الدليل الذي يدعيه واستيفاءه للشروط القانونية وأن يثبت سبق وجود الدليل الكتابي بكافة الطرق، بما فيها شهادة شهود والقرائن.

2-فقد السند لسبب أجنبي

على المدعى إثبات أنه قد فقد السند لسبب أجنبي، وهذا الأخير إما أن يكون حادث مفاجئ أو قوة قاهرة كالسرقة أو الحريق، وقد يكون بفعل الطرف الآخر أو بفعل الغير وعليه

[1] مقتبس عن، أيسر صبري إبراهيم، إبرام العقد عن الطريق الإلكتروني وإثباته 'دراسة مقارنة'، المرجع السابق، ص 150.

[2] شادي رمضان إبراهيم طنطاوي، النظام القانوني للتعاقد والتوقيع في إطار عقود التجارة الإلكترونية، المرجع السابق، ص 112.

لا يجب أن يكون فقد السند راجع إلى المدعي ولو كان مجرد إهمال من قبله[1].

أما في التعاقد عبر الإنترنت فيتصور حدوث هذا الشرط، حيث يمكن أن تحدث إصابة للمحرر الإلكتروني بفيروس أو حدوث خلل فني يؤدي إلى فقدانه مثلا، وعليه فإن الحادث التقني يدخل في دائرة السبب الأجنبي[2].

وفي حالة فقدان دليل إلكتروني بسبب أجنبي، فكل ما يجب على المدعي هو إثبات سبق وجود الدليل بكافة طرق الإثبات، بعدها يثبت واقعة فقدانه بسبب خارج عن إرادته؛ لا يد له فيه ويتم إثباتها بكافة الطرق.

من خلال ما سبق، يمكن القول أن المحرر الإلكتروني هو إنشاء أو إرسال أو استلام أو تخزين بيانات بوسيلة إلكترونية على وسيط إلكتروني أو أي وسيلة أخرى.

كما أنه يتميز بمجموعة من المميزات والخصائص، وقد اهتمت به معظم التشريعات حيث اشترطت لإضفاء الحجية القانونية عليه أن يتوفر على شروط معينة وهي نفسها المشترطة في المحرر التقليدي، والمتمثلة في تحديد هوية الشخص الذي صدر عنه المحرر الإلكتروني وعدم قابلية بيانات المحرر الإلكتروني للتعديل وكذا قابلية المحرر الإلكتروني للاحتفاظ بالمعلومات الواردة فيه، سواء كان المحرر الإلكتروني رسمي أو عرفي.

أما الاستثناءات الواردة على الدليل الكتابي في المحررات الإلكترونية فرأينا أن المحرر الإلكتروني لا يمكن اعتباره مبدأ ثبوت بالكتابة أو اعتباره مانع مادي من الحصول على دليل كتابي، ذلك أن اعتباره كذلك يجعل منه دليل ناقص لا يدل على مضمونه كما أن فكرة المنع من الحصول على الدليل غير متوفرة، أما شرط فقد الدليل لسبب أجنبي يمكن تصوره في العقد الإلكتروني لإمكانية حدوثه.

---

[1] أيسر صبري إبراهيم، إبرام العقد عن الطريق الإلكتروني وإثباته 'دراسة مقارنة'، المرجع السابق، ص156.

[2] سامح عبد الواحد التهامي، التعاقد عبر الإنترنت 'دراسة مقارنة'، المرجع السابق، ص 598.

الفصل الثاني

الجهة المختصة بحل نزاعات العقد الإلكتروني والقانون الواجب التطبيق عليه

بما أن العقد الإلكتروني يبرم عبر شبكة الإنترنت فهو في الغالب ما يتضمن عنصر أجنبي، وقد يحدث أن تقع نزاعات بين أطراف العقد حول مسألة معينة، مما يثير إشكالية تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي، وهذا الأخير أثير من قبل في عقود التجارة الدولية التقليدية، وكان له الفضل في إيجاد القانون الدولي الخاص، والذي تكمن مهمته الأساسية في حل مشكلة تعدد الأنظمة القانونية التي تحكم علاقة قانونية واحدة، وذلك من خلال نظرية تنازع القوانين والتي تعتمد على قواعد الإسناد التي ترتكز على معايير وضوابط مكانية[1].

وبما أننا بصدد العقود الإلكترونية التي لا تعترف بالضوابط والمعايير المكانية يطرح التساؤل حول إمكانية تطبيق القواعد التقليدية على منازعات العقد الإلكتروني أم لابد من البحث عن قواعد جديدة لحل هذه المنازعات تتوافق وطبيعتها الإلكترونية؟

وسنجيب على هذه الإشكالية من خلال دراسة الجهة المختصة بحل نزاعات العقد الإلكتروني(المبحث الأول) والقانون الواجب التطبيق عليه (المبحث الثاني).

المبحث الأول

الجهة القضائية المختصة بحل نزاعات العقد الإلكتروني

في ظل انتشار إبرام العقود الإلكترونية وتنفيذها عبر الإنترنت نتج عن ذلك نزاعات وذلك راجع للغياب المادي لأطراف العقد، مما حتم ضرورة البحث عن تحديد الجهة القضائية المختصة[2] بحل هذا النزاع، وهنا يثور التساؤل حول ما إذا كانت القواعد العامة للاختصاص القضائي كفيلة بحل النزاعات المتعلقة بالعقد الإلكتروني (المطلب الأول) ،أم يجب البحث في حلول أخرى تقوم بتسوية هذه النزاعات تتلاءم مع طبيعة هاته العقود (المطلب الثاني).

---

[1] حمودي محمد ناصر، العقد الدولي الإلكتروني المبرم عبر الإنترنت، المرجع السابق، ص 460.

[2] يعرف الاختصاص بأنه سلطة الحكم وفق القانون في نزاع معين، والاختصاص هو السلطة الممنوحة للمحكمة للنظر في النزاع. انظر، طاهري حسين، الإجراءات المدنية والإدارية الموجزة، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، ج1، الجزائر،2012، ص 29.

المطلب الأول

مدى ملائمة تنازع الاختصاص القضائي للتطبيق على نزاعات العقد الإلكتروني

عند وضع قواعد الاختصاص القضائي الدولي لم يأخذ بعين الاعتبار وضع قواعد خاصة متعلقة بالعقود الإلكترونية؛ ذلك أنها جاءت لاحقة بعد نشأته، وبالتالي لم تقم بمراعاة خصوصية هذه العقود[1]، لذا يثور التساؤل حول إمكانية تطبيق وملائمة القواعد العامة في تحديد المحكمة المختصة بتسوية نزاعات العقود الإلكترونية؟ (الفرع الأول) وما هي الصعوبات التي تواجه إعمالها؟ (الفرع الثاني).

الفرع الأول

تطبيق القواعد العامة في تحديد المحكمة المختصة بتسوية نزاعات العقود الإلكترونية

إن الاختصاص القضائي يتعلق بمشكلة معرفة المحكمة أو الدولة التي تختص محاكمها بحل النزاع، إلا أنه وفي العقد الإلكتروني يوجد قصور تشريعي قي تنظيم البنية القانونية اللازمة لتسوية المنازعات الإلكترونية[2] وهذا ما يؤدي إلى اللجوء إلى القواعد التقليدية وفقا للضوابط العامة لتعيين الاختصاص القضائي؛ والمتمثلة في ما يلي:

أولا: اختصاص المحكمة التي تم الاتفاق على اللجوء إليها

إن الاختصاص القضائي الدولي ينعقد بناء على اتفاق الأطراف استنادا إلى بند يتم إدراجه في العقد، حيث لهما أن يتفقا على أن يكون الاختصاص لمحاكم أخرى غير التي يقع في دائرتها محل إقامة المدعى عليه أو موطنه[3].

ويشترط لصحة هذا الاتفاق توفر جملة من الشروط تتمثل في ما يلي[4]:

-أن لا يكون الاتفاق منطوي على غش.

-أن يكون هناك مصلحة مشروعة للطرف لجعل الاختصاص لمحكمة معينة بالذات.

-أن يكون هناك رابطة جدية بين النزاع المطروح والمحكمة التي تم الاتفاق على اختيارها.

---

[1] حمودي محمد ناصر، العقد الدولي الإلكتروني المبرم عبر الإنترنت، المرجع السابق، ص508.

[2] أحمد ولد محمد المصطفى، العقد الإلكتروني في القانون الدولي الخاص، http://eddamir.info ، 2017/11/19.

[3] أياد أحمد سعيد الساري، النظام القانوني لإبرام العقد الإلكتروني على ضوء قانون التوقيع الإلكتروني والمعاملات الإلكترونية، المرجع السابق، ص 232.

[4] قدري محمد محمود، حماية المستهلك في العقد الإلكتروني، المرجع السابق، ص 198.

-يجوز أن يكون الاتفاق صريح أو ضمني؛ كأن يتفق الأفراد في العقد أو في وثيقة مستقلة على جعل الاختصاص في هاته المحكمة، أو كأن يرفع المدعى دعواه في المحكمة المختارة ويأتي المدعى عليه ويدخل في الموضوع دون أن يدفع بعدم الاختصاص[1]، كما يجوز أن يكون هذا الاتفاق سابقا على نشوء النزاع أو بعده.

أما بالنسبة للاتفاق على تحديد الاختصاص في العقود الإلكترونية، وتفاديا لأي خلاف قد يحدث، فإنه يلزم بتوضيح شرط قبول الاختصاص، ويفضل أن يكون بشكل مكتوب ولو إلكترونيا[2]، وهو ما تضمنه التوجيه الأوربي سنة 2000 بالنص على أن:" كل تراسل بطريقة إلكترونية يسمح بتعديل دائم للاتفاق يعتبر وكأنه يلبس شكل كتابي"[3].

من خلال ما سبق، يمكن القول أنه يفضل تحديد اختيار الجهة الفضائية المختصة بالفصل في النزاع باتفاق الأطراف وذلك تفاديا لأي نزاع قد يحدث، وهذا الاتفاق كما قلنا يجب أن يتوفر على شروط حتى ينتج أثره، وهذا ما تبنته معظم التشريعات، أما إذا لم يكن هناك اتفاق على ذلك، فإنه يتم تطبيق الضوابط العامة المطبقة على النزاعات الناشئة عن العقود الدولية وهذا ما سنورده في النقاط الموالية.

ثانيا: اختصاص محكمة موطن أو محل إقامة المدعى عليه

تقضي القاعدة العامة في الاختصاص الدولي للمحاكم برفع الدعوى أمام محكمة موطن أو محل إقامة المدعى عليه[4].

وهذا ما أخذت به أغلب نصوص التشريعات، ومن أهمها المادة (42)[5] من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي، والتي جعلت الاختصاص عند غياب اتفاق الأطراف لمحكمة موطن المدعى عليه.

---

[1] هبة ثامر محمود عبد الله، عقود التجارة الإلكترونية 'دراسة مقارنة'، المرجع السابق، ص 270.

[2] أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 74.

[3] « tout transmission par voie électronique qui permet de corriger durablement la convention est considérée comme revêtant une forme écrit ».

[4] بشار طلال المومني، مشكلات التعاقد عبر الإنترنت 'دراسة مقارنة'، المرجع السابق، ص 250.

[5] Art (42): « La juridiction territorialement compétente est, sauf disposition contraire, celle du lieu où demeure le défendeur.

S'il y a plu sieurs défendeurs, le demandeur saisit, à son choix, la juridiction du lieu où demeure l'un d'eux.

والمادة (29) من قانون المرافعات المصري[1] والتي نصت على أنه:" تختص محاكم الجمهورية بنظر الدعاوى التي ترفع على الأجنبي الذي له موطن أو محل إقامة في الجمهورية".

أما المشرع الجزائري[2] فقد نص عليها في المادة (37) [3]من قانون الإجراءات المدنية والإدارية[4]، حيث جعل الاختصاص يؤول إلى المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها موطن المدعى عليه كقاعدة عامة، كما نجد المادة (41)[5] تشير إلى الدعاوى التي يكون فيها عنصر أجنبي سواء كان مدعي أو مدعى عليه؛ حيث أن للمحاكم الجزائرية النظر فيها متى كانت الالتزامات تنفذ في الجزائر، والمادة (42)[6] والتي يجوز فيها للمحاكم الجزائرية النظر في الدعاوى التي يتم فيها التعاقد مع أجنبي في بلد أجنبي.

ثالثا: اختصاص محكمة محل إبرام أو تنفيذ العقد

يعتبر اختصاص محكمة محل إبرام أو تنفيذ العقد من القواعد الاحتياطية[7]، ولما كان العقد الإلكتروني يعتبر من العقود المبرمة بين حاضرين زمانا وغائبين مكانا، فالعبرة تكون

=Si le défendeur n'a ni domicile ni résidence connus, le demandeur peut saisir la juridiction du lieu où il demeure ou celle de son choix s'il demeure à l'étranger ».

[1] قانون رقم 1986-13 المتعلق بقانون المرافعات المصري .

[2] قانون رقم 08-09 المتعلق بالإجراءات المدنية والإدارية، ج ر، ع21، الصادر في 23 أبريل 2008.

[3] المادة (37) من قانون إ م إ:" يؤول الاختصاص الإقليمي للجهة القضائية التي يقع في دائرة اختصاصها موطن المدعى عليه..."

[4] الأمر رقم 75-59 المتعلق بالقانون التجاري، الصادر في 26 سبتمبر1975، المعدل والمتمم بالأمر رقم 15-20 ، ج ر، ع 71، الصادر في 30 ديسمبر 2015.

[5] المادة (41) من قانون إ م إ :" يجوز أن يكلف بالحضور كل أجنبي، حتى ولو لم يكن مقيما في الجزائر أمام الجهات القضائية الجزائرية لتنفيذ الالتزامات التي تعاقد عليها في الجزائر مع جزائري .

كما يجوز تكليفه بالحضور أمام الجهات القضائية الجزائرية بشأن التزامات تعاقد عليها في بلد أجنبي مع جزائريين'.

[6] المادة (42) من قانون إ م إ :' يجوز أن يكلف بالحضور كل جزائري أمام الجهات القضائية الجزائرية بشأن التزامات تعاقد عليها في بلد أجنبي حتى ولو كان مع أجنبي".

[7] لقد أخذت بهذا الضابط العديد من التشريعات، أهمها: المادة (1/37) من قانون المرافعات العراقي؛ المادة (2/30) من قانون المرافعات المصري؛ المادة (3/39) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري؛ المادة (2/46) من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي؛ المادتين (17)،(18) من اتفاقية بروكسل المتعلقة بالاختصاص القضائي وتنفيذ الأحكام في المواد المدنية والتجارية بين دول الاتحاد الأوربي 1968.

في المكان الذي علم فيه الموجب بالقبول ما لم يوجد نص أو اتفاق يقضي بخلاف ذلك[1] وعليه يتعين الرجوع إلى هذا المكان لتحديد الاختصاص القضائي في الحالات التي يتم فيها تحديد هذا الاختصاص بالمكان الذي نشأ فيه هذا الالتزام[2].

كما يمكن أن تختص المحاكم في دولة تنفيذ العقد بغض النظر عن مكان إبرام العقد فدفع الثمن ببطاقة الائتمان أو تقديم الاستشارات القانونية أو الطبية، يعتبر تنفيذا للعقد في بلد المستفيد منها، وعليه يمكن لمحاكم دولته أن تختص بالنزاع الناشئ عن هذا العقد[3].

رابعا: ضابط الجنسية

يعتبر القانون الفرنسي من أهم القوانين التي أعطت لهذا الضابط أهمية وذلك بموجب المادتين (14)[4] و(15)[5] من القانون المدني الفرنسي، حيث أن المشرع أعطى امتياز الاختصاص القضائي بالنسبة للفرنسيين سواء كانوا مدعين أو مدعى عليهم وسواء كانوا اشخاص طبيعين أو معنويين، فبمجرد أن يكونوا فرنسيين ينعقد الاختصاص للقضاء الفرنسي بشرط ألا يتعارض مع الاتفاقيات الدولية خاصة التنظيم الأوروبي المؤرخ في 2000/12/22 واتفاقية لوغانو، وأن لا يكون قد توفرت شروط تطبيق أحد معايير الاختصاص السالفة الذكر، وأيضا يجب أن لا يتعارض مع قواعد تنازع القوانين[6].

كما نص على هذا الضابط القانون المصري في المادة (28) من قانون المرافعات والتي نصت على أنه:" تختص محاكم الجمهورية بالنظر في الدعاوى التي ترفع على المصري ولو لم يكن له موطن أو محل إقامة في الجمهورية".

---

[1] أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص النوعي، المرجع السابق، ص75.

[2] لزهر بن سعيد، النظام القانوني لعقود التجارة الإلكترونية، المرجع السابق، ص227.

[3] عبد الفتاح بيومي الحجازي، النظام القانوني لحماية التجارة الإلكترونية ' نظام التجارة الإلكترونية وحمايتها مدنيا'، المرجع السابق، ص 175.

[4] Art (14) : « L'étranger, même non résidant en France, pourra être cité devant les tribunaux français, pour l'exécution des obligations par lui contractées en France avec un Français ; il pourra être traduit devant les tribunaux de France, pour les obligations par lui contractées en pays étranger envers des Français ».

[5] Art (15) : « Un Français pourra être traduit devant un tribunal de France, pour des obligations par lui contractées en pays étranger, même avec un étranger ».

[6] حمودي محمد ناصر، العقد الدولي الإلكتروني المبرم عبر الإنترنت، المرجع السابق، ص 515.

أما القانون الجزائري فقد أخذ بهذا المعيار هو الآخر، وذلك في المادتين (41) و(42) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية والتي ركزت على جنسية الأطراف.

وفي الحقيقة، إن منازعات عقود الاستهلاك في العقد الإلكتروني تخضع إلى الضوابط العامة للاختصاص القضائي؛ حيث تختص المحكمة التي تم الاتفاق عليها أو محكمة موطن أو محل إقامة المدعى عليه أو محكمة محل إبرام أو تنفيذ العقد على النحو الذي عرضناه آنفا[1]، إلا أن التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية قد تخرج عن هذه المبادئ بهدف توفير حماية أكبر للمستهلك[2] ومن أمثلة ذلك ما يلي:

- **مجموعة القانون الدولي الخاص السويسري عام 1987**

تضمنت المبادئ العامة للاختصاص القضائي[3]، ثم قامت بإضافة نص خاص بعقود المستهلك وذلك في المادة (1/114) منه، والتي نصت على أنه:" للمستهلك الخيار في أن يرفع دعواه أمام:

أ- محكمة موطنه، أو محل إقامته العادية.

ب-عند غيابه، الإقامة العادية لمقدم السلعة أو الخدمة"[4].

كما نصت الفقرة الثانية من نفس المادة على أنه:" لا يسوغ للمستهلك أن يتنازل مقدما عن اختصاص محكمة موطنه أو محل إقامته العادية"[5].

والملاحظ على هذه المادة أنها أعطت للمستهلك الخيار في رفع دعواه أمام محكمة موطنه أو محل إقامته العادية. وفي حالة غيابه يكون أمام محكمة الإقامة العادية لمقدم

---

[1] هبة ثامر محمود عبد الله، عقود التجارة الإلكترونية 'دراسة مقارنة'، المرجع السابق، ص 273.

[2] عبد الفتاح بيومي الحجازي، النظام القانوني لحماية التجارة الإلكترونية ' نظام التجارة الإلكترونية وحمايتها مدنيا'، المرجع السابق، ص 175.

[3] انظر، المادة (112) و(113) من مجموعة القانون الدولي الخاص السويسري 1987.

[4] Art (114/1) : « Dans les contrats qui répondent aux conditions énoncées par l'art. 120, al. 1, l'action intentée par un consommateur peut être portée, au choix de ce dernier, devant le tribunal suisse;

a. de son domicile ou de sa résidence habituelle, ou

b. du domicile ou, à défaut de domicile, de la résidence habituelle du fournisseur ».

[5] Art (114/2) : « Le consommateur ne peut pas renoncer d'avance au for de son domicile ou de sa résidence habituelle ».

السلعة أو الخدمة، وتأكيدا للحرية الممنوحة للمستهلك أقرت الفقرة الثانية بأنه لا يحق له التنازل مسبقا عن هذا الحق، وذلك كنوع من الحماية المقررة له.

- **اتفاقية بروكسل في 27 سبتمبر 1968**[1]

لقد نصت المادة (14) على أنه يمكن للمستهلك رفع دعواه على الطرف الآخر في محكمة موطن هذا الأخير، أو أمام محاكم الدولة المتعاقدة التي يتوطن فيها المستهلك[2].

ووفقا للمادة (15) فإنه لا يجوز الخروج على الحالات السابقة إلا باتفاق لاحق على نشأة النزاع، أما قبل ذلك فلا يجوز[3].

من خلال ما سبق، يمكن القول أن خروج هذه الاتفاقيات عن القواعد العامة في الاختصاص القضائي كان بغية توفير حماية أكبر للمستهلك باعتباره الطرف الضعيف في العلاقة؛ بحيث لا يمكن أن يكون في قوة الشركات الكبرى التي تقوم بعرض سلعها وخدماتها، وما تستخدمه من إغراءات لجلب أكبر عدد من المستهلكين. إلا أن تطبيق القواعد التقليدية للاختصاص القضائي على منازعات العقود الإلكترونية يواجه بعض الصعوبات، وهذا ما سنتناوله في الفرع الموالي.

---

[1] Convention concernant la compétence judiciaire à l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (signée le 27 septembre 1968 (1)) (72/454/CEE) . https://eur-lex.europa.eu . 21/11/2017.

[2] Art (14/1) : « Le vendeur et le prêteur domiciliés sur le territoire d'un État contractant peuvent être attraits, soit devant les tribunaux de cet État, soit devant les tribunaux de l'État contractant sur le territoire duquel est domicilié l'acheteur ou l'emprunteur ».

[3] Art (15) : « Il ne peut être dérogé aux dispositions de la présente section que par des conventions:

1. postérieures à la naissance du différend.

2. qui permettent à l'acheteur ou à l'emprunteur de saisir d'autres tribunaux que ceux indiqués à la présente section.

3. qui, conclues entre l'acheteur et le vendeur ou entre l'emprunteur et le prêteur ayant leur domicile ou leur résidence habituelle dans un même État contractant, attribuent compétence aux tribunaux de cet État sauf si la loi de celui-ci interdit de telles conventions ».

الفرع الثاني

الصعوبات التي تواجه إعمال ضوابط الاختصاص القضائي وحلولها

يواجه إعمال ضوابط الاختصاص القضائي على العقود الإلكترونية العديد من الصعوبات لما يتميز به من طبيعة إفتراضية لامادية (أولا)، إلا أنه تم اقتراح بعض الحلول لذلك من قبل بعض التشريعات(ثانيا)، وهذا ما سنبينه من خلال ما يلي:

أولا: الصعوبات التي تواجه تطبيق الضوابط التقليدية للاختصاص القضائي

تتمثل أهم هذه الصعوبات في ما يلي:

1-صعوبة تحديد موطن أو محل إقامة المدعى عليه

إن قاعدة تحديد موطن أو محل إقامة المدعى عليه تثير صعوبات كثيرة أهمها صعوبة التحقق من موطن أو محل إقامة المدعى عليه، ومنه ضرورة إعمال فكرة الموطن الإفتراضي المتواجد على الشبكة، إلا أن هذا الأخير عادة ما يكون مزيف، وبالتالي فهو مرفوض خاصة وأن التوجيه الأوروبي الصادر في 2000/06/08 المتعلق بالتجارة الإلكترونية أقر بأن وجود وسائل تقنية لتوريد المعلومات لا يمثل منشأة المورد[1]، ونفس الأمر أشارت إليه المادة (5/6) من اتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة باستخدام الخطابات الإلكترونية في عقود التجارة الدولية الصادرة في 09 ديسمبر 2005[2]، حيث نصت على:" أن مجرد استخدام الطرف إسم النطاق أو عنوان بريد إلكتروني ذا صلة ببلد معين لا ينشأ قرينة على أن مقر عمله يوجد في ذلك البلد"[3].

ومن الصعوبات المتعلقة بتطبيق هذا الضابط عدم التزام المتعاقد بالإدلاء ببياناته الشخصية بصورة صحيحة[4].

---

[1] حمودي محمد ناصر، العقد الدولي الإلكتروني المبرم عبر الإنترنت ، المرجع السابق، ص 514-515.

[2] Convention des Nations Unies sur l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux (New York, 9/12/2005). https://www.uncitral.org/. 25/11/2017.

[3] Art(6/5) : « The sole fact that a party makes use of a domain name or electronic mail address connected to a specific country does not create a presumption that its place of business is located in that country ».

[4] حابت آمال، التجارة الإلكترونية في الجزائر، المرجع السابق، ص480.

والأصل أن تحديد محل الإقامة يشير إلى مكان ثابت ودائم يتم فيه إبرام العقد، وهذا غير متوفر في العقود الإلكترونية، حيث أن العنوان الإلكتروني لا يشكل إقامة ثابتة بمفهوم الاتفاقيات الدولية، إضافة أنه توجد عناوين إلكترونية لا تحمل أي مؤشر يدل على الإقامة وهذا من الأسباب التي دعت لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي يقر بضعف قيمة التوطين في العناوين الإلكترونية [1].

2-صعوبة تحديد محل إبرام العقد

إن تحديد مكان إبرام العقد يثير بعض الصعوبات في العقود الدولية التقليدية؛ سيما وأن الأنظمة القانونية قد اختلفت بشأن تعيين محل إبرام العقد، وما زاد من صعوبة ذلك اتساع النطاق العالمي للتجارة الإلكترونية؛ والتي لا تقوم على تواجد حقيقي في مكان محدد، وعليه يكون على من يدعي إبرام العقد في مكان ما أن يقوم بتقديم الدليل على صحة ادعائه[2].

وتكمن صعوبة تحديد مكان إبرام العقد الإلكتروني أيضا في صعوبة تحديد مكان إرسال واستقبال الرسالة كونها تتم في بيئة إلكترونية، كما أنه يصعب تحديد زمان ومكان إبرام العقد بسبب اختلاف الدول في تحديد المعايير التي يتم بها تحديد لحظة تطابق الإرادتين[3].

3-صعوبة تحديد محل تنفيذ العقد

إن تحديد مكان تنفيذ العقد له أهمية خاصة في القانون الدولي الخاص، إذ يمكن الاستناد عليه لتحديد القانون الواجب على العقد والقضاء المختص بحل النزاع.

إلا أنه يثير بعض الصعوبات في حال كان العقد سينفذ داخل شبكة الإنترنت والذي عادة ما يكون موضوعه خدمات أو أشياء غير مادية، إذ يصعب توطين العقد، وبالتالي يصعب تحديد مكان تنفيذه[4].

4-صعوبة تحديد جنسية الأطراف

إن طبيعة العقود الإلكترونية تتسم بغياب التواجد المادي لطرفي العقد وقت إبرامه، وهذا ما يعسر التحقق من هويتهم؛ حيث يصعب مراقبة العناوين التي يتم استخدامها من قبل

---

[1] صالح المنزلاوي، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، المرجع السابق، ص371.

[2] صالح المنزلاوي، نفس المرجع، ص369.

[3] حابت آمال، التجارة الالكترونية في الجزائر، المرجع السابق، ص 482.

[4] صالح المنزلاوي، نفس المرجع، ص370.

المتعاقدون للتحقق من هوية الشخص الآخر، فالتجار لا يسمح لهم بتخزين عناوين العملاء على قاعدة البيانات الخاصة بهم للتحقق من هويتهم؛ وبالتالي يصعب التأكد من جنسية الأطراف المتعاقدة، كما أن إعمال هذا الضابط يؤدي إلى تركيز أو توطين الرابطة العقدية مكانيا[1].

من خلال ما سبق، يمكن القول أن إعمال الضوابط المكانية في العقود الإلكترونية يواجه العديد من الصعوبات؛ ذلك أن مثل هذه العقود لا تعترف بالحدود الجغرافية، كما أنها تعتمد على معطيات لامادية تتجاهل جميع المسائل المادية ولا تعترف بمسألة الحدود التي تقسم المجتمع الدولي.

بالإضافة إلى صعوبة إعمال الضوابط المكانية توجد صعوبة انحصار سلطة القاضي في حدود إقليم دولته، حيث أنه يصعب تنفيذ الحكم خارج الدولة التي صدر فيها وذلك راجع لوجود اختلاف في الأنظمة القانونية بخصوص الشروط المطلوبة لتنفيذ الأحكام الأجنبية على أقاليمها، وكذا الاختلاف في إجراءات تنفيذ الحكم وطرقه، وكذا الاختلاف في مفهوم النظام العام من دولة إلى أخرى[2].

ثانيا: الحلول المطروحة لتفادي الصعوبات التي تواجه إعمال الضوابط التقليدية على العقد الإلكتروني

بالنسبة إلى عدم الالتزام بالإدلاء بالبيانات الصحيحة من قبل المتعاقد، فقد عالج التوجيه الأوربي رقم 2000–31 ذلك في المادة (5) منه[3]، والمادة (14) من مشروع الأمم المتحدة

---

[1] حابت آمال، التجارة الإلكترونية في الجزائر، المرجع السابق، ص 478.

[2] حمودي محمد ناصر، العقد الدولي الإلكتروني المبرم عبر الإنترنت، المرجع السابق، ص 517.

[3] Art (5) : « Outre les autres exigences en matière d'information prévues par le droit communautaire, les États membres veillent à ce que le prestataire rende possible un accès facile, direct et permanent, pour les destinataires du service et pour les autorités compétentes, au moins aux informations suivantes:

a) le nom du prestataire de services.

b) l'adresse géographique à laquelle le prestataire de services est établi.

c) les coordonnées du prestataire, y compris son adresse de courrier électronique, permettant d'entrer en contact rapidement et de communiquer directement et efficacement avec lui.

المتعلق بالتعاقد الإلكتروني بين الدول الأعضاء، حيث جعل مؤدي الخدمة يتيح لمتلقي الخدمة بشكل دائم اسمه وعنوانه الجغرافي والإلكتروني، إسم السجل التجاري المقيد به ورقمه، وأي معلومات أخرى تفيد تحديد هويته[1].

كما أن المادة (14) تمثل أحد الحلول في صعوبة تحديد الجنسية؛ حيث أنها تمكن الطرف المتعاقد من معرفة جنسية الطرف الآخر، إلا أن أحكامها ليست إجبارية ولا يتم توقيع جزاءات في حال مخالفتها، وهذا ما يدفع البعض إلى إخفاء جنسيتهم الحقيقية[2].

أما بالنسبة لصعوبة تطبيق ضابط محل إبرام العقد الالكتروني، يمكن أن يتفق الأطراف على مكان معين، يكون هو مكان العقد حيث يتلاءم مع الطبيعة الإفتراضية للعقد الإلكتروني سواء كان هذا المكان مكان إرسال الإيجاب أو مكان تسلمه، وعليه تختص محكمته في النظر في النزاع القائم بين المتعاقدين.

=d) dans le cas où le prestataire est inscrit dans un registre de commerce ou dans un autre registre public similaire, le registre de commerce dans lequel il est inscrit et son numéro d'immatriculation, ou des moyens équivalents d'identification figurant dans ce registre.

e) dans le cas où l'activité est soumise à un régime d'autorisation, les coordonnées de l'autorité de surveillance compétente.

f) en ce qui concerne les professions réglementées:

– tout ordre professionnel ou organisme similaire auprès duquel le prestataire est inscrit,

– le titre professionnel et l'État membre dans lequel il a été octroyé,

– une référence aux règles professionnelles applicables dans l'État membre d'établissement et aux moyens d'y avoir accès.

g) dans le cas où le prestataire exerce une activité soumise à la TVA, le numéro d'identification visé à l'article 22, paragraphe 1, de la sixième directive 77/388/CEE du Conseil du 17 mai 1977 en matière d'harmonisation des législations des États membres relatives aux taxes sur le chiffre d'affaires – Système commun de taxe sur la valeur ajoutée: assiette uniforme(29).

2. Outre les autres exigences en matière d'information prévues par le droit communautaire, les États membres veillent au moins à ce que, lorsque les services de la société de l'information mentionnent des prix, ces derniers soient indiqués de manière claire et non ambiguë et précisent notamment si les taxes et les frais de livraison sont inclus ».

[1] حابت آمال، التجارة الإلكترونية في الجزائر، المرجع السابق، ص 480.

[2] لزهر بن سعيد، النظام القانوني لعقود التجارة الإلكترونية، المرجع السابق، ص223.

وعن صعوبة تطبيق ضابط محل تنفيذ العقد الإلكتروني، فيمكن إيجاد حل له عن طريق قياسه على بيع البضائع، حيث أن مكان التنفيذ هو مكان تسلم الأشياء والخدمات[1]، وهذا ما ذهب إليه التوجيه الأوربي حيث أنه يعتبر مكان التنفيذ هو مكان التسليم المادي للمبيع[2].

إضافة إلى ما سبق، فإنه تم اقتراح الاختصاص القضائي للعقود الإلكترونية من قبل لجنة خبراء وكان ذلك في مؤتمر لاهاي سنة 1999، حيث كانوا يقومون بوضع مشروع مسودة ميثاق ينظم مسائل الاختصاص وتنفيذ الأحكام الأجنبية في العلاقات المدنية والتجارية حيث لاحظوا أنه توجد بعض المسائل التي تميز التجارة الإلكترونية عن التقليدية، وهذا ما أدى إلى تشكيل لجنة أخرى وقررت بأن تكون القواعد الخاصة بتحديد الاختصاص القضائي كما يلي[3]:

- محكمة موطن أو محل إقامة المدعى عليه.
- المحكمة التي تم الاتفاق عليها من قبل المتعاقدين.
- محكمة محل إبرام أو تنفيذ العقد.

والملاحظ على هذه الاقتراحات أنها عبارة عن تطبيق للقواعد التقليدية في الاختصاص القضائي، وبالتالي ستواجه عند إعمالها نفس الصعوبات السابقة الذكر، ونتيجة لذلك تم البحث في وسائل أخرى لحل النزاعات المتعلقة بالعقود الإلكترونية لها خصائص تتلاءم مع طبيعة هذه العقود، وهي مبادرة فعالة لتفادي إعمال القواعد التقليدية المتميزة بالبطء والتعقيد.

أما عن موقف المشرع الجزائري في هذا الصدد، فقد نص في المادة (2) من قانون التجارة الإلكترونية على أنه :" يطبق القانون الجزائري في مجال المعاملات الإلكترونية في حالة ما إذا كان أحد أطراف العقد الإلكتروني :

-متمتعا بالجنسية الجزائرية، أو

-مقيما إقامة شرعية في الجزائر، أو

-شخصا معنويا خاضعا للقانون الجزائري،

---

[1] حابت أمال، التجارة الإلكترونية في الجزائر، المرجع السابق، ص483.

[2] انظر، المادة (5) من التوجيه الأوربي 2000-31 الخاص بالتجارة الإلكترونية.

[3] حمودي محمد ناصر، العقد الدولي الإلكتروني المبرم عبر الإنترنت، المرجع السابق، ص 518-519.

أو كان العقد محل إبرام أو تنفيذ في الجزائر".

يتضح من هذه المادة أن المشرع الجزائري حدد الحالات التي يطبق فيها القانون الجزائري على المعاملات الإلكترونية، إلا أنه لم يحدد لنا اجراءاتها أو خصوصيتها الإلكترونية.

وللإجابة عن مدى ملائمة قواعد تنازع الاختصاص القضائي التقليدي للتطبيق على نزاعات العقد الإلكتروني، فيمكن القول أنه لا يتلاءم معه، وذلك راجع لطبيعة هذا النوع من العقود، حيث لاحظنا عند تطبيق القواعد العامة ظهور بعض الصعوبات مما يجعلنا نتفادى تطبيقها وحتى الحلول المقترحة غير كفيلة لسد الفراغ القانوني في تحديد الجهة القضائية المختصة لحل النزاع، وعليه يفضل اتفاق الطرفين على تحديد المحكمة المختصة في حل النزاع سواء كان ذلك بشكل صريح أو ضمني، وسواء كان سابق أو لاحق على نشوء النزاع.

أما في حالة عدم وجود اتفاق، فيجب البحث عن وسيلة إلكترونية تتلاءم مع طبيعة النزاعات المتعلقة بالعقود الإلكتروني، ومن بين أهم هذه الوسائل التحكيم الإلكتروني والذي بدأ يفرض نفسه ويتطور، وهذا ما سنفصل فيه في المطلب الموالي.

المطلب الثاني

التحكيم الإلكتروني كوسيلة لحل نزاعات العقد الإلكتروني

إن ظهور التحكيم كآلية بديلة لحل منازعات العقود الدولية التقليدية كان له صدى أمام منازعات عقود التجارة الإلكترونية، لذلك أصبح اللجوء إليه أكثر بالمقارنة مع الوسائل الإلكترونية الأخرى[1]، كما أن التحكيم الإلكتروني يهدف إلى تأمين بيئة العمل الإلكتروني وما يتصل بها، وذلك عن طريق تسوية النزاعات الإلكترونية القائمة وتقديم خدمات استشارية من شأنها تجنب حدوث نزاعات وذلك من أجل مجتمع رقمي معافى2 وعليه سيتم دراسة

[1] بوديسة كريم، التحكيم الإلكتروني كوسيلة لتسوية منازعات عقود التجارة الإلكترونية، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، السنة الجامعية 2011-2012، ص 8.

[2] مصطفى أحمد الحاج يوسف، مصطفى أبو سالف ادم مصطفى، إجراءات التحكيم الإلكتروني وتنفيذ قراراته، مجلة جامعة بخت الرضا العلمية، جامعة بخت الرضا،السودان،ع 14، 2015، ص69.

مفهوم التحكيم الإلكتروني (الفرع الأول) لنتطرق بعدها إلى آلية عمل وتنفيذ التحكيم الالكتروني (الفرع الثاني).

الفرع الأول

مفهوم التحكيم الإلكتروني

إن جوهر التحكيم الإلكتروني يكمن في حل المنازعات الناتجة عن إبرام التصرفات القانونية عبر شبكة الإنترنت(أولا)، حيث يعتبر أنجع وسيلة لحل هذا النوع من النزاعات لما يتوافق مع طبيعتها وخصوصيتها، وقد تعددت الآراء الفقهية بشأن طبيعته القانونية بين القائل أنها ذو طبيعة تعاقدية أو قضائية أو مختلطة أو مستقلة (ثانيا).

أولا: تعريف التحكيم الإلكتروني

ينقسم مصطلح التحكيم الإلكتروني إلى شقين، الأول هو التحكيم بمعناه التقليدي: وهو اتفاق الأطراف على طرح نزاعهم على شخص معين أو أشخاص معينين لتسويته خارج المحكمة المختصة [1]، والثاني الإلكتروني: ويعني الاعتماد على تقنية استخدام الوسائط والأساليب والشبكات الإلكترونية ومنها شبكة الإنترنت[2].

ومن هذا المنطلق، فإنه يقصد بالتحكيم الإلكتروني: التحكيم الذي يمكن أن يتم إجراءه بشكل عام أو جزئي عبر الإنترنت أو وسائل الاتصال الإلكترونية الأخرى[3].

وقد ذهب جانب من الفقه إلى تعريفه بأنه:' اتفاق الأطراف على إخضاع منازعاتهم الناشئة عن الصفقات التي أبرمت في الغالب بوسائل إلكترونية إلى شخص ثالث يفصل فيها بموجب سلطة مستندة من اتفاق أطراف النزاع وباستخدام وسائل اتصال حديثة تختلف عن الوسائل التقليدية المستخدمة في التحكيم التقليدي'[4].

---

[1] Chtillon Stéphane , Le Contrat international,3^{em} édition, librairie Vuibert, Paris, 2007 , p :285.

[2] شادي رمضان، النظام القانوني للتعاقد والتوقيع في إطار عقود التجارة الإلكترونية، المرجع السابق، ص 427.

[3] هشام بشير، إبراهيم عبد ربه إبراهيم، التحكيم الإلكتروني، المركز القومي للإصدارات القانونية، مصر، 2012، ص 25.

[4] مقتبس عن، عصام أحمد البهجي، التحكيم الإلكتروني في عقود التجارة الدولية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2017، ص 89.

ويشمل نطاق التحكيم الإلكتروني النظم والتقنية المعلوماتية والحواسيب التطبيقية والمعاملات الإلكترونية وما يتصل بها في القطاع الخاص والعام[1].

وبناء على ما سبق، فإن مفهوم التحكيم الإلكتروني لا يختلف عن التحكيم التقليدي إلا في الآلية التي يتم بها هذا الإجراء من البداية إلى النهاية باستعمال وسائل الاتصال الحديثة[2]، إلا أن هذه المسألة كانت محل خلاف حول إلزامية إتمام التحكيم بأكمله عبر الوسيلة الإلكترونية لاعتباره تحكيم إلكتروني أم يكفي استعمال هذه الوسيلة في أي مرحلة من مراحله ليعتبر كذلك؟

لقد انقسم الفقه في ذلك إلى اتجاهين:

-الإتجاه الأول: يعتبر التحكيم إلكترونيا سواء تم بصفة كلية عبر الوسائل الإلكترونية أو بصفة جزئية بأن يتم على بعض مراحل منه فقط؛ كأن يقتصر استعمال الوسيلة الإلكترونية في مرحلة إبرام اتفاق التحكيم أوفي مرحلة الخصومة في حين تتم باقي المراحل بالطرق التقليدية أين يتم عقد جلسات التحكيم بحضور الطرفين[3].

-الإتجاه الثاني: لا يعتبر التحكيم إلكتروني إلا إذا تم بصفة كلية عبر الوسيلة الإلكترونية؛ حيث يجب أن يبدأ باتفاق تحكيم إلكتروني وذلك بملء النموذج الذي سيرسل إلى الطرف الآخر، وبذلك يكون قد تم استدعائه إلى التحكيم إذا قبل المشاركة فيه بقبول الدعوى المرفوعة ضده بعدها يتم تبادل المستندات وسماع الشهود والخبراء، لينتهي بصدور حكم يتعهد الأطراف باحترامه[4].

وما نتفق معه هو الاتجاه الثاني، بالرغم من أنه يقيد من مفهوم ونطاق التحكيم الإلكتروني، إلا أنه يجب أن يتم هذا الأخير بصفة كلية وفي جميع مراحله بوسيلة إلكترونية

---

[1] عماد الدين محمد ، طبيعة وأنماط التحكيم مع التركيز على التحكيم عبر الإنترنت، المؤتمر السنوي السادس عشر (التحكيم التجاري الدولي): أهم الحلول البديلة لحل المنازعات التجارية، كلية الشريعة والقانون وغرفة تجارة وصناعة دبي ، جامعة الإمارات العربية المتحدة، 28-30 ابريل 2008، ص 1038.

[2] عصام عبد الفتاح مطر، التحكيم الإلكتروني 'ماهيته، إجراءاته، آلياته في تسوية منازعات التجارة الإلكترونية، العلامات التجارية وحقوق الملكية الفكرية'، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2009، ص42.

[3] مقتبس عن، توجي سامية، التحكيم الإلكتروني، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، السنة الجامعية 2008-2009، ص 06.

[4] عصام أحمد البهجي، التحكيم الإلكتروني في عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص 96.

ذلك أن اعتبار التحكيم إلكترونيا بمجرد استعمال الوسائل الإلكترونية فيه وفي أي مرحلة فهذا لا يجعل منه إلكتروني، ذلك أنه لا يوجد تحكيم يخلو من استعماله لهذه الوسائل.

ونظرا لأهمية التحكيم الإلكتروني اهتمت الدول والمنظمات بإصدار قوانين تسمح للأطراف اللجوء إليه عبر شبكة الإنترنت[1] كالتوجيه الأوروبي 2000-31 حيث نص في المادة الأولى منه بالسماح لدول الأعضاء في حالة وجود نزاع بين مقدمي خدمة المعلومات والمتعاملين معهم بتسوية نزاعاتهم باستخدام الوسائل الإلكترونية خارج المحاكم.

كما ساهمت المنظمة العالمية للملكية الفكرية 'wipo' في تطوير نظام التحكيم في نزاعات التجارة الإلكترونية وتنظيم منازعات الإنترنت والمتعلقة بالملكية الفكرية، وأسماء النطاق والعلامات التجارية، ومنه اختيار القانون الواجب التطبيق ووضع نظام سريع للتحكيم[2].

ويهدف التحكيم الإلكتروني إلى تنقية وتأمين بيئة العمل الإلكتروني من خلال تسوية المنازعات الإلكترونية، وذلك من خلال تقديم خدمات التحكيم عن طريق محكمين خارجيين عبر وسائط الاتصال الإلكترونية لتسوية النزاعات الناشئة عن علاقة قانونية[3].

كما أن للتحكيم الإلكتروني مزايا وعيوب، حيث تتمثل مزاياه في ما يلي:

- إن اللجوء إلى التحكيم الإلكتروني يجنب الأطراف عدم الاعتراف القانوني للعقود الإلكترونية وكذلك صعوبة تحديد القانون الواجب التطبيق وتحديد المحكمة المختصة[4].
- يتميز التحكيم الإلكتروني بسرعة الفصل في النزاع على عكس ما يتم به العمل في المحاكم الوطنية والتحكيم العادي من بطء وتكدس للقضايا[1].

---

[1] توجان فيصل الشريدة، ماهية وإجراءات التحكيم الإلكتروني 'التحكيم عبر الإنترنت كوسيلة لفض منازعات التجارة الإلكترونية '، المؤتمر السنوي السادس عشر (التحكيم التجاري الدولي) :أهم الحلول البديلة لحل المنازعات التجارية، كلية الشريعة والقانون وغرفة تجارة وصناعة دبي، جامعة الإمارات العربية المتحدة، 28-30 ابريل 2008، ص 1094.

[2] سيد أحمد محمود، إلكترونية القضاء والقضاء الإلكتروني وإلكترونية التحكيم والتحكيم الإلكتروني 'دراسة مقارنة'، دار الفكر والقانون، مصر، 2015، ص 97.

[3] عصام عبد الفتاح مطر، التحكيم الإلكتروني 'ماهيته، إجراءاته، آلياته في تسوية منازعات التجارة الإلكترونية، العلامات التجارية وحقوق الملكية الفكرية'، المرجع السابق، ص44.

[4] أمينة خبابة، التحكيم الإلكتروني في التجارة الإلكترونية 'دراسة مقارنة'، دار الفكر والقانون، مصر، 2014، ص76.

- يقلل من تكاليف ونفقات التقاضي بما يتوافق مع حجم العقود الإلكترونية والتي عادة ما تكون متواضعة، ويتم أحيانا استخدام نظم الوسائط المتعددة التي تسمح باستخدام الوسائل السمعية والبصرية في عقد جلسات التحكيم على الخط المباشر وهذا ما يقلل من نفقات السفر والانتقال[2].
- يتميز بالسرية في جميع مراحله مما يحول دون إلحاق الضرر بسمعة الأطراف المحكمين، كما يجنب الأطراف سلبيات طرح نزاعهم أمام الجمهور بخلاف المحاكم العادية التي تخضع لمبدأ العلانية[3].
- يتميز بسهولة الحصول على الحكم؛ وذلك نتيجة تقديم المستندات عبر البريد الإلكتروني أو عبر الواجهة الخاصة التي صممت من المحكم أو مركز التحكيم الإلكتروني لتقديم البيانات والحصول على الأحكام الموقعة من المحكمين[4].

وبالرغم من هذه المزايا إلا أنه توجد عيوب تقلل من فاعلية التحكيم الإلكتروني وسيتم ذكرها في ما يلي:

- عدم مواكبة النظم القانونية الحالية للتطور السريع في التجارة الإلكترونية؛ حيث أنه يوجد جمود في القواعد القانونية المتعلقة بإجراءات التقاضي والتحكيم التقليدي من حيث الاعتراف بإجراءات التحكيم الإلكتروني[5].
- عدم تطبيق المحكم للقواعد الآمرة؛ لهذا عارض البعض اللجوء للتحكيم الإلكتروني ذلك أن حماية الطرف الضعيف عادة ما يكون من خلال القواعد الآمرة التي يقوم بوضعها المشرع لحماية المصالح الجماعية[1].

---

[1] حيث أنه إذا ما أراد أحد الأطراف تحريك التحكيم بعد نشوب النزاع فإن ذلك لا يتطلب منه إلا ملء استمارة إلكترونية دون الحاجة إلى الانتقال إلى المكان الذي يقع فيه المحكم. انظر، هشام بشير، إبراهيم عبد ربه إبراهيم، التحكيم الإلكتروني، المرجع السابق، ص 48.

[2] أمينة خبابة، التحكيم الإلكتروني في التجارة الإلكترونية 'دراسة مقارنة'، المرجع السابق، ص 77.

[3] شادي رمضان إبراهيم طنطاوي ، النظام القانوني للتعاقد والتوقيع في إطار عقود التجارة الإلكترونية، المرجع السابق، ص 433.

[4] هشام بشير، إبراهيم عبد ربه إبراهيم، التحكيم الإلكتروني، المرجع السابق، ص 51.

[5] عصام أحمد البهجي، التحكيم الإلكتروني في عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص 165.

- خطر إنكار العدالة، وأساسه الخوف في أن يؤدي اتفاق الأطراف على خضوع النزاع الذي يحدث بينهم إلى التحكيم إلى إنكار العدالة[2]، وهذا ما يؤدي إلى فقدان الثقة من جانبهم، وذلك نتيجة عدم استجماع اتفاق التحكيم للشروط المطلوبة في القانون كالكتابة[3].
- السرية، حيث أن مراكز التحكيم وبالرغم من توفيرها لبيئة آمنة على مختلف المستويات سواء لحظة إرسال البيانات أم عند التخزين، فالأمر لا يسلم من الاعتداء الداخلي أو الخارجي للبيانات[4].

ثانيا: الطبيعة القانونية للتحكيم الإلكتروني

تعددت الآراء والاتجاهات الفقهية حول الطبيعة القانونية للتحكيم، فالبعض ذهب بأن له طبيعة تعاقدية فيما ذهب آخرون إلى أن له طبيعة قضائية، وبين هذين الرأيين ظهر اتجاه آخر يرى بأن التحكيم ذو طبيعة مختلطة، فيما ظهر رأي أخر مخالف يقضي بأن التحكيم له طبيعة مستقلة، وسنوضح هذه الآراء في ما يلي:

1- الطبيعة التعاقدية للتحكيم الإلكتروني

يرى أنصار هذا الاتجاه أن أساس التحكيم الإلكتروني هو اتفاق التحكيم الذي يبرم بين الأطراف وفقا لإرادتهم الحرة، وعليه يجب إصباغ الصفة التعاقدية على التحكيم الإلكتروني[5].

والتحكيم الإلكتروني يقوم على مبدأ سلطان الإرادة؛ بحيث يجب أن يكون لإرادة الخصوم شأن فيه، فإذا محيت هذه الإرادة فلا يعتبر تحكيما بل قضاء، كما أنه لا يكفي وجود الإرادة

---

[1] سيد أحمد محمود، إلكترونية القضاء والقضاء الإلكتروني وإلكترونية التحكيم والتحكيم الإلكتروني 'دراسة مقارنة'، المرجع السابق، ص75.

[2] شادي رمضان إبراهيم طنطاوي، النظام القانوني للتعاقد والتوقيع في إطار عقود التجارة الإلكترونية، المرجع السابق ، ص 439.

[3] عصام عبد الفتاح مطر، التحكيم الإلكتروني 'ماهيته، إجراءاته، آلياته في تسوية منازعات التجارة الإلكترونية، العلامات التجارية وحقوق الملكية الفكرية'، المرجع السابق، ص61.

[4] محمد إبراهيم أبو الهيجاء، التحكيم الإلكتروني 'الوسائل الإلكترونية لفض المنازعات –الوساطة والتوفيق–التحكيم– المفاوضات المباشرة'، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2010، ص62.

[5] مقتبس عن، هشام بشير، إبراهيم عبد ربه إبراهيم، التحكيم الإلكتروني، المرجع السابق، ص 27.

فقط بل لابد من أن يقر المشرع بهذا الاتفاق، حيث أن إرادة الخصوم مع إقرار المشرع لها يشكل الجوهر القانوني لعملية التحكيم [1].

فاتفاق التحكيم يهدف إلى إخراج النزاع من القضاء ويسنده إلى محكم خاص، كما يعين القواعد الإجرائية الواجب إتباعها والقانون الواجب تطبيقه، فالقرار الذي يصل إليه المحكم ما هو إلا نتيجة لتطبيق الشروط المتفق عليها من قبل الخصوم، وبالتالي يكتسب التحكيم الصفة التعاقدية[2].

وقد لقي هذا الاتجاه سندا من قبل محكمة النقض الفرنسية؛ والتي أكدت على الطبيعة التعاقدية للتحكيم في حكمها الشهير في27 يوليو1937[3]حيث أعتبرت أن:" قرارات التحكيم الصادرة على أساس مشارطة تحكيم، تكون وحدة واحدة مع هذه المشارطة، وتسحب عليها صفتها التعاقدية".

كما يرى أنصار هذا الاتجاه أن جميع مراحل التحكيم تدل على أنه ذو طبيعة تعاقدية وذلك من خلال ما يلي:

- أن الهدف من التحكيم هو حل النزاع بطريقة ودية من قبل الأطراف من خلال استبعاده عن القضاء وإسناده إلى محكم خاص[4].
- يهدف التحكيم إلى تحقيق المصلحة الخاصة لأطراف عقد التحكيم، وذلك بخلاف القضاء الذي يهدف إلى تحقيق المصلحة العامة والمتمثلة في إقامة العدل[5].
- إن سلطة المحكم في النزاع أساسه اتفاق التحكيم ورضاء الخصوم بالقرار الذي يصدره المحكم، وعليه لا يمكن اعتبارها سلطة قضائية[6].

---

[1] عصام أحمد البهجي، التحكيم الإلكتروني في عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص 100 -101.

[2] شادي رمضان، النظام القانوني للتعاقد والتوقيع في إطار عقود التجارة الإلكترونية، المرجع السابق، ص 444.

[3] مقتبس عن: شادي رمضان، نفس المرجع، ص443.

[4] عصام عبد الفتاح مطر، التحكيم الإلكتروني 'ماهيته، إجراءاته، آلياته في تسوية منازعات التجارة الإلكترونية، العلامات التجارية وحقوق الملكية الفكرية'، المرجع السابق، ص46.

[5] أسامة إدريس بيد الله، التحكيم الإلكتروني 'ماهيته إجراءاته'، جامعة قاريونس، بنغازي ليبيا، 2008، ص05.

[6] عصام أحمد البهجي، التحكيم الإلكتروني في عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص 102.

- إن المحكم يمكن أن يكون وطنيا أو أجنبيا بخلاف القاضي الذي يجب أن يكون وطنيا، كما أن المحكم لا تنطبق عليه قواعد إنكار العدالة إذا لم يقم بواجبه وإذا أخطأ لا يخضع لقواعد المخاصمة[1].
- أن عمل المحكم لا يمكن اعتباره عمل قضائي سواء من الناحية الشكلية؛ حيث لا يلزم المحكمون بإتباع الإجراءات التي يتطلبها القانون إذا ما أعفاهم الخصوم من التقييد بها، أو من الناحية المادية؛ حيث أن المحكم ليس له سلطة الأمر كالقاضي فمثلا لا يستطيع إلزام شاهد بالحضور أمامه وتوقيع غرامة عليه في حالة عدم حضوره[2].

2- <u>الطبيعة القضائية للتحكيم الإلكتروني</u>

يرى أنصار هذا الاتجاه أن التحكيم الإلكتروني له طبيعة قضائية؛ وذلك باعتباره قضاء إجباري ملزم للخصوم حتى ولو تم الاتفاق عليه، كما أنه لا يمكن التملص منه فهو يحل محل قضاء الدولة الإجباري، فالمحكم لا يعمل بإرادة الخصوم فقط، وحكمه يعد عمل قضائي شأنه شأن العمل القضائي الصادر من السلطة القضائية في الدولة، بالإضافة إلى أن كل من المحكم والقاضي يحل النزاع بحكم يحوز حجية الأمر المقضي فيه[3]، وهذا ما يضفي الصبغة القضائية على التحكيم الإلكتروني.

كما استند هذا الاتجاه في تقرير الصفة القضائية للتحكيم على المبررات الآتية:

- أن وظيفة المحكم لا تعدو أن تكون وظيفة قضائية، وأن ما يصدره من أحكام تعد أعمالا قضائية سواء صدرت طبقا لقواعد القانون أو وفقا لقواعد العدالة، إضافة إلى ذلك فالمحكم له أن يصحح أخطائه المادية التي تشوب أحكامه، وذلك بشرط أن لا يكون ميعاد التحكيم قد انقضى وأن لا يكون قد تم إيداع حكم التحكيم قلم كتاب المحكمة ولو تم هذا الإيداع قبل انقضاء ميعاد التحكيم[4].

---

[1] شادي رمضان، نفس المرجع ، ص 445.

[2] عصام أحمد البهجي، التحكيم الإلكتروني في عقود التجارة الدولية، المرجع السابق ، ص 101.

[3] مقتبس عن، إبراهيم أحمد إبراهيم، التحكيم الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة مصر، 2000، ص 31.

[4] عصام عبد الفتاح مطر، التحكيم الإلكتروني 'ماهيته، إجراءاته، آلياته في تسوية منازعات التجارة الالكترونية، العلامات التجارية وحقوق الملكية الفكرية'، المرجع السابق، ص49.

- إن الإجراءات المتبعة في الخصوم ذات صبغة قضائية، وعليه فحكم المحكم هو عبارة عن حكم قضائي سواء من حيث الشكل أو المضمون أو الموضوع باعتبار أن المحكم يحل محل القاضي فتكون له وظيفته القضائية[1].
- يعتبر حكم التحكيم صادر من تاريخ كتابته والتوقيع عليه، أما الأمر الصادر بتنفيذه هو مجرد إجراء شكلي، الغرض منه التأكد من عدم وجود ما يمنع من تنفيذ حكم التحكيم، وعليه فهو لا يتدخل في مضمون الحكم[2].

3- الطبيعة المختلطة للتحكيم الإلكتروني

يرى أنصار هذا الاتجاه أن التحكيم ما هو إلا قالب قانوني يتضمن عملين؛ الفاعل في أحدهما غير الفاعل في الآخر هما اتفاق التحكيم ويحدثه المتنازعان، وقضاء المحكم ويحدثه المحكم[3].

وفحوى هذه النظرية أن التحكيم له صفتان، الأولى صفة تعاقدية وتجد أساسها في بداية النظام، وذلك عند تلاقي إرادة الأطراف في اللجوء إلى التحكيم، والثانية صفة قضائية وتظهر في الإجراءات والتي تنتهي بصدور حكم تحكيمي[4].

كما أن اتفاق التحكيم يتميز عن العقود الأخرى بهدفه وموضوعه، حيث يهدف إلى تسوية الآثار الناشئة عن علاقة سابقة وقائمة بالفعل، أما موضوعه يتمثل في إقامة كيان عضوي ترفع إليه ادعاءات الأطراف حيث يتولى الفصل فيها بصفة مستقلة[5].

أما عن عمل المحكم فيتمثل في حسم النزاع بحيث يتولاه استنادا للضوابط العامة التي يضعها النظام القانوني لحسم النزاع، والتي تجد مكانها في التنظيم التشريعي لقضاء الدولة بحسبانه التنظيم العام الذي يسري على كافة الهيئات ذات الصفة القضائية[6].

4- الطبيعة المستقلة للتحكيم الإلكتروني

---

[1] عصام أحمد البهجي، نفس المرجع ، ص 110.

[2] شادي رمضان، النظام القانوني للتعاقد والتوقيع في إطار عقود التجارة الإلكترونية، المرجع السابق، ص 451.

[3] مقتبس عن، علاء محي الدين مصطفى، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2008، ص25.

[4] هشام بشير، إبراهيم عبد ربه إبراهيم، التحكيم الإلكتروني، المرجع السابق، ص 28.

[5] علاء محي الدين مصطفى، نفس المرجع، ص25.

[6] شادي رمضان، نفس المرجع، ص453.

يرى أنصار هذا الاتجاه أن التحكيم الإلكتروني له طبيعة مستقلة عن الطبيعة العقدية والطبيعة القضائية، حيث أن التحكيم قد يبدأ باتفاق الأطراف وقد لا يبدأ به، ذلك أنه توجد حالات عديدة يتم فيها تشكيل هيئة التحكيم الإلكتروني من قبل مراكز التحكيم الإلكتروني الدائمة وليس من قبل الأطراف، ويستند أنصار هذا الاتجاه في رأيهم على عدة أسباب منها[1]:

- أن القضاء سلطة عامة تابع للدولة يقوم بها القاضي بهدف تحقيق سيادة القانون، أما التحكيم يهدف إلى تحقيق وظيفة اجتماعية واقتصادية هي التعايش السلمي بين الأطراف المتنازعة.
- يختلف التحكيم عن القضاء في بناءه الداخلي، حيث أن قانون المرافعات ينظم القضاء بصورة عامة ومجردة، بينما التحكيم يكون منظما تنظيما خاصا بمعرفة الخصوم أو مراكز التحكيم أو المحكمين.
- أن حكم التحكيم لا يتمتع بالقوة التنفيذية التي يتمتع بها الحكم القضائي بل يلزم تنفيذه صدور أمر بذلك من السلطة القضائية في الدولة.
- أن حجية الحكم القضائي تحول دون تعديله أو إلغائه إلا بطريق الطعن، وعليه لا يجوز رفع دعوى أصلية بالبطلان إلا في حالة انعدامه، في حين يجوز ذلك في حكم المحكمين لأي سبب من أسباب البطلان.

من خلال ما سبق، يمكن القول أن النظرية الملائمة لتطبيقها على التحكيم الإلكتروني هي النظرية المختلطة، حيث أنها تعتبر مزيج بين الصفة التعاقدية والقضائية، فهي تعاقدية بالنظر إلى تلاقي إرادة الأطراف في اللجوء إلى التحكيم، وهي أيضا ذات طبيعة قضائية من حيث إجراءاتها.

الفرع الثاني

آلية اجراءات التحكيم الإلكتروني

[1] شادي رمضان، النظام القانوني للتعاقد والتوقيع في إطار عقود التجارة الإلكترونية، المرجع السابق ، ص 457 وما بعدها.

سبق القول أنه يتم اللجوء إلى التحكيم الإلكتروني بموجب اتفاق بين الطرفين وذلك قبل أن يثور النزاع أو بعده ويكون ذلك بموجب اتفاق مدرج كبند في العقد الأصلي أو بموجب اتفاق مستقل، وعليه سنقوم بدراسة اتفاق التحكيم الإلكتروني من خلال تعريفه (أولا) والقانون الواجب التطبيق عليه (ثانيا) لنتناول بعده كيفية إجراءات سير العملية التحكمية الإلكترونية (ثالثا).

أولا: اتفاق التحكيم

يعرف اتفاق التحكيم بأنه اتفاق الأطراف المحتكمون على اللجوء إلى نظام التحكيم للفصل في كل أو بعض النزاعات التي نشأت أو ستنشأ بينهم مستقبلا بمناسبة علاقة قانونية معينة [1].

كما عرفه القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي[2] في المادة (1/7) على أنه:" اتفاق بين الطرفين على إحالة المنازعات التي نشأت أو قد تنشأ بينهما بشأن علاقة قانونية تعاقدية أو غير تعاقدية إلى التحكيم، ويجوز أن يكون التحكيم في صورة شرط تحكيم وارد في العقد أو في صورة اتفاق منفصل"[3].

أما عن تعريف اتفاق التحكيم الإلكتروني فيعرف على أنه:' اعتماد أطراف التحكيم على استخدام وسائل الاتصال الإلكترونية في الاتفاق على التحكيم'.

كما عرفته محكمة التحكيم الأمريكية (A.A.A) بأنه:' عبارة عن اتفاق الأطراف على التحكيم بطريقة إلكترونية لحسم المنازعات القائمة أو التي ستقوم بينهم والمتعلقة بالمعاملات التجارية التي تتم إلكترونيا بينهم عبر شبكة الإنترنت الدولية'[4].

---

[1] محمود السيد عمر التحيوي، العنصر الشخصي لمحل التحكيم، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2003، ص 60.

[2] Unicitral Model Law On International Commercial Arbitration1985. http://www.uncitral.org/. 12/12/2017.

[3] Art (7/1): « Arbitration agreement" is an agreement by the parties to submit to arbitration all or certain disputes which have arisen or which may arise between them in respect of a defi ned legal relationship, whether contractual or not ».

[4] شادي رمضان إبراهيم طنطاوي، النظام القانوني للتعاقد والتوقيع في إطار عقود التجارة الإلكترونية، المرجع السابق، ص 471.

من خلال ما سبق، يمكن القول أن كل من اتفاق التحكيم التقليدي والإلكتروني يؤديان نفس الوظيفة من حيث تسوية النزاعات القائمة بين الأطراف أو التي ستقوم مستقبلا إلا أن اتفاق التحكيم الإلكتروني يختلف في الوسيلة التي يتم إبرامه بها وهي الوسيلة الإلكترونية.

واتفاق التحكيم الإلكتروني له صورتان، تتمثل الأولى في شرط التحكيم والثانية في مشارطة التحكيم.

1-شرط التحكيم الإلكتروني[1]

ويعرف بأنه الشرط الذي يرد في العقد بإحالة المنازعات المستقبلية حول ذلك العقد إلى التحكيم[2]، وهذا الشرط يرد ضمن بنود تنظيم علاقة قانونية معينة[3].

ويكون الاتفاق في هذه الصورة سابق على قيام النزاع، حيث أنه لا ينتظر الأطراف نشوب نزاع بينهم ليقوموا بتحديد الوسيلة المعتمدة لحله، وإنما يتم اتخاذ القرار بشكل سابق[4].

ومن هذا المنطلق، فإن شرط التحكيم الإلكتروني يعرف على أنه ذلك الاتفاق على التحكيم كبند من بنود العقد الإلكتروني، ويكون متعلق بأي نزاع مستقبلي يحدث بين الأطراف، وعادة ما يتم الاتفاق على التحكيم في عقود التجارة الإلكترونية حيث يتم إدراجه كشرط من الشروط العامة فيه، والتي يتم الموافقة عليها عن طريق الوسائل الإلكترونية[5].

2-مشارطة التحكيم الإلكتروني[6]

---

[1] انظر، المادة (2/10) من قانون التحكيم المصري؛ المادة (11) من قانون التحكيم الأردني؛ المادة (444) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري؛ المادة (190) من قانون المرافعات المدنية والتجارية القطري؛ المادة (1/7) من قانون التحكيم التجاري الدولي؛ المادة (1442) من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي.

[2] يتوجي سامية، التحكيم الإلكتروني، المرجع السابق، ص22.

[3] هشام بشير، إبراهيم عبد ربه إبراهيم، التحكيم الإلكتروني، المرجع السابق، ص58.

[4] رجاء نظام حافظ بني شمسه، الإطار القانوني للتحكيم الإلكتروني 'دراسة مقارنة'، مذكرة ماجستير، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، فلسطين، السنة الجامعية 2008-2009، ص62.

[5] آلاء يعقوب النعيمي، الإطار القانوني لاتفاق التحكيم الإلكتروني، المؤتمر السنوي السادس عشر (التحكيم التجاري الدولي): أهم الحلول البديلة لحل المنازعات التجارية، كلية الشريعة والقانون وغرفة تجارة وصناعة دبي، جامعة الإمارات العربية المتحدة، 28-30 ابريل 2008، ص991.

[6] انظر، المادة (2/10) من قانون التحكيم المصري؛ المادة (11) من قانون التحكيم الأردني؛ المادة (2/10) من قانون التحكيم العماني؛ المادة (1/7) من قانون التحكيم السوري؛ المادة (1/203) من قانون الإجراءات المدنية الإماراتي؛ المادة (1447) من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي.

ويعرف بأنه:' الاتفاق الذي وفقا له، يتفق الأطراف على العهدة بالمنازعة القائمة بينهم فعلا إلى التحكيم للفصل فيها"[1].

أو هو اتفاق بين الخصوم على عرض نزاع قائم بينهم على محكم أو محكمين يختارونهم للفصل فيه [2].

لذلك، فإن اتفاق التحكيم في هذه الصورة يكون لاحق لقيام النزاع، وهذا ما يختلف به عن شرط التحكيم، حيث أن هذا الأخير يتعلق بنزاع مستقبلي غير محدد بينما مشارطة التحكيم يتعلق بنزاع قد وقع فعلا [3].

وبما أن اتفاق التحكيم هو عقد بين طرفين، فإنه يخضع كغيره من العقود لأحكام النظرية العامة للعقود، بحيث يجب أن يتوفر على شروط موضوعية وشكلية وإلا اعتبر باطلا وتتمثل هذه الشروط في ما يلي:

1-<u>الشروط الموضوعية</u>

وتتمثل الشروط الموضوعية لصحة اتفاق التحكيم في الأهلية والرضا والمحل وسنردها في ما يلي:

أ- <u>الأهلية</u>

لقد أجمعت كافة التشريعات الخاصة بالتحكيم على ضرورة توفر الأهلية القانونية لكافة أطراف الاتفاق تحت طائلة بطلان اتفاق التحكيم[4].

لذلك فالأهلية شرط لإبرام اتفاق التحكيم، كما يتم تحديد الأهلية للشخص الطبيعي وفقا لقانون الدولة التي ينتمي إليها كل شخص، فهذه الأخيرة هي التي تحدد مدى حق الشخص في أن يكون طرفا في اتفاق التحكيم من عدمه سواء كان التحكيم تقليدي أو إلكتروني[5].

ب- <u>الرضا</u>

---

[1] حفيظة السيد الحداد، الاتجاهات المعاصرة بشأن اتفاق التحكيم، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، د س ن، ص 13-14.

[2] فادي محمد عماد الدين توكل، عقد التجارة الإلكترونية، المرجع السابق، ص213.

[3] عصام أحمد البهجي، التحكيم الإلكتروني في عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص 181.

[4] هشام بشير، إبراهيم عبد ربه إبراهيم، التحكيم الإلكتروني، المرجع السابق، ص 64.

[5] شادي رمضان إبراهيم طنطاوي، النظام القانوني للتعاقد والتوقيع في إطار عقود التجارة الإلكترونية، المرجع السابق، ص 483.

حيث أنه لابد من إيجاب وقبول يلتقيان على اختيار التحكيم كوسيلة لحسم المنازعات التي قد تثور، فإذا تعلق الأمر بشرط التحكيم يكون التحقق من تطابق إرادة الأطراف بشأن شرط التحكيم كأحد شروط العقد، أما إذا تعلق الأمر بمشارطة فسيكون التحكيم هو محل الاتفاق وليس مجرد بند أو شرط في العقد[1].

ج- المحل

يتمثل محل اتفاق التحكيم في موضوع النزاع، وطبقا للقواعد العامة يشترط عدم مخالفة التحكيم للنظام العام والآداب العامة، وإلا اعتبر التحكيم باطلا، إضافة إلى ذلك يستبعد كل ما نص عليه القانون[2] من منازعات لا يجوز حلها عن طريق التحكيم[3].

د- السبب

يجب أن يكون السبب مشروعا، ويكون كذلك إذا كان المقصود منه التهرب من أحكام القانون الذي كان سيطبق في حالة عرضه على القضاء لوجود قيود معينة لا يرغب الطرفان بها[4].

2- الشروط الشكلية

أ- الكتابة الإلكترونية

بما أن مقتضيات التجارة الإلكترونية وإثبات عقودها أستوجب الاعتراف بالكتابة والمحررات الإلكترونية، فلا يوجد ما يمنع قبول اتفاق التحكيم بطرق الإلكترونية؛ حيث يمكن للأطراف اللجوء إلى التحكيم من خلال تبادل رسائل البيانات[5]، ويتم حفظ البيانات بشكل يسمح بالرجوع إليها عند الحاجة. كما يمنع المساس بمحتواه ويمنع أيضا كل تلاعب أو تحريف فيه[6].

---

[1] أمينة خبابة، التحكيم الإلكتروني في التجارة الإلكترونية 'دراسة مقارنة'، المرجع السابق، ص91.

[2] انظر، المادة (442) من قانون إم إ ج ؛ المادة (4/190) من قانون المرافعات المدنية والتجارية القطري؛ المادة (4) من قانون التحكيم الفلسطيني؛ المادة (2/9) من قانون التحكيم السوري؛ المادة (11) من قانون التحكيم المصري.

[3] عصام أحمد البهجي، التحكيم الإلكتروني في عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص225.

[4] سعد خليفة خلف الهيفي، القانون الواجب التطبيق على التحكيم الإلكتروني، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، الأردن، السنة الجامعية: 2012-2013، ص47.

[5] شادي رمضان إبراهيم طنطاوي، النظام القانوني للتعاقد والتوقيع في إطار عقود التجارة الالكترونية، المرجع السابق، ص 489.

[6] حمودي محمد ناصر، العقد الدولي الإلكتروني المبرم عبر الإنترنت، المرجع السابق، ص538.

كما حسمت بعض التشريعات مسألة الكتابة الإلكترونية بالنسبة لاتفاق التحكيم من بينها قانون التحكيم الألماني لسنة 1997؛ والذي أجاز بأن يكون اتفاق التحكيم خطيا في وثيقة موقعة أو تبادل للرسائل أو فاكسات أو برقيات أو غير ذلك من وسائل الاتصال التي توفر تدوينا للاتفاق[1]، وكذا اتفاقية نيويورك المتعلقة بالاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية[2] والتي نصت في المادة (2/2) على أنه يعقد بالاتفاق المكتوب شرط التحكيم في عقد أو اتفاق التحكيم الموقع عليه من قبل الأطراف أو الاتفاق الذي تضمنته الخطابات المتبادلة أو البرقيات [3].

ثانيا: القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم

يعد القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم الإلكتروني من أهم المسائل كونه يحكم وجود وصحة ونفاذ اتفاق التحكيم الإلكتروني ويحدد ما يرتبه من حقوق والتزامات لأطرافه[4].

وتخضع إجراءات التحكيم لقانون الإرادة، حيث أنه يمكن لأطراف العقد الاتفاق على وضع إجراءات التحكيم وهو ما يعرف في فقه التحكيم التجاري الدولي بـ:' التحكيم العائم'[5] ولهذا، فإن القانون الذي يحكم اتفاق التحكيم يتعين تحديده في ظل مبدأ قانون الإرادة [6].

وقد أخذت اغلب التشريعات والاتفاقيات بهذا المبدأ، والتي نجد من بينها قانون لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي لسنة 1976[7] والذي نص عليه في المادة (2/33) منه

---

[1] عصام أحمد البهجي، التحكيم الإلكتروني في عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص236.

[2] Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards (New York, 1958). http://www.uncitral.org/. 15/12/2017.

[3] Art (2/2) : « The term agreement in writing" shall include an arbitral clause in a contract or an arbitration agreement, signed by the parties or contained in an exchange of letters or telegrams ».

[4] فادي محمد عماد الدين توكل، عقد التجارة الإلكترونية، المرجع السابق، ص227.

[5] يعرف التحكيم العائم بأنه:' التحكيم الذي يتحرر فيه الأطراف من كل القواعد الوطنية، حيث تقوم إرادة الأطراف بصياغة أو تقنين القواعد الإجرائية التي تحكم سير المنازعة بشكل مفصل'. انظر، جمال محمود الكردي، القانون الواجب التطبيق في دعوى التحكيم، دار النهضة العربية، مصر، 2003، ص63.

[6] شادي رمضان إبراهيم طنطاوي، النظام القانوني للتعاقد والتوقيع في إطار عقود التجارة الإلكترونية، المرجع السابق، ص 492.

[7] United nations commission on international trade law (UNCITRAL) , uncitral Arbitration Rules general assembly resolution 31/98. https://www.uncitral.org/. 15/12/2017.

منـه والتـي أقـرت بمبـدأ سـلطان الإرادة بشـأن القـانون الواجـب التطبيـق علـى اتفـاق التحكـيم وذهبـت إلـى أن المحكمـة التحكميـة يجـب أن تطبـق القـانون الـذي اختـاره الطرفـان ليطبـق فـي حسم النزاع[1].

كمـا أخـذت بهـذا المبـدأ اتفاقيـة مركـز التسـوية لمنازعـات الاسـتثمار[2] فـي المـادة (1/42) حيـث نصـت علـى أنـه:" تفصـل المحكمـة فـي النـزاع المعـروض عليهـا وفقـا للقواعـد القانونيـة التي اتفق عليها الأطراف"[3].

ولا تثـور أي صـعوبات فـي ظـل وجـود لـوائح تحكـيم تقضـي بإتبـاع إجـراءات قانونيـة والتـي مـن بينهـا لائحـة تحكـيم المحكمـة الإلكترونيـة ولائحـة تحكـيم المنظمـة العالميـة للملكيـة الفكريـة المتعلقـة بحـل المنازعـات الخاصـة بأسـماء حقـول الإنترنـت، وكـذا قـرارات هيئـة التحكـيم الأمريكيـة المتضـمنة حـل المنازعـات التـي تقـع بـين مشـغلي الأنظمـة ومسـتخدمي الخـدمات الإلكترونية[4].

وفـي هـذا الإطـار، تقضـي المـادة (14) مـن لائحـة المحكمـة الإلكترونيـة بإخضـاع إجـراءات التحكـيم للقواعـد الإجرائيـة التـي تـنص عليهـا لائحـة المحكمـة مـع مراعـاة القواعـد المتعلقـة بالنظـام العـام، حيـث أن تطبيـق هـذه الإجـراءات لا يعنـي استبعاد القواعـد المتعلقـة بالنظـام العـام الواجبة التطبيق[5].

---

[1] Art (33/2) : «The arbitral tribunal shall decide as amiable compositeur or ex aequo et bono only if the parties have expressly authorized the arbitral tribunal to do so and if the law applicable to the arbitral procedure permits such arbitration » .

[2] Convention pour le Règlement des Différends relatifs aux Investissements entre Etats et Ressortissants d'autres Etats Conclue à Washington le 18 mars 1965. https://pca-cpa.org . 25/12/2017.

[3] Art (42/1) : «Le Tribunal statue sur le différend conformément aux règles de droit adoptées par les parties. Faute d'accord entre les parties, le Tribunal applique le droit de l'Etat contractant partie au différend – y compris les règles relatives aux conflits de lois – ainsi que les principes de droit international en la matière ».

[4] لزهر بن سعيد، النظام القانوني لعقود التجارة الإلكترونية، المرجع السابق، ص257.

[5] عصام أحمد البهجي، التحكيم الإلكتروني في عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص349.

كما تبنت المادة (15) منها حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، حيث أنه لا ينتقل هذا الحق إلى محكمة التحكيم إلا في حالة الإحجام عن هذا الاختيار من قبل أطراف اتفاق التحكيم.

هذا في حالة ما تم الاتفاق على تحديد القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم الإلكتروني، أما في حالة عدم الاتفاق على ذلك، فإنه يتم اللجوء إلى معايير أخرى منها ما يستند إلى قانون دولة مقر التحكيم، باعتبار أن الروابط العضوية بين دولة مقر التحكيم وعملية التحكيم لا يمكن إنكارها وهي تتجسد في جميع مراحل التحكيم[1].

وهو نفس الاتجاه الذي أخذت به اتفاقية جنيف لسنة 1961 للتحكيم التجاري الدولي[2] في المادة (7) والتي نصت على أنه:" إذا تعلق الأمر بوجود وصحة اتفاق التحكيم فإن محاكم الدول المتعاقدة تفصل في هذه المسألة وفقا للقانون الذي تم اختياره من قبل الأطراف ليسري على اتفاق التحكيم، وفي حالة عدم وجود تقنين أو إشارة في هذا الشأن فإن اتفاق التحكيم يخضع لقانون الدولة التي صدر فيها الحكم التحكيمي"[3].

بينما يميل اتجاه آخر إلى ترك الحرية لهيئة التحكيم في تحديد الإجراءات الواجبة التطبيق على خصومة التحكيم[4].

وفي إطار القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم الإلكتروني، فقد نصت المادة (15) من لائحة المحكمة الإلكترونية على أنه:" ...وفي حالة عدم اختيار الأطراف للقانون ستطبق المحكمة على موضوع النزاع القانون الذي تراه أكثر اتصالا بالموضوع".

---

[1] عصام أحمد البهجي، التحكيم الإلكتروني في عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص350.

[2] Convention européenne sur l'arbitrage commercial international Genève, 21 avril 1961. www.ohadac.com/. 26/12/2017.

[3] Art (7) : «1. Les parties sont libres de déterminer le droit que les arbitres devront appliquer au fond du litige défaut d'indication par les parties du droit applicable, les arbitres appliqueront la loi désignée par la règle de conflit que les arbitres jugeront appropriée en l'espèce. Dans les deux cas, les arbitres tiendront compte des stipulations du contrat et des usages du commerce.

2. Les arbitres statueront en " amiables compositeurs " si telle est la volonté des parties et si la loi régissant l'arbitrage le permet ».

[4] خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، المرجع السابق، ص 414.

وقد أكدت على هذا المعنى المادة (1/17) والتي توجب تطبيق القانون الوطني الذي يرتبط به النزاع بالروابط الأكثر وثوقا[1].

والجدير بالذكر أن القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم يجب أن لا يتعارض مع قواعد النظام العام[2]، وهذا القيد يتعين إعماله في التحكيم الإلكتروني.

كما تضمنت المادة (3/17) من لائحة المحكمة الإلكترونية قيدا على القانون المختار لصالح تطبيق قانون موطن المستهلك وذلك متى كان أحد الأطراف مستهلكا[3].

وفضلا عما تقدم، فإنه يجب على المحكمين احترام عادات التجارة الدولية[4]، وهذا ما ذهبت إليه المادة (2/17) من لائحة المحكمة الإلكترونية والتي نصت على أنه:" يتعين على محكمة التحكيم في جميع الأحوال أن تأخذ بعين الاعتبار العقد، والعادات التجارية في مجال الإنترنت، وإن لم يحدد الأخير في مفهوم العادات التجارية في هذا المجال الإفتراضي"[5].

من خلال ما سبق، يمكن القول أن القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم الإلكتروني يتم باتفاق الأطراف وفقا لمبدأ سلطان الإرادة، وفي حالة غياب هذا الاتفاق، فإنه يتعين تطبيق القانون الأكثر صلة بموضوع النزاع، وأيا كان منهما، فإنه يجب أن يراعي هذا القانون قواعد النظام العام وأن يحترم العادات التجارية الدولية، وكذا العادات السائدة في مجال التجارة الإلكترونية.

ثالثا: إجراءات سير التحكيم الإلكتروني

سنتناول كيفية سير العملية التحكيمية الإلكترونية من خلال طرح النزاع على مركز التحكيم، وذلك عن طريق طلب التحكيم، ثم البدء في جلسات التحكيم؛ والتي من خلالها يتم تعيين تاريخ صدور قرار التحكيم وهذا ما سنوضحه من خلال ما يلي:

---

[1] أمينة خبابة، التحكيم الإلكتروني في التجارة الإلكترونية 'دراسة مقارنة'، المرجع السابق، ص 134.

[2] انظر، المادة (2/5) من اتفاقية نيويورك سنة 1958 المتعلقة بتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية.

[3] عصام أحمد البهجي، التحكيم الإلكتروني في عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص353.

[4] انظر، المادة (2/17) من لائحة غرفة التجارة الدولية للتحكيم.

[5] لزهر بن سعيد، النظام القانوني لعقود التجارة الإلكترونية، المرجع السابق، ص263.

1- طلب التحكيم الإلكتروني

في حالة نشوء نزاع يتعلق بمعاملة أو نشاط ناشئ عن استخدام شبكة الإنترنت[1]، يقوم المتضرر بالتوجه لموقع المركز الإلكتروني وإرسال طلب التحكيم [2]وذلك من خلال تعبئة نموذج التحكيم المعد من قبل التحكيم الإلكتروني والتابع لمركز التحكيم بعد النقر على مفتاح 'Create a case'؛ والذي يتضمن جملة من البيانات أهمها ذكر طبيعة وظروف النزاع وأطرافه ووسائل الاتصال بهم إلكترونيا، وكذا تحديد أعضاء هيئة التحكيم والذي في العادة ما يتراوح من 1 إلى 3[3]، وكذا إرسال نسخة من اتفاق التحكيم للمركز[4].

وبعد ملء النموذج يقوم طالب التحكيم بإرسال الطلب للمركز بالنقر على مفتاح الإرسال مع إرفاق نسخة منه إلى المحتكم ضده، وكذا القيام بأداء الرسوم الإدارية المحددة في جدول الرسوم الوارد على موقع المركز الإلكتروني، وباستلام المركز لهذا الطلب وقبول نظر النزاع بعد مراجعته يبدأ تاريخ نظر النزاع[5].

بعد ذلك يقوم المركز بإخطار الطرف الثاني ومنحه مهلة والتي عادة ما تكون 20 يوم وذلك بالرد على إدعاءات الطرف الأول وتبيان دفوعه واعتراضاته مع تحديد عدد أعضاء التحكيم، وباستلام المركز الجواب من الطرف الثاني توجد آجال تختلف من مركز لآخر يمكن له فيها المطالبة ببيانات إضافية [6] لتبدأ بعدها الجلسات العملية التحكيمية .

---

[1] عصام أحمد البهجي، التحكيم الإلكتروني في عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص 322.

[2] محمد إبراهيم موسى، قانون التجارة الإلكترونية الدولية، المرجع السابق، ص 360.

[3] محمد إبراهيم ابو الهيجاء، التحكيم الإلكتروني' الوسائل الالكترونية لفض المنازعات- الوساطة-التوفيق-التحكيم- المفاوضات المباشرة، المرجع السابق، ص 71.

[4] انظر، المادة (4/3) من قواعد تحكيم غرفة التجارة الدولية؛ المادة (1/ب) من قواعد محكمة لندن للتحكيم الدولي.

[5] هبة ثامر محمود عبد الله، عقود التجارة الإلكترونية 'دراسة مقارنة'، المرجع السابق، ص 212-213.

[6] حمودي محمد ناصر، العقد الدولي الإلكتروني المبرم عبر الإنترنت، المرجع السابق، ص 540.

2-بدء جلسات التحكيم الإلكتروني

بعد ما يتم الانتهاء من الإجراءات التمهيدية، تبدأ إجراءات التحكيم بتحديد يوم معين لجلسة التحكيم، ويتم النظر في البيانات المقدمة من قبل الأطراف، ليقوم المركز بإجراء ما يراه ضروري من سماع شهود أو طلب بيانات خطية أو اللجوء إلى الخبرة[1].

وتتخذ جلسات التحكيم الإلكتروني شكلا إلكترونيا، حيث يتم استخدام وسائل إلكترونية تسمح بتبادل الأصوات والصور المتعلقة بالخصوم من خلال ما يعرف بـ : " Téléconférence"، كما أن البريد الإلكتروني يسمح بنقل طلبات ومستندات الخصوم ومنه فإن الصورة تنقل في الحال بما يسمح لكل طرف مشاهدة الآخر وهيئة التحكيم بصورة كاملة، مع إبداء كل منهم دفاعه أمام الطرف الآخر وهيئة التحكيم[2].

وتجدر الإشارة أن جلسات هيئة التحكيم تكون سرية[3]، وتكون وقائع جلسات التحكيم بمحضر يوقع عليه أعضاء هيئة التحكيم وأطراف التحكيم أو وكلائهم، وتسلم صورة منه لكلا الطرفان، وتستمر الإجراءات ولو تخلف أحد الأطراف عن حضور بعض الجلسات أو تخلف عن تقديم مستندات تم طلبها منه من قبل هيئة التحكيم[4].

وبانتهاء إجراءات جلسات التحكيم، يقوم المركز بتحديد تاريخ صدور قرار هيئة التحكيم والذي عادة ما يكون خلال30 يوم من استلام الجواب ما لم تطرأ ظروف استثنائية تحول دون ذلك، وللمركز تأجيل إصدار القرار في حالة وجود نقص في البيانات أو ارتأى تزويده بأي مستندات ضرورية أو اللجوء إلى الخبرة الفنية في مسألة تقتضي ذلك[5].

---

[1] حمودي محمد ناصر، الدولي الإلكتروني المبرم عبر الإنترنت، المرجع السابق ، ص 541 ؛ محمد إبراهيم ابو الهيجاء، التحكيم الإلكتروني' الوسائل الإلكترونية لفض المنازعات- الوساطة-التوفيق-التحكيم- المفاوضات المباشرة، المرجع السابق، ص 81 وما بعدها.

[2] سيد أحمد محمود، إلكترونية القضاء والقضاء الإلكتروني والكترونية التحكيم والتحكيم الإلكتروني 'دراسة مقارنة'، المرجع السابق، ص 121.

[3] انظر، المادة (3/7) من لائحة محكمة التحكيم الإلكتروني.

[4] عصام أحمد البهجي، التحكيم الإلكتروني في عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص 332.

[5] حمودي محمد ناصر، نفس المرجع، ص 542.

3- صدور حكم التحكيم الإلكتروني

أ- تعريف وشكل حكم التحكيم الإلكتروني

يقصد بحكم التحكيم ذلك الحكم المنهي للنزاع الصادر عن هيئة التحكيم سواء كان كلي أو جزئي، والذي من خلاله تنتهي الإجراءات وتنقضي به خصومة التحكيم وتستنفذ به هيئة التحكيم ولايتها[1].

أما عن حكم التحكيم الإلكتروني فيقصد به الحكم الصادر عن هيئة التحكيم الإلكتروني بوسيلة إلكترونية؛ والذي من خلاله تنتهي الخصومة دون اشتراط التواجد المادي لأعضاء هيئة التحكيم في مكان واحد لإصداره[2].

وفي العادة ما يصدر هذا الحكم في مدة قصيرة لا تتجاوز 30 يوم ابتداء من بدء عملية التحكيم، ويكون ذلك بأغلبية آراء أعضاء هيئة التحكيم، ويصدر كتابة ويتم توقيعه من قبل رئيس الهيئة والأعضاء، مع ذكر رأي العضو المخالف إن لم يكن الحكم بالإجماع[3]، بحيث يتضمن تاريخ ومكان صدور الحكم وتسبيب الحكم ما لم يتفق الطرفان على عدم التسبيب وكذا رسوم وأجور ونفقات المحكمين والخبراء وأية نفقات أخرى استلزمتها عملية التحكيم[4].

وبصدور الحكم، فإن هيئة التحكيم تقوم بتسليم القرار إلى المركز ليقوم هذا الأخير بتسليمه للأطراف وذلك بوضعه على بريدهم الإلكتروني، كما يكون للأطراف الحق في الرجوع على هيئة التحكيم بتصحيح الأخطاء المادية في القرار إن وجدت أو طلب تفسيره إن شابه غموض أو طلب إصدار قرار مكمل في حالة إغفال مسألة ما، وذلك في آجال حرصت المراكز على أن تكون قصيرة[5].

---

[1] أمينة خبابة، التحكيم الإلكتروني في التجارة الإلكترونية 'دراسة مقارنة'، المرجع السابق، ص 132.

[2] هشام بشير، إبراهيم عبد ربه إبراهيم، التحكيم الإلكتروني، المرجع السابق، ص 103.

[3] طالب حسن موسى، قانون التجارة الإلكترونية الدولية، المرجع السابق، ص 361.

[4] محمد إبراهيم أبو الهيجاء، التحكيم الإلكتروني' الوسائل الإلكترونية لفض المنازعات- الوساطة-التوفيق-التحكيم- المفاوضات المباشرة، المرجع السابق، ص 84.

[5] حمودي محمد ناصر، العقد الدولي الإلكتروني المبرم عبر الإنترنت، المرجع السابق، ص 543 .

أما فيما يتعلق بشكل حكم التحكيم، فإنه طبقا للمادة (1/31) من قانون الأونيسترال الخاص بالتحكيم التجاري الدولي يجب أن يكون الحكم مكتوب، حيث نصت على أنه[1]:
" يصدر قرار التحكيم كتابة ويوقعه المحكم أو المحكمون"[2].

وعليه يجب أن يكون حكم التحكيم مكتوبا وأن يكون موقعا، وفي إطار الحكم الإلكتروني، فإنه يشترط هو الآخر الكتابة الإلكترونية والتوقيع الإلكتروني خاصة أن معظم التشريعات أصبحت تعترف بهما[3].

وفي هذا الصدد تجدر الإشارة إلى أن الحكم الإلكتروني لابد أن يكون قابل لإفراغه بالكتابة على ورق وذلك ليتمكن من يهمه الأمر تقديمه إلى المحكمة من أجل طلب تنفيذه وإضفاء الحجية عليه وتثبيت تاريخ إصداره لأهميته[4]، وذلك راجع إلى أن المحاكم وإن كانت تعترف بالوثائق الإلكترونية إلا أنها لازالت لا تتعامل بها وهو ما يوجب إفراغ محتواها في صورة ورقية عند التعامل بها مع المحاكم[5].

ب- <u>إخطار حكم التحكيم الإلكتروني</u>

يتم إعلان حكم التحكيم إلكترونيا، وذلك بعد طباعته بالعدد اللازم من الصور وإرساله إلى أطراف الخصومة وذلك بعد إصداره مباشرة، ويكون ذلك إما من خلال وضع الحكم على موقع القضية على شبكة الإنترنت مع تزويد الخصوم بكلمة سر تسمح لهم وحدهم بالدخول عليها أو من خلال هيئة التحكيم بحيث تقوم بإرسال الحكم عبر البريد الإلكتروني الخاص بهم[6].

---

[1] Art (31/1): « The award shall be made in writing and shall be signed by the arbitrator or arbitrators. In arbitral proceedings with more than one arbitrator, the signatures of the majority of all members of the arbitral tribunal shall suffi ce, provided that the reason for any omitted signature is stated ».

[2] انظر، المادة (1029) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري.

[3] انظر، المادة (4/25) من لائحة المحكمة الإلكترونية؛ المادة (54) من لائحة المنظمة العالمية للملكية الفكرية 'الويبو'.

[4] طالب حسن موسى، قانون التجارة الإلكترونية الدولية، المرجع السابق، ص 370.

[5] هشام بشير، إبراهيم عبد ربه إبراهيم، التحكيم الإلكتروني، المرجع السابق، ص 114.

[6] سيد أحمد محمود، إلكترونية القضاء والقضاء الإلكتروني وإلكترونية التحكيم والتحكيم الإلكتروني 'دراسة مقارنة'، المرجع السابق، ص 126.

وهذا ما ذهبت إليه المادة (2/3) من القواعد المنظمة لغرفة التجارة المتعلقة بالإبلاغات والإخطارات؛ والتي أشارت إلى إمكانية حدوث هذه الإبلاغات أو الإخطارات بكل وسيلة اتصال تسمح بإقامة الدليل على الإرسال.

كما نصت المادة (54) من لائحة المنظمة العالمية للملكية الفكرية على أنه:" ينقل المركز القرار لكل طرف، وذلك بأن يضع نصه على موقعه على شبكة الإنترنت تحت رقم رجوع للملف الملائم".

وقد نصت على ذلك أيضا المادة (4/25) من لائحة المحكمة الإلكترونية على أن: " تتولى السكرتارية نشر الحكم على موقع القضية، وتبلغه للأطراف بكل وسيلة ممكنه".

ج-حفظ حكم التحكيم الإلكتروني

يقصد بحفظ حكم التحكيم:' إيداع أصل الحكم أو صورة موقعة منه في قلم كتاب المحكمة في الدولة الصادر فيها أو في دولة التنفيذ'[1].

وفي هذا الصدد أشارت المادة (1/10) من القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية على الشروط الواجب توفرها لحفظ الوثائق الإلكترونية والتي تتمثل في ما يلي:

1-سهولة الإطلاع على المعلومات التي تتضمنها هذه الوثائق في وقت لاحق.

2-الاحتفاظ برسائل البيانات بالشكل الذي أنشأت أو أرسلت أو تم استلامها به.

3-الاحتفاظ بالمعلومات المتعلقة بمنشأ رسالة البيانات وجهة وصولها وتاريخ ووقت إرسالها واستلامها[2].

---

[1] هشام بشير، إبراهيم عبد ربه إبراهيم، التحكيم الإلكتروني، المرجع السابق، ص 120.

[2] Art (10/1): « Where the law requires that certain documents, records or information be retained, that requirement is met by retaining data messages, provided that the following conditions are satisfied:

(a) the information contained therein is accessible so as to be usable for subsequent reference .

(b) the data message is retained in the format in which it was generated, sent or received, or in a format which can be demonstrated to represent accurately the information generated, sent or received.

د- تنفيذ حكم التحكيم الإلكتروني

يتم تنفيذ حكم التحكيم [1]من خلال تقديم أصل الحكم أو صورة طبق الأصل منه إلى القضاء الوطني لدولة التنفيذ، وذلك للاعتراف به وتنفيذه بالإضافة إلى أصل وصورة طبق الأصل من اتفاق التحكيم هذا في حالة ما كان الطرف الخاسر سيء النية ورفض تنفيذ الحكم الصادر من محكمة التحكيم[2].

أما فيما يتعلق بتنفيذ حكم التحكيم الإلكتروني، فإن الأمر لا يسير على نفس المنوال في مجال التحكيم التقليدي وذلك راجع لسببين؛ الأول يرجع إلى نظام المعلوماتية الذي لا يميز بين الأصل والصورة، والثاني يرجع إلى الصعوبات التي تثيرها رسمية المستند الإلكتروني[3].

ومع ذلك، فإنه يمكن أن تماثل الوثيقة الإلكترونية الأصل، ويتم التنفيذ بمقتضاها إذا توفر هذين الشرطين والمتمثلان في ما يلي[4]:

أولا: يتعين وجود ضمان إمكان التشغيل فيما يتعلق بكمال المعلومة.

ثانيا: إمكانية الكشف عن المعلومة من قبل الشخص المقدمة إليه.

والجدير بالذكر أنه في حالة عدم التنفيذ الطوعي، يتعين على التنظيم الذاتي للتحكيم الإلكتروني توفير آلية إجبار على التنفيذ تحل محل سلطات التنفيذ في الدولة للمتحاكمين أو توفير محفزات خاصة للمحكوم عليه تدفعه نحو التنفيذ الطوعي لحكم التحكيم[5].

ومن أهم الآليات التي ابتدعها المجتمع الإلكتروني لضمان تنفيذ حكم التحكيم الإلكتروني ما يلي:

=(c) such information, if any, is retained as enables the identification of the origin and destination of a data message and the date and time when it was sent or received ».

[1] انظر، المواد (1035)،(1036)،(1037)،(1038) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية .

[2] لزهر بن سعيد، النظام القانوني لعقود التجارة الإلكترونية، المرجع السابق، ص 275.

[3] هشام بشير، إبراهيم عبد ربه إبراهيم، التحكيم الإلكتروني، المرجع السابق، ص 124.

[4] شادي رمضان إبراهيم طنطاوي، النظام القانوني للتعاقد والتوقيع في إطار عقود التجارة الإلكترونية، المرجع السابق، ص 544.

[5] هشام بشير، إبراهيم عبد ربه إبراهيم، نفس المرجع ، ص 125 ؛ شادي رمضان إبراهيم طنطاوي، نفس المرجع ، ص 545.

1-خدمة التعهد بالتنفيذ: وتفترض وجود عقد بين طرفي العقد ومتعهد التنفيذ يتضمن شرط تنفيذ الحكم الإلكتروني برعاية أحد مراكز التحكيم الإلكتروني، ويكون ذلك قبل إبرام عقد البيع[1].

2-صندوق تمويل الأحكام: ويقتضي إنشاء صندوق لتمويل الأحكام، يساهم تجار السوق فيه[2]، حيث يتولى مركز التحكيم تنفيذ حكم التحكيم الإلكتروني الصادر عنه من خلال تلك الأموال المودعة في الصندوق[3].

3-ربط مركز التحكيم الإلكتروني بمصدر بطاقات الائتمان : ويكون ذلك من خلال إبرام عقد بين مركز التحكيم الإلكتروني مع أحد مصدري بطاقة الائتمان، وهذا الأخير يقوم بإبرام عقد آخر مع تاجر؛ ويتضمن كل من هذين العقدين شرط يسمح لمصدر بطاقة الائتمان برد الثمن إلى المستهلك المشتري في حالة تلقيه قرار تحكيمي من المركز يقضي بذلك [4].

4- الضغوط الإعلامية والتجارية : في حالة ما صدر قرار يقضي بالتراجع عن إعلانات معينة أو بيانات موجودة على موقع الطرف الخاسر، فباستطاعة الطرف الرابح ممارسة ظغوطات تجارية عليه من خلال منعه من الإعلان على مواقع معينة أو وضع اسم شبكة الطرف الخاسر الممتنع عن التنفيذ في اللائحة السوداء أو للتجار والشركات غير الموثوق بهم الأمر الذي يحطم سمعتهم التجارية[5].

---

[1] عبد الصبور عبد القوي علي مصري، التنظيم القانوني للتحكيم الإلكتروني، مكتبة القانون والاقتصاد، ط1، الرياض، 2013، ص 151.

[2] مسعودي يوسف، التحكيم الإلكتروني كآلية لتسوية منازعات الاستهلاك المبرمة عبر شبكة الإنترنت، المجلة الإفريقية للدراسات القانونية والسياسية، جامعة ادرار، ع01، 2017، ص 16.

[3] عبد الصبور عبد القوي علي مصري، نفس المرجع، ص 152.

[4] رجاء نظام حافظ بني شمسه، الإطار القانوني للتحكيم الإلكتروني 'دراسة مقارنة'، المرجع السابق، ص 131.

[5] سهام صديق، الإطار القانوني للتحكيم الإلكتروني، www.droitetentreprise.com ، 2017/12/26.

هـ- الطعن في حكم التحكيم الإلكتروني

تنص المادة (1032) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أن :' أحكام التحكيم غير قابلة للمعارضة".

أما عن حكم التحكيم الإلكتروني، فقد نصت المادة (25) من لائحة المحكمة الإلكترونية على أنه:" يعد حكم التحكيم نهائيا لا يجوز الطعن فيه بالاستئناف".

كما تنص نفس المادة في فقرتها السادسة على أنه:" يعتبر اتفاق الأطراف على إخضاع النزاع للتحكيم وفقا للائحة المحكمة الإلكترونية تنازلا منهم عن الطعن في الحكم بأي طريقة من طرق الطعن، وهذا الحكم هو نفس الحكم الذي يقرره نظام القاضي الإفتراضي".

لذلك، فإنه لا يجوز الطعن في حكم التحكيم الإلكتروني بأي طريقة من طرق الطعن وبالتالي يعتبر حكم نهائي.

أما بالنسبة إلى دعوى البطلان، فإنه لا يمكن ممارسة الرقابة القضائية لإبطال أحكام التحكيم ما لم يتفق الأطراف على تحديد القانون الواجب التطبيق، ولم يحدد مكان التحكيم[1].

من خلال ما سبق، يمكن القول أن التحكيم الإلكتروني يعتبر من أهم وسائل حل نزاعات العقود الالكترونية لما يتميز به من سرعة في تنفيذ الأحكام، حيث يجنب الأطراف من البطء والتعقيد وضياع الوقت وتحمل تكاليف المصاريف القضائية.

المبحث الثاني

القانون الواجب التطبيق على العقد الإلكتروني

تعد مسألة تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الإلكتروني من المسائل المعقدة في ظل عدم وجود مستندات ورقية وانتقال العمليات التعاقدية عبر الحدود للدول وكذا تنوع جنسيات أطراف العلاقة التعاقدية[2].

ولمعرفة القانون الواجب التطبيق على مثل هذه العقود فلابد من البحث أولا في مدى صلاحية تطبيق مناهج التنازع على العقد الإلكتروني في ما إذا كانت قادرة على تأدية الدور التقليدي الذي كانت تقوم به بالنسبة للعقود الدولية التقليدية (المطلب الأول)، أم أنه لابد من

[1] أمينة خبابة، التحكيم الإلكتروني في التجارة الإلكترونية 'دراسة مقارنة'، المرجع السابق، ص 173.

[2] موكة عبد الكريم، القانون الواجب التطبيق على عقد البيع الإلكتروني، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية،ع 02، 2010، ص193.

البحث عن قواعد جديدة تتلاءم وطبيعة هذه العقود وهو ما يعرف بالقانون الموضوعي الإلكتروني (المطلب الثاني).

المطلب الأول

مدى صلاحية مناهج التنازع للتطبيق على العقد الإلكتروني

بما أن العقد الإلكتروني يتميز بالصفة الدولية لما يتضمنه من عناصر أجنبية في أطرافه أو محله أو في وسيلة إبرامه، فهل يمكن أن نخضع هذا العقد لقواعد الإسناد التقليدية كقانون الإرادة ؟(الفرع الأول)، وما هو القانون الواجب التطبيق في حالة غياب الاتفاق عليه؟ (الفرع الثاني).

الفرع الأول

حالة اتفاق الأطراف على اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد الإلكتروني (الإسناد الشخصي)

لقد نصت المادة (18) من القانون المدني على أنه:" يسري على الالتزامات التعاقدية، قانون المكان المختار من المتعاقدين، إذا كانت له صلة حقيقية بالمتعاقدين أو بالعقد..".

ومن هذا المنطلق، فإن العقد يخضع للقانون الذي يتم اختياره من قبل المتعاقدين وفقا لمبدأ سلطان الإرادة[1]، فمثل ما يتم اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد التقليدي، فإنه يجوز ذلك أيضا على العقد الإلكتروني[2]، ويعرف هذا بقانون الإرادة (أولا) وقد جرت العادة على أن يتم هذا الاختيار صراحة أو ضمنيا (ثانيا).

أولا: مفهوم قانون الإرادة في العقد الإلكتروني

إن فكرة قانون الإرادة تقوم على حق الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على عقدهما خاصة على العقد الدولي الذي يكون أحد طرفيه عنصر أجنبي، وهذا ما يدعى بحرية الإرادة، والمقصود بهذه الأخيرة الإرادة المشتركة لطرفي العقد وليس الإرادة المنفردة[3].

---

[1] مسعودي يوسف، العقد الإلكتروني في العلاقات الدولية الخاصة، مجلة دفاتر السياسية والقانون، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، ع09، 2013، ص 82.

[2] أمين دواس، اختيار المتعاقدين للقانون الواجب التطبيق على العقد الإلكتروني، مجلة جامعة النجاح للأبحاث (العلوم الإنسانية)، جامعة النجاح للأبحاث، فلسطين، مجلد 25،ع 10، 2011، ص2541.

[3] محمد فواز المطالقة، الوجيز في عقود التجارة الإلكترونية 'دراسة مقارنة'، المرجع السابق، ص 128.

وترجع فكرة قانون الإرادة في أصلها إلى المدرسة الايطالية في ظل نظرية الأحوال حيث كان يتم إخضاع العقد في شكله وموضوعه لقانون بلد إبرامه على أساس الرضا الضمني لطرفي العقد في تطبيق هذا القانون[1].

وقد ساهم الفقيه الفرنسي 'ديمولان' في إظهار إرادة الأطراف لفكرة الإرادة الضمنية للأطراف كمبرر لقانون الموطن المشترك لأحوال الزوجين، وقد صاغها لتتناول جميع العقود، كما اعتمد على هذه القاعدة معظم التشريعات بحلول القرنين 19 م و20 م[2].

إلا أن التشريع والفقه قد اختلف في تحديد قانون الإرادة الذي تشير إليه قواعد الإسناد وذلك على النحو التالي:

-الاتجاه الأول: أخذ بتضييق نطاق القانون المطبق، إذ أن حرية الأطراف تقتصر على قوانين وطنية صادرة عن دول معينة[3]، وعليه إذا ما اختار الأطراف قانون ما لينظم عقدهم فيجب أن يكون هذا القانون قانون داخلي لدولة ما[4].

وقد تم انتقاد هذا الاتجاه على أساس أن تطبيقه يرتب عليه تطبيق قواعد داخلية تم وضعها في الأصل لتنظيم العقود الوطنية وليس العقود الإلكترونية وهذه الأخيرة تعد عقود دولية، وتطبيق القوانين الوطنية يؤدي لا محال إلى اختلاف وتباين في الأحكام القضائية[5].

---

[1] سلطان عبد الله محمود الجواري، عقود التجارة الإلكترونية والقانون الواجب التطبيق' دراسة قانونية مقارنة'، المرجع السابق، ص 95.

[2] محمد بلاق، قواعد التنازع والقواعد المادية في منازعات عقود التجارة الدولية ، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، السنة الجامعية 2010-2011، ص 41.

[3] مقتبس عن، صالح المنزلاوي، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، المرجع السابق، ص269 وما بعدها.

[4] وقد أخذ بهذا الاتجاه القانون م المصري في المادة (1/19)؛ المادة (1/19) من قانون المعاملات الإماراتي. كما أخذت به اتفاقية لاهاي 1955 المتعلقة بالبيوع ذات الطابع الدولي للمنقولات المادية في المادة (2) .

[5] قدري محمد محمود، حماية المستهلك في العقد الإلكتروني، المرجع السابق، ص 184.

– الاتجاه الثاني: على عكس الاتجاه الأول فقد أخذ بتوسيع نطاق القانون المطبق، حيث أن للأطراف الحرية الكاملة في اختيار القانون الواجب التطبيق على عقدهم[1]، دون أن يلتزموا بقانون دولة معينة[2] .

وقد انتقد هذا الاتجاه على أن إعطاء الحرية الكاملة للأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على عقدهم قد يؤدي إلى الغش والتحايل على القانون أو الإفلات من القواعد الآمرة في القوانين[3].

– الاتجاه الثالث –وهو الرأي الذي نؤيده– : وهو الاتجاه المعتدل، حيث أنه يخول للمتعاقدين حرية اختيار القانون الواجب تطبيقه استنادا لحقهم المقرر بموجب قاعدة الإسناد وفي نفس الوقت يحرص على أن يحد هذه الحرية كي لا تتعدى اختيار قانون قد يؤدي إلى الغش نحو القانون[4].

واستنادا إلى ذلك، فإن تطبيق قانون الإرادة على العقد الإلكتروني وفقا لرأي الاتجاه الأول يؤدي إلى تطبيق قوانين داخلية، أما الاتجاه الثاني يؤدي إلى تطبيق أي قانون يتم اختياره من قبل الأطراف، والاتجاه الثالث وهو الاتجاه المعتدل والأنسب لتطبيقه على عقدهم.

إلا أن تطبيق قانون الإرادة على العقد الإلكتروني ينتج عنه أثار وتتمثل هذه الأخيرة في ما يلي:

---

[1] CF. VERBIEST(T), La protection juridique du cyber, consommateur litec, 2002, p : 115.

[2] وقد أخذ بهذا الاتجاه القانون المدني الجزائري في المادة (18)؛ المادة (19) من ق م المصري؛ كما أخذت به اتفاقية روما 1980 المتعلق بالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية في المادة (1/3)؛ وكذا المادة (1/7) من اتفاقية لاهاي المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على عقود البيع الدولي للبضائع.

[3] صالح المنزلاوي، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، المرجع السابق، ص 274.

[4] صالح المنزلاوي، نفس المرجع، ص 274.

1-تجزئة العقد الإلكتروني

أي أنه يمكن للأطراف الاتفاق على أن يخضع العقد لكل جانب من جوانبه إلى قانون معين[1] مما يؤدي إلى تجزئته[2]، إلا أن الدكتور صالح المنزلاوي يرى ضرورة الحفاظ على وحدة العقد، حيث يجب أن يخضع إلى قانون واحد لكي لا يخل بانسجام الرابطة العقدية[3] .

2-عدم لزوم توفر صلة بين القانون المختار والعقد

وقد اختلفت بشأنه العديد من الآراء الفقهية ويمكن تلخيصها في ما يلي:

-الرأي الأول: ويرون بأن حق الأطراف في اختيار قانون العقد مقيد، إذ يجب أن يكون القانون المختار له صلة حقيقة بالعقد، وليس قانون أجنبي، فإذا لم تتوفر تلك الصلة فيجب على القاضي عدم الاعتداد بها[4].

-الرأي الثاني: ويرون بأن حق الأطراف في اختيار قانون العقد مطلق، حيث أن للأطراف الحرية في اختيار أي قانون ليطبق على عقدهم حتى وإن لم يكن له أي صلة بالعقد، بشرط أن لا ينطوي على الغش نحو القانون[5].

-الرأي الثالث: ويرون بأنه يستلزم وجود صلة بين القانون المختار والعقد، إلا أنه لا يشترط أن تتحقق هذه الصلة عن طريق عناصر شخصية أو مادية، بل يكفي أن تكون نابعة من حاجة التجارة الإلكترونية[6].

والحقيقة أنه في مجال العقد الإلكتروني يصعب الاعتداد بالصلة بين قانون الإرادة والعقد وذلك للأسباب التالية:

---

[1] انظر، المادة (1/7) من اتفاقية لاهاي 1982 المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على البيوع الدولية للبضائع؛ المادة (1/3) من اتفاقية روما 1980 المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق عل الالتزامات التعاقدية.

[2] لزهر بن سعيد، النظام القانوني لعقود التجارة الإلكترونية، المرجع السابق، ص 195.

[3] صالح المنزلاوي، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، المرجع السابق، ص 276.

[4] مقتبس عن، فاروق محمد أحمد الأباصيري، عقد الاشتراك في قواعد المعلومات عبر شبكة الإنترنت، المرجع السابق، ص 113.

[5] مقتبس عن، لزهر بن سعيد، نفس المرجع، ص 197.

[6] مقتبس عن، صالح المنزلاوي، نفس المرجع، ص 278.

- يفترض التعاقد الإلكتروني اتصال العقد بجميع الدول في نفس الوقت، وهذا ما يؤدي إلى صعوبة تحديد تلك الصلة المزعومة بين القانون المختار والعقد الإلكتروني[1].
- اختلاف وسيلة التعاقد في التجارة الإلكترونية والتجارة التقليدية، ففي الأولى تتم إلكترونيا ولا ترتكز على إقليم دولة معينة ولا تخضع لدولة ما، إذ يمكن تطبيق قانونها، بخلاف التجارة التقليدية[2].
- إن الصلة بين القانون المختار والعقد عادة ما تتأسس من عناصر مادية كمكان إبرام العقد أو تنفيذه، فإذا كانت هذه الأخيرة تصلح للعقود الدولية وكذا العقود الإلكترونية التي تنفذ بعيدا عن طريق الإنترنت، فإنها لا تصلح لتطبق في العقود الإلكترونية التي تنفذ عبر الإنترنت؛ إذ يثار التساؤل حول مكان تنفيذ العقد ؟[3].

من خلال ما سبق، يمكن القول أن العقد الإلكتروني وبما أنه يتم من خلال بيئة لا مادية فإنه يصعب تحديد إقليم معين أو خضوعه لدولة معينة ليتم تنفيذ العقد فيه لاتسامه بطابع عالمي وهذا ما يشجع على ترك حرية الأطراف لاختيار القانون الواجب تطبيقه على عقودهم الإلكترونية، وتحريرهم من كل قيد مادام القانون المختار لا ينطوي على الغش.

3-رفض فكرة الإحالة في مجال العقد الإلكتروني

ويعني أن يلتزم القاضي الوطني بتطبيق القواعد الموضوعية في القانون المختار دون أن يطبق قواعد التنازع، لأن إعمال هذه الأخيرة يؤدي إلى الإخلال بتوقعات الأطراف ورغبتهم في حال ما أسفر عن خيار لم يكن متوقعا لديهم[4].

---

[1] فاروق محمد أحمد الاباصيري، عقد الاشتراك في قواعد المعلومات عبر شبكة الإنترنت، المرجع السابق، ص 114.

[2] قدري محمد محمود، حماية المستهلك في العقد الإلكتروني، المرجع السابق، ص 184.

[3] صالح المنزلاوي، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، المرجع السابق، ص 280.

[4] صالح المنزلاوي، نفس المرجع، ص 282.

ثانيا: كيفية تحديد الإرادة الصريحة والضمنية للمتعاقدين في العقد الإلكتروني

بما أن التشريعات القانونية قد اعترفت للأطراف بحرية اختيار القانون الواجب التطبيق على عقدهم، فإن هذا الاختيار أثير بشأنه التساؤل حول كيفية تحديده، والإجابة على ذلك قد تكون إرادة المتعاقدين صريحة وقد تكون ضمنية[1].

1-الإرادة الصريحة

من المتعارف عليه في مجال العقود الإلكترونية وجود عقود نموذجية يتم فيها إدراج بند يقوم فيه الأطراف بتحديد القانون المختار، وهو ما يسميه الفقه شرط الاختصاص التشريعي[2].

ويمكن للمتعاقدين تقدير إخضاع عقدهم لقانون دولة تعترف بصحة التوقيعات الإلكترونية دون وجود أي صلة بين القانون المختار والعقد[3].

والاختيار الصريح في العقد الإلكتروني يمكن أن يتم بأشكال مختلفة، فقد يتم عبر شبكة الويب أو من خلال الرسائل الإلكترونية أو عن طريق البريد أو غيره من الأشكال[4].

والأصل أن يكون الاتفاق بشأن القانون الواجب التطبيق صريح؛ وذلك بأن يحتوي العقد على بند أو شرط صريح بهذا الخصوص، أو بأن يدرج هذا الأخير في اتفاق مستقل لاحق[5]، وهذا ما ذهبت إليه اتفاقية روما 1980 المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية في المادة (2/3) والتي نصت على أنه :" يحق للأطراف في أي وقت الاتفاق على إخضاع العقد لقانون آخر غير الخاضع له من قبل، وسواء تم ذلك باختيار لاحق يتم تبعا لنفس المادة أو بمقتضى نصوص أخرى"[6].

---

[1] CAHEN (M.I),La Formation des contrats de commerce électronique,http://www.jurscom.net .30/12/2017.

[2] لزهر بن سعيد، النظام القانوني لعقود التجارة الإلكترونية، المرجع السابق، ص 200.

[3] VERBIEST(T), La protection juridique du cyber, Op.cit. p :115.

[4] فاروق محمد أحمد الاباصيري، عقد الاشتراك في قواعد المعلومات عبر شبكة الإنترنت، المرجع السابق، ص 112.

[5] إلياس ناصيف، العقود الدولية 'العقد الإلكتروني في القانون المقارن'، المرجع السابق، ص 321.

[6] Art (3/2) : « Les parties peuvent convenir, à tout moment, de faire régir le contrat par une loi autre que celle qui le régissait auparavant soit en vertu d'un choix antérieur selon le présent article, soit en vertu d'autres dispositions de la présente convention. Toute modification quant à la détermination de la loi applicable, intervenue postérieurement à la

كما يحق للأطراف تعديل اختيار القانون السابق في أي فترة لاحقة لإبرام العقد، وذلك بشرط عدم الإضرار بالغير الذين أسسوا توقعاتهم على القانون المختار السابق، وأن لا يؤدي التعديل إلى المساس بصحة العقد[1].

2-<u>الإرادة الضمنية</u>

وتكون في حال عدم تحديد الأطراف للقانون الواجب التطبيق بصورة صريحة ومباشرة وفي هذه الحالة يتم التعامل مع مضمون العقد وبنوده للبحث عن إرادة الأطراف في تحديد القانون الواجب التطبيق، وهذا ما يسمى بالإرادة الضمنية، إذ يستنتج من بنود العقد القانون المراد تطبيقه على العقد[2].

كما يمكن أن يستمد من بعض قرائن القانون الواجب التطبيق على العقد كأن يدرج في العقد بند يجعل الاختصاص بشأن المنازعات المتعلقة به من اختصاص محاكم دولة معينة أو يستخلص من جنسية المتعاقدين أو محل إقامتهم أو من خلال تحديد مكان إبرام العقد أو تنفيذه أو في مكان الوفاء أو من خلال اللغة التي حرر بها العقد[3].

من خلال ما سبق، يمكن القول أن قانون الإرادة يعتبر القانون الأمثل لتطبيقه على العقد الإلكتروني لكونه وليد مبدأ سلطان الإرادة وكذا باعتباره من أهم مناهج القانون الدولي الخاص، كما أن قانون الإرادة يلعب دور مهم في العقود الإلكترونية خصوصا أن هذه العقود تتم في بيئة إفتراضية لامادية ولا تعترف بالحدود المكانية.

الفرع الثاني

حالة غياب اتفاق الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد الإلكتروني (الإسناد الموضوعي)

خلافا للإسناد الشخصي والذي يقوم فيه الطرفان باختيار القانون الذي يحكم عقدهم، فإنه يوجد إسناد موضوعي ويكون في حالة غياب اتفاق صريح أو ضمني للقانون الواجب

=conclusion du contrat, n'affecte pas la validité formelle du contrat au sens de l'article 9 et ne porte pas atteinte aux droits des tiers ».

[1] صالح المنزلاوي، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، المرجع السابق، ص 285.

[2] محمد فواز المطالقة، الوجيز في عقود التجارة الإلكترونية، المرجع السابق، ص 140.

[3] صالح المنزلاوي، نفس المرجع، ص 288؛ محمد فواز المطالقة، نفس المرجع، ص 140.

التطبيق على العقد، حيث أن القاضي يستند على عوامل ومؤشرات موضوعية والتي قد تكون ضوابط جامدة (أولا) وقد تكون مرنة (ثانيا).

أولا: الإسناد الجامد

في حالة غياب الإرادة الصريحة للأطراف بخصوص القانون الواجب التطبيق على عقدهما، فإنه يتم تحديده من خلال ضوابط لها صلة بالعقد والمتمثلة في قانون دولة إبرام العقد أو تنفيذه أو قانون جنسية المتعاقدين أو موطنهما المشترك، وهذا ما ذهبت إليه أغلب التشريعات من بينها القانون المدني الجزائري في نص المادة (2/18) منه والتي نصت على أنه:"... وفي حالة عدم إمكان ذلك، يطبق قانون الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة وفي حالة عدم إمكان ذلك يطبق قانون محل إبرام العقد" .

إلا أن تطبيق هذه الضوابط يثير العديد من الصعوبات في العقد الإلكتروني وستناول كل ضابط في ما يلي:

1-ضابط قانون مكان إبرام العقد

يعتبر ضابط قانون مكان إبرام العقد من أهم الضوابط المعمول بها في مناهج تنازع القوانين، والتي تم تطبيقها من قبل العديد من التشريعات، على اعتبار أن الأطراف المتعاقدة عند اختيارهم لهذا القانون فإنهم يكونون على علم مسبق بأحكام هذا القانون[1].

إلا أنه يصعب تحديد مكان إبرام العقد الإلكتروني لما يثيره من إشكالات تناولنا بعضها في تنفيذ العقد الإلكتروني، فالفكرة اللامادية التي يقوم عليها العقد الإلكتروني يصعب معها تحديد مكان الإبرام ومكان تسلم الأشياء اللامادية؛ وهو ما يدعى بصعوبة التوطين أو التركيز الموضوعي، وهي صعوبة تتمثل في حال كان موضوع العقد أشياء غير مادية[2].

كما أن العقد الإلكتروني قد يبرم بصفة عارضة، فتكون غير كافية لنشوء رابطة حقيقية وجادة بين العقد وقانون محل إبرامه، كأن يتم التعاقد من خلال هاتفه النقال وهو ينتقل من

[1] حمودي محمد ناصر، العقد الدولي الإلكتروني المبرم عبر الإنترنت، المرجع السابق، ص 47.

[2] فيصل محمد كمال عبد العزيز، الحماية القانونية لعقود التجارة الإلكترونية، دار النهضة العربية، مصر، 2008، ص 692.

دولة إلى أخرى[1]، وبالتالي فإنها تعتبر أمور عرضية ولا تشكل معيار يعتمد عليه لتحديد القانون الواجب التطبيق على العقد.

2-ضابط قانون محل تنفيذ العقد

لقد نبه إلى أهمية إسناد العقود الدولية لقانون دولة محل التنفيذ الفقيه الألماني 'سافيني'، وكان ذلك بهدف التقليل من أهمية قانون محل الإبرام، باعتبار أن الرابطة العقدية ترتب آثارها في هذه الدولة[2].

ويعتد بهذا القانون على أساس أنه المكان الذي تتركز فيه مصالح المتعاقدين، حيث سيجني ثمار تعاقدهم وتنعقد فيه مسؤولياتهم[3].

إلا أن تطبيق هذا القانون يجد صعوبة في العقود الإلكترونية في حالة ما كان التنفيذ يتم عبر شبكة الإنترنت أو خارجها، فإذا تم التنفيذ عبر شبكة الإنترنت وليس بالتنفيذ المادي ففي هذه الحالة يصعب تحديد مكان التنفيذ، هل هو مكان موقع التحميل على الخط أو مكان المزود الذي يقدم الخدمة أو مكان المستضيف؟ [4].

أما إذا كان التنفيذ خارج الشبكة، فإنه يتصور قيام الأطراف بأداء التزاماتهم في أماكن مختلفة، وبالتالي يخضع العقد لأكثر من قانون، وعليه صعوبة تحقيق الانسجام بين هذه القوانين[5].

3-ضابط قانون الموطن المشترك

إن خضوع العقد لهذا الضابط يكفل للأطراف العلم المسبق بالقانون الواجب التطبيق بشكل صريح أو ضمني، كما أن الهدف منه هو تفادي تحكم القاضي بتطبيق قانون قد لا يرغب الأطراف في تطبيقه على عقدهم[6].

---

[1] صالح المنزلاوي، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، المرجع السابق، ص 328.

[2] لزهر بن سعيد، النظام القانوني لعقود التجارة الإلكترونية، المرجع السابق، ص 208.

[3] صالح المنزلاوي، نفس المرجع، ص 231.

[4] سمية بن غرابي، عقود التجارة الإلكترونية ومنهج تنازع القوانين، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، السنة الجامعية 2006-2007، ص 113-114.

[5] حمودي محمد ناصر، العقد الدولي الإلكتروني المبرم عبر الإنترنت مع التركيز على عقد البيع الدولي للبضائع ، المرجع السابق، ص 474.

[6] هبة ثامر محمود عبد الله، عقود التجارة الإلكترونية 'دراسة مقارنة'، المرجع السابق، ص243.

إلا أنه يصعب تطبيق هذا الضابط على العقود الإلكترونية، حيث أن التعامل عبر الإنترنت يقوم على العناوين الإلكترونية، وهذه العناوين لا تعطي دلالة واضحة على حقيقتها، كالعناوين التي تنتهي بـ: COM, ORG, FR، فالعناوين الإلكترونية لم تصمم أصلا بمنظور جغرافي؛ فهي تتسم بعدم التوطن[1].

4-ضابط قانون الجنسية المشتركة

لقد أخذت معظم التشريعات بضابط قانون الجنسية المشتركة كضابط احتياطي في حالة عدم تحديد الأطراف للقانون الواجب التطبيق على عقدهم، إلا أنه تم انتقاد هذا الضابط في كونه لا يصلح حتى لإضفاء الطابع الدولي على العقد[2].

كما أنه يصعب تطبيقه في مجال العقود الإلكترونية لضعف الصلة بين القانون الواجب التطبيق وفقا لهذا الضابط والعقد، بالإضافة إلى صعوبة التحقق من هوية الأطراف المتعاقدة وتحديد أماكن تواجدهم لحظة إبرام العقد وهو أمر غير مهم ولا تأبه به التجارة الإلكترونية[3].

من خلال ما سبق، يمكن القول أن عوامل الإسناد الجامدة تثير العديد من الصعوبات عند تطبيقها على العقود الإلكترونية في حالة عدم الاتفاق على تحديد القانون الواجب التطبيق على عقدهم، فهي تقوم على الطابع الإقليمي وهذا لا يتلاءم مع طبيعة العقد الإلكتروني الذي يتم عبر الإنترنت.

وتفاديا لذلك، فإنه تم اللجوء إلى معيار الأداء المميز وهو ما يعرف بالإسناد المرن وهذا ما سيتم دراسته في ما يلي.

ثانيا: الإسناد المرن 'معيار الأداء المميز'

إن فكرة الأداء المميز تقوم على تنوع معاملة العقود وتحديد القانون الذي يحكم العقد طبقا للالتزام الأساسي فيه. فبالرغم من تعدد الالتزامات في العقد الواحد، فإنه يجب الأخذ بالالتزام الجوهري والاعتماد عليه لتعيين القانون الواجب التطبيق على العقد في جملته[4].

---

[1] صالح المنزلاوي، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، المرجع السابق ، ص 334.

[2] حمودي محمد ناصر، العقد الدولي الإلكتروني المبرم عبر الإنترنت مع التركيز على عقد البيع الدولي للبضائع، المرجع السابق، ص 474.

[3] صالح المنزلاوي، نفس المرجع ، ص 333.

[4] هشام علي صادق، القانون الدولي الخاص، منشأة المعارف، مصر، 2005، ص 350-351 .

لقد عرف الأستاذ' JEAN-BAPTISTE ' معيار الأداء المميز بأنه:' الأداء الذي يسمح بوصف العقد وتمييزه عن غيره من العقود الأخرى'. كما عرفه أيضا 'VAN OVERSTARAETEN' بأنه:' الأداء الذي بمقتضاه يكون دفع المقابل النقدي واجبا'. إلا أن الالتزام بأداء الثمن يوجد في جميع العقود مما لا يجعل منه الأداء المميز، وعليه فإن الأداء المميز في عقد البيع هو تسليم المبيع أو الالتزام بنقل الملكية[1].

وقد لاقت فكرة الأداء المميز قبولا وسط التجارة الإلكترونية، باعتباره إسناد مسبق يتحدد وقت إبرام العقد ويفترض أن محل تنفيذ الأداء المميز هو محل إقامة المدين بهذا الأداء[2]. وبالتالي يكفل لأطراف العقد الأمان القانوني ويحقق استقرار معاملاتهم التجارية، مما يحول دون تجزئة العقد، فغالبا ما يكون الالتزام بالأداء المميز التزاما واحد، وهذا ما يؤدي إلى عدم تجزئة العقد وخضوع الالتزامات الناشئة عنه لقوانين متعارضة، كما يتميز بالوضوح غالبا حول الكشف عن القانون الواجب التطبيق[3].

لقد ظهرت فكرة الأداء المميز في العقد الثالث من القرن العشرين في الفقه السويسري وكان القاضي السويسري' STAUFFER' هو أول من اقترح فكرة إسناد العقد لمحل إقامة المدين بالأداء الجوهري، وكان ذلك عام 1952 في قضية'CHEVALLYC.GENIMPORTEX S.A'، وقد تم التأكيد على هذه الفكرة عام 1966 حيث قررت المحكمة الفيدرالية السويسرية أنه:" في حالة سكوت المتعاقدين عن القانون الذي يحكم العقد، فإنه يخضع للقانون الذي يرتبط به أوثق صلة وهو قانون محل إقامة الطرف المدين بالأداء المميز في العقد"[4].

كما تبنت محكمة الاستئناف الفرنسية' Grenoble' ضابط الأداء المميز في حكم صادر لها في 31 سبتمبر 1995، وكان ذلك بصدد عقد أبرم بين شركة ايطالية يتواجد مركزها في ايطاليا وبين مشتري فرنسي، حيث قررت تطبيق القانون الايطالي باعتباره قانون المدين

---

[1] صالح المنزلاوي، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، المرجع السابق، ص336– 337.

[2] صالح المنزلاوي، نفس المرجع ، ص 338.

[3] محمد بلاق، قواعد التنازع والقواعد المادية في منازعات عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص 59.

[4] حابت أمال، التجارة الإلكترونية في الجزائر، المرجع السابق، ص 500.

بالأداء المميز في العقد[1]، واستندت في حكمها إلى المادة (2/4) من اتفاقية روما 1980 [2]والتي يتم تطبيقها في حالة عدم وجود اتفاق على تحديد القانون الواجب تطبيقه على عقدهم.

وقد تبنت العديد من التشريعات المعاصرة هذا الضابط كقانون التحكيم الأردني رقم 31 سنة 2001 في المادة (136/ب)، والفصل (26) من القانون الدولي الخاص التونسي الصادر في 27 نوفمبر 1998، وكذا المادة (117) من القانون الدولي الخاص السويسري الصادر عام 1978، ونصت عليه كذلك المادة (28) من القانون الدولي الخاص الألماني عام 1986، وكذا المادة (1211) من القانون الروسي عام 2001.

ونفس الحال تماشت معه الاتفاقيات الدولية في تبنيها لهذا الضابط كاتفاقية لاهاي المبرمة في 15 يونيو 1955 والمتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على البيوع الدولية للمنقولات المادية[3]، وقد نصت المادة (1/3) من هذه الاتفاقية على أنه:" في حالة عدم اختيار الأطراف للقانون الذي سيحكم العقد، فإن البيع يكون محكوما بالقانون الداخلي للدولة التي يوجد بها محل الإقامة المعتادة للبائع وقت تسلمه الطلب، ومع ذلك إذا كان تسليم الطلب بواسطة منشأة البائع يكون محكوما بالقانون الداخلي للدولة التي يوجد بها مقر تلك المنشأة"[4].

---

[1] مقتبس عن، خالد عبد الفتاح محمد خليل، حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة ، 2002، ص 162.

[2] Art (4/2) : « Sous réserve du paragraphe 5, il est présumé que le contrat présente les liens les plus étroits avec le pays où la partie qui doit fournir la prestation caractéristique a, au moment de la conclusion du contrat, sa résidence habituelle ou, s'il s'agit d'une société, association ou personne morale, son administration centrale. Toutefois, si le contrat est conclu dans l'exercice de l'activité professionnelle de cette partie, ce pays est celui où est situé son principal établissement ou, si, selon le contrat, la prestation doit être fournie par un établissement autre que l'établissement principal, celui où est situé cet autre établissement».

[3] Convention du 15 juin 1955 sur la loi applicable aux ventes à caractère international d'objets mobiliers corporels . https://www.hcch.net . 31/12/2017.

[4] Art (3/1) : « A défaut de loi déclarée applicable par les parties, dans les conditions prévues à l'article précédent, la vente est régie par la loi interne du pays où le vendeur a sa résidence habituelle au moment où il reçoit la commande. Si la commande est reçue par un

والملاحظ على هذه المادة أن الاتفاقية قد أقرت بمحل الإقامة العادية للبائع أو مقر شركته التي تلقت الطلب كقاعدتي إسناد، يتم اللجوء إليهما في حالة عدم اتفاق الأطراف على تحديد القانون الواجب التطبيق على عقدهم[1].

ونصت على هذا الضابط أيضا اتفاقية روما 1980 والمتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية، حيث نصت في المادة (4) على أنه:"عند سكوت المتعاقدين عن اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد يسري على هذا الأخير قانون الدولة التي بها أكثر الروابط وثوقا.

وتعتبر تلك الروابط موجودة في الدولة التي يوجد بها محل الإقامة المعتادة للطرف الملتزم بتقديم الأداء المميز وقت إبرام العقد أثناء ممارسته لنشاطه المهني، قانون الدولة التي بها المنشأة الرئيسية لهذا الشخص يكون هو الواجب التطبيق على العقد، وإذا كان الأداء المميز للعقد سيتم عن طريق شركة أخرى بخلاف الشركة الرئيسية، فإن قانون الدولة التي يتواجد بها مقر تلك الشركة هو الذي يحكم العقد"[2].

وبحسب هذه المادة، فإن العقد يرتبط بالدولة التي يوجد فيها محل الإقامة للطرف المدين بالأداء المميز وقت إبرام العقد، أي تطبيق قانون دولة البائع أو مقدم الخدمة.

وبالرغم من تبني أغلب التشريعات والاتفاقيات لضابط الإسناد المرن إلا أنه يصعب تطبيقه في العقود الإلكترونية وذلك راجع لعدة أسباب نذكر منها ما يلي:

إن أغلب التشريعات الوطنية تعتمد على محل إقامة الأطراف في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد، ويقصد بالإقامة المكان الثابت والدائم الذي يتم فيه إبرام العقود، وهنا

=établissement du vendeur, la vente est régie par la loi interne du pays où est situé cet établissement ».

[1] الياس ناصيف، العقود الدولية 'العقد الإلكتروني في القانون المقارن'، المرجع السابق، ص 322.

[2] Art (4) : « Dans la mesure où la loi applicable au contrat n'a pas été choisie conformément aux dispositions de l'article 3, le contrat est régi par la loi du pays avec lequel il présente les liens les plus étroits. Toutefois, si une partie du contrat est séparable du reste du contrat et présente un lien plus étroit avec un autre pays, il pourra être fait application, à titre exceptionnel, à cette partie du contrat de la loi de cet autre pays ».

تكمن الصعوبة في تطبيقه على العقود الإلكترونية؛ حيث أن هذا الشرط غير متوفر باعتباره يتم عبر شبكة الإنترنت، وأن أغلب المواقع الإلكترونية يتم التعاقد معها بصفة مؤقتة[1].

كما يؤدي تطبيق هذا الضابط إلى الإضرار بالطرف الضعيف في العقد؛ حيث يكون إسناد العقود لقانون الطرف القوي باعتباره المدين بالأداء. بالإضافة إلى أنه يقوم على أسس جغرافية لا تلاءم طبيعة المعاملات التي تتم إلكترونيا ولا تأبه للحدود الجغرافية[2].

ويصعب تطبيق هذا الضابط أيضا في الحالة التي تستخدم فيها الشبكة كوسيلة للتفاوض حول إبرام العقد؛ حيث أن التعاقد إلكترونيا يفترض معه اتصال العقد وقت إبرامه بكافة الدول، وعليه تكون صعوبة في تحديد قانون يسند إليه الحكم[3].

من خلال ما سبق، يمكن القول أن مناهج تنازع القوانين لا يمكن تطبيقها في مجال العقود الإلكترونية نظرا لصعوبة تركيز هذا النوع من العلاقات مكانيا باعتبارها تنشأ في بيئة إفتراضية متحررة من مقتضيات التوطين الجغرافي، الأمر الذي جعل البعض ينادي بضرورة وجود قوانين جديدة تطبق على نزاعات العقود الإلكترونية كقانون المزود الإلكتروني أو قانون دولة العميل الإلكتروني أو القانون الموضوعي الإلكتروني وسنرتكز على هذا الأخير في المطلب الموالي.

المطلب الثاني

القانون الموضوعي الإلكتروني الدولي

بعد ما ثبت لدى البعض من الفقه الحديث عدم ملائمة مناهج القانون الدولي الخاص على العلاقات التعاقدية الإلكترونية للأسباب المذكورة سابقا نادوا بانتهاء عهد تنازع القوانين وضرورة وجود منهج موضوعي لا إسنادي؛ والمتمثل في القانون الإلكتروني الموضوعي وهو ما سيمكن من تفادي المشاكل التي واجهت عجز تطبيق قواعد القانون الدولي الخاص[4]

---

[1] لزهر بن سعيد، النظام القانوني لعقود التجارة الإلكترونية، المرجع السابق، ص 218.

[2] صالح المنزلاوي، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، المرجع السابق، ص 345.

[3] فاروق محمد احمد الاباصيري، عقد الاشتراك في قواعد المعلومات عبر شبكة الإنترنت، المرجع السابق، ص 114.

[4] أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص النوعي- القانون الإلكتروني- القانون السياحي، دار النهضة العربية مصر، 2002، ص 44-45 ؛ صالح المنزلاوي، نفس المرجع ، ص1 ؛ خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، المرجع السابق، ص 195 وما بعدها.

وعليه ما المقصود بالقانون الموضوعي الإلكتروني (الفرع الأول) ومدى تمتعه بصفة النظام القانوني (الفرع الثاني).

الفرع الأول

مفهوم القانون الموضوعي الإلكتروني الدولي

إن وجود قانون موضوعي إلكتروني يؤدي إلى إزالة المشاكل الخاصة باختيار القانون الواجب التطبيق على العقد ويساهم في تنظيم حركة التجارة الإلكترونية، كما أنه يجعل القانون يعاصر التطور التكنولوجي[1]، وسنتناول في هذا الفرع تعريفه وخصائصه التي تميزه عن منهج تنازع القوانين التقليدية (أولا)، ثم نتناول مصادره (ثانيا).

أولا: تعريف القانون الموضوعي الإلكتروني الدولي وخصائصه

لقد تعددت مسمياته فسمي بالقانون الإلكتروني، قانون المعلوماتية، القانون الإفتراضي القانون الرقمي، قانون الإنترنت، قانون الاتصالات، قانون الفضاء الإفتراضي، القانون الموضوعي للإنترنت، قانون التجار الجديد، القواعد المادية للتجارة الإلكترونية[2].

يعرف القانون الموضوعي الإلكتروني الدولي بأنه:' القانون الذي يضع مباشرة تنظيما موضوعيا خاصا ومستقلا عن حلول القوانين الوطنية للمعاملات القانونية بالنظر إلى صفتها الدولية'[3]. أو هو:'تنظيم قانوني ذو طبيعة موضوعية وذاتية خاص بالعمليات التي تتم عبر الإنترنت'[4].

كما عرف بأنه مجموعة القواعد القانونية غير الرسمية التي تم تطبيقها في مجال التجارة الإلكترونية[5]، ونفس المعنى تم تعريفه على أنه :' مجموعة قواعد تلقائية ذات طبيعة موضوعية خاصة بالروابط القانونية التي تتم عبر الشبكات الإلكترونية' [6].

---

[1] خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، المرجع السابق، ص195.

[2] صالح المنزلاوي، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، المرجع السابق، ص 109-110.

[3] أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص النوعي- القانون الإلكتروني- القانون السياحي، المرجع السابق، ص 48.

[4] مصطفى موسى العجارمة، التنظيم القانوني للتعاقد عبر شبكة الإنترنت، المرجع السابق، ص 204.

[5] MONNET (J) , La Lex électronica, http://perso.wandoo.fr/mam/these4.htm , 01/01/2018.

[6] حمودي محمد ناصر، العقد الدولي الإلكتروني المبرم عبر الإنترنت مع التركيز على عقد البيع الدولي للبضائع، المرجع السابق، ص 487.

والقانون الموضوعي الإلكتروني يتكون مما تم العمل عليه في المجتمع الإلكتروني من ممارسات وعادات تم تطويرها من قبل منظمات ذات طابع دولي حكومي أو غير حكومي كلجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي[1].

كما يتسم هذا القانون بمجموعة من الخصائص نذكر منها ما يلي:

1-قانون طائفي ونوعي

إن طبيعة القانون الموضوعي الإلكتروني في كونه يتم عبر بيئة إلكترونية جعلته غير قابل لتطبيق القواعد القانونية الوطنية عليه، باعتبار أن هذه الأخيرة تطبق على المعاملات المادية الملموسة، كما أن المجتمع المعلوماتي له ذاتيته الخاصة؛ ومن ثم يجب تنظيمه بقواعد تخاطب فئة خاصة[2]؛ وهم مستخدمو شبكة الإنترنت ومقدمو خدمة الإنترنت، وعليه فهو قانون طائفي يخاطب فئة معينة من الأشخاص[3].

إضافة الى ذلك، فإن القانون الموضوعي الإلكتروني هو قانون نوعي، حيث أنه ينظم نوع معين من المعاملات، وهي تلك المعاملات الناشئة عن التجارة الإلكترونية والمعالجة الآلية للبيانات والمعلومات والمسائل الإلكترونية، كما أن لهذا القانون نظام مؤسسي، له أدواته وأجهزته[4] وقضاؤه الخاص الإفتراضي الذي يعقد جلساته ويصدر أحكامه عبر الدوائر المغلقة للاتصالات ويتم تبادل الوثائق والمذكرات والدفاع بالبريد الإلكتروني[5].

2-قانون تلقائي النشأة

ويعني أن قواعده نابعة من مجتمع ذاتي دون أن يمر بالإجراءات الشكلية اللازمة لسن القوانين، كما أنه غير خاضع لجهة رسمية تقوم بتنظيمه وغير تابع لسلطة معينة[6].

---

[1] صالح المنزلاوي، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، المرجع السابق، ص 112.

[2] أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص النوعي، المرجع السابق، ص 55-58.

[3] خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، المرجع السابق، ص 396.

[4] حمودي محمد ناصر، العقد الدولي الإلكتروني المبرم عبر الإنترنت مع التركيز على عقد البيع الدولي للبضائع، المرجع السابق، ص495.

[5] محمد حسين منصور، المسؤولية الإلكترونية، المرجع السابق، ص 426.

[6] صالح المنزلاوي، نفس المرجع، ص183.

إضافة الى ذلك، فإن تطبيق هذا القانون ليس بحاجة إلى تدخل سلطة عامة تسهر على تنفيذه واحترام أحكامه، فمثلما كانت نشأته تلقائية فتطبيقه تلقائي، وميزة التلقائية جعلته يتميز بالعديد من المزايا أهمها[1]:

- أنها قواعد مرنة تتلاءم مع طبيعة شبكة الإنترنت، وتتواكب مع التطورات الناتجة عنه، كما أنه يجنب اختلاف القوانين الوطنية.
- أن هذه القواعد تتفق وتوقعات المتعاملين، بما أنها وليدة سلوكياتهم، وهذا ما يدل على أنها لا تفرض عليهم من سلطة عليا[2].

3-قانون دولي موضوعي

وهو ينظم فضاء إفتراضي مشترك، غير قابل للخضوع للقوانين الوطنية، كما أن طابعه الدولي يستمده من طبيعة المعاملات التي يحكمها باعتبارها معاملات عابرة للحدود وفي نفس الوقت تتصل بأكثر من دولة، كما أنها تتضمن انتقالا للقيم الاقتصادية فيما بينها وتتصل بمصالح التجارة الدولية، وكل هذا يضفي على المعاملات الإلكترونية الصفة الدولية.

ويتميز بأنه موضوعي أيضا على أساس أنه يختلف عن قواعد القانون الدولي الخاص من حيث أنه يمدنا بالحل المباشر للنزاع دون الحاجة للاستعانة بقواعد أخرى[3].

ثانيا: مصادر القانون الموضوعي الإلكتروني

1-الممارسات التعاقدية والعقود النموذجية

تعتبر الممارسات التعاقدية من أهم مصادر القانون الموضوعي الإلكتروني؛ حيث أنها قامت بإرساء العديد من القواعد التنظيمية التي يتم التعامل بها عبر الإنترنت، ويقصد بهذه الممارسات العقود التي تبرم وتنفذ بين القائمين على تقديم خدمات تلك الشبكة أيا كان أطرافها، سواء مقدمو خدمات الإنترنت أو المتعاملين في مجال الشبكة [4].

---

[1] أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص النوعي، المرجع السابق، ص59.

[2] صالح المنزلاوي، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، المرجع السابق، ص184.

[3] أحمد عبد الكريم سلامة، نفس المرجع، ص 59-60.

[4] ناصر حمودي، نزاعات العقود الإلكترونية : أزمة مناهج تنازع القوانين وظهور القانون الموضوعي الإلكتروني كبديل، مجلة معارف، جامعة أكلي محند اولحاج، البويرة، ع5، 2008، ص 20.

أما العقود النموذجية فتعرف على أنها:' مجموعة من الشروط العامة التي استقرت في عادات وواقع التجارة الدولية، والمكتوبة في صيغ معدة سلفا والمطبوعة بأعداد ضخمة تستعمل كنماذج لعقود يتم إبرامها في المستقبل'.

كما تهدف هذه العقود إلى تحقيق الأمن القانوني من خلال النص على جملة من الأحكام التي تنظم العلاقة بين مستخدمي التبادل الإلكتروني للبيانات، كما تتناول مجموعة من القضايا الأساسية كشكل رسالة البيانات وكيفية التحقق من استلامها وكذا التدابير الأمنية ضد مخاطر وصول الرسائل أو فقدها ..الخ[1].

2-<u>الأعراف والعادات المستقرة</u>

وهي ما تم التعامل به بين المتعاملين عبر شبكة الإنترنت من قواعد تم إنشاءها بطريقة تلقائية من خلال ممارستها في الوسط المهني الذي يتم عبر الإنترنت[2].

وقد عرفت بأنها:' مجموعة الأعراف والعادات والقواعد غير الصادرة عن سلطة رسمية والتي تولد بشكل عفوي من قبل فئة أو جماعة معينة، تطبقها وتعتبرها ملزمة، ثم تمتد تدريجيا مع الوقت وتتوسع رقعة انتشارها لتلقى في مرحلة أولى قبولا واعترافا من قبل المعنيين بها، وفي مرحلة ثانية من قبل المحاكم حتى تكتسب بنتيجة هذا القبول والاعتراف قيمة قانونية ملزمة، لا تتحصل هذه القواعد من التشريعات الداخلية أو المحلية، بل هي وليدة التنظيم الذاتي لمستخدمي شبكة الإنترنت أنفسهم'[3].

ولذلك، فإن الطابع الفني للشبكة الإنترنت يمكن أن يتواجد في العرف التجاري الدولي من خلال التنظيم الذاتي، وعليه لا يمكننا إنكار دور العرف والعادات المستقرة مستقبلا بالرغم من حداثة العقود الإلكترونية.

---

[1] صالح المنزلاوي، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، المرجع السابق، ص 180.

[2] خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، المرجع السابق، ص 401.

[3] حمودي محمد ناصر، العقد الدولي الإلكتروني المبرم عبر الإنترنت مع التركيز على عقد البيع الدولي للبضائع، المرجع السابق، ص489.

3-تقنينات السلوك

وهي مجموعة القواعد والأحكام التي وضعت من قبل هيئات ومؤسسات تهدف إلى الحفاظ على نظام أخلاقي قويم في التعامل عبر شبكة الإنترنت[1].

وتكمن أهمية وضع تقنين للسلوك في أنه يتضمن حد أدنى من الأحكام والمبادئ المشتركة، التي يجب على كل متعامل عبر الإنترنت مراعاتها[2].

ومن أهم هذه المبادئ والأحكام عدم استخدام الحاسب في إلحاق الأذى بالآخرين أو التدخل في العمل المعلوماتي للآخرين، أو استخدامه في السرقة أو انتحال مصنفات الغير أو التفتيش والبحث في البطاقات الائتمانية الخاصة بالآخرين[3].

واستنادا لذلك، فإنه يجب احترام هذه التقنينات سواء على المستوى الدولي أو الوطني حيث أن هذا يساهم في استخلاص قواعد موحدة يلتزم بها المتعاملون مع الإنترنت؛ فالبنسبة إلى تقنينات السلوك الدولية نجد أن من أهم القواعد التي يمكن الاسترشاد بها في مجال المعاملات الإلكترونية قواعد السلوك الموحدة للتبادل الإلكتروني للبيانات التجارية عن طريق الإرسال عن بعد والتي قامت بإعدادها غرفة التجارة الدولية عام 1987، أما في عام 1996 قامت غرفة التجارة الدولية بإعداد مشروع خاص بالممارسات الموحدة في مجال التوثيق والتصديق الإلكترونين، وفي عام 1997 قامت بتجميع العادات الدولية المستقرة بشأن التجارة الدولية وهذه العادات تشمل المبادئ الأساسية في كل من النظام القانوني اللاتيني والانجلوسكسوني حيث تهدف إلى ضمان الثقة والاستقامة والنزاهة في المعاملات الإلكترونية[4].

أما بالنسبة إلى تقنينات السلوك الإقليمية فنجد عدة مبادرات تحث على التعاون الدولي في مجال استخدام الإنترنت، كما توصي بوضع تقنين لحسن السلوك ومن هذه المبادرات: تقرير اللجنة المشتركة للمعلومات التابعة لمجلس الشيوخ الأمريكي بخصوص الدخول في مجتمع المعلومات، وكذا مبادرة الوزير الفرنسي للاتصالات Francois Fillon والذي حث

---

[1] مصطفى موسى العجارمة، التنظيم القانوني للتعاقد عبر شبكة الإنترنت، المرجع السابق، ص206.

[2] حمودي محمد ناصر، العقد الدولي الإلكتروني المبرم عبر الإنترنت ، المرجع السابق ، ص490.

[3] أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص النوعي، المرجع السابق، ص56.

[4] صالح المنزلاوي، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، المرجع السابق، ص 169.

على أهمية التعاون الدولي بهدف إصدار تقنين حسن السلوك في التعامل عبر الإنترنت وكان الهدف من هذه المبادرات إصدار قواعد موحدة تحدد مسؤولية مقدمي خدمات الإنترنت وكذا الإعلان عن مبادئ تهدف إلى تحقيق التعاون القضائي بين الدول[1].

4-القواعد الموضوعية ذات الطابع الاتفاقي الدولي

تعتبر التوصيات والاتفاقيات الدولية في هذا الشأن من أهم مصادر القانون الموضوعي الإلكتروني، والتي من شأنها توحيد القواعد الموضوعية بين الدول والانسجام فيما بينها[2] ومنها اتفاقية فيينا لبيوع البضائع الدولية المعتمدة في 11 ابريل 1980، واتفاقية روما 1980 المتعلقة بالالتزامات التعاقدية.

أما في مجال العقد الإلكتروني فنجد أن الاتفاقيات الدولية بهذا الشأن قليلة جدا بالرغم من أهميتها، ومن بينها:

- اتفاقية مجلس أوروبا رقم 108 الخاصة بحماية البيانات ذات الطابع الشخصي وتدفقها عبر الحدود لسنة 1981[3].
- قواعد الاتحاد الأوربي رقم 2001/44 المتعلقة بالاختصاص القضائي والاعتراف وتنفيذ الأحكام في المجالين المدني والتجاري[4].
- اتفاقية جنيف لسنة 1996 المتعلقة بالملكية الأدبية والفنية في العالم الرقمي[5].

ولقد بذلت جهود من جانب اللجان والهيئات الحكومية وغير الحكومية على المستوى الدولي والإقليمي بتنظيم الروابط القانونية المتعلقة بالعقود الإلكترونية وجاءت بصورة توصيات دولية وذلك لقلة الاتفاقيات.

ومن بين هذه التوصيات نذكر ما يلي:

---

[1] والذي اقترح في نهايته إلى فتح خط ساخن، إنشاء مكتب ليكون مسئولا عن تنظيم الانترنت وعن إبداء النصح للمتعاملين عبر الإنترنت، وكذا مراقب وطني يقوم بمراقبة تطور تكنولوجيا المعلومات والاتصالات. انظر، صالح المنزلاوي، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، المرجع السابق، ص 170-171.

[2] مصطفى موسى العجارمة، التنظيم القانوني للتعاقد عبر شبكة الإنترنت، المرجع السابق، ص206.

[3] KESSEDJIAN (C), les échanges de données informatisées, internet et le commerce électronique, http://hcch.net .10/01/2018.

[4] انظر، http://droit_tecnologie.org/fr .

[5] انظر، http://www.wipo.org.

- التوصية الصادرة عن لجنة الأمم المتحدة الاقتصادية لأوروبا لسنة 1979 المتعلقة بالنقل البحري؛ حيث تؤكد على ضرورة استخدام التقنية المعلوماتية في مستندات النقل البحري[1].
- التوصيات الصادرة عن منظمة التعاون والتنمية الأوروبية حول حماية الحياة الخاصة وتدفق المعلومات ذات الطابع الشخصي عبر الحدود لسنة 1980.
- التوجيه الأوروبي رقم 95–46 المتعلق بحماية الفرد في مجال معالجة البيانات ذات الطابع الشخصي والتدفق الحر للبيانات[2].
- التوصيات الصادرة عن لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، والتي من بينها:

– التوصية رقم 14 الصادرة في الدورة التاسعة لسنة 1997 بشأن الاعتداد بالمستندات التجارية التي تصدر بوسائل أخرى غير الكتابة واعتبارها مستندات رسمية.

– مراجعة التوصية رقم 12 الصادرة في 15 يوليو 1989 في مارس 1994 لتذليل الصعوبات التي تواجهها التجارة الدولية؛ وذلك من خلال تحويل الحقوق باستخدام المستندات الورقية التي كانت موضوعا للمفاوضات كسند الشحن.

–إعداد نموذج عبارة عن عقد نموذجي لاستخدام المعطيات المعلوماتية، حيث صدرت التوصية رقم 26 حول تسهيل استخدامه[3].

كما تم وضع برنامج عمل سمي بـ" أنظمة التبادل في المعلومات الخاصة بالتجارة الإلكترونية' وذلك لمدة سنتين بقرار من مجلس الاتحاد الأوروبي؛ حيث يهدف إلى ضمان المعطيات المعلوماتية في نطاق دول الاتحاد الأوروبي، ومن أهم أعمالها إعداد نموذج لاتفاقية حول استخدام المعطيات المعلوماتية، وإجراء دراسات حول التوقيعات الإلكترونية كما أصدرت اللجنة الأوروبية في 19 أكتوبر 1994 توصية هامة تتعلق ببعض الجوانب القانونية للتجارة في نطاق المعطيات المعلوماتية[4].

---

[1] صالح المنزلاوي، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، المرجع السابق، ص 160.

[2] حمودي محمد ناصر، العقد الدولي الإلكتروني المبرم عبر الإنترنت، المرجع السابق، ص490.

[3] عبد الفتاح بيومي حجازي، النظام القانوني لحماية التجارة الإلكترونية، المرجع السابق، ص 160.

[4] عبد الفتاح بيومي حجازي، نفس المرجع، ص 161.

5-قضاء التحكيم الإلكتروني

حيث أن تسوية المنازعات المتعلقة بالعقود الإلكترونية يجب أن يتم بواسطة قضاء متخصص، يكون قضاته من رجال التجارة الإلكترونية ذوي خبرة بجميع فروعها، فوفقا لهذا الاتجاه، فإن الوسيلة المناسبة لتسوية المنازعات الإلكترونية هي التحكيم والوساطة الإلكترونية، باعتبار أن هذه الوسيلة متاحة بين مستخدمي الإنترنت، كما تتميز بسرعتها وملاءمتها للتطورات الناتجة عن التجارة الإلكترونية[1].

الفرع الثاني

مدى تمتع القانون الموضوعي الإلكتروني بصفة النظام القانوني

يعرف النظام القانوني على أنه:' مجموعة متناسقة من القواعد تتأتى من مصادر مترابطة على نحو تدريجي، وتستلهم نفس المجموعة من المبادئ، ونفس الرؤية للحياة وللعلاقات داخل الوحدة الاجتماعية التي يجب أن تحكمها'[2].

بالإضافة إلى ذلك، يجب أن يكون هناك تنظيم عضوي أو هيئة متماسكة لها القدرة على خلق قواعد سلوكية، وضمن هذا الإطار يعرف النظام القانوني على أنه :' القانون قبل أن يكون قاعدة، وقبل أن تكون له صلة بالروابط القانونية، فهو تنظيم بناء وتوجه المجتمع ذاته الذي يسري فيه، والذي يشكل به وحدة، أو كائنا قائما بذاته'[3].

من خلال ما سبق، يمكن القول بأن النظام القانوني هو مجموعة من القواعد القانونية التي تقوم بتنظيم سلوك الأشخاص داخل المجتمع، ويتكون من سلطة لها وحدة قائمة بذاتها ومن هنا يطرح التساؤل حول مدى تمتع القانون الموضوعي الإلكتروني بصفة النظام القانوني؟

أولا: نفي صفة النظام القانوني عن القانون الموضوعي الإلكتروني

من خلال التطرق إلى مفهوم النظام القانوني تم التوصل إلى نفي صفة النظام القانوني عن القانون الموضوعي الإلكتروني؛ وذلك لعدة أسباب منها:

---

[1] صالح المنزلاوي، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، المرجع السابق، ص180.

[2] صالح المنزلاوي، نفس المرجع ، ص196.

[3] أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص النوعي، المرجع السابق، ص 62.

1-مدى حقيقة المجتمع الافتراضي

لا يمكن التأكيد على وجود مجتمع متناسق ومنسجم لكل المتعاملين مع شبكة الإنترنت يقدر على إنشاء قواعد سلوكية ملزمة لهم، بل هو مجتمع غير متجانس نتيجة تعدد الطوائف من تجار ومهنيين وفنيين داخل جماعة الإنترنت، تعارض مصالحهم الشخصية من ناحية[1] ومن ناحية أخرى، فإن الدول غير متعاونة في هذا المجال وليست لها الرغبة في ترك المنازعات التي يكون مواطنيها أطرافا فيها لتحكمها القواعد الإفتراضية، وعليه فإن القانون الإلكتروني يتكون من جماعة لا يسودها الانسجام[2].

أما عن القول بوجود مجتمع إفتراضي، فهو غير صحيح حيث أن المتعاملين عبر الإنترنت هم أشخاص حقيقيون، وأن العقود التي تبرم بينهم تتم على أرض الواقع، كما أنهم يقومون بدفع التزاماتهم المالية عبر بنوكهم، وأن الوسائل الإلكترونية التي يتم من خلالها التعامل تتمركز في حدود إقليمية معينة، وعليه يمكن للعمليات التي تتم عبرها أن تخضع لتلك المواقع الإقليمية وفق ما تحدده قواعد التنازع في القانون الدولي الخاص[3].

2-عدم توافر الإلزام في قواعد القانون الموضوعي الإلكتروني

إن قواعد القانون الموضوعي هي قواعد اختيارية يتم تطبيقها وفقا لإرادة الأطراف، حيث أنها تفتقد لعنصر الإلزام لعدم اقترانها بجزاء يكفل احترامها وإتباعها[4]، وعليه فلابد أن تتدخل الدولة لتوقيع الجزاءات القانونية على كل من يخالف هذه القواعد، وبالتالي فإن هذه القواعد غير صالحة لإنشاء نظام قانوني متكامل[5].

3-نقص وقصور قواعد القانون الموضوعي الإلكتروني

إن قواعد القانون الإلكتروني مازالت في بداية تكوينها، فهي بعيدة على أن تشكل نظاما قانونيا كامل ومستقل قادر على تغطية المسائل التي يثيرها التعامل عبر الإنترنت كالقانون الواجب التطبيق على أهلية أطراف المعاملات عبر الإنترنت، التراضي، التقادم المسقط

---

[1] أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص النوعي، المرجع السابق، ص 63.

[2] صالح المنزلاوي، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، المرجع السابق، ص203.

[3] حمودي محمد ناصر، العقد الدولي الإلكتروني المبرم عبر الإنترنت ، المرجع السابق، ص498.

[4] صالح المنزلاوي، نفس المرجع ، ص 204.

[5] حمودي محمد ناصر، نفس المرجع ، ص 499.

مقدار التعويض المستحق للمضرور، وعليه لابد من الرجوع إلى النظم الوضعية لتغطية هذه المسائل. لذلك، فإنه يرتب هذا النقص مخاطر تتمثل في أنه سيترك فرص واسعة لتقدير المحكمين والقضاة الفاصلين في المنازعات الإلكترونية، وهذا التقدير سيخضع أكيد إلى انطباعاتهم وقناعتهم الشخصية، بما قد لا يتوافق مع الحل القانوني السليم[1].

كما أن العقود المبرمة إلكترونيا قد مست جميع فروع القانون الخاصة منها والعامة، لكن نجد أن مصادر القانون الموضوعي الإلكتروني غير شاملة لكل فروع القانون، وهذا ما يؤدي بالرجوع إلى القوانين الداخلية في شتى المجالات كقانون الاستهلاك والقانون الذي يحكم شروط صحة العقد[2].

ثانيا: الاعتراف بصفة النظام القانوني للقانون الموضوعي الإلكتروني

يذهب البعض على أنه لا يترتب على تعدد الجماعات داخل المجتمع الإفتراضي تعارض مصالحهم، فالاختلاف في ذلك يعد من أهم مقتضيات العمل التجاري؛ حيث أن هؤلاء يسعون إلى تحقيق هدف واحد وهو إشباع حاجات التجارة الدولية[3].

كما أن ربط فكرة النظام القانوني بالجزاء الذي تكفله الدولة غير مقبول؛ حيث أن الجزاء داخل جماعة الإنترنت لا يعتبر جزاء معنوي كما هو الحال في قواعد الأخلاق، بل هو جزاء مادي محسوس توقعه السلطة المعنية بشؤون المجتمع الإفتراضي[4].

ولهذا يرى أنصار هذا الاتجاه أن القانون الموضوعي الإلكتروني يشكل نظام قانوني له طبيعة خاصة، يتشكل من عادات وممارسات تم العمل بها داخل المجتمع الإفتراضي والتي تم تطويرها من قبل المتعاملون بها في مجال الاتصال والمعلومات[5]، كما أن له قضاء مستقل وعادات إفتراضية وأحكام جبرية لها القدرة على فرض جزاء في حالة مخالفة القواعد السلوكية [6]، وهذه الأخيرة لها قيمة قانونية ملزمة كالقوانين النموذجية التي وضعتها لجنة

---

[1] أحمد عبد الكريم سلامة، الإنترنت والقانون الدولي الخاص 'فراق أم تلاقي'، المرجع السابق، ص55.

[2] حمودي محمد ناصر، العقد الدولي الإلكتروني المبرم عبر الإنترنت، المرجع السابق، ص 500.

[3] مقتبس عن، هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2001، ص 284.

[4] صالح المنزلاوي، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، المرجع السابق، ص211.

[5] صالح المنزلاوي، نفس المرجع، ص205.

[6] أحمد عبد الكريم سلامة، نفس المرجع، ص 21.

الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي والعقد النموذجي الذي وضعته غرفة التجارة الدولية بباريس، حيث أن القواعد التي تصدر من هذه الهيئات تضمن وحدة الحلول للمشكلات الفنية والقانونية، كما تتجنب القصور التشريعي الناتج عن التشريعات الوطنية لعدم سنها لقوانين تنظم هذه المسائل، إضافة إلى ذلك فهي تحقق الأمان للمتعاملين عبر الإنترنت وتتجنب دخول أطرافها في اتفاقيات تبادل فردية قد تكون غير مكتملة[1].

وقد أكد أنصار هذا الاتجاه على أن القانون الموضوعي الإلكتروني هو تنظيم قانوني من خلال ما يشمله من عناصر لازمة لتكوين هذا النظام؛ والتي تتمثل في[2]:

- وجود مجتمع متجانس في مجال التجارة الإلكترونية.
- وجود أجهزة قانونية تقوم بتقنين قواعد السلوك وصياغتها والسهر على احترامها.
- وجود جزاء في هذه القواعد يطبق عند مخالفتها.

من خلال ما سبق، يمكن القول أن القانون الموضوعي الإلكتروني يتمتع بصفة النظام القانوني لما يتمتع به من وجود مجتمع إلكتروني، وله سلطة تقوم بوضع القواعد السلوكية التي تحكم المعاملات الإلكترونية كلجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، بالإضافة إلى الجزاء المادي الذي يطبق في حالة مخالفة قواعده.

وكخلاصة لما سبق، يمكن القول أن تطبيق منهج تنازع القوانين على العقد الإلكتروني طرح العديد من الانتقادات والصعوبات؛ لكونه لا يتلاءم وطبيعة هذا النوع من العقود وهذا ما أوجب إيجاد قواعد موضوعية كالقانون الموضوعي الإلكتروني والذي يتناسب مع خصوصيته، والذي سيمكن من تفادي المشاكل التي واجهت عجز تطبيق قواعد القانون الدولي الخاص.

---

[1] فاروق محمد أحمد الاباصيري، عقد الاشتراك في قواعد المعلومات عبر شبكة الإنترنت، المرجع السابق، ص129.

[2] صالح المنزلاوي، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، المرجع السابق ، ص 206-207.

خلاصة الباب الثاني

لقد تناولنا في هذا الباب إثبات العقد الإلكتروني والجهة المختصة في حل نزاعاته، حيث قمنا بدراسة إثبات العقد الإلكتروني من خلال التوقيع الإلكتروني والمحررات الإلكترونية، وقد استعرضنا خصوصية التوقيع الإلكتروني من خلال دراسة الجوانب القانونية له؛ وذلك بالتطرق إلى تعريفه وإلى صوره وأشكاله، وكذا التعرض لمميزاته وخصائصه.

أما في مجال حجية التوقيع الإلكتروني فقد اعترفت معظم التشريعات به في الإثبات حيث ساوت بينه وبين التوقيع التقليدي وذلك شريطة توفره على مجموعة من الشروط الأنفة الذكر.

وحتى يكون للتوقيع الإلكتروني حجية في الإثبات فلابد من أن يكون موثق وأن يكون صادر من جهات توثيق معتمدة، ولكي يكون موثق فلابد من توفر شروط تتمثل في قدرة التوقيع الإلكتروني على تحديد شخصية محرره وأن يعبر عن إرادة الموقع، واتصال التوقيع الإلكتروني بالسند، وأن يتم إنشاء التوقيع الإلكتروني بوسائل خاصة بالموقع وتحت سيطرته.

أما عن توثيق التوقيع الإلكتروني فيجب أن يتم من خلال جهة التصديق الإلكتروني وهي من تقوم بإصدار شهادة توثيق التوقيع الإلكتروني وهذه الشهادة هي التي تربط البيانات الخاصة بفحص التوقيع الإلكتروني وشخص معين تؤكد هويته، وعليه فهي تثبت من صحة التوقيع وصحة البيانات الموقع عليها وبأنها صادرة عن الموقع ولم يطرأ عليها أي تعديل.

لذلك، فإن أهمية التصديق الإلكتروني تظهر في كونه يسعى لتدعيم الثقة، حيث يقوم بمنحها في المحررات حتى يمكن استخدامها لإثبات ما تشمله من تصرفات قانونية، كما أنه يمكن المتعامل من الاعتماد عليه في معاملاته ويقوم بالتأكد من تحديد مضمون الإرادة.

كما حاولنا معرفة مفهوم المحررات الإلكترونية باعتبارها وسيلة إثبات حديثة من خلال تطرقنا إلى تعريفها وخصائصها والشروط اللازم توفرها والمتمثلة في تحديد هوية الشخص الذي صدر عنه المحرر الإلكتروني، عدم قابلية بيانات المحرر الإلكتروني للتعديل، قابلية المحرر الإلكتروني للاحتفاظ بالمعلومات الواردة فيه.

وتعرضنا أيضا إلى بعض القوانين التي اعترفت بالمحررات الإلكترونية سواء كانت رسمية أو عرفية والتي منحت لها الحجية الثبوتية مثلها مثل المحررات التقليدية، وذلك متى توفرت على الشروط المنصوص عليها قانونا.

وقد تطرقنا إلى الاستثناءات الواردة على الدليل الكتابي في المحررات الإلكترونية والتي استنتجنا منها أنه لا يمكن اعتبار المحرر الإلكتروني مبدأ ثبوت بالكتابة ذلك أن المحرر سيبقى دليلا ناقصا لا يدل بذاته على محتوى التعاقد المدعى به، وإنما يجعله قريب الاحتمال وعليه الحاجة لاستكماله بالبينة والقرائن.

كما رأينا أن التعاقد الإلكتروني لا يعتبر مانعا من الحصول على الدليل الكتابي ذلك أن فكرة الاستحالة من الحصول على الدليل الكتابي غير متوفرة.

ويمكن إثبات التصرفات القانونية التي تتم عبر شبكة الإنترنت بشهادة شهود أو القرائن في حالة فقدان الدليل الكتابي لسبب أجنبي، إذا توافرت الشروط المنصوص عليها قانونا ورأينا أن هذا الاستثناء يمكن تصوره في العقد الإلكتروني لإمكانية حدوثه.

هذا بالنسبة إلى إثبات العقد الإلكتروني، أما بالنسبة إلى الجهة القضائية المختصة بحل نزاعاته فقد قمنا بالبحث عن مدى ملائمة تنازع قواعد الاختصاص القضائي للتطبيق على نزاعات العقد الإلكتروني، ووجدنا أنه لا يتلاءم معه، وذلك راجع لطبيعة هذا النوع من العقود، حيث لاحظنا عند تطبيق القواعد العامة أنه يواجه صعوبات مما يجعلنا نتفادى إعمالها، كما أن الحلول المقترحة غير كفيلة لسد الفراغ القانوني في تحديد الجهة القضائية المختصة لحل النزاع، وعليه يفضل اتفاق الطرفين على تحديد المحكمة المختصة في حل النزاع سواء كان صريح أو ضمني، وسواء كان سابق أو لاحق على نشوء النزاع؛ وذلك تفاديا لأي نزاع قد يحدث، وهذا الاتفاق يجب أن يتوفر على شروط حتى ينتج أثره، أما في حالة عدم وجود اتفاق، فيجب البحث عن وسيلة إلكترونية تتلاءم مع طبيعة النزاعات المتعلقة بالعقود الإلكترونية.

وفي هذا الصدد قمنا بالتركيز على التحكيم الإلكتروني باعتباره وسيلة لفض نزاعات العقد الإلكتروني لما له من أهمية، وباعتباره أكثر استعمالا مقارنة بالوسائل الإلكترونية الأخرى، وقد رأينا أنه لا يختلف عن التحكيم التقليدي إلا في الوسيلة التي يتم بها؛ والتي يجب أن تتم في جميع مراحله، والتحكيم الإلكتروني يتم من خلال اتفاق الأطراف على اللجوء إليه وذلك قبل أن يثور النزاع أو بعده، والذي قد يدرج كبند في العقد أو كاتفاق مستقل.

ويجب أن يتوفر على شروط شكلية وموضوعية وإلا اعتبر باطلا، كما أن التحكيم الإلكتروني يخضع إلى إجراءات تحكم سيره تتم عن طريق طلب التحكيم ثم البدء في جلسات التحكيم والتي من خلالها يتم تعيين تاريخ صدور حكم التحكيم والذي من خلاله يتم إنهاء الخصومة.

أما عن القانون الواجب التطبيق عليه فقد قمنا بالبحث في مدى صلاحية تطبيق قواعد التنازع التشريعي على العقود الإلكترونية فيما إذا كانت قادرة على تأدية الدور التقليدي الذي كانت تقوم به بالنسبة للعقود الدولية التقليدية ورأينا أن قانون الإرادة يلعب دور مهم في العقود الإلكترونية خاصة أن هذه العقود تتم في بيئة رقمية لامادية لا تعترف بالحدود المكانية، وعليه يعتبر هذا القانون هو القانون الأمثل لتطبيقه على هذا النوع من العقود كونه وليد مبدأ سلطان الإرادة وباعتباره من أهم قواعد التنازع في القانون الدولي الخاص، وبالتالي فإنه لا يوجد إشكال في حال وجود اتفاق الأطراف على تحديد القانون الواجب التطبيق على عقدهم، إلا أنه وفي حالة غياب هذا الاتفاق، فإنه يتم إعمال معايير الإسناد الاحتياطية والمعروفة بالإسناد الموضوعي والتي تقوم على عوامل ومؤشرات موضوعية والتي تكون إما جامدة أو مرنة ، فأما الجامدة فتشمل دولة إبرام العقد أو قانون دولة التنفيذ أو قانون جنسية المتعاقدين أو قانون موطنهما المشترك.

إلا أننا وجدنا أن إعمال هذا الضوابط في العقد الإلكتروني لا يتلائم مع خصوصيته التي ينفرد بها، ذلك أن هذه الضوابط وضعت في الأصل من أجل واقع مادي وليس العكس كما هو بالنسبة للعقود الإلكترونية.

وأما بالنسبة للإسناد المرن فيقوم على معيار الأداء المميز وقد انتقد هو الآخر لعدم ملائمته لطبيعة العقد الإلكتروني.

واستنادا لما سبق، فإن مناهج تنازع القوانين لا يمكن تطبيقها في مجال العقود الإلكترونية نظرا لصعوبة تركيز هذا النوع من العلاقات مكانيا باعتبارها تنشأ في بيئة إفتراضية متحررة من مقتضيات التوطين الجغرافي، الأمر الذي جعل البعض ينادي بضرورة وجود قوانين جديدة تنظم العقود الإلكترونية والتي من بينها القانون الموضوعي الإلكتروني والذي يتسم بمجموعة من الخصائص التي تميزه، فهو قانون طائفي ونوعي، تلقائي النشأة، دولي موضوعي، كما خلصنا إلى أن القانون الموضوعي الإلكتروني يتمتع بصفة النظام القانوني

لما يتمتع به من وجود مجتمع إلكتروني، وله سلطة تقوم بوضع القواعد السلوكية التي تحكم المعاملات الإلكترونية كلجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، بالإضافة إلى أن له جزاء مادي يطبق في حالة مخالفة قواعده.

خاتمة

خاتمة

لقد تناولنا في هذا البحث موضوع الإطار القانوني للعقد الالكتروني حيث تمت دراسته دراسة مقارنة، ومن خلال هذه الدراسة حاولنا تطبيق القواعد العامة سواء في نظرية العقد أو في نظرية الإثبات أو في نظرية تنازع القوانين، ورأينا أن هذه القواعد لا تتلاءم مع طبيعة العقد الإلكتروني وذلك راجع لقصور هذه القواعد عن استيعاب المفاهيم الإلكترونية وكذا التطور الدائم والمستمر الذي يطرأ على المعاملات الإلكترونية.

فبالرغم من المحاولات المبذولة من قبل الفقه والقضاء وكذا التشريعات في تنظيم المعاملات الإلكترونية إلا أنها مازالت قاصرة على الإلمام بجميع الجوانب القانونية المتعلقة بها.

ومن هذا المنطلق، فإننا في خاتمة هذه الدراسة نسجل أهم النتائج والتوصيات المتعلقة بموضوع البحث وذلك في ما يلي:

أولا: النتائج

- إن العقد الإلكتروني يتميز بالوسيلة التي يتم فيها إبرامه حيث يتم بوسيلة الكترونية وهو ما يجعلنا أمام مجلس عقد حكمي غير حقيقي، كما أنه يمكن أن يكون عقد إذعان أو عقد رضائي وذلك طبقا لظروف كل عقد وبحسب الوسيلة المستخدمة.
- بما أن العقد الإلكتروني عقد رضائي غالبا؛ فإنه يمر عند إبرامه بمرحلة المفاوضات وهي المرحلة التي يتم فيها مناقشة تفاصيل العقد، بعدها تأتي مرحلة انعقاد العقد وهي المرحلة التي يجب أن يتوفر فيها العقد على الأركان المنصوص عليها قانونا حتى يعد العقد صحيح.
- إن ركن التراضي في العقود الإلكترونية يخضع إلى نفس الأحكام الموجودة في القواعد العامة في العقود التقليدية. إلا أنه يتميز عنه في طريقة التعبير والتي تتم في بيئة رقمية إلكترونية.

- إن مجلس العقد الإلكتروني هو تعاقد بين حاضرين زمانا وغائبين مكانا، إلا في حالة التعاقد غير اللحظي حيث يكون غائبين مكانا وزمانا.
- عند تحديد زمان الإبرام في العقد الإلكتروني تعتبر نظرية تأكيد القبول هي النظرية الأنسب وذلك متى كانت وسيلة الإبرام هي وسيلة إلكترونية، أما عن تحديد مكان إبرام العقد الإلكتروني، فإنه يتم الانعقاد في المكان الذي يوجد فيه مقر عمل الموجب.
- بما أن العقد الإلكتروني هو عقد ملزم لجانبين، فإنه كغيره من العقود يرتب التزامات في ذمة طرفيه، حيث يلتزم البائع بالالتزام بالتسليم سواء بطريقة تقليدية أو إلكترونية وذلك بحسب محل العقد، أما المشتري فيلتزم بدفع الثمن ويكون ذلك بطريقة إلكترونية.
- لقد استلزمت طبيعة العقد الإلكتروني ظهور وسائل إثبات حديثة تتلاءم معه، ومن أهمها التوقيع الإلكتروني والمحررات الإلكترونية، حيث اعترفت بهما أغلب التشريعات ومنحت لهما الحجية القانونية في الإثبات وذلك متى توفرا على الشروط المنصوص عليها قانونا.
- إن القواعد العامة في تنازع الاختصاص القضائي أو في تنازع القوانين، لا يمكن إعمالها في العقد الإلكتروني، وذلك راجع للبيئة الرقمية الإلكترونية التي ينفرد بها مما أوجب البحث في وسائل أخرى ملائمة له.
- يعتبر التحكيم الإلكتروني من أهم الوسائل البديلة لحل منازعات العقود الإلكترونية لما يتوافق وطبيعة العقود الإلكترونية ولما يتميز به من سرعة وتوفير للوقت والمال.

ثانيا: التوصيات

- يتعين على المشرع الجزائري استحداث بعض المواد في قانون حماية المستهلك وقمع الغش تعالج المشكلات التي تواجه المستهلك في العقود الإلكترونية.

- يجب العمل على نشر ثقافة التعاقد عبر الإنترنت وضمانات تنفيذها عبر وسائل الإعلام المختلفة في المجتمع الجزائري.
- على المشرع الجزائري استحداث بعض المواد في القانون المدني تنظم المرحلة السابقة لإبرام العقد، ألا وهي مرحلة التفاوض الإلكتروني.
- ضرورة تنظيم الأحكام الخاصة بتنفيذ العقود الإلكترونية في التشريع الجزائري.
- يجب وضع تشريع خاص للوفاء الإلكتروني وتأمين المعاملات الإلكترونية من الاختراق، وحفظ المحررات من التزوير بهدف إضفاء السرية والأمان لزيادة الثقة والإقبال على هذه المعاملات.
- ضرورة إنشاء جهات متخصصين تهدف إلى توفير الأمن القانوني للمعاملات الإلكترونية .
- ينبغي تزويد المحاكم بقضاة متخصصين لديهم خبرة فنية في المعاملات الإلكترونية.
- تشجيع فكرة حل المنازعات بطريقة إلكترونية بما فيها التحكيم الإلكتروني داخل الدول.

مراجع

المراجع

❖ باللغة العربية

أولا: المؤلفات

أ- المؤلفات العامة

1. إبراهيم احمد إبراهيم، التحكيم الدولي الخاص، دار النهضة العربية، مصر، 2000.
2. بلحاج العربي، مشكلات المرحلة السابقة على التعاقد في ضوء القانون المدني الجزائري دراسة مقارنة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2011.
3. توفيق حسن فرج، قواعد الإثبات في المواد المدنية والتجارية، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2003.
4. جمال محمود الكردي، القانون الواجب التطبيق في دعوى التحكيم، دار النهضة العربية، مصر،2003.
5. حسين عبد الباسط جميعي، حماية المستهلك الحماية الخاصة لرضا المستهلك في عقود الاستهلاك، دار النهضة العربية، مصر، 1996.
6. حفيظة السيد الحداد، الاتجاهات المعاصرة بشأن اتفاق التحكيم، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، دون سنة نشر .
7. خالد عبد الفتاح محمد خليل، حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة ، 2002 .
8. خالد عبد حسين الحديثي، تكميل العقد'دراسة مقارنة' ، منشورات الحلبي الحقوقية ،الطبعة الأولى ، بيروت لبنان ،2012.

9. دربال عبد الرزاق، الوجيز في النظرية العامة للالتزام 'مصادر الالتزام'، دار العلوم للنشر والتوزيع، الجزائر،2004 .
10. زكريا سرايش، الوجيز في مصادر الالتزام، العقد والإرادة المنفردة مع الإشارة إلى موقف الفقه الإسلامي من بعض المسائل، دار هومة للنشر والتوزيع، الجزائر،2013.
11. طاهري حسين، الإجراءات المدنية والإدارية الموجزة، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، 2012.
12. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام، الجزء الأول، 2007-2008.
13. عبد الرزاق السنهوري، نظرية العقد، شرح القانون المدني، دار الفكر، بيروت، دون سنة نشر.
14. عبد المطلب عبد الحميد، البنوك الشاملة وعملياتها، الدار الجامعة، الإسكندرية، 2000.
15. عبد المنعم فرج الصدة، مصادر الالتزام ، دار النهضة العربية، الإسكندرية، 1992.
16. عدنان السرحان، نوري خاطر ، شرح القانون المدني، مصادر الحقوق الشخصية(الالتزامات) ، دراسة مقارنة، ، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، عمان، 2000 .
17. علاء محي الدين مصطفى، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية مصر، 2008.
18. علي علي سليمان ، النظرية العامة للالتزام –مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري- ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005 .
19. فاضلي ادريس، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، ديوان المطبوعات الجامعية،الجزائر،2015 .
20. لشعب محفوظ بن حامد، عقد الإذعان في القانون المدني الجزائري والمقارن، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1990.

21. محمد حسين منصور، مصادر الالتزام–العقد والإرادة المنفردة، الدار الجامعية، مصر، 2000.
22. محمد حسن قاسم، الموجز في عقد البيع، دار الجامعة للطباعة والنشر، الإسكندرية، 1996.
23. محمود السيد عمر التحيوي، العنصر الشخصي لمحل التحكيم، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2003.
24. مصطفى محمد الجمال، السعي إلى التعاقد في القانون المقارن، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2002.
25. نبيل إبراهيم سعد، أحكام الالتزام والإثبات، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2013.
26. نبيل إبراهيم سعد، المبادئ العامة للقانون نظرية القانون–نظرية الحق، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2013.
27. نزيه محمد الصادق المهدي، الالتزام قبل التعاقدي بالإدلاء بالبيانات العقدية، دار النهضة العربية، مصر،1982.

ب– <u>المؤلفات الخاصة</u>

1. أحمد ادريوش، تأملات حول قانون التبادل الإلكتروني للمعطيات القانونية 'عناصر لمناقشة مدى تأثير القانون 05–53 على قانون الالتزامات والعقود'، منشورات سلسلة المعرفة القانونية،المغرب، 2009.

2. أحمد خالد العجلوني، التعاقد عن طريق الإنترنت دراسة مقارنة، الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع، دار الثقافة للنشر والتوزيع،عمان، 2002.
3. أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص النوعي– القانون الإلكتروني– القانون السياحي، دار النهضة العربية، مصر، 2002.
4. أسامة أحمد بدر، حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني، دار الجامعة الجديدة الإسكندرية، 2005.
5. أمينة خبابة، التحكيم الالكتروني في التجارة الإلكترونية 'دراسة مقارنة'، دار الفكر والقانون، مصر، 2014.

6. الياس ناصيف، العقود الدولية 'العقد الإلكتروني في القانون المقارن'، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2009.
7. إياد أحمد سعيد الساري، النظام القانوني لإبرام العقد الإلكتروني على ضوء قانون التوقيع الإلكتروني والمعاملات الإلكترونية' دراسة مقارنه في ظل القوانين العربية والأجنبية'، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان،2016 .
8. أيسر صبري إبراهيم، إبرام العقد عن الطريق الإلكتروني وإثباته، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2014.
9. أيمن عبد الحفيظ، حماية بطاقات الدفع الإلكتروني، مطابع الشرطة للطباعة والنشر ،مصر، 2007.
10. بسام نواف الراشدي، عقود التجارة الإلكترونية وقواعد إبرامها، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية ،2014.
11. بشار طلال المومني، مشكلات التعاقد عبر الإنترنت، عالم الكتب الحديث، الأردن، 2004.
12. بشار محمود دودين، الإطار القانوني للعقد المبرم عبر شبكة الإنترنت وفقا لقانون المعاملات الإلكترونية وبالتأصيل مع النظرية العامة للعقد في القانون المدني، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2010.
13. حسن فضالة موسى حسن، التنظيم القانوني للإثبات الإلكتروني'دراسة مقارنة'، مكتبة السنهوري،الطبعة الأولى، لبنان، 2016.
14. حسن عبد الباسط الجمعي، إثبات التصرفات القانونية التي يتم إبرامها عن طريق الإنترنت، دار النهضة العربية، مصر، 2000.
15. حشمت قاسم، الإنترنت ومستقبل خدمات المعلومات، دراسات عربية في المكتبات وعلم المعلومات، دار غريب للطباعة والنشر والتوزيع، القاهرة، 1996.
16. حمودي محمد ناصر،العقد الدولي الإلكتروني المبرم عبر الإنترنت مع التركيز على عقد البيع الدولي للبضائع، دار الثقافة للنشر والتوزيع ،الأردن،2012 .
17. خالد حسن أحمد، الحجية القانونية للمستندات الإلكترونية بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي 'دراسة مقارنة'، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع،2018.

18. خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، دار الفكر الجامعي، مصر، 2007.
19. خالد ممدوح إبراهيم، حماية المستهلك في المعاملات الإلكترونية دراسة مقارنة، الدار الجامعية، مصر،2007.
20. خالد ممدوح إبراهيم، لوجستيات التجارة الإلكترونية، دار الفكر الجامعي، الطبعة الأولى، مصر، 2008.
21. سامح عبد الواحد التهامي، التعاقد عبر الإنترنت'دراسة مقارنة'، دار الكتب القانونية، مصر،2008 .
22. سعيد السيد قنديل، التوقيع الإلكتروني 'ماهيته، صوره، حجيته في الإثبات بين التدويل والاقتباس'، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 2004.
23. سلطان عبد الله محمود الجواري، عقود التجارة الإلكترونية والقانون الواجب التطبيق 'دراسة قانونية مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، لبنان،2010.
24. سمير الجمال، التعاقد عبر تقنيات الاتصال الحديثة 'دراسة مقارنة'، دار النهضة العربية، مصر،2006.
25. سيد أحمد محمود، إلكترونية القضاء والقضاء الإلكتروني وإلكترونية التحكيم والتحكيم الإلكتروني 'دراسة مقارنة'، دار الفكر والقانون، مصر، 2015.
26. شادي رمضان، النظام القانوني للتعاقد والتوقيع في إطار عقود التجارة الإلكترونية، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، مصر، 2016.
27. صالح المنزلاوي، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، دار الجامعة الجديدة ، مصر،2008.
28. طارق كاظم عجيل، ثورة المعلومات وانعكاساتها على القانون المدني، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، لبنان، 2011.
29. عادل أبو هشيمة محمود حوته، عقود خدمات المعلومات الإلكترونية في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، مصر، 2004.
30. عباس العبودي، التعاقد عن طريق وسائل الاتصال الفوري وحجيتها في الإثبات المدني، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 1997.

31. عبد الصبور عبد القوي علي مصري، التنظيم القانوني للتحكيم الإلكتروني، مكتبة القانون والاقتصاد، الطبعة الأولى، الرياض، 2013.
32. عبد الفتاح بيومي حجازي، التجارة الإلكترونية العربية، النظام القانوني للتجارة الإلكترونية في دولة الإمارات العربية المتحدة، الكتاب الثاني، دار الكتب القانونية، دار شتات النشر والبرمجيات، مصر، 2007.
33. عبد الفتاح بيومي حجازي، النظام القانوني لحماية التجارة الإلكترونية، الجزء الأول، دار الفكر الجامعي، مصر،2002.
34. عبد الفتاح بيومي حجازي، النظام القانوني للتوقيع الإلكتروني'دراسة تأصيلية مقارنة'، دار الكتب القانونية، مصر،2007.
35. عبد الفتاح بيومي حجازي، التجارة الإلكترونية العربية، النظام القانوني للتجارة الإلكترونية في دولة الإمارات العربية المتحدة، الجزء الثاني، دار الكتب القانونية، دار شتات النشر والبرمجيات، مصر، 2007.
36. عصام أحمد البهجي، التحكيم الإلكتروني في عقود التجارة الدولية، دار الفكر الجامعي،مصر، 2017.
37. عصام عبد الفتاح مطر، التحكيم الإلكتروني 'ماهيته، إجراءاته، آلياته في تسوية منازعات التجارة الإلكترونية، العلامات التجارية وحقوق الملكية الفكرية'، دار الجامعة الجديدة، مصر،2009.
38. علاء محمد نصيرات، حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات 'دراسة مقارنة'، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2005 .
39. عمر حسن المومني، التوقيع الإلكتروني وقانون التجارة الإلكترونية ، دار وائل للنشر،الأردن، 2003.
40. عيسى غسان ربضي، القواعد الخاصة بالتوقيع الإلكتروني ، دار الثقافة للنشر والتوزيع،الأردن ،2009.
41. غنام شريف محمد، محفظة النقود الإلكترونية، دار النهضة العربية ، مصر، 2003.
42. فادي محمد عماد الدين توكل، عقد التجارة الإلكترونية، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان،2010.

43. فاروق إبراهيم جاسم، الجوانب القانونية للتجارة الإلكترونية، مكتبة السنهوري، بيروت، 2016.

44. فاروق الأباصيري، عقد الاشتراك في قواعد المعلومات الإلكترونية، دراسة تطبيقية لعقود الإنترنت، دار النهضة العربية،مصر ،2003 .

45. فريد منعم جبور، حماية المستهلك عبر الإنترنت ومكافحة الجرائم الإلكترونية 'دراسة مقارنة'، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الثانية، لبنان ، 2012.

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

47. قدري محمد محمود، حماية المستهلك في العقد الإلكتروني، دار النهضة العربية، مصر، 2014.

48. لزهر بن سعيد، النظام القانوني لعقود التجارة الإلكترونية، دار هومة للنشر والتوزيع، الجزائر ،2012.

49. ماجد محمد سليمان أبا الخيل، العقد الإلكتروني، مكتبة الرشد ناشرون، الطبعة الأولى، المملكة العربية السعودية ، 2009.

50. محمد إبراهيم أبو الهيجاء، التحكيم الإلكتروني 'الوسائل الإلكترونية لفض المنازعات –الوساطة والتوفيق–التحكيم–المفاوضات المباشرة'، دار الثقافة للنشر والتوزيع،الأردن، 2010.

51. محمد إبراهيم أبو الهيجاء، عقود التجارة الإلكترونية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن،2011.

52. محمد أمين الرومي ، التعاقد الإلكتروني عبر الإنترنت، دار المطبوعات الجامعية، مصر ،2004.

53. محمد أمين الرومي، النظام القانوني للتوقيع الإلكتروني، دار الكتب القانونية، مصر، 2008.

54. محمد حسن قاسم، التعاقد عن بعد' قراءة تحليلية في التجربة الفرنسية مع إشارة لقواعد القانون الأوروبي'، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر ،2005 .

55. محمد حسين منصور، المسؤولية الإلكترونية، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 2003.
56. محمد خالد جمال رستم، التنظيم القانوني للتجارة والإثبات الإلكتروني في العالم، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان،2006.
57. محمد سعيد رشدي، الإنترنت والجوانب القانونية لنظم المعلومات، مؤسسة دار الكتب، الكويت،1997.
58. محمد عبد الكعبي، الحماية الجنائية للتجارة الإلكترونية، دار النهضة العربية ، مصر،2010.
59. محمد فواز المطالقة، الوجيز في عقود التجارة الإلكترونية،دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2006.
60. محمد محمد سادات، خصوصية التوقيع الإلكتروني 'دراسة مقارنة'، دار الفكر والقانون، مصر، 2011.
61. محمود السيد عبد المعطي خيال، التعاقد عن طريق التلفزيون، النسر الذهبية للطباعة، مصر،2000 .
62. محمود عبد الرحيم شريفات، التراضي في تكوين العقد عبر الإنترنت دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، الأردن، 2009.
63. مصطفى كمال طه، وائل بندق، الأوراق التجارية ووسائل الدفع الإلكترونية الحديثة، دار النهضة العربية، مصر، 2005.
64. مصطفى موسى العجارمة، التنظيم القانوني للتعاقد عبر شبكة الإنترنت، دار الكتب القانوني، دار شتات للنشر والبرمجيات، مصر، 2010.
65. ممدوح علي مبروك، مدى حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات، دار النهضة العربية مصر، 2009.
66. ممدوح محمد حيري هاشم، مشكلات البيع الإلكتروني عن طريق الإنترنت في القانون المدني "دارسة مقارنة"، دار النهضة العربية، مصر،2000.
67. مناني فراح، أدلة الإثبات الحديثة في القانون، دار الهدى، الجزائر،2008.

68. مناني فراح، العقد الإلكتروني وسيلة إثبات حديثة في القانون المدني الجزائري، دار الهدى،الجزائر، 2009.
69. منير محمد الجنبيهي، ممدوح محمد الجنبيهي، التبادل الإلكتروني للبيانات، دار الفكر الجامعي، مصر، 2004.
70. منير محمد الجنبيهي، ممدوح محمد الجنبيهي، التوقيع الإلكتروني وحجيته في الإثبات، دار الفكر الجامعي، مصر،2005 .
71. منير محمد الجينيهي،ممدوح محمد الجينيهي، الطبيعة القانونية للعقد الإلكتروني، دار الفكر الجامعي، مصر، بدون سنة نشر.
72. هبة ثامر محمود عبد الله ، عقود التجارة الإلكترونية 'دراسة مقارنة'، مكتبة السنهوري منشورات زين الحقوقية، لبنان،2011.
73. هشام بشير، إبراهيم عبد ربه إبراهيم، التحكيم الإلكتروني، المركز القومي للإصدارات القانونية، مصر، 2012.
74. هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، دار الفكر الجامعي، مصر ،2001.

ثانيا: الرسائل العلمية

أ- **الرسائل دكتوراه**

1. العيشي عبد الرحمان، ركن الرضا في العقد الإلكتروني، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، السنة الجامعية 2016-2017.
2. أمازوز لطيفة، التزام البائع بتسليم المبيع في القانون الجزائري، رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، السنة الجامعية 2010-2011.
3. براهيمي صالح، الإثبات بشهادة الشهود في القانون الجزائري 'دراسة مقارنة في المواد المدنية والجنائية'، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو ، السنة الجامعية 2011-2012.
4. بلقاسم حامدي، إبرام العقد الإلكتروني، رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، السنة الجامعية 2014-2015.

5. حابت أمال، التجارة الإلكترونية في الجزائر، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية،جامعة مولود معمري، تيزي وزو، السنة الجامعية 2014-2015.
6. حساني علي، الإطار القانوني للالتزام بالضمان في المنتوجات 'دراسة مقارنة'، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، السنة الجامعية 2011-2012.
7. حوحو يمينة، عقد البيع الإلكتروني 'دراسة مقارنة'، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، السنة الجامعية 2011-2012.
8. صفوان حمزة إبراهيم عيسى الهواري، الأحكام القانونية للعقود الإلكترونية 'دراسة مقارنة'، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، السنة الجامعية 2011-2012.
9. عجالي بخالد، النظام القانوني للعقد الإلكتروني في التشريع الجزائري'دراسة مقارنة'، رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، السنة الجامعية 2013-2014.
10. كوثر سعيد عدنان خالد، حماية المستهلك الإلكتروني، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة بنها، مصر، السنة الجامعية 2009-2010.
11. محمد زيدان، دور التسويق في القطاع المصرفي في حالة بنك الفلاحة والتنمية الريفية، رسالة دكتوراه، كلية العلوم الاقتصادية وعلوم تسيير، جامعة الجزائر، السنة الجامعية 2004-2005.
12. مخلوفي عبد الوهاب، التجارة الإلكترونية عبر الإنترنت، رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، السنة الجامعية2011-2012.
13. ميهوب سماح، أثر تكنولوجيا المعلومات والاتصالات على الأداء التجاري والمالي للمصارف الفرنسية 'حالة نشاط البنك عن بعد'، رسالة دكتوراه، كلية العلوم الاقتصادية والعلوم التجارية وعلوم تسيير، جامعة منتوري، قسنطينة، السنة الجامعية 2013-2014.

ب- <u>مذكرات ماجستير</u>

1. إسلام مأمون حسين مأمون، المعوقات التي تحد من نجاح التجارة الإلكترونية في مصر، مذكرة ماجستير، الجامعة الإفتراضية الدولية في المملكة المتحدة، المملكة المتحدة ،السنة الجامعية 2010- 2011.

2. الطيب حسن عبد الله العوض، إبرام وتنفيذ العقد الإلكتروني 'دراسة تحليلية مقارنة'، مذكرة ماجستير، كلية الدراسات العليا والبحث العلمي، جامعة الرباط الوطني، السودان، السنة الجامعية 2014-2015.

3. العاني إيمان ، البنوك التجارية وتحديات التجارة الإلكترونية، مذكرة ماجستير، كلية العلوم الاقتصادية وعلوم التسيير، جامعة منتوري، قسنطينة، السنة الجامعية 2006-2007.

4. إياد محمد عارف عطا سده، مدى حجية المحررات الإلكترونية في الإثبات 'دراسة مقارنة'، مذكرة ماجستير، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، فلسطين، السنة الجامعية 2008-2009.

5. بلال بن جامع، المشكلات الأخلاقية والقانونية المثارة حول شبكة الإنترنت، مذكرة ماجستير، كلية العلوم الإنسانية والعلوم الاجتماعية ، جامعة منتوري، قسنطينة، السنة الجامعية 2006-2007 .

6. بلقاسم عبد الله، المحررات الإلكترونية وسيلة لإثبات العقد الإلكتروني 'دراسة مقارنة'، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، السنة الجامعية 2012-2013.

7. بندر بن عبد الله الربيعة، حجية البريد الإلكتروني في إثبات العقود 'دراسة تأصيلية مقارنة'، مذكرة ماجستير ، كلية الدراسات العليا، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، السنة الجامعية 2013-2014.

8. بوديسة كريم، التحكيم الإلكتروني كوسيلة لتسوية منازعات عقود التجارة الإلكترونية، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو ، السنة الجامعية 2011-2012.

9. بورزق إبراهيم فوزي، دراسة تحليلية حول التجربة الجزائرية في مجال النقد الآلي البنكي 'دراسة حالة القرض الشعبي الجزائري CPA ، مذكرة ماجستير ، كلية العلوم الاقتصادية وعلوم التسيير، جامعة الجزائر،2007-2008.
10. بوزيدي إيمان، ضمانات المشتري في عقد البيع الإلكتروني، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزوزو، السنة الجامعية 2015-2016.
11. توجي سامية، التحكيم الإلكتروني، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، السنة الجامعية 2008-2009.
12. خلوي عنان، الحماية القانونية للمستهلك عبر الإنترنت، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، السنة الجامعية 2012-2013.
13. دحماني سمير ، التوثيق في المعاملات الإلكترونية 'دراسة مقارنة'، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، السنة الجامعية 2014-2015.
14. رامي صالح الوريكات، التعاقد عبر الهاتف الخلوي دراسة في التشريع الأردني، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، الأردن، السنة الجامعية 2012-2013.
15. رجاء نظام حافظ بني شمسه، الإطار القانوني للتحكيم الإلكتروني 'دراسة مقارنة'، مذكرة ماجستير، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، فلسطين، السنة الجامعية 2008-2009.
16. رصاع فتيحة، الحماية الجنائية للمعلومات على شبكة الإنترنت، مذكرة ماجستير ، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، السنة الجامعية 2011-2012.
17. سعد خليفة خلف الهيفي، القانون الواجب التطبيق على التحكيم الإلكتروني، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، الأردن، السنة الجامعية 2012-2013.
18. سمية بن غرابي، عقود التجارة الإلكترونية ومنهج تنازع القوانين، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، السنة الجامعية 2006-2007.
19. صولي الزهرة، النظام القانوني للعقد الإلكتروني، مذكرة ماجستير ، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، السنة الجامعية 2007-2008.

20. طمين سهيلة، الشكلية في عقود التجارة الإلكترونية، مذكرة ماجستير ، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزو وزو، السنة الجامعية 2010-2011.
21. عبد الله بن ناصر بن احمد العمري، الحماية الجنائية للبريد الإلكتروني 'دراسة تأصيلية مقارنة'، مذكرة ماجستير، كلية الدراسات العليا، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، السنة الجامعية 2009-2010.
22. عذبة سامي حميد الجادر، العلاقات التعاقدية المنبثقة عن استخدام بطاقة الائتمان، مذكرة ماجستير، كلية العلوم القانونية، جامعة الشرق الأوسط للدراسات العليا ، الأردن، السنة الجامعية 2007-2008.
23. فلاح فهد العجمي، الحماية المدنية للمستهلك في العقد الإلكتروني، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط ،الأردن، السنة الجامعية 2010- 2011.
24. فوغالي بسمة، إثبات العقد الإلكتروني وحجيته في ظل عالم الإنترنت، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد لمين دباغين-سطيف، السنة الجامعية 2014-2015
25. لزعر وسيلة، تنفيذ العقد الإلكتروني، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 01، السنة الجامعية 2010-2011.
26. محمد بلاق، قواعد التنازع والقواعد المادية في منازعات عقود التجارة الدولية ، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، السنة الجامعية 2010-2011.
27. مرزوق نور الهدى، التراضي في العقود الإلكترونية، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري ، تيزي وزو، السنة الجامعية 2011-2012.
28. مصطفى خضير نشمي، النظام القانوني للمفاوضات التمهيدية للتعاقد، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط ، الأردن، السنة الجامعية 2013-2014.
29. لالوش راضية، أمن التوقيع الإلكتروني، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، السنة الجامعية 2011-2012.

30. نواف محمد مفلح الذيابات، الالتزام بالتبصير في العقود الإلكترونية، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، الأردن، السنة الجامعية 2012-2013.
31. هدار عبد الكريم، مبدأ الثبوت بالكتابة في ظل ظهور المحررات الإلكترونية، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، السنة الجامعية 2013-2014.
32. واقد يوسف، النظام القانوني للدفع الإلكتروني، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، السنة الجامعية، 2010-2011.
33. يحي يوسف فلاح حسن، التنظيم القانوني للعقود الإلكترونية، مذكرة ماجستير ،كلية الدراسات العليا ، جامعة النجاح الوطنية، فلسطين، السنة الجامعية 2006-2007.

ثالثا: المقالات العلمية

1. أحمد قاسم فرح، النظام القانوني لمقدمي خدمات الإنترنت دراسة تحليلية مقارنة، مجلة المنارة، جامعة آل البيت، الأردن، المجلد 13، العدد 09، 2007.
2. أسامة بن غانم العبيدي، حجية التوقيع الالكتروني في الإثبات، المجلة العربية للدارسات الأمنية و التدريب، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، المجلد 28 ،العدد56، 2012.
3. أكرم محمود حسين البدو، محمد صديق محمد عبد الله، أثر موضوعية الإرادة التعاقدية في مرحلة المفاوضات، مجلة الرافدين للحقوق، جامعة الموصل، العراق، المجلد 13، العدد49، 2016.
4. الياس بن ساسي، التعاقد الإلكتروني والمسائل القانونية المتعلقة به، مجلة الباحث، جامعة ورقلة، العدد الثاني، 2003.
5. أم كلثوم صبيح محمد ، المفاوضات الممهدة للتعاقد ماهيتها وأحكامها 'دراسة مقارنة بين الواقع العملي والفراغ التشريعي'، مجلة كلية الحقوق، جامعة المستنصرية، العراق، مجلد 14،العدد الرابع، 2012.

6. أمين دواس، اختيار المتعاقدين للقانون الواجب التطبيق على العقد الإلكتروني، مجلة جامعة النجاح للأبحاث (العلوم الإنسانية)، جامعة النجاح للأبحاث ، فلسطين، مجلد 25، العدد10، 2011.

7. إيمان طارق الشكري، حيدر عبد الهادي، الإخلال بضمان المطابقة في عقد البيع، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، جامعة بابل، العراق، العدد الرابع، 2006.

8. إيناس مكي عبد نصار، التفاوض الإلكتروني' دراسة مقارنة في ظل بعض التشريعات العربية المعاصرة'، مجلة جامعة بابل، جامعة بابل، العراق، المجلد21، العدد الثالث، 2013.

9. إيناس هاشم رشيد، التعبير عن الإرادة في العقود الالكترونية، مجلة رسالة الحقوق، جامعة كربلاء،العراق، المجلد الأول ، العدد الثاني، 2009.

10. باطلي غنية، حجية السند الإلكتروني، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية والسياسية، جامعة الجزائر، العدد الثالث، 2011.

11. بخيت عيسى، آثار العولمة على المسؤولية السابقة للتعاقد، مجلة الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والإنسانية، جامعة الشلف، العدد 14، 2015.

12. براهمي حنان، المحررات الإلكترونية كدليل إثبات ، مجلة المفكر، جامعة محمد خيضر، بسكرة، العدد9، 2013.

13. بن أحمد صليحة، آثار المسؤولية المدنية الناشئة عن إخلال المتفاوض بالتزامه بالتفاوض بحسن النية، مجلة دفاتر السياسة والقانون، جامعة ورقلة، العدد 10، 2010 .

14. بهلول فاتح، تنفيذ عقود التجارة الإلكترونية، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، جامعة بجاية، المجلد 11، العدد الأول، 2015.

15. جودت هندي، التزام البائع بتسليم المبيع وفق أحكام اتفاقية الأمم المتحدة للبيع الدولي لعام 1980، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، جامعة دمشق،سوريا، المجلد 28، العدد02، 2012.

16. حسين بن محمد المهدي، القوة الثبوتية للمعاملات الإلكترونية، مجلة البحوث القضائية، المحكمة العليا المكتب الفني، اليمن، العدد السابع، 2007.
17. حمدي محمود بارود، الطبيعة القانونية للمسؤولية في حالة العدول عن مفاوضات العقد، مجلة الجامعة الإسلامية للدراسات الاقتصادية والإدارية، جامعة الأزهر، غزة، المجلد 20،العدد الثاني، 2012.
18. حنان مليكة، النظام القانوني للتوقيع الإلكتروني في ضوء قانون التوقيع الإلكتروني السوري رقم 4 الصادر بتاريخ 2009/02/25 'دراسة قانونية مقارنة'، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، جامعة دمشق، سوريا، المجلد 26، العدد الثاني، 2010.
19. خليفي مريم، الالتزام بالإعلام الإلكتروني وشفافية التعامل في مجال التجارة الإلكترونية، مجلة دفاتر السياسة والقانون، جامعة ورقلة، العدد الرابع، 2011.
20. رباحي أحمد ، الطبيعة القانونية للعقد الإلكتروني، مجلة الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والإنسانية، جامعة حسيبة بن بوعلي، الشلف، العدد العاشر ، 2013.
21. زهيرة كيسي، النظام القانوني لجهات التوثيق(التصديق) الإلكتروني، مجلة دفاتر السياسة والقانون، جامعة ورقلة، العدد السابع، 2012.
22. زيد حنش عبد الله، وسائل الإثبات، مجلة البحوث القضائية، المحكمة العليا المكتب الفني، اليمن، العدد 07، 2007.
23. زيد محمد مقدم، النظام القانوني للتوثيق الإلكتروني 'دراسة مقارنة'، مجلة الشريعة والقانون والدراسات الإسلامية، العدد24 ، 2014.
24. طارق كميل، حماية المستهلك في التعاقد عبر شبكة الإنترنت 'دراسة مقارنة'، مجلة الجامعة العربية الأمريكية للبحوث، الجامعة العربية الأمريكية، فلسطين، العدد الأول، 2014.
25. عبد الحي القاسم عبد المؤمن، أركان العقد الالكتروني، مجلة جامعة بخت الرضا العلمية، جامعة بخت الرضا، السودان، العدد11، 2014.
26. عبد الحي القاسم عبد المؤمن، مفهوم العقد الإلكتروني وخصائصه، مجلة جامعة بخت الرضا العلمية، جامعة بخت الرضا، السودان، العدد13، 2014.

27. عبد الرحمان خلفي، حماية المستهلك الإلكتروني في القانون الجزائري 'دراسة مقارنة' ، مجلة جامعة النجاح للأبحاث ، جامعة النجاح للأبحاث، فلسطين، المجلد 27، العدد الأول ، 2013.
28. عبد المهدي كاظم ناصر،حسين عبيد شعواط ، عقد الإيواء المعلوماتي، مجلة الكوفة للعلوم القانونية والسياسية، جامعة الكوفة، العراق، العدد21، 2014.
29. عبد العزيز زرادي، الطبيعة القانونية للعقد الإلكتروني، مجلة التواصل في الاقتصاد و الإدارة والقانون ، جامعة باجي مختار، عنابة، العدد 38، جوان 2014.
30. عبد الله الخشروم، التراضي في عقود التجارة الإلكترونية عبر شبكة الإنترنت وفقا لأحكام القانون الأردني، مجلة اليرموك ،جامعة الشرق الأوسط للدراسات العليا، الأردن، المجلد 23، العدد الثاني، 2007.
31. عرابة رابح، دور تكنولوجيا الخدمات المصرفية الإلكترونية في عصرنة الجهاز المصرفي الجزائري، مجلة الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والإنسانية، جامعة حسيبة بن بوعلي، الشلف، العدد الثامن، 2012.
32. عقيل فاضل حمد الدهان ،غني ريسان جادر الساعدي، الالتزام بالإعلام في العقد الإلكتروني، مجلة أهل البيت، جامعة البصرة، العراق، العدد الخامس، 2007.
33. عقيل فاضل حمد الدهان، منقذ عبد الرضا الفردان، الإطار القانوني لعقد التفاوض الإلكتروني، مجلة أهل البيت، جامعة البصرة، العراق، العدد الثامن ،2009.
34. علي أبو مارية، التوقيع الإلكتروني ومدى قوته في الإثبات 'دراسة مقارنة'، مجلة جامعة الخليل للبحوث، جامعة الخليل، فلسطين، المجلد الخامس، العدد الثاني، 2010.
35. علي عبد الله شاهين، نظم الدفع الإلكترونية ومخاطرها ووسائل الرقابة عليها دراسة تطبيقية على بنك فلسطين، مجلة جامعة الأزهر سلسلة العلوم الإنسانية، جامعة الأزهر، غزة، المجلد 12،العدد الأول، 2010.
36. عمار كريم كاظم، القوة القانونية للمستند الإلكتروني، مجلة مركز دراسات الكوفة، جامعة الكوفة، العدد السابع، 2007.

37. غازي أبو عرابي،فياض القضاة، حجية التوقيع الإلكتروني 'دراسة في التشريع الأردني'، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، جامعة دمشق، سوريا، المجلد 20، العدد الأول، 2004.

38. محمد إبراهيم الشافعي، النقود الإلكترونية "ماهيتها، مخاطرها، تنظيمها القانوني'، مجلة الأمن والقانون، كلية شرطة دبي، دبي، العدد الأول، 2004.

39. محمد حسين، التزامات الأطراف في التفاوض في عقود التجارة الدولية، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، جامعة بابل، العراق، العدد الرابع، 2006.

40. مسعودي يوسف، التحكيم الإلكتروني كآلية لتسوية منازعات الاستهلاك المبرمة عبر شبكة الإنترنت، المجلة الإفريقية للدراسات القانونية والسياسية ، جامعة ادرار، العدد الأول، 2017،

41. مسعودي يوسف، العقد الإلكتروني في العلاقات الدولية الخاصة، مجلة دفاتر السياسة والقانون، جامعة ورقلة، العدد التاسع، 2013.

42. مصطفى أحمد الحاج يوسف، مصطفى أبو سالف ادم مصطفى، إجراءات التحكيم الإلكتروني وتنفيذ قراراته، مجلة جامعة بخت الرضا العلمية ، جامعة بخت الرضا، السودان، العدد 14، 2015.

43. منصور الصرايرة ، الإطار القانوني للعقد المبرم عبر وسائل الاتصال الإلكترونية 'دراسة في التشريع الأردني'، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية و القانونية، جامعة دمشق، سوريا، المجلد 25،العدد الثاني، 2009.

44. موكة عبد الكريم، القانون الواجب التطبيق على عقد البيع الإلكتروني، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، العدد الثاني، 2010.

45. ناصر حمودي، نزاعات العقود الإلكترونية : أزمة مناهج تنازع القوانين وظهور القانون الموضوعي الإلكتروني كبديل، مجلة المعارف، جامعة أكلي محند اولحاج، البويرة، العدد الخامس، 2008.

46. نهى خالد عيسى، البطاقة الائتمانية الإلكترونية، مجلة المحقق الحلى للعلوم القانونية والسياسية، جامعة بابل،العراق، العدد الثاني، 2015.

47. نهى خالد عيسى الموسوي، إسراء خضير مظلوم الشمري، النظام القانوني للنقود الإلكترونية، مجلة جامعة بابل العلوم الإنسانية، جامعة بابل، العراق، المجلد22، العدد الثاني ، 2014 .
48. قراوش رمضان، هيئات التصديق الإلكتروني في ظل القانون 15-04 المتعلق بالقواعد العامة للتوقيع والتصديق الإلكترونيين'المفهوم والالتزامات'، مجلة العلوم الإجتماعية، ع24، 2017.

رابعا: الملتقيات العلمية

1. أحمد عبد الكريم سلامة، الإنترنت و القانون الدولي الخاص: فراق أم تلاق، بحث مقدم لمؤتمر القانون والكومبيوتر والإنترنت، كلية الشريعة و القانون- جامعة الإمارات العربية المتحدة، المجلد الأول، الطبعة الثالثة، 2004 .
2 .أسامة أبو حسن مجاهد، خصوصية التعاقد عبر الإنترنت، بحث مقدم في مؤتمر القانون والكومبيوتر والإنترنت-كلية الشريعة و القانون- جامعة الإمارات العربية المتحدة، المجلد الأول ، الطبعة الثالثة، 2004 .
34. أمجد حمدان الجهني، جرائم بطاقة الدفع الإلكتروني عبر شبكة الإنترنت، مؤتمر المعاملات الإلكترونية (التجارة الإلكترونية-الحكومة الإلكترونية)، مركز الإمارات للدراسات والبحوث الإستراتيجية ، 19 – 20 مايو 2009 .
35. آلاء يعقوب ألنعيمي، الإطار القانوني لاتفاق التحكيم الإلكتروني، المؤتمر السنوي السادس عشر (التحكيم التجاري الدولي): أهم الحلول البديلة لحل المنازعات التجارية، كلية الشريعة والقانون وغرفة تجارة وصناعة دبي، جامعة الإمارات العربية المتحدة، 28-30 ابريل 2008.
36. توجان فيصل الشريدة، ماهية وإجراءات التحكيم الإلكتروني 'التحكيم عبر الإنترنت كوسيلة لفض منازعات التجارة الإلكترونية '، المؤتمر السنوي السادس عشر (التحكيم التجاري الدولي): أهم الحلول البديلة لحل المنازعات التجارية، كلية الشريعة والقانون وغرفة تجارة وصناعة دبي ، جامعة الإمارات العربية المتحدة، 28-30 ابريل 2008.

37. طارق كاظم عجيل، مجلس العقد الإلكتروني، مؤتمر المعاملات الإلكترونية (التجارة الإلكترونية–الحكومة الإلكتروني)، مركز الإمارات للدراسات والبحوث الإستراتيجية ، 19 – 20مايو 2009.

38. عماد الدين محمد ، طبيعة وأنماط التحكيم مع التركيز على التحكيم عبر الإنترنت، المؤتمر السنوي السادس عشر (التحكيم التجاري الدولي) (التحكيم التجاري الدولي): أهم الحلول البديلة لحل المنازعات التجارية،، كلية الشريعة والقانون وغرفة تجارة وصناعة دبي ، جامعة الإمارات العربية المتحدة، 28–30 ابريل 2008.

39. فاطمة الزهرة خبازي، جرائم الدفع الإلكتروني وسبل مكافحتها، ملتقى آليات مكافحة الجرائم الإلكترونية في التشريع الجزائري، الجزائر،29 مارس 2017.

40. علي هادي العبيدي، زمان انعقاد العقد الإلكتروني في التشريع الإماراتي مؤتمر المعاملات الإلكترونية (التجارة الإلكترونية–الحكومة الإلكترونية) ، مركز الإمارات للدراسات والبحوث الإستراتيجية ، 19 – 20مايو 2009 .

41. محمد إبراهيم موسى، التحكيم الإلكتروني، المؤتمر السنوي السادس عشر (التحكيم التجاري الدولي) (التحكيم التجاري الدولي): أهم الحلول البديلة لحل المنازعات التجارية،، كلية الشريعة والقانون وغرفة تجارة وصناعة دبي ، جامعة الإمارات العربية المتحدة، 28–30 ابريل 2008.

42. نبيل صلاح محمود العربي، الشيك الإلكتروني والنقود الرقمية دراسة مقارنة، مؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون، دبي، 2003.

خامسا: المجلات القضائية

1. قرار المحكمة العليا رقم (191705) ،بتاريخ 1999/10/24 ، المجلة القضائية ، العدد الثاني ، سنة 1999.

سادسا: الاتفاقيات

1. اتفاقية لاهاي المبرمة في 15 يونيو1955 والمتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على البيوع الدولية للمنقولات المادية.
2. اتفاقية نيويورك سنة 1958 المتعلقة بتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية.

3. اتفاقية نيويورك لسنة 1958 المتعلقة بالاعتراف وتنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية .
4. اتفاقية جنيف لسنة 1961 المتعلقة بالتحكيم التجاري الدولي.
5. اتفاقية مركز التسوية لمنازعات الاستثمار 1965.
6. اتفاقية بروكسل 1968المتعلقة بالاختصاص القضائي وتنفيذ الأحكام في المواد المدنية والتجارية بين دول الاتحاد الأوربي.
7. اتفاقية روما 1980 المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق عل الالتزامات التعاقدية.
8. اتفاقية الأمم المتحدة (فينا) 1980بشأن البيع الدولي للبضائع.
9. اتفاقية مجلس أوربا رقم 108 الخاصة بحماية البيانات ذات الطابع الشخصي وتدفقها عبر الحدود 1981.
10. اتفاقية لاهاي 1982 المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على البيوع الدولية للبضائع.
11. اتفاقية فيينا 1986 للبيوع الدولية .
12. الاتفاقية الدولية للجوانب المتعلقة بحقوق الملكية الفكرية (التربس) 1994.
13. اتفاقية جنيف 1996 المتعلقة بالملكية الأدبية والفنية في العالم الرقمي.
14. اتفاقية الأمم المتحدة الصادرة في 09 ديسمبر 2005 المتعلقة باستخدام الخطابات الإلكترونية في عقود التجارة الدولية .

سابعا: النصوص القانونية

ا القوانين الوطنية

أ- النصوص التشريعية

1. القانون رقم 85-05 المتعلق بالصحة العمومية وترقيتها، الصادر في 16 فبراير 1985 المعدل والمتمم بالقانون رقم 08-13، ج ر، ع 44، الصادر في 20 يوليو 2008.
2. القانون رقم 08-09 المتعلق بالإجراءات المدنية والإدارية، ج ر، ع21، الصادر في 23 أبريل 2008 .
3. القانون رقم 09-03 المتعلق بحماية المستهلك، الصادر في25 فبراير 2009، المعدل والمتمم بالقانون رقم 18-09 ، ج ر، ع 35، الصادر في 13 يونيو 2018.

4. القانون رقم04-02 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، الصادر في 27 يونيو 2004، المعدل والمتمم ب القانون رقم 10-06 ، ج ر، ع46، الصادر 15 غشت2010.

5. القانون رقم 15-04 المتعلق بالتوقيع والتصديق الإلكترونين، ج ر، ع06، الصادر في 10 فبراير 2015.

6. القانون رقم 18-05 المتعلق بالتجارة الإلكترونية الجزائري، ج ر، ع 28، الصادر في 30 ماي 2018.

7. القانون رقم 18-07 المتعلق بحماية الأشخاص الطبيعيين في مجال معالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي، ج ر، ع34، الصادر في 10 يونيو 2018.

ب-**الاوامر**

1. الأمر رقم 75-58 المتعلق بالقانون المدني، الصادر في 26 سبتمبر 1975 المعدل والمتمم بالأمر رقم07-05 ، ج ر، ع31، الصادر في 13 ماي 2007.

2. الأمر رقم 75-59 المتعلق بالقانون التجاري، الصادر في 26 سبتمبر1975، المعدل والمتمم بالأمر رقم 15-20 ، ج ر، ع 71، الصادر في 30 ديسمبر 2015.

3. الأمر رقم 03-11 المتعلق بالنقد والقرض ، الصادر في 27 غشت 2003، المعدل والمتمم بالأمر10-04، ج ر، ع 50، الصادر في1 سبتمبر 2010.

ج- المراسيم التنفيذية

1.المرسوم التنفيذي رقم 06-306، المتعلق بتحديد لعناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية، الصادر في 11 سبتمبر 2006، المعدل بالمرسوم التنفيذي رقم 08-44، ج ر، ع07، الصادرة في 10 فبراير 2008.

2. المرسوم التنفيذي رقم 13-378 ، يحدد الشروط والكيفيات المتعلقة بإعلام المستهلك، ج ر، ع58، الصادر في 9 نوفمبر 2013 .

3. مرسوم تنفيذي رقم 16-142 المؤرخ في 5 ماي 2016 الذي يحدد كيفيات حفظ الوثيقة الموقعة إلكترونيا، ج ر، ع28، الصادر في 08 ماي 2016.

ل القوانين الأجنبية

1. القانون الموجبات والعقود اللبناني، ج ر، ع 2642، الصادر في 09 مارس 1932.
2. القانون المدني المصري رقم 131 المؤرخ في 16 يوليو 1948 المعدل والمتمم. www.lcrdye.org .
3. لقانون المدني السوري رقم 49-84 ، الصادر في 18 ماي 1949. https://wipo.int
4. القانون المدني العراقي رقم51-40 ، المعدل بالقانون رقم 42-74، ج ر، ع 2338، الصادر في 07 افريل 1974.
5. قانون الأونيسترال النموذجي بشأن التحكيم الدولي لسنة 1958. https://www.uncitral.org/ .
6. القانون المدني الليبي رقم 29 لسنة 76. www.lawjo.net .
7. قانون المدني الأردني رقم 43 لسنة 1976. www.lawjo.net .
8. قانون المدني الكويتي رقم 67 لسنة 1980. www.gcc-legal.org .
9. قانون المعاملات المدنية الإماراتي رقم 05 لسنة 1985، سلسلة التشريعات والقوانين لدولة الإمارات العربية المتحدة، معهد دبي القضائي، 2011.
10. القانون الفرنسي رقم 88-27 المتعلق بالبيع عن طريق التليفزيون. www.Legifrance.gouv.fr .
11. قانون الاستهلاك الفرنسي رقم93-949، الصادر في 26 جويلية 1993 المعدل والمتمم.www.Legifrance.gouv.fr .
12.قانون رقم 27 لسنة 1994 المتعلق بالتحكيم التجاري المصري .https://www.damascusbar.org
13. التوجيه الأوربي رقم 95-46 المتعلق بحماية الفرد في مجال معالجة البيانات ذات الطابع الشخصي والتدفق الحر للبيانات.www.Legifrance.gouv.fr .
14. قانون الأونيسترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية 1996. https://www.uncitral.org/ .
15. التوجيه الأوربي رقم 7 لسنة 1997 المتعلق بحماية المتعاملين والمستهلكين عن بعد. www.Legifrance.gouv.fr .

16. التوجيه الأوربي رقم 93 لسنة 1999 الخاصة بالتوقيع الإلكتروني . www.Legifrance.gouv.fr
17. قانون رقم 99-17 المتضمن قانون التجاري المصري، ج ر، ع19،الصادر في 17 ماي 1999.
18. القانون الأمريكي الموحد للمعاملات الإلكترونية1999 .
19. قانون رقم 83 لسنة 2000 المتعلق بالمبادلات والتجارة الإلكترونية التونسي، الرائد الرسمي، ع 64، الصادر في 09 اوت 2000.
20. القانون المدني الفرنسي رقم 230 لسنة 2000 المعدل والمتمم. www.Legifrance.gouv.fr .
21. قانون رقم 31 لسنة 2001 المتعلق بالتحكيم الأردني، المعدل بالقانون رقم 2018/16، ج ر، ع 5513، الصادر في 02 ماي 2018.
22. قانون الأونيسترال النموذجي بشأن التوقيعات الإلكترونية لسنة 2001. https://www.uncitral.org/ .
23. القانون الفرنسي رقم 2001-741 الصادر في 23 اغسطس 2001 الخاص بحماية المستهلك في العقود المبرمة عن بعد . www.Legifrance.gouv.fr .
24. التوجيه الأوربي رقم 30 لسنة 2001بشأن التجارة الإلكترونية. www.Legifrance.gouv.fr .
25. قانون رقم28 لسنة2002 المتعلق بالتجارة الإلكترونية البحريني، المعدل بالقانون رقم 34 لسنة 2017، ج ر، ع3331، الصادر في 11 سبتمبر 2017.
26. قانون رقم 15 لسنة 2004 المتعلق بالتوقيع الإلكتروني المصري، ج ر، ع17، الصادر في 22 ابريل، 2004.
27. القانون رقم 22 لسنة 2004 المتعلق بالقانون المدني القطري، ج ر ، ع11، الصادر في 08 اوت 2004.
28. القانون الفرنسي رقم 2004-575 الصادر في 21 جوان 2004 المتعلق بحماية الثقة في الاقتصاد الرقمي. www.Legifrance.gouv.fr .

29. قانون رقم 87 لسنة 2005 المتضمن مجلة الإلتزامات والعقود التونسي، الرائد الرسمي، ع68، الصادر في 15 اوت 2005.
30. قانون رقم 659 لسنة 2005 المتعلق بحماية المستهلك اللبناني،المعدل بالقانون رقم265 لسنة 2014، ج ر، ع17، الصادر في 2014/04/22.
31. قانون رقم 05-53 المتعلق بالتبادل الإلكتروني للمعطيات القانونية، ظهير الشريف، رقم1.07.129، الصادر في 30 نوفمبر 2007.
32. قانون رقم 01 لسنة 2006 المتعلق بالمعاملات والتجارة الإلكترونية الإماراتي، ج ر، ع 442، الصادر في يناير 2006.
33. قانون رقم 04 لسنة 2009 المتعلق بالتوقيع الإلكتروني السوري.
34. التوجيه الأوربي 2011/83/UE الصادر في 2011/10/25 المتعلق بحقوق المستهلكين. www.Legifrance.gouv.fr .
35. قانون رقم 78 لسنة 2012 المتعلق بالتوقيع الإلكتروني والمعاملات الإلكترونية العراقي، جريدة الوقائع العراقية، ع 4256، الصادرة في 5 تشرين الثاني 2012.
36. القانون الفرنسي رقم 2014-344 الصادر في مارس 2014 بشأن المستهلك. www.Legifrance.gouv.fr .
37. قانون رقم 15 لسنة2015 المتعلق بالمعاملات الإلكترونية الأردني،ج ر، ع 2650، الصادر في 19 ايار 2015.
38. قانون رقم 181 لسنة 2018 المتلعلق بحماية المستهلك المصري، ج ر، ع 37، الصادر في 13 سبتمبر 2018.

ثامنا: المواقع الالكترونية

1. أحمد ولد محمد المصطفى، العقد الإلكتروني في القانون الدولي الخاص، http://eddamir.info .
2. سعيداني يوسف، بريد الجزائر يطلق خدمة الدفع الإلكتروني لفواتير الماء والكهرباء والغاز، https://www.tiqananews.com .

3. سهام صديق، الإطار القانوني للتحكيم الإلكتروني ، www.droitetentreprise.com .
4. سمير سعد رشاد سلطان، التصديق الإلكتروني 'دراسة مقارنة'. http://lawfac.mans.edu.eg .
5. سلطان بن سالم البلوشي، ماهية عقد التجارة الإلكترونية وطبيعته القانونية، http://www.marocdroit.com .
6. رؤى الانصاري، تعريف التوقيع الإلكتروني، http://isdept-info.blogspot.com .
7. طافر زهير، بوترفاس الهاشمي، واقع بطاقة الائتمان في الجزائر، http://www.elbassair.net .
8. صالح عطاالله ،التوقيع الإلكتروني في التجارة الإلكترونية و التحكيم الإلكتروني، http://newssparrow.html .
9. مبارك الحسناوي، الإثبات في العقد الإلكتروني، www.marocdroit.com . .
10. يوسف الزوبيري، طريقة تخليص فواتير الكهرباء والغاز عن طريق البطاقة الذهبية، https://www.mobisooq.com/news .
11 . يونس عرب، التجارة الإلكترونية، http://www.arablaw.org .
12.http://droit_tecnologie.org/fr .
13.http://www.wipo.org .
14.http://www.banquemisr.com.
15.http://www.elfagr.com/2151363.
16.http://www.droit-alafdal.net . .
17. http://www.uncitral.org.
18. https://pca-cpa.orgwww.ohadac.com/ .
19. https://www.hcch.net .
20.www.Legifrance.gouv.fr

❖ **باللغة الفرنسية**

1. Bernard D.Reams.JR, the law of electronic contracts , LEXIS publishing , 2002.
2. BOURIE-QUENILLET(M), les aspects juridiques du commerce électronique . : www.univ- montp2.fr.
3. Chtillon Stéphane , Le Contrat international,3em édition, librairie
   a. Vuibert, Paris, 2007 .
4. Vertbiest thibault, loi pour la confiance dans l'économie numérique . www.droit-technologie.org .
5. Vincent Gautrais, libres propos sur le droit des affaires électroniques, lex Electronica, Faculté de droit Université de Montréal Vol,10 n°3, Hiver/Winter 2006, p:13.
6. Claudine Guerrier ,marie christine nonget ,Droit et sécurit des télécommunication , springer , verlag France et CENT France télécom , Paris,2000 .
7. CAHEN (M.I), La Formation des contrats de commerce électronique, http://www.jurscom.net .
8. FRIEDMAN(C) contrats in cyberspace,santa clara university ,4may2000,surl'internet :http://www.daviddfriedman.com/.
9. GAUTRAIS Vincent, la formation des contrats en ligne, dans le guide juridique du commerce électronique . https://www.jurisint.org/ .
10. GAUTRAIS Vincent, contrat de communication électronique de longue durée entre commerçants utilisant un « réseau ouvert », www.lex-électronica.org.
11. KAHN Philippe, la convention de vienne du 11 avril 1980 sur les contrats de vente internationale de marchandises, revue international de droit comparé, n°04 Paris, 1981.

12. KESSEDJIAN Catherine , les échanges de données informatisées, internet et le commerce électronique, http://hcch.net/doc/19en-pd7f.doc .

12. MONNET Jean , La Lex électronica http://perso.wandoo.fr/.

14. Nathallie MOREAU, la formation du contrat électronique dispositif de protection du cyberconsommateur et modes alternatifs de règlement des conflits, DEA Droit des contrats, Faculté des Sciences Juridiques, Politiques et Sociales, Université de Lille 2, 2002-2003.

15. SANTIAGO Cavanillas Mügicas, Les contrats en ligne dans la théorie générale du contrat, cahier du centre de recherches informatique et droit , delta édition، 2001, Liban.

16. VEBIEST(T), la France Transpose la directive sur les contrats à distance. www.droit-technologie.org.

17. VERBIEST(T) , La nouvelle loi belge sur le commerce électronique. http://lthoumyre.chez.com .

18. VERBIEST(T), contrats en ligne: quelle valeur juridique?. http://lthoumyre.chez.com.

19. VERBIEST(T) Dirait international privé et commerce électronique : état des lieux http://www.Jours.com

20. VERBIEST(T), La protection juridique du cyber, consommateur litec, 2002.

21. Vincent HEUZE , La vente internationale de marchandise, Droit uniforme, Delta , Paris ,2000.

الفهرس

الفهرس

الموضوع	الصفحة
أية قرأنية	أ
شكر	ب
إهداء	ج
قائمة المختصرات	د
مقدمة	01
الباب الأول : ماهية العقد الإلكتروني	08
الفصل الأول: مفهوم العقد الإلكتروني وكيفية إبرامه	08
المبحث الأول: مفهوم العقد الإلكتروني	09
المطلب الأول: تعريف العقد الإلكتروني وطبيعته القانونية	09
الفرع الأول: تعريف العقد الإلكتروني	10
أولا: تعريف الفقهي العقد الإلكتروني	10
ثانيا:التعريف التشريعي للعقد الإلكتروني	12
1-التعريف الوارد في المواثيق الدولية	12
أ- التعريف الوارد في قانون الأونسيترال النموذجي بشأن التجارة الالكترونية	12
ب- التعريف الوارد في توجيهات الاتحاد الأوروبي	13
2- التعريف الوارد في القوانين المقارنة	15
الفرع الثاني: الطبيعة القانونية للعقد الإلكتروني	17
المطلب الثاني: خصائص العقد الإلكتروني وتمييزه عن باقي العقود	24
الفرع الأول: خصائص العقد الإلكتروني	25
أولا: العقد الإلكتروني من العقود التي تبرم عن بعد	25

ثانيا: العقد الإلكتروني عقد تجاري استهلاكي	27
ثالثا: العقد الإلكتروني عقد دولي	28
رابعا: العقد الإلكتروني عقد يبرم بوسيلة إلكترونية	29
1-المنيتل	29
2-التلكس	30
3-الفاكس	30
4-الهاتف	31
5-التلفزيون	31
6-شبكة الانترنت	31
الفرع الثاني: تمييز العقد الإلكتروني عن بعض العقود الأخرى	35
أولا: تمييز العقد الإلكتروني عن غيره من العقود المبرمة عبر وسائل الاتصال عن بعد	35
1-تمييز العقد الإلكتروني عن التعاقد عن طريق الهاتف	35
2- تمييز العقد الإلكتروني عن التعاقد عن طريق التلفزيون	37
3- تمييز العقد الإلكتروني التعاقد عن طريق الفاكس والتلكس	38
ثانيا: تمييز العقد الإلكتروني عن عقود البيئة الإلكترونية	40
1- تمييز العقد الإلكتروني عن عقد إنشاء المتجر الإفتراضي	40
2- تمييز العقد الإلكتروني عن عقد دخول إلى شبكة الإنترنت	41
3- تمييز العقد الإلكتروني عن عقد الإيجار المعلوماتي أو عقد الإيواء	43
4- تمييز العقد الإلكتروني عن عقد الاشتراك في بنوك المعلومات الإلكترونية	44
5- تمييز العقد الإلكتروني عن عقد الإعلان الالكتروني	46
المبحث الثاني: إبرام العقد الإلكتروني	48
المطلب الأول: مرحلة ما قبل التعاقد (التفاوض)	48
الفرع الأول: مفهوم التفاوض الإلكتروني	48
أولا: تعريف التفاوض الإلكتروني وخصائصه	49

ثانيا: مراحل التفاوض الإلكتروني وطرق إبرامه	53
الفرع الثاني: الالتزامات الناشئة عن التفاوض الإلكتروني	55
أولا: الالتزام بالدخول في التفاوض	56
ثانيا: الالتزام بحسن النية	57
ثالثا:الالتزام بالإعلام	60
رابعا: الالتزام بالتعاون	65
خامسا: الالتزام بالمحافظة على السرية	66
المطلب الثاني: مرحلة التعاقد الإلكتروني	70
الفرع الأول: أركان العقد الإلكتروني	70
أولا: التراضي في العقد الإلكتروني	71
1-الإيجاب الإلكتروني	71
2- القبول الإلكتروني	81
3- صحة التراضي في العقد الإلكتروني	90
أ- الأهلية في العقد الإلكتروني	91
أ-1: عيوب الرضا في العقد الإلكتروني	93
أ-1-1:الإكراه	93
أ-1-2: الغلط	93
أ-1-3: التدليس أو الغش	94
أ-1-4: الغبن والاستغلال	95
ثانيا: المحل والسبب في العقد الإلكتروني	96
1- المحل	96
2- السبب	103
الفرع الثاني: وقت إبرام العقد الإلكتروني	104
أولا: مجلس العقد	105
ثانيا: زمان ومكان انعقاد العقد الإلكتروني	108

1-زمان انعقاد العقد الإلكتروني	109
ا-نظرية إعلان القبول Théorie de la déclaration	109
ب-نظرية تصدير القبول Théorie de L'expédition	110
ج- نظرية تسلم القبول Théorie de la réception	111
د- نظرية العلم بالقبول Théorie de l'information	112
هـ-نظرية تأكيد وصول القبول Conformation de la L'acceptation	113
2-مكان انعقاد العقد الإلكتروني	114
الفصل الثاني: تنفيذ العقد الإلكتروني	117
المبحث الأول: التزامات البائع في العقد الإلكتروني	117
المطلب الأول: التسليم الإلكتروني	117
الفرع الأول: تعريف التسليم الإلكتروني	118
الفرع الثاني: كيفية التسليم الإلكتروني	121
المطلب الثاني: زمان ومكان الالتزام بالتسليم وجزاء الإخلال به	123
الفرع الأول: زمان ومكان التسليم الإلكتروني	123
أولا: زمان التسليم الإلكتروني	123
ثانيا: مكان التسليم الإلكتروني	127
الفرع الثاني: جزاء الإخلال بالتسليم الإلكتروني	130
المبحث الثاني: التزام المشتري في العقد الإلكتروني	134
المطلب الأول: الالتزام بالدفع الإلكتروني	135
الفرع الأول: مفهوم الالتزام بالدفع الإلكتروني	135
أولا : تعريف الدفع الإلكتروني	135
ثانيا: خصائص الدفع الإلكتروني	137
1-من حيث طبيعته	137

2- من حيث كيفيته	137
3- من حيث وسائل الأمان الفنية	138
الفرع الثاني: أنواع الدفع الإلكتروني	139
أولا : الشيكات الإلكترونية	139
ثانيا: النقود الإلكترونية	140
ثالثا: البطاقات المصرفية Télépaiement par carte	143
المطلب الثاني : أنظمة الدفع الإلكتروني وزمان ومكان تنفيذها	146
الفرع الأول: أنظمة الدفع الإلكتروني في الوطن العربي والدولي	146
أولا : وسائل الدفع الإلكتروني في الوطن العربي والدولي	147
1- بعض الوسائل الالكترونية المتاحة في الوطن العربي	147
أ- مصر	147
ب- العراق	147
ج- الجزائر	148
2-وسائل الدفع الإلكتروني الدولية	150
أ- نظام First Virtual	151
ب- نظام Kleline	151
ثانيا : مزايا وعيوب وسائل الدفع الإلكتروني	151
1- مزايا وسائل الدفع الإلكتروني	152
2- عيوب وسائل الدفع الإلكتروني	153
الفرع الثاني: زمان ومكان الالتزام بالدفع الإلكتروني	154
أولا: زمان الالتزام بالدفع الإلكتروني	154
ثانيا: مكان الدفع الإلكتروني	155
خلاصة الباب الأول	157
الباب الثاني: إثبات العقد الإلكتروني والجهة المختصة بحل نزاعاته	161

الفصل الأول: إثبات العقد الإلكتروني	161
المبحث الأول: التوقيع الإلكتروني	162
المطلب الأول: مفهوم التوقيع الإلكتروني	162
الفرع الأول: تعريف التوقيع الإلكتروني	163
أولا: التعريف الوارد في الفقه	163
ثانيا : التعريف الوارد في التوجيهات الدولية	164
1- التعريف الوارد في قوانين الأونسيترال النموذجية	164
أ- التعريف الوارد في القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية	164
ب- التعريف الوارد في قانون الأونسيترال النموذجي بشأن التوقيعات الإلكترونية	164
ج- التعريف الوارد في التوجيه الأوربي	165
ثالثا : التعريف الوارد في التشريعات المقارنة	166
1-التعريف الوارد في التشريع الأمريكي	166
2-التعريف الوارد في التشريع الفرنسي	166
3-التعريف الوارد في التشريع التونسي	167
4-التعريف الوارد في التشريع الأردني	167
5-التعريف الوارد في التشريع الإماراتي	168
6-التعريف الوارد في التشريع المصري	168
7-التعريف الوارد في التشريع السوري	168
8-التعريف الوارد في التشريع المغربي	169
9-التعريف الوارد في التشريع الجزائري	169
الفرع الثاني: صور التوقيع الإلكتروني	171
أولا: التوقيع بالرقم السري والبطاقة الممغنطة	171

ثانيا: التوقيع الرقمي	173
ثالثا:التوقيع بالقلم الإلكتروني	174
رابعا: التوقيع البيومتري	175
خامسا: التوقيع بواسطة الماسح الضوئي	176
المطلب الثاني: حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات	176
الفرع الأول: التوقيع الإلكتروني الموثق	179
أولا: قدرة التوقيع الإلكتروني على تحديد شخصية محرره	179
ثانيا: التعبير عن إرادة الموقع	180
ثالثا: اتصال التوقيع الإلكتروني بالسند	180
رابعا: أن يتم إنشاء التوقيع الالكتروني بوسائل خاصة بالموقع وتحت سيطرته	181
الفرع الثاني: توثيق التوقيع الإلكتروني	181
أولا : جهة التصديق الإلكتروني	181
ثانياً: شهادة التصديق الإلكتروني	187
المبحث الثاني: المحررات الإلكترونية	190
المطلب الأول: مفهوم المحررات الإلكترونية	191
الفرع الأول: تعريف المحرر الإلكتروني وخصائصه	191
أولا: تعريف المحرر الإلكتروني	191
ثانيا: خصائص المحررات الإلكترونية	193
الفرع الثاني: الشروط الواجب توفرها في المحرر الإلكتروني	194
أولا : تحديد هوية الشخص الذي صدر عنه المحرر الإلكتروني	194
ثانيا: عدم قابلية بيانات المحرر الإلكتروني للتعديل	195
ثالثا: قابلية المحرر الإلكتروني للاحتفاظ بالمعلومات الواردة فيه	196
المطلب الثاني: مدى حجية المحررات الإلكترونية في الإثبات	197

الفرع الأول: حجية المحررات الإلكترونية العرفية والرسمية في الإثبات	200
أولا: الحجية القانونية للمحرر الإلكتروني الرسمي	201
ثانيا: حجية المحرر الإلكتروني العرفي	203
الفرع الثاني: الاستثناءات الواردة على الدليل الكتابي في المحررات الإلكترونية	205
أولا: مبدأ ثبوت بالكتابة	205
ثانيا: المانع المادي من الحصول على دليل كتابي	208
ثالثا: فقد الدليل الكتابي لسبب أجنبي	209
الفصل الثاني: الجهة المختصة بحل نزاعات العقد الإلكتروني والقانون الواجب التطبيق عليه	211
المبحث الأول: الجهة القضائية المختصة بحل نزاعات العقد الإلكتروني	212
المطلب الأول: مدى ملائمة تنازع الاختصاص القضائي للتطبيق على نزاعات العقد الإلكتروني	212
الفرع الأول: تطبيق القواعد العامة في تحديد المحكمة المختصة بتسوية نزاعات العقود الإلكترونية	212
أولا: اختصاص المحكمة التي تم الاتفاق على اللجوء إليها	212
ثانيا: اختصاص محكمة موطن أو محل إقامة المدعى عليه	213
ثالثا: اختصاص محكمة محل إبرام أو تنفيذ العقد	214
رابعا: ضابط الجنسية	215
الفرع الثاني: الصعوبات التي تواجه إعمال ضوابط الاختصاص القضائي وحلولها	218
أولا: الصعوبات التي تواجه تطبيق الضوابط التقليدية للاختصاص	217
1- صعوبة تحديد موطن أو محل إقامة المدعى عليه	218

2- صعوبة تحديد محل إبرام العقد	219
3- صعوبة تحديد محل تنفيذ العقد	219
4- صعوبة تحديد جنسية الأطراف	219
ثانيا: الحلول المطروحة لتفادي الصعوبات التي تواجه إعمال الضوابط التقليدية على العقد الإلكتروني	220
المطلب الثاني: التحكيم الإلكتروني كوسيلة لحل نزاعات العقد الإلكتروني	223
الفرع الأول: مفهوم التحكيم الإلكتروني	224
أولا: تعريف التحكيم الإلكتروني	224
ثانيا: الطبيعة القانونية للتحكيم الإلكتروني	228
1- الطبيعة التعاقدية للتحكيم الإلكتروني	228
2- الطبيعة القضائية للتحكيم الإلكتروني	230
3- الطبيعة المختلطة للتحكيم الإلكتروني	231
4- الطبيعة المستقلة للتحكيم الإلكتروني	231
الفرع الثاني: آلية إجراءات التحكيم الإلكتروني	232
أولا: اتفاق التحكيم	233
ثانيا: القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم	237
ثالثا: إجراءات سير التحكيم الإلكتروني	240
1-طلب التحكيم الإلكتروني	240
2-بدء جلسات التحكيم الإلكتروني	241
3-صدور حكم التحكيم الإلكتروني	243
أ- تعريف وشكل حكم التحكيم الإلكتروني	243
ب- إخطار حكم التحكيم الإلكتروني	244
ج- حفظ حكم التحكيم الإلكتروني	245

د- تنفيذ حكم التحكيم الإلكتروني	246
هـ- الطعن في حكم التحكيم الإلكتروني	248
المبحث الثاني: القانون الواجب التطبيق على العقد الإلكتروني	248
المطلب الأول: مدى صلاحية مناهج التنازع للتطبيق على العقد الإلكتروني	249
الفرع الأول: حالة اتفاق الأطراف على اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد الإلكتروني (الإسناد الشخصي)	249
أولا: مفهوم قانون الإرادة في العقد الإلكتروني	249
ثانيا: كيفية تحديد الإرادة الصريحة والضمنية للمتعاقدين في العقد الإلكتروني	254
1- الإرادة الصريحة	254
2- الإرادة الضمنية	255
الفرع الثاني: حالة غياب اتفاق الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد الإلكتروني (الإسناد الموضوعي)	255
أولا: الإسناد الجامد	256
1- ضابط قانون مكان إبرام العقد	256
2- ضابط قانون محل تنفيذ العقد	257
3-ضابط قانون الموطن المشترك	257
4-ضابط قانون الجنسية المشتركة	258
ثانيا: الإسناد المرن 'معيار الأداء المميز'	258
المطلب الثاني: القانون الموضوعي الإلكتروني الدولي	262
الفرع الأول: مفهوم القانون الموضوعي الإلكتروني الدولي	263
أولا: تعريف القانون الموضوعي الإلكتروني الدولي وخصائصه	263
ثانيا: مصادر القانون الموضوعي الإلكتروني	265
1- الممارسات التعاقدية والعقود النموذجية	265
2- الأعراف والعادات المستقرة	266

3- تقنينات السلوك	267
4- القواعد الموضوعية ذات الطابع ألاتفاقي الدولي	268
5- قضاء التحكيم الإلكتروني	270
الفرع الثاني :مدى تمتع القانون الموضوعي الإلكتروني بصفة النظام القانوني	270
أولا: نفي صفة النظام القانوني عن القانون الموضوعي الإلكتروني	269
1- مدى حقيقة المجتمع الافتراضي	271
2- عدم توافر الإلزام في قواعد القانون الموضوعي الإلكتروني	271
3- نقص وقصور قواعد القانون الموضوعي الإلكتروني	271
ثانيا: الاعتراف بصفة النظام القانوني للقانون الموضوعي الإلكتروني	272
خلاصة الباب الثاني	274
خاتمة	278
مراجع	282
الفهرس	311