جـــامعة أكلي محند اولحاج – البويرة
كـــلية الحقـــوق والعلـــوم السيـــاسية
مدرسة الدكتوراه للقانون الأساسي والعلوم السياسية

أثر المعلوماتية على النظرية العامة للعقد

مذكرة لنيل شهادة المـــاجستير في القانون
فرع: قـــانون العقود

إعداد الطالبة:
رحمي كريمة

إشراف الأستاذ الدكتور:
سرور محمد

أعضاء لجنة المناقشة:

د/.....سي يوسف أستاذ محاضر أ.....رئيسًا
أ.د/ سرور محمد.....أستاذ.....مشْرِفًا ومقرّرًا
د/.....حمودي ناصر أستاذ محاضر أ.....ممتحنا

تاريخ المناقشة:

2016/..10/17..

كلمة شكر

كلمة شكر

الهي لا يطيب الليل إلا بشكرك و لا يطيب النهار إلا بطاعتك و لا تطيب اللحظات إلا بذكرك و لا تطيب الآخرة إلا بعفوك و لا تطيب الجنة إلا برؤيتك الله جلا جلاله.

إلى من بلغ الرسالة و أدى الأمانة ونصح الأمة، إلى نبي الرحمة و نور العالمين سيدنا محمد صلى الله عليه وسلم

الحمد لله الذي هدانا إلى نور العلم وميزنا بالعقل الذي ينير طريقنا الحمد لله الذي أعطانا من موحيات رحمته الإرادة و العزيمة على إتمام عملنا نحمدك يا رب حمدا يليق بمقامك وجلالك العظيم

جرت العادة أن يكون وراء كل إعداد بحث أشخاص منهم من ساهم بالنصح و الإرشاد و البعض بالتوجيه ومن باب الجميل عملا.

يقول صلى الله عليه و سلم " من لم يشكر الناس لم يشكر الله"

أتقدم بشكري الخالص، بعد شكر الله عز وجل، أشكر الذي لم يبخل علينا بنصائحه وتوجيهه الدكتور" سرور محمد" أنار الله دربه و أوصله إلى أعلى الدرجات.

كما أشكر الأساتذة أعضاء لجنة المناقشة على قراءة محتويات هذا البحث المتواضع وتصويبه.

وأخص بجزيل الشكر و العرفان كل من أشعل شمعة في دربي والى من وقف على المنابر وأعطى من حصيلة فكره لينير دربي إلى كل هؤلاء أقول شكرا.

كريمة

إهداء

" وقضى ربك ألا تعبد إلا إياه و بالوالدين إحسانا...."

أهدي ثمرة جهدي إلى من قال في حقهما عز وجل

الجنة تحت أقدام الأمهات

إلى التي فاق حنانها غزارة الأمطار و تحدى صبرها مرارة الأقدار

إلى التي لم تتعلم ولكنها عملت المستحيل كي أتعلم

إلى من تحزن لحزني وتسعد لسعادتي

إلى التي أفنت عمرها من أجل راحتي إلى الشمعة التي تنير دربي أمي الحبيبة

إلى سيد الشرف و سندي في الحياة إلى من يعجز اللسان عن التعبير عن شكره، ويجف القلم عن وصف حمله إلى من غمرني بالرعاية و الحنان، وعلمني معنى المثابرة وضحى في سبيل نجاحي إلى مثلي الأعلى أبي الحبيب

إلى من عشت طفولتي معهم فلم أعرف للدنيا طعما بعيدا عنهم إخوتي: " حسن، حسين، حسينة، حدة و فاطمة "

إلى أختي الغالية وزوجها وابنتها ريتاج

إلى جدتي الغالية أطال الله في عمرها

إلى خطيبي العزيز بلال و كل عائلته

إلى رفيقات عمري و صديقات دربي جميلة ، فريدة، غنية و حبيبة

إلى كل من ابتسم في وجهي و تمنى لي النجاح

كريمة

مقدمة

لم تعد التجارة الالكترونية مصطلحا يتداول بين الناس بل بات واقعا ملموسا يعيشه البشر لاسيما الدول المتقدمة، ويمكن القول أن التجارة الالكترونية أضحت تجارة العصر فرضها التطور التكنولوجي و تكنولوجيا المعلومات، بل أن المنافسة أخذت طابعا خاصا من خلال تزاحم المواقع التجارية على صفحات الويب العالمية من خلال ما يعرف بالمتاجر الافتراضية أين يتم عرض وبيع السلع وإجراء مختلف المبادلات وإبرام العقود الالكترونية وتبادل مختلف البيانات ويستوي ذلك بيع السلع أو حقوق فكرية أخرى كالعلامات التجارية والرسوم.

تحتل التجارة الإلكترونية مكانة هامة في حجم التجارة العالمية خاصة في دول أمريكا الشمالية و أروبا، وهي تشهد نموا متزايداً ترجع هذه الأهمية إلى توفير البنية الأساسية للتجارة، وأهمها توفير أجهزة الاتصال المختلفة خاصة أجهزة الحاسب الآلي وتدني ثمنها وارتفاع مستوى التعليم، مما جعل قيمة استخدام شبكة الانترنت [1]متدنية، فالأهمية التي ولدتها التجارة الالكترونية تولدت عنها اهتمامات كبيرة في ضرورة حماية هذه المجالات بل وحتى إيجاد حماية للمتسوقين و المستهلكين في هذا المضمار تكفل لهم خصوصياتهم وتعزز لديهم الثقة والائتمان، وذلك من خلال حماية بنوك المعلومات وما يرتبط بها في هذا المجال حماية العلامة التجارية والملكية الفكرية بشكل عام، وحماية سرية واستقرار المعاملات عن طريق الانترنت .

فالتقدم العلمي والتكنولوجي الهائل الذي تشهده البشرية في العصر الحديث يلقي بظلاله ونتائجه على كافة جوانب الحياة والعلاقات بين الأفراد،فهذا التطور الهائل والمذهل لم يسبق له مثيل ،فإذا كان القانون هو وليد فكرة المجتمع ، فهو يتطور بتطور هذا المجتمع ، فالتقدم التكنولوجي في العصر الحديث يفتح أفاقا ضخمة أمام تقدم البشرية و تحقيق حياة أفضل ،إلا أنه يحمل نفس الوقت مخاطر تهدد قيم و حقوق و أمن الأفراد .

---

[1] – الانترنت مصطلح أجنبي باللغة الإنجليزية، يتألف من مقطعين اثنين هما: internet، فالأول يقصد به البينية أو الاتصال والثاني يقصد به الشبكة وعند دمج المقطعين يكون الشبكة المتصلة.نقلا عن محمد إبراهيم أبو الهيجاء، **عقود التجارة الإلكترونية (العقود الإلكترونية–المنازعات العقدية وغير العقدية–القانون الواجب التطبيق)**،دار الثقافة للنشر والتوزيع، طبعة 2005، عمان– الأردن، ص 10.

و تعرف الانترنت بأنها :"**مجموعة هائلة من أجهزة الحاسوب المتصلة فيما بينها،بحيث يتمكن مستخدموها من المشاركة في تبادل المعلومات،و الانترنت ليس مجرد مجموعة من المعلومات والحواسيب و الأسلاك،و إنما تحتوي على مجموعة كبيرة من البرامج اللازمة لعمله مثل المعدات و الحواسيب و الأسلاك و المستخدمين لها**".

و هناك من يعرف شبكة الانترنت بأنها:"**إحدى أهم وسائل الاتصال الحديثة للتفاوض، و إبرام العقد، وتنفيذه،تعتمد على أجهزة الحاسب الآلي في التعبير عن الإرادة و تبادل الإيجاب و القبول بين الأشخاص في مختلف أنحاء العالم و بسرعة فائقة**".نقلا عن يحي يوسف فلاح، **التنظيم القانوني للعقود الإلكترونية**، مرجع سابق،ص6.

تشهد التجارة الالكترونية نموا متزايدا سنة بعد أخرى مما جعلها محل اهتمام الجمعية العامة للأمم المتحدة وتجلى ذلك في قرارها الصادر في 16 ديسمبر 1996 بالقانون النموذجي للتجارة الالكترونية ثم القانون النموذجي للتوقيعات الالكترونية في سنة 2001، ثم قرارها الصادر في 19 ديسمبر2005 والخاص باتفاقية الأمم المتحدة لاستخدام في العقود الدولية.

ونظرا لأهمية التجارة الالكترونية فقد أوصت لجنة الأمم المتحدة القانون التجاري الدولي (الأونسيترال)، جميع دول العالم بضرورة وضع الإطار القانوني للتجارة الالكترونية في التشريعات الوطنية متخذة من القوانين النموذجية منبرا وهاديا تسير إلى نهجه وهو الأمر الذي استتبع ظهور التشريعات الوطنية في دول عدة تنظم عمليات التجارة الالكترونية وكانت الولايات المتحدة الأمريكية من الأوائل في هذا المجال، فأصدرت أول قانون يعرف بالتوقيع الالكتروني وكان ذلك في ولاية يوكا الأمريكية عام 1996 ثم أصدرت قانون المعاملات الالكترونية عام 1997الخ.

كما حاولت بعض الدول العربية مسايرة هذه التطورات التكنولوجية أين أصدرت قوانين تتعلق بالتجارة الالكترونية فنجد تونس أصدرت قانون المعاملات الالكترونية عام 2000 ثم الأردن أصدرت قانون المعاملات والتجارة الالكترونية وأخيرا مصر التي أصدرت سنة 2004 قانون التوقيع الالكتروني.

أما بالنسبة للجزائر فنجد أن المشرع الجزائري لم يصدر لحد الآن أي قانون يتعلق بالتجارة الالكترونية فما قام به هو مجرد تعديل للقانون المدني سنة 2005 أين أجاز الإثبات بأية وسيلة وبمفهوم المخالفة أن يجوز الإثبات حتى بالوسائل الالكترونية..

وقد أفرزت التجارة الالكترونية موضوعات قانونية عديدة تتعلق بفروع مختلفة في القانون؛ مثل وسائل الإثبات الالكترونية والتوقيع الالكتروني وموضوع التحكيم الالكتروني وتحديد القانون الواجب التطبيق على المنازعات المتعلقة بالتجارة الالكترونية ومدى قبولها في المعاملات التجارية والمالية على المعاملات الالكترونية وموضوع العقد الالكتروني وعليه يمكن تعريف التجارة الالكترونية بأنها نوع من التجارة تتم بالاتصال عن بعد أو بالاتصال المباشر في الإبرام والتنفيذ والتعاقد الناشئة عنها[1].

[1]_ طاهر شوقي المومني، **عقد البيع الالكتروني ،بحث في التجارة الإلكترونية**، دار النهضة العربية للنشر ، طبعة 2007، القاهرة، ص ص، 2-3.

لقد شهدت الحقبة الزمنية القليلة الماضية نموا سريعا لشبكة الانترنت فكثيرا ما نسمع أو نشاهد أو نقرأ إشارة إلى الطريق السريع للمعلومات، وهذا راجع إلى الإمكانات الهائلة التي وفرتها شبكة الانترنت في مجالات متنوعة (كالتعليم، التسويق، الإعلانات، العقود وغيرها) إلا أن البيئة الرقمية لا يزال يعتريها الغموض من عدة نواح أبرزها الناحية القانونية والفراغ التشريعي الذي أوجدته لترابطها الفوري بين مختلف بقاع العالم دون حواجز، وخروجها من نطاق المحلية إلى العالمية لتمثل بذلك سوقا اعتبارية لها قواعدها وأسسها الخاصة والتي قد تخالف في كثير من الأحيان الأسس والقواعد التقليدية[1].

هذا الأمر يستلزم إيجاد الحلول لسد الثغرات والفجوات التشريعية في سن قوانين لتنظيم الشبكة، ومن الوسائل القانونية التي أثارتها شبكة الانترنت والتي يجب التدخل سعيا وراء وقف انتهاكها وحماية حقوق أصحابها (الحقوق المعنوية، حق المؤلف والابتكار، العلامات التجارية....الخ)، وعلاقتها بأسماء المواقع على الانترنت كتشفير المعلومات.

فالعقود الالكترونية هي من أهم الموضوعات التي تثيرها التجارة الالكترونية ومن ثم فان الموضوع يكتسي أهمية بالغة في الوقت الراهن، إذ لا يخفى على احد أن العالم أصبح بالفعل قرية صغيرة من زجاج لم يعد يخفي منها شيء فأي كان أن يخترق الحياة الخاصة للآخرين عن طريق شبكة الانترنت.

نظرا لأهمية هذه المسائل والموضوعات بدت الحاجة ماسة لمواجهة تلك المخاطر والتغيرات، ولعل أول التطلعات في هذا المجال كانت نحو القانون الذي يعد من أقدس مهامه وضع الصيغ الملائمة للاستفادة من التقدم العلمي، دون المساس بالقيم والحقوق والحريات الأساسية للأفراد، ومن هنا كانت أهمية وجود الضوابط القانونية التي يعمل في إطارها التطور التكنولوجي ،وبدون هذه الضوابط يصبح التقدم العلمي والمعلوماتية طامة كبرى على المجتمع وحقوق وأمن المواطنين[2]، فالقانون يحكم سلوك الأفراد والمجتمع من خلال تنظيم الروابط والعلاقات فيما بينهم ،وبيان حقوقهم وواجباتهم المتبادلة من جهة وفي مواجهة الجماعة التي يعيشون فيها من جهة أخرى.

---

[1]_محمد إبراهيم أبو الهيجاء،**عقود التجارة الإلكترونية (العقود الإلكترونية–المنازعات العقدية وغير العقدية–القانون الواجب التطبيق)**،مرجع سابق، ص9.

[2]_ محمد حسين منصور، **المسؤولية الإلكترونية**، الدار الجامعية للنشر، الإسكندرية، مصر 2008، ص81.

فالحق وما يقابله من التزام وما يترتب على الإخلال به من مسؤولية هو مناط النظام القانوني، ولذلك باتت التشريعات الوطنية بمفردها عاجزة عن التصدي لها بحلول منعزلة، لذا ظهرت الحاجة إلى ميلاد قواعد قانونية ذات طابع دولي ذلك أن دولية العلاقات القانونية تقتضي دولية القواعد القانونية التي تحكمها، ولا يأتي ذلك إلا بوجود اتفاقية دولية لإقامة نظام قانوني تلتزم به الدول المتعاقدة مع وضع تشريعاتها الوطنية حتى لا تختلف في أسسها وحلولها بحيث يصعب التقريب بينها[1].

لذلك يعتبر العقد الالكتروني كما سبق القول من أكثر العقود تداولا بين الناس على صعيد المعاملات التقليدية، وبعد انتشار استخدام الانترنت أصبح العقد الالكتروني يحتل مكانة بارزة بين العقود التقليدية ،وترتيبا على ذلك فلا تنطبق على العقود التي تكون في مجال القانون العام كالمعاهدات الدولية، والعقود الإدارية وكذلك العقود التي نجدها في قسم الأحوال الشخصية كالزواج والتبني مثلا ،فهي لا تخضع لفطرية الالتزام وان سميت عقودا فهي كلها عقود لأنها عبارة عن تطابق إرادتين على إحداث أثار قانونية، لكنها لا تخضع لنظرية الالتزام لأن الأثر المترتب عنها ليس هو إنشاء الالتزام بالمعنى المحرر في نظرية الالتزام[2].

نظرا لأهمية هذه المسائل والتي يجب عدم إغفالها، فقد ارتأينا أن نتناول في دراستنا إلى بحث موضوع اثر المعلوماتية على النظرية العامة للعقد كما يمثله هذا الموضوع من أهمية في وضع إطار قانوني لمختلف التأثيرات المعلوماتية على النظرية العامة للعقد، فتكمن أهمية هذه الدراسة في محاولة إيجاد الحلول التشريعية لتنظيم العقد الالكتروني، بوصفه عقد ارتبط بالتقنية الحديثة، فالمعلوماتية يحتاجها عالمنا المعاصر كما أنها تعبر عن تطور هائل في ثورة المعرفة والمعلوماتية، حيث صاحب هذا التطور تدخل الدراسات القانونية والاجتهادات الفقهية.

تهدف هذه الدراسة إلى محاولة التعريف بمختلف الجوانب التأثيرية التي انجرت عليها المعلوماتية على النظرية العامة للعقد، وفي هذا السياق لابد من التعرف على تغير مفهوم العقد من العقد التقليدي إلى العقد الالكتروني، مرورا بمختلف التأثيرات على ركن التراضي وكيفية تنفيذ العقد وصولا إلى الإثبات وحل النزاعات المتعلقة بالعقد، ومدى كفاية القوانين الحالية والنظرية العامة للعقد في تنظيم هذه التقنية الجديدة ،والتي تمخضت عنها المعلوماتية وهي العقد الالكتروني.

---

[1] _ محمد حسين منصور،**المسؤولية الإلكترونية**، مرجع سابق، ص82.

[2] _ راجع في ذلك علي فيلالي، **الالتزامات**،**النظرية العامة للعقد**،دار موفم للنشر والتوزيع، الطبعة الثانية 2005، الجزائر،ص ص، 37-38.

ومن ثم سيكون المنهج المتبع في البحث هو المنهج الوصفي والمنهج المقارن، فالمنهج الوصفي يكون بعرض أحكام النظرية العامة للعقد والمنهج المقارن يكون بمقارنته مع ما أحدثته المعلوماتية من أثار المبني على التتبع والتسلسل المنطقي للبحث العلمي، وذلك بعرض المسألة المراد بحثها على القواعد العامة في النظرية العامة للعقد والقانون المدني والتعليق عليها ثم بيان مظاهر تأثير المعلوماتية على ذات المسألة.

فالأسباب التي دفعتنا غلى اختيار الموضوع تتمثل في كون الثورة المعلوماتية التي أبهرت العالم بمزاياها، فأضحى العالم بموجبها قرية صغيرة،وانتشار شبكة الانترنت بسرعة فائقة عززت فكرة الحق في المعلومات كمبدأ مقرر للدول والأفراد معا، غير أن ما أو جدته هذه الشبكة من عيوب استفاق عليها العالم وأدرك خطورتها ،والتي لم تقتصر على ضرب القيم والأعراف والعادات المتأصلة في الفرد والمجتمع بل تخطته إلى تحطيم جدار الدولة ذات السيادة، فبقدر ما أسعدت هذه التقنيات الحديثة الإنسانية بتوفيرها للراحة والمساهمة في الرفع من المستوى المعرفي و الاقتصادي لمختلف شعوب العالم،إلا أن المخاطر التي جلبتها بات أثرها مملوءا ومحسوسا فإساءة استخدام شبكة الانترنت مهد الطريق للمجرمين إلى استخدام هذه التقنية وتطويرها لإشباع رغباتهم وتحقيق نواياهم الإجرامية، ومن هنا ظهرت إلى الوجود أنواع جديدة من الجرائم تختلف عن الجرائم التقليدية منها جرائم اختراق المواقع والأنظمة المعلوماتية، جرائم التجسس باستخدام الانترنت، جرائم المساس بالأديان وانتهاك الحريات الخاصة، جرائم تبييض الأموال و الاتجار بالمخدرات عبر الانترنت وغيرها كثيرا، وهنا تكمن صعوبة الإثبات وقبل ذلك تثار مشكلة الأمن المعلوماتي، ففكرة الأمن المعلوماتي وتطويره بات أمرا حتميا إنشاء ما يسمى الآن بالحكومة الإلكترونية [1].

[1]_ **الحكومة الالكترونية**:هي طريقة جديدة و تحول جذري تهدف إلى إعادة الأداء الحكومي نفسه من جديد لتقديم الخدمات الحكومية للمواطنين بشكل أفضل و بدقة ،يعتمد على أسلوب العلم والتكنولوجيا للتخلص من سلبيات الأداء الحكومي فمن الضروري أن تساير الإدارة الحكومية هذا التطور.

يكاد يتفق المختصون في مجال الثورة المعلوماتية التي يشهدها العالم ،بأن التحول من الحكومة بصورتها التقليدية إلى الإلكترونية أصبح من الضرورات الحتمية التي تجب أن تسعى إلى تطبيقها كل دولة عصرية تريد مواكبة عصر الثورة الرقمية،و هناك إقرار دولي على أهمية الحكومة الإلكترونية ودورها في تحقيق التقدم والنمو للمجتمعات المعاصرة فقد أصبحت واقعا ملموسا على مستوى أغلب دول العالم.

فعرفها جانب من الفقه بأنها:"**استخدام أحدث الأدوات والأساليب التقنية والإلكترونية الجديدة والمتطورة لإدارة المرفق العام في الدولة، وذلك بغرض رفع كفاءة مستوى الأداء داخل الإدارة الحكومية وبتقديم خدمة عامة لكافة المواطنين والمتعاملين مع الإدارة الحكومية بطريقة سريعة وفي إطار من الشفافية والوضوح**" واستنادا إلى ما تقدم يمكن تعريف الحكومة الإلكترونية بأنها:"**تحويل المعاملات الحكومية من معاملات ورقية إلى معاملات إلكترونية وذلك باستخدام تقنية الاتصالات بين المواطنين**

فقد أصبح موضوع الحماية القانونية هاجسا مؤرقا للباحثين القانونيين ورجال القانون بصفة خاصة، فأمام تراخي الحكومات وعدم إسراعها في وضع اتفاقيات قانونية وقضائية من شأنها تطوير المعلوماتية، لقد بات من المستعجل أن تتسع دائرة التعاون مع رجال العلم المتخصصون في التقنيات التكنولوجية والرقمية، ورجال القانون والمؤسسات الرسمية في الدولة وعلى المستوى الدولي بغية الوصول إلى وضع نظرية قانونية حديثة تعنى بالمعلوماتية وما أثرته في المعاملات القانونية.

وما دفعنا للاهتمام بالموضوع بجدية أكثر هو الإسراع بفرض حماية لما أصبح يعرف بالتجارة الالكترونية، إذ أن التجارة الالكترونية زاد رواجها وأخذت طريقا في التعامل وبشكل سريع ،فأضحت السمة البارزة لتجارة العصر المرتبطة بالتطور التكنولوجي وهي عبارة عن عمليات البيع والشراء وشكل من أشكال التبادل التجاري بين الأشخاص الطبيعية والمعنوية ،وحتى بين الدول والحكومات عن طريق تكنولوجيا المعلومات باستخدام وسيلة الانترنت ،ولقد ترتب عن هذه التقنية بروز طرق جديدة لها ميزة خاصة في التعامل التجاري منها العقد الالكتروني.

بالإضافة إلى ذلك نجد بأنه لابد من إلقاء المزيد من الضوء على طبيعة العقد الإلكتروني ،إذ أنه أصبح مصطلحا اقتصادي جديد من شأنه أن يهز الأسس و المفاهيم السائدة التي يقوم عليها العقد التقليدي،كما أن الحاجة الملحة لإدراك العقد الإلكتروني لم تعد خيار نقبل به أو نرفضه و إنما أصبح ضرورة حتمية تفرض وجودها في واقع المعاملات،كما أن قلة الأبحاث والدراسات ونقص الاهتمام بالآثار التي خلفتها المعلوماتية على النظرية العامة للعقد و في الجزائر خاصة مما اقتضى عناية الباحث بها وتقديم نتائج بحثية و حلول علمية في هذا الموضوع.

وأجهزة الدولة أو فيما بين مؤسساتها وبشكل آلي و يسير، و دون حاجة الذهاب إلى الدوائر المعنية، فيستطيع المواطن الحصول على جواز السفر أو أي خدمة تقدمها الحكومة للمواطنين في وقت وجيز و بكل سهولة." لتفصيل أكثر في موضوع الحكومة الإلكترونية راجع عباس زبون عبيد العبودي، **الإطار القانوني للحكومة الإلكترونية**، العدد الأول، مجلة العلوم القانونية و السياسية، جامعة ديالى، د ذ ب ن، ص 06.

الإشكالات القانونية التي تثار حول طبيعة هذا العقد وما ينجر عنه من مشاكل لدى رجال القانون فيما يتعلق بالإثبات والحقوق والالتزامات، كما تثار تساؤلات عديدة حول مكان انعقاد العقد والاختصاص الذي ينعقد بشأنه للمحاكم في حالة نزاع أين أضحت حقوق الملكية الفكرية مهددة بأخطار كثيرة في ظل رواج التجارة الالكترونية.

قد يستهين البعض بهذا النوع من العقود في إطار التجارة الالكترونية لكن المنهج الاقتصادي أضحى السمة الرئيسية لمختلف دول العالم بما في ذلك الجزائر،مما دفع إلى ازدهار النشاط التجاري والدفع إلى نمو التجارة الالكترونية وصاحب ذلك تزايد عدد المواقع التجارية على شبكة الانترنيت، غير أن ذلك كله لا يخفي الاستعمال السلبي للمواقع والسطو على النظام المعلوماتي أو بما يعرف بالغش المعلوماتي بالسرقة والاحتيال ،محل ذلك يكون له آثرا سلبيا على استقرار معاملات التجارة الالكترونية ،وبالمقابل ينجم عنها عدم الاستقرار واهتزاز الثقة لاسيما أن الفضاء الالكتروني بات ساحة كبيرة للمبادلات التجارية ببعض السلع والمنتجات للبيع وهو ما يصطلح على تسميته التجارة الافتراضية.

مما سبق فان الأمر يتطلب البحث في الموضوع وذلك على ضوء النظرية العامة للعقد، لتبيان مفهوم العقد وطبيعة تكوينه (إبرامه) وتحديد المشكلات المرتبطة به كتحديد تاريخ إبرام العقد ولحظة التقاء القبول بالإيجاب، و وصور التعبير عن الإرادة وإثباتها وحماية المستهلك منها وكيفية تنفيذها وإثباته وعلى النزاعات التي يثيرها العقد الالكتروني.

وعليه نطرح الإشكالية التالية:***ما مدى قدرة النظرية العامة للعقد على مسايرة التطورات التكنولوجية و من ثم تنظيم خصوصية العقد الإلكتروني؟***

سنحاول الإجابة عن هذه الإشكالية بشيء من التفصيل، من خلال الاعتماد على التقسيم الثنائي إذ نتناول في الفصل الأول أثر المعلوماتية على مفهوم العقد و تكوينه و من ثم نخصص المبحث الأول لأثر المعلوماتية على مفهوم العقد، و المبحث الثاني نتناول فيه أثر المعلوماتية على تكوين العقد.

أما الفصل الثاني فإنه سنحاول تسليط الضوء على أثر المعلوماتية على تنفيذ العقد، و إثبات الحق المتنازع عليه هذا في المبحث الأول، أما في المبحث الثاني فسنعالج فيه مسألة جد مهمة ألا و هي أثر المعلوماتية على حل النزاعات التي تثار في مجال التعاقد الإلكتروني.

الفصل الأول

أثر المعلوماتية على مفهوم العقد وتكوينه

الفصل الأول

أثر المعلوماتية على مفهوم العقد و تكوينه

الفصل الأول

أثر المعلوماتية على مفهوم العقد و تكوينه

يقصد بالنظرية العامة للعقد تلك القواعد و المبادئ التي تحكم العقد بغض النظر عن موضوعها ،فهي قواعد كلية تطبق على جميع العقود بيعا كان أو إيجارا أو غيرها من العقود التي يتولى المتعاقد إبرامها، و قد يتساءل البعض عن فائدة النظرية العامة للعقد في الوقت الذي يتولى القانون المدني تنظيمها تفصيليا لكل عقد من العقود، فالفائدة المحققة في الواقع هي من ناحية تضم القواعد التي تطبق على كل العقود المسماة منها و غير المسماة، و بذلك تغني عن تكرار النص عليها بالنسبة إلى كل عقد من العقود التي يرغب المتعاقد عقدها، و من ناحية أخرى تطبق على أي عقد تظهر حاجة الناس إليه في معاملاتهم دون أن يكون قد حظي بتنظيم خاص في التشريع، ذلك أن العقود ليست محصورة ولهم أن يبرموا ما يشاؤن في حدود النظام العام و الآداب العامة [1] .

فالعقد كوسيلة من و وسائل التبادل الاقتصادي هو مفهوم قانوني مستقل بذاته ، له حدود و خصائص تميزه عن غيره و قد تم وضع معيار تحديده و هو اتفاق يرمي إلى إحداث آثار قانونية، أين ظهر العقد لأول مرة في ظل المذهب الفردي ثم تليها مرحلة تقهقر المذهب الاجتماعي، و بإيجاز فإن هذه التطورات سايرت تطور المجتمعات في النظرية التقليدية أين جسدت مبدأ سلطان الإرادة من جهة و هذا ما يعرف بالمرحلة الأولى و كذا سايرت المعطيات الجديدة التي عرفها العقد من جهة أخرى و هي المرحلة الثانية [2] .

يعد العقد من أهم الأنظمة القانونية و أكثرها شيوعا في الحياة اليومية ،ذلك أن الشخص يبرم عدة عقود في اليوم الواحد بيعا و إيجارا ، ووكالة و كفالة و تأمين و غير ذلك من أنواع العقود و التي لا يمكن حصرها [3].

باعتبار أن العقد أهم صور للتصرف القانوني في الحياة الاجتماعية لأن الإرادة المنفردة ليست سوى مصدر استثنائي للالتزام و لا تنشئه إلا في حالات محددة يعترف لها القانون بالقدرة على إنشاء الروابط القانونية ، فيكون العقد ملزم للأطراف بمجرد اقتران القبول بالإيجاب أي انعقاد العقد خاصة و أن عقود التجارة الإلكترونية غالبا ما تعرض على الجمهور في شكل مطبوع يحتوي على شروط محددة مسبقا .

---

[1]_محمد الشريف أحمد ، **مصادر الالتزام في القانون المدني–دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي–**، دون ذكر دار النشر، طبعة 1999 ،دون ذكر بلد النشر، ص 20.

[2]_علي فيلالي ،**الالتزامات ،النظرية العامة للعقد**، مرجع سابق ،ص ص 37-38.

[3]_أمجد محمد منصور، **النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام–دراسة في القانون المدني الأردني و المصري و الفرنسي و مجلة الأحكام العدلية و الفقه الإسلامي مع التطبيقات القضائية لمحكمتي النقض و التمييز–**،دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى ، الجزائر 2006 ،ص 29.

من الواضح أن النوع الذي نتحدث عنه من العقود تجري دون مقابلة المتعاقدين و لا يجمعها مجلس عقد واحد، بل أن الوسيلة التي تربطها هي شبكة الانترنت و على اعتبار أن هذه العقود تتم عن بعد فإنها ترتب للمستهلك حقوقا ،إلا أننا نشير أن للمعلوماتية أثر على النظرية العامة للعقد في تغيير مفهومه ،من عقد تقليدي إلى عقد إلكتروني بإدخال الوسيلة الإلكترونية فيه ، و هذا ما نوضحه في المبحث الأول ،كما أن لها أثر في تكوين العقد خاصة فيما يتعلق بركن التراضي و هذا ما سنتناوله في المبحث الثاني.

المبحث الأول

أثر المعلوماتية على مفهوم العقد

لم يقف العالم موقف المتفرج حيال سرعة تطور العقود الإلكترونية ،بل وسعى في ذلك رجال العلم و القانون للعمل جنبا إلى جنب لمعاصرة الظاهرة و التحكم فيها تقنيا و قانونيا ،ووضع آليات قانونية على مستوى التشريع لاسيما و أن العقد ليس وليد بيئة معينة و لا هو محصور في نطاق محدد بل أضحى عقد عابر للحدود .

فالقانون هو الذي يجب أن يحتوي المسار الصحيح للتوسع التكنولوجي و تبادل المعلومات بما يضمن سلامة الحقوق ،في إطار تداول المعلومة بصفة خاصة و حرية الرأي و التعبير عن طريق و سائل الاتصال الحديثة ،بينما هذه الحقوق تضمنها المواثيق الدولية التي أفردت لها مختلف الدساتير الداخلية مجالا هاما إذ نص دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية لسنة 1996 في كل من المواد 34 ،35 و 36 منه ،على تكفل الدولة بضمان عدم انتهاك حرمة الإنسان أو المساس بكرامته وضمان و احترام الرأي وعلى معاقبة كل مساس بالحقوق والحريات [1].

ففي الجزائر يبدو أن هناك محاولات جادة لتطوير المنظومة القانونية و إصدار تشريعات، تواكب التطور الحاصل في المجال التكنولوجي حيث تم تغير حتى اسم الوزارة المعنية لتأخذ اسم وزارة البريد وتكنولوجيات الإعلام والاتصال، وفي ذلك مؤشر على النية الحقيقية في خوض غمار الالتحاق بمسار الدول الآخذة بناصية هذه التقنية الحديثة والمتطورة.

للتدليل على ذلك تجدر الإشارة إلى الدور الذي يقوم به هذا القطاع من أجل إنشاء مدينة خاصة ومتخصصة في هذا المجال بمنطقة سيدي عبد الله قرب العاصمة، وتزامن ذلك مع إعلان وزير القطاع بإرادته في إنشاء حكومة إلكترونية و التي تعد مؤشرا لقياس الاندماج في العصر الرقمي و المجتمع المعلوماتي، و يبدو ذلك من خلال التقرير الذي أصدرته إدارة الشؤون

[1] _دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية لسنة1996، صادر بموجب المرسوم الرئاسي رقم96 -438مؤرخ في 07 ديسمبر1996، يتعلق بإصدار نص تعديل الدستور،المصادق عليه في استفتاء 28 نوفمبر سنة 1996 ،ج ر عدد76 الصادر في 08 ديسمبر1996، المعدل بالقانون رقم 02-03 المؤرخ في 10 أفريل2002، ج ر عدد 25، الصادر بتاريخ 14 أفريل2002، و المعدل بالقانون رقم 08-19 المؤرخ في 15 نوفمبر2008، المتضمن تعديل الدستور ج ر عدد 63 الصادر في 16 نوفمبر2008.

الاقتصادية و الاجتماعية للأمم المتحدة، و لمعرفة أثر المعلوماتية في تغيير مفهوم العقد لابد من معرفة أولا مفهوم العقد التقليدي النظرية العامة لعقد(المطلب الأول)،ثم تبيان مظاهر تاثير المعلوماتية على مفهوم العقد(المطلب الثاني) .

المطلب الأول

مفهوم العقد وفقا للقواعد العامة

يعتبر العقد من أهم الوسائل التي ابتكرها الفكر القانوني لتنظيم المعاملات، و العلاقات الاقتصادية و الاجتماعية والسياسية بين الأفراد فيما بينهم وبين الأفراد والمؤسسات الخاصة والعامة،فالنظرية العامة للعقد باعتبارها جزء من النظرية العامة للالتزام لا تطبق إلا حيث يكون الاتفاق في إطار القانون الخاص وفي دائر المعاملات المالية أو قسم الأحوال العينية.

بالرغم من أن هناك من الفقهاء من يعطي نفس المفهوم للعقد و الاتفاق ،إلا أن القانون المدني الفرنسي ومن خلال نص المادة 1101 منه يفرق بين العقد " le contrat"والاتفاق"la convention" على أساس أن الاتفاق أعم وأشمل من العقد، وأن العقد إذ هو اتفاق فهو التزام بشيء، إلا أن هذا الرأي تعرض إلى النقد من قبل جمع كبير من العلماء على أساس أن هذه التفرقة لا يترتب عليها أي آثار قانونية المهم في العقد حسب هذا الاتجاه أن يكون هناك اتفاق على إحداث أثر قانوني، فليس هناك عقد بالمعنى القانوني ومن هنا نجد أن للعقد تعريف فقهي وتعريف اصطلاحي (الفرع الأول) كما أنه يتمتع بخصائص تجعله يتميز عن غيره من العقود التي لا تخضع للنظرية العامة للعقد كعقد الزواج مثلا (الفرع الثاني).

الفرع الأول

التعريف بالعقد و خصائصه

يعتبر العقد مصدر من المصادر الإرادية للعقد الذي يكتسي أهمية عملية، أين ظهرت النظرية العامة للأعمال القانونية انطلاقا من العقد و تسري الأحكام التي تطبق على العقود و على كل الأعمال القانونية و ذلك راجع إلى سبب تاريخي ، حيث ظهر العقد كمصدر للالتزام قبل التصرف من جانب واحد ، أما بالنسبة للأهمية العملية يكفي القول بأن جل التبادلات الاقتصادية اليومية تتم عن طريق العقود ، و من ثم فإن للعقد تعريف فقهي (أولا) و تعريف قانوني (ثانيا)

أولا: التعريف الفقهي للعقد

يطلق لفظ العقد في اللغة على معاني كثيرة تدور حول الربط و الشد و الإحكام والتوثيق ،و للجمع بين أطراف الشيء كما يطلق على الضمان .

العقد لغة تفيد "الربط بين أطراف الشيء و جمعها، أما العقد في اصطلاح الفقهاء فهو ما يتوقف فيه الالتزام على اجتماع إرادتين، و ما يتم فيه الالتزام بإرادة منفردة كما في الهبة [1].

بعبارة أخرى هو كل تصرف شرعي سواء كان ينعقد بكلام طرف واحد أولا ينعقد إلا بكلام الطرفين ، و منهم من يعرف العقد بأنه ربط بين كلامين ينشأ عنه حكم شرعي ،وهو ما يتفق والتعريف المعروف للعقد في فقه القانون والعقد في الفقه الإسلامي له معنى خاص هو المشهور في الغالب و لا يختلف عن التعريف المعروف في القانون وله تعريف عام ويعني التصرف القانوني عامة سواء كان عقدا أو تصرفا انفراديا [2] .

العقد في اللغة كذلك يعني الشد كقبض الحبل، يقال عقد الحبل ويقال عقد الحبل إذا شده، والعقدة موضوع العقد وهي ما يمسك الحبل ويوثقه، وعقدة كل شيء ابرمه، ومنه قيل عقد البيع وعقد الإيجار، وعقد العهد اليمين أكدهما، وكلمة العقد تستعمل في الربط الحسي، كما تستعمل في الربط المعنوي بين كلاميين، وتستعمل أيضا في كل ما يلزم به المرء نفسه ولهذا سمي العهد واليمين عقدا[3].

يعتبر العقد أهم صورة للتصرف القانوني في الحياة الاجتماعية لأن الإرادة المنفردة ليست سوى مصدر استثنائي للالتزام، لا تنشئه إلا في حالات محددة يعترف لها القانون بالقدرة على إنشاء الروابط القانونية .

ثانيا : التعريف الاصطلاحي للعقد

عرف المشرع الجزائري العقد في نص المادة 54 من القانون المدني الجزائري على أنه "**العقد اتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص نحو شخص أو عدة أشخاص آخرين بمنح أو فعل أو عدم فعل شيء ما** "[4].

واضح أن هذا التعريف يتضمن العقد و الالتزام معا،ذلك أنه إذا كان موضوع العقد هو إنشاء الالتزام فموضوع الالتزام هو عمل إيجابي أو سلبي [5].من هنا يتضح لنا بأن المشرع الجزائري حذا حذو المشرع الفرنسي في تعريفه للعقد إلا أنه ما يؤخذ على هذا التعريف هو أن هناك خطأ في الترجمة فبالرجوع إلى النص باللغة الفرنسية المتعلق بالمادة 54 من القانون المدني الجزائري التي ينص "**يكتب النص بالغة الفرنسية من القانون المدني** "

---

[1]_ فتحي عبد الرحيم عبد الله، **شرح النظرية العامة للالتزامات، الكتاب الأول –مصادر الالتزام –**، د ذ د ن، الطبعة الثانية 2000 -2001 ،د ذ ب ن، ص 23.

[2]- المرجع نفسه ،ص 24.

[3]-محمد أطويف ،**الإطار المفاهيمي لعقد التجارة الإلكترونية** ،مجلة الفقه والقانون ،2011 ،ص1 .

[4]_ أمر رقم 75-58 يتضمن القانون المدني الجزائري، المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، ج ر عدد 78 لسنة1975 المعدل والمتمم.

[5]_العربي بلحاج ،**النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري ،الجزء الأول،التصرف القانوني (العقد و الإرادة المنفردة)** ،ديوان المطبوعات الجامعية ،الطبعة الخامسة، الجزائر2001، ص 41.

ثم أن هناك من يفرق بين الاتفاق و العقد أين اعتبر غالبية الفقه الفرنسي أن الاتفاق أعم و أشمل من العقد،ما يفهم أن المشرع الجزائري أخذ بالنزعة الفردية في تعريفه للعقد كنظيره الفرنسي [1].

و من ثم فإن العقد يعرف بأنه توافق إرادتين على إحداث أثر قانوني ،سواء كان هذا الأثر إنشاء التزام أو نقله، تعديله أو إنهاؤه [2].

و من خلال ما سبق يتضح لنا بأن العقد يتميز بصفات خاصة به تميزه عن بعض التصرفات القانونية الأخرى (الفرع الثاني)

الفرع الثاني

خصائص العقد التقليدي

كل عقد مهما اختلف نوعه أو تسميته أو طبيعته، فإنه نظرا لهذه الطبيعة الخاصة تجعله يتميز بخصائص خاصة به، و عليه نجد بأن العقد و من خلال التعريف السالف الذكر و الوارد في نص المادة 54 من القانون المدني الجزائري و من التعريفات الفقهية يتضح لنا بأن العقد يتمتع بالرضائية كمبدأ عام (أولا) ،كما يهدف إلى إحداث آثار قانونية (ثانيا) .

أولا : الرضائية كمبدأ عام في العقد التقليدي

يعتبر مبدأ سلطان الإرادة من نتائج تقديس المذهب الفردي ،الذي يعتبر الفرد و تلبية لحاجياته هو غاية اهتمامه، أي أن الإرادة وحدها تكون كافية وفقا لهذا المبدأ لإنشاء العقد وتحديد آثاره دون قيود تذكر على حرية الإرادة في هذا الشأن .

العقد شريعة المتعاقدين لا يجوز نقضه أو تعديله إلا باتفاق الطرفين فالأفراد أحرار في اتفاقهم ، فهم الذين يحددون العقد المراد إبرامه فقاعدة الرضائية اعتنقها المشرع الأردني و سايره في ذلك المشرع الجزائري [3]،لذلك نجد بأن التشريعات المعاصرة عرفت مبدأ الرضائية بعد تطوره .

العقد الرضائي هو ما يكفي في انعقاده تراضي المتعاقدين،أي اقتران الإيجاب بالقبول،فالتراضي وحده هو الذي يكون العقد،و أكثر العقود في القانون الحديث هي عقود رضائية ،كالبيع والإيجار،وقد تقدم أن القانون لم يبلغ هذه القاعدة طفرة بل تطور إليها تدريجيا ،و لا يمنع العقد أن يكون رضائيا أن يشترط في إثباته شكل مخصص ، إذ يجب التميز بين وجود العقد وطريقة إثباته،فمادام يكفي في وجود العقد رضا المتعاقدين ،فالعقد الرضائي حتى ولو اشترط القانون لإثباته كتابة أو نحوها

---

[1] –علي فيلالي، **الالتزامات (النظرية العامة للعقد)**مرجع سابق،ص 33.

[2] _ عبد الرزاق أحمد السنهوري ،**الوسيط في شرح القانون المدني الجديد**، المجلد الأول،**نظرية الالتزام بوجه عام–مصادر الالتزام–** منشورات الحلبي الحقوقية بيروت– لبنان، الطبعة الثالثة الجديدة ،لبنان 2000،ص 150.

[3] _ أمجد محمد منصور، **النظرية العامة للالتزامات**...، مرجع سابق ،ص 32.

،و الفائدة العملية في هذا التميز أن الكتابة كانت لازمة للإثبات فإن العقد غير المكتوب يجوز إثباته بالإقرار أو اليمين ، أما إذا كانت الكتابة ركنا شكليا في العقد فإن العقد غير المكتوب تكون غير موجود حتى مع الإقرار أو اليمين[1] .

فالتراضي وحده كاف لإبرام العقد ،فينشأ العقد بمجرد تطابق إرادتي المتعاقدين أين كانت طريقة التعبير عنها والقاعدة في القانون الحديث هي رضائية العقود مع وجود استثناءات تتمثل في إفراغ التراضي في شكل معين [2].

ثانيا:إحداث آثار قانونية

يجب أن تنصرف إرادة الشخص إلى إحداث آثار قانونية ،أي أن يكون راغبا في الارتباط بحالة قانونية ،فالإرادة الجدية هي التي يسعى الفرد من خلالها إلى تحمل واجبات نحو شخص آخر ، أو اكتساب حقوق على الغير أو التنازل عن حقوق مكتسبة ، فيلتزم صاحبها بواجبات تنفذ جبرا إذا اقتضى الأمر ، و على عكس ذلك تكون الإرادة غير جدية إذا كان صاحبها لا يرغب في تحمل واجباته المنبثقة عن العقد الذي أبرمه [3].

بمقتضى أحكام المادة 61 من القانون المدني الجزائري التي تنص على "**ينتج التعبير عن الإرادة أثره في الوقت الذي يتصل فيه، بعلم من وجه إليه، و يعتبر وصول التعبير قرينة على العلم به ما لم يقم الدليل على عكس ذلك** ".

أي أن للتعبير عن الإرادة آثار قانونية و معنى ذلك أن التعبير عن الإرادة ليس مجرد واقعة مادية يتجاهلها القانون بل يأخذها بعين الاعتبار، حيث يستفيد الغير الذي يتصرف على أساس هذا التعبير من حماية القانون ، و تتمثل هذه الآثار القانونية عموما في مساءلة المعبر عن الإرادة إذا عدل عن إرادته و سبب ضرر للغير ،إذ إن هذه الآثار القانونية تختلف باختلاف طبيعة هذا التعبير ، فقد يكون التعبير عن الإرادة إيجابا أو قبولا أو وعدا للجمهور أو مجرد دعوة للمفاوضات و تترتب على كل حالة آثار قانونية خاصة.

يهدف إلى إحداث آثار قانونية أي أن غايته هو إيجاد وضع جديد يرتب حقوقا وواجبات لم يكتسبها و لم يتحملها المتعاقدان من قبل ، أو ينهي حقوقا وواجبات سابقة و إذا لم يكن العقد المبرم الهدف منه إحداث آثار قانونية فلا يعد ذلك التصرف عقدا [4].

و من ثم يخرج عن دائرة العقود كل الخدمات التي يقوم بها شخص لفائدة شخص ثان مجاملة ،و تختلف الآثار القانونية باختلاف العقود و قد تتعدى هذه الآثار إلى مجرد اكتساب الحقوق و تحمل الالتزامات ، فعقد الشركة مثلا يترتب عليه إنشاء شخصية معنوية جديدة وفقا للمادة 417 من القانون المدني الجزائري التي تنص على أنه: "**تعتبر الشركة بمجرد**

---

[1] –محمد أطويف،**الإطار المفاهيمي لعقد التجارة الإلكترونية** ،مرجع سابق ،ص15 .

[2] _ بلحاج العربي ،**النظرية العامة للالتزام** ...،مرجع سابق ،ص 45.

[3] _ علي فيلالي ، **الالتزامات النظرية العامة للعقد** ...،مرجع سابق ،ص 72.

[4] _ علي فيلالي ،**الالتزامات النظرية العامة للعقد**...،مرجع سابق، ص 36.

تكوينها شخصا معنويا غير أن هذه الشخصية لا تكون حجة على الغير إلا بعد استيفاء إجراءات الشهر التي ينص عليه القانون.

و مع ذلك إذا لم تقم الشركة بالإجراءات المنصوص عليها في القانون فإنه يجوز للغير بأن يتمسك بتلك الشخصية" [1].

المطلب الثاني

ماهية العقد الإلكتروني

انتشرت شبكة الانترنت في الوقت الحاضر ،و دخلت في ميادين الحياة كافة و تولد عنها التجارة الإلكترونية ،و هي تبادل المعلومات و البيانات و البحث عن السلع عن طريق الشبكة ،و أصبح لها استعمال كبير في التجارة وأصبحت عقود البيع و الشراء تجرى عن طريق الانترنت ،و لأهمية هذه العقود و انتشارها وضعت كثير من الدول في العالم قواعد قانونية تنظمها [2].

ترتكز التجارة الإلكترونية على مجموعة من العقود الإلكترونية و هذه العقود اتفق العلماء على وجود صفات مشتركة فيما بينها.

فالعقد الإلكتروني le contrat électronique مصطلح جديد في عالم المال و التجارة أين ظهر مع انتشار وسائل الاتصال الحديثة في بداية التسعينيات من القرن العشرين مع ظهور التجارة الإلكترونية [3].

مما لا شك فيه أن العقد الإلكتروني أصبح اليوم من العقود الحديثة التي فرضت نفسها بشكل واقعي على صعيد التجارة و المعاملات المالية اليومية، و على الرغم من أن هذا العقد يعد نوعا ما جديدا من أنواع العقود التي ظهرت مع ظهور عصر المعلوماتية فإنه لا يختلف من حيث أركانه عن الأركان العامة للعقد ،سوى أنه عقد يبرم بواسطة وسائل إلكترونية،إذ أن تحديد ماهية العقد الإلكتروني يقتضي الوقوف أولا على تعريف العقد ومن ثم تحديد الطبيعة القانونية للعقد، مع ضرورة الوقوف على الخصائص التي يتميز بها العقد، و هذا ما سنتناوله في هذا الفرع.

الفرع الأول

تعريف العقد الإلكتروني

---

[1] _ أمر رقم 75-58، **يتضمن القانون المدني الجزائري** ، مرجع سابق.

[2] -يحي يوسف فلاح حسن،**التنظيم القانوني للعقود الإلكترونية،أطروحة مقدمة استكمالا** لنيل درجة الماجستير في القانون الخاص بكلية الدراسات العليا ،جامعة النجاح الوطنية في نابلس،فلسطين،2007 ،ص 16.

[3] _ راجع كل من طاهر شوقي المومني،**عقد البيع الإلكتروني-بحث في التجارة الإلكترونية-**دار النهضة العربية للنشر،دون ذكر البلد، طبعة 2007،ص 9 ،و كذلك شريف محمد غنام ،**محفظة النقود الإلكترونية-رؤية مستقبلية-**دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر ، طبعة 2007،ص 21.

يعتبر قانون الأونيسترال [1]،القانون النموذجي الأساسي الذي تتبعه الدول أثناء قيامها بسن قوانينها الداخلية بشأن التجارة الإلكترونية، أين يعتبر المرجع الأساسي لكل القوانين الوضعية المتعلقة بهذا المجال لذلك تباين موقف التشريعات في تعريفهم للعقد الإلكتروني سواء كان ذلك على المستوى الدولي و على المستوى الداخلي ، و التطرق إلى موقف المشرع الجزائري.

العقد الإلكتروني على الرغم من أنه من العقود الحديثة التداول إلا أنها في الحقيقة يقوم على الأساس ذاته الذي تقوم عليه العقود التقليدية كافة، و هو تطابق إرادة طرفي العقد (الموجب و القابل) بشأن محل هذا العقد و آثاره بما يعني أن العقود الإلكترونية تبنى على الأركان العامة التي يقوم عليها أي عقد، و هي الرضا ،المحل ،السبب و على الرغم من ذلك قدمت معظم التشريعات المتعلقة بالتجارة والمعاملات الإلكترونية التي صدرت في البلدان الغربية والعربية تعاريف للعقد الإلكتروني وغايتها في ذلك إبراز خصوصية العقد الإلكتروني التي تميزه عن العقد التقليدي [2].

أولا: التعريف الفقهي للعقد الإلكتروني

وضع الفقه القانوني عدة تعار يف للعقد الإلكتروني تضمنت أغلبها الاعتبارات الأساسية لتعريف أي عقد مع مراعاة خصوصية هذا العقد كونه يبرم عن طريق الشبكة المعلوماتية "الانترنت "، فقد عرفه جانب من الفقه الأمريكي بأن العقد الإلكتروني هو" العقد الذي ينطوي على تبادل الرسائل بين البائع والمشتري والتي تكون قائمة على صيغ معدة سلفا أو معالجة إلكترونيا و تنشئ التزامات تعاقدية."

ويلاحظ على هذا التعريف أنه قصر العقد الإلكتروني على عقد البيع الذي يتم عن طريق تبادل الرسائل عبر شبكة المعلومات (الانترنت)، في حين يمكن إبرام أنواع أخرى من العقود غير البيع عبر هذه الشبكة، كما عرفه البعض في الفقه اللاتيني بأنه:" **اتفاق يتلاقى فيه الإيجاب والقبول على شبكة دولية مفتوحة للاتصال عن بعد وذلك بوسيلة مسموعة ومرئية وبفضل التفاعل بين الموجب والقابل**".

[1]_**الأونيسترال**: هي لجنة قانون التجارة الدولية التابعة للأمم المتحدة ، و تضم في عضويتها غالبية دول العالم الممثلة لمختلف النظم القانونية الرئيسية ،و غرضها الأساسي هو تحقيق الانسجام بين القواعد المنظمة للتجارة الإلكترونية و تحقيق وحدة القواعد المتبعة وطنيا في التعامل مع مسائل التجارة الإلكترونية ،و قد حققت الأونيسترال العديد من الإنجازات في الميدان منها اتفاقية فيينا للبيوع الدولية لسنة 1980 ،الاتفاقية الخاصة بالتحكيم التجاري الدولي و غيرها. مشار لها لدى طمين سهيلة ،**الشكلية في عقود التجارة الإلكترونية** ،رسالة لنيل شهادة الماجستير في القانون ،فرع :القانون الدولي للأعمال ، كلية الحقوق جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2011 ،ص 13 .

[2]_ ندى زهير الفيل ، **إبرام العقد الإلكتروني من قبل المعوق بكلتا يديه –دراسة مقارنة –**،**مجلة الرافدين للحقوق** ،مجلد 14 ، العدد 51 السنة 16 ،مدرسة القانون التجاري ،كلية الحقوق جامعة الموصل ، ص 05 .

أما الفقه العربي فقد وضع عدة تعريفات لهذا العقد فعرفه أحدهم بأنه:"**العقد الذي يتم انعقاده بوسيلة إلكترونية بقصد إنشاء التزامات تعاقدية** "

كما حاول البعض تعريفه تبعا لكونه يتم عن بعد بأنه:"**ذلك العقد الذي يبرم بين متعاقدين غير مجتمعين في مكان واحد و لا يوجد بينهما اتصال مباشر أي وجود فترة زمنية فاصلة بين صدور الإيجاب والقبول وعلم الموجب به من خلال الاستعانة بطرق المراسلة الإلكترونية المختلفة كالبريد الإلكتروني والاتصال المباشر أو بواسطة أي وسيلة إلكترونية أخرى** ".

بينما حاول البعض تعريفه تبعا للطريقة التي يتم من خلالها انعقاد هذا العقد بأنه:"**اتفاق بين طرفي العقد من خلال تلاقي الإيجاب و القبول و عن طريق استخدام شبكة المعلوماتية سواء في تلاقي الإرادتين أو المفاوضات العقدية أو التوقيع أو أي جزئية من جزئيات إبرامه سواء كان هذا التصرف بحضور طرفي العقد في مجلس العقد أو من خلال التلاقي عبر شاشات الحاسب الآلي أو أي وسيلة إلكترونية سمعية بصرية** ".

من خلال التعاريف الفقهية السابقة الذكر نستطيع القول أن الفقه قد انقسم في تعريفه للعقد الإلكتروني إلى قسمين:

القسم الأول: ينطلق في تعريفه لهذا العقد من زاوية الحداثة و الخصوصية التي على أساسها ينعقد العقد، ولذلك فقد ذهب إلى اعتبار هذا العقد الإلكتروني سواء تم إبرامه إلكترونيا أو تمت أية مرحلة في انعقاده بوسائل إلكترونية دون تحديد لهذه الوسيلة .

القسم الثاني:يستند في تعريفه لهذا العقد على أساس اعتباره من العقود المبرمة عن بعد فهو عقد يبرم بين متعاقدين غير مجتمعين في مكان واحد[1].

ثانيا: التعريف التشريعي للعقد الإلكتروني

نظرا لكثرة حدوث عملية التعاقد الإلكتروني من الناحية العملية في الآونة الأخيرة و ما أثارته من إشكالات قانونية، فقد أصدرت بعض الدول تشريعات قانونية لمعالجة ذلك أين أعطت بعض هذه التشريعات تعريفا للعقد الإلكتروني.

فالتوجيه الأوروبي الصادر في 1997 المتعلق بحماية المستهلك في العقود المبرمة عن بعد عرف العقد الإلكتروني بأنه:"**عقد متعلق بالسلع و الخدمات يتم بين مزود مستهلك من خلال الإطار التنظيمي الخاص بالبيع عن بعد أو تقديم الخدمات التي ينظمها المورد و الذي يتم باستخدام واحدة أو أكثر من خلال وسائل الاتصال الإلكترونية حتى إتمام العقد** "

[1]_ ندى زهير الفيل ، **إبرام العقد الإلكتروني** ...، مرجع سابق، ص 6 .

كما وضعت أغلب التشريعات العربية المقارنة كالتشريع المصري و التشريع السوداني و التشريع التونسي و التشريع اللبناني تعريفا للعقد الإلكتروني.

فعرفه قانون إمارة دبي الخاص بالمبادلات و التجارة الإلكترونية الصادر عام (2002) عن طريق تعريف المعاملات الإلكترونية بالنص على أن المعاملات الإلكترونية هي " **المعاملات التي يتم إبرامها أو تنفيذها بشكل كلي أو جزئي بواسطة وسائل أو سجلات إلكترونية و التي لا يكون فيها هذه الأعمال أو سجلات خاضعة لأي متابعة من قبل شخص طبيعي كما في السياق الغادي لإنشاء و تنفيذ العقود و المعاملات**"

-وقانون المعاملات الإلكترونية السوداني عرف العقد الإلكتروني بأنه:"**أي معاملات أو عقود أو اتفاقيات يتم إبرامها و تنفيذها كليا أو جزئيا عن طريق رسالة بيانات** "

-ومن جهته وضع قانون التجارة الإلكترونية المصري في مادته الأولى تحت عنوان - تعريفات-تعريفا للعقد الإلكتروني بأنه :"**كل عقد تصدر فيه إرادة احد الطرفين أو كليهما أو يتم التفاوض بشأنه أو تبادل وثائقه كليا أو جزئيا عبر وسيط إلكتروني**"[1]

-قانون المعاملات الأردني رقم 85 لسنة 2001 فقد عرفه في المادة الثانية منه على أنه :" **الاتفاق الذي يتم انعقاده بوسائل إلكترونية كليا أو جزئيا** "[2]

-في حين تعرف الفقرة (38) من المادة 2 من مشروع قانون أحكام المعاملات الإلكترونية اللبناني للعقد الإلكتروني بأنه: "**يعني عقد يتم جزئيا أو كليا بواسطة عملية إلكترونية** "[3].

أي أن العقد الإلكتروني هو ذلك العقد الذي يتم انعقاده و إبرامه عن طريق الوسائط الإلكترونية و هذا هو المقصود ب "كليا"، أو يتم إبرامه بوسائط إلكترونية و تنفيذه يكون بوسيلة تقليدية و هذا هو المقصود ب "جزئيا" ،يبدو أن العريف الذي جاء به المشرع اللبناني هو أفضل تعريف.

---

[1] -إلياس ناصيف،**العقود الدولية،العقد الإلكتروني في القانون المقارن**،منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى 2009، بيروت لبنان، ص 377 .

[2] _ **قانون المعاملات الإلكترونية الأردني المؤقت رقم 85 لسنة 2001**.

[3] _ إلياس ناصيف ، **العقود الدولية** ...، مرجع سابق ، ص 469.

– كما أعطى المشرع التونسي تعريفا للعقد الإلكتروني حيث نص في الفصل الأول من القانون الخاص بالمبادلات و التجارة الإلكترونية على أن:"**يجرى على هذه العقود الإلكترونية نظام العقود الكتابية من حيث التعبير عن الإرادة و مفعولها القانوني و صحتها و قابليتها للتنفيذ فيما لا يتعارض و أحكام هذا القانون"**[1]

أما المشرع المصري فإنه و بالرجوع إلى نص المادة 122 من مشروع القانون التمهيدي للقانون المدني المصري نجده قد تضمن تعريفا للعقد الإلكتروني بأنه:" **اتفاق بين شخصين أو أكثر على إنشاء رابطة قانونية أو تعديلها أو إنهائها "**

و من المعلوم أن مسألة التعريفات هي من صميم اختصاص الفقه فقد تم حذف التعريف في المشروع النهائي للقانون المدني المصري و هذا ما تؤكده المادة 1101. [2]

يتضح من التعاريف المتقدم ذكرها ،أنها جاءت لتؤكد الأمور الآتية :

1–جواز التعبير عن الإيجاب أو القبول بوسائط إلكترونية يقصد بها برنامج الحاسوب أو أي وسيلة إلكترونية أخرى تستعمل من أجل تنفيذ إجراء أو الاستجابة لإجراء بقصد إنشاء أو إرسال أو تسليم رسالة معلومات دون تدخل شخصي.

2–يمكن أن يكون هذا التعبير بهذه الوسائط كليا يشمل الإيجاب و القبول و كل الأمور المتعلقة بإبرام العقود و العمل بموجبه بما في ذلك تعديل أو إبطال الإيجاب أو القبول، أو جزئيا بأن تقتصر على أحد منها مثل التفاوض أو تبادل الوثائق.

كما عرفة مجلة الأحكام العدلية العقد في المادة 103 منها بأنه :"**التزام المتعاقدين و تعهدهما أمرا و هو عبارة عن ارتباط الإيجاب بالقبول"**

فالعقد الإلكتروني هو العقد الذي يتم إبرامه عبر شبكة الانترنت ،و هو يكسي الصفة الإلكترونية من الطريقة التي يبرم بها،إذ ينشأ من تلاقي الإيجاب و القبول بطريقة سمعية بصرية عبر شبكة دولية مفتوحة للاتصال عن بعد،دون الحاجة إلى التقاء المادي للأطراف و التقاؤهم في مكان معين ،أي انتفاء مجلس العقد الحقيقي، فمجلس العقد الإلكتروني مجلس افتراضي حكمي.

[1]_ قانون رقم 2000–83، المؤرخ في 09 أوت 2000،**الخاص بالمبادلات و التجارة الإلكترونية**،الصادر في 11 أوت 2000،المنشور في الرائد الرسمي للجمهورية التونسية.

[2]_ قانون رقم 131 لسنة 1984 ، المؤرخ في 16 جويلية 1984 ، **يتضمن القانون المدني المصري**، المعدل و المتمم .

ثالثا : خصائص العقد الإلكتروني

يتسم العقد الإلكتروني بعدد من الخصائص التي تجعله عقدا مميزا عن غيره من العقود ولعل أهم هذه الخصائص ما يلي:

1_ غياب العلاقة المباشرة بين الأطراف المتعاقدة

قبل ظهور التجارة الإلكترونية و إمكانية التعاقد من خلال شبكة الاتصالات فيما يعرف بالتعاقد الإلكتروني، كان لا يفترض أن يتم التعاقد فيما بين أي طرفين إلا من خلال علاقة مباشرة بينهما تتم من خلال مجلس انعقاد العقد، فكل ينصب في العقود على سبيل المثال أن الطرف الأول البائع شخصه أو بواسطة وكيل عنه قد قام بتسديد الثمن ليد الطرف الثاني المشتري في مجلس انعقاد العقد.

أما الآن و بعد ظهور التعاقد الإلكتروني فقد أصبح من المعتاد أن يكون التعاقد من خلال شبكة الانترنت، و ألا يكون هناك علاقة مباشرة من قريب أو من بعيد فيما بين طرفي هذا التعاقد و إنما يتم الاتفاق على إتمام عملية البيع،

و الاتفاق على كافة الشروط من خلال علاقة غير مباشرة تتم عبر شبكة الاتصالات، التي يمكنها أن تربط بين أي شخصين مهما كانت مجال إقامتهما بعيدة فيتم التعاقد على الشيء المبيع و الثمن و كافة الشروط الأخرى، دون وجود أي علاقة بين طرفي التعاقد[1].

و بالتالي فإن السمة الأساسية للتعاقد الإلكتروني أنه يتم بين عاقدين لا يجمعهما مجلس عقد حقيقي، و من ثم يكون العقد الإلكتروني قد يتم بين حاضرين من حيث الزمان و بين غائبين من حيث المكان، و هو ما يثير العديد من المشاكل سواء تعلق الأمر بتحديد هوية الطرف الآخر المتعاقد أو بتحديد الجهة القضائية المختصة للفصل في القضية في حال نشوب نزاع بين المتعاقدين، و كذا البحث عن القانون الواجب التطبيق و هذا ما سنراه بالتفصيل في الفصل الثاني.

حيث يتم التعاقد عن بعد بوسائل اتصال تكنولوجية،و لذلك فهو ينتمي إلى طائفة العقود عن بعد،حيث يتم تبادل الإيجاب و القبول الإلكتروني عبر الانترنت فيجمعهم بذلك مجلس عقد حكمي افتراضي و لذلك فهو عقد فوري،و قد يكون العقد الإلكتروني غير متعا صر أي أن الإيجاب غير معاصر للقبول، وهذا التعاصر هو نتيجة صفة التفاعلية فيما بين أطراف العقد،و ينبغي التنويه أن العقد المبرم عن طريق الانترنت لا يشترط أن يكون عقد بيع،فالعقد الإلكتروني يمكن أن يكون من العقود المسماة أو من العقود غير المسماة[2]

---

[1] _ منير محمد الجنبيهي و ممدوح محمد الجنبيهي،**العقبات القانونية أمام تطوير التجارة الإلكترونية**،دار الفكر الجامعي للنشر، الطبعة الأولى، مصر، 2006، ص 152.

[2] أنظر هامش محمد حسين منصور،**أحكام البيع التقليدية و الإلكترونية الدولية وحماية المستهلك**،دار الفكر الجامعي للنشر،طبعة 2006،الإسكندرية مصر، ص74.

فيبرم العقد الإلكتروني دون التواجد المادي لأطرافه، فالسمة الأساسية له يتم بين غائبين لا يجمعهما مجلس عقد حقيقي، حيث يتم بعدة وسائل اتصال حديثة و تكنولوجية و هذه تعد من أهم أوجه الخصوصية في العقد الإلكتروني[1] .

و من ثم نستخلص أن العقد الإلكتروني يتم بين متعاقدين كل منهما ببلد، أي أن هناك بعدا مكاني بين المتعاقدين و يتم الوفاء في هذا العقد إلكترونيا أيضا [2].

2_ وجود الوسيط الإلكتروني

إن وجود مجلس انعقاد العقد هو من الأمور المسلم بوجودها قبل انتشار الوسائط الإلكترونية،أما الآن و بعد انتشار تلك الوسائط الإلكترونية على المستوى العالمي و تنوعها أيضا بات من الطبيعي أن يتم انعقاد العقد دون وجود ما كان يسمى بمجلس انعقاد العقد [3] .

فالقانون المدني المصري نص في المادة الرابعة منه على أنه:"**إذا صدر الإيجاب في مجلس انعقاد العقد...**"

أي أنه من الطبيعي و من المسلم به وجود مجلس انعقاد العقد و إن عدم وجوده يعد تخلفا لأحد شروط الانعقاد[4].

و يتم استخدام الوسائط الإلكترونية في إبرام العقود، و يعد ذلك من أهم مظاهر الخصوصية في العقد الإلكتروني، بل إنها أساس هذا العقد حيث يتم إبرامها عبر شبكة اتصالات إلكترونية، فالعقد الإلكتروني لا يختلف من حيث الموضوع أو الأطراف عن سائر العقود التقليدية، و لكنه يختلف فقط من حيث طريقة إبرامه كونه يتم باستخدام الوسائط الإلكترونية، هذه الوسائط التي كانت السبب وراء اختفاء الكتابة التقليدية التي تقوم على الدعائم الورقية لتحل محلها الكتابة الإلكترونية التي تقوم على دعائم إلكترونية [5].

3_ الصفة الدولية للعقد الإلكتروني

---

[1]_ محمد أمين الرومي، **التعاقد الإلكتروني عبر الانترنت**،دار المطبوعات الجامعية للنشر،الطبعة الأولى، مصر،2004، ص 51، و أيضا طمين سهيلة ،**الشكلية في العقود الإلكترونية** ،مرجع سابق،ص 15.

[2]_ ندى زهير الفيل ، **إبرام العقد الإلكتروني** ...، المرجع السابق ، ص 07.

[3]_ أنظر منير محمد الجنبيهي و ممدوح محمد الجنبيهي،**العقبات القانونية أمام تطوير التجارة الإلكترونية** ، مرجع سابق ، ص 155.

[4]_ قانون رقم 84-131، **يتضمن القانون المدني المصري**، مرجع سابق.

[5]_ محمد حسين منصور ، **أحكام البيع التقليدية و الإلكترونية**...،مرجع سابق، ص 75، أنظر في ذلك خالد ممدوح إبراهيم **إبرام العقد الإلكتروني–دراسة مقارنة–**الدار الجامعية للنشر، الطبعة الأولى، مصر 2007، ص 75.

اختلفت الآراء الفقهية حول مفهوم الصفة الدولية le caractère international ، فالعقد الإلكتروني يتم عبر شبكة عالمية للاتصالات،ولعل ذلك الخلاف من وجهة نظر الباحث هو اختلافهم حول مدى إمكانية توطين العلاقات التي تتم عبر الشبكة الإلكترونية le réseau électronique ،و التي تتخطى الحدود الجغرافية للدول،هذه الآراء يمكن تصنيفها إلى اتجاهين:

_ الاتجاه الأول

يفرق بين نوعين من العقود و هي العقود التي يكون أحد أطرافها مستخدما لشبكة الانترنت مقيما في دولة و مقدم خدمات للاشتراك في الشبكة fournisseur d'accès مقيما في دولة ثانية، و شركة تكنولوجيا معالجة البيانات وإدخالها و تحميلها عبر الشبكة مقيما في دولة ثالثة و هذه بلا شك عقود دولية.

_ الاتجاه الثاني:

فإنه يؤكد على أن البعد الدولي هو الغالب في العقود التي تتم على الخط أيا كان نوعها تأسيسا على أن الشبكة الإلكترونية تعد تجسيدا حقيقيا لفكرة العولمة، و من ثم يصعب توطينها أو توطين المعاملات القانونية التي تجري في إطارها إذا لاخلاف حول دولية تلك العلاقات لتوافر المعايير التي تستخدم في تحديد دولية العقود كما أسلفنا القول ولأن أطراف العلاقة القانونية يقومون بإبرام تعاقداتهم من خلال تواجدهم في دول مختلفة دون حاجة لاختيار الحدود الجغرافية، وفي هذا الصدد يقول الدكتور صالح المنزلاوي أنه على الرغم من سلامة التقسيم الذي انتهى إليه أنصار الاتجاه الأول من الناحيتين القانونية و النظرية إلا أن الواقع العملي أثبت أن الحدود الفاصلة بين العقد الدولي contrat international و العقد الداخلي le contrat interne على شبكة الانترنت قد سقطت،فكل العقود تبرم على الشبكة هي عقود دولية [1].

فالعقد الإلكتروني يتسم غالبا بالطابع الدولي ذلك لأن الطابع العالمي لشبكة الانترنت و ما يرتبه من جعل معظم دول العالم في حالة اتصال دائم على الخط on line، يسهل العقد بين طرف دولة و الطرف الآخر في دولة أخرى و يثير الطابع الدولي للعقد الإلكتروني العديد من المسائل ، كمسألة بيان مدى أهلية المتعاقد للتعاقد و كيفية التحقق من شخصية المتعاقد الآخر و معرفة حقيقة المركز المالي له و تحديد المحكمة المختصة و كذلك القانون الواجب التطبيق على منازعات العقد الإلكتروني [2] .

[1] _ صالح المنزلاوي، **القانون الواجب التطبيق**...، مرجع سابق، ص 37.

[2] _ محمد حسين منصور، **أحكام البيع التقليدية و الإلكترونية**....، مرجع سابق، ص 77.

فضلا على أن العقد الإلكتروني قد يكون عقدا داخليا ينعقد داخل الدولة و بين متعاقدين ينتمون إلى نفس الدولة، فإنه قد يكون عابرا للحدود لأن العلاقات القانونية تتعداها لتشمل أرجاء العالم ، فقد يكون البائع مثلا في ألمانيا و المشتري في الجزائر، و المنتج في فرنسا.

4_ العقد الإلكتروني يبرم عن بعد:

أي أن العقد الإلكتروني يبرم عن بعد و ذلك عبر تقنيات الاتصال المختلفة، و يقصد بالاتصال حسب ما أقرته الفقرة الأولى من المادة الثانية من القانون الفرنسي لعام 1986 بشأن حرية الاتصال بأنه: "**كل انتقال أو إرسال أو استقبال لرموز أو إشارات أو كتابة أو معلومات أي كانت طبيعتها بواسطة ألياف بصرية أو طاقة سلكية أو أية أنظمة إلكترومغناطسية أخرى**"[1]..

كما يتميز العقد الإلكتروني بالطابع التجاري دائما بالنسبة لمزود الخدمة لأن هذا الأخير يسعى إلى تحقيق الأرباح عن طريق التوسيط بين فئتين من الناس[2].

الفرع الثاني

الطبيعة القانونية للعقد الإلكتروني

تسبق العقود الدولية و نظرا لأهميتها و خطورتها مرحلة جد هامة وهي مرحلة المفاوضات من أجل الوصول إلى اتفاق يرضي طرفي العقد، لكن الأمر ليس كذلك في العقد الإلكتروني بل غالبا ما نجد الموجب ينفرد بوضع شروطها و ما على القابل سوى القبول أو الرفض فلا تكون له فرصة مناقشة هذه الشروط إما تقبل كاملة أو ترفض كاملة، و من ثم نتساءل عن طبيعة العقد الإلكتروني هل هو عقد رضائي أو هو عقد إذعان؟ لقد اختلف الفقه القانوني في تحديد الطبيعة القانونية للعقد الإلكتروني و انقسم تبعا لذلك إلى ثلاثة اتجاهات وهي:

أولا:الاتجاه القائل بأن العقد الإلكتروني عقد إذعان

يذهب بعض الفقه الانجليزي و الفرنسي و العربي إلى أن العقد الإلكتروني هو عقد إذعان ،على اعتبار أن المتعاقد لا يملك إلا أن يضغط في عدد من الخانات المقترحة أمامه في موقع المتعاقد الآخر و على مواصفات معينة و منها مواصفات السلعة و ثمنها المحدد مقدما، و لا يملك أن يناقش أو يعارض المتعاقد الآخر حول شروط التعاقد التي يوردها على الموقع فهو لا يكون أمامه إلا التوقيع في حالة القبول أو عدم التوقيع في حالة الرفض، و يعتمد أيضا هذا الاتجاه إلى

[1]_ حاج بن علي محمد، **الطبيعة القانونية لمجلس عقد الاستهلاك الإلكتروني و أثره،مجلة المعارف**، العدد 14، جامعة العقيد أكلي محند أولحاج البويرة،الجزائر 2013، ص 95، و أيضا إلياس ناصيف ، **العقود الدولية** ...، مرجع سابق ،ص 36.

[2]_ ندى زهير الفيل، **إبرام العقد الإلكتروني** ...، مرجع سابق ، ص 07.

تغليب المعيار الاقتصادي إذ ينشأ الإذعان عندما يكون هناك تفاوت بين الطرفين و تتقدم المساواة القانونية و الفعلية من إرادتها فإحداهما يتمتع بنفوذ قوي و الآخر ضعيف بسبب حاجته الملحة للتعاقد[1] .

كما يمكن الاستناد إلى نص المادة 104 من القانون المدني الأردني في اعتبار عقد التجارة الإلكترونية من عقود الإذعان أين نص على أنه:"**القبول في عقود الإذعان يقتصر على مجرد التسليم بشروط مقررة يضعها الموجب و لا يقبل مناقشة فيها**"، و يترتب على تكيف العقد الإلكتروني من قبيل عقود الإذعان عدة آثار نصت عليها المادة 240 من القانون المدني الأردني على أنه:"**يفسر الشك في مصلحة المدين و مع ذلك لا يجوز أن يكون تفسير العبارات الغامضة في عقود الإذعان خاص بمصلحة الطرف المذعن**"،كما يجوز للقاضي إذا تضمن عقد الإذعان شروطا تعسفية أن يعدل من هذه الشروط و يعفى الطرف المذعن منها و يقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك[2] .

ثانيا: الاتجاه القائل بأن العقد الإلكتروني عقد رضائي

يذهب أنصار هذا الاتجاه إلى أن العقد الإلكتروني ما هو إلا عقد رضائي و إن لم يكن من العقود المسماة إذ ينظر إلى كل عقد على حدى، و ذلك لأن المتعاقد يستطيع اللجوء إلى المورد أو منتج الخدمة إذا لم تعجبه شروط أحد المنتجين كما أنه لا يمكن الاعتماد على المعيار الاقتصادي فقط و إنما يجب النظر إلى الاعتبارين القانوني و الاقتصادي معا ،وذلك لأن عقود الإذعان هي عقود الاحتكار و المنافسة الضعيفة مثل عقد توريد الكهرباء أو الغاز أين يكون احتكار هذه السلع احتكارا فعليا و قانونيا.

يقول الدكتوران محمد منير الجنبيهي و ممدوح الجنبيهي أن العقد الإلكتروني هو عقد رضائي يخضع لإرادة أطرافه في اتفاقهم على شروط التعاقد و لا تعد موافقة أي من أطرافه على الشروط التي يتم وضعها من قبل الطرف الآخر بمثابة إذعانا منه و ذلك أيا ما كان موضوع هذا العقد و أيا كان نوعه[3].

أي أن هذا الاتجاه يعتبر العقد الإلكتروني عقد رضائي ذلك كون التفاوض قائم في مثل هذا النوع من العقود، خاصة إذا أبرمت عن طريق البريد الإلكتروني الذي يمكن من تبادل العروض و المساومات بشأنها ، و بالتالي يرى هذا الاتجاه بأن العقد الإلكتروني عقد رضائي [1].

---

[1]_ راجع مناني فراح، **أدلة الإثبات الحديثة في القانون**، دار الهدى للنشر و التوزيع، طبعة 2008، عين مليلة الجزائر، ص 44، وكذلك حمودي ناصر، **النظام القانوني لعقد البيع الدولي الإلكتروني عبر الانترنت**، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم تخصص قانون، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو،2009،ص 96.

[2]_ نضال سليم برهم، **أحكم عقود التجارة الإلكترونية**، دار الثقافة لنشر و التوزيع، الطبعة الثالثة، عمان الأردن، 2010، ص 80.

[3]_ طاهر شوقي مؤمن، **عقد البيع الإلكتروني**...، المرجع السابق، ص 23، و محمد منير الجنبيهي و ممدوح محمد الجنبيهي، **الطبيعة القانونية للعقد الإلكتروني**، مرجع سابق،ص 139.

ثالثا: الاتجاه المستند على آلية إبرام العقد الإلكتروني لتحديد طبيعته

يذهب رأي فقهي إلى أنه يجب التمييز بين نوعين من العقود الإلكترونية عند تحديد الطبيعة القانونية للعقد الإلكتروني إذا أن العقود الإلكترونية من حيث آلية إبرامها عن طريق البريد الإلكتروني للمتعاقدين أو عن طريق المواقع الإلكترونية ، فالعقود التي يبرم عن طريق المواقع الإلكترونية قد يحتوي على سمات عقود الإذعان أما بالنسبة إلى العقود التي تبرم عن طريق البريد الإلكتروني فغالبا ما تكون عقود رضائية إذ يتم التفاوض على إبرام العقد عن طريق إرسال الرسائل الإلكترونية بين المتعاقدين عن طريق المواقع الشخصية الإلكترونية أي أن باقتران إيجاب أحد المتعاقدين بقبول الآخر ينعقد العقد.

إذا من خلال ما سبق نستنتج انه متى تعلق محل أو موضوع العقد الالكتروني بسلعة أو خدمة تعتبر من الضروريات الأولية التي لا يمكن الاستغناء عنها ،و متى احتوى العقد بين موجب مهني يحتكر احتكارا فعليا أو قانونيا شيئا ما يعد ضروريا للمستهلك ليس بمقدوره منافسة أي جانب أو بند من بنود العقد ،و ما عليه سوى الرضوخ و التسليم بالشروط الواردة في الإيجاب كان العقد في هذه الحالة عقد إذعان[2].

وبناءا على ما سبق يمكن القول أن العقد الإلكتروني هو عقد رضائي ، سواء تم بطريقة التعاقد المباشر ،أو عن طريق البريد الإلكتروني أو بواسطة المواقع التجارية على الانترنت و التي تعرف بالعقود النموذجية ،إذن على ضوء ما تقدم حول الطبيعة القانونية التي يمكن أن تكسو العقد الالكتروني و الأحوال التي يمكن اعتباره فيها عقد إذعان أو عقد تراضي،فنحن نقول بان العقد الالكتروني هو عقد خاص ذو طبيعة قانونية خاصة تميزه عن غيره من العقود ،سواء تلك التي تبرم بحضور الأطراف أو بغيابهم لان تلك ا لعقود الأخرى التي تبرم عن بعد بواسطة الهاتف مثلا أو الفاكس تختلف بدورها عنه[3].

الفرع الثالث

صور العقد الإلكتروني

---

[1] _ خالد ممدوح إبراهيم، **إبرام العقد الإلكتروني**...، المرجع السابق ، ص 63، أنظر في ذلك أيضا أمانج رحيم أحمد،**التراضي في العقود الإلكتروني عبر شبكة الانترنت**، دار وائل للنشر، الطبعة الأولى، د ب ن، 2006، ص 83 و حمودي ناصر، **النظام القانوني لعقد البيع الإلكتروني**...،مرجع سابق ، ص ص 97-98.

[2] -محمد أطويف، **الإطار المفاهيمي لعقد التجارة الإلكترونية**، مرجع سابق، ص 8 .

[3] -المرجع نفسه، ص9 .

شهد ميدان التعامل الإلكتروني ظهور عدة أنواع من العقود الإلكترونية التي ارتبطت بتطور وسائل الاتصال و تعددها إلا أن التعامل المستمر بهذه الوسائل و حاجات المستخدمين المتزايدة في هذا المجال فرض أنواعا متميزة من العقود الإلكترونية كانت أكثر التصاقا بالبيئة الإلكترونية [1].

باعتبار أن العقد الإلكتروني يتم انعقاده بوسائل إلكترونية كليا أو جزئيا فإنه يتخذ العديد من الصور تيسر تجارة السلع و الخدمات و من هذه الصور عقد استخدام الشبكة ، عقد الإيجار المعلوماتي، و عقد المتجر الافتراضي و هذه ما سنتناوله فيما يلي:

أولا : عقد استخدام الشبكة

يعد هذا العقد من أهم العقود الإلكترونية و أكثرها شيوعا لأن الطريق الأساسي للاستفادة من الحاسوب و استخدامه في مجالات التجارة الإلكترونية مادامت الشبكة وسيلة مهمة للتحاور و التفاوض و نقل المعلومات بين المستخدمين في شتى أرجاء العالم

و طرفا عقد استخدام الشبكة هما مقدم الخدمة إذ يلتزم مقدم الخدمة بتمكين العميل من الدخول إلى الانترنت من خلال إتاحة الوسائل المؤدية إلى ذلك و من أهمها برنامج الاتصال الذي يحقق الربط بين جهاز الحاسوب و الشبكة و القيام ببعض الترتيبات الفنية الضرورية لتسجيل العميل في برنامج الاتصال كما يلزم المقدم أن يكون على اتصال دائم معه عبر الخط الساخن (on line)[2].

ثانيا: عقد الإيجار المعلوماتي

يعرف هذا العقد بأنه التقاء إرادتين على إبرام عقد محل معلوماتي أي بيانات و رسائل يتم تداولها بين مستخدمي هذه المعلومات و إرسالها إلى الغير بأية وسيلة كانت سواء كانت تقليدية أم إلكترونية [3] .

من خلال هذه العقد يلتزم مقدم خدمة الانترنت ،بأن يضع تحت تصرف المشترك جانبا من إمكانياته الفنية و التقنية المتعلقة بالأدوات المعلوماتية و ذلك بغية استعمالها لتحقيق مصالح هذا المشترك و بالطريقة المناسبة له ،مثال ذلك تخصيص مساحة قرص صلب أو شريط مرور يستقبل من خلاله مقدم الخدمة المعلومات الخاصة بالمشترك، و يتيح له

[1]_ ندى زهير الفيل، **إبرام العقد الإلكتروني** ...،مرجع سابق، ص 08.

[2]_ إلياس ناصيف، **العقود الدولية** ...، مرجع سابق ،ص ص 47-50.

[3]_المرجع نفسه ، ص 50.

فرصة الدخول إلى شبكة الانترنت و يضمن من ثم للمشترك تيسير استخدام ذلك الموقع الذي خزن فيه معلوماته [1]، بحيث يتم تسليم الموقع إلى المستخدم بمجرد تزويده بوسيلة اتصال خاصة به و عند هذه اللحظة يبدأ تنفيذ هذا العقد.

ثالثا: عقد المتجر الافتراضي

يعد هذا العقد ذو أهمية كبيرة في مجال التجارة الإلكترونية لأنه يمكن التاجر من عرض بضائعه و إجراء الصفقات و إبرام العقود مع عملائه بشأنها وذلك من خلال إنشاء موقع تجاري إلكتروني على الشبكة يمكن من خلاله عرض البضائع في مختلف أرجاء العالم.

و المتجر الافتراضي هو موقع إلكتروني مرتبط بشبكة الانترنت مخصص ببيع السلع و الخدمات مباشرة عبر الشبكة حيث تتيح عربات للتسوق الافتراضية للمشتري إمكانية حمل بعض المواد التي تهمه أثناء استعراض المواقع على الويب و ذلك عن طريق النقر (click) على الزر الذي يطابق البضاعة أو الخدمة التي يريدها [2]

رابعا: العقد الذي ينصب على أموال معلوماتية

إن المال المعلوماتي ينقسم إلى نوعين من الأموال ،فهو يشمل مجموعة من المكونات المادية المكونة للوسيلة الإلكترونية، بالإضافة إلى المنطقية لهذه الأخيرة المتمثلة في البرامج و البيانات،وبالتالي فله كيانين مادي و معنوي[3]، وإذا كان الكيان المادي لا يطرح إشكالا حول طبيعته المالية، فإن الكيانات المعنوية هي التي تطرح إشكالا.

فالمعلومات باعتبارها نتاجا ذهنيا لمن يعطيها شكل المعلومة فهي تعد محورا كون هذه البرامج ترتب حقوقا لصاحبها و تخول له إبرام عقود متعلقة بها مثل الإيجار والبيع و أية صورة أخرى من صور الاستغلال لأن من خصائصها القابلية للانتقال ويتفق الأستاذ "كاتالا"مع الأستاذ vivant»أن المعلوماتية قيمة قابلة للتملك لما لها من قيمة اقتصادية لا يمكن النزاع بشأنها،فهي يمكن أن تكون محلا لعقد البيع ،فالملكية الفكرية التي تحميها القانون تقوم على أساس واحد، وهو أن المعلوماتية قيمة من الناحية القانونية ، سواء كانت هذه المعلومة في شكل براءة الاختراع أو المؤلف أو نموذج ، أو كانت مجرد معلومة تنتمي لمؤلفها.

---

[1]_ ندى زهير الفيل، **إبرام العقد الإلكتروني** ...، مرجع سابق ، ص09، و مخلوفي عبد الوهاب ،**التجارة الإلكترونية عبر الانترنت**، مرجع السابق،ص 71.

[2]_أنظر أمانح رحيم أحمد، **التراضي في العقود الإلكترونية** ...، مرجع سابق ، ص 15، نقلا عن ندى زهير الفيل ، **إبرام العقد الإلكتروني** ...، المرجع نفسه ، ص 10و حاج بن علي محمد، **الطبيعة القانونية لمجلس عقد الاستهلاك**...، مرجع سابق ، ص ص 97-98، كذلك مخلوفي عبد الوهاب، **التجارة الإلكترونية عبر الانترنت**، مرجع سابق ،ص 72.

[3]-محمد خليفة، **الحماية الجنائية لمعطيات الحاسب الآلي في القانون الجزائري و المقارن**، دار الجامعة الجديدة، د ط، الإسكندرية، 2006 ،ص 80 .

من ثم يجب الاعتراف بوصف المال لها حتى تصبح محلا للحق ،فالمعلومة عندما يتم استحداثها فإنها تخص مالكها فيكون هو السيد عليها و له الحق في حبسها وهي خاصية طبيعية للحيازة المشروعة [1].

لذلك انقسم الفقه إلى عدة أراء فهناك من أعطى وصف المال على البرامج و في رأينا فإن المعلومات تشكل طائفة جديدة من القيم تضاف إلى القيم الأخرى، فهي شبيهة بالسلعة كونها نتاج لعمل بشري تنتمي بحسب الأصل إلى من يحوز العناصر المكونة لها بطريقة مشروعة ،ثم يضعها في شكل ما حتى يمكن أن تكون صالحة للإطلاع عليها وتبليغها بشكل مفهوم ،و طبقا لذلك فإن المعلومات تصبح قيمة قابلة للتملك في حد ذاتها بغض النظر عن الوسط المادي الذي يمكن أن يتضمنها .

ينعقد هذا العقد في إطار شبكة المعلومات الدولية أو تقدم الخدمة من خلال الانترنت و يكون موضوعه غير مادي كما لو انصب العقد على تقديم استشارة قانونية أو فنية أو اقتصادية فالعميل يحصل على الاستشارة من خلال الخط وبصورة مباشرة ، وإذا كان موضوع العقد يتعلق بمعلومات معينة وهنا يكون تقديم الاستشارة أو المعلومة ذا قيمة مادية وإن كانت تعتبر أموال غير مادية [2].

المعلومات الإلكترونية عرفتها العديد من التشريعات العربية فضلا عن قانون الأونيسترال النموذجي المتعلق بالتجارة الإلكترونية الذي نص في (م2/أف) بأن المعلومات الإلكترونية هي:"**المعلومات التي يتم إنشاؤها أو إرسالها أو استلامها أو تخزينها بوسائل إلكترونية أو ضوئية أو بوسائل مشابهة بما في ذلك على سبيل المثال تبادل البيانات الإلكترونية أو البريد** الإلكتروني **أو البرق أو التلكس أو النسخ البرقي** "[3].

الفرع الرابع

تمييز العقد الإلكتروني

لقد ظهر بوضوح أن الوسيلة التي ينعقد بها العقد الالكتروني تمثل أهم وجه كخصوصية ،كما اتضح انه ينتمي لطائفة العقود التي تبرم عن بعد،و انطلاقا من الخصائص التي يتميز بها العقد الإلكتروني و التي نجدها في أي نوع من العقود التقليدية فإنه نجد بأنه لابد من معرفة أوجه الفرق بين العقد الإلكتروني و بعض العقود التقليدية كعقد البيع و عقد

---

[1]–حسين بن سعيد بن سيف،**الجرائم الواقعة على التجارة الإلكترونية** ،عمان (مسقط)،موقع المنشاوي للدراسات و البحوث (w. w .w. minshwi .com)،ص19 .

[2] –ندى زهير الفيل، **إبرام العقد الإلكتروني**، مرجع سابق، ص 10.

[3]_ أنظر إلياس ناصيف ، **العقود الدولية** ...، مرجع سابق ، ص 327، وعيطر محمد أمين ، **إبرام العقد الإلكتروني وإثباته**، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق فرع العقود والمسؤولية ،كلية الحقوق والعلوم الإدارية، 2010-2011، بن عكنون الجزائر، ص 12.

المقاولة و عقد الإيجار(أولا) ،كما أنه بالرجوع إلى الوسط المعلوماتي و الإلكتروني و انطلاقا من صور العقد الإلكتروني فإننا سنحاول تمييز العقد الإلكتروني عن بعض العقود المبرمة في الوسط نفسه (ثانيا).

أولا: تمييز العقد الإلكتروني عن بعض العقود التقليدية

يشترك العقد الإلكتروني مع بعض العقود التقليدية في نفس الخصائص مما يجعلها تخضع لنفس الأحكام الموجودة في النظرية العامة للعقد نجد مثلا من هذه العقود عقد البيع باعتباره من أكثر العقود انتشارا، عقد الإيجار و عقد المقاولة.

1_ العقد الإلكتروني وعقد البيع التقليدي

عرف المشرع الجزائري عقد البيع في نص المادة 351 من القانون المدني الجزائري على أن"**البيع عقد يلتزم بمقتضاه، البائع أن ينقل للمشتري ملكية شيء أو حقا ماليا آخر في مقابل ثمن نقدي.**"

بمعنى أن عقد البيع هو عبارة عن عقد يلتزم فيه البائع بأن ينقل للمشتري ملكية شيء أو حقا ماليا آخر نظير مبلغ نقدي كما عرف المشرع الفرنسي البيع بأنه:"**عقد يلتزم بمقتضاه، أحد طرفيه بأن يسلم شيئا على أن يلتزم الآخر بدفع الثمن**"[1] .

و بتطبيق هذا التعريف على المعاملات التي تتم عبر شبكة الانترنت،نجد أنه يمكن قبول فكرة أن يرد البيع على هذه المعاملات خاصة أن نقل الملكية موجود ، و الثمن المقابل لذلك أيضا موجود و يدفعه المشتري و كل ما في الأمر أن ذلك يتم عبر وسائل إلكترونية، و يجب لصحة التراضي في عقد البيع التقليدي أن يكون خاليا من عيوب الإرادة و هي الغلط و الإكراه الاستغلال و التدليس، و إن كنا نرى أن هناك بعض العيوب لا يمكن تصورها في العقود الإلكترونية لأن المشتري يدخل إلى الشبكة الدولية دون إجبار أو إكراه من أحد، لكن العيوب الأخرى يمكن تصور تحققها كقيام البائع بوضع معلومات وهمية على الموقع عن الشيء المبيع ، بحيث يدلس على المشتري و يوقعه في الوهم الذي يدفعه إلى التعاقد، فتكييف العقد الإلكتروني بأنه بيعا يكون مقبولا ، لكنه يجب مراعاة الخصوصيات التي يتمتع بها ، فغالبا ما ينشأ هذا العقد بين طرفين غير متكافئين في التخصص الفني ، لاسيما إذا كان محل البيع عبر الانترنت أشياء ذات طبيعة تقنية معينة [2].

فالمشتري غالبا ما يكون مستهلكا عاديا أو مهنيا لكنه غير محترف في المجال محل العقد فكان، لابد من التدخل لحماية الطرف الضعيف في ظل عدم التوازن العقدي الموجود في هذا النوع من العقود، و لعل المشرع الفرنسي أحسن صنعا عندما أصدر القانون رقم 78-23 في يناير عام 1978 لحماية المستهلك في العقود التي يكون طرفا فيها، و قد اعتبر هذه

[1]_ المادة 1572 من القانون المدني الفرنسي.

[2]_ شحاتة غريب شلقامي، **التعاقد الإلكتروني في التشريعات العربية–دراسة مقارنة–**دار الجامعة الجديدة للنشر و التوزيع، الإسكندرية مصر، طبعة 2008، ص ص 51-52.

الشروط التي تهدف إلى عدم التعادل بين الحقوق و الالتزامات شروطا تعسفية و قد طبق القضاء هذا الأمر على العلاقة بين المهني و المستهلك و لو كان محل العقد في غير تخصصه [1].

و قد اتجهت المحاكم الفرنسية إلى توفير الحماية حتى بالنسبة للمهني طالما أن محل العقد لا يدخل في مجال تخصصه، فإذا كان مهنيا، فإن أحكام قانون حماية المستهلك تنطبق عليه فيما يتعلق بمجال تخصصه من أجل توفير الحماية للطرف الآخر غير المهني .أما إذا كان أحد الطرفين المتعاقدين مهنيا لكن موضوع العقد لا صلة له به، أي لا يدخل في مجال تخصصه، فهو مستهلك عادي يجب حمايته[2].

عرف التوجه الأوروبي la directive européenne الصادر عام 1994 المهني بأنه الشخص الذي يبرم العقد في إطار نشاطه المهني ،و بالتالي إذا كان موضوع العقد غير مجاله فلا يكون مهنيا و يجب حمايته كالمستهلك تماما،

أما المشرع المصري فلم ينتهي من وضع قانون لحماية المستهلك حتى الآن و تتم حمايته من خلال القواعد العامة الواردة في القانون المدني حيث نصت المادة 149 على أنه:"**إذا تم العقد بطريق الإذعان و كان قد تضمن شروطا تعسفية جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو يعفى الطرف المذعن منها و ذلك وفقا لما تقضي به العدالة و يقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك**".

فإذا كانت هناك شروط تعسفية يمكن للقاضي أن يتدخل ليعدل أو يلغي هذه الشروط طبقا لما تحققه مصلحة الطرف الضعيف ،وعلى ذلك فالعقود الإلكترونية إذا تم تكييفها بيعا فإن المستهلك لا يكون محميا في القانون المدني، حيث أن المشرع المصري لم يصدر حتى الآن قانون حماية المستهلك ولم يصدر أيضا قانون المعاملات الإلكترونية في المقابل من ذلك نرى التشريعات الصادرة في الدول العربية مثل الإمارات، تونس، البحرين والأردن تحرص على توفير الحماية الفعالة للمستهلك في مجال المعاملات الإلكترونية [3].

أما المشرع التونسي فإنه يلزم البائع بأن يمكن المستهلك من المراجعة النهائية لجميع اختياراته وتمكينه من إقرار الطلبية أو تغييرها حسب إرادته و كذلك الإطلاع على شهادة المصادقة الإلكترونية المتعلقة بإمضائه ،و على البائع أن يوفر للمستهلك عند الطلب خلال عشرة أيام الموالية لإبرام العقد وثيقة كتابية أو إلكترونية تتضمن كافة المعطيات المتعلقة بعملية البيع، وللمستهلك إرجاع المنتج إلى حالته إذا كان غير مطابق للطلبية أو إذا لم يحترم البائع آجال تسليمه و ذلك في أجل

[1]_ للتفصيل أكثر أنظر شحاتة غريب شلقامي، **التعاقد الإلكتروني**...، مرجع سابق ، ص ص 52-53.

[2]_ قانون حماية المستهلك الفرنسي، ص 54.

[3]_ شحاتة غريب شلقامي، **التعاقد الإلكتروني** ...، المرجع السابق ، ص 55.

عشرة أيام تحتسب بداية من تاريخ التسليم ،و على البائع إرجاع المبلغ المدفوع و المصاريف الناجمة عن ذلك إلى المستهلك خلال 10أيام من تاريخ إرجاع المنتج[1].

على ضوء ما تقدم يتضح لنا أن العقد الإلكتروني ليس عقد بيع تقليدي ،بحيث يتسم هذا الأخير بصفة رئيسية تتمثل في المواجهة بين المتعاقدين،اللذان يكونان حاضرين عند تبادل التعبير عن الإرادة،في حين يتسم العقد الإلكتروني ببعد الطرفين و انفصالهما عن بعضهما البعض ،بحيث يتم التغلب على الحدود الزمنية والجغرافية و ذلك نتيجة تقدم التكنولوجيا ،التي و فرت هذه التقنية للتعاقد،بحيث يتم تواصل البائع والمشتري في سوق إلكتروني،تقدم فيه المنتجات والخدمات في صيغة افتراضية،و يتم دفع ثمنها بنقود إلكترونية[2].

فالعقود الإلكترونية كما سبق أن ذكرنا يختلف تكييفها بحسب طبيعة المعاملة، إذا كانت واردة على شراء سلعة معينة،أو أداء خدمة أو عمل معين فإذا كان العقد يمكن تكييفه على أنه بيعا، فإنه يمكن تكييفه أيضا على أنه عقد مقاولة ينطوي على أداء خدمات أو أعمال معينة.

2_ العقد الإلكتروني و عقد المقاولة

يقصد بالمقاولة أنها عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين أن يضع شيئا أو أن يؤدي عملا لقاء أجر يتعهد به المتعاقد الأخر و هو التعريف الذي تبناه المشرع المصري في القانون المدني، كما أعطى المشرع الجزائري نفس التعريف لعقد المقاولة و ذلك في نص المادة 549 من القانون المدني الجزائري على أن:"**المقاولة عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين أن يضع شيئا أو أن يؤدي عملا مقابل أجر يتعهد به المتعاقد الآخر**" .

أما نظيره الفرنسي فلم يضع تعريف لعقد المقاولة بل اكتفى باعتباره نوعا من إجارة الأعمال.

« Le l'ouage d'ourrage est un contrat par l'equel l'une des parties s'engage à faire quelque chose pour l'autre moyennant un prix convenu entre elles" أي أن عقد إيجار الأعمال هو ذلك العقد الذي يتعهد فيه أحد الأطرافه بأن يعمل شيئا ما لحساب الطرف الآخر.

في الحقيقة يمكن تصور و قبول تكييف العقد الإلكتروني بأنه عقد مقاولة لأن المعاملات الإلكترونية التي تتم عبر شبكات الانترنت يمكن أن تنصب على أداء أعمال أو خدمات لصالح طرف آخر، فعقود تقديم المشورة عبر شبكات الانترنت تعتبر من عقود المقاولة حيث يتولى طالب الخدمة أو المشورة بتقديم ما لديه من بيانات و التي تعتبر المادة الخام التي يتمكن من خلالها مؤدي الخدمة أو المشورة من تحليل الاحتياجات، و إعطاء النصح لطالب المشورة و الالتزام

[1] _ الفصل 29 من التشريع التونسي، و كذلك شحاتة غريب شلقامي، **التعاقد الإلكتروني**...، ص 56.

[2] -محمد أطويف،**الإطار المفاهيمي لعقد التجارة الإلكترونية**، مرجع سابق، ص 14.

بالنصح يعد أساس هذه العقود، كما أن العقد الإلكتروني الذي يتم عبر شبكات الانترنت يمكن تكييفه على أنه من عقود المقاولة، يمكن أيضا تكييفه أيضا بأنه عقد إيجار[1].

3_ العقد الإلكتروني و عقد الإيجار

يمكن تعريف عقد الإيجار بأنه العقد الذي يلتزم بمقتضاه المؤجر بأن يمكن المستأجر من الانتفاع بشيء معين لمدة معينة لقاء أجر معلوم فالأساس في عقد الإيجار هو الانتفاع، وأن يمكن المؤجر المستأجر من الانتفاع ومن ثم يمكن تكييف العقد الإلكتروني بأنه عقد إيجار.

عرف المشرع الجزائري عقد الإيجار في نص المادة 467 من القانون رقم 07-05 المؤرخ في 2007/05/13 المتضمن القانون المدني على أنه:"**الإيجار عقد يمكن المؤجر بمقتضاه المستأجر من الانتفاع بشيء لمدة محددة مقابل بدل إيجار معلوم.**

يجوز أن يحدد بدل الإيجار نقدا أو بتقديم أي عمل آخر".

فالكثير من المواقع الإلكترونية موجودة من أجل الإعلان عن تأجير عقارات معينة أو سيارات معينة و قد تكتفي هذه المواقع بالإعلان فقط و هنا لا يمكننا القول بوجود عقد الإيجار لكن إذا لم يقتصر الأمر على حد الإعلان و تم التعاقد عبر شبكة الانترنت فهنا نكون بصدد إيجار له طبيعة خاصة تتطلب ضرورة فرض التزامات معينة على عاتق المؤجر، حيث أن المستأجر قد لا يتمكن من الرؤية الكاملة للعين المؤجرة أو للأشياء محل الإيجار عبر الانترنت و بالتالي يجب حمايته و فرض التزامات على المؤجر المتفق و خصوصية هذا التعاقد.

خلاصة القول أن العقود الإلكترونية يمكن تكييفها بأنها بيعا أو مقاولة أو إيجارا بحسب طبيعة المعاملات التي تتم عبر شبكة الانترنت. و إذا كان يمكن نسبتها إلى أي من العقود آنفة الذكر، وإذا كان يمكن للمشتري إعادة المبيع خلال مدة محددة كما ورد في قانون المعاملات الإلكترونية التونسي، فهل يعني ذلك إمكانية تصور الأحكام الواردة في نظرية العقد الخاصة بالبيع بشرط التجربة التي تتم عبر شبكة الانترنت[2].

ثانيا:تمييز العقد الإلكتروني مع بعض العقود الواقعة في البيئة الإلكترونية

هناك العديد من العقود المرتبطة بالعقد الإلكتروني فهي عقود تساعد و تسهل عملية إبرام العقود الإلكترونية، فهذه العقود تبرم بسبب تسهيل عملية تجارة السلع و الخدمات و من أجل تحقيقها دون أن تكون محلا لها.

ويطلق عليها البعض عقود الخدمات الإلكترونية، و يقصد بها العقود الخاصة بتجهيز و تقديم خدمات الانترنت

[1]_ أنظر هامش شحاتة غريب شلقامي، **التعاقد الإلكتروني**...، مرجع سابق، ص ص 57 58.

[2]_ المرجع نفسه، ص 59.

و كيفية الاستفادة منها، فهي عقود تبرم بين القائمين على تقديم خدمات على شبكة الانترنت والمستفيدين منها

ومن أهم العقود المرتبطة بالعقد الإلكتروني عقد إنشاء المتجر الافتراضي (la réalisation de boutique)

وعقد الإيجار المعلوماتي (le contrat d'hébergement) وعقد الدخول إلى الشبكة

(le contrat d'acas ressent)

1_ عقد إنشاء المتجر الافتراضي:

يطلق البعض عقد المشاركة le contrat de participation و ذلك لأنه العقد الذي بمقتضاه يصبح المتجر الافتراضي مشاركا في المركز التجاري الافتراضي الذي يجمع العديد من التجار في مكان واحد و هو في ذلك يشابه المركز التجاري التقليدي الذي يجمع العديد من التجار و الموردين في مكان واحد، فالفترة الرئيسية للتجارة الإلكترونية تدور حول تجميع البائعين و المستهلكين في معارض أو مراكز تجارية افتراضية[1].

و يعرف المتجر الافتراضي بأنه:"**خدمة إلكترونية يتم الدخول إليها عبر شبكة الانترنت و المفتوحة لكل مستعمليها و تسمح لتجار بعرض بضاعتهم أو خدماتهم على العملاء من خلالها**".

و المتجر الافتراضي يتكون من صفحات ويب عادية و برنامج لضمان أمن المعلومات المالية للعملاء و إدارة التعاملات المالية مع البنوك و مؤسسات النقد الإلكترونية يتضمن العقد غالبا الشروط العامة مثل تحديد البيانات الشخصية للمشارك و تقديم بيان تفصيلي عن المنتجات و البضائع.

2_ عقد الإيجار المعلوماتي:

الإيجار المعلوماتي عقد بمقتضاه يضع مقدم الخدمة تحت تصرف المشترك بعض إمكانيات أجهزته أو أدواته المعلوماتية على شبكة الانترنت يتيح مورد الخدمة للمشترك لانتفاعه بمساحة على القرص الصلب بأحد أجهزة الكمبيوتر الخاصة به على نحو معين، و مثال ذلك أن يتيح له إمكانية أن يكون له عنوان بريد إلكتروني أو أن يوفر المورد الأخر العملاء موقع ويب من خلال جهاز الكمبيوتر المملوك له و المتصل بشبكة الانترنت على الرغم أن الترجمة الحرفية لهذا العقد Contrat d'hébergeme هي عقد الإيواء إلا أن البعض يذهب إلى تكييفه

[1]_ تنقسم هذه المراكز إلى قسمين أولهما يمكن الدخول إليه دون الحاجة إلى إجراءات معينة و الثاني يخضع لإجراءات صارمة للدخول لها، نقلا عن محمد حسين منصور ، **أحكام البيع التقليدية و الإلكترونية**...،مرجع سابق ، ص 104.

بأنه عقد إيجار معلوماتي نظرا لأنه يرد على خدمة معلوماتية بينما يراه البعض الآخر عقد إيجار أشياء و في هذه الحالة يخضع مورد الخدمة لقواعد العامة بشأن مسؤولية حارس الأشياء إذا استغل العميل أجهزته على تحريض الغير و من ثم فإن عقد الإيجار المعلوماتي نوع من عقود تقديم الخدمات [1].

3_ عقد الدخول إلى الشبكة:

يطلق عليه أيضا عقد الاشتراك في الانترنت و هو عقد يبرم بين العميل أو المشترك و الشركة التي تقدم خدمة الانترنت و يطلق عليها البعض متعهد الوصول أو عامل الاتصالات[2].

فعقد الدخول إلى شبكة الانترنت أو عقد الاشتراك فيها هو الذي يحقق الدخول إلى الشبكة من الناحية الفنية و بمقتضى هذا العقد يتيح مقدم الخدمة إلى المستخدم الوسائل التي تمكنه من الدخول لشبكة الانترنت La connexion a l'internetو من أهمها البرنامج الذي يحقق الاتصال بين جهاز الكمبيوتر و الشبكة و يتضمن العقد عادة وجود مدة محددة للتعاقد وشروط إعادة تجديده.

هذا العقد ملزم بجانبيه فيقع على عاتق مقدم الخدمة التزام أساسي بتقديم خدمة الدخول إلى الشبكة و هو التزام بتحقيق نتيجة كما يلتزم بإعطاء العميل اسم المستخدم وكلمة السر و العنوان الإلكتروني و هناك التزام تكميلي يدخل في إطار العقدي و هو خدمة المساعدة التليفونية التي يطلق عليها اسم الخط الساخن hot line.[3]

فعقد استخدام الشبكة هو أصل كافة العقود الإلكترونية المبرمة عبر الانترنت ذلك لأنه يمكننا من استخدام شبكة الانترنت و التجول عبر المواقع المتوفرة و البحث عن السلع التي يرغب بها المستخدم تمهيدا لإبرام العقود من خلال الشبكة[4].

لقد غيرت المعلوماتية من مفهوم العقد فقد تحول مفهوم العقد من عقد تقليدي إلى عقد إلكتروني و ذلك بإدخال الوسيلة الإلكترونية لإبرام العقد.

بالرغم أن المشرع الجزائري عدل المادة 54 من القانون المدني الجزائري في سنة 2005 أين كان العقد الإلكتروني شائع نوعا ما في المجتمع الجزائري و في المعاملات إلا أنه لم يبدي أي أهمية بالعقد الإلكتروني بل أكثر من ذلك فهو لم يعطي حتى إشارة له لا في القانون المدني باعتباره الشريعة العامة و لا في نصوص أو فروع القانون الأخرى و هنا يبقى التساؤل مطروحا هل هذا إغفال من المشرع الجزائري أو إهمال منه لعدم تطور الوعي لدى المجتمع الجزائري لإبرام مثل هذه العقود لنقص التكوين لديه أو نقص الوسيلة المستعملة لإبرام العقد الإلكتروني لانعدام الثقة بهذه الوسيلة.

---

[1]_ محمد حسين منصور ، **أحكام البيع التقليدية و الإلكترونية**...، مرجع سابق، ص 105.

[2]_ محمد أمين الرومي، **التعاقد الإلكتروني عبر الانترنت**، مرجع سابق ، ص 75.

[3]_ محمد حسين منصور، **أحكام البيع التقليدية و الإلكترونية**...، مرجع سابق ، ص ص 99-100.

[4]_ طمين سهيلة ، **الشكلية في عقود التجارة الدولية**،مرجع سابق ، ص ص 25-26.

المبحث الثاني

أثر المعلوماتية على تكوين العقد

يقوم العقد على الإرادة أي تراضي المتعاقدين، و يجب أن تتجه الإرادة إلى غاية مشروعة وبالتالي فإن العقد يقوم على الشروط الموضوعية والشروط الشكلية، فالمشرع الجزائري في القانون المدني الجزائري، خلافا للقوانين العربية الأخرى وقد وضع أركان العقد في القسم الثاني من الفصل الثاني تحت عنوان "شروط العقد" في المواد 59 إلى 98.وتسمية أركان العقد شروطا تسمية غير دقيقة لأن للعقد شروط انعقاد، وهي الأركان وشروط صحة ويترتب على تخلف أحد الأركان البطلان المطلق، بينما يترتب على تخلف أحد شروط الصحة قابلية العقد للإبطال فقط.

لذا كان ينبغي أن يضع عنوانا خاصا بها حتى لا يختلط الاثنان كما أدمج المشرع الجزائري ركن المحل والسبب معا تحت رقم 22 وهذا الأمر غير سديد.فالمحل ركن والسبب ركن آخر منفصل عنه ولا ينبغي إدماج الركنين[1].

المطلب الأول

تكوين العقد وفقا للنظرية العامة للعقد

انطلاقا من أن العقود للعقد تقوم على مبدأ سلطان الإرادة، أين يحق للأشخاص إبرام أي عقد مهم كان نوعه وطبيعته شفويا أو كتابيا عاديا أو إلكترونيا، إذ ليس هنالك قيود أو موانع دون قيامه بإبرام العقود، طالما كان هذا العقد مبرما في إطار القانون وفي حدود النظام العام و الآداب العامة إذ أن معظم وإن لم نقل كل التصرفات التي يقوم بها في حياتنا اليومية تتمثل في البيع و الشراء بدءا من بيع و شراء السجائر و الجرائد إلى بيع و شراء مسكن أو سيارة أو عقار.

فالعقد الإلكتروني كغيره من العقود في كونه يخضع لسلطان الإرادة،و تتضح هذه الإرادة من خلال الإيجاب و القبول و تلاقي القبول بالإيجاب، وقبل ذلك تسبقه مرحلة المفاوضات، وأمام هذا الوضع سنحاول بيان كيفية إبرام العقد في النظرية العامة(الفرع الأول) ثم محاولة تطبيق ذلك على إبرام العقد الإلكتروني و منه تظهر الجوانب التأثيرية للمعلوماتية عليه(الفرع الثاني).

[1]_ علي علي سليمان ،**النظرية العامة للالتزام–مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري**–ديوان المطبوعات الجامعية للنشر و التوزيع، الطبعة الثامنة، بن عكنون الجزائر،2008 ،ص 27.

الفرع الأول

وجود التراضي

المقصود بوجود الإرادة سواء كان إيجابا أو قبول، هو صدورها من شخص لديه إرادة ذاتية يعقد بها القانون، بغية إحداث أثر قانوني معين، فالإرادة في حد ذاتها عمل نفسي و من ثم يختلف طرف الغير عن هذه الإرادة من بين التعبير الصريح (أولا) والتعبير الضمني (ثانيا) وقد يكون التعبير عن الإرادة عن طريق السكوت (ثالثا).

أولا: التعبير الصريح عن الإرادة

فالتعبير عن الإرادة يكون صريحا إذا قصد به صاحبه إحاطة الغير علما بإرادته بطريقة مباشرة كالكلام أو الكتابة أو الإشارة المفهمة و التي لها دلالة بين الناس أو باتحاد موقف بدل على حقيقة المقصود كوقوف السيارة الأجرة في موقفها.

ثانيا: التعبير الضمني عن الإرادة

يكون التعبير ضمنيا إذا كان المظهر الذي اتخذه ليس في ذاته موضوعا للكشف عن الإرادة مع ذلك لا يمكن تفسيره دون أن يفترض وجود هذه الإرادة كإعلان مدير المسرح في برامجه عن مسرحية عرضها عليه مؤلف، فهذا تعبير ضمني عن نية شراء أداء الحق العلني منه[1].

لقد نص المشرع الجزائري على أنه يجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمنيا إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على ذلك، أن يكون صريحا (م 60/ق م ج)[2]و قد يتطلب المشرع أن يكون التعبير صريحا في بعض التصرفات كما هو الشأن في التضامن مثلا (م 217 ق م).

ثالثا:مدى صلاحية السكوت للتعبير عن الإرادة

الأصل أن السكوت لا يتضمن أي دلالة على القبول لأن الرضا عمل إيجابي و السكوت عمل سلبي ففقهاء الشريعة الإسلامية يقررون في قاعدتهم للفقهية"**لا ينسب لساكت قول**"[3]

---

[1]_ للمزيد من التوضيح راجع هامش بلحاج العربي،**النظرية العامة للالتزام**...، مرجع سابق ، ص 60.

[2]_ تنص المادة 60 من القانون المدني الجزائري على أنه:"**التعبير عن الإرادة يكون بالفظ، و بالكتابة، أو بالإشارة المتداولة عرفا كما يكون باتخاذ موقف لا يدع أي شك في دلالته على مقصود صاحبه.و يجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمنيا إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحا**".

[3]_ بلحاج العربي، **النظرية العامة للالتزام**...، مرجع سابق ، ص 60.

غير أنه هناك حالات استثنائية أين يعتبر فيها السكوت تعبيرا عن الإرادة نصت عليها المادة 68 من القانون المدني الجزائري[1] و هي:

1_ إذا كانت طبيعة المعاملة تقضي باعتبار السكوت متضمن القبول كما لو أرسل تاجر بضاعة لمن طلبها ووضع في الفاتورة شروطا غير عادية فلم يبادر المشتري برفضها.

2_ إذا كان العرف التجاري يقضي باعتبار السكوت دليلا على الرضا كالحساب الذي يؤديه الوكيل للموكل فلا يعترض هذا عليه فيعتبر سكوته في التقاليد التي جرى عليها العمل دليلا على إقراره.

3_ إذا كان هناك تعامل سابق بين المتعاقدين، كتاجر اعتاد إرسال بضاعة إلى عميل له دون أن ينتظر فيعتبر سكوت العميل قبولا[2].

4_ إذا كان الإيجاب في مصلحة من وجه إليه، السكوت الموهوب له الذي يعتبر قبولا.

الفرع الثاني

توافق الإرادتين

إن قوام العقد هو التراضي و قوام التراضي هو توافق الإيجاب مع القبول فتوافق الإرادتين أو التراضي هو اقتران الإيجاب بقبول مطابق له ذلك أنه يلزم لقيام العقد أن يصدر التعبير عن إرادة شخص هو الإيجاب الذي يتضمن عرضا منه و أن يصدر تعبير يقابله عن إرادة شخص آخر هو القبول الذي يأتي مطابقا للإيجاب و أن يقترن هذين التعبيران لذا يتعين لتبيان ذلك دراسة الإيجاب (أولا) و القبول (ثانيا) و (ثالثا) تساوي تطابق الإيجاب القبول.

أولا: الإيجاب

لتحديد ما معنى الإيجاب لابد من بيان ما المقصود بالإيجاب و ما هي شروطه و متى ينتج آثاره وحالات سقوطه.

1_ المقصود بالإيجاب:

الإيجاب لغة مصدر أوجب ،يقال أوجب الأمر على الناس إيجابا أي ألزمهم به إلزاما ،و يقال وجب البيع يجب وجوبا

---

[1]_ تنص المادة 68 من القانون المدني الجزائري على أنه:"**إذا كانت طبيعة المعاملة، أو العرف التجاري، أو غير ذلك من الظروف، تدل على أن الموجب لم يكن لينتظر تصريحا بالقبول فإن العقد يعتبر قد تم، إذا لم يرفض الإيجاب في وقت مناسب.**

[2]_بلحاج العربي، **النظرية العامة للالتزام**...،مرجع سابق ،ص 61، و علي علي سليمان، **النظرية العامة للالتزام**...، مرجع سابق ، ص 30-31.

أي لزم وثبت، فانعقاد العقد بصفة عامة سواء كان مبرم بالوسائل التقليدية أو عقد مبرم بطريقة إلكترونية لابد أن يصدر إيجاب من أحد المتعاقدين يعقبه قبولا من الطرف الأخر، و لابد أن يقترن الإيجاب بالقبول[1].

الإيجاب هو تعبير عن الإرادة الباتة إذ اقترن به قبول الجانب الأخر انعقد العقد، أما دعوة الطرف الأخر إلى التفاوض بشأن العقد فلا يعتبر إيجابا كما إذا عرض تاجر بضاعة دون بيان ثمنها. فالإيجاب لا يقصد به أي عرض التعاقد بل يقصد به ذلك العرض البات بإبرام عقد معين[2].

2_ الشروط الواجب توافرها في الإيجاب:

إن العرض الصادر من شخص ما لا تكون له صفة الإيجاب إلا بتوفر الشروط التالية:

أ_ أن يكون جازما: بمعنى ينطوي على إرادة الموجب في إبرام العقد المجرد اقتران القبول به، و على أساس توفر هذه النية أو انتفائها و من ثم يفرق الفقهاء بين الإيجاب و الدعوة إلى التعاقد.

ب_ أن يكون كاملا: أي أن تتوافر في الإيجاب العناصر الأساسية للعقد المراد إبرامه بحيث ينعقد العقد بمجرد اقتران القبول به و عليه نفي البيع مثلا لن يعتبر العرض إيجابا إلا إذا عين فيه على الأقل الشيء المبيع و الثمن تعيينا كافيا[3].

3_ سقوط الإيجاب:

إن الغرض من إلزام الموجب بالبقاء على إيجابه هو تمكين الموجب له من إصدار قبوله و من ثمة يتحلل الموجب من التزامه في الصورتين التاليتين:

أ_ الإيجاب المقترن بأجل: وفيه يسقط الإيجاب في حالتين هما:

_ يسقط الإيجاب بانقضاء الأجل المحدد و للقبول دون رد الموجب له.

_ رفض الموجب له للإيجاب الذي وجه إليه.

ب_ الإيجاب الصادر في مجلس العقد: يسقط كذلك في حالتين:

---

[1]-أحمد شرف الدين،**الإيجاب و القبول في التعاقد الإلكتروني و تسوية منازعاته**،كلية حقوق، جمهورية مصر العربية، ص 58.

[2]_محمد شرف أحمد، **مصادر الالتزام في القانون المدني**...،مرجع سابق ، ص ص 52-53.

[3]_ بلحاج العربي، **النظرية العامة للالتزام**...، مرجع سابق، ص ص 69-71.

ـ انفضاض مجلس العقد دون صدور القبول.

ـ عدول الموجب عن إيجابه قبل أن ينفض مجلس العقد[1].

الإيجاب وسيلة مهمة للتعبير عن الإرادة ،و يمكن أن يتم التعبير عن الإرادة بعدة طرق منها الإشارة المتداولة عرفا و الكتابة و كذلك اللفظ أو أي موقف لا تدع ظروف الحال شكا في دلالته على حقيقة المقصود منه ،و هذه هي الطريقة التقليدية المتعارف عليها [2] .

ثانيا: القبول

إن لمن وجه إليه الإيجاب مطلق الحرية في قبوله أو رفضه فالأصل أنه لا تحتيم في القبول و لا مسؤولية على من يرفض التعاقد المعروض عليه، لكن قد يتعرض إلى المسؤولية إذا ثبت أن رفضه كان بدون مبرر.

1_ تعريف القبول

القبول في اللغة من قبل الشيء –قبولا وقبولا أي أخذه عن طيب خاطر يقال قبل الهدية و نحوها ،و قبلت الشيء قبولا إذا أرضيته ،و القبول :الرضا بالشيء و ميل النفس إليه ،و قبل الله الدعاء أي استجابة[3].

القبول هو التعبير البات عن إرادة الطرف الذي وجه إليه الإيجاب بارتضائه العرض الذي تقدم به الموجب، فالقبول هو الموافقة على إنشاء عقد بناء على الإيجاب، و غالبا يتأخر صدور القبول عن صدور الإيجاب[4].

2_ الشروط الواجب توافرها في القبول:

قد يكون القبول صريحا باللفظ أو الكتابة أو الإشارة أو بالحركات المفهومة، و يجب أن يتوفر في القبول الشروط الآتية:

---

[1] _علي فيلالي، **الالتزامات النظرية العامة للعقد**، مرجع سابق، ص 96.

[2] –رؤى عبد الستار صالح و خمائل عبد الله ،**الإيجاب في العقود الإلكترونية** ،كلية القانون المستنصرية، ص 1.

[3] –أحمد شرف الدين، **الإيجاب و القبول في لتعاقد الإلكتروني**...، مرجع سابق،ص 58.

[4] _محمد صبري السعدي،**الواضح في شرح القانون المدني،النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام العقد و الإرادة المنفردة–دراسة مقارنة في القوانين العربية**–د د ن،الطبعة الرابعة،الجزائر 2009 ،ص 109.

أ_ أن يكون القبول مطابقا للإيجاب:

معنى مطابقة القبول للإيجاب الاتفاق معه في كل المسائل التي تتناولها سواء كانت جوهرية أو غير جوهرية، فإذا كان القبول مخلفا للإيجاب فلا يعد قبولا[1].

يعتبر العقد ملزم للأطراف المتعاقدة بمجرد اقتران الإيجاب و القبول بعبارة أخرى لا ينعقد العقد إلا إذا كان القبول مطابق للإيجاب تمام المطابقة على ظروف اقتران القبول بالإيجاب تختلف بحسب ما إذا كان العاقدان يجتمعان في مجلس واحد أو يقيمان في مكان واحد و بالتالي كيف يتم اقتران القبول و الإيجاب؟[2]

ب_ أن يصدر القبول قبل سقوط الإيجاب:

إن الموجب له غير ملزم بقبول الإيجاب الموجه إليه، فله أن يقبله و له أن يرفضه، غير أنه إذا تم الإيجاب بدعوة من الموجب له فإنه لا يجوز له رفضه إلا لسبب مشروع[3]، تختلف الحالات التي يسقط فيهما الإيجاب ما إذا كان المتعاقدين حاضرين في مجلس عقد واحد و المتعاقدين الغائبين أين يختلف فيهما اقتران القبول بالإيجاب و ذلك حسب كل حالة أين يقترن الإيجاب بالقبول في الصورة الأولى و هي التعاقد بين حاضرين أي العاقدين على اتصال مباشر و يجمعهما مجلس عقد واحد أي لا توجد فترة زمنية تفصل بين صدور القبول و على الموجب و غالبا لا يجوز فيه الزمن فيفترض أن يصدر القبول بمجرد صدور الإيجاب و هنا إذا صدر القبول قبل أن ينفض مجلس العقد يعتبر العقد قد تم و هذا طبقا لنص المادة 64 من القانون المدني الجزائري التي تنص على أنه:" **إذا صدر الإيجاب في مجلس العقد لشخص حاضر دون تحديد أجل القبول فإن الموجب يتحلل من إيجابه إذا لم يصدر القبول فورا و كذلك إذا صدر الإيجاب من شخص إلى أخر بطريقة الهاتف أو بأي طريق مماثل.**

غير أن العقد يتم، و لو لم يصدر القبول فورا، إذا لم يوجد ما يدل على أن الموجب قد عدل عن إيجابه في الفترة ما بين الإيجاب و القبول، و كان القبول صدر قبل أن ينفض مجلس العقد".

[1]_علي علي سليمان، **النظرية العامة للالتزام**...، مرجع سابق ،ص 33.

[2]_أنظر بلحاج العربي، **النظرية العامة للالتزام**...، مرجع سابق ، ص ص 78-79.

[3]_محمد شريف أحمد، **مصادر الالتزام في القانون المدني**...، مرجع سابق، ص 54،و عبد الرزاق أحمد السنهوري، **شرح القانون المدني الجديد**...،مرجع سابق ، ص 232.

و هذا لا يعني أنه لا ينبغي منح من وجه إليه الإيجاب فترة للتفكير و التروي لإعلان قبوله بل تمنح له فترة من أجل التفكير و التروي والتحقق من المواصفات التي يرغب أن يجدها في الشيء المبيع[1].

أما الصورة الثانية تتمثل في التعاقد بين غائبين أو كما يعرفه بعض الفقهاء كالعربي بلحاج مثلا التعاقد بالمراسلة فالتعاقد بين غائبين هو الذي لا يجتمع فيه المتعاقدين في مجلس واحد يجعل بينهما اتصالا مباشرا بحيث تكون هناك فترة زمنية تفصل بين صدر القبول و علم الموجب ،أين لا توجد هذه الفترة في التعاقد بين حاضرين ،ويتم التعاقد بين حاضرين بإحدى الطرق أو الوسائل التالية :البريد أو البرق وغيرها من الوسائل التكنولوجية الحديثة [2]،فالبحث عن تحديد زمان ومكان انعقاد العقد لا يثور إلا بالنسبة للتعاقد بين غائبين [3].

الفرع الثالث

شروط صحة التراضي

لا يكفي أن يكون التراضي موجود ،بل يجب أيضا أن يكون التراضي صحيحا ،ومن ثمة فإن التراضي هو ركن من أركان العقد ،والتراضي لا يكون صحيحا إلا إذا كان صادر من ذي أهلية (أولا)،ولم تكن إرادة أحد المتعاقدين مشوبة بعيب من عيوب الإرادة سواء كان هذا العيب غلط أو إكراه أو استغلال أو تدليس (ثانيا).

أولا:الأهلية المطلوبة للتعاقد

الأهلية المطلوبة هنا هي أهلية الأداء و ليست أهلية الوجوب التي تلازم الشخص منذ ميلاده إلى غاية وفاته، فأهلية الأداء مناطها التميز ،وقد جعل القانون المدني الجزائري سن التميز هي ثلاثة عشر (13) و هذا ما نصت عليه المادة 42 من القانون المدني الجزائري على أنه:"**لا يكون أهلا لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقد التميز لصغر في السن ،أو عته،أو جنون.**

يعتبر غير مميز من يبلغ ثلاثة عشر سنة ".

---

[1]_بلحاج العربي، **النظرية العامة للالتزام**...، مرجع سابق ، ص 78.

[2]_ بلحاج العربي،**النظرية العامة للالتزام**...، المرجع نفسه ، ص 79.

[3]_ فتحي عبد الرحيم عبد الله، **شرح النظرية العامة للالتزامات، الكتاب الأول، مصادر الالتزام**،د د ن، الطبعة الثالثة، 2000-2001 ، ص 79.

في حين جعلها القانون المصري و الليبي و العراقي والسوري والأردني سبعة سنوات(7) آخذا عن الشريعة الإسلامية[1] فكان ينبغي على المشرع الجزائري أن يسير على نفس الدرب ، و في هذا الصدد نجد بأن المشرع الجزائري لم يتناول مسألة تصرفات الصبي المميز و اكتفى على اعتباره ناقصا الأهلية و هذا عملا بنص المادة 43 من القانون المدني الجزائري[2].

ثانيا:عيوب الرضا

أورد القانون المدني أربعة عيوب يمكن أن تشوب إرادة أحد الطرفين المتعاقدين هذه العيوب هي: الغلط، التدليس الإكراه و الاستغلال، فإذا صدر الرضا مشوبا بأحدها، فإن هذه الإرادة تكون معيبة بأحد هذه العيوب و بالتالي يكون التصرف الصادر عن هذه الإرادة باطل أو قابل للإبطال فقد تناول المشرع الجزائري هذه العيوب في المواد من 81 إلى 91.

1_ الغلط l'erreur:

الغلط هو وهم أو اعتقاد خاطئ يقوم في ذهن المتعاقد فيدفعه إلى التعاقد و مثاله أن يقوم شخص بشراء خاتم معتقدا أنها من الذهب في حين هو من النحاس أو أي معدن أخر[3]، أخذ المشرع الجزائري بالنظرية الحديثة في الغلط،كما أخذ بها من قبل القانون المدني المصري و التقنينات العربية الأخرى السوري،الليبي، العراقي، اللبناني.

أين تناول المشرع الجزائري عيب الغلط في المواد من المادة 81 إلى المادة 85 من القانون المدني الجزائري و هي نفس العدد من المواد في القانون المدني المصري من المادة 120 إلى المادة 124 يتضح من المادتين 81 و 82 أنه لطلب إبطال العقد بسبب الغلط لابد من توفر شرطان هما:

أ- **أن يكون الغلط جوهريا:**يكون الغلط جوهريا إذا كان هذا الغلط لحق العناصر الجوهرية للعقد،كما لو كان الغلط في محل العقد ،كأن يتفق شخص ما بأن يبيع منزل واقع في مدينة وهران في حين قصد الشخص الآخر شراء المنزل الواقع في مدينة مستغانم،فهنا الغلط واقع في محل العقد و يكون مصير هذا العقد هو البطلان، لأن الغلط واقع على عنصر جوهري في العقد ألا وهو المحل،وقد يكون الغلط الذي وقع يؤثر على صحة العقد، فالغلط الذي يؤثر في صحة العقد هو:

_غلط في قيمة الشيء محل الالتزام؛

---

[1]_ علي علي سليمان، **النظرية العامة للالتزام**...،مرجع سابق ، ص 48.

[2]_ التي تنص على أنه:**"كل من بلغ سن التمييز و لم يبلغ سن الرشد و كل من بلغ سن الرشد و كان سفيها أو ذا غفلة يكون ناقص الأهلية وفقا لما يقرره القانون".**

[3]_ راجع كل من علي علي سليمان،**النظرية العامة للالتزام**...، مرجع سابق، ص ص 50-53، محمد صبري السعدي، **الواضح في شرح القانون المدني**...، مرجع سابق، ص 162.

_ غلط في الشخص المتعاقد إذا لم تكن الشخصية محل اعتبار في العقد؛

_ غلط في الباعث على التعاقد.

–أن يكون الغلط هو الدافع إلى التعاقد: حتى يكون الغلط سببا للمطالبة بإبطال العقد المبرم بين المتعاقدين لابد أن يكون هو الدافع إلى التعاقد ،أخذ المشرع بالغلط الفردي على خلاف ما أخذ به المشرع المصري الذي لم يشترط أن يكون الغلط مشروعا.

صور الغلط مختلفة و متعددة فنجد الصور التالية(الغلط في القانون، الغلط العادي، الغلط في القيمة، الغلط في الباعث)، في كل الحالات بل يكفي أن يكون المتعاقد على علم بالغلط الذي وقع فيه المتعاقد الآخر، و على ذلك فمن وقع في الغلط دفعه إلى التعاقد أن يطلب إبطال العقد للغلط لو كان المتعاقد الأخر غير مشترك في الغلط و لو كان من النية أي لم يكن على علم بالغلط[1].

2_ التدليس le dol

التدليس هو إيقاع المتعاقد في غلط يدفعه إلى التعاقد، و التدليس يختلف عن الغش، لأن التدليس يكون أثناء تكوين العقد أما الغش فقد يقع بعد تكوين العقد[2].

فالتدليس هو استعمال حيلة توقع المتعاقد في غلط يدفعه إلى التعاقد، أو هو استعمال طرق احتيالية لخديعة أحد المتعاقدين خديعة تدفعه إلى التعاقد[3].

نص المشرع الجزائري في المادة 1/86 من القانون المدني الجزائري بأنه:"**يجوز إبطال العقد للتدليس إذا كانت الحيل التي لجأ إليها أحد المتعاقدين أو النائب عنه، من الجسامة بحيث لولاها لمل أبرم الطرف الثاني العقد**"[4] .

أي أن المشرع الجزائري منح لمن وقع في التدليس حق إبطال العقد إذا استعمل المدلس طرق احتيالية و أن تكون على قدر من الجسامة، لكن ما يعاب على هذه المادة أن المشرع لم يحدد هذه الجسامة ومن ثم فهي تخضع للسلطة التقديرية للقاضي.

---

[1]_ علي علي سليمان،**النظرية العامة للالتزام** ...، مرجع سابق، ص 60، للمزيد من التفصيل راجع أمجد محمد منصور، **النظرية العامة للالتزامات**...، مرجع سابق ، ص ص 331-334.

[2]_ نقلا عن عبد الرزاق أحمد السنهوري،**الوسيط في شرح القانون المدني الجديد**، مرجع سابق ، ص233.

[3]_ بلحاج العربي،**النظرية العامة للالتزام**...، مرجع سابق، ص ص108- 109.

[4]_ أمر رقم 75-58 المتضمن القانون المدني الجزائري ، مرجع سابق.

كما يشير نقس نص المادة إلى أنه:"**إذا صدر التدليس من غير المتعاقدين فلبس للمتعاقد المدلس عليه أن يطلب إبطال العقد، ما لم يثبت أن المتعاقد الأخر كان يعلم أو كان من المفروض حتما أن يعلم بهذا التدليس**"[1].

أ_عناصر التدليس: تتمثل في :

_ استعمال الطرق الاحتيالية:يعرفه البعض بالعنصر المادي لقيام التدليس يجب أن يستعمل فيه طرق احتيالية تولد في ذهن المتعاقد غلط تدفعه إلى التعاقد، أي أن تكون هذه الحيل من الجسامة بحيث لولاها ما أبرم المدلس عليه العقد و الحيل وسائل أو مظاهر خداعة مثل كتابة إعلانات كاذبة[2].

_ التدليس هو الدافع إلى التعاقد:يجب أن يكون التدليس هو الدافع إلى التعاقد، و قاضي الموضوع هو الذي يبت في ذلك، فيقدر مبلغ أثر التدليس في نفس العاقد ليقرر ما إذا كان التدليس هو الذي دفعه إلى التعاقد، و يسترشد في ذلك بما تعود الناس في تعاملاتهم[3].

اشترط المشرع الجزائري من خلال نص المادة 86 من القانون المدني الجزائري أن تكون الحيلة مؤثرة التي نصت على أنه:"**يجوز إبطال العقد للتدليس إذا كانت الحيل التي لجأ إليها أحد المتعاقدين أو النائب عنه، من الجسامة بحيث لولاها لما أبرم الطرف الثاني العقد....**".

_ التدليس الصادر من الغير:التدليس الصادر عن الغير لا يكون له أي أثر على صحة العقد، و لا يكون سببا لإبطاله و هذا عملا بنص المادة 87 من القانون المدني الجزائري التي نصت على أنه:"**إذا صدر التدليس من غير المتعاقدين، فليس للمتعاقد المدلس عليه أن يطلب إبطال العقد، ما لم يثبت أن المتعاقد الأخر كان يعلم، أو كان من المفروض حتما أن يعلم بهذا التدليس**".

عمد المشرع الجزائري إلى التوفيق بين حماية رضا المتعاقد و توفير الثقة في المعاملات، و عليه استلزم في نص المادة 86 من القانون المدني الجزائري صدور التدليس من أحد المتعاقدين أو نائب عنه[4].

---

[1]_ بلحاج العربي،**النظرية العامة للالتزام**...، مرجع سابق ،ص 110.

[2]_ علي علي سليمان ،**النظرية العامة للالتزام**...،مرجع سابق، ص 61راجع عبد الرزاق السنهوري،**الوسيط في شرح القانون المدني الجديد**، مرجع سابق،ص 345.

[3]_عبد الرزاق السنهوري، **الوسيط في شرح القانون المدني الجديد**،المرجع نفسه، ص 350.

[4]_ بلحاج العربي،**النظرية العامة للالتزام**...، المرجع نفسه، ص 113.

وتطبيقا لنص المادة 87 من نفس التقنين فإن التدليس إذا صدر عن غيرهما أي أن التدليس إذا صدر عن أجنبي يجب أن يكزن المستفيد من التدليس عالما به أو عن المفروض حتما أن يعلم به[1].

ب–حكم التدليس:

إذا توفرت الشروط السالفة الذكر كان العقد قابلا للإبطال لمصلحة الطرف المدلس عليه، ويقع عبء إثبات التدليس على الطرف الذي يدعيه و هذا عملا بالقواعد العامة ،فمن يدعي أنه وقع في التدليس أن يقدم دليله وذلك بكافة طرق الإثبات بما فيه القرائن و البينة، و يمكنه طلب التعويض لما لحقه من ضرر طبقا لأحكام المسؤولية التقصيرية ،الأصل أن القاضي مستقل عن تقدير شروط التدليس غير أن الوصف القانوني لوقائع التدليس خاصة تقدير ما إذا كانت الوسائل المستعملة حيلا غير مشروعة فهي مسالة تخضع لرقابة المحكمة العليا[2].

3_ الإكراه la violence:

أ_ تعريف الإكراه

الإكراه ضغط مادي أو أدبي يقع على شخص فيعيب في نفسه رهبة تحمله على التعاقد فيحصل التعاقد عن ضغط لا عن حرية[3]، فالإكراه في حقيقة الأمر ضغط تتأثر به إرادة الشخص فيندفع إلى التعاقد، و هو لا يتحقق إلا بالتهديد أو القهر، فتكون من نتائج ذلك الخوف الشديد، الذي يدفعه إلى التعاقد[4].

ب_ أنواع الإكراه: ينقسم الإكراه إلى قسمين إكراه مادي و إكراه معنوي[5].

–الإكراه المادي:

الإكراه المادي هو الإكراه الذي يستخدم فيه قوة مادية تمارس على الفاعل مباشرة فتشل إرادته و تفقده حرية الاختيار باستعمال وسائل مادية مثل إمساك يد بالقوة للتوقيع على صك مزور....الخ.

---

[1]_ بلحاج العربي،**النظرية العامة للالتزام**...، مرجع سابق، ص 113، و عبد الرزاق السنهوري، **الوسيط في شرح القانون المدني الجديد**،مرجع سابق، ص 353.

[2]_ بلحاج العربي،**النظرية العامة للالتزام**...، المرجع نفسه، ص 114.

[3]_ محمد شريف أحمد ، **مصادر الالتزام في القانون المدني**،مرجع سابق، ص 78.

[4]_ من التعريفات الفقهية للإكراه هو" **ضغط يقع فيه العاقد فيولد في نفسه رهبة أو خوفا يحمله على التعاقد** "نقلا عن بلحاج العربي،**النظرية العامة للالتزام**...، المرجع نفسه،ص115.

[5]_الإكراه في الفقه الإسلامي نوعان الإكراه الملجئ و هو الضغط الذي يعرض النفس و هو يعدم الرضا، و الإكراه غير ملجئ وهو الذي لا يعرض النفس أو المال إلى إصابة طليقة والمال إلى إتلاف جزئي، وهو الذي يعدم الرضا.

-الإكراه المعنوي:

يطلق عليه اسم الإكراه النفسي و هو التهديد الذي يوجه إلى المتعاقد فيخلف فيه حالة نفسية من الخوف والفزع فيندفع إلى التعاقد، ووسائل الإكراه المعنوي متعددة كالتهديد بالقتل أو المساس بالعرض والشرف...الخ[1].

ج _ شروط الإكراه:

يشترط في الإكراه الذي يشوب الرضا ثلاث شروط و هي:

-عدم مشروعية الإكراه:

اشترط المشرع في نص المادة 1/88التي نصت على أنه:"**يجوز إبطال العقد للإكراه إذا تعاقد شخص تحت سلطان رهبة بينة بعثها المتعاقد الأخر في نفسه دون حق**" لإبطال العقد للإكراه أن تكون الرهبة التي أبرمت تحت سلطنها العقد قد بعثت في نفس المتعاقدين حق بهدف تحقيق غرض غير مشروع.

-بعث الرهبة في نفس المكره:

هذه الرهبة القائمة على أساس مادي هي المسألة الجوهرية فالخطر الجسيم المحدق لا يحقق الإكراه إن لم يؤدي إلى الرهبة التي تدفع المتعاقد إلى التوقيع على العقد، فهذا الخطر قد يقع على نفس المتعاقد أو على حاله فيكون عيبا من عيوب الإرادة[2].

-اتصال الإكراه بالعاقد الأخر:

الأصل أن الإكراه يفسد الإرادة سواء صدر الإكراه عن أحد المتعاقدين أو صدور من الغير، فالإكراه الصادر من الغير لا يجعل العقد قابلا للإبطال إلا إذا اثبت المتعاقد الأخر كان يعلم، أو كان من المفروض حتما أنه يعلم بهذا الإكراه، ذلك أن الإكراه صدر من الغير و لم يكن المتعاقد الأخر يعلم به و اختار المكره إبطال العقد[3].

اشتمل المشرع التمهيدي المصري للتقنين الجديد عل نص صريح في هذا الموضوع يميز بين ما إذا كان المتعاقد الأخر حسن النية و لم يقصد أن يشغل المتعاقد المهدد بخطر، أو كان سيء النية و أراد استغلال هذه الظروف[4].

---

[1] _ بلحاج العربي،**النظرية العامة للالتزام**....، مرجع سابق، ص ص 117-119.

[2] _ محمد شريف أحمد،**مصادر الالتزام في القانون المدني**، مرجع سابق،ص 80.

[3] _عبد الرزاق أحمد السنهوري، **الوسيط في شرح القانون المدني الجديد**، مرجع سابق، ص 381.

[4] _ عبد الرزاق السنهوري، **الوسيط في شرح القانون المدني الجديد**، المرجع نفسه، ص 384.

نستخلص بمفهوم المخالفة أن الإكراه يكون سببا لإبطال العقد في الحالة الثانية و هذا التمييز معقول و يجب الأخذ به في ظل القانون الجديد، و إذا كان المشروع النهائي قد أغفل هذا النص فلم يكن ذلك لأنه أراد مخالفة حكمه بل هو قد اعتمد القواعد العامة في تعزيز هذا الحكم[1].

4 _ الاستغلال:

عالج المشرع الجزائري الاستغلال في نص المادة 90 /1من القانون المدني الجزائري التي نصت على أنه:"**إذا كانت التزامات أحد المتعاقدين متفاوتة كثيرا في النسبة مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد أو مع التزامات المتعاقد الأخر، و تبين أن المتعاقد المغبون لم يبرم العقد إلا لأن المتعاقد الأخر قد استغل فيه طيشا بينا أو هو جامحا، جاز للقاضي بناء على طلب المتعاقد المغبون، أن يبطل العقد أو ينقص التزامات هذا المتعاقد.**"

أ _ تعريف الاستغلال:

لغة: هو الانتفاع من الغير بدون حق.

اصطلاحا: فهو استغلال الطيش البين أو الهوى الجامح الذي يعتري المتعاقد بغرض دفعه إلى إبرام عقد يحتمل بمقتضاه التزامات لا تتعادل بتاتا مع العرض المقابل أو من غير عوض فالاستغلال عنصران هما:

العنصر المادي و العنصر النفسي.

ب _ عناصر الاستغلال:

_ العنصر المادي: يتمثل العنصر المادي في التفاوت بين التزام المتعاقد و العوض الذي يتحصل عليه أو في التفاوت بين حظ الربح و الخسارة اللذين يتحملها كل متعاقد أو في انعدام العوض أصلا[2].

_ العنصر المعنوي أو النفسي: يتكون العنصر النفسي من مظهرين الأول ضعف نفسي و المظهر الثاني استغلال المتعاقد معه هذا الضعف.

- **الضعف النفسي:** من خلال نص المادة 90 من القانون المدني الجزائري يتضح لنا بأن المشرع يقصد في الضعف النفسي بالطيش البين و الهوى الجامح.

فالطيش البين :هو حالة نفسية تعتري الشخص فتجعله يتخذ قرارات بدون تبصر و لا تفكير، و يتغير الشخص الطائش بالتسرع في تصرفاته دون تقدير عواقبها.

---

[1] _ عبد الرزاق السنهوري، **الوسيط في شرح القانون المدني الجديد**،مرجع سابق، ص 385.

[2] _ للمزيد من التفصيل راجع علي فيلالي ،**الالتزامات النظرية العامة للعقد**، مرجع سابق، ص 152.

أما الهوى الجامح : هو الرغبة الشديدة التي تقوم في نفس المتعاقد فتنال من سلامة القرارات التي يتخذها، فميول النفس و اشتهاؤها شيئا ما، أو شخصا معينا يندفع معه المتعاقد المغبون و يسعى لتحقيق رغباته دون تبصر فهذه الرغبة تضغط على إرادة المتعاقد المغبون فتمثل نوعا من الإكراه[1].

- **استغلال الضعف النفسي للمتعاقد:** بالإضافة إلى الضعف النفسي نصت المادة 90 من القانون المدني الجزائري بشرط آخر حتى يعتبر بالاستغلال كعيب من عيوب الإرادة أن يستغل المتعاقد هذا الضعف فيدفع المتعاقد إلى إبرام العقد[2].

ج _ جزاء الاستغلال:

إذا توفرت شروط الاستغلال السالفة الذكر جاز للقاضي بناءا على طلب المتعاقد المغبون أن يطلب إبطال العقد أو أن ينقص الالتزامات و من ثمة فإن القانون رتب على الاستغلال إحدى دعوتين، دعوى إبطال العقد و دعوى إنقاص من الالتزامات، سواء كانت الدعوى التي يرغب المتعاقد الذي وقع في الاستغلال رفعها دعوى إبطال أو دعوى أنقاض فإنه يجب عليه رفعها خلال سنة من تاريخ إبرام العقد و هذا عملا بنص المادة 2/129 من التقنين المدني المصري الذي تقابله المادة 90 من التقنين المدني الجزائري و الذي ثبت نفس الأثر بالنسبة للاستغلال فإذا انقضت النية دون أن يرفع الدعوى فهنا يسقط حقه في طلب إبطال العقد[3].

الفرع الرابع

المحل و السبب

من خلال استقراء نصوص القانون المدني يتضح لنا بان المحل يعتبر الركن الثاني في العقد وقد أثار ركن المحل تساؤل حول ما إذا كان المحل محل للعقد أو محل للالتزام[4].

و محل العقد من الالتزامات الأساسية التي تنشأ عن العقد و من ثم فإن الشروط تعتبر واحدة، تلك التي ينبغي أن تتوفر في محل العقد[5]، و قد تناول المشرع الجزائري ركن السبب في المادتين 97_98 من القانون المدني الجزائري تحت عنوان المحل في حين أن الأمر ليس كذلك و ذلك كون ركنا المحل و السبب هما ركنان مستقلان عن بعضهما البعض لذا سنتناول كل ركن على حدا لنبدأ بالمحل (أولا) ثم ركن السبب(ثانيا) .

---

[1] _ علي فيلالي،**الالتزامات ،النظرية العامة للعقد**،مرجع سابق، ص 157.

[2] _ علي فيلالي، **الالتزامات، النظرية العامة للعقد**، المرجع نفسه، ص 137.

[3] _عبد الرزاق أحمد السنهوري، **الوسيط في شرح القانون المدني الجديد**، المرجع السابق، ص 403.

[4] _**محل العقد:** يتمثل في العملية القانونية التي تراضى الطرفان على تحقيقها الطرفان المتعاقدان كعملية البيع أما محل الالتزام يتمثل في الأداء الذي يتعهد به المدين بمنح أو فعل أو عدم فعل.

[5] _أمجد محمد منصور،**النظرية العامة للالتزامات**...، مرجع سابق ، ص 122.

أولا: المحل ركن في العقد

لمعرفة المقصود كركن في العقد فإنه ينبغي التطرق إلى التعريف به ثم بيان شروطه التي من خلالها يعتد بالمحل كركن في العقد

1_ تعريف محل العقد:

محل العقد هو العملية القانونية التي تراضى الطرفان على تحقيقها بيعا كان أو إيجارا أو غير ذلك من العمليات القانونية[1]و قد نص المشرع الجزائري على المحل في المواد من المادة 92 إلى غاية المادة 98 من التقنين المدني الجزائري أين لم يفصل المشرع بين ركن المحل و ركن السبب رغم أنهما ركنان مستقلان عن بعضهما البعض كما سبق القول أين كان ينبغي الفصل بينهما حتى لا تخلط أحكام كل ركن بالآخر[2].

2_ الشروط الواجب توافرها في المحل باعتباره ركنا في العقد

من خلال استقراء نصوص المواد 92 إلى 96 من التقنين المدني الجزائري يتضح لنا بأنه اشترط في المحل ثلاث شروط أساسية و هي ما سنتناوله في النقطة الموالية.

أ_ أن يكون المحل موجودا و ممكنا

معنى الوجود و الإمكان هو التحقق من وجود المعقود عليه وقت نشوء الالتزام أو إمكان وجوده بعد ذلك ، فإن ورد الالتزام على شيء موجود و لم يكن موجودا فغن الالتزام لا يقوم[3]، و ذلك ما تقضي به المادة 93 من القانون المدني الجزائري و التي نصت على أنه:**"إذا كان محل الالتزام مستحيلا في ذاته أو مخالفا للنظام العام أو الآداب العامة كان باطلا بطلانا مطلقا"**[4].

يقصد بالاستحالة التي تحول دون نشوء الالتزام و بالتالي الإستحالة المطلقة هي عدم استطاعة الناس كافة القيام بمحل الالتزام و ليس فقط بالنسبة للمدين بالذات و الاستحالة نوعان:استحالة مطلقة و استحالة نسبية[5]، هذا عن

---

[1] _أنظر في هذا الموضوع كل من: عبد الرزاق أحمد السنهوري،**الوسيط في شرح القانون المدني الجديد**، مرجع سابق، ص 408، وأيضا أمجد محمد منصور، **النظرية العامة للالتزامات**...، المرجع نفسه، ص 122 .

[2] _ بلحاج العربي، **النظرية العامة للالتزام**...، مرجع سابق، ص 139.

[3] _محمد شريف أحمد ،**مصادر الالتزام في القانون المدني**، مرجع سابق،ص 94.

[4] _قانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005 المعدل و المتمم للأمر رقم 75-58 المتضمن القانون المدني الجزائري.

[5] _**الاستحالة المطلقة:** تعني أن العقد لا يقوم أصلا و هي إما أن تكون استحالة طبيعية كأن يتعهد شخص بان يحضر الشمس أو استحالة قانونية، في هذا النوع من الاستحالة فإنها تحول دون نشوء الالتزام فيكون مصير العقد هو البطلان أما الاستحالة النسبية فإنها لا تحول دون قيام العقد، راجع صبري السعدي ، **الواضح في شرح القانون المدني**...، مرجع سابق، ص ص 205_206.

الوجود أما الإمكان فإنه ينبغي أن يكون محل العقد ممكنا ، فلا يكون مستحيلا في ذاته و لا يلزم أن يكون الشيء موجودا وقت التعاقد، بل يجوز أن يكون شيئا مستقبلا محتمل الوجود[1].و هذا ما تقضي به المادة 1/92من القانون المدني التي نصت على أنه :"**يجوز أن يكون محل الالتزام شيئا مستقبلا و محققا** "

ب_ أن يكون معيناً أو قابلا للتعيين:

تعيين المحل في العقد أمر ضروري و طبيعي، فإذا كانت معالم الالتزام غير واضحة يكون المدين غير مقيد بعمل أو الامتناع عن فعل أو بمنح شيء ما، و هذه المسألة قد تثير مشاكل بين الطرفين المتعاقدين بسبب عدم التحديد الدقيق للالتزام[2]. و يختلف التعيين حسب نوع محل الالتزام ، فتعيين الأشياء القيمية التي يقصد بها الأشياء التي تتفاوت أحدها في الصفات أو القيمة تفاوتا يعتد به عرفا أين يتم التعيين مثل هذه الأشياء بذكر مواصفاتها ذكرا دقيقا فتعيين المنزل مثلا يكون بذكر موقعه، عدد الحجرات...إلخ، و تعيين العقار يكون بذكر موقعه ، مساحته، و الحدود المجاورة له، أما الأشياء المثلية و التي يقصد بها الأشياء التي تتماثل أحدها بحيث يمكن أن يقوم بعضها مقام البعض عرفا بلا فرق يعتد به فيتم تعينها ببيان الجنس و المقدار و النوع كتعيين القمح مثلا يكون بتحديد نوعه صلبا كان أو لينا و تحديد مقداره [3].

ج_ أن يكون مشروعا:

محل الالتزام يجب أن يكون مشروعا سواء كان هذا المحل عبارة عن التزام بعمل كأن يتعهد شخص بقتل شخص أخر مقابل مبلغ نقدي معين ،فالمحل غير مشروع يعتبر كذلك إذا كان الشيء الذي يلد عليه الحق لا يصلح أن يكون محلا للتعامل إما بطبيعته أو للغرض الذي خصص له أو بنص في القانون[4].

كما يجب ألا يكون المحل مخالفا للنظام العام و الآداب العامة، رغم أن تحديد ما هو من النظام العام و ما ليس كذلك مسألة يصعب تحديدها و بالتالي فهي تخضع للسلطة التقديرية للقاضي، باعتبارها فكرة نسبية تختلف من زمن لآخر و من مكان لآخر .

ثانيا: ركن السبب

لقد كرسه المشرع الفرنسي كركن في العقد متأثرا بتصور"**دوما**"و نصره في ذلك بعض الفقهاء ممن يدعون بالسبب و على رأسها **Capitant**، لكن هذا التصور لم يسلم من الانتقادات و من ثم ينبغي تحديد مفهوم السبب و كذا بيان شروطه لإزالة الغموض عن ركن السبب[1].

---

[1] _ صبري السعدي، **الواضح في شرح القانون المدني**...، المرجع نفسه، ص 208.

[2] _علي فيلالي، **الالتزامات النظرية العامة للعقد**، مرجع سابق،ص 176.

[3] _محمد شريف أحمد، **مصادر الالتزام في القانون المدني**، مرجع سابق، ص 97.

[4] _راجع أمجد محمد منصور، **النظرية العامة للالتزامات** ...، مرجع سابق، ص 130.

1_ تعريف السبب:

مرت فكرة السبب بمراحل فقد نشأة في الفقه الغربي مع ظهور مبدأ سلطان الإرادة في الفقه الكنسي على أنقاض الشكلية في القانون الروماني التي تمخض عنها ظهور نظريتان للسبب فالأولى تسمى النظرية التقليدية و الثانية تسمى النظرية الحديثة، فالأولى تنسب إلى الفقيه الفرنسي"**دوما**"أين فرق بين أنواع مختلفة للسبب و هي السبب الإنشائي و السبب القصدي و السبب الدافع[2]،و بالرجوع إلى القانون المدني الجزائري و بالتحديد في نص المادتين 97_98 يتضح لنا بأن المشرع الجزائري أخذ بالنظرية الحديثة التي تشترط في السبب الوجود و الصحة بالإضافة إلى شرط المشروعية.

2_ الشروط الواجب توافرها في السبب:

يشترط في السبب أن تتوفر فيه ثلاث شروط أساسية و هي:وجود السبب، صحة السبب و مشروعية السبب.

أ_ وجود السبب:

انطلاقا من كون السبب هو ركن في العقد فإنه يجب أن يكون السبب موجودا وقت انعقاد العقد فإن لم يوجد السبب فإن العقد يعتبر باطلا، و يختلف السبب حسب طبيعة و نوع العقد و كذا حتى بالنسبة للطرفين المتعاقدين.

ب_ صحة السبب:يكون السبب غير صحيح في حالتين:

الحالة الأولى: إما أن يكون موهوما مثال ذلك تخارج شخص ما مع شخص أخر يعتقد أنه وارث،ثم يكتشف أنه ليس وارثا فهنا السبب غير موجود و من ثمة العقد باطل بطلانا مطلقا.

الحالة الثانية:عندما يكون السبب صوريا و مفاده هو أن السبب الحقيقي غير موجود، لذا قيل لا فائدة من هذا الشرط(صحة السبب)و يغني عنه شرط الوجود.

ج_مشروعية السبب:

يكون السبب مشروعا إذا كان مخالفا للنظام العام و الآداب العامة و هذا ما تنص عليه المادة 97 من القانون المدني الجزائري على أنه:"**إذا التزم المتعاقد لسبب غير مشروع أو لسبب مخالف للنظام العام أو للآداب العامة كان العقد باطلا**"و تضيف المادة 98 من التقنين المدني الجزائري "**كل التزام مفترض أن له سببا مشروعا ما لم يقم الدليل على غير ذلك.**

---

[1] _علي فيلالي، **الالتزامات النظرية العامة للعقد**، مرجع سابق، ص 188.

[2] _للمزيد من التفصيل راجع محمد شريف أحمد، **مصادر الالتزام في القانون المدني**، مرجع سابق، ص 100.

ويعتبر السبب المذكور في العقد هو السبب الحقيقي حتى يقوم الدليل على ما يخالف ذلك، فإذا قام على صورية السبب فعلى من يدعي أن للالتزام سببا آخر مشروعا أن يثبت ما يدعي".

فإذا تعهد شخص بارتكاب جريمة مقابل مبلغ من المال فإن التزام الشخص الأخير محله مشروع و لكنه يبطل لأن سببه و هو التزام الشخص الأول غير مشروع[1].

المطلب الثاني

أثر المعلوماتية على تكوين العقد

العقد الإلكتروني عقد عادي كغيره من العقود التقليدية يتكون بتلاقي إرادتي المتعاقدين، إيجاب يصدر من الطرف الأول يقترن به قبول صادر عن الطرف الثاني، إلا أن هذا العقد يختلف عن العقد التقليدي في وسيلة الإبرام، ذلك لأن العقد الإلكتروني يتم بوسائط إلكترونية فلا وجود لمستلزمات ورقية يدون عليها مضمون العقد، و على الرغم من ذلك فإن هذا العقد لابد أن يمر بمرحلة السابقة ذاتها التي يمر بها العقد التقليدي لما لهذه المرحلة و التي تسمى بمرحلة المفاوضات لما لها من أهمية بالغة على ضرورة التوازن العقدي الذي يمنع حصول العديد من المشاكل بين المتعاقدين مستقبلا [2].

كما أن هذا العقد لابد أن ننصب على محل و يستند إلى سبب كأي عقد آخر لابد أن نتحدث عن مرحلة التفاوض السابقة للعقد كمرحلة أولى لتكوين العقد(الفرع الأول) ثم ننتقل إلى المرحلة الثانية لنبين فيها الإيجاب و القبول اللذان يمثلان ركن الرضا في العقد(الفرع الثاني) أما النقطة الثالثة فنخصصها للمحل و السبب(الفرع الثالث).

الفرع الأول

التفاوض الالكتروني كطريقة للتعاقد

من المعلوم أن المفاوضات لا تقوم في العقود البسيطة قليلة الأهمية حيث تكون فورية الانعقاد و هي العقود الشائعة التي تتطلبها الحياة اليومية للناس كالعقد الذي ينصب على شراء الصحف أو الأطعمة أو الملابس، و غيرها من العقود،أما في

[1] _محمد شريف أحمد،**مصادر الالتزام في القانون المدني**، مرجع سابق،ص ص101- 102.

[2] _ندى زهير الفيل ،**إبرام العقد الإلكتروني**....،مرجع سابق،ص 13.

العقود الإلكترونية فإن المفاوضات تكتسي أهمية كبيرة لأن التعاقد هنا يتم عن بعد لذلك لا يستطيع كل واحد من أطراف التعاقد التحقق من شخصية الطرف الأخر و أهليته للتعاقد أو سلامة المستندات التي يقدمها[1] .

أولا: ماهية التفاوض الإلكتروني

تزداد أهمية التفاوض الإلكتروني في التجارة الإلكترونية أسفرت عنها التكنولوجيا الحديثة، حيث أصبحت الطريقة التقليدية لإبرام العقود غير قادرة على مواجهة متطلبات التجارة الإلكترونية ووسائل التسويق عبر الانترنت[2] .

ثانيا:مفهوم التفاوض الإلكتروني:

يقصد بالتفاوض العملية التي تتضمن سلسلة المحادثات و تبادل وجهات النظر و بذل العديد من المسائل بين المتفاوضين بهدف التوصل إلى اتفاق بشأن حقيقة معينة.

و الجدير بالذكر أن التفاوض في العقود الإلكترونية تتم من خلال رسائل البيانات التي يتبادلها طرفا المفاوضات عبر الانترنت[3].

و من المفروض أن تتضمن هذه الرسائل ثلاث خصائص، أولها أن يبين طالب الخدمة أو المشتري بكل دقة ووضوح احتياجاته و الغاية التي يسعى إليها ليتم التفاوض بناءا عليها،و ثانيها أن يتم التفاوض من خلال صفحة البيانات التي تكون ظاهرة على شاشة الحاسوب و المتضمنة الشروط التي يرغب كل من الطرفين توفرها في موضوع التزامه لتحديد أهدافه بدقة و تحديد السبل المقترحة لتحديد الغاية الأساسية من موضوع الالتزام و إلا تحمل المدين المسؤولية المترتبة عن عدم توضيح البيانات إذا كان سيء النية، أما ثالث الخصائص فهي إرسال رسائل و بيانات المتضمنة عروض التفاوض من خلالها يتم التفاوض إلى حين الانتهاء من إبرام العقد[4].

ثالثا:خصائص التفاوض الالكتروني

يقتضي أن يتسم التفاوض بالاستمرارية بمعنى أن يستمر منذ بدأ مرحلة التفاوض حتى إبرام العقد، و ذلك من أجل إنشاء علاقة عقدية صحيحة خالية من أي عيب، و من أي خلل مستقبلي يمكن الوقوع فيه و يؤدي إلى إشكالات مستقبلية متعلقة بالعقد،و تستلزم مرحلة التفاوض الالتزام بالإعلام أي إعلام الطرف الأخر عن البيانات التي يجب توفرها

[1] _ ندى زهير الفيل، **إبرام العقد الإلكتروني**...،مرجع سابق، ص 13.

[2] _أنظر حول ذلك خالد ممدوح إبراهيم،**إبرام العقد الإلكتروني**....،مرجع سابق، ص 264.

[3] _ندى زهير الفيل، **إبرام العقد الإلكتروني**.....، مرجع سابق، ص 13.

[4] _إلياس ناصيف، **العقود الدولية**.....، مرجع سابق، ص 71.

في التعاقد ليتم إبرام عقد خال من أي عيب،و تتميز أهمية هذا الإعلام في العقد الإلكتروني بسبب طبيعة العلاقة بين طرفي العقد و التفاوت بينهما من حيث المستوى العلم و المعرفة بشأن موضوع التعاقد[1].

فضلا عن الإعلام يلتزم مقدم الخدمة بتقديم النصح و الإرشاد إلى العميل لأن الأول عادة ما يكون محترفا و الثاني يكون شخصا عاديا و يحتاج إلى إرشادات.مثلا عندما يطرح علاج صحي على شبكة الانترنت حيث يتوجب على الشركة التي طرحته بيان النصائح و الإرشادات بشكل واضح و صادق، ليتمكن لكل من الإطلاع عليها مع إعلام المرسل عبر الانترنت .

الفرع الثاني

أركان العقد الالكتروني

يقوم العقد بشكل عام على أركانه أساسية لابد من توافرها ، واهم هذه الأركان ركن الرضا والذي يعبر عن قبول المتعاقد لمضمون العقد و حتى يكون لهذا التعبير قيمة يجب أن يكون المتعاقد كامل الأهلية.ولابد من توافر المحل و السبب ويشترط فيهما أن يتفقا مع النظام العام و حتى الآداب، و كذلك القوانين القائمة،و السبب هو الغرض المباشر المقصود من العقد و لا فرق في ضرورة توفر ذلك في العقد المبرم عبر الوسائل الإلكترونية أو التقليدية إلا من حيث تدخل الصفة الإلكترونية في العقد،و بما أن العقود الإلكترونية لا تختلف في جوهرها عن العقود المتداولة قانونا لذلك لا تخرج عن إطار القواعد العامة المنظمة لأحكام العقد عموما،و إن كانت هذه العقود في بعض جوانبها تحتاج إلى معالجة قانونية خاصة .[2]

و سيتم دراسة هذه الأركان تبعا للتقسيم التالي:التراضي في العقد الإلكتروني و الذي يتضمن الإيجاب و القبول، ثم ننصرف للمحل و السبب في العقد الإلكتروني و أخيرا التطرق إلى زمان و مكان إبرام العقد الإلكتروني.

أولا:التراضي في العقد الإلكتروني

التراضي هو تطابق الإيجاب و القبول كتعبير عن إرادتي طرفي العقد و يلزم توافر النص في العقد حتى و لو كان إلكترونيا أن توجد الإرادة في كل من طرفيه و أن تتجه إلى إحداث أثر قانوني،مادام الإرادة ذات طبيعة نفسية داخلية إلا إذا جاء التعبير عنها بمظهر مادي خارجي يدل عليها لا يترتب عن الإرادة أي أثر قانوني،فالمتعاقد في هذا المجال لا

[1] _ إلياس ناصيف، **العقود الدولية**...،مرجع سابق، ص ص 72-73.

[2] -مخلوفي عبد الوهاب، **التجارة الإلكترونية عبر الانترنت**، مرجع سابق، ص 76.

يشترط عليه إتباع شكل معين للتعبير عن الإرادة بل يستطيع أن يعبر عن إرادته بالوسيلة التي يراها مناسبة له و هذا عملا بمبدأ الرضائية في العقود [1].

لكن الأمر يختلف بالنسبة للعقد الإلكتروني فعلى الرغم من أنه يتطلب لانعقاده ما يتطلب أي عقد آخر من حيث توافر الإيجاب و القبول و المحل والسبب إلا أنه يتميز بأنه عقد بين شخصين لا يضمهم مجلس واحد ، و قبل الحديث عن هذا نحاول التطرق إلى التعبير عن الإرادة عبر الانترنت،و هو هذا التعبير عن الإرادة إلكترونيا[2].

1_ التعبير عن الإرادة:

التعبير عن الإرادة يكون باللفظ أو الكتابة أو الإشارة المتداولة عرفا كما يكون باتخاذ موقف لا يدع أي مجال للشك على مقصود صاحبه،و هو ما يقتضي البحث في مفهوم رسالة البيانات الإلكترونية التي نصت عليها التشريعات الحديثة المتعلقة بالعقود الالكترونية باعتبارها وسيلة يجري من خلالها تبادل الإرادة التعاقدية ، ويراد بمصطلح (رسالة البيانات):"المعلومات التي يتم إنشاؤها أو إرسالها أو استلامها أو تخزينها بوسائل الكترونية أو ضوئية أو بوسائل مشابهة بما في ذلك على سبيل المثال لا الحصر تبادل البيانات الالكترونية أو البرق أو التلكس أو النسخ البرقي"[3].

و في هذا السياق يجوز استخدام رسائل البيانات للتعبير عن العرض و قبول العرض ما لم يتفق الطرفان على غير ذلك، و عند استخدام رسالة البيانات في تكوين العقد، لا يفقد هذا العقد صحته أو قابليته للتنفيذ لمجرد استخدام رسالة بيانات لذلك الغرض.

2_ صور التعبير عن الإرادة:

إن إجراء التعاقد عبر الانترنت و ما يقتضيه من التعبير عن الإرادة يمكن أن يحدث بأكثر من وسيلة تقدمها شبكة الانترنت حيث يمكن إجراء التعاقد عن طريق الحوار المباشر أو المحادثة أو المشاهدة "CHAT"أو بواسطة البريد الإلكتروني و بالتالي فوسائل التعبير عن الإرادة البيئة الإلكترونية لها صور متعددة أبرز صورها:

أ_ التعبير عبر البريد الإلكتروني:

يعد البريد الإلكتروني E-MAIL أحدث أهم الوسائل المستخدمة في تكنولوجيا الاتصال إذا أنه يربط الأفراد و الجماعات المنتشرة في جميع أرجاء العالم في لحظات محدودو و دون مراعاة للزمان و المكان و مع ذلك فإن تبادل الاتصال

[1] _آمانج رحيم أحمد، **التراضي في العقود الإلكتروني**...، مرجع سابق، ص 91.

[2] _مخلوفي عبد الوهاب، **التجارة الالكترونية عبر الانترنت**، مرجع سابق،ص 77.

[3] _أنظر المادة 11 و المادة 2 من قانون الأونسترال النموذجي، مرجع سابق.

مع الغير يفترض بطبيعة الحال تعينه، لأنه ليس من المتصور تبادل المراسلات دون تحديد هوية المراسلين و يتم الحصول على عنوان البريد الإلكتروني لدى مورد خدمة الدخول للانترنت.

لقد تعددت التعريفات الفقهية للبريد الإلكتروني و إن اتفق جميعها في المضمون بأنه:"**مكنة التبادل غير المتزامن للرسائل بين أجهزة الحاسب الآلي**"،بينما يعرفه البعض الأخر بأنه:" **طريقة تسمح بتبادل الرسائل المكتوبة بين الأجهزة المتصلة بشبكة معلومات**"،كما تعرفه اللجنة العامة للمصطلحات بأنه:"**وثيقة معلوماتية يحررها و يرسلها أو يطلع عليها المستخدم عن طريق شبكة معلومات**".

كما ورد تعريف للبريد الإلكتروني في نص المادة الأولى من القانون الصادر في 22جوان 2004 بشأن الثقة في الاقتصاد الرقمي في فرنسا بأنه:"**كل رسالة أياً كان شكلها نصية أو صوتية أو مصحوبة بصور أو أصوات يتم إرسالها عبر شبكة عامة للاتصالات و يتم تخزينها على أحد خوادم هذه الشبكة أو في المعدات الطرفية للمرسل إليه حتى يتمكن هذا الأخير من استعادتها**".

من خلال التعريفات السابقة نلاحظ أن التعريف الفرنسي هو أدق التعريفات لأنه يشمل البريد الإلكتروني بوصفه عملية نقل الرسائل و الوثائق من حاسب آلي إلى حاسب آلي عبر الانترنت،و بالتالي التعاقد عن طريق البريد الإلكتروني عندما تقوم بعض الشركات بإرسال رسائل إلكترونية إلى البريد الإلكتروني الخاص بمجموعة كبيرة من المستهلكين تشرح و تعرض فيها طبيعة و مزايا السلع و الخدمات التي تقدمها و بالتالي يمكن تكوين إيجاب لبيع منتج أو تقديم خدمة[1].

ب_التعبير عن الإرادة عبر المواقع الإلكترونية على شبكة الانترنت:

المواقع الإلكترونية أو مواقع الويب WEB-SITE كما يطلق عليها، و يقصد بها مجموعة الصفحات الإلكترونية ذات تنسيق وترتيب معين تتعلق بمواضيع معينة تستخدمها على نطاق واسع لعرض المنتجات أو الخدمات التي تقدمها و تكون متاحة لجميع مستخدمي الشبكة العالمية و تحدد فيها مزايا و قوائم الأسعار و طرق الدفع و التسليم و بموجب هذه الطريقة يستطيع المستهلك الدخول إلى موقع شركة معينة على شبكات الانترنت و استعراض السلع أو الخدمات و من ثمة اختيار ما يناسبه و التعبير عن إرادته في شراء السلع عن طريق إدخال المعلومات المتعلقة به كاسمه و عنوانه و بريده الإلكتروني[2] .

ج_ التعبير عن الإرادة عن طريق المحادثة:

[1] _مخلوفي عبد الوهاب، **التجارة الالكترونية عبر الانترنت**، المرجع السابق ، ص 82.

[2] _ مخلوفي عبد الوهاب، **التجارة الالكترونية عبر الانترنت**، مرجع سابق، ص 83.

غرف المحادثة هي إحدى طرق التعبير عن الإرادة عبر شبكة الانترنت، حيث يستطيع مستخدم الانترنت من خلالها المحادثة مع شخص أخر في وقت واحد عن طريق الكتابة أو المحادثة الكلامية ،و يشترط لتشغيل نظام المحادثة أن يكون الطرفين متصلين فيقوم هذا البرنامج بتقسيم الصفحة الرئيسية إلى جزأين،حيث يقوم أحد الأطراف بكتابة أفكاره على شاشة جهاز الحاسب الشخصي ،في الجزء الأول ويسري في الوقت نفسه ما يكتبه الطرف الأخر على الجزء الثاني من صفحة البرنامج، فتوفر هذه الوسيلة التعاصر الزمني لتبادل الأفكار و يؤكد التفاعل المعتد به قانونا بين طرفي العقد و مطابقة الإيجاب و القبول لإرادتي المتعاقدين مما يحقق السهولة في انتشار التعاقد عبر الانترنت.

ثانيا:الإيجاب في العقد الإلكتروني

دفعت ثورة المعلومات و الاتصالات و انتشار استخدام شبكة الاتصال في إبرام العقود العديد من مشرعي المنظمات الإقليمية و الدولية على إجازة التعبير عن الإرادة عبر وسائل إلكترونية و هذا ما أخذ به المشرع الجزائري في نص المادة 60 من القانون المدني التي نصت على أنه:"... **و يجوز أن يكون التعبير عن الإرادة إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحا"**

و بمفهوم المخالفة نجد بأن المشرع الجزائري أجاز التعبير بجميع الوسائل فهو بذلك أجاز التعبير حتى بالوسائل الإلكترونية محاولا بذلك مسايرة الثورة المعلوماتية، ويثير التعاقد الإلكتروني العديد من التحديات للنظم القانونية القائمة،ذلك أن العلاقات التجارية التقليدية تمت منذ الفجر التجاري على أساس الإيجاب و القبول بخصوص أي تعاقد و يتميز الإيجاب الإلكتروني، بأنه يتم باستخدام وسيط إلكتروني وهذه الميزة جعلته يتميز بخصوصية تثير جملة من المشكلات بسبب خطورة الآثار المترتبة عليه، إذ أن بمجرد النقر على الفأرة بقبول مطابق يعني موافقة القابل على إبرام العقد،هذه الخصوصية التي مست الإيجاب الإلكتروني قد مست كذلك القبول حيث أصبح يتم في بيئة إلكترونية و هو ما يتطلب تحديد الإطار القانوني لهذا الإيجاب و القبول الإلكتروني وصولا إلى تحديد ماهية كل من هما و خصوصيته[1].

1_ تعريف الإيجاب الإلكتروني:

[1] مخلوفي عبد الوهاب، **التجارة الإلكترونية عبر الانترنت**، المرجع نفسه، ص 87.

يعتبر الإيجاب الإلكترونية الخطوة الأولى لإبرام كافة العقود سواء كانت عقود تقليدية أو عقود إلكترونية، فهو الإرادة الأولى التي تظهر في العقد، فحتى ينعقد العقد بصفة عامة يجب أن يصدر إيجابا من أحد المتعاقدين[1]، ورغم ذلك نجد بأن بعض القوانين إن لم نقل جلها أغفلت إعطاء تعريف للإيجاب[2].

و قد يستند هذا التشريع إلى الفقه أين عرف الإيجاب بأنه:"**عرض كامل و جازم للتعاقد وفق شروط معينة يصدر من أحد المتعاقدين لشخص أو أشخاص آخرين**"[3]،و في المقابل فإن اتفاقية فيينا لسنة 1980 بشأن عقد البيع الدولي للبضائع و ضعت معيارا من خلاله معنى الإيجاب حيث نصت المادة 14 / 1 من الاتفاقية على أنه:" **يعتبر إيجابا أي عرض لإبرام عقد إذا كان موجها إلى شخص أو عدة أشخاص معينين، و كان محددا بشكل كاف إذا عين البضائع و تضمن صراحة أو ضمنا تحديدا للكمية و الثمن أو بيانات يمكن بموجبها تحديدها**".

لقد أورد التوجيه الأوروبي رقم 7/97 المتعلق بحماية المستهلك المتعاقد عن بعد نص يفيد بأن:"**الإيجاب كل اتصال عن بعد يتضمن كافة العناصر اللازمة لتمكين المرسل إليه الإيجاب من أن يقبل التعاقد مباشرة، و يستبعد من هذا النطاق مجرد الإعلان**".

أما عن التشريعات العربية المنظمة للتجارة الإلكترونية فنجدها لم تتضمن تعريفا للإيجاب الإلكتروني رغم أنها أجازت بعضها التعبير بالوسائل الإلكترونية كالقانون التونسي حيث نصت المادة الأولى على أنه:"**يجرى على العقود الإلكترونية نظام العقود الكتابية من حيث التعبير عن الإرادة و مفهومها القانوني و صحتها و قابليتها للتنفيذ في ما لا يتعارض و أحكام هذا القانون.**"[4]

2_ خصائص الإيجاب الإلكتروني:

يختص الإيجاب الإلكتروني بعدة خصائص أهمها:

أن التعبير عن الإيجاب يتم من خلال شبكة عالمية للاتصالات عن بعد و ذلك بوسيلة سمعية و مرئية و أهم الخصائص التي يتميز بها الإيجاب الإلكتروني هي:

أ_ الإيجاب الإلكتروني يتم عن بعد

[1] _عتيق حنان، **مبدأ سلطان الإرادة في العقود الإلكترونية**، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون تخصص قانون التعاون الدولي، معهد الحقوق، المركز الجامعي العقيد أكلي محند اولحاج، البويرة،2012، ص 43.

[2] _هذا الإغفال لم يقتصر على الإيجاب الإلكتروني فقط بل قبل ذلك مس أيضا الإيجاب التقليدي أين اهتم بإعطاء تعريف له الفقه دون التشريع و ذلك كون التعريفات من اختصاص الفقه لا التشريع .

[3] _بلحاج العربي، **النظرية العامة للالتزام...**، مرجع سابق ،ص 68.

[4] _قانون رقم 83 لسنة 2000 التونسي المتعلق بالمبادلات التجارية الإلكترونية .

نظرا لأن العقد المبرم عبر الوسائل الإلكترونية ينتمي إلى طائفة العقود المبرمة عن بعد و من ثمة فإن الإيجاب الإلكتروني ينتمي إلى تلك الطائفة.

ب_ الإيجاب الإلكتروني يتم عبر وسيط إلكتروني

الوسيط الإلكتروني هو مقدم خدمة الانترنت، فهو يتم من خلال الشبكة و باستخدام وسيلة مسموعة و مرئية و ليس هناك ما يحول دون أن يكون الموجب هو نفسه مقدم خدمة الانترنت.

ج _ الإيجاب الإلكتروني الذي يتم بطرق إلكترونية إيجاب دولي

يتم هذا الإيجاب عبر شبة دولية للاتصالات لذلك فهو لا يتقيد بحدود الدول السياسية و الجغرافية ، و يكون الإيجاب الإلكتروني تبعا لذلك إيجابا دوليا نظرا لما تتسم به الشبكة من الانفتاح و العالمية، إلا أنه لا يمنع أن يكون الإيجاب الإلكتروني إقليميا أو محليا،و عليه لكي يعتبر الإيجاب محددا يجب أن يشمل عدة عناصر هامة و هي ضرورة توافر المعلومات التالية:

_ معلومات عن شخصية المورد، و تشمل تلك المعلومات طبقا لقانون المستهلك الفرنسي إثبات شخصية العارض و اسم شركته و أرقام الهواتف و عنوان مركز الإدارة و عنوان الإقامة؛

_ معلومات عن المواصفات الخاصة بالسلع و الخدمات؛

_ معلومات عن مصاريف التسليم ووسائل الدفع و التنفيذ.

و تعتبر هذه المعلومات حق أساسي للمستهلك الذي أقرته التشريعات المختلفة لحماية المستهلك منها المادة 1/4 من التوجيه الأوروبي رقم 97-7 و التي ألزمت المهني بإعلام المستهلك قبل إبرام العقد بحقه في إعادة المنتج خلال سبعة أيام من تاريخ لاستبداله أو لاسترداد ما دفعه[1].

3_ الشروط الواجب توفرها في الإيجاب الإلكتروني

يشترط في القواعد العامة كما سبق القول أن يكون التعبير عن الإرادة إيجابا شرطين أساسيين و هما:

أن يكون الإيجاب محددا و دقيقا أي أن يتضمن الإيجاب كل شروط العقد[1].

[1] _للمزيد من التفصيل في الموضوع راجع مخلوفي عبد الوهاب، **التجارة الالكترونية عبر الانترنت**، مرجع سابق، ص 95.

كما تناول شروط الإيجاب الإلكتروني كل من المواد 1/111، المادة 1/114و المادة 18/121من قانون الاستهلاك الفرنسي و كذا المادة 10 من قانون التوجيه الأوروبي رقم 7/87 بشان عقد البيع عن بعد بالإضافة إلى المادة العاشرة (10)من التوجيه الأوروبي رقم 31/2000 بشان التجارة الالكترونية والمادة 25 من القانون التونسي رقم 83 لسنة 2000 بشان المبادلات التجارية الالكترونية ،ومن خلال هذه النصوص يمكن تقسيم الشروط الواجب توافرها في الإيجاب الإلكتروني إلى عنصرين أساسيين هما شروط خاصة بالشكل وشروط خاصة بالمضمون.

أ-الشروط الشكلية:

لا يكفي لصدور الإيجاب الإلكتروني أن يتوفر على الشروط المعروفة في القواعد العامة بل لابد من توفر شروط خاصة متعلقة بالوسيلة المستعملة لإصدار الإيجاب الإلكتروني و هي كما يلي:

-على مقدم الخدمة أن يعلم المتعاقد معه بالوسيلة التي تسهل عليه فهم كل مضمون الإيجاب بكل بساطة ودون تعقيد.
-يجب أن يتم إصدار الإيجاب بأسلوب مكتوب يسمح بحفظ الشروط التعاقدية الواردة فيه على دعامة إلكترونية أو أية دعامة أخرى، و تفاديا من الوقوع في فخ عقود الإذعان فإنه يستحسن على القانون أن لا يصدر إيجابا إلكترونيا أن يأخذ بعين الاعتبار ما يلي[2]:

_استعمال نصوص قصيرة و جمل بسيطة؛

_استعمال الخط العريض و الحروف الكبيرة؛

_إصدار الإيجاب بوسيلة سمعية أو مرئية، أو سمعية و مرئية.

-باعتبار أن الإيجاب الإلكتروني دولي عابر للحدود فإن اللغة المستعملة لها أهمية بالغة في مجال العقود الإلكترونية،لذا تشترط بعض القوانين استعمال اللغة الوطنية للتعبير عن الإيجاب و هذا ما جاء في نص المادة الثانية من القانون الفرنسي المسمى "قانون توبون،Toubon"، هذا القانون الذي يجعل من الضروري استعمال اللغة الفرنسية في الوصف والإيجاب و التقديم و كذا طريقة الاستعمال ووصف مجال الضمان الخاص بالمنتج و لكن بالرجوع إلى نظام المعلومات نجده يعتمد اعتمادا كبيرا على اللغة الإنجليزية و التي غالبا ما توضع بها البرامج المعلوماتية،إذ أن الهدف من هذا الإجراء هو ضمان

[1] _علي فيلالي،**الالتزامات، النظرية العامة للعقد**، المرجع السابق ،ص 88،...،بلحاج العربي،**النظرية العامة للالتزام**...،مرجع سابق،ص 69.

[2] _مرزوق نور الهدى، **التراضي في العقود الالكترونية**، مرجع سابق، ص 113.

حماية المستهلك لكي يستطيع شراء أو استعمال منتجا أو يستفيد من خدمات و هو يعلم حقيقة طبيعتها و كيفية استعمالها[1].

و يبقى مشكل اللغة قائما في المجال الإلكتروني و ذلك راجع إلى عدم قدرة نظام المعلومات على توحيد اللغات المختلفة للشعوب[2].

- **تحديد النطاق المكاني للإيجاب :**

لا تتقيد التجارة عبر شبكة الانترنت بحدود الدول ،فيمكن أن يظهر الإيجاب على الشبكة في اليابان أقصى الشرق وبيرو أقصى الغرب ،ولذلك نلاحظ بعض العقود تضمن صراحة على ما يمكن أن يسمى بنطاق التغطية ،أي النطاق الذي يغطيه الإيجاب ومن ذلك ما نص عليه عقد المركز التجاري Infonieمن أن (العروض ليست صالحة إلا في الإقليم الفرنسي)كما تضمن المركز التجاري Appelé store على أن هذا المركز يبيع المنتجات في الولايات المتحدة الأمريكية و ألاسكا و هاواي فقط.

و يلاحظ أن هذا الشرط الذي يحدد النطاق الجغرافي للتسليم يقوم بدور مماثل، إلا أنه لا يتعلق بتحديد المنطقة الجغرافية التي يكون الإيجاب صالحا فيها ، و لكن يتعلق بمسألة لاحقة للانعقاد و هي كيفية تنفيذ العقد،ففي حالة الشرط الأول الذي يقيد صلاحية الإيجاب بنطاق جغرافي معين فإن العقد لن ينعقد أصلا إذا قبل الإيجاب شخص يقع موطنه خارج هذا النطاق الجغرافي إذ لن يصادف القبول إيجابا صالحا، و على أي حال فمن الواجب أن يولي الشرط الذي يحدد النطاق الذي يغطيه العرض قدرا كافيا من الأهمية[3] ، و قد أشار البند الرابع من العقد النموذجي للتجارة الإلكترونية في فقرته الثالثة و الرابعة إلى تحديد المنطقة التي يغطيها الإيجاب و كذا المنطقة التي يغطيها التسليم.

ب–الشروط الموضوعية:

إن ممارسة الحرية الاقتصادية تكون في إطار منظم من عدة جوانب حماية للطرف الضعيف و هو المستهلك[4]،و بالرجوع إلى اتفاقية فيينا بشأن عقد البيع الدولي للبضائع نجدها تناولت موضوع الإيجاب في نص المادة 14 التي تنص على أنه:"**يعتبر إيجابا أي عرض في إبرام عقد إذا كان موجها إلى شخص أو عدة أشخاص معينين، و كان محددا**

[1] _مخلوفي عبد الوهاب، **التجارة الالكترونية عبر الانترنت**، مرجع سابق ، ص 97.

[2] _مرزوق نور الهدى ، **التراضي في العقود الالكترونية**، مرجع سابق، ص 114.

[3] _عيطر محمد أمين، **إبرام العقد الإلكتروني** ...، مرجع سابق، ص 36، أيضا مخلوفي عبد الوهاب، **التجارة الالكترونية عبر الانترنت**، مرجع سابق، ص 98.

[4] _خالد زريقا ، **عقود التجارة الإلكترونية** ....، مرجع سابق ، ص 133.

بشكل كاف و تبين منه اتجاه قصد الموجب إلى الالتزام به في حالة القبول.و يكون العرض محددا بشكل كاف إذا عين البضائع و تضمن صراحة أو ضمنا تحديدا للكمية و الثمن أو بيانات يمكن بموجبها تحديدها.

و لا يعتبر العرض الذي يوجه إلى شخص أو أشخاص غير معينين إلا دعوى إلى الإيجاب ما لم يكن الشخص الذي صدر منه العرض قد أبان بوضوح عن اتجاه قصده إلى خلاف ذلك".

من خلال هذا النص يتضح لنا بأن المادة تناولت نفس الشروط المعروفة في القواعد العامة المتعلقة بالإيجاب التقليدي و هي الدقة أي أن يكون الإيجاب دقيقا و تحديد المسائل الأولية و من ثمة هذه الشروط الموضوعية تتمثل فيما يلي:

-الدقة في صياغة الإيجاب الإلكتروني:

تتحقق هذه الدقة في تحديد المسائل الجوهرية في التعاقد و إلا اعتبر مجرد دعوى للتعاقد و يمكن حصر هذه المسائل الجوهرية في تحديد هوية الأطراف، وصف المنتج أو الخدمة، تحديد الثمن و كذا تحديد طريقة التعاقد.[1]

-تحديد هوية الأطراف المتعاقدة:

باعتبار أن الإيجاب الإلكتروني يتم باستعمال تقنيات الاتصال الحديثة و حماية للمستهلك من مستخدمي هذه التقنيات الحديثة باعتباره الطرف الضعيف في هذه الحلقة ،فقد تناول قانون الاستهلاك الفرنسي هذا الشرط في نص المادة 18/121 الذي نصت على أنه:"**ينبغي في كل إيجاب لبيع أموال أو تقديم خدمات عن بعد أن يلتزم المهني بأن يوضح للمستهلك اسم مشروعه و أرقام هواتفه و عنوان مركز إدارته إذا كان مختلفا عن المنشأة المسؤولية عن الإيجاب"**[2].

كما سار على هذا المنوال قانون المعاملات الإلكترونية التونسي رقم 83لسنة 2000 في نص المادة 25 منه التي نصت على أنه :"**يجب على البائع في المعاملات التجارية و الإلكترونية أن يوفر للمستهلك بطريقة واضحة، و مفهومة قبل إبرام العقد المعلومات التالية:هوية و عنوان و هاتف البائع...**".

بالإضافة إلى قانون التوجيه الأوروبي رقم 7-97بشأن البيع عن بعد نص على هذا الشرط في المادة 1/4 أين ينبغي على المهني قبل إبرام العقد أن يقوم بإعلام المستهلك بقائمة من البيانات الإلزامية و قد أوضح التوجيه الأوروبي رقم 2000/31 الصادر في 8جانفي 2000 بشأن التجارة الإلكترونية كما يلي:"**يوضح البائع لعميله:-اسم شركته، عنوانه الجغرافي و عناصر تحديد هويته.**

[1] _محمد أمين الرومي، **التعاقد الإلكتروني عبر الانترنت**....، مرجع سابق، ص 97.

[2] _نقلا عن مرزوق نور الهدى، **التراضي في العقود الالكترونية**...، مرجع سابق، ص ص 116 -117.

– وصف الخدمة أو المنتج و تحديد الثمن."

يشترط في الإيجاب الإلكتروني أن يحترم المتعاقد مقتضيات العقد بوضوح كأن يصف البضاعة وصفا دقيقا[1].

و قد تناولت المادة 1/14 من اتفاقية فيينا السالفة الذكر أن الإيجاب يكون محددا بشكل كاف إذا عينت فيه البضائع محل البيع و حددت كميتها صراحة أو ضمنيا، كما تناولت نفس المادة على وجوب تحديد ثمن البضاعة تحديدا صريحا أو ضمنيا و بيان مدى شموله على نفقات النقل و الرسوم الجمركية و الضرائب [2].

–تحديد طريقة التعاقد و اتجاه الإرادة للتعاقد:

إن التعبير عن الإيجاب يعد تعبيرا عن إرادة اتجهت قانونا إلى التعاقد ،بحيث يتحقق الرضا بمجرد تلاقي القبول بالإيجاب اتجاه نية الموجب للتعاقد إذا أبدى عن نيته بشكل كامل و محدد ،و ذلك بأن تكون عبارات الإيجاب دالة على العزم و التصميم على إتمام العقد[3].

و عن تحديد طريقة التعاقد فعلى المهني أن يحدد في إيجابه الطريقة الواجب إتباعها للتعاقد و مراحل إبرام العقد و إلا اعتبر عرضه مجرد إعلان و هذا ما نصت عليه المادة 1/134من قانون الاستهلاك الفرنسي[4].

–تحديد مدة الإيجاب:

الأصل انه إذا كان الإيجاب مفتوح أي غير محدد المدة ،فإنه يكون غير ملزم قبل وصوله إلى علم الموجه إليه فللموجب أن يعدل عن إيجابه طالما لم يقترن بالقبول ،لكن يكون ملزما إذا حدد له التاريخ ،هذا بالنسبة للإيجاب التقليدي ،أما بالنسبة للإيجاب الإلكتروني فإنه خروجا عن القواعد العامة فإن القواعد الحديثة تشترط في الإيجاب الإلكتروني تحديدا دقيقا لوقت صلاحية الإيجاب والهدف من تحديد تاريخ صلاحية الإيجاب هو رغبة من المشرع لحماية المستهلك و استقرار المعاملات الإلكترونية و تعزيز الثقة بين المتعاقدين،وكذا تنظيم المعاملات وعدم انتشار الفوضى .

من خلال ما سبق يتضح لنا بأن الإيجاب الإلكتروني لا يخرج عن مفهوم الإيجاب التقليدي ،وإن اختلفت وسيلته فالعروض التي تتم عبر شبكة الانترنت لا يعتبر إيجابا إلكترونيا ما لم تتوفر فيه شروط الإيجاب التقليدي،فيثير الإيجاب الإلكتروني في التعاقد عبر شبكة الانترنت شكوكا ،خاصة و صعوبات معينة لا تثار في الذي يعبر عن الإيجاب بالوسائل التقليدية ،و أساس ذلك هو التباعد لمكاني بين طرفي العقد ،و لهذا وجب أن يتضمن الإيجاب الإلكتروني بعض العناصر

---

[1] _نضال إسماعيل برهم، **أحكام عقود التجارة الإلكترونية**...، مرجع سابق، ص 37.

[2] _مرزوق نور الهدى ، **التراضي في العقود الإلكترونية**...، مرجع سابق، ص 118.

[3] _حمودي ناصر، **النظام القانوني لعقد البيع الدولي الإلكتروني**...، مرجع سابق ،ص 161.

[4] _مرزوق نور الهدى ، **التراضي في العقود الإلكترونية**...، المرجع نفسه، ص 119.

التي تكفل الشفافية و الوضوح في التعاقد كتحديد الشخصية بوضوح لمعرفة الأهلية للمتعاقد و كذا سلامة المستندات المقدمة من قبل المتعاقدين و عرض صفات المنتج بدقة[1] .

و من هنا نجد بأن الإيجاب في العقد الإلكتروني يختلف عن الإيجاب في العقد التقليدي بطريقة صدوره، فالإيجاب في العقد التقليدي يكون مكتوبا على دعامة ورقية ،في حين الإيجاب في العقد الإلكتروني يكون عن طريق الانترنت التي أوجدت نوعا جديدا من الكتابة و هي الكتابة الإلكترونية.

ثالثا:القبول في العقد الإلكتروني

لا يكفي لإبرام العقد وجود الإيجاب لوحده بل لابد من وجود إرادة ثالثة تتضمن قبولا للإيجاب ، فالعقود الإلكترونية شأنها شأن العقود التقليدية فهي تتطلب صدور قبول إلكتروني مطابق للإيجاب الإلكتروني فالقبول بصفة عامة هو التعبير عن إرادة من وجه إليه الإيجاب في إبرام العقد و قد عرفت اتفاقية فيينا لسنة1980 بشأن عقد البيع الدولي على نحو لا يكاد يخرج عن القواعد العامة حيث نصت المادة 1/18 على أنه:"**يعتبر قبولا أي بيان أو أي تصرف صادر من المخاطب يفيد الموافقة على الإيجاب** ... ".

و عليه لانعقاد العقد يجب أن يتطابق القبول مع الإيجاب بكل جوانبه فإذا اختلف القبول عن الإيجاب اعتبر إيجابا جديدا و ليس قبولا، فالقبول الإلكتروني لا يختلف عن القبول التقليدي سوى أنه يتم بوسائط إلكترونية و يتم عن بعد و لذلك فهو يخضع بحسب الأصل للقواعد و الأحكام العامة التي تنظم القبول العادي أو التقليدي و لكنه يتميز ببعض القواعد الخاصة به التي ترجع إلى طبيعته الإلكترونية.

1_ ماهية القبول الإلكتروني:

القبول الإلكتروني يتم التعبير عنه عن طريق وسيلة إلكترونية ، و تتعد مظاهر هذا القبول في التعاملات الإلكترونية من خلال الضغط على مفاتيح الموافقة أو القبول، و يتضمن نموذج العقد خانات تحتوي على عبارات تفيد قبول التعاقد (نعم،oui، yes)أو رفضه(لا،No،Non) و يتم القبول بمجرد قيام المرسل إليه بالضغط على مفاتيح القبول بالحاسب الآلي أو بالضغط بالمؤشر على الخانة المحددة للقبول بالعقد، كما يمكن أن يتم القبول عن طريق الهاتف أو غرفة المحادثة أو البريد الإلكتروني[2].

[1]-رؤى عبد الستار صالح وخمائل عبد الله ،**الإيجاب في العقود الإلكترونية**، مرجع سابق، ص 4.

[2]_مخلوفي عبد الوهاب، **التجارة الإلكترونية عبر الانترنت**، مرجع سابق، ص 99.

يتعين حتى ينتج القبول الإلكتروني أثاره القانونية أن يكون مطابقا للإيجاب في جميع جوانبه لا يزيد و لا ينقص و لا يعدل فيه، و أي خلاف بين القبول و الإيجاب يعتبر إيجابا جديدا، و المطابقة هنا تكون في العناصر الجوهرية و الثانوية الأصل في تطابق القبول و الإيجاب هو التطابق التام في كل المسائل التي تناولها الإيجاب.

إن معظم القوانين تقرر أن تطابق القبول و الإيجاب على المسائل الجوهرية يكفي لانعقاد العقد وهذا ما جاء في نص المادة 65من القانون المدني الجزائري التي نصت على أنه:"**إذا اتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية في العقد واحتفظا بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد و لم يشترطا أن لا أثر للعقد عند عدم الاتفاق عليها،اعتبر العقد مبرما و إذا قام خلاف على المسائل التي لم يتم الاتفاق عليها ،فإن المحكمة تقضي فيها طبقا لطبيعة المعاملة ولأحكام القانون ،والعرف،و العدالة .**"

فالمشرع الجزائري ومن خلال نص هذه المادة المذكورة أعلاه يتضح لنا أنه على أطراف المتعاقدة الاتفاق على المسائل الجوهرية للعقد،و أن عدم الاتفاق على المسائل التفصيلية أو إرجاء الاتفاق عليها فيما بعد لا يؤثر على صحة العقد، كما نصت على نفس الأحكام المادة 2/100 من القانون المدني الأردني التي تقابلها المادة 95من القانون المدني المصري حيث تتفق هذه القوانين في الإشارة إلى أنه :"**إذا اتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية في العقد واحتفظا بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد ولم يشترطا أن العقد لا يتم عند عدم الاتفاق عليها فإن المحكمة تقضي فيها طبقا لطبيعة المعاملة ولأحكام القانون و العرف والعدالة .**"

كما أنه لا يقصد بالمطابقة التامة ،المطابقة في الصيغ أو الألفاظ بل في الموضوع بين المسائل الثانوية والمسائل الجوهرية ، وقد أشار القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية في البند السابع بعنوان (قبول العرض) إلى موافقة المشتري يجب أن تتضمن تحديدا لبعض العناصر[1].

أ_ تعريف القبول الإلكتروني:

إن خلت معظم التشريعات من تعريف قانوني للقبول شأنها في ذلك شأن معالجتها للإيجاب، إلا أنه نجد القانون المدني الأردني نص في مادته 91 على أنه:"**اللفظ الثاني الذي يستعمل عرفا لإنشاء العقود**"[2].

بينما لم يتضمن القانون المدني المصري نصاً يعرف القبول الإلكتروني، فالقبول بشكل عام هو الإرادة الثالثة في العقد التي تعبر عن موقف الطرف الثاني، وتعرف المادة1/18 من اتفاقية فيينا لسنة 1980 المتعلقة بعقد البيع الدولي للبضائع بأنه :"**يعتبر قبولا أي بيان أو أي تصرف آخر صادر من المخاطب يفيد الموافقة على الإيجاب .**" ويتم التعبير عن

[1] _مخلوفي عبد الوهاب، **التجارة الإلكترونية عبر الانترنت**، مرجع سابق، ص100

[2] _نقلا عن حمودي ناصر، **النظام القانوني لعقد البيع الدولي الإلكتروني**...، مرجع سابق، ص 166.

القبول بواسطة شبكة الانترنت بإحدى الطريقتين ، إما من خلال العرض نفسه أو يتم التعبير عن القبول بواسطة البريد الإلكتروني ،وذلك بأن يقوم القابل بإرسال رسالة إلكترونية تتضمن قبوله [1].

ب_ الشروط الواجب توافرها في القبول الإلكتروني:

من الشروط الواجب توافرها في القبول الإلكتروني أن يكون مطابقا للإيجاب فإذا لحق الإيجاب تعديل أو نقص فيه فإن العقد لا ينعقد و يعد مثل هذا القبول رفضا يتضمن إيجابا جديدا[2].

تقضي القواعد العامة بأن القبول يكون صريحا أو ضمنيا كما يتم بأي شكل من الأشكال التي يرد التعبير فيها عن القبول بمختلف الطرق و المسائل بما فيها الكتابة أو شفاهة، غير أن بعض صور القبول لا تتلائم و طبيعة شبكة الانترنت القبول الشفهي، و لا يشترط في القبول شكل معين غير أن هناك بعض التشريعات اشترطت أن يتم توجيه القبول بنفس طريقة توجيه الإيجاب[3].

و مثال ذلك ما نصت عليه المادة 2/206 من القانون التجاري الأمريكي الموحد حيث نصت على أنه:"**التعبير عن الإرادة في القبول يتم بذات طريقة الإيجاب**"، فإذا صدر الإيجاب عن طريق البريد الإلكتروني فعلى القابل أن يوجه قبوله بنفس الطريقة أي أن يكون عن طريق البريد الإلكتروني و من ثمة فإن أهم الشروط الواجب توافرها في القبول الإلكتروني حتى ينتج أثاره القانوني أن يكون القبول صريحا وواضحا و صادر عن إدراك و أن يكون غير مشروط و أخيرا أن يكون القبول مطابقا للإيجاب[4].

فالتعبير يكون بعدت طرق قد يكون بالفظ أو الإشارة أو باتخاذ موقف لا يدع أي مجال للشك،كما قد يكون السكوت تعبيرا عن القبول سواء كان ذلك بناء على نص قانوني أو اتفاق بين طرفين [5].

---

[1] _محمد إبراهيم أبو الهيجاء،**عقود التجارة الإلكترونية(العقود الإلكترونية –المنازعات العقدية و غير العقدية–القانون الواجب التطبيق)**دار الثقافة للنشر و التوزيع ،طبعة 2005، د ب ن، ص 48.

[2] _عبد الرزاق أحمد السنهوري، **الوسيط في شرح القانون المدني الجديد**، مرجع سابق، ص 28.

[3] _طمين سهيلة ، **الشكلية في العقود الإلكترونية** ،مرجع سابق، ص 38، أنظر كذلك خالد ممدوح إبراهيم ، **إبرام العقد الإلكتروني** ...،مرجع سابق ،ص 341.

[4] _حمودي ناصر، **النظام القانوني لعقد البيع الدولي الإلكتروني** ...، مرجعسابق، ص 175.

[5] _ حمودي ناصر، **النظام القانوني لعقد البيع الدولي الإلكتروني** ...، المرجع نفسه ،ص 196.

ج–طرق التعبير عن القبول الإلكتروني:

يتم التعبير عن القبول الإلكتروني بعدة طرق، منها:الكتابة أو باستخدام التوقيع الإلكتروني عبر البريد الإلكتروني أو عن طريق اللفظ من خلال غرف محادثة أو عن طريق التنزيل عن بعد من خلال تنزيل برنامج أو منتوج أو سلعة عبر الانترنت و تحميلها على جهاز الكمبيوتر الخاص بالقابل، و قد يكون القبول الإلكتروني عن طريق إلزام بعض المواقع الإلكترونية لمن يتعامل معها بأن يحرر"أمر بالشراء" على صفحة_web، فأهم طريقة للتعبير عن القبول الإلكتروني هي النقر مرة واحدة بالموافقة على الخانة الخاصة بذلك.

لقد اتجه البعض إلى القول بأن القبول يتحقق بمجرد الضغط على أيقونة القبول أو لمسها، فالضغط على الأيقونة يعد كافيا للتعبير عن القبول أو يسمح بإتمام العقد إذا وصل إلى علم من وجه إليه القبول، و مع ذلك فقد يشترط على الموجب في إيجابه و بغرض التأكد من صحة إجراء القبول ،أن يتم عن طريق النقر مرتين على الأيقونة المخصصة للقبول و الموجودة على الشاشة، فلا يكون المستهلك طرفا في الرابطة العقدية إلا بإتمام هذا الإجراء فالعقد لا يتم إلا بعد قيام المستهلك بالنقر المزدوج ،فالنقر مرة واحدة لا يأخذ في الحساب و لا يرتب أثاره القانونية إلا إذا تم التأكد من جانبه.

لكن أمام الخاصية التي يتميز بها العقد الإلكتروني أنه عقد يتم عن بعد و كونه يتسم بالطابع الاستهلاكي عن غيره من العقود الأخرى، فإنه من الضروري و حماية للمستهلك أن تشترط جل التشريعات الخاصة بالعقد الإلكتروني و التجارة الإلكتروني ،أن يتم التعبير عن القبول بتكرار النقر على الأيقونة المخصصة للقبول، و قد أكد التوجيه الأوروبي على ضرورة تأكيد القبول عن طريق الضغط مرتين على خانة القبول مرتين حتى يتم حماية المستهلك[1].

و من جانبه قد نص المشرع الفرنسي في البند الثالث من العقد النموذجي الفرنسي للتجارة الإلكترونية على إلزامية هذا التأكيد في تحديده لمعنى مصطلح "النقر المزدوج" على النحو التالي[2].

قد ورد في نص المادة 11 من القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية الأونيسترال على أنه:"**يجوز استخدام رسائل البيانات للتعبير عن القبول ،وأن العقد لا يفقد صحته أو قابليته للتنفيذ لمجرد استخدام رسالة بيانات لهذا الغرض**"،كما جاء أيضا في نص المادة 10 من القانون البحريني للتجارة الإلكترونية الصادر في 14 سبتمبر 2002 على

[1] _عيطر محمد أمين، **إبرام العقد الإلكتروني و إثباته**، المرجع السابق ،ص ص 37-38.

[2]_ **Double clic** :Récitation de la validation du bon de commande par le consommateur un bon du command rempli et validé une première fois n'est jamais puis en compte sons la confirmation du consommateur :(voulez-vous vraiment commander les produits figurant sur le bon command) نقلا عن عيطر محمد أمين، **إبرام العقد الإلكتروني** ...،المرجع نفسه،ص ص 38_39.

أنه :"**يجوز التعبير عن إرادة القبول بالوسائل الإلكترونية** "،و قد أثارة مسألة حجية النقر على الأيقونة المخصصة للقبول تساؤلات أمام القضاء بالولايات المتحدة الأمريكية و مدى اعتبار هذا النقر تعبيرا كافيا عن القبول.

أجاب القضاء الأمريكي باعتبار هذا الفعل بمثابة القبول ،غير أنه يجب أن يكون التعبير حاسما لذلك يجب أن يتضمن العقد ما يسمى برسالة القبول النهائي ،وذلك لتجنب الوقوع في أخطاء تلقائية أو عفوية قد تصدر من اليد أثناء العمل على جهاز الكمبيوتر ،و قد تأتي هذه الرسالة على شكل تساؤلات مثل "هل تؤكد القبول "و تكون الإجابة "نعم " أو "لا" ،و على شكل طلب بالتعبير عن القبول بإحداث نقرتين متتاليتين على الأيقونة المخصصة لذلك بدلا من نقرة واحدة أثار العقد النموذجي الفرنسي في بنده السابع بعنوان "قبول العرض"إلى أن موافقة المشتري يجب أن تتضمن تحديدا لبعض العناصر و هو الشيء أو الخدمة المتعاقد عليها و الثمن و طريقة الوفاء و طريقة التسليم و الطريقة التي تتم بها الخدمة ما بعد البيع ، ومن الواضح أن الإشارة لهذه العناصر تستهدف ضمان اتفاق القبول مع الإيجاب في العناصر الرئيسية للعقد والتي لا ينعقد دون الاتفاق عليها [1].

-التعبير الصريح عن القبول الإلكتروني:

يتم القبول بوسيلة مكتوبة عبر تقنيات الاتصال الحديثة، وهذا ما يسهل عملية إثباته إذا ما حدث نزاع بين الطرفين المتعاقدين، حيث أزال استخدام التقنيات الحديثة الطابع المادي في مجال التعبير عن القبول فغالبا ما يتم التعبير عن القبول الإلكتروني بالنقر على زر القبول أو عن طريق البريد الإلكتروني[2].

- **النقر على زر القبول:**

غالبا ما يتم القبول الإلكتروني عن طريق ملء استمارة تتخذ نموذج طلب معروض على الانترنت و يقوم الشخص الموجه إليه الإيجاب بتدوين المعطيات الشخصية الخاصة به و التي تعتبر ضرورية للعقد المزمع إبرامه، و يعبر الشخص عن قبوله باستخدام أيقونة الحاسوب بالضغط على الخانة المخصصة للقبول تدل على الموافقة فينعقد العقد بمجرد الضغط على أيقونة القبول[3].

[1] _ مخلوفي عبد الوهاب، **التجارة الإلكترونية عبر الانترنت**، مرجع سابق، ص ص 106-107.

[2] _مرزوق نور الهدى، **التراضي في العقود الإلكترونية**، مرجع سابق, ص 125.

[3] _طمين سهيلة، **الشكلية في العقود الإلكترونية**، مرجع سابق، ص 45.كذلك مرزوق نور الهدى، **التراضي في العقود الإلكترونية**، المرجع نفسه، ص 125.

- **القبول عبر البريد الإلكتروني:**

إن التعبير عن القبول بواسطة البريد الإلكتروني يعد من الوسائل و الطرق الأكثر شيوعا من قبل المنتجين و زبائنهم ،و يقترب أن يكون بريدا عاديا باعتبار أن كليهما يتضمن عنوانا محددا معرض للضياع قبل أن يصل إلى العنوان المطلوب ،أين يستعين كليهما بطرف ثالث يكون وسيطا لإيصال الرسالة إلا أن البريد الإلكتروني له بالمقابل مزايا تتماشى و التجارة الإلكترونية في كونه يوفر السرعة و الكفاءة و دقة متناهية في التواصل و بالمقابل له مساوئ تعرض صاحب البريد الإلكتروني لمخاطر و خيمة في حالة التعدي على الموقع[1].

اعتبر المشرع الفرنسي البريد الإلكتروني بمثابة محرر عرفي و قد حذى حذوه المشرع الجزائري أين استحدث المادة 323مكرر1 من التقنين المدني التي نصت على أنه:"**يعتبر الإثبات بالكتابة في الشكل الإلكتروني كالإثبات بالكتابة على الورق** ..." ، و سوى بذلك بين حجية الكتابة الإلكترونية و الكتابة العادية ،فالتعبير عن القبول عن طريق البريد الإلكتروني يعد أحسن طريقة لسهولة التأكد من إرادة القابل بكل وضوح.

- **القبول عن طريق المشاهدة:**

يمكن للقابل أن يعبر عن قبوله عن طريق المحادثة ،و هذا نتيجة للوسائل التي استحدثتها التطورات التكنولوجية كما يتم التعبير عن القبول كذلك باستعمال الكاميرات فتتحول الحديث إلى المشاهدة، و بذلك نكون أمام مجلس عقد افتراضي باعتبار أن الطرفين المتعاقدين يشاهدون ويسمعون بعضهم البعض مباشرة [2].

-التعبير الضمني عن القبول الإلكتروني:

يتم التعبير عن القبول صراحة أو ضمنيا و ذلك بقيام من وجه إليه الإيجاب بأي تصرف أو عمل يفيد الموافقة على الإيجاب كالبدء في تنفيذ العقد أو القيام بأي تصرف يفيد الموافقة على إبرام العقد ، و لقد ثار جدل فقهي بين مؤيد و معارض حول جواز التعبير الضمني عن القبول الإلكتروني أين نجد أن هناك مؤيد و معارض فهناك من اعتراف به و جانب أخر رفضه باعتبار أن القبول الإلكتروني يتم عن طريق أجهزة إلكترونية لا يمكن استخلاص و استنتاج إرادة المتعاقد.[3]

و هنا نتساءل عن مدى صلاحية السكوت للتعبير عن القبول الإلكتروني؟

---

[1] _منابي فراح ، **أدلة الإثبات الحديثة في القانون** ، مرجع سابق ، ص 95.

[2] _خالد ممدوح إبراهيم، **إبرام العقد الإلكتروني**...، مرجع سابق، ص 268.

[3] _عتيق حنان، **مبدأ سلطان الإرادة في العقود الإلكترونية**، مرجع سابق ، ص 61.

الأصل أن السكوت لا يعد تعبيرا للقبول و ذلك أخذا عن القاعدة الفقهية القائلة "لا ينسب لسكت قولا"،كما أن الأصل العام في القبول التقليدي يمكن أن يتم صراحة أو ضمنا فإن الغالب أن يتم القبول الإلكتروني صراحة إذ يصعب مع هذا النوع من القبول أن يتم ضمنيا فهو يتم عن طريق أجهزة و برامج إلكترونية تعمل أليا و هذه الأجهزة لا يمكنها استنتاج إرادة المتعاقد.

أكدت اتفاقية فيينا للبيع الدولي للبضائع في مادتها 1/18 التي تصت على أنه:"... **أما السكوت أو عدم القيام بأي تصرف فلا يعتبر أي منهما في ذاته قبولا** "، و كذا أخذ بها المشرع الجزائري في نص المادة2/68من القانون المدني الجزائري على أنه:"**إذا كانت طبيعة المعاملة ،أو العرف التجاري ،أو غير ذلك من الظروف ،تدل على أن الموجب لم يكن لينتظر تصريحا بالقبول فإن العقد يعتبر قد تم ،إذا لم يرفض الإيجاب في وقت مناسب** ".

فمن خلال نص هاتين المادتين يتضح لنا بأن السكوت الذي لا يعتبر تعبيرا عن القبول، هو السكوت المجرد من أي ظرف ملابس له ، ومنه يفهم أن هناك استثناءا عن الأصل فإن السكوت يمكن أن يكون تعبيرا عن الإرادة و يعتبر قبولا بناءا على نص في القانون أو اتفاق طرفي العقد إذا أحاطت به ظروف ملابسة من شأنها أن تفيد دلالته على الرضا وهذا ما قضت به المادة 60 من التقنين المدني الجزائري التي تنص على أنه :"...**و يجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمنيا إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحا** ."

كما يعد السكوت قبولا إذا اتفق أطراف التعاقد أثناء المفاوضات صراحة ،على اعتبار سكوت من وجه إليه الإيجاب قبولا في ظروف معينة ،و مثال ذلك أن يتفق الأطراف على اعتبار السكوت قبولا إلا إذا مضت مدى معينة دون رد أو كانت طبيعة التعامل تقضي بذلك أو العرف .

غير أن هذه الحالات الاستثنائية لا يمكن قبولها على علتها ،في القبول الإلكتروني نظرا لحداثة التعاقد عبر شبكة الانترنت فلا يمكن القول بأن العرف يلعب دورا فعالا في هذا المجال لعدم وجود معاملات سابقة و مستقر عليها تصل إلى مرحلة التعاقد ،كما لا يمكن اعتبار السكوت الملابس تعبيرا عن القبول الإلكتروني كما في حالة التعامل السابق بين المتعاقدين و الذي يحدث كثيرا عبر شبكة المعلومات الإلكترونية ،فإن ذلك لا يكفي من الناحية العملية لاعتبار السكوت قبولا إلا إذا كان هناك اتفاق صريح أو ضمني بين أطراف العقد[1].

و تطبيقا لذلك فإنه يجوز اعتبار السكوت قبولا أو رفضا في التعاقد الإلكتروني بحسب الأحوال، و ذلك إذا كانت طبيعة التعامل أو العرف التجاري يدل على ذلك أو هناك تعامل سابق بين المتعاقدين أو اتفاق صريح بينهم،نظرا لأهمية مسألة مدى اعتبار السكوت قبولا إلكترونيا إلا أنه لم يرد في أي من التشريعات العربية أو الأجنبية المتعلقة بالمعاملات

[1]-مخلوفي عبد الوهاب، **التجارة الإلكترونية عبر الانترنت**، مرجع سابق ،ص ص 108-109.

الإلكترونية أي نص يشير إلى اعتبار السكوت وسيلة يعتد بها للتعبير عن القبول، و من ثمة يمكن القول بأنها مسألة موضوعية تدخل في إطار السلطة التقديرية للقاضي و لا يخضع في ذلك لرقابة محكمة النقض

د_ العدول عن القبول الإلكتروني:

من أجل مواجهة ما تقرره القوانين للمستهلك من أحقية الرجوع عن قبوله و لما كانت البيئة الإلكترونية توصف باللامادية و كان التعبير عن الإرادة غيرها قد يأتي بأي صور ممكنة كالضغط على أيقونة القبول،تعطي بعض التنظيمات القانونية المتعلقة بالمعاملات مع المستهلكين الموجه إليه عرض الإيجاب وبعد قبوله،و هو ما يعني تخويل القابل حق نقض العقد بعد انعقاده و من ثم فإن هذا الحكم المخالف لقاعة العقد شريعة المتعاقدين،يجب النص عليه إما في اتفاق المتعاقدين ،أو في نص قانوني ، فإذا وجد ما يبرر تراجع القابل عن قبوله فلابد أن يتحمل نتائج اختياره ،و نجد حق الرجوع هذا مقررا في تعليمات الإتحاد الأوروبي و أيضا القانون الإنجليزي و القانون الفرنسي بشأن العقود المبرمة عن بعد مع المستهلكين[1] .

فوفقا للتعليمات المذكورة أعلاه،يكون للمستهلك و خلال سبعة أيام حق الرجوع عن التعاقد ،سواء تعلق الأمر بسلعة أو بخدمات و تصبح مدة الرجوع المتاحة للمستهلك ثلاثة أشهر إذا لم يكن المورد قد زوده بالمعلومات المطلوبة ،و لكن المستهلك يتحمل في جميع الأحوال تكاليف إعادة السلعة و لا تنطبق قاعدة حق المستهلك في الرجوع لبعض العقود،مثل عقود تزويد الخدمات إذا بدأ في تنفيذها ،و عقد توريد السلع والخدمات إذا كان الثمن أو المقابل يجري تحديده وفقا لمؤشرات و المتغيرة في السوق ،و عقد توريد السلع المصنعة بمواصفات حددها المستهلك و تلك التي تكون سريعة التلف ،و أيضا عقود توريد التسجيلات السمعية البصرية ،و برامج الكمبيوتر إذا جرى ختمها ،و يرجع السبب في ذلك في امتناع ممارسة الحق في الرجوع في تلك العقود المحافظة على حقوق الملكية الفكرية الثابتة عل التسجيلات و البرامج ،باعتبارها من الأعمال أو المصنفات الممكن نسخها بعد فتحها.

فوفقا للقواعد العامة فإن العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه أو تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقررها القانون و هذا ما يعرف بالقوة الملزمة للعقد فمتى تم التقاء الإيجاب بالقبول و قام العقد فإن تنفيذه يصبح ملزما و لا رجعة فيه،إذ أنه متى صدر القبول مطابقا للإيجاب انعقد العقد، و بالتالي لا يحق لمن صدر عنه القبول أن يرجع عن هذا القبول ، و لكن نظرا لأن المستهلك للعقد الإلكتروني ليس لديه الإمكانية الفعلية لمعاينة السلعة والإلمام بخصائص الخدمة قبل إبرام العقد، فإنه يجب أن يتمتع بحق العدول

لقد أقرت العديد من التشريعات كالقانون الفرنسي و القانون الأمريكي، و القانون الإنجليزي، أحقية المستهلك في العدول عن القبول في العقد الإلكتروني و ذلك خلال الفترة التي يسمح له فيها بذلك، و تختلف هذه المدة من قانون

[1] –أحمد شرف الدين،**الإيجاب والقبول في التعاقد الإلكتروني و تسوية منازعاته**، مرجع سابق، ص 14 .

لأخر باعتبار أن المستهلك في التعاقد عن بعد لا يرى المنتج أو السلعة، فقد يتسلم منتجا لا يتفق و المواصفات التي اتفق عليها الطرفان المتعاقدان وقت التعاقد،و من ثمة يحق له إرجاع هذا المنتج خلال فترة معينة.

كما نص التقنين في الاستهلاك الفرنسي على حق المستهلك في العدول عن القبول من خلال نص المادة 26/121 التي نصت على أنه يحق للمشتري في كل عملية بيع عن بعد إعادة المنتج خلال سبعة أيام كاملة تبدأ من تاريخ تسلمه سواء لاستبداله أو استرداد ثمنه دون مسؤولية أو نفقات فيما عدا تكاليف الرد.

كما قرر التوجه الأوروبي رقم7/97 الصادر في 20 مايو 1997 السالف الذكر هذا الحق أيضا أين نص في المادة 1/2 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 و السلع، أما بالنسبة للخدمات فإن مهلة السبعة أيام تبدأ من تاريخ إبرام العقد أو من تاريخ كتابة المورد الإقرار الخطي ،و تصل هذه المدة ثلاثة أشهر إذا تخلف المورد عن القيام بالتزامه بإرسال إقرار مكتوب يتضمن العناصر الرئيسية للعقد[1].

و يكون الحق في العدول عن القبول أو الحق في الرجوع عن طريق استبدال المبيع بأخر أو برد المبيع و استرداد الثمن، و ممارسة المستهلك لحقه في الرد في هذه الحالة يمس جوهر التعاقد بما يعتبر اعتداء على مبدأ القوة الملزمة للعقد.

و إذا كان كل من القانون الفرنسي و التوجيه الأوروبي قد اتفقا على حق العدول إلا أن التوجيه الأوروبي الخاص بالبيع عن بعد له مجال أوسع حيث يتضمن حق المستهلك في العدول عن المنتجات و الخدمات بعكس القانون الفرنسي الذي اقتصر حق العدول على المنتجات فقط دون الخدمات، و مع ذلك فإن التمتع بهذا الحق ليس مطلقا،كما نص القانون التونسي للمعاملات الإلكترونية في المادة 29 على أنه يمكن للمستهلك العدول عن الشراء في مدة عشرة أيام عمل تبدأ بالنسبة للمنتجات من تاريخ تسلمها و بالنسبة للخدمات من تاريخ إبرام العقد، و لكن هذا القانون قرر استثناء على حق المستهلك في العدول في الحالات التالية:

-إذا طلب المستهلك توفير الخدمة قبل انتهاء أجل العدول عن الشراء و يوفر البائع ذلك.

-إذا تم تزويد المستهلك بمنتجات حسب متطلبات شخصية أو تزويده بمنتجات لا يمكن إعادة إرسالها تكون قابلة للتلف أو الفساد لانتهاء مدة صلاحيتها

- شراء الصحف و المجلات[2].

[1] - مخلوفي عبد الوهاب، **التجارة الإلكترونية عبر الانترنت**، مرجع سابق، ص ص 110-111.

[2] _خالد ممدوح إبراهيم، **إبرام العقد الإلكتروني**...، مرجع سابق، ص276.

الفرع الثالث

المحل والسبب في العقد الإلكتروني

لكي يكتمل العقد الإلكتروني ولكي يكون صحيحا يجب أن يتوافر فيه كذلك ركني المحل و السبب، حيث يشترط فيهما أن يتفق مع ما تقرره القواعد العامة للعقد من عدم مخالفة النظام العام و مراعاة الآداب العامة و ليس لمجرد إبرام العقد الإلكتروني عبر الانترنت أنه أصبح غير مشروط بوجوب مشروعية المحل ،المتعاقد عليه أو صحة السبب ووجوده، فلا خلاف عما تقرره القواعد العامة في أحكامها و من ثم سنستعرض كل من المحل و السبب في العقد الإلكتروني في النقطتين التاليتين[1].

أولا: المحل في العقد الإلكتروني

محل العقد المبرم عبر الوسائل الإلكترونية هو الالتزامات التي يوحدها هذا العقد و من ثم يعد المحل في هذه الحالة ركنا في الالتزام، فالعقد يوحد الالتزام و بالتالي فإن ما يعتبر محلا مباشرا للالتزام يعتبر في ذات الوقت محلا غير مباشر للعقد الذي يولده[2].

و يشترط في محل العقد بصفة عامة أن يكون موجودا قابلا للوجود و أن يكون معينا أو قابلا للتعيين و أن يكون مشروعا، و قبل التطرق لشروط محل العقد نتطرق إلى صور محل عقد البيع الإلكتروني الذي يقوم على نوعين من التجارة هما تجارة السلع و تجارة الخدمات[3].

1-تعريف المحل في العقد الإلكتروني

أولت بعض التشريعات الحديثة تعيين محل العقد الإلكتروني أهمية بالغة من أجل المحافظة على وضوح الاتفاقات ووالابتعاد عن الغموض و التأويل و التفسير، فالبند الرابع من العقد النموذجي الفرنسي للتجارة الإلكترونية توجب أن يتضمن العقد الصفات الأساسية للأموال و الخدمات المعروضة و ذلك بذكر كميتها و ألوانها و مكوناتها و سماتها الخاصة كما تشير الفقرة الثانية من البند المذكور أعلاه إلى اشتراط تحديد موضوع العقد الإلكتروني.

---

[1] _مخلوفي عبد الوهاب، **التجارة الإلكترونية عبر الانترنت**، مرجع سابق، ص 112.

[2] _يجب التمييز بين محل العقد ومحل الالتزام، إذا أن محل العقد هو العملية القانونية التي يقصد الطرفان تحقيقها بمقتضى العقد، أما محل الالتزام فهو الأداء الذي يلتزم به المدين لمصلحة الدائن ، أنظر مخلوفي عبد الوهاب، **التجارة الإلكتروني عبر الانترنت**،...، المرجع نفسه،ص 112.

[3] _ندى زهير الفيل، **إبرام العقد الإلكتروني** ...، مرجع سابق، ص 20.

في نفس الموضوع تنص المادة 20 من القانون التونسي رقم83 لسنة 2000 المتعلق بالمبادلات و التجارة الإلكترونية على أنه:"**يجب على البائع في المعاملات الإلكترونية أن يوفر للمستهلك بطريقة واضحة و مفهومة قبل إبرام العقد المعلومات الآتية:...وصفا كاملا لمختلف مراحل و طبيعة وخاصية و سعر المنتوج** ..."و نصت كذلك المادة 9/أ من القانون الأردني رقم 85 لسنة 2001 المتعلق بالمعاملات الإلكترونية على أنه:"**إذا اتفق الأطراف على إجراء معاملة بوسائل إلكترونية، و كانت التشريعات تتطلب إبراز معلومات أو إرسالها أو تسليمها للغير...**"

2_ الشروط الواجب توافرها في المحل:

رأينا في القواعد العامة أنه يجب أن تكون السلعة أو الخدمة محل العقد موجودة أو قابلة للوجود معينة أو قابلة للتعيين وأن يكون المحل مشروعا .

أ_ شرط الوجود أو القابلية للوجود:

نصت على هذا الشرط أغلبية التشريعات المدنية المقارنة بمعنى أن يكون العقد مستحيلا في ذاته فلا عقد عندها، ولأنه بطلان العقد أو الاستحالة التي تجعل في محل العقد غير ممكن و يؤدي إلى البطلان فهي استجابة مطلقة أو استحالة نسبية، فالاستحالة المطلقة ترجع إلى نواحي موضوعية لا ترتبط بظروف الزمان أو المكان، و هي استحالة لا يمكن تجاوزها فكان أثرها واحد، أما الاستحالة النسبية فهي استحالة شخصية ترجع إلى شخص الملتزم و إلى ظرفي الزمان والمكان و بالتالي بالإمكان تجاوزها مما لا يعني ربط أمر بالبطلان لاستحالة التنفيذ بل يبقى الأمر بيد الملتزم و بالتالي لا يؤدي غلى بطلان العقد .

و بتطبيق هذه الأصول على العقد الإلكتروني فقد يكون محل العقد مستحيلا بذاته استحالة مطلقة كالحالة التي يكون فيها محل الالتزام أحد الأطراف بأن ينقل موضوع العقد عبر أسلاك الانترنت فهذا المر يستحيل عندما يكون فيها محل العقد مادة جامدة كشراء أثاث عبر الانترنت مع اشتراط النقل عبر الانترنت، أما إذا كانت الاستحالة نسبية كأن يكون محل العقد برنامج جاسوسي يجعل المتعاقد كيفية إعداده فالاستحالة لا يؤدي بطلان العقد و يجب أن يكون نحل العقد موجودا أو قابلا للوجود، فلا عقد على محل مستقبل أو على أمر يتوقع وجوده في المستقبل بوقت غير معروف فلا يجوز أن يكون محل العقد برنامجا حاسوبيا لم يوضح بعد، و لهذا فإن كافة البيوع التي لم تتم عبر الانترنت مثلا يجب أن تطال محل موجود فعلا و أن يثبت ذلك لكلا المتعاقدين وقت التعاقد[1].

[1] _ندى زهير الفيل، **إبرام العقد الإلكتروني**...، مرجع سابق، ص 21.

ب _شرط التعين أو القابلية للتعين:

اهتمت التشريعات المقارنة للمعاملات الإلكترونية في غالب الدول بتعيين محل العقد المبرم عبر الوسائل الإلكترونية، إذ يجب على المتعاقد الحرص على هذا الشرط و هو ما أكده العقد النموذجي الفرنسي للتجارة الإلكترونية ،حيث أشار في الفقرة الأولى من البند الرابع منه إلى ضرورة ذكر مسمى الأموال المعنية و مكوناتها و أبعادها و ألوانها و سماتها الخاصة و غير ذلك من صفاتها الرئيسية،و كذلك أشارت الفقرة الثانية من العقد نفسه إلى وجوب تحديد محل الخدمات المعروضة و محتواها،و على الرغم من هذا التأكيد على تحديد صفات المنتج أو الخدمة فأحيانا ما يحدث اختلاف بين وصف المنتج المعين و بين ما هو عليه في الواقع، إذ قد يتم وصف و تقديم القطع المعروضة للبيع بقدر كبير من العناية و الدقة و على الرغم من ذلك لا يعد المنتج مسؤولا عما قد يقع من غلط في هذا الشأن[1].

كما جاء في الفقرة الأولى من المادة التاسعة من القانون الأردني للمعاملات الإلكترونية على أنه:"**إذا اتفقت الأطراف على إجراء معاملة بوسائل إلكترونية يقتضي التشريع الخاص بهذه المعاملة تقديم المعلومات المتعلقة بها أو إرسالها أو تسليمها إلى الغير بوسائل خطية فيجوز لهذه الغاية اعتبار إجرائها بوسائل إلكترونية متفقا مع متطلبات تلك المعلومات و تخزينها و الرجوع إليها في وقت لاحق بالوسائل المتوافرة لديه**"[2].

و يتم و صف محل العقد المبرم عبر الانترنت عادة على الخط أي على الشبكة العنكبوتية فإنه في الغالب يكون مصحوبا بصورة كما الحال في البيع بالكتالوج، كما يلاحظ أن المتعاقد المحتمل قد يتلقى بعض الرسائل الإلكترونية عبر الشبكة والتي تتضمن تأكيدا لنوع و صفات محل المتعاقد عليه و لذلك تتسم هذه العملية بطابع إعلاني أكثر من اعتبارها التزاما قانونيا يقع على عاتق طرف العقد الآخر المدين بالمحل، و مع ذلك وصف المحل يتبع بقيمة قانونية إذا ما نظرنا إليها باعتبارها التزاما من المدين به،و مهما يكن من أمر يمكننا القول أن وصف المحل النهائي للعقد بدقة و عناية عبر شبكة الانترنت يمكن أن يعد من قبيل ضمان المطابقة و لو لم يرد بند بخصوص ذلك في العقد المزمع إبرامه[3].

ج _ شرط المشروعية:

يجب أن يكون محل العقد مشروعا، فلا يكون مخالفا للنظام العام أو الآداب أو بنص قانوني يمنع التعامل فيه و يوجد ذلك في نص المادة 93 من القانون المدني الجزائري و التي تنص على أنه:"**إذا كان محل الالتزام مستحيلا في ذاته**

[1] _مخلوفي عبد الوهاب، **التجارة الإلكترونية عبر الانترنت**، مرجع سابق، ص 114.

[2] _إلياس ناصيف، **العقود الدولية**...، مرجع سابق، ص 388.

[3] _مخلوفي عبد الوهاب، **التجارة الإلكترونية عبر الانترنت** ، المرجع نفسه، ص 116.

أو مخالفا للنظام العام أو الآداب العامة كان باطلا بطلانا مطلقا"[1].

وكذلك نص المادة 130من القانون المدني المصري على أنه:"**إذا كان محل الالتزام مخالفا للنظام العام و الآداب كان العقد باطلا**"،الأصل أنه يجوز التعامل في كافة السلع و الخدمات تطبيقا لمبدأ حرية التجارة، مالم يحظر القانون ذلك[2] .

غير أنه هناك بعض القيود التي ترد على هذا المبدأ بهدف الحفاظ على النظام العام وحماية المستهلك،و بالانتقال إلى التجارة الإلكترونية، فإنه ينطبق عليها جميع ما سبق بمعنى أن محل العقد الإلكتروني يجب أن يكون مشروعا، كما أن القاعدة وفقا لمبدأ حرية التجارة هي حرية البيع و التعامل عبر الانترنت[3].

و هنا تقوم مشكلة تتسبب فيها عالمية شبكة الانترنت فيما يكون مشروعا في دولة ما قد لا يكون كذلك في دولة أخرى، و ما يكون مباحا هناك قد لا يكون مباحا هنا، فالمشكلة تكمن في كيفية وضع نظام يؤدي إلى احترام قانون دولة المشتري و من أمثلة ذلك نجد الأسلحة مثلا فمن المعلوم أن هناك خطرا دوليا على تداول الأسلحة(أسلحة الحرب) و مع ذلك فإننا نجد أشخاص يقيمون في الولايات المتحدة الأمريكية و يقومون بعرض أسلحة في بعض الدول مثل الأسلحة الحربية[4].

كما نجد كذلك المشروبات الكحولية فنجد على شبكة الانترنت توحد العديد من المواقع التي تقوم ببيع الخمور و في هذه الحالة علينا أن نتخيل ما إذا يمكن أن يحدث لشركة سويسرية تقوم بالإعلان عن الكحول على موقعها عندما يستقبل هذا الإعلان في دولة مثل المملكة العربية السعودية و التي تعاقب الذين يقومون بعملية الإعلان عن الكحول و هنا نتساءل كيف يمكن توفير الحماية القانونية كقوانين بلد المشتري أو قوانين الدول الموجه إليها الإعلان عن السلعة؟

إن المشكلة هنا لا تكمن في تحديد القانون الواجب التطبيق من طرفي التعاقد و إنما هي التوفيق بين القانون الواجب التطبيق و تشريع دولة المشتري فيما يورده من محظورات لا يجوز التعاقد بشأن ،وحلا لهذه المشكلة فقد ناد البعض بإيجاد تطابق للنظم العالمية يبدو أن هذه الفكرة غير قابلة للتطبيق على أرض الواقع بينما ذهب البعض إلى اختيار تطبيق قانون بلد المشتري استنادا إلى أنه يتعين على البائع الإلمام بكل قوانين الدول التي يقيم بها مستهلكون، يبدو أن هذا الحل لا يمكن تطبيقه، و قد ذهب البعض إلى أنه من الأفضل أن يحدد التاجر مسبقا منطقة جغرافية لتغطية عرفه أو تحديد منطقة التسليم يبدو أن هذا الحل غير ملائم مع أهداف الشركة التي تسعى إلى تحقيق الربح من خلال البيع عن طريق الانترنت،و من ثم فإن الحل المنطقي الذي يمكن تطبيقه على أرض الواقع هو أن يوضع كمبدأ، إن القانون المطبق على

---

[1] _أمر رقم 10/05،يتضمن القانون المدني الجزائري، مرجع سابق.

[2] _ندى زهير الفيل، **إبرام العقد الإلكتروني**...، مرجع سابق، ص 21.

[3] – عيطر محمد أمين، **إبرام العقد الإلكتروني**...، مرجع سابق، ص 79.

[4] _أنظر المادة 8 من الأمر06/97 المؤرخ في 1977/01/21، **يتعلق بالعتاد الحربي و الأسلحة و الذخيرة الجريدة الرسمية** العدد 22 لسنة1977 .

الانترنت هو قانون البائع و بالتالي يمكن للمستهلك أن يتحكم في إمكانيات استيراد المنتجات المطلوبة وفقا لما يتماشى مع قوانين بلده، سواء كان القانون الواجب التطبيق هو قانون بلد البائع أو قانون دولة معينة، فإن الأمر يتطلب رقابة من دولة المشتري هذا من جانب و من جانب أخر فإنه يتعين على الشركات المنتجة أن تطلع مستخدميها بأن اتصالهم يمكن أن يكون محظورا بالنسبة لبعض القوانين.

إضافة إلى ما سبق، فإن المنتجات المطلوبة غير المشروعة، إذا كانت مادية فهذا يعني أنها ستسلم بطريقة مادية خارج نطاق الشبكة إذ يجب اختيار حدود الدخول إلى بلد المشتري، في هذه الحالة يكون للجمارك دور أساسي في هذه العملية و في المقابل فإن المنتجات غير المادية مثل برامج معالجة المعلومات المحملة على الشاشة و كذلك الأسطوانات و الكتب و الخدمات و التي يمكن تسليمها عن طريق الخط، فإنه يوجد ما يسمى بشرطة الانترنت، و التي أنشئت لاحقا و مهمتها تحقيق الرقابة على المنتجات و الخدمات غير المادية التي تتم عبر الشبكة،وعليه يجب صياغة العرض الإلكتروني بدقة ووضوح بحيث يعبر عن نية و قصد صاحب الموقع على الشبكة أو البريد الإلكتروني[1].

ناهيك عن القواعد العامة المنظمة لمشروعية المحل في العقد بالمفهوم التقليدي ،فإن محل العقد الإلكتروني يجب بدوره أن يكون مشروعا ،فلا يكون ممنوعا من التعامل فيه بسبب طبيعته أو بسبب وجود نص في القانون يمنع ذلك أو بسبب مخالفته للنظام العام أو للآداب العامة ،فالأصل العام هو جواز التعامل في كافة الأشياء و الخدمات عبر الانترنت ما لم يحظرها القانون و ذلك استجابة لمبادئ حرية التجارة ،التي تقر لكل شخص الحرية الكاملة في ممارسة أي تجارة أو مهنة أو فن أو حرفة يراها مناسبة ،و ذلك بشرط مراعاة القيود التي تفرضها بعض نصوص القانون [2].

يمثل شرط المشروعية أهم شرط في محل العقد الإلكتروني ،و ذلك نظرا لكثرة المواقع التي تستغل في ممارسة التجارة غير المشروعة ،كالمخدرات فالاتجار بالمخدرات ممنوع ومعاقب عليه مهما كانت طريقة بيعها أو عن طريق عرضها على شبكة الانترنت و ذلك ما أكدته المادة الأولى من القانون رقم 04-18 المؤرخ في 25 /2004/12 يتعلق بالوقاية من المخدرات والمؤثرات العقلية و قمع الاستعمال و الاتجار غير المشروعين بها حيث نصت على أن :"**يهدف هذا القانون إلى الوقاية من المخدرات...و قمع الاستعمال و الاتجار غير المشروعين بها** ."،و نشر الصور الإباحية ،أو السب أو القذف ،أو انتحال صفة الغير نو اقتحام مواقع الغير،وارتكاب الجرائم كالسطو على أرقام بطاقات الائتمان المصرفية [3].

غير هذه التصرفات تكون باطلة بقوة القانون لكونها مناقضة للآداب العامة ،فالمادة 333 مكرر من قانون العقوبات تعاقب على مرتكبي هذه الأنشطة ،نظرا للطابع الدولي للعقد الإلكتروني ،وتبعا لما أدت إليه تقنيات الاتصال الحديثة من

---

[1] _ مخلوفي عبد الوهاب،**التجارة الإلكترونية عبر الانترنت**،مرجع سابق، ص ص 118- 119.

[2] -عيطر محمد أمين ،**إبرام العقد الإلكتروني** ...،مرجع سابق ،ص 79

[3] _اطلع على الأحكام الجزائية للجريمة الإلكترونية في المواد من 394إلى394مكرر7من قانون العقوبات بموجب القانون المؤرخ في2004/11/10 في القسم السابع مكرر تحت عنوان"**المساس بأنظمة المعالجة الآلية للمعطيات**.

إلغاء الحدود بين الدول،فإن هذه العقود و إن اختلفت أطرافها و أماكن إبرامها إلا أنها تتضمن أحكاما معينة مماثلة تلقى على عاتق المتعاقدين التزاما مشتركا بضرورة الحفاظ على ضوابط معيبة ،بحيث تبدو هذه العقود جميعها مشتركة في وظيفة واحدة هي الحفاظ على المشروعية نذكر منها الالتزام باحترام القوانين و الالتزام بآداب السلوك عامة و آداب السلوك بخصوص مسائل معينة [1].

تظهر خصوصية محل العقد الإلكتروني في كونه يتضمن شرطا آخر غير متوفر في القواعد العامة، و هو شرط كون المحل غير معيب و آمن و لم يعرف المشرع الجزائري المنتوج المعيب بمناسبة تنظيميه لمسؤولية المنتج في المادة 140 مكرر من الأمر 05-10 (القانون المدني الجزائري)،كما يشمل محل العقد الإلكتروني حقوق الملكية الفكرية، وهي تلك الحقوق التي ترد على المال غير المادي و الذي يخلقه الذهن أو الفكر، كحق المؤلف أو الملحن أو المخترع و غيرها، و منها الحقوق غير المادية للمؤسسة التجارية كالاسم و حق الإيجار و السمعة وغيرها ،ففيما يتعلق بالعلامة التجارية أو الاسم التجاري، فإن الصعوبة التي استحدثتها الانترنت تتمثل في إمكانية تسجيل اسم"**دومين** le domaine" نوعي يحمل اسما تجاريا معمولا به أو علامة تجارية قائمة و لحسم هذا النزاع أخذ القضاء الفرنسي بمبدأ أولوية التسجيل إذا تعلق الأمر بعلامة تجارية و أولوية التواجد إذا تعلق الأمر باسم مصنف معين [2].

يعرف المصنف الرقمي بأنه:"**كل مصنف إبداعي عقلي ينتمي إلى بيئة تقنية المعلومات(البيئة الرقمية)**"،فبرنامج الكمبيوتر من حيث البناء و الأداء هو مصنف رقمي و قاعدة البيانات و طبوغرافيا الدوائر المتكاملة و هي مصنفات ناجمة عن تطور الحوسبة بخلاف أسماء و عناوين البريد الإلكتروني و غيرها من المصنفات التي ارتبط ظهورها بشبكة الانترنت[3].

بالنسبة لحقوق المؤلف و فيما يتعلق للمصنفات و فيما يتعلق بالمصنفات الرقمية فإنها تخضع إلى النظام القانوني التقليدي للحقوق الفكرية و الأصل أنه إذا وضع مصنفا مبتكرا، تمتع بحماية القانون وفقا لما تنص عليه قوانين حماية الملكية الفكرية و تنصرف الحماية إلى الأثر الأدبي أو العلمي بغض النظر عن الدعامة التي يفرغ فيها[4].

رغم الايجابيات التي جاءت بها الانترنت و الفوائد و الخدمات التي يقدمها لمتصفحي مواقع الشبكة العنكبوتية العالمية و غيرها، فإن للانترنت سلبيات تجعل من الانترنت نقمة أحيانا كتدمير و إتلاف المعلومات أو بث ما هو غير مشروع و

[1] _للتفصيل أكثر في هذه الالتزامات راجع في ذلك عيطر محمد أمين،**إبرام العقد الإلكتروني** ...،مرجع سابق،ص 80.

[2] _عيطر محمد أمين،**إبرام العقد الإلكتروني**...،مرجع سابق، ص 77.

[3] _مسعودي يوسف، **النظام القانوني لحماية المصنفات الرقمية**،معهد الحقوق ، المركز الجامعي تمنراست، مجلة دراسات قانونية،دار الخلدونية للنشر و التوزيع، العدد 4 ، الجزائر 2009 ،ص 114.

[4] _عيطر محمد أمين،**إبرام العقد الإلكتروني**...،مرجع سابق، ص 78.

مخالف للنظام العام و الآداب العامة أو سرقة المعطيات المخزنة على الشبكة و إجراء تحويلات مصرفية غير مشروعة و غير ذلك من القرصنة الإلكترونية[1].

تعتبر مواقع الانترنت أحد أهم المصنفات الرقمية الناشئة في بيئة الانترنت، و لحد الآن لا توجد تشريعات شاملة تنظم مسألة أسماء النطاقات و ما تثيره من إشكالات قانونية، باستثناء بعض القواعد التشريعية الغربية المنظمة للخدمات التقنية لشبكة الانترنت و حماية المستخدم، و مع ذلك عن القضاء الفرنسي قد تصدى للنظر في عدد من الدعاوى في هذا الخصوص،لكن مناط الحماية بشأنها كان قانون حماية العلامات التجارية و ليس قواعد خاصة بأسماء النطاقات، كما قامت المنظمة العالمية للملكية الفكرية بوضع إستراتيجية للنظر في هذه المنازعات عن طريق إنشاء مركز التحكيم و الوساطة التابعة للمنظمة الذي يسعى إلى إيجاد حلول في مثل هذه الإشكاليات المثارة.

لم يجد المشرع الجزائري بدا من الاستجابة بشكل أو بآخر للتطورات المستحدثة في عالم تكنولوجيا المعلومات ،و عمل على توسيع نطاق الحماية المنصوص عليها في قانون حق المؤلف ليشمل بعض المصنفات الحديثة كقواعد البيانات الحديثة ، وبرامج الحاسوب كما حضي بحماية جزائية للمصنفات الرقمية ، فبالرجوع غلى نص المادة 153 من الأمر رقم 03-05 المتعلق بقانون العقوبات نجده يعاقب مرتكب جنحة تقليد المصنف كما هو منصوص عليه كلا المادتين 151 و152 من نفس القانون بالحبس من سنة إلى ستة أشهر (6)إلى ثلاث سنوات (3) و بغرامة من خمسمائة ألف دينار جزائري (500.000)إلى مليون دينار (10.00000)سواء كان النشر قد حصل في الجزائر في الخارج [2] .

يمكن القول بأن المشرع الجزائري قد أفلح في تحقيق قدر معين من الحماية لحقوق الملكية الفكرية ،من خلال توسيع مجال الحماية ليشمل برامج الحاسوب و قواعد البيانات لكنه لم ينظم المصنفات التي ارتبط ظهورها بالانترنت ،مثل النشر الإلكتروني عبر المنتديات و المدونات و مواقع الانترنت و التي أصبحت تختص بنشر الكتب والمصنفات الموسيقية ،و تبقى المشكلة التي تواجه المصنفات الرقمية هي القرصنة الفكرية بمختلف صورها ،بدا بإعادة نشر المصنفات الأدبية والعلمية دون إذن صاحب المؤلف و إنتهاءا بالتقليد ،و من هذا المنطلق وجب إعداد تشريعات جديدة تستقل بحماية المصنفات الرقمية أو على الأقل تعديل قانون حق المؤلف و الحقوق المجاورة بما يتماشى مع التطورات التكنولوجية الحديثة[3].

أما عن حقوق المؤلف[4]،فقد أكدت محكمة استئناف ليون بأن حق المؤلف يشمل ليس فقط نشر العمل على دعامة ورقية، بل يشمل أيضا نشره على شبكة الانترنت و بالتالي يتوجب على الجريدة التي تنشر عمل الصحفي الرقمي أن

---

[1] _مسعودي يوسف،**النظام القانوني لحماية المصنفات الرقمية** ،مرجع سابق،ص 115.

[2] -راجع المواد 151 و152 والمادة 153 من الأمر رقم 03-05 الصادر في ....،يتضمن قانون العقوبات الجزائري .

[3] -مسعودي يوسف، **النظام القانوني لحماية المصنفات الرقمية**، المرجع نفسه، ص ص 120-121.

[4] _يقصد بالمؤلف كل شخص يقوم بإنتاج فكري مبتكر سواء كان هذا الإنتاج أدبيا أو فنيا و أيا كانت طريقة التعبير عنه سواء بالكتابة أو الرسم أو التصوير أو غير ذلك من الطرق الأخرى، على أن يصل الإنتاج الذهني إلى درجة معينة للابتكار. نقلا عن حلو عبد الرحمان

تحصل على موافقته،غير أن التقنية الحديثة لنقل المعلومات،أضحت في الواقع من فعالية حماية مصنف رقمي، بمجرد النفر على زر الجهاز يتم نشر مئات النسخ من العمل الفني أو الأدبي و يصل هذا النسخ إلى درجة من التقنية يصعب معها التمييز بين النسخة و الأصل.

و لحل هذه المشكلة تم البحث عن وسائل فنية تسمح بتدعيم النظام القانوني التقليدي لحماية حقوق المؤلف و من هذه الوسائل فكرة الغلاف الكودي للعمل الرقمي، و هو عبارة عن جدار إلكتروني غير قابل للاختراق لا يسمح باقتناء أو تحميل المصنف عبر شبكة الانترنت و خارجها و إمكانية استعمال المؤلف إلا بعد تحديد هوية المستخدم من خلال اللجوء إلى التوقيع الإلكتروني كما سنراه لاحقا.[1]

ثانيا:السبب في العقد الإلكتروني

إن السبب في العقد بوجه عام يؤخذ بالبواعث الدافعة إلى التعاقد ،وهذا ما أخذ به القضاء ،فلم يقتصر على الاعتداد[2] بسبب الموجب بل اعتد أيضا بسبب العقد أي أخذ بالباعث ،حتى يتمكن القاضي بالحكم بالبطلان في حال التصرفات التي تستند إلى سبب غير مشروع، باعتبار أن الدافع إلى التعاقد أمر شخصي يختلف من شخص لأخر، كما يختلف حسب نوع و طبيعة العقد المراد إبرامه،فالقاعدة العامة في السبب تطبق على سائر العقود فإنها تطبق على العقود الإلكترونية، فالعقود التي تبرم عبر وسائل الاتصال،الإلكترونية كشبكة الانترنت إذا كانت تتضمن أفعالا نافية للآداب يكون مصيرها البطلان لعدم مشروعية سببها[3].

1-تعريف السبب في العقد الإلكتروني

لا تختلف مسألة السبب في العقد الإلكتروني عنها في العقود الأخرى، فيجب طبقا للمادة 97 من القانون المدني أن يكون هذا السبب مشروعا و غير مخالف للنظام العام و الآداب العامة و إلا كان باطلا[4].

و يتمثل السبب في الاعتبارات النفسية و الشخصية التي دفعت المتعاقد إلى إبرام العقد، أي المبررات التي كانت وراء عزم و تصميم المتعاقدين على إتمام العقد[5]. و المتعاقدين غير ملزمان بذكر السبب في العقد خاصة و أن المشرع يفترض

حلو،**إشكالية الحماية القانونية لبرامج الحاسوب الإلكتروني بين قوانين براءة الاختراع و قوانين حق المؤلف،(دراسة مقارنة)**، مجلة العلوم القانونية و الاقتصادية و السياسية ، العدد الثالث ، الجزائر، 2010، ص 222.

[1] _عيطر محمد أمين، **إبرام العقد الإلكتروني**...، مرجع سابق، ص 78.

[2] -إلياس ناصيف، **العقود الدولية**...،مرجع سابق ، ص147.

[3] -ندى زهير الفيل، **إبرام العقد الإلكتروني العقود الدولية** ، مرجع سابق ، ص21.

[4] _التي نصت على أنه:"**إذا التزم المتعاقد لسبب غير مشروع أو لسبب مخالف للنظام العام أو الآداب العامة كان العقد باطلا"**

[5] _عيطر محمد أمين، **إبرام العقد الإلكتروني** ...، مرجع سابق، ص 82.

وجوده، و لكن إذا تم ذكره فالمشرع يفترض أنه السبب الحقيقي ما لم يقم الدليل على غير ذلك كما تقضي المادة 98 من القانون المدني في فقرتها الأولى بأن:"**كل التزام مفترض أن له سببا مشروعا، ما لم يقم الدليل على خلاف ذلك**".[1]

2-الشروط الواجب توافرها في السبب

بافتراضه لسبب الالتزام عند عدم ذكره في العقد، يعفي المشرع المتعاقد من إثبات وجوده، و لكن هذا لا يمنح المتعاقد الآخر من الطعن في العقد لعدم وجود سبب مشروع، ما لم يذكر السبب في العقد فإنه يجوز للمتعاقد أن يثبت عدم وجوده بكل الوسائل و كذا عدم مشروعيته التي يمكن إثباتها كذلك بكل الوسائل حتى و لو كان السبب المذكور في العقد و كان العقد مكتوبا كتابة رسمية أو عرفية،والمقصود بالسبب القصدي هو الغاية المباشرة و النتيجة الأولى التي يتحصل عليها المتعاقد عند تنفيذ التزامه ،فالسبب ألقصدي عند المشتري هو امتلاك المبيع ،أما عند البائع فهو الحصول على ثمن المبيع،أما المقصود بالسبب الباعث أو الدافع للتعاقد ،فهو تلك الاعتبارات النفسية و الشخصية التي دفعت المتعاقد إلى إبرام العقد فهو المبررات التي كانت وراء عزم وتصميم المتعاقد على إنجاز العملية العقدية ،و تختلف هذه الدوافع باختلاف الأشخاص و قد تتعدد و تتفاوت من حيث أهميتها ،فالعبرة بالدافع الرئيسي و ليس بالدافع الثانوي [2].

و في جميع الأحوال سواء اخذ بنظرية السبب ألقصدي أو أخذ بنظرية السبب الدافع ،فإنه يتوجب في السبب أن يكون مشروعا و غير مخالف للنظام العام و الآداب العامة ،و ألا يتعلق الأمر بشي غير قابل للتعامل سواء بطبيعته أو بحكم القانون [3].

و من ثمة نجد بأن الشروط الواجب توافرها في السبب في مجال التعاقد الإلكتروني هي نفسها الشروط المعروفة في القواعد العامة و هي شرط الوجود، بالإضافة إلى شرط المشروعية أي أن يكون السبب موجودا في العقد و إن لم يكن السبب غير موجود في العقد فيفترض أن يكون لكل عقد سبب، أما عن المشروعية فإنه يشترط أن يكون غير مخالف للنظام العام و الآداب العامة.

الفرع الرابع

زمان ومكان انعقاد العقد الإلكتروني

[1] _أمر رقم 75-58 المؤرخ في 26سبتمبر سنة 1975 و المتضمن القانون المدني الجزائري المعدل و المتمم.

[2] -عيطر محمد أمين ، **إبرام العقد الإلكتروني** ....، مرجع سابق، ص 82 .

[3]-غير أن مفهوم الآداب العامة يتطور بصورة تدريجية مع الوقت ، يختلف من دولة لأخرى بل و حتى داخل الدولة الواحدة، و من منطقة لأخرى بمقدار تحرر المجتمع، و من هنا فإن ما يعتبر منافيا للآداب العامة في دولة قد يكون غير منافيا له في دولة أخرى مما يتطلب التنسيق بين الدول على مستوى الإقليمي و الدولي لتوحيد التشريعات بهذا الخصوص، أنظر عيطر محمد أمين، **إبرام العقد الإلكتروني**، مرجع سابق، ص 83 .

بما أن العقود الإلكترونية تتم عادة بين أطراف لا يجمعهم مكان واحد ،لذلك فهي تدخل في وصف التعاقد بين غائبين من حيث المكان ،و لكن يفضل الخدمات المتنوعة و المتعددة التي تتيحها الانترنت ،و قد يوفر الطرفين المتعاقدين عبر الشبكة إمكانية إبرام العقد بشكل أني دون أن تفصل فترة زمنية بين صدور القبول الإلكتروني و علم الموجب به ،لذلك يمكن أن يوصف التعاقد عبر شبكة الانترنت بأنه تعاقد بين حاضرين من حيث الزمان و في حالات أخرى قد لا يتحقق هذا التزامن مما التعاقد بأنه يتم بين غائبين [1].

أولا: زمان انعقاد العقد الإلكتروني

نظرا للأهمية التي حظيت بها مسألة زمان انعقاد العقد، نجد أن الحلول المقترحة لمعالجتها قد تعددت فالفقه قد اقترح أربعة نظريات لحل هذه المسألة.

أ_ نظرية إعلان القبول:

حسب أنصار هذه النظرية أن العقد يتم بمجرد إعلان القبول و قبل أن يصل إلى علم الموجب، غير أنه يأخذ على هذه النظرية أنها تجاهلت إرادة الموجب فمن حق هذا الأخير أن يعدل عن إيجابه إذا لم يكن محدد المدة، و لم يرتبط بها القبول، فعدم وصول القبول إلى الموجب يجعل من حقه أن يرجع عنه، حتى لو كان المتعاقد الأخر قد أعلن قبوله و ذلك لأن القبول يمثل الإرادة، و الإرادة لا تنتج أثارها إلا من وقت علم من وجهت إليه[2].

لإنزال هذه النظرية على العقد الإلكتروني فإن لحظة انعقاد العقد هي اللحظة يوقع فيها القابل على الرسالة التي تتضمن القبول دون تصديرها أو قيامه بالنقر على الأيقونة المخصصة للقبول، إذ إن عدم ارتكاز البيئة الإلكترونية الافتراضية على أية مرتكزات مادية تجعل هذه النظرية لا تتماشى و التعاقد الإلكتروني كونها لا تستقيم مع واقع التجارة الإلكترونية أين تثار عدة مشاكل منها الإيجاب موجه للجمهور و لا يمكن عده، و كذا كثرة الدعاوى المرفوعة على الموجب للمطالبة بتنفيذ العقد[3].

ب_ نظرية تصدير القبول:

اتفق أنصار هذا الاتجاه مع أنصار نظرية إعلان القبول بالاكتفاء بإعلان القبول للانعقاد العقد، محاولة في ذلك تفادي النقد الذي وجه إلى نظرية إعلان القبول، إلا أن هذا الرأي انتقد على أساس أن مجرد تصدير القبول لا يضمن أن

---

[1] –عتيق حنان، **مبدأ سلطان الإرادة في العقود الإلكترونية**، مرجع سابق، ص 64 .

[2] _محمود عبد الرحيم الشريقات، **التراضي في تكوين العقد عبر الانترنت–دراسة مقارنة–**دار الثقافة للنشر والتوزيع الطبعة الأولى، 2009، عمان الأردن، ص 165. و أيضا أمانج رحيم أحمد، **التراضي في العقود الالكترونية**...، مرجع سابق، ص 178.

[3] _مرزوق نور الهدى، **التراضي في العقود الالكترونية**، مرجع سابق، ص 169.و خالد ممدوح إبراهيم، **إبرام العقد الإلكتروني**...، مرجع سابق، ص 279.

يصبح نهائيا، إذ يمكن استرداد الرسالة طالما لم تصل إلى المرسل إليه، إذ أخذ بهذه النظرية القضاء الإنجليزي باعتبار أن التعليمات التي تحكم البيت في إنجلترا لا تسمح للمرسل أن يستعيد رسالته في كل الأحوال، فبمجرد وضعها في صندوق البريد تصبح محجوزة لصالح المرسل إليه كما يفضل جانب من الفقه الفرنسي إلى الأخذ بهذه النظرية، على الرغم من عدم وجود أي نص من القانون الفرنسي ينص على ذلك، مستندين في ذلك على قرار صادر من محكمة النقض الفرنسية الصادر في7 جانفي سنة1981[1] .

وفقا لهذه النظرية يعتبر العقد الإلكتروني مبرما عند خروج رسالة القبول من سيطرة القابل و دخولها الوسط الإلكتروني بشكل لا يستطيع استرجاعها، كالنقر على القبول أو بعث الرسالة عبر البريد الإلكتروني، دون اشتراط وصولها إلى موقع أو بريد الموجب الإلكتروني[2].

ج_ نظرية وصول أو استلام القبول:

يرى أنصار هذه النظرية أن العقد ينعقد عندما يتسلم الموجب جواب من الطرف القابل، حيث أن استلام القبول يجعل منه نهائيا، و تطبيقا لذلك على العقود الإلكترونية فإنها تنعقد من لحظة وصول الرسالة الإلكترونية التي تتضمن القبول إلى صندوق بريد الموجب[3].

د_ نظرية العلم بالقبول:

وفقا لهذه النظرية، ينعقد العقد في الوقت الذي يعلم فيه الموجب فعلا بالقبول، و ذلك بإطلاعه على الرسالة المتضمنة للقبول، يؤخذ على هذه النظرية البطء في سير المعاملات و الأخذ بها بالشكل مطلق، و يجعل القابل تحت سلطة الموجب لأن علم الموجب بالقبول أمر شخصي يصعب على القابل إثباته[4].

[1] _نقلا عن مرزوق نور الهدى، **التراضي في العقود الالكترونية** ، المرجع نفسه، ص 171.

[2] _حمودي ناصر، **النظام القانوني لعقد البيع الالكتروني**...، مرجع سابق، ص 211.

[3] _عتيق حنان، **مبدأ سلطان الإرادة في العقود الالكترونية**، مرجع سابق،ص 68.

[4] _محمد إبراهيم أبو الهيجاء، **عقود التجارة الالكترونية**...، مرجع سابق،ص 53.ونضال إسماعيل برهم ،**أحكام التجارة الالكترونية** ، مرجع سابق ،ص 59.

بناءً على ما سبق فإن هذه النظرية أصبحت أكثر النظريات ملائمة مع المعاملات و العقود المبرمة عبر الانترنت، وبالرغم من أن التشريعات المنظمة للتعاقد الإلكتروني قد اعتمدت على نظرية تسليم القبول وذلك إغفالا لأحدث البرامج المستخدمة عبر الانترنت، والتي تتيح إمكانيات لم تكن معروفة من قبل، كالبريد الإلكتروني مثلا أين بدأت إصدار مثل هذه البرامج سنة 2000 ،ويرى أنصار هذه النظرية أنها من أفضل النظريات باعتبارها تحافظ على حقوق الموجب وقد خذ بهذه النظرية كل من المشرع الجزائري وهذا ما تأكده أحكام نص المادة 61 من القانون المدني الجزائري "**ينتج التعبير عن الإرادة أثره في الوقت الذي يتصل فيه، بعلم من وجه إليه، و يعتبر وصول التعبير قرين على العلم به ما لم يقم الدليل على عكس ذلك**"كما تضيف المادة 2/67 من القانون المدني الجزائري"... **و يفترض أن الموجب قد علم بالقبول في المكان، و في الزمان اللذين وصل إليه فيهما القبول**" انتقد البعض هذه النظرية على أساس علم الموجب بالقبول ليس شرطا لانعقاد العقد، بل هو شرط لزوم ونفاذ أي مجرد علم الموجب بالقبول يلتزم بتنفيذ العقد ويطالب بحقوقه في مواجهة الطرف الأخر[1].

إن تطبيق هذه النظرية في المجال الإلكتروني يؤدي إلى القول أن العقد الإلكتروني ينعقد في اللحظة التي يطلع فيها الموجب على الرسالة الإلكترونية التي تتضمن القبول، فلا يكفي أن تصل الرسالة إلى صندوق البريد الإلكتروني للموجب، كما لا يكفي الضغط على خانة القبول في نماذج القبول و على مواقع الويب بل يجب أن يصل هذا القبول إلى علم الموجب، و اعتبر المشرع الجزائري نظرية العلم كقاعدة عامة مكملة و ليست كقاعدة أمرة وذلك رغبة منه في أن يترك للأطراف فرصة الاتفاق على مخالفتها بما يناسب و ظروف كل طرف[2]

ثانيا: مكان انعقاد العقد الإلكتروني

إن مجلس العقد اصطلاح شرعي يقصد به اجتماع المتعاقدين في نفس المكان والزمان ،فيعتبر الانترنت فضاء للالتقاء وتبادل الإرادات وعقد الاتفاقات ، إلا أن تواجد الأفراد تواجد افتراضي يؤثر على بعض المفاهيم التقليدية ،ويخلق بعض المشاكل ،مما يحتم على المتعاقدين البقاء مرتبطين بالعالم لافتراضي ، لذا يكتسي مسالة تحديد مكان انعقاد العقد أهمية بالغة ،خاصة ما يتعلق بتحديد الجهة القضائية المختصة و القانون الواجب التطبيق في حال حدوث النزاعات [3].

مما يستلزم الأمر تدخل المشرع لاستحداث قواعد جديدة تتماشى و خصوصية العقد الالكتروني، لذلك نجد أن هناك مشاكل تثار حول تحديد مكان انعقاد العقد الالكتروني نذكر منها ما يلي :

1-عدم ملائمة القواعد العامة لتحديد مكان انعقاد العقد

---

[1] _شحاتة غريب شلقامي، **التعاقد الالكتروني في التشريعات العربية**...، مرجع سابق،ص 125.

[2] -صالح المنزلاوي، **القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية** ...، مرجع سابق ،ص 416 .

[3] -إلياس ناصيف، **العقود الدولية**...،مرجع سابق، ص 106.ايضا مرزوق نور الهدى ،**التراضي في العقود الالكترونية**، مرجع سابق، ص186 .

غالبا ما يأخذ الفقه في تحديد مكان انعقاد العقد الالكتروني على نظريتين أولهما تعتمد على مكان إقامة الموجب والثانية تعتد بمكان إقامة القابل معتمدين في ذلك على حجج تبرر وجهة نظر كل نظرية [1].

أ–نظرية محل إقامة الموجب

يعتمد أنصار نظرية العلم بالقبول إلى مكان انعقاد العقد الالكتروني ،هو مكان علم الموجب بالقبول ، وبتجسيد ذلك على العقد الالكتروني يجعلنا نتساءل هل هو مكان تسجيل موقع الويب أو مكان تواجد مقدم خدمة الانترنت أم مكان إقامة الموجب ؟

يذهب أنصار هذا الاتجاه إلى أن مكان انعقاد العقد الالكتروني هو المكان الذي يقع فيه مقر عمل المرسل مالم يتفق الطرفان المتعاقدين في العقد الالكتروني على خلاف ذلك ، غير انه يعاب على هذه النظرية أن العقد الالكتروني الذي يبرم عن طريق الانترنت غالبا ما تتم بين طرفين ، احدهما تاجر مهني يتخذ غالبا صورة شركات تجارية كبرى ،والطرف الثاني هو المستهلك الذي يعتبر طرفا ضعيفا في العلاقة التعاقدية يحتاج إلى حماية قانونية.

فإعمال هذه النظرية يحرم المستهلك من حقوقه يظهر ذلك خاصة في رفع الدعوى في حال حدوث نزاع بين الطرفين أين يكون مضطرا إلى رفعها في محل إقامة الموجب التي قد يكون في دولة غير دولة إقامة المستهلك وما يثير ذلك من مشاكل و تعقيدات و صعوبات[2] .

ب – نظرية محل إقامة القابل

تطبيقا لذلك فغن العقد ينعقد العقد الإلكتروني حسب أنصار هذه النظرية في المكان الذي يصدر فيه القبول الإلكتروني ، فإذا استخدم القابل رسالة البيانات للتعبير عن قبوله ،فهنا ينعقد العقد في المكان الذي أرسلت منه الرسالة المتضمنة للقبول هـ مكان القابل[3]، إن هذه النظرية تتفق مع متطلبات التجارة الإلكترونية ،إذ إن اغلب العقود التي تبرم عن طريق الانترنت تتم بين طرفين احدهما تاجر و الثاني مستهلك.

ج– إعمال مبدأ سلطان الإرادة لتحديد مكان انعقاد العقد الإلكتروني

إن معظم الحلول الواردة بالنصوص القانونية المنظمة للمسألة ،سواء كانت نصوص قانونية تقليدية أو القوانين المنظمة للمعاملات الإلكترونية ، فهي نصوص قانونية مكملة لإرادة الطرفين ،فإن أطراف العقد الإلكتروني بإمكانهم الاتفاق على تحديد مكان انعقاد العقد الإلكتروني مسبقا ،من خلال اتفاقات التبادل الإلكتروني للبيانات ،فبعدما كان لقاعدة حرية

[1] _ إلياس ناصيف، **العقود الدولية**...، المرجع نفسه، ص113 .

[2] –عتيق حنان ،**مبدأ سلطان الارادة في العقود الالكترونية**، مرجع سابق، ص 79 .

[3] –أمانج رحيم احمد، **التراضي في العقود الالكترونية**...، مرجع سابق، ص 202 .

الأطراف في تحديد مكان انعقاد العقد دورا مهما في العقود الإلكترونية فقد تعاظم هذا الدور في مجال العقود الإلكترونية [1].

د- إعمال نظرية الازدواجية:

أدرك واضعو القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية بنصهم في المادة 4/15على أنه:"... **ما لم يتفق المرسل والمرسل إليه على غير ذلك، يعتبر أن رسالة البيانات أرسلت من المكان الذي يقع فيه مقر عمل المنشئ، ويعتبر أنها استلمت في المكان الذي يقع فيه مقر عمل المرسل إليه. ولأغراض هذه الفقرة:**

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

ب- إذا لم يكن للمنشئ أو المرسل إليه مقر عمل يشار من ثمة إلى محل إقامته المعتاد."

على ضرورة التدخل لتحديد مكان إبرام العقد في المجال الإلكتروني ،فحسب نص هذه المادة فإن العقد يبرم في المكان الذي يقع فيه مقر عمل المرسل إليه ، إذا اعتد بنظرية الاستلام وبالمكان الذي تقع فيه مقر عمل المرسل إذا أخذ بنظرية التصدير ما لم يتفق الطرفان على ذلك [2].

وبذلك يكون القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية قد أصاب في الأخذ بمكان تواجد مقر أعمال المرسل لتحديد مكان الإرسال و بمقر أعمال المرسل إليه لتحديد مكان تلقي الرسالة[3].

بعد التدقيق في النظريات التي عالجت مسألة تحديد تبين لنا أن الحلول التي قدمتها النظريات الحديثة الثنائية أكثر تطورا وعدالة وانسجاما في التعامل الإلكتروني لعدم وجود تلازم حتمي بين مسألة انعقاد العقد ومكان انعقاده لذا ينبغي أن تحذو الدول حذو قانون الأونيسترال الذي من شأنه تعديل التشريعات وفق ما يتلائم معها[4].

على غرار ذلك فنجد أن المشرع الجزائري أخذ كما سبق القول بنظرية العلو بالقبول في نص المادة 67 من القانون المدني الجزائري التي تنص على أنه:"**يعتبر التعاقد ما بين الغائبين قد تم في المكان و الزمان اللذين يعلم فيهما الموجب بالقبول ما لم يوجد اتفاق أو نص قانوني يقضي بغير ذلك**".

---

[1] -عتيق حنان، **مبدأ سلطان الإرادة في العقود الالكترونية**، مرجع سابق، ص 81 .

[2] -خالد ممدوح إبراهيم، **إبرام العقد الإلكتروني** ...مرجع سابق، ص 30 .

[3] _شحاتة غريب شلقامي، **التعاقد الإلكتروني في التشريعات العربية**...، مرجع سابق، ص ص 146-147.

[4] _مرزوق نور الهدى، **التراضي في العقود الالكترونية** ، مرجع سابق، ص 195.

واعتبر مكان انعقاد العقد هو مكان علو الموجب بالقبول فهو ليس نص آمر بل مكمل لإرادة الطرفين، أما المشرع الأردني فلم يتطرق في قانون المعاملات الإلكترونية المؤقت رقم 85 لسنة 2001 لمسألة مكان إبرام العقود الإلكترونية بل بحث في مسألة مكان إرسال وتسلم رسائل المعلومات أين نظمها المشرع الأردني في نص المادة 18 التي تنص على أنه:" **تعتبر رسالة المعلومات قد أرسلت من المكان الذي يقع فيه مقر عمل المنشئ و أنها استلمت في المكان الذي يقع فيه مقر عمل المرسل إليه ،و إذا لم يكن لأي منهما مقر عمل يعتبر مكان إقامته مقرا لعمله ،ما لم يكن منشئ الرسالة و المرسل إليه قد اتفقا على غير ذلك .**

ب- إذا كان للمنشئ أو المرسل إليه أكثر من مقر لأعماله فيعتبر المقر الأقرب صلة بالمعاملة هو مكان الإرسال أو التسليم ، وعند تعذر الترجيح يعتبر مقر العمل الرئيسي هو مكان الإرسال أو التسليم[1]."

الفرع الخامس

صحة التراضي في التعاقد الإلكتروني

يشترط لصحة العقد أن يصدر من ذي أهلية ،فالعقود الإلكترونية التي تتم خلال شبكة الانترنت،تنعقد صحيحة إذا صدرت ممن يتمتع بالأهلية القانونية اللازمة للتصرفات القانونية ،والتأكد من أهلية المتعاقدين،في كون التعاقد ما بين الحاضرين يجمعهما مجلس عقد واحد لا يثير صعوبة ،إذ يمكن التأكد من أهلية الشخص من خلال الإطلاع على البطاقة الشخصية للشخص الطبيعي ،أو من خلال شهادة تسجيل الشركة فيما لو كان المتعاقد شخصا معنويا ،إلا أن الصعوبة تثور فيما لو كان التعاقد بين غائبين في العقود الإلكترونية ،فهنا نتسائل كيف يتم التأكد من أهلية المتعاقدين ؟إذ أن كثير من المتعاملين عبر هذه الشبكة هم ناقصي الأهلية ،ومنهم من يعمد إخفاء نقص الأهلية[2]

يصعب في العقد الإلكتروني التأكد من شخصية المتعاقد الأخر و أهليته و ذلك لأنه يتم عن بعد عبر تقنيات الاتصال الحديثة ، ومن دون حضور مادي للمتعاقد فضلا عن العدد الهائل لمستخدمي الانترنت ، منهم المراهقين وصغار السن،و هذا ما دفع ببعض الفقه غلى القول بأنه ينبغي معالجة مشكلة الأهلية في التعاقد الالكتروني ،كما تظهر مشاكل أخرى تعتري الإرادة أو الرضا من غلط واستغلال وتدليس وإكراه.

أولا:وسائل التحقق من الأهلية في العقد الالكتروني

---

[1] -أنظر القانون الأردني للمعاملات الإلكترونية على الموقع:.w.w. w.atascalaw.com /t7693-topic .نقلا عن إلياس ناصيف ، **العقود الدولية**... .، مرجع سابق ، ص 391 .

[2] -أحمد أمداح،**التجارة الإلكترونية في منظور الفقه الإسلامي** ،مذكرة لنيل درجة الماجستير في الفقه وأصوله،كلية العلوم الاجتماعية والعلوم الإسلامية ،قسم شريعة ،جامعة الحاج لخضر باتنة،2005-2006 ،ص 189.

لا توجد في الوقت الحاضر وسائل كاملة و حاسمة للتحقق من الأهلية ،و بهدف الوصول إلى حلول تفيد التحقق من أهلية المتعاقدين وإسناد الإرادة إلى صاحبها في حال لجؤ القاصر إلى استخدام طرق احتيالية لإخفاء نقص أهليته ،عندما يتعاقد مع كامل الأهلية حسن النية ،أين توجد تقنيات تتولى مهمة تحديد هوية المتعاقدين في العقد الكتروني،منها نظام" adultcheck"،و الذي بمقتضياتهم إدخال رقم الائتمان الخاص بالزائر للموقع للتحقق من أهليته ،وبعدها تيم إعطائه كلمة المرور حتى يسمح له بالدخول إلى الموقع،بالرغم من أهمية هذا النظام في تحديد أهلية المتعاقدين إلا أن الأستاذ أحمد أمداح يرى أن هذا النظام ليس حلا باعتبار أن بطاقة الائتمان يمكن الحصول عليها بكل سهولة و بطرق غير مشروعة ،و من ثم يصعب التأكد كمن الأهلية الحقيقية للمستخدم ،كما نجد هناك أنظمة أخرى تتولى عملية التحقق من الأهلية[1].

غير أن هناك محاولات أين توصل أهل الاختصاص إلى استنباط وسائل احتياطية و تحذيرية، أهمها البطاقة الالكترونية ،الوسيط الالكتروني ،و كذا استخدام وسائل تحذيرية [2].

1-البطاقة الالكترونية كوسيلة للتأكد من أهلية المتعاقدين

البطاقة الالكترونية تتمثل في رقائق الكترونية تحوي على وحدات و شرائح فائقة القدرة على التخزين، و تعتبر هذه البطاقة بمثابة الحاسوب المتنقل الذي يحتوي على سجل كامل من المعلومات و البيانات الشخصية ،و يمكن عن طريق البطاقة الالكترونية تخزين جميع البيانات الخاصة بحاملها ، من الاسم ،السن و الإقامة ...الخ، وهي تتمتع برقم سري وهي مزودة بعناصر لحماية صاحبها من عمليات التزوير، أو استخدامها من قبل الغير أو سرقتها[3].

2-الاستعانة بوسيط إلكتروني لتحديد أهلية المتعاقدين

يمكن للمتعاقدين الاستعانة بوسيط الكتروني يكون طرفا ثالثا محايدا بالنسبة إلى طرفي العقد، و تسند إليه مهمة تنظيم العلاقة بين أطراف هذا العقد و يتم اللجوء إليه في حال التحقيق للتأكد من هوية المتعاقدين و أهليتهم القانونية.

3-استعمال الوسائل التحذيرية للتحقق من أهلية المتعاقدين

استعمال الوسائل التحذيرية هي أكثر الوسائل استخداما في الوقت الحاضر تمارس عن طريق وضع تحذيرات على الانترنت، تنبه إلى عدم الدخول إلى موقع الانترنت إلا من قبل شخص يتمتع بالأهلية القانونية و يلتزم هذا الشخص قبل الدخول إلى الموقع بالكشف عن هويته و الإفصاح عن عمره، و ذلك من خلال ملء نموذج معومات معروض على

---

[1] -للتفصيل أكثر في الأنظمة الخاصة بالتحقق من أهلية المتعاقدين راجع أحمد أمداح، **التجارة الإلكترونية في منظور الفقه الإسلامي**...، مرجع سابق، ص 190.

[2] -إلياس ناصيف، **العقود الدولية**...، مرجع سابق، ص 127 .

[3] -مرزوق نور الهدى،**التراضي في العقد الإلكتروني**، مرجع سابق، ص 76.

الانترنت فإذا كان هذا الشخص متمتعا بالأهلية القانونية، فإنه يستطيع دخول الموقع و إبرام العقود و على العكس من ذلك فهو لا يستطيع الدخول إلى الموقع إذا لم يقم بملء المعلومات أو إذا اتضح منها عدم أهليته، كما يتم وضع نماذج للعقود على الانترنت يتم صياغتها بشكل واضح تتضمن بنودها نصا صريحا بضرورة توفر الأهلية القانونية الكاملة في المتعاقد، بالرغم من ذلك فإن هذه الوسائل لا تخلو من الثغرات في حال قيام المتعاقد بوضع بيانات تخالف الحقيقة بشأن أهليته[1].

ثانيا: تحديد أهلية الشخص المتعاقد الالكتروني

لا يكفي أن تكون الإرادة موجودة لانعقاد العقد بل ينبغي أن تكون هذه الإرادة صادرة من شخص أهل لإبرام مثل هذه التصرفات القانونية،إن مسألة التحقق من أهلية الأشخاص المتعاقدين عبر شبكة الانترنت هي مسألة فنية تقنية بالدرجة الأولى تحتاج إلى تفاهم مشترك بين المختصين في مجال الحاسوب والانترنت [2].

1-خصوصية الأهلية في التعاقد الالكتروني

لما كان التصرف القائم مع فاقدي الأهلية أو ناقصي الأهلية قد يعرض العمل إلى البطلان ،فالأصل أن تكون التعاملات عبر الانترنت قائمة على مبدأ حسن النية من قبل الطرفين،على خلاف التشريع الفرنسي والتشريع الأمريكي فإنه يميز بين الأعمال اليومية من بيع و شراء التي يجوز للقاصر القيام بها وبين التصرفات التي لا تدخل ضمن هذه الأعمال و التي تتم بواسطة بطاقة ائتمان أحد الوالدين أو توقيعه الإلكتروني ففي هذه الحالة يكون الوالد ملزم بهذا العقد كما لو كان هو من أبرمه فإن البعض من التشريعات العربية كالتشريع الجزائري والمصري والأردني فقد ترك مسألة الأهلية في العقود الإلكترونية للقواعد العامة [3].

2-خصوصية عيوب الإرادة في العقد الإلكتروني

تتمتع عيوب الإرادة بأهمية بالغة فيما يتعلق بالعقد الإلكتروني ،وذلك يعود إلى العديد من الأسباب منها الوضع الخاص الذي تتمتع به شبكة الانترنت إذ إن طبيعة العقد الإلكتروني تقتضي أن يبرم العقد عن بعد بين متعاقدين في أغلب الأحيان متكافئين، من جهة نجد مقدم الخدمة مالك الخبرات الفنية و القانونية، والعميل من جهة أخرى وهو الطرف الضعيف ،لذا كان من الضروري توفير الحماية القانونية لطرفي العقد، لم تعد القواعد القانونية المنظمة لعيوب الإرادة كافية لضمان استقرار المعاملات الإلكترونية لذا رأى المشرع ضرورة توسيع نطاق شروط الطعن لأبطال العقد الالكتروني بالاستعانة بالالتزام قبل التعاقد بالإدلاء بالبيانات المتعلقة بالعقد التي من خلالها يتم تبصير إرادة المتعاقد عديم

[1] _إلياس ناصيف، **العقود الدولية**...،مرجع سابق، ص 128.

[2] -أحمد أمداح، **التجارة الإلكترونية في منظور الفقه الإسلامي** ، مرجع سابق ، ص 189.

[3] -مرزوق نور الهدى، **التراضي في العقود الإلكترونية**، مرجع سابق، ص 74.

الخبرة حتى تكون إرادته غير مشوبة بعيب من عيوب الإرادة ، والإخلال بهذا الالتزام يؤدي إلى المطالبة بإبطال العقد من قبل الطرف المتضرر.

إن عيوب الإرادة التي نجدها في العقود الإلكترونية لها خصوصيات تميزها عن العيوب المعروفة في القواعد العامة، وهي الغلط الإكراه الاستغلال و التدليس.

أ–خصوصية الغلط في العقد الإلكتروني

يقصد بالغلط الوهم الذي يقوم في ذهن الشخص ويجعله يتصور الواقع على خلاف حقيقته ،ويشترط للتمسك بالغلط لإبطال العقد أن يقع احد المتعاقدين في غلط جوهري ، وأن يتصل هذا الغلط بعلم المتعاقد الآخر ، فإذا كانت هذه الشروط تقيد من استعمال حق إبطال العقد بالنسبة للعقود التقليدية لصعوبة إثبات توفرها ، فإن الالتزام بالإعلام في العقود الالكترونية يسهل من ممارسة هذا الحق للمطالبة بإبطال العقد بناء على عيب الغلط، يعود للمحاكم تقدير الوقوع في الغلط أو عدم الوقوع فيه، فهي تأخذ بصفة عدم الخبرة أو عدم الاحتراف في المعاملات الالكترونية لاسيما في التقنيات الفنية المتطورة [1].

وكثيرا ما يقع الغلط في العقود الالكترونية بسبب العرض الناقص للمنتجات ،غير إن الادعاء بالوقوع في الغلط على أساس العرض الناقص للمنتج يصعب إثباته ، لذا ألزم التوجيه الاروبي رقم 31/2000 المتعلق بالتجارة الالكترونية في المادة 11 منه على مقدمي الخدمة بان يقوموا بعرض الخدمة على العميل بالتفصيل الدقيق و بوسائل مناسبة يمكنه فهم المعطيات الالكترونية [2].

و نتيجة الاهتمام بحماية الطرف الأقل خبرة فنيا واقتصاديا ،وسع الفقه و القضاء من مفهوم عيوب الإرادة ، إذ بمجرد توفر الطرف الأكثر خبرة للطرف الأخر المعلومات الكافية التي تجب الإدلاء بها جاز للمتعاقد غير الخبير إن يتمسك بوقوعه في الغلط نتيجة عدم علمه الكافي بمحل العقد أو شروطه [3].

وفي هذا الخصوص فانه نجد بان الإثبات يكون صعبا العرض يتم على صفحة الويب، وقد يتم تغييره أو تعديله في وقت لاحق بوسيلة الكترونية .

ب–خصوصية الإكراه في العقد الالكتروني

[1] –مرزوق نور الهدى ، **التراضي في العقود الإلكترونية**، مرجع سابق، ص ص 82– 83 .

[2] – إلياس ناصيف ، **العقود الدولية**...، مرجع سابق ، ص ص 129 –130 .

[3] –خالد ممدوح إبراهيم ، **إبرام العقد الالكتروني** ...،مرجع سابق، ص 144 .

يعرف الإكراه بأنه "رهبة بينة في نفس الشخص فتدفعه إلى التعاقد "، و يشترط إن يكون الإكراه واقع تحت سلطان رهبة بينة حتى يعتبر عيبا يشوب الرضا،و يظهر من الوهلة الأولى انه لا يمكن تصور وقوع الإكراه في مجال المعاملات الالكترونية باعتباره عقد يتم إبرامه عن بعد ،قد يقع الإكراه في مجال العقد الالكتروني بسبب التبعية الاقتصادية ، أين يتم الضغط على المتعاقد بسبب العوز الاقتصادي كاحتكار احد المنتجين لسلعة معينة ، فيجد المشتري نفسه مضطرا للتعاقد بسبب تهديد مصالحه ، وبالتالي لا يكون أمامه سوى الرضوخ و قبول التعاقد معه[1].

عالجت بعض المنظمات وغرفة التجارة الدولية مسالة الاحتيال الالكتروني، وقدمت التوصيات لحل هذه المشكلة نوجزها فيما يلي:

-التزام الأطراف المتعاقدة بالدقة في التعامل؛

-ضرورة تعديل التشريعات الوطنية العقابية لردع هذه المعاملات ومعاقبة مرتكبيها ؛

-تدريب رجال البحث الجنائي ورجال القانون على احدث التقنيات في مجال الاتصالات للتوصل إلى الكشف عن مرتكبي جرائم نظم شبكات الاتصال[2].

ج-خصوصية التدليس في لعقد الالكتروني

يعرف التدليس بأنه استعمال طرق احتيالية لإيقاع شخص آخر في غلط يدفعه إلى التعاقد ومن ثمة نجد بأن للتدليس شرطان أولهما مادي يتمثل في استعمال طرق احتيالية و الثاني معنوي و هو نية التضليل كما يشترط أن يكون التدليس هو الدافع إلى التعاقد.[3]بالرجوع إلى التعاملات عبر شبكة الانترنت نجد بان البائع يكون ملزم بالإعلام وذلك يذكر كل المواصفات المتعلقة بالمبيع، وإلا كان للطرف الأخر المتعاقد معه حق التمسك بعيب التدليس نتيجة كتمان الطرف الأخر للمعلومات التي كان يجب عليه الإدلاء بها و تكمن المشكلة في إثبات التدليس الذي يقع عبر شبكة الانترنت نظرا للطبيعة غير المادية للمعلومات و البيانات التي يمكن نقلها عبر شبكة الانترنت، غير أنه يمكن التغلب على هذه المشكلة باستخدام مواقع متخصصة وظيفتها إعلام و تقديم النصيحة للطرق الأقل خبرة كما يمكن الاستعانة بطرف محايد كجهات التصديق مثلا تتولى مهمة الكشف عن مثل هذه العمليات.

---

[1]-انظر في هذا كل من محمد حسين منصور ،**المسؤولية الالكترونية** ...، مرجع سابق، ص 75.و أيضا إلياس ناصيف، **العقود الدولية**...، مرجع سابق، ص 134 .

[2]-محمد حسن رفاعي العطار، **البيع عبر شبكة الانترنت**...، مرجع سابق، ص 98 .

[3]_محمد حسن رفاعي العطار، **البيع عبر شبكة الانترنت** ...، مرجع سابق، ص 98.

في الأخير تجدر الإشارة إلى أن عيب الاستغلال لم نجد فيه آية خصوصية في العقود الإلكترونية و إذا كان ذلك محتمل الوقوع ففي حالة وقوع المستهلك ضحية طيش بيني أو هوى جامع في علاقة تعاقدية وكان الطرف الأخر شخصية اجتماعية بارزة فإن حدث في ذلك فإنه ينتج عن ذلك خلل فادح في التوازن العقدي بين قيمة المبيع والثمن ويبقى أن نقول بأن حدوث الاستغلال في التعاقد الإلكتروني ضئيل جدا[1].

بعد توفر جميع الأركان المطلوبة لإبرام عقد ما مهما كان نوعه أو تسميته، فإنه تأتي مرحلة جد هامة و هي مرحلة تنفيذ العقد وفي هذه المرحلة قد تثور نزاعات بين الطرفين المتعاقدين مما يستلزم المر إيجاد حل لها لضمان استمرار واستقرار المعاملات أين يعمل كل طرف على إثبات حقه بمختلف الوسائل و نجد بأن المعلوماتية كان لها أثر على كل من تنفيذ العقد و إثباته ونجد حل النزاعات الناجمة عن العقد وهذا ما سنتناوله في (الفصل الثاني).

خلاصة الفصل الأول

غيرت المعلوماتية من مفهوم العقد فقد تحول مفهوم العقد من عقد تقليدي إلى عقد إلكتروني وذلك بإدخال الوسيلة الإلكترونية لإبرام العقد وتنفيذه وبالرغم من أن المشرع الجزائري عدل المادة 54 من القانون المدني الجزائري لسنة 2005، أين كان العقد الإلكتروني شائع نوعا ما في المجتمع الجزائري و في المعاملات التجارية اليومية ، إلا أنه لم يبدي أي أهمية بالعقد الإلكتروني بل أكثر من ذلك فهو لم يعطي أية إشارة لا في القانون المدني باعتباره الشريعة العامة ولا في فروع القانون الأخرى.

يبقى السؤال مطروحا هل هذا إغفال و سهو من المشرع الجزائري أو إهمالا منه خاصة وأن هناك من الدول التي تولت مهمة مسايرة التطورات التكنولوجية الحاصلة و كذا مواكبة الثورة المعلوماتية التي كان لها أثر كبير في جميع المجالات خاصة التعاملات اليومية. نذكر منها الولايات المتحدة الأمريكية وفرنسا اللتان كانتا السباقتين في المجال المعلوماتي لتليها

[1]_مرزوق نور الهدى، **التراضي في العقود الإلكترونية**، مرجع سابق، ص ص 85- 87.

بعض الدول العربية مثل الإمارات، تونس، مصر، وقد يكون السبب وراء عدم مواكبة الثورة المعلوماتية في الجزائر هو عدم تطور الوعي لدى المجتمع الجزائري لإبرام العقود الإلكترونية ينعدم فيها التواجد المادي للأطراف المتعاقدة أو نقص الوسيلة المستعملة لإبرام عقد إلكتروني أو لانعدام الثقة كلية بهذه الوسيلة؟.

كما أثرت المعلوماتية بالإضافة إلى تأثيرها على مفهوم العقد، فقد أثرت كذلك في ركن التراضي الذي يعتبر من أهم الأركان التي يقوم عليها إبرام العقد. أين غيرت من مصطلحي الإيجاب والقبول فبدخول المعلوماتية مجال المعاملات تحول الإيجاب بعدما كان إيجاب تقليدي يتم إصداره من قبل أحد طرفي العقد شفهيا أو بالكتابة بنوعيها عرفية كانت أو رسمية،فمن أثار المعلوماتية أنها حولت الإيجاب التقليدي إلى إيجاب إلكتروني و ذلك بإدخال الوسيلة الإلكترونية المستعملة لإصدار الإيجاب ومن ثم أصبح الإيجاب إلكترونيا ونفس الأمر حصل مع القبول فبإعمال الوسيلة الإلكترونية التي هي أثر من أثار المعلوماتية فقد أصبح يعرف بالقبول الإلكتروني .

هذا عن ركن التراضي أما فيما يخص الأركان الأخرى من المحل والسبب و الشكلية فقد كان للمعلوماتية أثر عليها سواء كانت هذه الثار إيجابية أو سلبية فمن هذه الآثار الإيجابية نجدها ساهمت في تقريب المسافات و ربح الوقت نقص التكليف نوعا ما، وسرعة إنجاز المعاملة. أما عن الآثار السلبية فهي تظهر بشكل واضح فيما يخص عيوب الرضا نجد صعوبة التأكد من أهلية الأطراف المتعاقدة باعتبار العقد يتم في عالم افتراضي وبين طرفين حاضرين من حيث الزمان وغائبين من حيث المكان كما أثرت المعلوماتية في انتشار عيبي الغلط والتدليس باعتبارها من أكثر العيوب انتشارا في الوسط المعلوماتي.

الفصل الثاني

أثر المعلوماتية على تنفيذ العقد و حل النزاعات التي يثيرها التعاقد الإلكتروني

الفصل الثاني

أثر المعلوماتية على تنفيذ العقد و حل النزاعات

من أجل بلوغ مستوى التشريعات الدولية في مجارات مصطلحات جديدة يفرضها واقع جديد في مجال الاتصالات والمعلوماتية بظهور التجارة الإلكترونية وما صاحب ذلك من مفاهيم كالعقد الإلكتروني، وما يرافقه من التزامات تنشأ عن طريق تبادل إلكتروني للبيانات ومعلوم أن الجمعية العامة للأمم المتحدة وبناءا على التوصيات التي تبنتها لجنتها المتخصصة للقانون التجاري بشأن القيمة القانونية لسجلات الحاسوب أصدرت قرارها في 1985/12/11 رقم71/40 طالبت من الحكومات باتخاذ الإجراءات الكفيلة بتأمين الضامن القانوني بخصوص استخدام التجهيز الآلي للبيانات دوليا في التجارة الإلكترونية.

فالجزائر وبالرغم من السير البطيء لإصدار تشريعات تتكفل بالموضوع فإن المؤشرات تفيد بأن الجهود بدأت تعطي ثمارها فقد جاء القانون رقم08-01 المؤرخ في 2008/01/23 و المتعلق بالتأمينات بصورة حديثة للمعاملات بإدراج مصطلحات جديدة مثل البطاقة الإلكترونية والفواتير الإلكترونية و المفاتيح الإلكترونية لهيكل العلاج كما وضع هذا القانون نصوص ردعية للجرائم المرتكبة تجاه هذه التقنيات لضمان حمايتها و مما يجب التنويه أن قانون العقوبات أفرد قسما خاصا للمساس بأنظمة المعالجة الآلية للمعطيات و هو القسم السابع مكرر بموجب التعديل الذي جاء به القانون رقم 06-23 في 2006/12/20.

أين يتضح أن هذا التعديل تجسيدا لما ورد في كلمة السيد وزير العدل حافظ الأختام في اليوم الدراسي حول عصرنة العدالة و الذي عقد بمقر المحكمة العليا بحضور ممثل برنامج الأمم المتحدة الإنساني و قد أكد السيد الوزير آنذاك بأن التعديل و التكيف في مجال القانون المدني والتجاري سوف يتم العمل على تكريس مبدأ الكتابة الإلكترونية في القانون المدني الجزائري و ما يترتب عليه من نتائج على العقود و الإمضاء الإلكتروني ووسائل الإثبات.

سرعان ما تجسدت هذه الفكرة في التعديل الذي مس القانون المدني الجزائري بموجب القانون رقم 05-10 المؤرخ في 2005/06/20 المعدل للأمر رقم 75-58 المتضمن القانون المدني و ذلك بأن نصت في المادة 323 مكرر1 على اعتبار الإثبات بالكتابة في الشكل الإلكتروني كالإثبات بالكتابة على الورق كما سنرى ذلك لاحقا.

بالرغم من أن المجال الجزائي ليس هو موضوع دراستنا إلا أنه لابد من الإشارة أن المشرع الجزائري سارع إلى بسط الاختصاص القضائي و توسيعه عندما أنشأ ما سماه بالأقطاب القضائية[1]،فمدد في الاختصاص المحلي لوكلاء الجمهورية و

[1]_ هذه الأقطاب تكون ضمن دوائر اختصاص المحاكم التالية:(1) محكمة سيدي محمد،(2) محكمة قسنطينة، (3) محكمة ورقلة، (4) محكمة وهران، راجع المرسوم التنفيذي رقم 06-348 الصادر في 2006/10/05.

قضاة التحقيق عندما يتعلق الأمر ببعض الجرائم و منها الجريمة المنظمة عبر الحدود الوطنية و الجرائم الماسة بأنظمة المعالجة الآلية للمعطيات.

لم يقتصر التطور التشريعي في المجالات المذكورة آنفا بل وسع ذلك ليستهل المعالجة المالية في مجال البريد و المواصلات بإدراج القانون المتعلق بالبريد و المواصلات رقم 03/2000 في صلب مواده تنص على الدفع الإلكتروني و إمكانية إرسال، الأموال بواسطة الحوالات عن الطريق الإلكتروني و قد نصت عليه المواد 84-87-89 من هذا القانون.

و مما يؤكد السعي نحو تطور تشريعي أوسع في مجال توسع القضاء الإلكتروني و ضمان حماية المعاملات في إطاره بإنشاء فكرة الأمن الرقمي صدرت العديد من التوصيات و الاقتراحات إثر عقد مؤتمرات و ندوات فكرية تعمل في هذا السعي نذكر منها المؤتمر الوطني الثالث حول الجريمة المنظمة و سياسة مكافحتها في الجزائر.

نظرا لما قد يثار في مجال العقد الإلكتروني من نزاعات لذلك لابد من توجيه الأخطار إلى صورة النزاعات التي تنجر عن الاستخدامات في مجال العقد الإلكتروني، و كذا ضمن شبكة الانترنت سواء ما يترتب عن ذلك في جانب المسؤولية المدنية أو الجنائية، و كل ما يثار من النزاعات الناجمة و ما يثار من إشكالات حول الاختصاص القانوني و القضائي إذا أنه و مع تنامي ظاهرة الاستعمال السلبي للانترنت انبرت مختلف التشريعات العالمية لمواجهة الظاهرة بغية حماية حقوق الأفراد، فهنا يثار التساؤل حول حماية حقوق الأفراد بل الأنظار باتت تتجه أكثر فأكثر نحو فرض حماية قانونية للمتعاقد عن طريق شبكة الانترنت و ما يستتبع ذلك من تبادل للمعلومات الإلكترونية.

ما يمكن أن يثار في الموضوع بصفة خاصة في مجال المنازعات المرتبطة بالعقود الإلكترونية، فيما يخص تنفيذ العقد و إثبات العقد الإلكتروني و مدى حجيته، التوقيع و المحررات الإلكترونية في الإثبات (المبحث الأول)، لأن ذلك من مستلزمات الحماية القانونية لهذه العقود، و ما قد يثار من نزاعات في مجال العقد الإلكتروني و من ثم بحث الوسائل و الطرق القانونية لإثباتها ثم حلها (المبحث الثاني).

المبحث الأول

أثر المعلوماتية على تنفيذ العقد و إثباته

تعتبر مرحلة تنفيذ العقد من أكثر المراحل التي تأثرت بالمعلوماتية ،فإذا كان الأصل أن كلا الطرفين المتعاقدين يقومان بتنفيذ العقد بصورة اختيارية ،غير أنه وقد يحدث و أن يتقاعس أو يتما طل أحد طرفي العقد في تنفيذ التزاماته سواء كان ذلك لوجود سبب أو بدون سبب،وسواء كان عدم التنفيذ كليا أو جزئيا أي أن المتعاقد لا ينفذ العقد أصلا،أو ينفذ جزء ويبقى الجزء الأخر بدون تنفيذ،فهنا جاز للطرف المتعاقد معه وصاحب المصلحة إعمال قاعدة القوة الملزمة للعقد لإرغام

الطرف المتقاعس على التنفيذ ،ونكون حينئذ أمام الصورة الثانية للتنفيذ ألا وهي التنفيذ الجبري الذي نصت عليه مختلف التشريعات بما فيها المشرع الجزائري.

بما أن العقد الإلكتروني يتسم بالطابع الدولي فإن المر يقتضي تحديد السلطة المختصة بإعمال القوة الملزمة للعقد، و حتى تتمكن هذه السلطة من أن تأمر بالتنفيذ الجبري إذ لابد على المتعاقد أولا إثبات حقه موضوع التنفيذ،على اعتبار أن الإثبات مسألة جد هامة لاكتساب الحق و التمسك به،لذلك سيتم البحث في مسالة تنفيذ العقد وفقا لما هو مقرر في النظرية العامة في العقد وبيان مظاهر أثر المعلوماتية على تنفيذ العقد(المطلب الأول)،ثم نتطرق إلى دراسة مسألة لا تقل أهمية عن تنفيذ العقد وهي إثبات العقد سواء كان ذلك في القواعد العامة أو في العقد الإلكتروني باعتباره من أثر من أثار المعلوماتية(المطلب الثاني).

المطلب الأول

تنفيذ العقد الإلكتروني

بعد نشوء العقد بتوافر جميع أركانه من تراضي (الإيجاب و القبول و تلاقي الإرادتين) و ركن المحل و السبب،فإن هذا العقد مهما كان نوعه أو طبيعته يرتب على طرفي العقد التزامات متقابلة بين الطرفين المتعاقدين،ما ينبغي عليهما القيام بتنفيذ التزاماتهم سواء تعلق الأمر بتسليم الشيء المبيع أو دفع الثمن باعتبارهما من أهم الالتزامات التي تقع على عاتق الطرفين المتعاقدين.

نظرا لأهمية موضوع تنفيذ العقد فإنه سنتناول مسألة تنفيذ العقد وفقا للنظرية العامة للعقد(الفرع الأول)،ثم بيان مظاهر تأثير المعلوماتية على تنفيذ العقد(الفرع الثاني).

الفرع الأول

تنفيذ العقد وفقا للنظرية العامة للعقد

يعتبر الالتزام بالتسليم و الالتزام بدفع الثمن من أهم الالتزامات التي تقع على عاتق الطرفين المتعاقد بحسن نية و حسب ما اتفق عليه المتعاقدين في مرحلة إبرام العقد،وعليه سنتناول كل من الالتزام بالتسليم (أولا) ثم الالتزام بدفع الثمن (ثانيا).

أولا: الالتزام بالتسليم

تقضي القواعد العامة بان التسليم هو أن يضع البائع –إذا كن بصدد عقد البيع – أو من يمثله الشيء المبيع تحت تصرف الطرف الأخر المتعاقد معه وهو المشتري ،بحيث يستطيع أن يضع يده على المبيع وينتفع منه دون مانع، لهذا يعتبر الالتزام بالتسليم من أهم الالتزامات التي نجدها في العلاقة التعاقدية،الذي له دورا هاما في انتقال الملكية أين لا يتحقق انتقالها إلا بالتسليم[1] .

إذا كان القانون الفرنسي قد انتهى به الأمر إلى عدم استلزام التسليم لنقل الملكية ،حيث أن القاعد المعمول بها حاليا هي انتقال الملكية بمجرد إبرام العقد دون حاجة إلى حدوث التسليم ،بالرغم من أن هناك من يعطي التسليم أهمية و دورا كبيرا في نقل الملكية في بعض القوانين الحديثة،و أكبر دليل على ذلك نجده في اتفاقية فيينا بشأن عقد البيع الدولي للبضائع لسنة 1986 أين تناولت في أحكامها التفصيل في مسألة أحكام الالتزام بالتسليم بدلا من انتقال الملكية، وهذا يؤكد أهمية الالتزام بالتسليم على مستوى العقود الدولية.

فبعدما كان التسليم في القانون الروماني أحد الطرق الاختيارية الناقلة للملكية ،ذلك أن القانون الروماني كان يفرق بين الاتفاق والعمل الناقل للملكية ،فالاتفاق لم يكن يكسب حق الملكية بل ينحصر دوره في إنشاء التزامات وحتى تنقل الملكية كان لابد من اللجوء إلى أحد الوسائل التي ينص عليها القانون ،ومن بينها تسليم المبيع للمشتري عن طريق نقل حيازة الشيء إليه بموجب أن يضع يده على المبيع دون أن يتعرض له أحد.

وما يميز التسليم في القانون الروماني هو عدم ارتباطه بشكل معين ،كما لا يلزم أن يكون المسلم والمتسلم موجودين في المكان نفسه،فالتسليم يمكن أن يتم بواسطة الغير أي أن النيابة جائزة في التسليم،ثم أن صحة التسليم لا يتوقف على إتباع إجراءات رسمية و مراسيم معين ،فالمناولة باليد كافية لنقل الملكية و من ثم فإن التسليم في القانون الروماني يقوم على عنصرين،عنصر معنوي وعنصر مادي يشترط في التسليم و حتى ينقل الملكية أن يكون فعليا أو علنيا،فبعدما كان التسليم قد يتم بالمناولة باليد في المنقول و العقار ،غير أن الضرورة الاجتماعية اقتضت تخفيف هذه الصعوبات في التسليم حتى صار في الواقع العملي أن يوضع الشيء تحت تصرف المكتسب[2] .

أما أهمية التسليم في القانون الفرنسي، و باعتبار أنه تأثر تأثرا كبيرا بالقانون الروماني، أين استخدم القانون الفرنسي نفس الوسائل التي استعملها القانون الروماني للتسليم، كالتسليم باليد الطويلة، والتسليم الرمزي، والتسليم باليد القصيرة.

---

[1] –أمازوز لطيفة، **التزام البائع بتسليم المبيع في القانون الجزائري**،أطروحة لنيل درجة الدكتوراه في العلوم تخصص القانون،كلية الحقوق جامعة مولود معمري، تيزي وزو،عدم ذكر التاريخ، ص 24.

[2] –أمازوز لطيفة،**إلتزام البائع بتسليم المبيع في القانون الجزائري**،مرجع سابق، ص ص 26-27.

–فالتسليم باليد الطويلة: إذا كان العقار المراد نقل ملكيته شائعا أجيز تسليمه بالإشارة إلى اليد من مكان مرتفع يشرف عليه وبين المسلم و التسلم حدود العقار معلنا تسليمه إياه.

–التسليم الرمزي: فيتم التسليم عن طريق تسليم مفاتيح الخزن الذي يحتوي على المنقول المراد تسليمه، وإذا كان المحل غير منقول كالمنزل مثلا، فيكفي تسليم المفاتيح دون تفقد غرفه .

–التسليم باليد القصيرة:و فيه يتم التسليم دون حاجة إلى القيام بأي عمل مادي، و يكون ذلك عندما يكتسب الحائز ملكية الشيء الموجود تحت يده.

غير أن شراح القانون الفرنسي القديم قد ذهبوا إلى أن التسليم يكون صحيحا بمجرد أن يتضمن العقد الناقل للملكية شرطا يفيد أن الناقل قد تخلى عن حيازة الشيء و أن المكتسب قد تسلمه بالفعل[1]

أما في التشريعات الحديثة فإن الالتزام بالتسليم أهمية بالغة في التشريعات الحديثة إذ نجد أن تشريعنا الوطني يجعل الالتزام بالتسليم من مقتضيات عقد البيع، إذ لا فائدة في التزام البائع لنقل ملكية المبيع إلى المشترين إذا لم يتضمن هذا النقل تسليم المبيع حتى يتمكن المشتري من حيازته و الانتفاع به و ذلك ما يجسده المشرع خلال نص المادة 167 من التقنين المدني الجزائري بما يلي:"**الالتزام بنقل حق عيني يتضمن الالتزام بتسليم الشيء و المحافظة عليه حتى التسليم**"و نفس الحكم أخذ به التقنين المدني المصري[2].

تطبيقا لهذه القاعدة العامة تقضي المادة 364 من التقنين المدني الجزائري في خصوص عقد البيع بأنه:"**يلتزم البائع بتسليم الشيء المبيع للمشتري في الحالة التي كان عليها وقت البيع**"و نفس حكم هذه القاعدة أخذ بها التقنين المدني المصري[3].

من خلال نص هاتين المادتين (م 167و م 364 من الق م ج) نستخلص أن التسليم الذي نص عليه المشرع هو التسليم الذي يؤدي إلى نقل الحيازة من البائع إلى المشتري، بقطع النظر إلى انتقال الملكية أو عدمه، أي أنه غير التسليم الذي كان ضروريا لنقل الملكية في القانون الروماني و القانون الفرنسي و الذي استغنى عنه القانون المدني الفرنسي الحديث و ذلك من خلال نص المادة 1138 من التقنين المدني الفرنسي[4].

نظرا لاختلاف طبيعة ونوع الشيء المبيع بين النوعي و العيني و بالمقابل أن الالتزام بالتسليم يختلف كذلك ،لذلك نجد بأن القانون الموحد للبيع الدولي لم يتعرض للالتزام بنقل الملكية و إنما تناول الالتزام بالتسليم ،كما ربط بين تحمل تبعة هلاك البضائع محل البيع و تمام تسليمها إلى المشتري،هذا ذا كان البيع وارد على شيء معين بالنوع لا تنتقل الملكية إلا بالفرز ،فإن التسليم يكون عادة وسيلة للإفراز التي تؤدي إلى انتقال الملكية،أما إذا كان المبيع منقولا معينا بالذات فهنا

---

[1] _ أمازوز لطيفة، **التزام البائع بتسليم المبيع في القانون الجزائري**،مرجع سابق، ص 28.

[2] _محمد حسن قاسم،**الموجز في عقد البيع**، دار الجامعة للطباعة و النشر، الإسكندرية، سنة 1996، ص 233.

[3] _ رمضان أبو السعود، **شرح العقود المسماة في عقد البيع و المقايضة**...،دار الجامعة الجديدة للنشر و التوزيع، الإسكندرية، سنة 2003 ، ص 278.

[4] _ التقنين المدني الفرنسي الحديث.

تكمن خطورة عدم التنفيذ في تصرف البائع في المنقول مرة ثانية إلى المشتري الثاني إذ يفضل هذا الأخير على المشتري الأول ،رغم انتقال الملكية إلى هذا الأخير بمجرد انعقاد العقد إعمالا بقاعدة الحيازة في المنقول بحسن نية سند الملكية تطبيقا لنص المادة 1/835من التقنين المدني الجزائري التي نصت على أنه:"**من حاز بسند صحيح منقولا أو حقا عينيا على المنقول أو سند لحامله فانه يصبح مالكا له إذا كان حسن النية وقت حيازته.**"و تقابلها المادة 1141من التقنين المدني الفرنسي .

تظهر أهمية التسليم بوجه خاص في القانون المدني الجزائري الذي جعل انتقال تبعة الهلاك إلى المشتري متوقفا على حدوث التسليم و أن يبقى البائع متحملا تبعة هلاك المبيع إلى أن يسلمه إلى المشتري و منذ هذه اللحظة تنتقل التبعة إلى هذا الأخير،و هذا ما تقضي به المادة 369 من التقنين المدني الجزائري التي نصت على أنه:"**إذا هلك المبيع قبل تسليمه بسبب لا يد للبائع فيه سقط و استرد المشتري الثمن إلا إذا وقع الهلاك بعد اعذار المشتري بتسليم المبيع.**"

أما التقنين المدني الفرنسي في نص المادة 1138 جعل الهلاك قبل التسليم على عاتق المالك تطبيقا للقاعدة التي تقضي بأن الشيء يهلك على مالكه.

إذ يعتبر الالتزام الرئيسي للبائع في هذا القانون هو التزامه بنقل ملكية الشيء المبيع، وقد انفصل عنه الالتزام بالتسليم فلا يصح أن يفسخ العقد لعدم تنفيذ هذا الالتزام الثانوي مادام الالتزام الأصلي بنقل الملكية قد نفذ[1].

أما القانون الموحد للبيع الدولي للبضائع ،فإنه نصت المادة 97منه على أن تبعة الهلاك تنتقل إلى المشتري من وقت تسليم المبيع إليه طبقا لشروط العقد وفقا لأحكام هذا العقد.

في الأخير تجدر الإشارة أن الالتزام بالتسليم من الالتزامات الجوهرية التي تقع على عاتق البائع و لو لم ينص عليه العقد. و في تعريف الالتزام بالتسليم نجد المشرع الجزائري قد أغفل عنصرا جوهريا و عنصر المطابقة أين كان يفترض إدراجه في نص المادة 367 من القانون المدني الجزائري و نظرا لعدم وجود طريقة معينة لتنفيذ الالتزام بالتسليم فما على الطرف الآخر المتعاقد أن يقوم بالتصرفات التي من شأنها أن يضع المبيع تحت تصرف المتعاقد الآخر، و من ثم فإن هناك التزامات أخرى مرتبطة بالالتزام بالتسليم و هي الالتزام بتقديم المعلومات، الالتزام بالصيانة و الإصلاح[2] .

فالالتزام بالتسليم يختلف كما سبق القول في المنقول عن العقار فإذا كان المبيع عقارا ،فإنه بالتخلي عنه عند التسليم بشرط ألا يلاقي المشتري ،و إذا كان المبيع من المنقولات فبالتسليم الفعلي أو بتسليم مفاتيح المباني أو تسليم الصناديق المحتوية على تلك المنقولات أو بأي وسيلة أخرى مقبولة عرفا،كما يتم التسليم حتى بمجرد قبول المتعاقدين إذا كان إحضار المبيع غير ممكن في ساعة البيع أو كان المبيع موجودا تحت يد المشتري لسبب أخر.

---

[1] –عبد الرزاق أحمد السنهوري، **الوسيط في شرح القانون المدني الجديد**،مرجع سابق،ص609.

[2] _أمازوز لطيفة، **التزام البائع بتسليم المبيع في القانون المدني الجزائري**،مرجع سابق، ص ص511-513.

أو يتم التسليم بتحويل وبتسليم شهادة الإيداع أو سند الشحن أو وثيقة النقل، إذا كان المبيع أشياء مودعة في المستودعات العامة ،فتسليم المبيعات غير المادية كحق المرور مثلا يكون بتسليم الإسناد التي تثبت وجود الحق ،أو بوجود الحق أو بإجازة البائع للمشتري أن يستعمله ،بشرط أن لا يحول حائل دون هذا الاستعمال ، أما إذا كان موضوع الحق غير مادي وكان استعماله يستوجب وضع اليد على شيء ما ،فعلى البائع حينئذ أن يمكن المشتري من وضع يده على هذا الشيء بدون مانع، ويجب تسليم المبيع في محل وجوده وت إنشاء العقد ما لم يشترط العكس ،وإذا عين في عقد البيع محل لوجود المبيع غير المحل الذي يكون فيه حقيقة وجب على البائع أن ينقل المبيع إلى المحل المعين إذا طلب المشتري نقله ،و إذا كان من الواجب إرسال المبيع من مكان لأخر ،فالتسليم لا يتم إلا ساعة وصول المبيع إلى المشتري أو إلى ممثله [1].

الأصل إن البائع يلتزم بتسليم المبيع دفعة واحدة ،و أن سليم الثمن دفعة واحدة كذلك ،و ذلك طبقا لأحكام المادة 277من التقنين المدني الجزائري التي نصت على أنه:"**لا يجبر المدين الدائن على قبول و فاء جزئي لحقه ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك.**"

نفس الحكم أخذ به المشرع المصري في المادة 342 من التقنين المدني ،من خلال نص هاتين المادتين تتضح بأن الوفاء الجزئي لابد أن تكون باتفاق الأطراف المتعاقدة،فقد الأطراف على تجزئة التسليم رغبة منهم في توزيع كميات المتعاقد عليها على أوقات مختلفة كأن يتم تسليم المبيع خلال عدة مواسم ،و هدا النوع من الاتفاقات سائد في عقود السيارات أو الملابس إلى غير ذلك.

إذا اتفق الأطراف على تسليم المبيع على دفعات ،فإن البائع يلتزم بتسليم كل دفعة من الدفعات مادام المشتري قد وفى له بالثمن كذلك نصت المادة 123 من القانون المدني على أنه:"**في العقود الملزمة للجانبين إذا كانت الالتزامات المتقابلة مستحقة الوفاء جاز لكل من المتعاقدين أن يمتنع عن تنفيذ التزامه إذا لم يقم المتعاقد الأخر بتنفيذ ما التزم به**".

في الأخير تجدر الإشارة إلى أنه إذا تأخر البائع في تسليم دفعات من الشيء المبيع و سكت المشتري عن المطالبة بهذه الدفعات ثم عاد بعد فترة طويلة عندما ارتفعت الأسعار يطالب بالتأخير فلا يحق له ذلك لأن سكوته دليل على نزوله عن حقه، و إذا طلب للمشتري تعويض عن تأخر البائع في تسليم المبيع فلا يستحقه فالأصل أن البائع يلتزم بتسليم مبيع مطابق لما اتفق عليه في العقد و لا يجبر الدائن عل قبول وفاء جزئي لحقه، إلا أن المشرع أجاز الاتفاق على مخالفة هذه القاعدة، و ذلك تماشيا مع رغبة المتعاقدين في تجسيد إرادتها في هذا العقد وفقا لمبدأ سلطان الإرادة و تيسيرا على البائع في تنفيذ التزامه إذا قد يستحيل على هذا الأخير تنفيذ التزامه دفعة واحدة[2].

يجب أن يكون التسليم في الوقت الذي تم تعيينه في العقد، و إذا لم يعين وقت وجب التسليم على أثر إنشاء العقد فالبائع الذي لا يمنح للمشتري مهلة للدفع لا يلزم بتسليم المبيع مادام المشتري لم يدفع إليه الثمن ولا يقوم مقام دفع الثمن عرض كفالة أو غيرها من وجود التأمين[3].

---

[1] -إلياس ناصيف،**العقود الدولية**... مرجع سابق،ص 152.

[2] _ أمازوز لطيفة، **الالتزام بالتسليم**...،مرجع سابق، ص ص 191- 197.

[3] _ إلياس ناصيف، **العقود الدولية**....،مرجع سابق، ص153.

ثانيا: الالتزام بالإعلام

يعرف الالتزام بالإعلام بأنه:"**الالتزام المنتج بوضع المستهلك في مأمن ضد مخاطر المنتج المسلم له سواء كانت سلعة أو خدمة وهو ما يتطلب أن يبين المنتج أو المهني للمستهلك كل المخاطر التي تكون مرتبطة بالملكية العادية للشيء المسلم له**"[1].

قد فرض هذا الالتزام على المنتج أو البائع حرصا على سلامة العقود وفي ظل عدم المساواة بين المستهلك من جهة وبين المنتج من جهة الذي يملك تفوقا على الطرف الآخر[2].

فنظرا للمشاكل التي تصادف المشتري عند لجوئه إلى دعوى ضمان العيوب الخفية أو دعوى الإخلال بتسليم مبيع مطابق، و نظرا لتعقد الحياة الاقتصادية و تعقد التقنيات الحديثة ووجود جمهور كبير من المتعاقدين لا تتوفر لديهم الخبرة الكافية للإلمام بظروف التعاقد و ملابساته سواء من حيث مطابقة السلعة المتعاقدة عليها للعرض المنشور أو من حيث خطورة استخدام السلعة تجاوز القضاء الفرنسي دوره في تطبيق النصوص التشريعية لجأ إلى إنشاء التزامات جديدة لم تكن معروفة من قبل و لم تنظمها نصوص العقد صراحة أو ضمنا[3].

أما بالنسبة للتشريع الجزائري فانطلاقا من مضمون نص المادة 107 من التقنين المدني الجزائري فإن البائع يلتزم بتزويد المشتري بكافة المعلومات المتعلقة بطبيعة الشيء المبيع و بطريقة استعماله، و ذلك لتفادي أي أخطار يمكن أن يحدثها المبيع و هو التزام عام توجيه ضرورة تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه و بطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية، كما يستنبط الالتزام بالإعلام أيضا من المادة 1/352 من التقنين المدني الجزائري التي تنص على أنه:"**يجب أن يكون المشتري عالما بالمبيع علما كافيا و يعتبر العلم كافيا إذا اشتمل العقد على بيان المبيع و أوصافه الأساسية بحيث يمكن التعرف عليه...**".

1- تعريف الالتزام بالإعلام و أساسه القانوني

إذا كان الفقه و القضاء في فرنسا أجمعا على ضرورة مساءلة البائع على الأضرار التي تنجم عن الإخلال بواجب التزويد بالمعلومات ،فان هناك الالتزام بالإعلام ،فالأمر لم يكن كذلك بالنسبة للأساس القانوني التي تقام عليه هذه المسؤولية ،إذ أن هذا الالتزام لم يظهر كالتزام مستقل و قائم بذاته ألا منذ وقت حديث نسبيا، فهناك من يرى أن الالتزام بالإعلام ليس إلا مظهر من مظاهر ضمان العيوب الخفية ،إذ نجد أن بعض الأحكام التي صدرت عن القضاء الفرنسي حتى أواخر الثمانينات قد أخلطت بين هذا الالتزام و ضمان العيوب الخفية ، فمن شروط ضمان العيوب الخفية ، الخفاء

---

[1] _ جمال النكاس، **حماية المستهلك وأثرها على النظرية العامة للعقد في القانون المدني التونسي**، مجلة الحقوق، السنة 13 العدد 2 يونيو1989 ، ص 45 وما بعدها أخذ عن نضال سليم برهم، **أحكام عقود التجارة الإلكترونية**، مرجع سابق، ص 182.

[2] _ نضال سليم برهم، **أحكام عقود التجارة الإلكترونية**، المرجع نفسه، ص 182.

[3] _ أمازرز لطيفة، **التزام البائع بتقديم المعلومات كالتزام تبعي للالتزام بالتسليم** مرجع سابق، ص ص 86-87.

فالضمان لا يرد بالنسبة للعيوب الظاهرة التي لا يستطيع المشتري أن يتبينها بنفسه لو أنه فحص المبيع بعناية الرجل العادي ،فالبائع لا يسأل عن العيب الخفي ،إذا كان المشتري يعلم به وقت البيع[1] .

و على هذا الأساس فان التزام البائع بالإعلام عن المخاطر الكامنة في السلعة ليس إلا التزاما منبثقا من الالتزام الأصيل بضمان العيوب الخفية،فيتعين عدم الخلط بين الالتزام بالإعلام و الأنظمة المشابهة له، لكون أن بعد التدقيق في كل منهما ،يتضح الاختلاف بينها و لذلك يتميز الإعلام عن الإعلان و تقديم النصائح و التحذير و غيرها من المفاهيم[2].

أ–التعريف الفقهي والقانوني للإعلام

إن الالتزام بالإعلام من أكبر الآليات القانونية التي ينبغي المطالبة بها في مجال حماية المستهلك العادي و الإلكتروني خاصة،و يمكن تعريفه كما يلي:فهناك من عرفه بالالتزام السابق على التعاقد بحيث يلتزم التاجر الإلكتروني بتقديم كل البيانات الخاصة بالشيء المبيع سواء كانت هذه البيانات تعليمات أو توصيات أو نصائح[3].

و عرفه البعض الآخر أنه التزام قانوني سابق على إبرام العقد الإلكتروني و يقول البعض أن الالتزام بالإعلان لا ينصب فقط على الشيء المبيع بل كذلك على أمانة تحديد شخصية البائع أو المهني الإلكتروني حتى يكون المستهلك الإلكتروني على بينة من أمره كتحديد مركزه القانوني و التزامه و مدى إمكانية تنفيذها[4] .

و عليه فإن العقد الإلكتروني يتم بين غائبين في المكان و هذا ما يخلف جهل المستهلك، التزام التاجر عن بعد يستدعي الأمر إلى ضرورة تزويد المستهلك بمعلومات كاملة قبل إبرام العقد مع المهني[5] .

هذا عن التعريف الفقهي ،أما التعريف القانوني أخذ بالمادة 1602من القانون المدني المصري أين تفوض الالتزام بالإعلام ،و كذلك المواد 1/111و المادة 3/113من تقنين الاستهلاك الفرنسي و التي نصت على أنه:"**يلتزم كل بائع مهني أو مقدم خدمات بإحاطة المستهلك علما قبل إبرام العقد بالمميزات أو الخصائص الأساسية للشيء أو الخدمة المقدمة.**" [6].

ب–شروط الالتزام بالإعلام قبل التعاقد

---

[1] –أمازوز لطيفة،**التزام البائع بتسليم المبيع في التشريع الجزائري**،مرجع سابق،ص87.

[2] –دليلة معزوز،**الالتزام بإعلام المستهلك الإلكتروني و مدى فعالية و شمولية قانون 09–03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش**، مجلة معارف ، العدد الثامن ،جوان 2010،ص 79.

[3] –خالد ممدوح ابراهيم،**حماية المستهلك في التعاملات الإلكترونية**،دراسة مقارنة ، الدار الجامعة للنشر ،طبعة 2007.نقلا عن دليلة معزوز،**الالتزام بإعلام الم ستهلك**...،المرجع نفسه،ص 80.

[4] –محمد السعيد رشدي ،**التعاقد بوسائل الاتصال الحديثة** ،مطبوعات جامعة الكويت، سنة 1998،ص 108، نقلا عن دليلة معزوز،**الالتزام بالعلام المستهلك**...،مرجع سابق،ص 80.

[5] _ دليلة معزوز،**الالتزام بإعلام المستهلك**...،مرجع سابق،ص 80.

[6] –نضال سليم برهم،**أحكام عقود التجارة الإلكترونية**،مرجع سابق،ص 184.

يحتوي الالتزام بالإعلام على شرطين أساسيين ، سواء كان الالتزام بالإعلام في مرحلة المفاوضات أو في مرحلة تنفيذ العقد، -كون أحد المتعاقدين مهنيا عالا بالمعلومات و الثاني أي المستهلك جاهلا لها على الشيء المبيع ، فعلى المهني إعلامه بالصفات الجوهرية و كذلك بأهميتها و دورها المؤثر والفعال،على رضا المستهلك،كما أن الالتزام بالإعلام قبل التعاقد عبر الانترنت يجد أساسه في المبادئ العامة في العقد بين البائع و المستهلك،هدفه هو حسن نية تنفيذ العقد[1] .

-عدم علم المستهلك بهذه المعلومات ،يلتزم على البائع الإلكتروني في عقود الاستهلاك الإلكترونية ،إعلامه بخبرة ومعرفة الشيء علما كافيا ،حيث يجذبه المتعاقد بإرادة واعية و سليمة.

ج- تميز الالتزام بالإعلام عن بعض الأنظمة المشابهة له

تشابه الالتزام بالإعلام مع بعض الأنظمة المشابهة له ،لذا يجب التميز بين الالتزام بالإعلام مع بعض الأنظمة المشابهة له.

ج-1-تميز الالتزام بالإعلام عن الإشهار و الإعلان

يستحسن الإشهار في شبكة الانترنت لدى المؤسسات التي تنشط في ميدان الإشهار كنشاط رئيسي ، لأنها تنشر الإشهار لدى عدد كبير من المواقع التي تؤجر المساحة الاشهارية مقابل مبلغ مالي يتفق عليه أو المؤسسة التي تعتمد على الشرائط الإشهارية بين المواقع[2].

فالإشهار هو مجموعة الدعايات أو العروض أو الإعلانات أو المنشورات المعدة لترويج سلعة أو خدمة معينة فبواسطة الإشهار يمكن جلب المستهلك دون تنبيه بمعلومات عن المنتج ،لكن الإعلام يعد وسيلة التصدي لمخاطر الإشهار،أما الإعلام فهو تحصيل حقيقة المبيع حتى يستطيع المستهلك أن يبادر في الشراء أما الإعلان فهو ترويج للمنتجات و الخدمات بقصد تحقيق الكسب المادي ، فهو وسيلة لترويج و تمويل الإعلام [3]

أما الإعلان مهما كان البيع العادي أو الإلكتروني أكثره مبني على الغش،و الخداع و التضليل في ذكر مواصفات خاطئة بقصد رفع المستهلك للتعاقد،لذلك لابد من حماية المستهلك من هذا الإعلام الخداع.

ج-2- الالتزام بالإعلام عن تقديم النصح و التحذير

إن تقديم النصيحة هو توجيه من يقع على عاتقه اتخاذ القرار أي التزام بتحقيق نتيجة أو اتخاذ المكسب أو عدم اتخاذه. والالتزام بالتحذير هو تنبيه من مخاطر الشيء محل التعاقد في عقد البيع وأي مخالفة من المنتج لهذا الالتزام يعرفه للمسؤولية العقدية.

لقد عرفت Muriel الالتزام بالتحذير:

« La mise en garde consiste a attirer l'attention du contactant sur un aspect négatif du contrat on de la chose objet du contrat c est principalement

[1] -دليلة معزوز،**الالتزام بإعلام المستهلك**...،مرجع سابق،ص 81.

[2] -إبراهيم بختي،**التجارة الإلكترونية**...،مرجع سابق،ص 129.

[3] -دليلة معزوز،**الالتزام بإعلام المستهلك**...،المرجع نفسه،ص 82.

contrat un danger . un risque que est l'or est tenu de mettre en garde quelqu'un

ج–3– الالتزام بالإعلام قبل التعاقد والالتزام التعاقدي بالإدلاء بالمعلومات

إن الالتزام بالإعلام هو التزام منفصل عن العقد و ينشأ قبل إبرام العقد يسمح للمستهلك أن يتعاقد برضا سليم أو أن يرفض التعاقد أصلا ،بينما الثاني يهدف للإدلاء بالبيانات ويأتي بعد العقد ليجنب المستهلك الأضرار الناجمة عن استعماله للمبيع استعمالا خاطئا.

2–مضمون إعلام المستهلك في البيع التقليدي

باعتبار الكتمان عن هذه المعلومات يعد وسيلة من وسائل التدليس الذي يكسب للطرف المعرض التدليس إلى مباشرة دعوى إبطال لعقد بعد اكتشاف عيب التدليس ،و هذا ما تؤكده المادة 81 من ق،م،ج التي نصت على أنه :"**يجوز للمتعاقد الذي وقع في غلط جوهري وقت إبرام العقد أن يطلب إبطاله**"[1]

أ–الإعلام بالمبيع

لقد تناول المشرع الجزائري في القانون رقم89 المؤرخ في 1982/2/8 المتعلق بالقواعد العامة لحماية المستهلك في المواد 2 و3 و4منه وكذلك قانون رقم 09 /03 المؤرخ في 2009/02/25 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش في الفصل الخامس المادتين 17 و18 منه فأهم البيانات الإلزامية لإعلام المستهلك هي الرسم والإشهار[2]

ب–الإعلام بالأسعار

إن الإعلام بالأسعار يحمي رضا المستهلك فيجعله يغير تغييرا صحيحا عن إرادته و كذلك يعد وسيلة لتحقيق رقابة عن الأسعار المتداولة في السوق .

فالقانون رقم 12/86 المتعلق بالأسعار و الأمر رقم 06/95 المتعلق بالمنافسة قي المادة 53 نصت على أن إشهار الأسعار إجباري و يتولاه البائع بوضع علامات أو ملصقات أو معلقات حاملة لسعر البيع,

و نصت المادة 61 من الأمر أعلاه أ، عدم الإعلام بالأسعار يعتبر مخالفة لأحكام المواد 53 و 54 و55 [3] المذكورة في نفس الأمر و يعاقب عليه بغرامة مالية ، كما أن الإعلام بالأسعار يعد حافزا على التعاقد خاصة إذا كان هذا السعر

الذي يتم إعلامه للمستهلك غير مبالغ فيه[4]

3–مضمون إعلام المستهلك في البيع الإلكتروني

---

[1] –الأمر رقم75–58 المتضمن ق،م،ج، المعدل و المتمم، مرجع سابق.

[2] _ للمزيد من التفصيل راجع دليلة معزوز،الالتزام بإعلام المستهلك...، مرجع سابق ص 85 .

[3] _ راجع المواد 53 و 54 و55 من أمر رقم 06/95 .

[4]– دليلة معزوز،**الالتزام بإعلام المستهلك**...، مرجع سابق ص 85 –86 .

لقد نص كل من القانون الفرنسي للاستهلاك و التوجيه الأوربي لسنة 1997 و القانون المستهلك المصري و قانون المستهلك التونسي على تحديد شخصية المهني الإلكتروني[1]

أ-تحديد حقيقة المبيع

يستلزم على المهني العادي وحتى الإلكتروني كشف حقيقة المبيع شيئا كان أو خدمة للمستهلك لكون أن حماية المستهلك لا تتحقق فقط بذكر بيانات على المبيع وكيفية استعماله وإنما تمتد إلى معرفة المخاطر الناجمة عن استعماله وكيفية الرقابة منها ، أما قانون المستهلك المصري قد اعتبر علم المستهلك كافيا إذا اشتمل العقد على بيان الأوصاف الأساسية للمبيع وأن وصف السلعة المعروضة على الموقع الإلكتروني أو عن طريق رسائل البريد الإلكتروني ،وهو وصفا كافيا بحيث يصدر رضا المستهلك عن بينة من أمره و يمكن له المطالبة بفسخ البيع إذا لم يتحقق العلم الكافي للمبيع.[2]

-كما ورد في القانون التونسي رقم 2000/83 الباب الخامس الفصل 25 على توفير معلومات خاصة بالمبيع في كافة مراحل المعاملة الإلكترونية وفي حالة عدم العلم الكافي بالمبيع على المستهلك الإبلاغ في مرور 24 ساعة قبل التسليم وإرجاع المبلغ لصاحبه.

بالرجوع إلى قانون المستهلك وقمع الغش الجزائري رقم 09-03 السالف الذكر أين عبرت المادة 17 و المادة 18 منه على كل المعلومات المتعلقة بالمنتوج ،و ذلك بواسطة الوسم، وقد ذكر المشرع هذه البيانات في الشيء المبيع عامة دون تخصيص المبيع في البيع الإلكتروني ،وهذا نظرا لعدم تناوله للموضوع في القانون نفسه.

ب-إعلام المستهلك عن الأسعار و سعة الإعلام

إضافة إلى إعلام المستهلك عن شخصية المعني و المبيع ،فإن المادة 14من القرار الصادر في 1987/12/3في فرنسا تفرض التزاما بإعلام المستهلك بأسعار السلع المعروضة و الخدمات عن بعد وذلك بواسطة عرض شريط الفيديو ، أو عن طريق الهاتف أو البريد الإلكتروني ،و اتخذ كل من مصر والأردن و تونس نفس الوسائل في الإعلام عن أسعار المبيع، أما اللغة التي يصدر بها الإيجاب في عقود البيع هي الإنجليزية أولا ثم الفرنسية أ غيرها،لكن يمكن اعتبار أن عنصر اللغة قد يخلق حاجزا في التعامل الإلكتروني على من لا يحسن اللغة المستعملة عن بعدو لتفادي هذا الإشكال لابد من الزام البائع بإعلام المستهلك باللغة التي يحسنها ،و هذا ما أشار إليه قانون حماية المستهلك المصري في نص المادة الثالثة.

أما القانون التونسي المتعلق بالمبادلات التجارية الإلكترونية فلم ينص على لغة الإعلام و بالتالي يمكن أن تكون بكل اللغات،أما المشرع الجزائري فقد صرح في الفصل الخامس في المادة 18من قانون 09-03 على أنه:"**يجب أن تحرر البيانات الوسم وطريقة الاستخدام و دليل الاستعمال و شروط ضمان المنتوج وكل معلومة منصوص عليها في التنظيم الساري المفعول باللغة العربية أساسا و على سبيل الإضافة يمكن استعمال لغة أو عدة لغلت أخرى سهلة الفهم من المستهلكين وبطريقة مرئية ومقروءة ومتعذر محوها.**"

---

[1]- دليلة معزوز،**الالتزام بإعلام المستهلك**...، المرجع نفسه، ص 87 و ما بعدها.

[2] -راجع المادة 491 **من القانون المدني المصري**، مرجع سابق,

كما نص المرسوم التنفيذي رقم 05-484في المادة 5منه على أن تحرير بيانات الوسم بالغة العربية وعلى سبيل الإضافة يمكن اختيار لغة أو عدة لغات أخرى سهلة،و ما نستنتجه أن المشرع الجزائري وإن لم ينص صراحة على طريقة إعلام المشتري إذ ترك ذلك لتقدير كل منتج بحسب ما يراه مناسبا وتماشيا مع طبيعة المبيع إلا أنه أوجب على المنتج إعلام المشتري بكل المخاط التي تحيط بالشيء المبيع ،و هذا وفقا للفقرة الأخيرة من المادة 68من القانون 09-03 السالف الذكر[1].

وعليه فقد حدد المشرع الجزائري بعض البيانات التي تكون إلزامية في الوسم وإلى جانب هذه البيانات الإلزامية يجب قانونا للبائع المنتج تقديمها للمستهلك لتمكين هذا الأخير من التعبير عن إرادة واعية وحرة،والغرض من هذه المعلومات الإضافية يكون عادة لترويج تلك المنتجات و الخدمات، كما يجب احترام المصطلحات الرسمية المستعملة في الميدان الاقتصادي ،وكذلك المقاييس والموصفات حتى لو لم تكن سواء كانت هذه البيانات المقدمة إلزامية أو اختيارية، إن المشرع قد عمد إلى التأكيد على تجنب التضليل [2].

بجدر التنويه أن إعلام المستهلك التزام إيجابي يفرض تزويد المستهلك بالمعلومات المتعلقة بمحل العقد،كما يستلزم في بعض الأحيان التزام النصح وقد حل الالتزام الإيجابي محل الالتزام السلبي المتمثل بعدم الخداع ، ولا يشمل التزام إعلام المستهلك فقط مرحلة إنشاء العقد و تنفيذه بل يمتد كذلك إلى مرحلة المفاوضات إذ يجب عدم كتمان المعلومات عن المستهلك ، فقد جاء في الفصل 20 من قانون المعاملات و التجارة الإلكتروني التونسي على أنه:"**يتعين توفير هذه المعلومات إلكترونيا ووضعها في ذمة المستهلك للإطلاع عليها في جميع مراحل المعاملة.**"[3]

نخلص مما سبق إلى أن الالتزام بالتسليم يصاحبه دائما الالتزام بالإفصاح بالمعلومات ،و متى قام البائع بالتزامه بالمعلومات نحو المشتري فلا مسؤولية عليه ،إذا لحقت ببعض الأضرار من جراء استعمال الشيء المبيع طالم ذلك يرجع إلى عدم إتباع هذه الأخيرة للتعليمات والتوجيهات المقدمة من طرف البائع ،و يكون البائع مسئولا عندما لا يخبر المشتري بالمعلومات الضرورية،وما نتبينه أن الالتزام بالإفصاح يتبع نطاقه ليشمل المنتوج الخطير وغير الخطير متى كان المشتري جاهلا لأصول الفن[4] .

نظرا لكثرة المشاكل التي يعاني منها المشتري عند اقتنائه لحاجاته والمخاطر التي يتعرض إليها ،والتي تكون ناتجة إما لعدم وجود الخبرة الكافية للإلمام بظروف التعاقد أو من حيث خطورة استعمالها،فقد قام المشرع الجزائري حماية منه للطرف الضعيف في هذه العلاقة التعاقدية بإلزام البائع في هذه العملية وفقا لنص المادة 107 من القانون المدني الجزائري فلبائع

---

[1] – أمازوز لطيفة، **التزام البائع بتسليم المبيع**...،مرجع سابق، ص 94.

[2]– من الأمثلة التي نصادفها في حياتنا اليومية التي قد يعمد الإعلام إلى تضليل المستهلك،عن طريق وضع العلامات التي تتشابه مع علامة أخرى و ذلك بتغير الأحرف، مما يدخل اللبس في ذهن المستهلك ، فلا يمكنه تميزها بسهولة مثال علامة coca colaالتي تتحول إلى cola colaفمن الوهلة الأولى يتضح لمن لا يتمعن في العلامة يعتقد أنها العلامة المشهورة coca cola،و الأمثلة كثيرة .

[3] –نضال سليم برهم،**أحكام عقود التجارة الإلكترونية** ،مرجع سابق،ص ص 186-187.

[4] –أمازوز لطيفة،**التزام البائع بتسليم المبيع**...،مرجع سابق،ص 105.

ملزم بتزويد المشتري بكافة المعلومات المتعلقة بطبيعة الشيء المبيع ،وكيفية استعماله وهو ما يسمى بواجب الإعلام ،و لم يكتفي المشرع بهذا القدر بل فرض على البائع أن يقوم بتحذير المشتري من مخاطر هذا المنتوج ،وعدم القيام بهذا الواجب يرتب على البائع مسؤولية عن الأضرار التي يقع على المشتري أو تلك التي تسببها سلعته[1].

ثالثا:الالتزام بأمن المستهلك

إن الالتزام بأمن المستهلك هو نتيجة طبيعية للعديد من النتائج المترتبة عن تكوين عقد الاستهلاك،و بداية وبسبب التطور التكنولوجي والصناعي ،أصبحت المخاطر التي تهدد سلامة المستهلك تزداد أكثر فأكثر ، لذلك كان من المهم فرض التزام بالسلامة على عاتق المحترف حتى يكون أكثر ثقة من منتوجه كوسيلة ردع تلزم بإصلاح الأضرار التي تصيب المستهلك و دفع تعويض له[2] .

إن القانون الجزائري جعل الالتزام بأمن المستهلك التزاما تبعيا و لم يعتبره التزاما مستقلا بذاته ،و هذا ما نلمسه من القانون رقم 09-03 السالف الذكر حيث يجب على المتضرر من المنتجات المعيبة الاستناد إلى قواعد القانون العام ، من أجل رفع دعوى طلب إصلاح الأضرار و تعويضها ،كما اهتم المشرع بفرض إجراءات وقائية بهدف تفادي وقوع الضرر ،و أهمل نظام مسؤولية المحترف بفعل منتجاته المعيبة ،إذ يعتبر الالتزام بأمن المستهلك في القانون العام تابع للالتزام بالمطابقة و بالتالي للمستهلك المتعاقد الذي حصل له ضرر من فعل المنتج أن يثير المسؤولية التعاقدية على المحترف على أساس دعوى ضمان العيوب الخفية.

فرغم إصدار قانون 09-03 المتعلق بحماية المستهلك و قمع الغش، تبقى النصوص التي تسمح بإصلاح الأضرار المسببة بفعل عيب عدم المطابقة و سلامة المنتجات و الخدمات ،فالمشرع يمكنه سد هذا النقص التشريعي بالاستعانة بنصوص القانون الفرنسي لأن المسؤولية عن الضرر الناشئ عن المنتج المعيب لا يمكن أن يبحث عنها بعد وضع المنتج المعيب في التداول على أساس مفهوم حراسة المنتج لمنتجاته[3] .

في الأخير نقول أنه رغم التطورات البسيطة التفاؤلية التي جاء بها التقنين المدني الجزائري ،و التي استتبعت بصدور القانون رقم 09-03المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش ، تبقى هذه النصوص غير كافية لضمان حماية أمن و سلامة المستهلك لأن التقنين المدني تبقى له خصوصيته كقانون عام ،يشارك في تقديم حماية المستهلك ،لكنه غير كاف مما يدعونا إلى التفكير في ضرورة سن قانون خاص بالاستهلاك يتكفل بحل المشاكل الخاصة التي يطرحها عقد الاستهلاك لمميزاته الذي يتولى ضمان أقصى حماية للمستهلك الجزائري بصفة خاصة.

رابعا: خصوصية الآثار التي تترتب على التعاقد عن بعد

---

[1] – أمازوز لطيفة، **التزام البائع بتسليم المبيع**...، مرجع سابق، ص 104.

[2]– بركات كريمة ، **حماية أمن المستهلك في القانون الجزائري**، مجلة معارف ، العدد التاسع،المركز الجامعي أكلي محند أولحاج،البويرة الجزائر،ديسمبر 2010،ص ص 30-31.

[3] – بركات كريمة، **حماية أمن المستهلك في القانون الجزائري**،المرجع نفسه،ص 40.

إذا كانت المعاملات التجارية في صورها المختلفة سواء التقليدية أو الإلكترونية ما هي إلا انعكاس لآليات الإنتاج والتوزيع الاقتصادي وما مدى تأثرها بالتقنيات السائدة في محيطها، فلا شك أن تتبع حركة القانون وتتبعه يؤكد حقيقة ارتباطه الوثيق بالمستجدات الاقتصادية والاجتماعية والتكنولوجية في المجتمع، ولما كان تنفيذ العقد المبرم عبر الانترنت يتفق بصورة كبيرة مع العقد التقليدي في خضوعه للقواعد العامة بشأن تنفيذه و ذلك لضمان صحة و إمكانية تنفيذ العقود المبرمة عبر الانترنت مع الأخذ بما ورد بالتشريعات الخاصة بالمعاملات الإلكترونية[1].

و تنفيذ العقد يرتب التزامات على الطرفين بغض النظر أكان العقد تقليديا أم إلكترونيا، فيلتزم المتعاقد بتقديم سلعة أو منتج أو خدمة نظير مقابل معين يتعين الوفاء به، كما يرتب التزام على البائع بالتسليم مقابل أن يلتزم المشتري بالاستلام و هذا ما يترتب عنه انتقال ملكية الشيء المبيع، و للتفصيل في ذلك سنتناول هذه الالتزامات من خلال ما يلي:

1-الالتزامات الإلكترونية التي تقع على عاتق البائع

تقضي القواعد العامة بوجوب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه بطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية،و لا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه ،ولكن يتناول أيضا ما هو من مستلزماته وفقا للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام وانطلاقا من تلك القواعد نبع الالتزام بالأمان والسلامة لموضوع العقد حيث يلتزم المتعاقد بعدم الإضرار بسلامة الطرف الآخر،فالبائع يلتزم بتسليم منتجات خالية من كل عيب ،أو نقص في البضاعة من شأنه أن يحدث خطرا للأشخاص أو الأموال [2].

فإذا صدر الإيجاب و القبول و تلاقت الإرادتين يحدث التراضي، و ينعقد العقد سواء مبرم بالطرق التقليدية أو عقد مبرم عن طريق وسيط إلكتروني أيا كان نوع هذا الوسيط، و يتصور إمكانية إبرام غالبية العقود الإلكترونية إلا أن هناك من العقود ما يثار الشك حول جواز إبرامها إلكترونيا كالعقود الشكلية و العقود العينية، كذلك يثار الشك حول إمكانية إبرام بعض العقود التي يشترط فيها القانون حضور المتعاقدين بنفسهما في مجلس واحد وقت التعاقد بطريقة النيابة كعقد الزواج مثلا،و يلاحظ أن تشريعات التجارة الإلكترونية أو المعاملات أو المبادلات الإلكترونية التي لم تنظم إلا العقود التي محلها تقديم سلعة أو أداء خدمة فقط فهي تنظم أحكام بعض عقود المبادلات كعقد البيع أين يلتزم البائع بتقديم السلعة إلى المشتري[3].

أ-الالتزام بتسليم سلعة:

يلتزم البائع بتسليم المبيع للمشتري بالحالة التي كان عليها وقت البيع ،فموضوع التسليم إذا هو الشيء المباع ،و الشيء المباع قد يكون سلعة من السلع ذات الكيان المادي المحسوس كالأجهزة الكهربائية أو الإلكترونية ،و قد يكون موضوع التسليم أشياء ذات كيانات معنوية أو اعتبارية أي ليس لها وجود مادي ملموس،و من ذلك برامج الكمبيوتر و القطع

[1] _ مخلوفي عبد الوهاب، **التجارة الإلكترونية عبر الانترنت**، مرجع سابق، ص 136.

[2] -مخلوفي عبد الوهاب،**التجارة الإلكترونية**...،المرجع نفسه،ص 161.

[3] -محمد أمين الرومي،**التعاقد الإلكتروني عبر الانترنت**،مرجع سابق،ص 115.

الموسيقية فحالة المبيع التي ينبغي أن يتم تسلمه فيها هي حالة المبيع وقت البيع فإذا كان المبيع شيء معين بالذات فينبغي أن يتم التسليم في نفس الحالة التي كان عليها وقت إبرام العقد.

و في هذا الصدد نصت المادة 364من التقنين المدني الجزائري على أنه:"**يلتزم البائع بتسليم الشيء المبيع للمشتري في الحالة التي كان عليها وقت البيع**"، أما إذا كان معني بالنوع فيرجع إلى اتفاق المتعاقدين على درجة الشيء من حيث جودته. و إذا لم يكن هناك اتفاق بين الطرفين و لم يكن من المستطاع استخلاص ذلك من العرف التزم البائع بتسليم صنف متوسط الجودة هذا إذا كانت السلعة المباعة ذات كيان مادي ملموس، أما إذا كانت السلعة ذات كيان معنوي كالمعلومات مثلا فيشترط في المعلومات التي يتم توريدها من منتج بنك المعلومات أن تكون هذه المعلومات حديثة[1].

إن التزام البائع بتسليم المبيع بالحالة التي كان عليها وقت العقد هو التزام بتحقيق نتيجة و لذلك إذا أحدث تغير في المبيع فإن حكمه يختلف بحسب ما إذا كان هذا التغير إلى أحسن أم إلى أسوء، فإذا كان التغيير إلى أسوء وادعى المشتري ذلك عند تسليم المبيع أو بعد تسلمه بفترة و جيزة تمكن من خلالها من تجربة المبيع، فعلى البائع يقع عبء الإثبات أن حالة المبيع لم تتغير لأنه هو الملتزم بتسليم المبيع في الحالة التي كان عليها وقت العقد و عليه يقع عبء إثبات تنفيذ التزامه.

أما إذا كان تغير المبيع إلى أحسن و كان ذلك بفعل أحسن فإن هذه الزيادة تكون من حق المشتري أما إذا حدث التغيير بفعل البائع فيعامل كمن يتعامل في ملك غيره[2] و ينطبق في هذا الشأن أحكام المادة 369 من القانون المدني الجزائري التي تصت على أنه:"**إذا هلك المبيع قبل تسليمه بسبب لا يد للبائع فيه سقط البيع و استرد المشتري الثمن إلا إذا وقع الهلاك بعد إعذار المشتري بتسليم المبيع**".

ذلك لأن لبائع ملزم بتسليم المبيع بالحالة التي كان عليها وقت التعاقد يعتبر قد أحل بهذا الالتزام إذ هو غير في حالة المبيع فيكون من العدل معاملته كمن يتعامل في ملك غيره[3].

و يجب أن يشتمل التسليم بالإضافة إلى السلعة بالإضافة إلى ملحقاتها، إذا كان لها ملحقات التي تتمثل في كل ما أعد بصفة دائمة باستعمال المبيع و لا تعد من ملحقات المبيع أجزاء المبيع ذاته، إذا كان المبيع يتكون أكثر من جزء، فالأجزاء تعتبر من أصل الشيء المبيع و ليست من ملحقاته، و من أمثلة ملحقات الشيء المستندات المثبتة للحقوق الواردة عليه و

---

[1] _ محمد أمين الرومي، **التعاقد الإلكتروني**...،المرجع نفسه، ص 119.

[2] _ تضيف المادة 370 من القانون المدني الجزائري على أنه:"**إذا نقصت قيمة المبيع قبل التسليم لتلف أصابه جاز للمشتري إما أن يطلب فسخ البيع إذا كان النقص جسيما بحيث لو طرأ قبل العقد لما أتم البيع و إما أن يبقى البيع مع إنقاص الثمن**" ، و تضيف المادة 366 من نفس القانون على أنه:"**إذا وجد في قدر المبيع نقص أو زيادة فإن حق المشتري في طلب إنقاص الثمن أو فسخ العقد، و حق البائع في طلب تكملة الثمن يسقطان بالتقادم بعد مضي سنة من وقت تسليم المبيع تسليما فعليا**".

[3] _محمد أمين الرومي، **التعاقد الإلكتروني**...، المرجع السابق،ص 120.

كذلك النشرية الخاصة بالمنتج و التي تبين كيفية استعماله و صيانته، و من أمثلة ذلك أيضا الشاحن المستخدم لشحن الجهاز فهو من ملحقات الجهاز وليس من مكوناته[1].

أ_1_ طريقة التسليم:

يكون التسليم بوضع المبيع تحت تصرف المشتري بحيث يتمكن من حيازته أو الانتفاع به دون عائق، حتى ولو لم يستولي عليه استيلاء ماديا، ما دام البائع قد أعلمه بذلك و يحصل هذا التسليم بمجرد تراضي الطرفين المتعاقدين إذا كان المبيع في حيازة المشتري قبل البيع، أو كان البائع قد استبقى المبيع في حيازته بعد البيع لسبب أخر غير الملكية و هذا عملا بنص المادة 367 من القانون المدني الجزائري التي نصت على أنه:"**يتم التسليم بوضع المبيع تحت تصرف المشتري حيث يتمكن من حيازته و الانتفاع يع دون عائق و لو لم يتسلمه ماديا ما دام البائع قد أخبره بأنه مستعد لتسليمه بذلك و يحصل التسليم على النحو الذي يتفق مع طبيعة الشيء المبيع**".

إن تسليم المبيع يختلف عن حيازته إذ أن البائع يكون منفذا لالتزامه متى وضع الشيء المبيع تحت تصرف المشتري و أعلمه بذلك في الزمان و المكان المتفق عليهما، إذا وجد هناك اتفاق أو حسب ما تحدده القواعد العامة حتى و لو لم يحزه المشتري حيازة مادية أثار قانونية أهمها انتقال تابعات الهلاك من البائع إلى المشتري[2] .

و يلاحظ أن التسليم في العقود المبرمة عبر شبكة الانترنت يتصور أن يتم على الشبكة و ذلك عند التعاقد على شراء أشياء ذات كيان معنوي كبرامج الكمبيوتر و سماع قطعة موسيقية فيتم التسليم من قبل البائع إذا قام البائع بتمكين المشتري من تحميل برنامج الكمبيوتر على القرص الصلب الخاص به، و كذلك إذا قام البائع بعرض الفيلم السينمائي على شبكة الانترنت و مكن المشتري من مشاهدة الفيلم.

أ_2_ زمان و مكان التسليم:

العقد المبرم بين المتعاقدين هو الذي يحدد زمان التسليم و قد يكون ذلك فور إبرام العقد أو بعد إبرامه في أجل معين أو في أجال متتالية فإذا لم يوجد اتفاق على زمان التسليم، فيجب أن يتم التسليم فور الانتهاء من إبرام العقد[3] .

غير أنه بالرجوع إلى القرار الأوروبي رقم 97/7 الصادر في 20مايو 1997و المتعلق بحماية المستهلك في العقود المبرمة عن بعد نجده ينص في المادة السابعة منه أن في حالة عدم الاتفاق على مدة التسليم يجب تنفيذ التسليم خلال مدة لا تزيد على ثلاثين يوما تحسب من تاريخ طلب المستهلك للسلعة [4] .

أما عن التسليم فإنه يختلف حسب نوع المحل ، فإذا كان محل التسليم توريد خدمات و هي التي تتم على الخط فيكون مكان التسليم هو مكان تقديم الخدمة ، أما في حالة توريد السلع فإذا لم يتم الاتفاق على مكان التسليم فيكون مركز البائع وقت إبرام العقد طبقا للمادة 31/ج من اتفاقية فيينا ،و كان للبائع أكثر من مركز أعمال فيكون مركز الأعمال

---

[1] _ محمد أمين الرومي، **التعاقد الإلكتروني**...، مرجع سابق، ص 121.

[2] _ أمازوز لطيفة، **التزام البائع بالتسليم**...،مرجع سابق، ص 88.

[3] _محمد أمين الرومي،**التعاقد الإلكتروني**...،مرجع سابق، ص 122.

[4]- طاهر مؤمن شوقي،**عقد البيع الإلكتروني**...،مرجع سابق،ص 81.

الذي له صل بالعقد، أما عن مصاريف و تكاليف السليم فإن المادة 1608 من القانون المدني الفرنسي تكون مصاريف التسليم على عاتق البائع و هي قاعدة ليست من النظام العام وبالتالي يجوز للأطراف الاتفاق على خلاف ذلك[1].و جاء في نص المادة 2/94 من قانون التجارة المصري رقم 17 لسنة 1999 على أن المصاريف التي يقتضيها تسليم الشيء المبيع في غير المكان المعين لتنفيذ البيع يكون على المشتري إلا إذا اتفق أو نص القانون على خلاف ذلك[2].

معنى ذلك تكون نفقات تسليم المبيع عن البائع في الأصل إلا إذا كان هناك اتفاق أو نص بغير ذلك، و من المعلوم أن البائع هو الطرف المدين بالتسليم عقد البيع و يلاحظ أن الضرائب يتحملها في الغالب المشتري عبر الانترنت و ليس البائع، و يجب على البائع أن يحدد ثمن السلعة و حدها، و مقدار الضرائب و رسوم الشحن التي يتحملها المشتري، حتى يكون المشتري على بينة من أمره فلا يفاجئ أنه مطالب بدفع مبلغ كبير قد يفوق في بعض الأحيان ثمن السلعة[3].

أ_3_ الشروط الواجب توافرها في التسليم:

يجب الاتفاق على كيفية تنفيذ تسليم البضاعة و يتم التنفيذ في مجال التجارة الإلكترونية بطريقتين هما التسليم الفوري و المباشر و يتم عادة بالنسبة للبيوع التي محلها خدمات عن طريق البريد الإلكتروني أو على الخط بالشبكة الدولية بينما التسليم غير المباشر و يتم فيه الاتفاق عن طريق وسائل الاتصال الحديثة و لكن تنفيذ الاتفاق بالتسليم يتم ماديا يدا بيد و هو عادة ما يتعلق بتجارة السلع، و من ثم يشترط في التسليم أن تتوفر فيه شرط المطابقة و شرط تمكين المشتري من الانتفاع بالشيء المبيع[4] .

_شرط المطابقة

يقصد بالمطابقة توافر جميع المواصفات و الخصائص المتفق عليها في المنتج المباع،و هو شرط في لتسليم لا يقوم من غيره،و في هذا قضت المحكمة الابتدائية بباريس أن الشرط المتعلق بالتزام المطابقة لا حرية للبائع فيه و هو حق للمستهلك في الحصول على منتج مطابق للموصفات المتفق عليها ،فإذا كان المنتج غير مطابق يحق للمستهلك إرجاع المنتج وإذا لم يتوفر هذا الشرط يكون مخالفا للقانون .

وقد نصت اتفاقية فيينا في المادة 1/35على أن :"**على البائع أن يسلم بضائع تكون كميتها ونوعيتها وأوصافها وكذلك تغليفها أو تعبئتها مطابقة لإحكام العقد** ."

والمطابقة نوعان هما المطابقة الكمية و المطابقة النوعية،و يقصد بالمطابقة الكمية هي تسليم الكمي المحددة للشيء المبيع في الاتفاق و الأصل أن يتم تسليم البضاعة تكون مطابقة للكمية المتفق عليها إلا ان لعرف التجاري الدولي جرى على جود تفاوت في النسبة المسلمة هو عادة تفاوت يسير[5].تعرض المشرع الجزائري المطابقة الكمية في نص المادة 365من

---

[1]- أنظر المادة 1608من القانون المدني الفرنسي.

[2]- المادة 2/94 من قانون التجارة المصري رقم 17 سنة 1997 .

[3] _ محمد أمين الرومي، **التعاقد الإلكتروني**...،مرجع سابق، ص 123.

[4]- طاهر شوقي المومني،**عقد البيع الإلكتروني**...،مرجع سابق،ص 84.

[5]- طاهر شوقي مؤمن،**عقد البيع الإلكتروني**...، مرجع سابق،ص ص 84-85.

التقنين المدني التي تقضي بأنه:"**إذا عين في عقد البيع مقدار المبيع كان البائع مسؤولا عما نقص منه بحسب ما يقضي به العرف غير أنه لا يجوز للمشتري أن يطلب فسخ العقد لنقص في البيع إلا إذا أثبت أن النقص يبلغ من الأهمية درجة لو كان يعلمها المشتري لما أتم البيع.**

وبالعكس إذا تبين أن قدر الشيء المبيع يزيد على ما ذكر بالعقد،و كان الثمن مقدرا بحسب الوحدة وجب على المشتري إذا كان المبيع غير قابل للتقسيم أن يدفع ثمنا زائدا إلا إذا كانت الزيادة فاحشة ففي هذه الحالة يجوز له أن يطلب فسخ العقد كل هذا ما لم يوجد اتفاق يخالفه."

نستنتج من هذين النصين أنهما يسيران على المنقول والعقار على حد سواء،كما ينصرف تطبيقهما على المبيع المعين بالذات دون المثليات مع ذكر مقداره في العقد،و مثال ذلك بيع قطعة أرض على أن مساحتها كذا هكتار أو كأن كل السكر الموجود في المخزن ،ففي هذه الحالة نكون بصدد بيع شيء معين بالذات ذكر قدره في العقد وإما بيع جزافي[1].

تطبيقا لذلك فقد حكمت محكمة النقض المصرية أن تطبيق المادة 344من التقنين المدني والمطابقة لنص المادة 365من التقنين المدني الجزائري في حالة الإدعاء بوجود عجز في المبيع ،محله أن يكون البيع قد انعقد على عين معينة وذات مقاس أو مقدار معين و لم يقم البائع بالتسليم على النحو الذي التزم به ،والأحكام المطبقة على ضمان قدر المبيع إنما هي قواعد مكملة لإرادة الطرفين ولا تنطبق إلا في حالة عدم اتفاق الطرفين على ما يخالفها هذا عن المطابقة الكمية أما عن المطابقة النوعية فيقصد بها أن يشتمل المبيع عند تسليمه على المواصفات و الخصائص المتفق عليها عند إبرام العقد.

_السماح للمشتري من الانتفاع بالشيء المبيع

يجب في التسليم أن يسمح للمشتري بالقدرة على التصرف في الشيء المبيع ،سواء باستهلاكه أو استغلاله على الوجه الذي يرتضيه،و في ذلك جاء في المادة 31/ج من اتفاقية فيينا التزام البائع بوضع البضائع تحت تصرف المشتري في المكان الذي كان يوجد فيه مكان عمل البائع وقت إبرام العقد ،و من ثم فإنه يجب في التسليم أن يتم التسليم طبقا للمعلومات المتفق عليها من مصاريف و مدة التسليم و مكان التسليم ،و أن يتم مطابق للمواصفات و أن يسمح للمشتري بالانتفاع بالشيء المبيع[2].

أ-4 جزاء الإخلال بالتزام التسليم

---

[1] -**البيع الجزاف**:هو ذلك البيع الذي لا يوزن أو يكال أو يعد أو يقاس فيه المحل،و لا يحتاج في تعينه إلى مقدار، مثاله أن يبيع شخص كل القمح الموجود في المخزن و هذا المبيع يأخذ حكم المبيع المعين بالذات،فلا يعين إلا بذاته من تعينيه بمقداره.أمازوز لطيفة،**التزام البائع بالتسليم**...،مرجع سابق،ص 199.

ونظم المشرع الجزائري هذا النوع من البيوع من خلال نص المادة 2/362 من التقنين المدني التي تقضي بأنه:" **و يعتبر البيع جزافا و لو كان تعيين الثمن موقوفا على تحديد قدر الشيء المبيع**."و نفس الاتجاه أخذ به المشرع المصري من خلال المادتين 433والمادة 434 من التقنين المدني.

[2] -طاهر شوقي المومني،**التعاقد الإلكتروني**...،مرجع سابق، ص ص 85-86.

إذا أخل البائع بالتزام التسليم بأي وجه من الوجوه يجوز للبائع طلب فسخ العقد مع التعويض،عن الضرر الذي لحقه جراء عدم التسليم أو التسليم الناقص أو التسليم في وقت متأخر عن الوقت المتفق عليه كما يستطيع طلب التنفيذ العيني، و يلاحظ أن التنفيذ العيني على البائع عند التعاقد عبر الانترنت يكون في صعوبة كبيرة ،حيث أن كل من البائع و المشتري غالبا ما تفصل بينهما مسافات بعيدة ،لذلك فالتنفيذ العيني على البائع غير متصور في هذه الصورة من التعاقد، كما أنه ما يحدد العقد المبرم بين المتعاقدين مكان وزمان ونفقات التسليم و غير ذلك من الشروط ،فهناك عقود نموذجية يستعين بها المتعاقدين عند إبرام العقد و من ذلك العقد النموذجي الفرنسي

ب–الالتزام بتقديم الخدمة

هناك العديد من الخدمات التي تقدم على شبكة الانترنت و من ذلك على سبيل المثال لا الحصر الاشتراك في بنوك المعلومات للحصول على أحدث المعلومات في مجال معين من مجالات العلم والمعرفة،فالالتزام بتقديم خدمة غالبا ما يتميز هذا الالتزام بفترة من الزمن ،فالاشتراك مثلا في بنك المعلومات على شبكة الانترنت ليس عقد لحظي في تنفيذه و لكنه عقد متابع في التنفيذ إذ يستغرق فترة زمنية مستمرة.

كقاعدة عامة فإن التزام المورد بأداء الخدمة هو التزام بتحقيق نتيجة ،ما لم يتضح من نصوص العقد وطبيعة الالتزام أن الأمر يتعلق بتحقيق غاية ،و لا يستطيع المورد التخلص من المسؤولية إلا بإثبات السبب الأجنبي المتمثل في القوة القاهرة أو خطأ الغير أو خطأ المضرور[1].

ج–الالتزام بنقل الملكية

يقع على عاتق البائع التزام بنقل ملكية الشيء المبيع ،و هو التزام نصت عليه اتفاقية فيينا في المادة 30 التي نصت على أنه:"**يجب على البائع أن يسلم البضائع،و المستندات المتعلقة بها و أن ينقل ملكية البضائع على النحو الذي يقتضيه العقد و هذه الاتفاقية.**"

في القانون المصري يلتزم البائع بأن يقوم بما هو ضروري لنقل الحق المبيع إلى المشتري، و أن يكف عن أي عمل من شأنه أن يجعل نقل الحق مستحيلا أو عسيرا،و عليه يجب على البائع الامتناع عن التعرض للمشتري بالإدعاء لنفسه بحق عيني على الشيء المبيع،و هذا التصرف يسمى في الفقه ضمان عدم التعرض ،كما يضمن البائع عدم تعرض الغير للمشتري ،و يكون بإدعاء الغير بوجود حق له على الشيء المبيع و هو ما يعرف بضمان الاستحقاق ،إلا أن الواقع العملي لا يعرف مثل هذه الإدعاءات خاصة في ظل مبدأ الحيازة في المنقول سند الملكية ،و يتم نقل الملكية في العقد الإلكتروني بموجب مستندات الكترونية ،و هي إما إرسال بيانات أو خطابات الكترونية أو بأي وسيلة اتصال أخرى مثل الفاكس، و قد جاء في قانون الأونسيترال 1992في المادة 3/17إذا وجب منح حق أو إسناد التزام إلى شخص معين دون سواه ،و إذا اشترط القانون من أجل تنفيذ ذلك أن ينقل ذلك الحق أو الالتزام إلى ذلك الشخص بتحويل أو

[1] –راجع في ذلك محمد أمين لرومي،**التعاقد الإلكتروني**...،مرجع سابق،ص ص 124-125.

استخدام رسالة بيانات واحدة أو أكثر ،شريطة استخدام وسيلة يمكن الاعتماد عليها بجعل رسالة البيانات المذكورة فريدة من نوعها، و هنا تحل رسائل البيانات محل سندات الشحن في إثبات ملكية المبيع وفقا لأحكام التجارة الإلكترونية.

كما يمكن نقل الملكية بالفاتورة الإلكترونية ،و قد جاء بالقانون التزام المورد بأن يقدم للمستهلك بناء على طلبه فاتورة تثبت التعامل أو التعاقد معه، على المنتج متضمنة بصفة خاصة تاريخ التعامل أو التعاقد و ثمن المنتج ،و مواصفاته و طبيعته و نوعيته وكميته ،و تعتبر الفاتورة من ضمن المستندات الإلكترونية كما جاء في القانون،التي يلتزم المورد فيها بوضع البيانات التي تحدد شخصيته خاصة بيانات قيده في السجل الخاص بنشاطه و علامته التجارية إن وجدة[1].

د–الالتزام بضمان العيوب

طبقا للقواعد العامة فإن البائع يكون ملتزما بالضمان ،إذا لم يتوافر في المبيع وقت التسليم الصفات التي ضمن للمشتري وجودها فيه،أو إذا كان يعتري الشيء المبيع عيب ينقص من قيمته أو من نفعه بحسب الغاية المقصودة منه،و عندما يتم التعاقد على سلعة معينة ،فالأصل افتراض أن هذه السلعة خالية من العيوب و نافعة لما خصصت له في الوضع العام ،و لكن بعد أن يتم التعاقد إذا ما وجد في محل العقد عيب فإنه في العقد ما يمس صحته ومن ثم نفاذه.

تحرص العقود المتداولة على تأكيد حق العميل في الضمان و أنه يتمتع بضمان اتفاقي إلى جانب الضمان القانوني ،و هو ما نصت عليه المركز التجاري، حيث ورد في بندها العاشرة الذي يحمل عنوان "الضمانات الاتفاقية" أن المستهلك يتمتع بالضمانات التي ارتضاها صانع المنتجات ،و ذلك وفقا للشروط الأساسية لهذا الضمان و التي تذكر على الشبكة مصاحبة لوصف المنتجات ، كما حرص البند الحادي عشر بعنوان "الضمان القانوني" على النص أنه لا يجوز للشروط الخاصة بالضمانات الاتفاقية أن تخفف أو أن تلغي الضمان المقرر قانونا بشأن العيوب الخفية.

كما نص العقد النموذجي الفرنسي للتجارة الإلكترونية في الفقرة الثامنة من البند الرابع على ضرورة تحديد ضمانات و خدمات ما بعد البيع،كما تعرضت أغلب التشريعات المقارنة لأحكام ضمان العيوب بمفهومها الواسع ، فقد تناولها القانون المدني الجزائري في المادة 379و التي نصت على أنه:"**يكون البائع ملزما بالضمان إذا لم يشتمل المبيع على الصفات التي تعهد بوجودها وقت التسليم إلى المشتري أو إذا كان بالمبيع عيب ينقص من قيمته ،أو من الانتفاع به بحسب الغاية المقصودة منه حسبما هو مذكور بعقد البيع ، أو حسبما يظهر من طبيعته أو استعماله.فيكون –البائع ضامنا لهذه العيوب و لو لم يكن عالما بوجودها.**

غير أن البائع لا يكون ضامنا للعيوب التي كان المشتري على علم بها وقت البيع، أو كان في استطاعته أن يطلع عليها لو أنه فحص المبيع بعناية الرجل العادي ،إلا إذا أثبت المشتري أن البائع أكد له خلو المبيع من تلك العيوب أو أنه أخفاها غشا عنه ."

[1]– طاهر شوقي المومني،**عقد البيع الإلكتروني**...،مرجع سابق،ص 87.

نفس المفهوم الذي جاءت به نص المادة 447من القانون المدني المصري،أما القانون المدني الفرنسي فهو ما نصت عليه المادة 1641عى أن :"**يلتزم البائع بضمان العيوب الخفية في المبيع التي تجعله غير صالح للاستعمال على حد أن المشتري ما كان ليشتريه،أو ما كان ليدفع فيه إلا ثمنا أقل لو علم بها.**"[1]

و ما ينبغي ذكره أن هذا الضمان لا يقتصر على عقد البيع و إنما يمتد ليشمل كافة عقود المعاوضة و العقود الناقلة للملكية،فالعيوب التي يتم ضمانها هي العيوب التي تؤثر في الانتفاع بمحل التعاقد و يشترط في العيب حتى يكون سببا مؤثرا في صحة العقد و يحق إبطاله ما يلي:

-**العيب المؤثر**:و هو ما يقع في مادة الشيء محل التعاقد و الذي من شأنه أن ينقص من قيمة الشيء المبيع أو من نفعه.

-**العيب القديم**:و هو أن يكون العيب موجودا وقت التسليم ،أي أن تحديد قدم العيب يتم عند التسليم ،أما إذا حدث العيب بعد التسليم فلا يضمنه البائع إلا إذا أثبت المشتري أن العيب الذي ظهر بعد تسلمه للمبيع كانت أسبابه قديمة .

-**العيب الخفي**:و هو العيب يصعب اكتشافه من قبل الشخص العادي و بالعين المجردة،و يحتاج إلى خبير يستطيع كشفه ،و يسقط حقه في الطعن بالعيوب الخفية إذا كان باستطاعته كشف العيب بسهولة،و الحقيقة أن المدين في ضمان العيوب الخفية هو البائع،و لا ينتقل إلى ورثته بل يبقى التزاما على التركة [2].

هـ-خصوصية التسليم في التعاقد الإلكتروني

يمكن تنفيذ العقد الإلكتروني عبر شبكة الانترنت،كما كانت طبيعة الخدمة أو السلعة تسمح بذلك،و قد يحصل تنفيذ العقد بصورة كلية عبر شبكة الانترنت كما هو الأمر في حالة اللجوء إلى أحد الفنيين لتصميم موقع على شبكة الانترنت[3]، إذ يتم إعداد تصميم هذا الموقع على جهاز الكمبيوتر ،و ترسل الخدمة بالطريق الإلكتروني أي عبر شبكة الانترنت إلى جهاز المشتري،كما قد يتم تنفيذ العقد في بعض جوانبه خارج الشبكة ،كما هو الأمر في الاستشارات بمختلف أنواعها القانونية منها و الاقتصادية و الطبية، فالتنفيذ في هذا الفرض يتم عبر شبكة الانترنت ،ولكن قد يقضي الأمر القيام ببعض الأعمال التحضيرية التي تتم خارج الشبكة ،فدراسة الحدود الاقتصادية لسلعة ما قد تتطلب إجراء عمل ميداني و إعداد تصميمات مشروع هندسي قد يتطلب الانتقال إلى الموقع لإجراء بعض العينات ،وإعداد بعض البيانات ،فبيع منتج فكري كمؤلف أدبي قد يتطلب بعض الإعداد خارج الشبكة و يجرى تسليم المبيع أو المنتج أو الخدمة

---

[1] _ مخلوفي عبد الوهاب، **التجارة الإلكترونية**...،مرجع سابق،ص ص 169-170.

[2] - مخلوفي عبد الوهاب،**التجارة الإلكترونية**...،المرجع نفسه،ص ص170-171.

[3] -عرف المشرع الجزائري الموقع في نص المادة الثالثة(3)من المرسوم التنفيذي رقم 98-257المؤرخ في 25أوت سنة 1998،الذي يضبط شروط و كيفيات إقامة خدمات الانترنت واستغلالها ،ج ر ع15،الصادر بتاريخ 15أكتوبر سنة 2000،والمتعلق بشروط إقامة خدمات الانترنت .بأنه:"**أي مكان يحتوي موزعا أو عدة موزعات للمعطيات الضرورية لتقديم خدمات "الانترنت"**،فهذه المواقع التي تميز أصحاب الواقع على شبكة الانترنت ،بما يعرف (IP) ،و هو مختصر لمصطلح internet Protocol و هو عبارة عن مجموعة القواعد المشكلة لأساسيات الاتصال عبر الشبكة .

إلى المتعاقد الآخر في لحظة الوصول إلى صندوق البريد التابع لهذا الأخير،إذ أن القاعدة العامة في التسليم هي أن يضع لبائع أو من يمثله الشيء المبيع تحت تصرف المشتري بحيث يستطيع أن يضع يده عليه و ينتفع به دون مانع[1].

و يمتد هذا الالتزام ليشمل كافة العقود طالما توافرت شروطه ،فإذا نجم عن الاستعمال المألوف للشيء محل التعاقد ضررا كان للمضرور الرجوع على البائع أو المورد ،بالتعويض طبقا لقواعد المسؤولية العقدية ،و تجدر الإشارة إلى أن الإتحاد الأوروبي و المشرع الفرنسي،لم يكتفيا بالقواعد العامة وذلك حرصا على حماية المستهلك من مخاطر السلع والمنتجات وأقاما نوعا من المسؤولية على عاتق المنتج،أين يترتب عليه التزام بضمان الضرر الذي يصيب أي إنسان أو مال ماديا أو معنويا ،و يستفيد من أحكام تلك المسؤولية كمتضرر سواء كان متعاقدا أو غير متعاقد مع المنتج،و يكفي إثبات علاقة السببية بين عيب في السلعة و الضرر.

ويمكن للبائع أو المورد التخلص من المسؤولية بإثبات أن موضوع العقد غير مخصص للتداول أو أن ما أصابه من عيب أثناء الشحن أو التفريغ أو التخزين أو بإثبات أن المعرفة العلمية القائمة وقت الإنتاج للسلعة موضوع العقد لم تمكن البائع باكتشاف العيب ،و يمكن الإعفاء من ذلك طبقا للقواعد العامة بإثبات السبب الأجنبي كالقوة القاهرة أو خطأ المضرور،و لا يجدي التذرع بخطأ الغير في هذا الشأن ،و تجدر الإشارة إلى أنه لا يوجد الاتفاق على الإعفاء من هذه المسؤولية وسوف نتطرق إلى أهم الالتزامات التي على عاتق البائع،من التزامه بتسليم المبيع و كذا ضمان العيوب الخفية وأخيرا الالتزام بنقل الملكية و هذا تباعا.

2_الالتزامات الإلكترونية التي تقع على عاتق المشتري

نتيجة للثورة التكنولوجية التي ظهرت في النصف الثاني من القرن العشرين و تأثيرها على طريقة إبرام العقد و تنفيذه، فقد نتج عن إبرام العقد عبر الانترنت التزام المشتري بالقيام بالوفاء بالثمن و الالتزام بالاستلام.

أ_ الالتزام بالوفاء:

الوفاء بثمن المبيع هو الالتزام الأساسي الذي يقع على عاتق المشتري، و الثمن هو مبلغ معين المقدار أو قابل للتعيين والأصل أن يتفق الطرفان على ثمن المبيع، والالتزام العقدي الوارد بموجب التعاقد التقليدي يقوم على مجموعة من الالتزامات تبدأ من عند المرسل و هو الطرف الأول، و أهم هذه الالتزامات هو الوفاء بقيمة المتعاقد عليها، و كذلك ضرورة المحافظة على حسن النية العقدية في عملية الوفاء بالطرق التقليدية أو بطرق الدفع المستحدثة، فالوفاء أو الدفع الإلكتروني بالمعنى الواسع كل عملية دفع من النقود بأسلوب غير مادي لا يعتمد على دعامة ورقية، بل الرجوع إلى آليات إلكترونية و بوجه عام يتم الدفع بإحدى الطريقتين:

الطريقة الأولى: وهي تتمثل في عمليات الدفع التقليدية أين يتم بموجب الأساليب التقليدية مثل النقود المعدنية و النقود الورقية و الأوراق التجارية مثل الشيك العادي والسفتجة و التحويل المصرفي.

[1] -إلياس ناصيف،**العقود الدولية** ...،مرجع سابق،ص ص156-157.

الطريقة الثانية: وتتمثل في عملية الدفع الإلكتروني وهو ما يتم موجب الوسائل الإلكترونية التي أفرزتها التجارة الإلكترونية إذ لا يتم توثيقها إلا عن طريق التوقيع الإلكتروني، و بذلك يتوجب الوفاء بالطريقة وفي الوقت الذي تم الاتفاق عليه.

من خلال التطبيقات الحديثة عرف التطور التقني طرق وفاء جديدة بدون تبادل حقيقي للنقود و هو ما يسمى بالدفع الإلكتروني، حيث برزت وسائل الدفع المصرفية التي تقوم على التبادل الإلكتروني للبيانات المصرفية لتحويل المبالغ المالية من حساب أحد العملاء إلى حساب الأخر من خلال وسيلة الدفع الإلكتروني.

هذه الوسائل المستحدثة للوفاء كانت وليدة تطور تدريجي لطرق الوفاء، فبعد أن كان الوفاء لا يتم إلا من خلال التبادل النقدي الحقيقي أصبح هناك ما يعرف بالشيكات و الأوراق التجارية الأخرى التي حلت محل عملية التبادل النقدي دون أن تحل مكانه التسليم الحقيقي و الملكية للنقود و لذلك بحث العالم الحديث عن وسيلة وفاء مباشرة ترتب نقلا حقيقا للأموال فظهرت وسائل الدفع الإلكتروني سواء من خلال استخدام بطاقات الائتمان أو النقود الإلكترونية، و بالتالي طهور وسائل جديدة في الدفع كالنقود الافتراضية التي يمكن أن تأخذ عدة أشكال: الدفع بمحفظة النقود الإلكترونية،و من وسائل الدفع التي ابتكرتها شبكة الانترنت هناك النقود الإلكترونية،ويتم إصدار هذه النقود بواسطة إصدار برامج مؤلفة من سلسلة أرقام متتابعة و يتم إنجاز هذا العمل تحت نظام تشفير[1].

لا شك أن الوفاء بالطريق الإلكتروني لم يحظى بعد بالثقة الكافية من قبل التجار و المستهلكين، و تعد إحدى المشاكل التي تلازم المعاملات الإلكترونية تكمن في كيفية الوفاء بقيمة المنتجات أو الخدمات المقدمة عبر شبكة الانترنت،أين تتولى الجهة التي تقوم بخدمة الدفع الإلكتروني هذه المهمة،حيث يتم تحديد الدائن والمدين أطراف العملية التي تتم بطريقة مستقرة من خلال برنامج معد لهذا الغرض بحيث لا يظهر الرقم البنكي على الشبكة ويتم عمل أرشيف يسهل الرجوع إليه ويتم السحب عليها بهذه الطريقة وهذا ما يطلق عليه نظام المعاملات الإلكترونية الآمنة[2].

اتخذت الجزائر تدابير من أجل ضمان آمن لعمليات الوفاء الإلكتروني،في هذا الشأن أصدر بنك الجزائر تنظيم داخلي رقم 05-07بتاريخ 28 ديسمبر2005 يتعلق بأمن أنظمة الوفاء.

فهذا التنظيم عبارة إجراءات وطنية أو دولية لتنظيم العلاقة بين طرفين على الأقل،تتوفر فيهم صفة بنك أو مؤسسة مالية أو مؤسسات منخرطة في غرفة المقاصة،فكل عضو في هذا النظام يجب عله أن يتخذ الإجراءات ،كل فيما يخصه و المتعلقة بمعايير النظام المواكبة للقواعد الدولية في هذا المجال ،أين تقوم فكرة أمن أنظمة الدفع أساسا على ضمان البنية التحتية للنظام ووسائل الدفع المختلفة،و يتميز الوفاء الإلكتروني بالخصائص التالية:

-العالمية حيث أن استعمال الوفاء الإلكتروني يتيح الاشتراك لأكبر عدد ممكن من المتعاملين؛

-انخفاض التكاليف و سرعة التنفيذ؛

-سهولة الاستعمال و سرعة المعاملات؛

---

[1] -مخلوفي عبد الوهاب، **التجارة الإلكترونية عبر الانترنت**، مرجع سابق، ص ص 138-139.

[2] - مخلوفي عبد الوهاب، **التجارة الإلكترونية عبر الانترنت**، مرجع سابق، ص 144.

-ضمان تحقق الوفاء و التأكد من هوية المتعاقدين[1].

ب-خصوصية دفع الثمن في العقد الإلكتروني

إن التطور التكنولوجي أدى إلى ظهور تقنيات جديدة عالية التعقيد في الاستعمال،فرغبة من المستهلكين في اقتناء المزيد من الأدوات و الأجهزة ،مما يجد نفسه مضطرا إلى الالتزام بدفع الثمن باستعمال هذه التقنيات الحديثة التي يصعب على المستهلك العادي معرفتها و من ثم استعمالها و التحكم فيها ،و عدم إدراكه لما يمكن أن تحدثه هذه التقنيات المتطورة و المستعملة للالتزام بالوفاء لذا كان لابد من التطرق إلى طرق ووسائل دفع الثمن في العقد الإلكتروني،غير أنه ما يجب التنويه له أن دفع الثمن بالطرق الإلكترونية لم تحظى لحد الآن بالثقة الكافية من قبل المستهلك و التاجر،لكن ثمة جهود تبذل في سبيل تأمين وسيلة الدفع الإلكترونية.

خامسا:تعريف الدفع الإلكتروني

لقد صدرت العديد من التعاريف للدفع الإلكتروني مسايرة بذلك الأوضاع و متطلبات التجارة الإلكترونية.

فقد عرف الأستاذ "أيمن قديح" الدفع الإلكتروني بأنه:"**عملية تحويل الأموال في الأساس ثمن السلعة أو الخدمة بطريقة رقمية باستخدام أجهزة الكمبيوتر و إرسال البيانات عبر خط تليفوني أو شبكة ما أو أي طريقة لإرسال البيانات**"[2].

كما عرفه المجلس الاقتصادي الفرنسي الدفع الإلكتروني:"**مجموعة التقنيات الإعلامية ،المغناطيسية أو الإلكترونية ...الخ،تسمح بتحويل الأموال دون دعامة ورقية ، و التي ينتج عنها علاقة ثلاثية بين بنك البائع و المستهلك.**"[3]

من المعروف أن الدفع هو تقديم مبلغ من المال مقابل اقتناء سلعة أو خدمة ، و من الناحية القانونية هي وسيلة انقضاء التزام المدين لدى الدائن ، إذن الدفع يفترض وجود دين في ذمة المدين،و يعتبر الدفع الإلكتروني أو الوفاء الإلكتروني تقنية معقدة لتحقيق أهدافها و تنفيذ التزامات مستعمليها ،بما يستوجب تدخل أطراف أخرى لخصوصية هذه التقنية التي تتم عبر دعامات الكترونية ،و التي يشترك فيها عادة ثلاثة أشخاص ،و من ثم نتساءل عن الأطراف المخول لها حق تقديم خدمة الدفع الإلكتروني و استعمالها؟

1-الأطراف المخول لها حق تقديم خدمة الدفع الإلكتروني

[1] -قادري عبد المجيد،**الوفاء الإلكتروني، مجلة العلوم القانونية**، العدد ،2008 ، ص 168.

[2] - أيمن قديح ،**الدفع الإلكتروني من يحميه؟**نقلا عن واقد يوسف،**النظام القانوني للدفع الإلكتروني**،ص 19.

[3] - واقد يوسف،**النظام القانوني للدفع الإلكتروني**،مرجع سابق،ص19.

على خلاف ما هو معمول به في القواعد العامة المتعلقة بدفع الثمن في التعاقد التقليدي،أين يمكن لأي شخص أن يقوم بدفع الثمن دون قيود أو إتباع أي إجراءات،فإن الأمر على خلاف في التعاقد الإلكتروني،إذ لابد أن يتم دفع الثمن من قبل أطراف و جهات منحهم القانون حق تقديم خدمة الدفع الإلكتروني،و هذا ما سنراه فيما يلي:

1-أ-البنك أو المؤسسة المالية المقدمة لخدمة الدفع الإلكتروني

تتولى المؤسسة المالية أو البنك مقدم لخدمة الدفع وهي تلك التي تمنح للعميل البطاقة بشروط محددة و التي تقبل كذلك المعاملات الإلكترونية الأخرى كالشيك الإلكتروني ،فالوسيط المالي في العقود الإلكترونية هو بنك أو مؤسسة مالية تقوم بنقل الثمن من المشتري إلى البائع في عقد البيع،أو من المستخدم إلى المنتج في عقد المعلومات ويتم ذلك عن طريق التسويات المالية باستخدام نظام المعاملات الآمنة الذي يتم بواسطة نقل بيانات بطاقات الدفع ،حيث يؤكد هذا النظام شخصية حامل البطاقة أو عن طريق ما يسمى بالبنك المحمول ،و هو عبارة عن حاسوب شخصي متصل الكترونيا بالبنك الأصلي الذي يقوم كوسيط مالي بالوفاء بالالتزامات النقدية لعملائه تجاه دائنيه[1] .

.2-أ-المشتري المرخص له استعمال وسائل الدفع الإلكتروني

هو العميل الآلي الذي يحصل على بطاقة لاستخدامها فيما بعد في الوفاء بقيمة مشترياته للسحب من أجهزة الصرف الآلي،كما يرخص للتاجر التعامل بالبطاقة مع العميل بناء على اتفاق مسبق بينه و بين مصدر البطاقة، النقود التي يتم من خلالها تسوية المعاملات عن طريق الدفع الإلكتروني يمكن أن تكون مخصصة سلفا لمباشرة هذا الغرض[2].

يتم الدفع الإلكتروني من خلال فضاء معلوماتي مفتوح فإن فرصة السطو على أرقام الكروت أثناء الدفع الإلكتروني قائمة، فيزداد الخطر في الدفع عبر الانترنت عن غيرها من الشيكات باعتبارها فضاء يستقبل جميع الأشخاص من جميع البلدان بمختلف مقاصدهم و نواياهم.

2_ نظام الدفع الإلكتروني في الجزائر:

سعت الجزائر في خضم هذا التطور التكنولوجي الهائل الذي أصبح حتمية على كل دولة حتى تتأقلم و تصبح عنصرا فعالا في الاقتصاد و المبادلات الدولية.

و قد اهتمت الحكومة الجزائرية و على رأسها رئيس الجمهورية الذي خصص أحد تصريحاته لقطاع البريد و تكنولوجيا الإعلام والاتصال، حيث أصبح خيار استراتيجي لتطور هذا القطاع و ترقية الاقتصاد الرقمي الداخلي و تفاعله مع الاقتصاد العالمي فإلى جانب الاستيراد الهائل للوسائل المادية قصد تحقيق هذه الأهداف تم وضع إستراتيجية منسجمة و كاملة لتحقيق ذلك[3].

---

[1] – رضا متولي وهدان،**النظام القانوني للعقد الإلكتروني و المسؤولية عن الاعتداءات الإلكترونية**،دار الفكر و القانون للنشر ،الطبعة الأول، المنصورة 2008، ص ص27-28.

[2] _وقد يوسف، **النظام القانوني** ...، المرجع نفسه، ص ص 21-23.

[3] –واقد يوسف، **النظام القانوني**...، مرجع سابق، ص 24.

ظهرت في أواخر التسعينيات شركة ذات أسهم تابعة للبنوك و التي ساهمت في وضع حلول في مجال التحويلات الإلكترونية ما بين البنوك الذي دخل حيز التنفيذ عام 1997، فعملت الشركة نفسها على وضع قناة وطنية للموزعين،كما نص قانون النقد و القرض 2003-11 في المادة 69 منه على الاعتراف باستعمال كافة وسائل الدفع التي تسمح للأشخاص تحويل الأموال مهما كانت الدعامة أو الطريقة المستعملة [1]من خلالها يتضح أن المشرع نص على إمكانية استعمال تقنيات ووسائل الدفع التقليدية و الإلكترونية فحسب تقديرنا فهو اعتراف ضمني لاستعمال هذه الوسائل فهذا مؤشر إيجابي و قفزة معتبرة نحو تنظيم استعمال هذه التقنية عبر قنوات مفتوحة كالانترنت رغم ذلك تبقى الجزائر بعيدة كثيرا مقارنة بجيرانها المغرب، تونس في هذا المجال، وحسب إحصائيات قامت بها الجزائر الاتصالات على الجزائر مضاعفة 15 مرة من حجم استعمال الدفع الإلكتروني للالتحاق بمستوى تونس و المغرب و مضاعفة ب 750 مرة للالتحاق بمستوى الدول الأوروبية .

ظهرت عدة محاولات لخلق نظام الدفع الإلكتروني من طرف متصرف شركة الخطوط الجوية الجزائرية، كما حاول أحد الخواص صاحب العنوان (Maktibh. Com) تطوير التجارة الإلكترونية في الجزائر بحيث أعد مشاريع حول بطاقات الدفع مع شريكي(CSC et Gepcom) و حسب تصريحات نفس المسؤول فإن كافة الشروط متوفرة لإعطاء إشارة انطلاق التجارة الإلكترونية خاصة و أنه يجدد حاليا أكثر من 100 عنوان للتجارة الإلكترونية في الجزائر.

فبعد ظهور هذه التقنية في الولايات الأمريكية في أواخر الأربعينيات من القرن الماضي أو استعمالها من طرف الشركات البترولية و المؤسسات التجارية لبطاقات الدفع الخاصة بها، انتشرت هذه الوسائل بصفة مذهلة في أوروبا خاصة و هذا ما خلق منافسة بين المؤسسات بتقديم أفضل العروض بأدنى العمولات[2].

و على العموم يتم الوفاء بالعملة المتفق عليها و في حالة عدم الاتفاق فإن الوفاء يتم بعملة دولة المدين،حيث ينبغي تفسير الشك لصالحه ،و يتحمل الدائن تبعة عدم تحديد العملة المستعملة في الوفاء،و يتم الوفاء في الزمان والمكان المحددين في الاتفاق،و يجري العمل على تحديد ذلك بدقة وإلا تم إعمال القواعد العامة التي تقضي في حالة عدم وجود اتفاق بوجوب الوفاء بالثمن في الوقت الذي يسلم فيه المبيع،و يتعين دفع المقابل عند تسلم المبيع و يجب دفع الثمن في المواعيد التي يعينها العرف،كما قد يتم دفع الثمن جملة واحدة ،أو على أقساط متتالية فالثمن المستحق الوفاء يكون في مكان تسليم المبيع ،أو في مكان موطن المشتري وقت استحقاق الثمن أو موطن العميل[3] .

3- وسائل الدفع الإلكتروني

لقد أدى التطور الذي شهدته السنوات الأخيرة إلى إيجاد أساليب حديثة و متوافقة مع متطلبات التجارة الإلكترونية ،مما أدى إلى استبعاد استعمال الأساليب التقليدية للوفاء عن بعد،مثل استخدام الهاتف أو الفاكس أو البريد العادي، ولا يوجد طريق محدد للدفع عبر شبكة الانترنت ،فيمكن الدفع بأية وسيلة مشروعة يقبلها البائع.

---

[1] _ قانون رقم 2003-11 يتضمن النقد و القرض.

[2] _واقد يوسف، **النظام القانوني** ...،المرجع نفسه، ص ص 25-26-27.

[3] -محمد حسين منصور، **العقود الدولية**...، مرجع سابق، ص ص252-253.

أ–النقود الإلكترونية كوسيلة للالتزام بالوفاء الإلكتروني

لقد تعددت التسميات المقدمة لهذه الوسيلة فهناك البعض يسميها النقود الرقمية و البعض الآخر يطلق عليها تسمية النقود الإلكترونية و هي مقابل لقيمة السلعة أو الخدمة التي تدفع عبر شبكات الاتصالات و يعتبر كنتيجة منطقية للتجارة الإلكترونية التي جردت المعاملات التجارية من مظهرها المادي، وصلت هذه النتيجة إلى تجديد النقود المألوفة أي الورقية أو القطع من صفتها المادية وأصبحت على شكل معلومات أو رموز يقضي بها الالتزام بالدفع.

أ_1_ تعريف النقود الإلكترونية:

تتمثل النقود الإلكترونية في وحدات إلكترونية رقمية يتم انتقالها بطريقة معينة من حساب شخص إلى حساب شخص آخر،تخزن هذه الوحدات إما في ذاكرة كمبيوتر صغير ملتصق في كارت يحملها المستهلك بحيث يستخدمها في الوفاء عن طريق هذا الكارت أو تخزن في مذكرة الكمبيوتر الشخصي للمستهلك بحيث يستخدمها عن طريق الكمبيوتر لسداد أثمان البضائع و الخدمات مثلها مثل النقود التقليدية فهي لا تحتوي على نقود ورقية أو حقيقية و إنما على وحدات يتم انتقالها بشكل إلكتروني و تمثل قيم مالية محددة[1].

أ–2–خصائص الدفع الإلكتروني

يتميز الدفع الإلكتروني بعدة خصائص أهمها:

–يتسم الدفع الإلكتروني بالطبيعة الدولية ،أي أنه وسيلة منقولة من جميع الدول،حيث يتم استخدامه لتسوية الحساب في المعاملات التي تتم عبر فضاء الكتروني بين المستخدمين في كل أنحاء العالم؛

–يتم الدفع من خلال استخدام النقود الإلكترونية و هي قيمة نقدية يتضمنها كارت به ذاكرة رقمية أو الذاكرة الرئيسية التي تهيمن على إدارة عملية التبادل؛

–يستخدم هذا الأسلوب لتسوية المعاملات الإلكترونية عن بعد حيث يتم إبرام العقد بين أطراف متباعدين في المكان ويتم الدفع عبر شبكة الانترنت ،أي من خلال المسافات بتبادل المعلومات الإلكترونية بفضل وسائل الاتصال اللاسلكية ، يتم إعطاء أمر الدفع وفقا لمعطيات الكترونية تسمح بالاتصال المباشر بين طرفي العقد[2].

أ–3–أنواع الدفع الإلكتروني

إن التقدم التكنولوجي في عالم الانترنت و الإقبال المتزايد للأفراد و المشروعات على الحاسب الآلي و المعلوماتية كان وراء ميلاد المعاملات و التجارة الإلكترونية عن بعد، و ظهور مشكلة الوفاء لذا وجب البحث عن سبل تسوية تلك المعاملات فوسائل الدفع الإلكتروني عديدة و سريعة التطور فقد تناول أغلب الكتاب طرق الدفع الإلكتروني من خلال التركيز على مجموعة الأدوات و التحويلات الإلكترونية التي تصدرها البنوك و المؤسسات المالية الأخرى بصفتها وسيلة الدفع و تتمثل في البطاقات البنكية و النقود الإلكترونية و الشيكات الإلكترونية و البطاقات الذكية و غيرها من أشكال

[1] _ واقد يوسف، **النظام القانوني**...، مرجع سابق، ص 37.

[2] –محمد حسين منصور، **العقود الدولية**...، مرجع سابق، ص 257.

البطاقات، وهناك عدة طرق لدفع الثمن أهمها التحويل الإلكتروني وبطاقات الدفع وكذا الشيكات الإلكترونية، ويظهر ذلك من خلال العناصر الآتية:

أ-3-1- زمان الوفاء Le moment du paiement:

إن وقت الوفاء يترك عادة إلى اتفاق أطراف العقد، فقد يتفق على تحديده قبل و أثناء أو بعد تنفيذ الالتزام،في الواقع العملي للتجارة الإلكترونية، فإن التاجر يفرض دائما الوفاء في لحظة إبرام العقد، أي في اللحظة التي يقوم فيها المستهلك بإصدار إيجابه على الشبكة، فالوفاء هنا يتم قبل تنفيذ الالتزام، و هذا في مصلحة التاجر لأنه يضمن المقابل قبل أن يقوم بتنفيذ التزاماته، و المخاطر يتحملها المستهلك مما يدفعه إلى الإحجام عن التعاقد، و هذا ما دفع إلى اللجوء إلى طرف ثالث في التعامل- عادة ما تقوم به مؤسسات متخصصة- كوسيط بين المتعاقدين، بحيث يتضمن الوفاء للتاجر و يضمن حصول المستهلك على مشترياته.

أ-3-2- مكان الوفاء Lieu de paiement:

القاعدة العامة أن الوفاء يرجع إلى إرادة الأطراف، و في حالة عدم التحديد لمكان الوفاء فإنه يتم اللجوء إلى مكان موطن المدين أو مكان وجود المال، أو مكان إبرام التصرف أو إلى مكان التسليم، و في حالة التعاقد عن طريق الانترنت فإن الأطراف يلجئون إلى أن مكان الوفاء هو عنوان التاجر و في جميع الأحوال فإن تحديد مكان الوفاء يكون باتفاق المتعاقدين

أ-3-3- المصاريف المتعلقة بالوفاء Les frais relatifs au paiement:

في الواقع أن المستهلك يتحمل كامل مصاريف الوفاء وليس التاجر،و لكن هذا لا يمنع المتعاقد من الاتفاق على من يتحمل المصاريف،و لكن التاجر يلجأ غلى رفع الأسعار من أجل تغطية كامل المصاريف بما فيها مصاريف الوفاء[1].

4-الالتزام بالاستلام

التسليم يعني كقاعدة عامة القبول و مطابقة موضوع العقد للمواصفات المتفق عليها ويتأكد ذلك في حالة القبول الصريح بعد الفحص و إجراء التجارب السابقة،ووفقا للتقسيم الغالب في التجارة الإلكترونية قد يكون المشتري تاجر أو مستهلك ، فإذا كان تاجر فيلتزم بقاعد القانون المدني،و التزام المشتري بالتسليم أو الاستلام يقابله التزام البائع بالتسليم ،و التسليم هو العملية المتممة للتسليم و يتم تسليم المبيع بالاستيلاء عليه فعلا أي الاستيلاء المادي ،هذا بالطبع عندما يكون محل البيع سلعة مادية أي البضائع ،تسليم الخدمات فيتم بوصول لخدمة إلى المشتري سواء كانت عن طريق مكالمة هاتفية أو فاكس أو رسالة إلكترونية،و يجب على المشتري أن يتسلم المبيع في المكان والزمان المعنيين لذلك ،فإذا لم يعين الاتفاق أو العرف مكان أو زمان تسليم المبيع،وجب على المشتري أن يتسلمه في المكان الذي يوجد فيه المبيع وقت البيع و أن ينقله دون إبطاء إلا ما يقتضيه النقل من زمن[2]، أما مصاريف تسلم المبيع تكون عل عاتق المشتري ما لم يوجد عرف

---

[1] -قادري عبد المجيد، **الوفاء الإلكتروني**، المرجع نفسه، ص ص 159- 160.

[2] -مخلوفي عبد الوهاب، **التجارة الإلكترونية**...، مرجع سابق، ص 159.

أو اتفاق يقضي بغير ذلك ،و يتحمل المشتري تبعة هلاك البضاعة إذا طلب ن البائع إرسالها إلى المكان غير المكان المعين تسليمه من وقت تسليم البضاعة إلى من تولى نقله إلا إذا اتفق أو نص القانون على غير ذلك ،والتسليم في مجال التجارة الإلكترونية يتحقق بالنسبة للخدمات فوريا و مباشرة على الخط حسب وسيلة الاتصال يكون مكان التسليم هو وقت دخول الخدمة لموقع المشتري بينما مكان التسليم هو مكان وصول رسالة البيانات الإلكترونية أو مكان وصول الرسالة الريالة حسب الاتصال،أما بالنسبة للتسلم في مجال السلع فيتم بطريقة مادية سواء وجها لوجه أو بيد التسليم في مكان إقامة المشتري مالم يوجد اتفاق على غير ذلك ،و يترتب على التزام المشتري بتسليم المبيع التزام آخر هو التزامه بفحص البضاعة و هو متعلق بتجارة السلع فقط و لا مجال له في تجارة الخدمات ،و في ذلك نصت المادة 38من اتفاقية فيينا على أن المشتري أن يفحص البضائع بنفسه أو بواسطة غيره في أقرب ميعاد ممكن تسمح به الظروف[1] .

كما يمكن استخلاص الاستلام الضمني في حالة عدم اشتراط شكل معين من الظروف المحيطة به ،كدفع الثمن دون تحفظ و مرور مدة معينة دون اعتراض العميل،حيث يعد ذلك قبولا للشيء و مطابقة للاتفاق و هو افتراض يسهل دحضه و إثبات عكسه ،و هنا يلزم المستلم يدفع المقابل المتفق عليه و ينقل إليه عبء تحمل المخاطر و من العرض السابق يتبين اتفاق مفهوم الاستلام بالعقد الإلكتروني مع مفهومه في العقد التقليدي[2].

أ_ التحويل الإلكتروني:

لم يحظى دفع الثمن بالطرق الإلكترونية لتاريخ الآن بالثقة الكافية من قبل التجارة و المستهلكين، و لكن ثمة جهودا متعددة تبذل في سبيل تأمين وسيلة الدفع الإلكتروني و قد أثمرت هذه الجهود و أوجدت بعض وسائل الدفع [3]تتمثل هذه الطريقة في القيام بتحويل مبلغ من حساب المدين إلى حساب الدائن و يتولى ذلك الجهة التي تقوم على إدارة عملية الدفع الإلكتروني[4].

فنظام التحويلات المالية الإلكترونية هو جزء بالغ الأهمية من البنية التحتية لأعمال البنوك الإلكترونية التي تعمل عبر الانترنت ويتيح هذا النظام بطريقة إلكترونية آمنة نقل التحويلات المالية أو الدفعات المالية من حساب بنكي إلى حساب بنكي آخر إضافة إلى نقل المعلومات المتعلقة بهذه التحويلات[5].

يعرف نظام التحويلات المالية الإلكترونية هو عملية منح الصلاحية لبنك ما للقيام بحركات التحويلات المالية الدائنة والمدينة إلكتروني من حساب بنكي إلى حساب بنكي لآخر[1].كما تمكن عملية التحويلات المالية الإلكترونية العميل من إمكانية إجراء عمليات مقاصة من حسابه لحساب غيره[2].

---

[1] –طاهر شوقي المومني،**عقد البيع الإلكتروني**...،مرجع سابق،ص 89.

[2] –مخلوفي عبد الوهاب،**التجارة** الإلكترونية...،المرجع نفسه،ص 160.

[3] _ إلياس ناصيف، **العقود الدولية**...، مرجع سابق، ص 159.

[4] _ محمد حسين منصور، **العقود الدولية** ...، مرجع سابق،ص 261.

[5] _ محمد منير الجنبيهي و ممدوح محمد الجنبيهي،**الطبيعة القانونية للعقد الإلكتروني**،دار الفكر الجامعي للنشر، د.ذ.ر.ط، الإسكندرية مصر، ص 160.

ب_ آلية الدفع الإلكتروني:

يلتزم توضيح هذه الآلية البحث في الجهات المشتركة في تهيئة بيئة الدفع الإلكتروني إلى جانب توضيح خطوات إتمام عملية الدفع و إجراءاتها، و فيما يلي نوضح هاذين الجانبين:

ب-1- الجهات المشتركة في تكوين بيئة الدفع الإلكتروني:

يجمع المتخصصون على ضرورة مشاركة خمس جهات في تفعيل آلية الدفع الإلكتروني في إطار تطبيقات التجارة الإلكترونية و هذه الجهات هي[3]:

_ الزبون أو المشتري أو الدافع و هو الطرف الذي يقوم بدفع قيمة المنتجات المقدمة له و التي تم الاتفاق على شرائها؛

_ التاجر أو البائع أو المدفوع له و هو الطرف الذي يتسلم قيمة المنتجات المقدمة و المبيعة إلى المشتري؛

_ المصدرون: و هي البنوك و المؤسسات المالية الأخرى التي توفر أدوات الدفع الإلكتروني و تسهل تطبيقات و التعامل بها؛

_ المنظمون و عادة ما تكون و كالات حكومية تنظم و تراقب نظم الدفع الإلكتروني؛

_ دار المقاصة المؤمنة و هي الجهة التي تكفل إجراء المقاصة بين حسابات البنوك و أرصدة المتعاملين.

ج- طرق الدفع الإلكترونية:

يتناول أغلب الكتاب طرق الدفع الإلكتروني من خلال التركيز على مجموعة الأدوات والتحويلات الإلكترونية التي تصدرها البنوك و المؤسسات المالية الأخرى بصفتها وسيلة الدفع وتتمثل في البطاقات البنكية، والنقود الإلكترونية و الشيكات الإلكترونية والبطاقات الذكية وغيرها من أشكال بطاقات الدفع الإلكتروني وهي التي تسهل عملية دفع قيمة الصفقة التجارية[4]

ج-1- بطاقة الائتمان:

تعتبر بطاقة الائتمان من أشهر وسائل الدفع الإلكتروني و أكثرها انتشارا خاصة على مستوى التجارة الإلكترونية بين البائع و المستهلك و يطلق على بطاقات الائتمان البطاقات البلاستيكية أو النقود البلاستيكية وهي بطاقة تصدرها البنوك والمصارف في حدود مبالغ معينة يتم إيداعها في حساب لديها يخص العميل ومن الأمثلة عليها فيزا Visa، وماستر كارد

---

[1] _محمد منير الجنبيهي و ممدوح محمد الجنبيهي، **الطبيعة القانونية للعقد الإلكتروني**، المرجع نفسه، ص 161.

[2] _ محمد إبراهيم أبو الهيجاء، **عقود التجارة الإلكترونية**...، مرجع سابق، ص 22.

[3] _ محمد عيد حسين الطائي، **التجارة الإلكترونية، المستقبل الواعد للأجيال القادمة**،دار الثقافة للنشر و التوزيع، الطبعة الثانية 2013، عمان الأردن ، ص 179.

[4] _ محمد عيد حسين الطائي، **التجارة الإلكترونية**...، مرجع سابق، ص ص 185-186.

Master card وتصدر هذه البطاقة البنكية مجموعة من المنظمات العالمية والمؤسسات المالية التجارية مثل فيزا Visa internationale، وماستر كارد Master card internationale وغيرها[1].

ج-2- النقود الإلكترونية:

من الوسائل الفنية المستعملة لتأمين عمليات دفع الثمن عبر شبكة الانترنت فكرة حافظة النقود الإلكترونية أو الصندوق الإلكتروني[2].

ظهرت النقود الإلكترونية أو النقود الرقمية بعد ظهور البطاقات و تستخدم هذه الطريقة عند التعامل مع الصفقات ذات القيمة النقدية المنخفضة وهي التي تقل قيمتها عن 10 دولارات[3].

نظرا لأهمية ضبط المفاهيم في مجال التجارة الإلكترونية اهتم الكثير بتعريف النقود الإلكترونية لتحديدها وحصرها، فتتمثل النقود الإلكترونية في وحدات إلكترونية رقمية يتم انتقالها بطريقة معينة من حساب شخص إلى حساب شخص آخر[4].

ج-2-1- تعريف النقود الإلكترونية:

يقصد بها النقود الرقمية أو العملة الافتراضية و هي عبارة عن نقود غير ملموسة تأخذ صورة وحدات إلكترونية يتم تخزينها على القرص الصلب بجهاز الحاسب الآلي في مكان يسمى المحفظة الإلكترونية و يتم استخدامها في إتمام التعاملات المالية و التجارية عبر شبكة الانترنت بما في ذلك شراء المستلزمات اليومية و دفع ثمنها[5].

وقد جاء في التوصية 2000/46 الصادر عن الإتحاد الأوروبي تعريف النقود الإلكترونية كما يلي:"**قيمة نقدية تمثل دين على من يصدرها و التي يتم تخزينها على دعامة إلكترونية ومصدره مقابل دفع مبلغ قيمته لا يمكن أن يقل عن قيمته النقدية الإلكترونية المصدرة والتي تقبل كوسيلة دفع من قبل المؤسسات الأخرى غير المؤسسة المصدرة لها**"[6].

ظهرت النقود الإلكترونية أو النقود الرقمية بعد ظهور البطاقات و تستخدم هذه الطريقة عند التعامل مع الصفقات ذات القيمة النقدية المنخفضة و هي التي تقل قيمتها عن 10 دولارات ، حيث لا يكون استخدام بطاقات الائتمان في هذه الحالات عمليا و تأخذ هذه النقود شكل وحدات إلكترونية تقرن في جهاز الحاسب الخاص بالبائع أو المشتري في صيغة برمجية للخدمات المالية تعرف باسم المحفظة الإلكترونية

---

[1] _ طاهر شوقي المومني ، **عقد البيع الإلكتروني** ...، مرجع السابق، ص 94 ، و محمد عيد حسين الطائي، .**الطبيعة القانونية للعقد الإلكتروني**، مرجع سابق، ص 187 و محمد حسين منصور ، **العقود الدولية**...، مرجع سابق، ص 261.

[2] _ إلياس ناصيف، **العقود الدولية**...، مرجع سابق، ص 159.

[3] _محمد عيد حسين الطائي،**التجارة الإلكترونية**....،مرجع سابق، ص 187.

[4] _ واقد يوسف، **النظام القانوني للدفع الإلكتروني** ....، مرجع سابق، ص 95.

[5] _ طاهر شوقي المومني، **عقد البيع الإلكتروني**...، مرجع سابق، ص 95.

[6] _ واقد يوسف، **النظام القانوني للدفع الإلكتروني**،مرجع سابق، ص 96.

تعد النقود الإلكترونية تطورا واضحا في وسائل الدفع عبر الانترنت بل هي الوسيلة الوحيدة التي نشأت خصيصا لتسوية معاملات التجارة الإلكترونية عبر الانترنت. و يمكن القول بأن النقود الإلكترونية شكل جديد من أشكال وسائل الدفع بدأ ينمو و يتطور سريعا بحيث يتوقع البعض أنه سيؤدي إلى اختفاء كامل لاستخدام النقود العادية في الوفاء و يصبح بديلا لهاو بحيث يصبح المجتمع "مجتمعا بلا نقود"[1].

محفظة النقود الإلكترونية Electronique pures[2] وسيلة وفاء جديدة تصلح لسداد المبالغ قليلة القيمة، و قد ظهرت هذه الوسيلة الجديدة نتيجة تزاوج تكنولوجيا المعلومات و الاتصالات بتكنولوجيا الكروت الذكية فقد استعادة البنوك و المؤسسات المالية من التقدم المذهل في كلا النوعين من التكنولوجيا و كرسته في خدمة عملائها من خلال وسيلة وفاء جديدة تستخدم نوعا جديدا من النقود هي النقود الإلكترونية .

و قد ظهر كذلك عدة محاولات في تعريف النقود الإلكترونية،من طرف الفقه العربي،فعرفها البعض أنها "**دفع أو تحويل الودائع المعالجة إلكترونيا ضمن أنظمة البنوك الإلكترونية** "

غير أنه ما يلاحظ في هذا التعريف أنه تطرق إلى تحويل القيمة إلكترونيا دون التطرق إلى تعريف القيمة النقدية نفسها،و البعض الآخر ذهب إلى تعريف النقود الإلكترونية بأنها:"**بطاقات تحتوي على مخزون إلكتروني أو أرصدة نقدية محملة إلكترونيا ، على بطاقة تخزين القيمة**"و يعاب على هذا التعريف أنه لم يعرف النقود الإلكترونية بل عرف الوسيلة التي يتم فيها خزن أو حفظ تلك النقود[3]

من خلال المقاربة بين التعريفات السالفة الذكر يمكن الاستنتاج أن النقود الإلكترونية حقيقة قانونية على المستوى الأوروبي ،و هذا بتكريسها في النصوص القانونية أما على المستوى العربي فيبقى وهم اقتصادي وذلك لعدم النص عليه في التشريعات العربية ،و هذا أمر منطقي للطرق الموجودة بين هذه الدول من حيث التطور التشريعي الذي يعاكس التقدم والتطور التكنولوجي،و يقوم هذا النظام على فكرة إمكانية قيام أي شخص بعملية الشراء ، والدفع مقابل مشترياته من خلال شبكة الانترنت ، دون أن يكشف عن هويته للبائع أو تقدم أي إثبات لشخصيته ، ووفقا لهذا تحل العلامات الإلكترونية محل العلامات العادية.

---

[1] _ محمد عيد حسين الطائي،**التجارة الإلكترونية**...، مرجع سابق، ص 188.

[2] _ يقول الدكتور شريف أنه يجب التفرقة بين مصطلح النقود الإلكترونيةélectronique money الذي يحمل في طياته كل وسائل الدفع التي تستخدم فيها تكنولوجيا متقدمة للوفاء مثل الشيك الإلكتروني،و كذا الدفع بالنقود ،أما النقود الإلكترونية فهي أحد وسائل الدفع و تتميز بأن الوحدات الإلكترونية المستخدمة في الوفاء و تحمل على أداة مستقلة عن الحساب البنكي ، ويتم الصرف من خلال هذه الأداة بعيدا عن الحساب البنكي للعميل.

[3] –واقد يوسف، **النظام القانوني الدفع الإلكتروني**،مرجع سابق، ص 40.

و منه فإن النقود الإلكترونية هي وسيلة دفع افتراضية تستخدم في سداد المبالغ قليلة القيمة بشكل مباشر أو غير مباشر أين يقوم العميل بشراء العملة الإلكترونية من بنك يمتلك رخصة إصدار العملة الإلكترونية ثم تخزينها على الكمبيوتر الخاص به و يحولها لدى التجار المشتركين في نفس البنك[1].

ج-2-2-خصائص النقود الإلكترونية

سبق الإشارة إلى أن النقود الإلكترونية عبارة عن مخزون لقيمة نقدية محفوظة بشكل رقمي و تتميز بالكثير من الخصائص نوجزها فيما يلي:

-النقود الإلكترونية قيمة نقدية

بالرغم من الطابع الإلكتروني لهذه الوحدات المستخدمة في الدفع،أنها قيمة عالية و تشبه فعلا النقود العادية مع وجود فارق واحد،فبدلا أن يكون في صورة ورقية فهي في صورة لا مادية غير ملموسة يتم تدولها بشكل إلكتروني.

-وسيلة سهلة و سريعة التحويل

تحتفظ النقود الإلكترونية بقيمتها باعتبارها معلومات رقمية مستقلة،عن أي حساب آخر بالإضافة إلى تحويل قيمة النقود الإلكترونية إلى أي شخص و ذلك عن طريق تحويل المعلومات الرقمية ،و كذا إمكانية تحويل هذه النقود عن طريق الشيكات،كما أنها تتميز بسهولة استخدامها مقارنة مع وسائل الأخرى ،فهي بذلك تشجع المستهلك على استخدامها.

-النقود الإلكترونية أداة وفاء

تصدر النقود الإلكترونية لغرض واحد و هو دفع و سداد قيمة المشتريات و تصدر خصيصا لهذا الغرض،بحيث لم تكن موجودة قبل ذلك ،على عكس النقود العادية و بالتالي فهي مرتبطة بعملية الدفع ، بحيث تتحول إلى مصدرها إذا ما تمت عملية الدفع ،و تصبح نقودا عادية و لا تبقى في صورتها الرقمية و إنما يتم استردادها لحالتها العادية كنقود عادية[2].

-النقود الإلكترونية ذات طبيعة غير مادية

هي صفة لصيقة بطبيعة العملية التي وجدت خصيصا لها ،و هي التجارة الإلكترونية و عقودها تتسم بالطابع الدولي ،وهي غير مادية كونها مشكلة من متتاليات رقمية و مشكلة أيضا من رقمي (0)والرقم (1)لكن طبيعتها الدولية لا تعني أنها أصبحت من العملات الصعبة[3].

-تمتعها بالأمان و السرية:

تمتاز هذه الوسيلة بأنها تحقق أمن تبادل النقد عبر شبكة الانترنت بفضل استخدام طريقة حسابية دقيقة كما أنها تسمح في الوقت ذاته بتحديد شخص كل طرف التعامل و بأن تكلفتها أقل[1] .

---

[1] _ طاهر شوقي المومني ، **عقد البيع الإلكتروني**...، مرجع سابق، ص 96.

[2] -واقد يوسف، **النظام القانوني للدفع الإلكتروني**، مرجع سابق، ص 40.

[3] -حمودي ناصر، **النظام القانوني لعقد البيع الدولي الإلكتروني**...،مرجع سابق، ص 385.

لكن هذه الوسيلة لا تخلو من المصاعب باعتبار أن هذا الوفاء يكون مفتوحا باستعمال النقود الإلكترونية ،لذا يجب أن يكون بوسائل أمان تضفي الثقة للتعامل بها ،هذا من الناحية العملية ومن الناحية القانونية تواجه النقود الإلكترونية عقبة أساسية فعلى الرغم من العملة التي تودع في حافظة النقود عملة مجازية إلا أنها مبرئة للذمة[2].

-النقود الإلكترونية هي نقود خاصة

على عكس النقود التقليدية التي يتم إصدارها و التحكم في كمها و شكلها من طرف البنك المركزي في كل دولة عن طريق شركات خاصة أو مؤسسات ائتمانية خاصة و متخصصة،و من ثم يمكن القول أنها وسيلة تتلائم و طبيعة التجارة الإلكترونية التي تتم بواسطة تكنولوجيات الاتصالات الحديثة و التي تجرد المعاملات من طابعها المادي ، فتكون النقود الإلكترونية تستجيب لما يسعى هذا النوع من التجارة في عالم المعالجة الإلكترونية[3].

بالإضافة إلى ما سبق ذكره فإن العقود الإلكترونية تتمتع بالعديد من الخصائص الأخرى و التي كثرت بسبب اختلاف الفقه ، وذلك نظرا لاختلاف الزوايا التي ينظر منها و إليها، فهي بذلك ليست نقودا متجانسة بل تختلف من نوع لأخر أو من مستهلك الأخر بحسب ما حمله في محفظة أو حاملة نقوده ،وهو ما يجعلها سهلة الحمل و الاستخدام.

5-زمان ومكان الالتزام بالدفع الإلكتروني

تلزم اتفاقية فيينا للبيع الدولي للبضائع المشتري بدفع الثمن في الميعاد المحدد في العقد ، أو الذي يمكن تحديده بالرجوع إليه ، ولا تطبق أحكام الاتفاقية إلا إذا خلا العقد من تعين الميعاد ، وقد و ضعت الاتفاقية قاعدة أساسية ربطت فيها ميعاد الدفع وميعاد التسليم ، وإن لم يكن المشتري ملزم بدفع الثمن في وقت محدد وجب عليه أن يدفعه عندما يضع البائع البضاعة أو المستندات التي تمثلها تحت تصرفه وفقا للعقد (وفقا لنص المادة 1/58 منها)[4].

فيحوز البائع أن يعتبر الدفع شرطا لتسليم البضائع أو المستندات فلا تسلم إلا بعد دفع الثمن و يجب على المشتري الوفاء بالثمن بمجرد حلول ميعاد الوفاء به دون الحاجة إلى قيام البائع بتوجيه أي طلب أو استيفاء أي إجراء[5].

غير أن التجارة الإلكترونية و ما أفرزته غيرت هذه القاعدة بطريقة جد حساسة، بحيث نادرا ما نجد الدفع في عقود البيع الإلكترونية قد تم خارج وقت إبرامه و عادة ما لا يتم الدفع إلا بعد الدفع باعتبار البائع هو الذي يحدد ذلك و يرى البعض أنه يستحسن عدم الدفع في العقود الإلكترونية قبل التسليم خوفا من عدم تنفيذ البائع التزامه بعد قبض الثمن.

إن مسألة تحديد مكان الدفع تعد من المسائل الجد مهمة بالنسبة لهذا النوع من العقود كون المكان هو الذي يحدد عملة الدفع إن لم تكن بطرق إلكترونية، غير أن التطبيقات العملية للتجارة الإلكترونية جرت على تحديد مكان الدفع في

---

[1] -يقول الدكتور حمودي ناصر أنه تبقى قيمة النقود الإلكترونية زهيدة لا تلائم قيمة ما يمثله الثمن في البيع الدولي للبضائع، حيث يتم استبعاد هذه العقود بموجب أحكام اتفاقية فيينا للبيع الدولي لبضائع.

[2] -إلياس ناصيف،**العقود الدولية**...،مرجع سابق، ص 160.

[3] -واقد يوسف، **النظام القانوني للدفع الإلكتروني**، مرجع سابق، ص 44.

[4] _ اتفاقية فيينا 1986 ، مرجع سابق

[5] _ واقد يوسف، **النظام القانوني للدفع الإلكتروني**، مرجع سابق، ص 48.

المكان الذي يتواجد فيه موزع الانترنت الخاص بالموجب لما يكون العقد قد أبرم على موقع من مواقع الانترنت و نفس الشيء بالنسبة للعقود المبرمة عبر البريد الإلكتروني[1].

الفرع الثاني

وسائل الدفع الإلكتروني الحديثة

من خلال التسمية يتضح لنا بأن هذه الوسائل تنحصر في الوسائل التي كانت موجودة من قبل،و لم يتغير فيها سوى طريقة معالجتها و تداولها. لذا سندرس السفتجة الإلكترونية، الشيك الورقي التي تم معالجتها إلكترونيا و هذا ما يسمى بالشيك الإلكتروني.

أولا:وسائل دفع الثمن في عقود التجارة الإلكترونية

نظرا لبعد المسافة بين المتعاقدين الاقتصاديين و اختلاف الأنظمة التي يخضعون لها ،و تعرضهم إلى معطيات ومستجدات التجارة الدولية من الناحية الاقتصادية و السياسية،فان المشكل فيما يتعلق بوسائل الدفع يكفي في تلك الثقة الواجب توفرها بين المتعاقدين ، لان الأمر يتوقف فقط عل مجرد دفع الثمن من خلال اختيار وسيلة معينة و إنما يمتد إلى إرفاق الدفع بضمان مناسب[2].

1-الوسائل التقليدية نظير الوسائل الإلكترونية لدفع الثمن

تتمثل هذه الوسائل في مختلف العمليات التقليدية التي يقوم بها المدين، للوفاء بالثمن في عقد دولي و ذلك بالاعتماد أساسا على الأوراق التجارية و نظام التحويل الدولي، أما بالنسبة لدفع الثمن عن طريق الأوراق التجارية خاصة في عقد البيع الدولي فتتمثل أساسا في الشيك، السفتجة، السند لأمر.

أ-الشيك الإلكتروني نظير الشيك الورقي:

يعتبر الشيك أداة للدفع غير مشروطة بأمر بموجبها منشئ الشيك و موقعه المصرف أو البنك المصدر لنموذج الشيك بأداء قيمة الثمن في مكان معين و ذلك بتاريخ إنشاء الشيك و يحكم إنشاء الشيك و صيغته،تداوله والوفاء به قوانين أعراف مختلفة تختلف من دولة إلى أخرى، إلا أنه في مجال عقود التجارة الدولية و تسهيلا للعمليات التجارية والقليل من النزاعات[3] ثم وضع اتفاقيتين تحت رعاية الأمم المتحدة تضم اتفاقية حول القانون الموحد حول الشيكات لسنة 1931 التي تقوم الدول الموفقة عليها بأحكامها في تشريعاتها الداخلية[4].

---

[1] _ حمودي ناصر، **النظام القانوني لعقد البيع الدولي الإلكتروني**...، مرجع سابق، ص 392-393.

[2] -موكة عبد الكريم، **الثمن في عقود التجارة الدولية**، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع قانون الأعمال، كلية الحقوق جامعة مولود معمري تيزي وزو،عدم ذكر السنة، ص 66.

[3] _ موكة عبد الكريم، **الثمن في عقود التجارة الدولية**، مرجع سابق ، ص 67.

[4] _ جاء في المادة الأولى من هذه الاتفاقية في صيغتها النموذجية كالآتي:

« Les hautes parties Leurs territoires respectifs soit dans des texte originaux, contractantes s'engagent à introduire dans

يعتبر الشيك من الوسائل التي تطورت ،فلم يعرف المشرع الجزائري الشيك و غنما اكتفى بالنص على بياناته في القانون التجاري ، ولم يذكر على إمكانية إصداره إلكترونيا،فبعدما كانت تستعمل الدعائم الورقية في المعاملات التقليدية ،تطورت هذه الوسيلة وأصبح اليوم الشيك المعالج رقميا أو ما يسمى بالشيك الإلكتروني،و عليه يمكن تعريف الشيك بأنه أمر مكتوب وفقا لأوضاع حددتها الأعراف والقوانين ،حيث يطلب الساحب من المسحوب عليه أن يدفع بمقتضاه وبمجرد الإطلاع عليه مبلغا من النقود لشخص معين أو لأذن شخص معين أو لحامله ويحمل الشيك في ظاهره ثلاثة أطراف ،الساحب المسحوب عليه والمستفيد وهو من صدر لأمره الشيك[1].

خصص المشرع الجزائري بابا كاملا للشيك و خص له المواد من 472إلى 543و خلافا للسندات الأخرى خص المشرع الشيك بالحماية الجزائية ،و ألغى بعض الأحكام و التي أوردتها المادتين 538و539من قانون العقوبات [2]

أ-1-تعريف الشيك الإلكتروني

يعرف الشيك الإلكتروني بأنه محرر ثلاثي الأطراف ،معالج إلكترونيا بشكل كلي أو جزئي يتضمن أمر من شخص يسمى الساحب إلى بنك المسحوب عليه بأن يدفع مبلغا من النقود لإذن شخص ثالث يسمى المستفيد،كما يمكن اعتبار الصك الإلكتروني تغيرا للصكوك الورقية التقليدية التي اعتدنا التعامل بها ،و الصك الإلكتروني هو رسالة إلكترونية موثقة مؤمنة يرسلها مصدر الصك إلى مسلم الصك،ليعتمده ويقدمه للمصرف الذي يعمل عبر الانترنت،ليقوم المصرف بتحويل قيمة الصك المالية إلى حساب حامل الصك ،إذن تعتبر الشيكات الإلكترونية وسيلة دفع على الخط ،حيث تتلائم مع معاملات البنوك الحديثة ،حيث تسعى إلى استبدال الشيك الورقي إلى الشيك الإلكتروني ،و يخضع الشيك الإلكتروني لذات الأحكام التي تحكم الشيك التقليدي ،كما يخضع فيما لا نص فيه لقواعد العرف الصرفي[3].

كما يعرف الشيك الإلكتروني بأنه عبارة عن رسالة تحتوي على جميع البيانات الموجودة في الشيك الورقي ،يقوم المشتري بإثباتها عند تحرير شيك الكتروني للبائع ،و يتم إرساله إلكترونيا عبر أي وسيلة اتصال مثل الفاكس أو البريد الإلكتروني يحمل الشيك توقيع المشتري،كما يعتمد استخدام الشيك الإلكتروني كوسيلة للدفع على وجود وسيط يقوم المشتري بفتح

Soit dans leurs langue nationales la loi uniforme l'annexe 1de la présente convention »

نقلا عن موكة عبد الكريم، **الثمن في عقود التحارة الدولية**،المرجع نفسه، ص 68.

[1] -أعمر خمري، **أحكام الشيك من الورق إلى الإلكتروني، مجلة معارف**، العدد7،المركز الجامعي آكلي محند أولحاج، البويرة،2007،ص55.

[2] -كانت المادة 538من قانون العقوبات الجزائري الملغاة تعاقب بالسجن من سنة(1)إلى خمسة سنوات (5)،و بغرامة مالية لا تقل عن مبلغ الشيك أو عن باقي قيمة كل من أصدر عن سوء نية أو أقبل عمدا أو أظهر شيكا و هو بدون مقابل وفاء، كما نصت المادة 539من القانون المذكور آنفا الملغاة بالمعاقبة بالسجن من سنة(1)إلى عشر سنوات(10)و بغرامة لا تقل عن مبلغ الشيك أو باقي قيمة كل من زيف شيكا أو قبل تسلمه مع علمه بذلك .

[3] -واقد يوسف، **النظام القانوني للدفع الإلكتروني**، مرجع سابق، ص 59.

حساب جاري لدى البنك،حيث يتم تحديد التوقيع الإلكتروني للمشتري و تسجيله في خانة البيانات الخاصة بالبنك شريطة أن يكون البائع هو الآخر حساب لدى ذات البنك و مسجل لدى البنك أيضا التوقيع أو الإلكتروني للبائع في قاعدة البيانات[1] .

تستخدم هذه الطريقة للدفعات المالية الكبيرة ،إذ تشابهت الشيكات الإلكترونية بالشيكات الورقية التقليدية،من حيث اعتمادها على فكرة اعتماد الوسيط ،و لإتمام عملية التخليص المتمثلة الذي يشترك لديه البائع و المشتري من خلال الحصول على هذه الشيكات في صورة نماذج الكترونية،مقابل فتح حساب جار بالرصيد الخاص بها،مع تحديد التوقيع الإلكتروني لكل منهما تسجيله في قاعدة البيانات لدى البنك الإلكتروني الذي يضمن التبادل الآمن بين الطرفين[2] .

أ-2-تداول الشيك الإلكتروني

أدى استعمال الشيك التقليدي القائم على الدعامة الورقية،إلى ضخامة الوسائل المستعملة لمعالجتها بين البنوك والمؤسسات المالية،و لهذا الغرض تجتمع هذه المؤسسات و من أجل التخلص من هذه العيوب سعت الجزائر إلى إنشاء تسعة (9)مراكز للمبادلات الخاصة بالتسجيلات الرقمية،فشيوع استخدام الشيك الإلكتروني في بعض الدول[3]، يقابله تردد دول أخرى كما هو الحال في الجزائر، إذ رغم صدور القانون رقم 05-02 المؤرخ في 6فيفري 2005 المعدل المتمم للأمر رقم 75-59 المؤرخ في 1975/09/26 المتضمن القانون التجاري و رغم الإشارة في المادتين 414و 502 من القانون التجاري الجزائري إلى إمكانية تقديم الشيكات بأية وسيلة إلكترونية في التشريع و التنظيم المعمول بهما إلا أن هذا التنظيم لم يظهر لحد الآن، و هذا ما يجعل هذه النصوص القانونية حبيسة الانتظار و معطلة مثل الكثير من النصوص الأخرى التي بقيت رهينة ظهور نصوص أخرى طال أمدها و حتى إن ظهرت فإنها تأتي متأخرة و لا تساير النص الذي سبقها،إن التشريع الجزائري في هذا المجال لا يزال بعيدا عن اقتحامه في الثورة المعلوماتية، و عن معالجة المدفوعات عن طريق شبكة الانترنت و استخدام الشبكة الرقمية فقد صدر عن بنك الجزائر نظام خاص بأمن أنظمة الدفع تحت رقم 7/5 في 2005/12/28 ج ر عدد 37 الصادر يوم جوان 2006 غير أنه لم يشر إلى الدفع الإلكتروني.

و قد نظم هذا النظام عمليات التسوية المالية المحلية و الدولية غبر أنه لم يعتمد نظام التسوية الإلكترونية، و ربما سبب ذلك يعود إلى عدم التحكم في مجال الثورة المعلوماتية و نتيجة التأخر المسجل في هذا الميدان، و بقاء البنوك و المؤسسات المصرفية تعمل بالأنظمة التي تعتمد أساسا على الورق، عكس ما ذهب إليه المشرع التونسي في قانون التجارة الإلكترونية.

يمكن القول أن الشيك الذي يعتبر من السندات التجارية و الذي حظي بتنظيم خاص و قواعد خاصة، تطبق عليه دون غيره من السندات التجارية، بالإضافة إلى الحماية الجزائية التي حظي بها الشيك الإلكتروني، فالثورة المعلوماتية

---

[1] -طاهر شوقي المومني، **عقد البيع الإلكتروني**...، مرجع سابق، ص 97.

[2] -محمد عيد حسين الطائي، **التجارة الإلكترونية**...، مرجع سابق، ص 189.

[3] _ أظهرت الدراسات بأن في الولايات المتحدة الأمريكية خلال الربع الثاني من عام 2002 تمت معالجة 46،1 مليار عملية تجارية بواسطة الشيكات الإلكترونية و ذلك بقيمة 91،3 تريليون دولار، و مع ذلك يلاحظ عدم مسايرة استخدام الشيك الإلكتروني للتجارة الإلكترونية التي عرفت انتشارا كبيرا، نقلا عن أعمر خمري، **من الشيك الورقي إلى الشيك الإلكتروني**، مرجع سابق، ص 91.

تسببت في استحداث الشيك الإلكتروني الذي يستخدم في تحصيل المدفوعات عن طريق المعالجة المعلوماتية للشيكات نظرا لما توفره من سرعة إنجاز العمليات فالشيك الإلكتروني كالشيك العادي غير أنه يعالج بطريقة إلكترونية، أي ليست ورقية فرغم انتشار استعمال الشيك الإلكتروني في بعض الدول المتقدمة، ورغم البدء في وضع الأطر القانونية لهذه الآلية الرقمية في كثير من الدول إلا أن المشرع الجزائري لا يزال بعيدا عن تطبيق هذه الآلية الحديثة[1].

و يختص الشيك عن غيره من الأوراق التجارية الأخرى ،بأن مقابل وفائه مشترط عند إصداره من قبل الساحب ،أي اللحظة التي يطرحه في التداول بتسليمه القانوني إلى المستفيد منه ،و هذا ما يتفق و طبيعة الشيك كأداة و فاء،واجبة الدفع بمجرد الإطلاع ،بحيث يفترض أن يكون له قيمة ابرائية في ذلته،مثل النقود و أن يحق للمستفيد من الغاية الموجودة من استلامه،و هي الوفاء بمجرد تقديمه للدفع بفضل الرصيد القائم مسبقا و المطايق لمبلغ الشيك،و يكون البنك مسؤولا من النحية المدنية عن كل وفاء معين يتم شخص غير دائن للساحب بمبلغ الشيك و لذلك فإنه يتعين عليه وبمجرد الشك حول صدور الشيك عن عملية الساحب أن يمتنع عن الوفاء تحت طائلة تحمله المسؤولية الناشئة عن الوفاء المعيب ويكون ذلك بشكل خاص في حالة وجود عيوب شكلية في السند[2] فيما عدا امتناع البنك عن الدفع بسبب انعدام وعدم كفاية مقابل الوفاء فإنه يكون ملزما بمفهوم المخالفة لنص المادتين 526 مكرر 536/1 من القانون التجاري بإطلاع إجراءات التسوية أو المنع من إصدار شيكات و تسليم شهادة عدم الدفع للمستفيد[3].

و من ثم فإن رفض الوفاء بالشيك لسبب غير مرتبط بمقابل الوفاء يكون عن أسباب يمكن إجمالها في حالتين: و جود عيوب شكلية في الشيك أو وجود معارضة في الوفاء[4].

و تم وضع نظام (C R E I C) الذي يعتمد على استعمال الشيكات إلكترونيا بحيث يتم الوفاء بالشيك الإلكتروني في غالب الأحيان 48 ساعة بعد استلامه من البنك[5].

ب–السفتجة الإلكترونية نظيرة السفتجة الورقية:

---

[1] _ أعمر خمري، **من الشيك الورقي إلى الشيك الإلكتروني**، مرجع سابق، ص ص 92-94.

[2] _ و هو ما يستفاد من المادة 374 من قانون العقوبات في تحديد الركن المادي لجريمة إصدار شيك بدون رصيد إلى أبعد من ذلك تذهب المادة 1/474 من القانون التجاري التي لا تجيز سحب شيك إلا على مصرف... يكون لديها وقت إنشاء السند رصيد من النقود تحت الصرف الساحب، مما قد يوحي بأن اشتراط وجود مقابل يرتد إلى لحظة الإنشاء رغم أنه كعمل تحضيري لا يترتب عليه أية آثار قانونية و أنه يتم في العادة متلازما مع فعل إصدار الشيك، راجع في ذالك عبد الحق قريمس ، **مدى إمكانية الجمع بين إجرائي تسليم شهادة عدم الدفع و الأمر بتسوية عارض الدفع**، ضرورة تعديل المادة 536 من التقنين التجاري ، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، المرجع السابق، ص 87.

[3] _ راجع هذه العيوب في المرسوم التنفيذي رقم 175/04 المؤرخ في 12 جوان 2004 ج ر عدد 39 لسنة 2004.

[4] _ عبد الحق قرميس، **مدى إمكانية** ...، مرجع سابق، ص 88.

[5] _ واقد يوسف، **النظام القانوني للدفع الإلكتروني**، مرجع سابق، ص 60.

تعرف السفتجة على أنها سند كتابي يقوم بموجبه شخص يسمى الساحب بإعطاء أمر شخص آخر هو المسحوب عليه يدفع مبلغ مالي لصالح شخص ثالث هو المستفيد في آجال معينة، فالسفتجة على شكلها العادي محور على دعامة ورقية عملا تجاريا وسيلة انقضاء التزام الدفع[1].

و تتضمن السفتجة لصحتها الشروط الواردة في المادة 390 من القانون التجاري الجزائري[2].

تعتبر السفتجة من الأوراق التجارية التي الدولية التي يتم اللجوء إليها و استعمالها للوفاء بالثمن في عقود التجارة الدولية و هي خاضعة لأحكام الاتفاقية الدولية الصادرة عن الأمم المتحدة تحت عنوان"**اتفاقية الأمم المتحدة حول السفاتيج الدولية و السندات لأمر الدولية لسنة 1931**"،و في وقتنا الحالي كافة السفاتيج المصورة يتم معالجتها إلكترونيا وهذا الاستعمال عوض الدعائم الورقية لتحل محلها الدعائم الإلكترونية يرجع تاريخ بدء العمل بالسفاتج الإلكترونية إلى 2 جويلية 1983.

ب-1-تعريف السفتجة الإلكترونية

لا يختلف كثيرا تعريف السفتجة الإلكترونية عن مثيلتها المحررة على الدعائم الورقية،فنظام السفتجة الإلكترونية يعتمد على تحقيق و تطوير النظام الذي وضع السفتجة الورقية،و عليه يمكن القول أن السفتجة الإلكترونية عبارة عن محرر شكلي ،ثلاثي الأطراف معالج الكترونيا ،بصورة كلية أو جزئية ،يتضمن أمرا من شخص يسمى الساحب إلى شخص آخر يسمى المسحوب عليه بأن يدفع مبلغا من النقود لشخص ثالث يسمى المستفيد لدى الإطلاع أو في تاريخ معين.

ب-2-خصوصية السفتجة الإلكترونية

---

[1] _ موكة عبد الكريم، **الثمن في عقود التجارة الدولية**، مرجع سابق، ص 69. واقد يوسف، **النظام القانوني للدفع الإلكتروني**، مرجع سابق، ص 51.

[2] _ تنص المادة 390 من القانون التجاري الجزائري على أنه:" **تشتمل السفتجة عل البيانات التالية :**

1-تسمية "سفتجة"في متن السند نفسه و بالغة المستعملة في تحريره .

2-أمر غير معلق على قيد أوشرط بدفع مبلغ معين،

3-اسم من يجب عليه الدفع (المسحوب عليه)،

4-تاريخ الاستحقاق،

5-المكان الذي يجب فيه الدفع،

6-اسم من يجب الدفع له أو لأمره،

7-بيان تاريخ انشاء السفتجة ومكانه،

8-توقيع من أصدر السفتجة (الساحب)...،"

يرى اتجاه من الفقه أن السفتجة الإلكترونية تخضع لذات القواعد التي تخضع لها السفتجة التقليدية ،و الشيء الذي يختلف هو الخصوصية التي تمتاز بها السفتجة الإلكترونية و التي يمكن استنتاجها فيما يلي:

-جرت العادة في السفتجة الورقية أن تصدر على نموذج مطبوع يسمح الإطلاع عليه بواسطة الحاسوب ،وهو ماتشيره فكرة الشكلية المادية بالإضافة إلى الشكلية القانونية التي توجد في مثل هذا النوع من السفتجة .

-لكي تنشأ السفتجة الإلكترونية لابد من توافر البيانات الإلزامية ،و لكن جرت العادة في هذا النوع على وجود بيانات أخرى مثل اسم بنك المسحوب عليه و رقم حسابه ،و اسم الفرع الذي يوجد لديه الساحب.

-تثور الصعوبة في تصور قيام بعض العمليات الواردة على السفتجة الإلكترونية مثل التظهير والقبول ،و الضامن الإحتياطي ،وفي الواقع أن صعوبة ذلك لا تنفي تطبيق أحكام قانون الصرف[1].

ثانيا-وسائل الدفع الإلكترونية المستحدثة

الدفع الإلكتروني للثمن هي وسيلة مستحدثة نتيجة للتطور المعلوماتي في مجال البنوك والنقود و يتم الوفاء بالثمن عن طريق استعمال الانترنت ،و في هذه الحالة يقوم بنك المشتري بتنفيذ أمر التحويل و هذا وفقا لقاعد التحويل البنكي و بطريقة إلكترونية مستحدثة،و قد حظيت وسائل الدفع الإلكترونية باهتمام خاص من المتعاملين مما جعلها مركز مناقشة لتنظيم التعامل بها و تأطيرها من قبل هؤلاء المتعاملين ،و من أكثر الوسائل استعمالا التي تعتبر ثورة في ضوء التجارة الإلكترونية و البطاقات البنكية المختلفة ،و هي وسيلة تترتب عنها التزامات للأطراف المشتركة في علاقتها القانونية ،التي تستوجب وضع نظام قانوني لها ينظمها تنظيما محكما[2] .

1-تعريف البطاقة البنكية

لقد اختلفت التسميات التي أعطاها الفقه لهذه البطاقات فيسميها البعض بالبطاقات البلاستيكية و البعض الأخر سماها البطاقات الدائنة ،و البعض الأخر يسميها بطاقات الوفاء أو البطاقات البنكية أو بطاقات الائتمان...الخ

و قد عرفت المادة 543مكرر23من القانون التجاري بطاقة الدفع بأنها:"**تعتبر بطاقة دفع كل بطاقة صادرة عن البنوك والهيئات المالية المؤهلة قانونا و تسمح لصاحبها بسحب أو تحويل أموال.**

تعتبر بطاقة سحب كل بطاقة صادرة عن البنوك أو الهيئات المالية المؤهلة قانونا و تسمح لصاحبها فقط بسحب أموال."

كما اهتم الفقه بتعريف البطاقة البنكية ،فقدم المجمع الفقهي لمنظمة المؤتمر الإسلامي في دورته السابعة بجدة عام 1993تعريفا حيث أكد على أنها :"**مستند يعطيه مصدره لشخص معين بناء على عقد بينهما يمكنه من شراء السلع**

[1] -واقد يوسف، **النظام القانوني للدفع الإلكتروني**، مرجع سابق، ص 53.

[2] -موكة عبد الكريم، **الثمن في عقود التجارة الدولية**، مرجع سابق، ص 77.

والخدمات من يعتمد المستند ، دون دفع الثمن حالا تضمينه التزام المصدر بالدفع،و منها ما يمكن سحب النقود من المصارف."

كما يلاحظ أن بض الفقهاء قد عرف بطاقات الائتمان بأنها:"**بطاقة بلاستيكية أو ورقية مصنوعة من مادة يصعب العبث بها ،تصدرها جهة معينة ،بنك أو شركة استثمار"**،كما يسمي البعض بطاقات الدفع بمحفظة النقود الإلكترونية ،و التي تعد تطبيقا عمليا لفكرة الدفع المسبق للوحدات الإلكترونية ،و التي تسمح بتخزين مسبق معبر عنها بوحدات وعملات إلكترونية يتم استخدامها بعد ذلك في عملية الدفع[1].

2-أنواع البطاقات البنكية

تجدر الإشارة إلى أن السوق المالية بصفة عامة توفر العديد من أنواع البطاقات البنكية فنجد منها ما يلي:

- **بطاقة الصرف البنكي** :هي وسيلة من وسائل الدفع الإلكتروني لدى البنوك الإلكترونية،و يطلق عليها بطاقات الصرف الآلي و تكون فيها مدة الائتمان شهرا من تاريخ السحب.
- **بطاقة الشيك**:تصدرها البنوك لحاملي الشيكات ،يعتمد عليها البنك بسداد الشيكات التي يحررها العميل بشروط معينة.
- **بطاقة الائتمان**:تمكن فيها البنك لحاملها من شراء سلع و خدمات باستخدام هذه البطاقة حيث يتحصل التاجر على الثمن من البنك الذي يتولى تسويق البطاقة ،غير أن هذه البنوك لا تسمح هذه البطاقات إلا بعد التأكد من الحصول على ضمانات عينية أو شخصية كافية.
- **البطاقة الذكية**:و هي رقية إلكترونية فائقة القدرة على التخزين لجميع البيانات الخاصة بعميلها ،فهي كمبيوتر متنقل تمتاز هذه البطاقة بحماية كبيرة ضد التزوير أو سوء استخدامها ، تحتوى كافة البيانات الخاصة بحاملها مثل الاسم العنوان [2] .

3-محفظة النقود الإلكترونية

من الوسائل الفنية المستعملة لتأمين عمليات دفع الثمن عبر شبكة الانترنت ،فكرة النقود الإلكترونية و هي عبارة عن حافظة النقود مجازية يمتلكها المشتري لدى مؤسسة مالية متخصصة،فمحفظة النقود الإلكترونية وسيلة جديدة تصلح لسداد المبالغ قليلة القيمة ،و قد ظهرت هذه الوسيلة الجديدة نتيجة تزاوج تكنولوجيا المعلومات و الاتصالات بتكنولوجيا البطاقات الذكية،فقيام محفظة النقود الإلكترونية على فكرة الدفع المسبق جعلها تميز عن غيرها من البطاقات البنكية الذكية.

[1] -واقد يوسف، **النظام القانوني للدفع الإلكتروني**، مرجع سابق، ص 67.

[2] -محمد حسين منصور، **أحكام البيع التقليدي و الإلكتروني**...، مرجع سابق، ص 412. أيضا محمد أمين الرومي، **التعاقد الإلكتروني عبر الانترنت**، مرجع سابق، ص131.

أ-تعريف محفظة النقود الإلكترونية

يمكن تعريف محفظة النقود الإلكترونية بأنها"**وسيلة دفع افتراضية تستخدم في سداد المبالغ قليلة القيمة بشكل مباشر أو غير مباشر**"

و تختلف محفظة النقود الإلكترونية عن البطاقات العادية التي تقوم أساسا على فكرة الدفع اللاحق التي تجعل الدفع بهذه البطاقات نهائيا ،إلا بعد موافقة البنك ،و لهذا السبب يشك البعض في مدى اعتبار هذه البطاقات وسيلة من سائل الدفع،و يرون أنها تعد وسيلة ائتمان فقط،عل أساس أنها لا يترتب عنها دفع حال و فوري،أما محفظة النقود الإلكترونية فإنه إلى جانب ذلك فإن الدفع لا يكون مباشرا ،إذا تم بطريق البطاقات العادية ،فالبطاقة لا تحمل في ذاتها نقودا يتم السداد بها ،و ما هو إلا وسيلة لربط العميل بحسابه البنكي ،حيث يتم السداد من الحساب المباشر و بمعنى آخر فإن الأموال التي يسدد بها العميل عن طريق البطاقات العادية تكن مودعة بحسابه لدى البنك ،و تستخدم البطاقة للوصول إلى الحساب و السحب منه للسداد بدلا من الذهاب إلى البنك بنفسه.

على خلاف ذلك بالنسبة للدفع عن طريق محفظة النقود الإلكترونية ، فهذه المحفظة تحتوي بذاتها على أموال في صورة وحدات إلكترونية،و هذه الوحدات تعبير عن قيم مالية تستخدم مباشرة في السداد،و إذا كانت محفظة النقود الإلكترونية تنتمي بالضرورة إلى طائفة البطاقات العدة مسبقا للدفع ،فإنه لا يمكن اعتبار كل البطاقات المعدة للدفع محفظة نقود إلكترونية[1].

4-التحويل المصرفي الإلكتروني

تعتبر التحويلات المالية ما بين المؤسسات المالية و المصرفية ،من أهم العمليات و النشاطات التي ترتكز عليها لتحقيق الأهداف المسطرة من طرف هذه المؤسسات ،و تطبيق السياسة المسطرة في إطار التعاون المصرفي ما بين المؤسسات،وبتطوير الوسائط الإلكترونية و أنظمة المعلوماتية و أصبحت التحويلات المصرفية الإلكترونية ،أكثر انتشارا ذلك راجع إلى سرعة في تنفيذ العقود و الثقة مابين المتعاملين ،فتوكل مهمة تحويل مبالغ هذه الاحتياجات للمصرف الذي يملك رصيد لديه بصفة دورية حسب الاتفاق، و البائع الذي يتعهد بقبول هذه الوسيلة كوسيلة قانونية،إن تقنية التحويلات المصرفية هي:"**عملية نقل الأموال من حساب مصرفي لحساب مصرفي آخر ،سواء كان هذا الحساب المصرفي لنفس الشخص أو لغيره و سواء كان ذلك في إطار بنك واحد أو بين عدة بنوك وطنية كانت أو أجنبية**"[2].

[1] -محمد شريف غنام، **محفظة النقود الإلكترونية**، مرجع سابق، ص ص 44-45.

[2] -نقلا عن زكروك راضية، **البنوك و عمليات تبيض الأموال**، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون فرع قانون الأعمال، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2006، ص 46.

أ-تعريف التحويل الإلكتروني

إن تعريف التحويل المصرفي الإلكتروني لا يختلف عن التحويل المصرفي العادي ،سوى بوجود وسائل اتصال إلكترونية تسمح بالقيام بالعملية عن بعد، والتي تتم بعلاقة عقدية بين المؤسسات،و باستقراء الأمر رم 03-11المتعلق بالنقد والقرض و بالتحديد نص المادة 51منه و التي تندرج في المحور الثالث الخاص بالعمليات التي يقوم بها البنك الجزائري والتي نصت على أنه:"**يمكن للبنك الجزائري القيام بكافة العمليات البنكية مع البنوك و المؤسسات المالية التي تنشط في الجزائر و مع كافة البنوك المركزية الخارجية.**"[1]

و بالتالي نستنتج من نص هذه المادة أن التحويل المصرفي الإلكتروني ، عملية قانونية منصوص عليها في النظام البنكي الجزائري اعتمادا على عبارة "**بكافة العمليات**" ،"tout opérations " السالفة الذكر ،و التي تعتبر قفزة نحو تطوير النظام البنكي الجزائري و تطوير نشاطه مابين المؤسسات المالية والبنوك [2].

ب-صور التحويل المصرفي الإلكتروني

تتعدد صور التحويل الإلكتروني بتعدد أطرافه أو العناصر المتدخلة ،و هذا التعدد راجع غلى عدم و جود نظام أحادي العملية ،بل يخضع لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين ، لذا سنوجز هذه الصور فيما يلي :

-التحويل المصرفي الإلكتروني بحسب البنوك المتدخلة في العقد

لهذا النوع بدوره ينقسم إلى صورتين أساسيتين هما :

-التحويل المصرفي بين حسابين في بنك واحد،أين يقوم البنك بخصم مبالغ الحوالة من حساب الآمر ،و اضافتة إلى حساب المستفيد ،أما الصورة الثانية فتتمثل في تحويل حسابين في بنكين مختلفين ،في هذه الصورة يقوم بنك الآمر بخصم قيمة الحوالة من حساب الآمر ،و يقوم في المقابل بنك المستفيد بقيد قيمة الحوالة في حساب المستفيد و من ثم تتم عملية التسديد بين البنكين[3] .

ب-1-التحويل المصرفي بحسب المستفيد

نصت المادة 1/329من القانون التجاري المصري على أن التحويل المصرفي قد يتم من حساب لآخر كلاهما مفتوح باسم الآمر بالتحويل لدى البنك ذاته ، ولدى بنكين مختلفين ،و من ثم نستخلص طريقين يتم بها التحويل:

-إذا قام الآمر بإجراء التحويل من أحد حساباته لدى البنك إلى حساب آخر في ذات البنك آخر.

-تتمثل في التحويل من حساب الآمر غلى حساب المستفيد لدى نفس البنك ، أو لدى آخر .

---

[1] -أمر رقم 03-11المؤرخ في 27أوت 2003،يتضمن قانون النقد و القرض ،ج ر عدد 52،الصادر بتاريخ 27أوت 2003.

[2] -واقد يوسف، **النظام لقانوني للدفع الإلكتروني**،مرجع سابق، ص 98.

[3] -واقد يوسف، **النظام القانوني للدفع الإلكتروني**، مرجع سابق، ص 99.

و لتفعيل و إنجاح هذه العملية ذات الأهمية و البالغة من الناحية الاقتصادية ، التي تسهل سيولة الأموال ،و يمكننا الإشارة على سبيل المثال إلى أخذ الأنظمة الأوروبية التي تنشط في هذا المجال و هو نظام (Target)،و كان الغرض من ذلك وضع أرضية موحدة لمعالجة الدفع الخاص بالمبالغ المقدرة بالأورو،و قد تم تطوير هذا النظام ليسمى بنظام (target2)[1].

ج–البنوك الإلكترونية:

أتت تكنولوجيا الاتصالات بتغيير حتى في كيان المؤسسات الاقتصادية فأدى ذلك إلى ظهور مؤسسات مقرها الاجتماعي وجل طرق معاملتها عبر شبكة الانترنت و ظهر في النظام المصرفي ما يسمى بالبنوك الإلكترونية.

ج–1–تعريف البنوك الإلكترونية:

يستخدم اصطلاح البنوك الإلكترونية (Electronique banking) أو بنوك الانترنت (internet banking) كتغيير متطور و شامل للمفاهيم التي ظهرت مع مطلع التسعينيات لمفهوم الخدمات المالية عن بعد أو البنوك الإلكترونية عن بعد جميع هذه المصطلحات تعني أن الزبون تتاح له كافة أعماله الخاصة بالبنك الذي يتعامل معه في أي مكان يكون موجود به، فهي بنوك كاملة الخدمات يقدمها البنك التقليدي و إنما الفارق إن البنك الإلكتروني لا وجود له في الواقع كمباني و مقرات اجتماعية تقليدية و إنما مقره شبكة الانترنت[2].

ج–2–خصائص و مميزات البنوك الإلكترونية:

تمتاز البنوك الإلكترونية بتقديم خدمات لعملائها طوال الوقت دون التقيد بأوقات معينة كالبنوك التقليدية، أي دون أن يكون هناك إجازات للموظفين أو غياب موظف، و هذا راجع للتطور التكنولوجي الذي نتج عنه استعمال الكمبيوتر الشخصي الذي ساعد على تطوير النظام البنكي المتفتح على المستوى الخارجي فالمؤسسات يمكنها أن تدخل مباشرة إلى الأنظمة البنكية باستعمال الكمبيوتر الشخصي.

لذلك يرى البعض أن البنوك الإلكترونية لابد أن تخضع لذات قواعد قانونية المنظمة لعمل البنوك بشكلها التقليدي، ولعل خضوعها لرقابة البنوك المركزية على غرار البنوك التقليدية دليل على خضوعها لنفس القواعد[3].

المطلب الثاني

إثبات الحق في التعاقد الإلكتروني

لا يخفى على أحد أهمية الإثبات ،فإثبات الحق يعد الخطوة الأولى في حمايته،و لذلك قيل الإثبات موجود إذا الحق موجود،و لهذا حظي الإثبات بأهمية كبرى في كل القوانين ،فالإثبات بصفة عامة هو تأكيد وجود أو صحة أمر معين بأي دليل ،و الإثبات بهذا المعنى تتنوع أساليبه بتنوع العلوم التي يتصل بها،فالحق قد يوجد من الناحية الواقعية و لكن لا يوجد

---

[1] _ هو نظام الدفع المباشر أي (en tempsréel) الذي تستعمل بالتحويلات التي يتم بالأورو، و الذي يسير من طرف البنك المركزي الأوروبي"BCE" و يتشكل من 16 نظام نقلا عن واقد يوسف، **النظام القانوني للدفع الإلكتروني** ...، المرجع نفسه، ص 100.

[2] _ واقد يوسف، **النظام القانوني للدفع الإلكتروني**، امرجع سابق، ص 102.

[3] _ واقد يوسف، **النظام القانوني للدفع الإلكتروني**، مرجع سابق، ص 105.

دليل مقبول قانونا على وجوده،فلا يمكن بالتالي أن يعترف به القاضي و من هنا تصبح الحقيقة القضائية إذا ما تم الإعلان عنها من الواجب التزامها و احترامها، و تعتبر صحيحة بصفة نهائية لاكتسابها حجية الأمر المقضي فيه[1].

فالقواعد العامة في الإثبات في معظم التشريعات ،تعد الدليل الكتابي في الإثبات لأن الكتابة إقرار صريح بالموافقة يقترب إلى اليقين أكثر من غيره من البينات،فالكتابة تفوق الأقوال الشفوية وزنا وقيمة في الإثبات ،و لهذا أمر القرآن بالكتابة فجاء النص الصريح جاعلا الكتابة طريقا للإثبات يوجه إليها الناس و يأمر بإتباعها ،فجاء قوله تعالى [2]:"***يأيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه و ليكتب بينكم كاتب بالعدل***"،أي أن الإثبات هود تقديم البرهان على حقيقة فعل ما من قبل أحد طرفي النزاع،أي إقامة الدليل أمام القضاء بالطرق المحددة في القانون على صحة واقعة قانونية ،و من أجل الوقوف على معنى الإثبات لابد من التطرق إلى تعريف الإثبات في القواعد العامة (أولا)،ثم نتطرق إلى الإثبات في التعاقد الإلكتروني(ثانيا) .

الفرع الأول

مفهوم الإثبات في القواعد العامة وبيان أهميته

يقصد بالإثبات قانونا إقامة الدليل أما القضاء بالطرق التي حددها القانون على وجود واقعة قانونية متنازع عليها فيما بين الخصوم،أي إقامة الدليل أمام القضاء بالطرق المحددة في القانون على صحة واقعة قانونية يترتب على ثبوتها ضرورة الاعتراف بالحق ،و يقول الأستاذ أحمد نشأت :"**أما المعنى القانوني للإثبات فهو تأكيد حق متنازع فيه له أثر قانوني بالدليل الذي أباحه القانون لإثبات ذلك الحق**"[3] .

أولا: تعريف الإثبات

فالإثبات بالمعنى القانوني يقصد به إقامة الدليل أمام القضاء،بطريق من الطرق التي يحددها القانون على وجود أو صحة واقعة قانونية متنازع فيها،يتضح من التعاريف السابقة للإثبات بمعناه القانوني ،أنه يتقيد في مجال المنازعات المدنية بصفة خاصة بالطرق التي حددها القانون،فالقانون هو الذي يحدد طرق الإثبات و يبين حجيتها هذا التحديد يفيد الخصوم والقاضي معا ،و هذا ما يؤدي إلى عدم الاتفاق بين الحقيقة القضائية و الحقيقة الواقعية في كثير من الأحيان[4].

وقد احتلت الكتابة من بين الأدلة القانونية منزلة متقدمة وتحديدا في المسائل المدنية والالتزامات التعاقدية، ووفقا للنظام القانوني الجزائري ،فإن أدلة الإثبات على أنواع فنجد: الكتابة ،شهادة الشهود،اليمين ،المعاينة والخبرة ،أما الأدلة الكتابية

---

[1] –نضال سليم برهم، **أحكام عقود التجارة الإلكترونية**، مرجع سابق، ص 201.

[2] –سورة البقرة،الآية 282.

[3] –أحمد نشأت، **رسالة الإثبات** ،الطبعة السابعة،رقم 1، ص 14، نقلا عن أمانج رحيم أحمد، **التراضي في العقود الإلكترونية**،مرجع سابق،ص 148.

[4] –راجع في تعريف الإثبات، محمد حسن قاسم،**قانون الإثبات في المواد المدنية و التجارية**، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان، طبعة 2007،ص 79. بكوش يحي، **أدالة الإثبات في القانون المدني الجزائري و الفقه الإسلامي**، الشركة الوطنية للنشر و التوزيع، الجزائر، طبعة 1982، ص 85.

وهي ما يعنينا في هذا المقام ، فهي وفقا للمادة 324من التقنين المدني الجزائري هي كل من العقود(المحررات)الرسمية، العقود العادية ،والأوراق غير الموقعة.

أما العقود الرسمية فتشمل المحررات التي يحررها الموظفون المتخصصون في تنظيمها وتسبغ الرسمية على محتواها كله، ولا يطعن فيها إلا بالتزوير وتشمل أيضا المحررات التي يعدها أصحابها ويصادق عليها الموظفون الذين من اختصاصهم ذلك،و تكون الرسمية بالنسبة لهذا النوع فقط محصور في التاريخ و التوقيع، أما المحررات العادية أو كما تعرف بالمحررات العرفية فشمل أي سند يتضمن توقيع من صدر عنه أو ختمه أو بصمة إصبعه، و لا ينطبق عليها وصف السند الرسمي [1]

وهذا ما جاء في نص المادة327من التقنين المدني الجزائري التي نصت على أنه:"**يعتبر العقد العرفي صادرا ممن كتبه أو وقعه أو وضع عليه بصمة إصبعه مالم ينكر صراحة ما هو منسوب إليه** ..."،أما الأوراق غير الموقعة فإنها ليست حجة بوجه عام، و تشمل الأوراق غير الموقعة البرقيات والدفاتر التجارية و هي حجة على التجار فقط و هذا عملا بنص المادة 330من الق.م.ج.التي نصت على أنه:"**دفاتر التجار لا تكن حجة على غير التجار**...،"كما لا تكون حجة على غير التجار إلا في حدود صلاحيتها لتوجيه اليمين المتممة ، وذلك ماجاء في نص المادة 18 من القانون التجاري الجزائري التي نصت على انه:"**إذا رفض الطرف الذي يعرض عليه الإثبات بالدفاتر، تقديم هذه الأخيرة ،جاز للقاضي توجيه اليمين إلى الطرف الأخر.**"[2]

و هي حجة على صاحبها سواء كانت منظمة أو غير منظمة،و ليست حجة له إلا إذا كانت منظمة و في حدود نزاعه مع تاجر أخر و هذا ما تؤكده المادة 13منالقانون التجاري التي نصت على انه :"**يجوز للقاضي قبول الدفاتر التجارية المنتظمة كإثبات بين التجار بالنسبة للأعمال التجارية** ."،كما تدخل ضمن هذه الطائفة الدفاتر و الأوراق المنزلية، وهي لا تكون حجة لصاحبها وإنما حجة عليه،فيما تتضمنه من بيانات تفيد استيفائه للدين أو إثبات حق لمصلحة الغير و ذا ما تؤكده المادة 331من التقنين لمدني[3].

فوفقا لهذه الأحكام ، فإن القواعد العامة للإثبات في النظام القانوني الجزائري، لا تقبل أية محررات غير موقعة من صاحبها ، ولا تقبل الاحتجاج بالمحررات العادية ،مالم يقر الخصم بها إلا عن طريق إبرازها من قبل منظمها ، وتنحصر المحررات غير الموقعة بما حدده القانون حصرا و في حدود ما قرره لها من أحكام ،و على ذلك فإن كشوف الحسابات غير الموقعة و غير المبرزة من منظمها ليست حجة و كذا المستندات المحاسبية أو غيرها[4].

---

[1] -عيطر محمد أمين،**إبرام العقد الإلكتروني**،مرجع سابق، ص 87.

[2] -أمر رقم 75-59، المؤرخ في 26 سبتمبر1975، **المتضمن القانون التجاري**، المعدل و المتمم بالقانون رقم 05-02 مؤرخ في 6 فيفري 2005، ج ر عدد 11الصادر في 2 فيفري 2005.

[3] -التي نصت على أنه:"**لا تكون الدفاتر و الأوراق المنزلية حجة على من صدرت منه إلا في الحالتين الآتيتين:**

-إذا ذكر فيها صراحة أنه استوفى دينا،

-إذا ذكر فيعا صراحة أنه قد بما دونه في هذه الدفاتر و الأوراق تقوم مقام السند لمن أثبتت حقا لمصلحته."

[4] -عيطر محمد أمين، **إبرام العقد الإلكتروني**، مرجع سابق، ص 87.

ثانيا:أهمية الإثبات في إثبات الحق المتنازع عليه

الدليل القانوني هو حياة الحق، فالحق بدون دليل هو العدم سواء ، إذ الدليل وحده هو الذي يظهر و يجعل صاحبه يجني ثماره،و لقد عبرت المذكرة الإيضاحية لقانون الإثبات المصري رقم 52لسنة 1967عن هذه الأهمية[1].

و للإثبات أهمية بالغة و ذلك لارتباطه بقاعدة جواز اقتضاء الشخص لحقه بنفسه فلما كان من على المدعي حقا أن يلجأ إلى القضاء لتمكينه من هذا الحق و الاعتراف له به،فإنّ ذلك يقتضي من صاحب الحق أن يقنع القاضي بوجود الحق الذي ينازعه فيه غيره،و الجدير بالذكر ان مسألة الإثبات في نطاق العقود التقليدية ،قد تواجه بعض التحديات أو الصعوبات التي تتعلق بإثبات هذه العقود الإلكترونية المبرمة عبر الانترنت،و ذلك بسبب غياب الوسيط المادي الذي يتم تحرير العقد عليه ،و اتخاذه شكلا آخر هو الدعائم الإلكترونية،مما يثير إشكالية إعطاء و سائل التخزين التقني للمعلومات،حجية وسائل التخزين العادي في الإثبات[2].

الفرع الثاني

إثبات الحق في التعاقد الإلكتروني

جاءت وسائل الإثبات وأساليبه وليدة الواقع العلمي، وتعتبر كما تعارف عليه الناس في معاملاتهم و لم يفرضها عليهم المشرع بل اكتفى بتقريرها و تقنينها،وقد درج الناس على الكتابة التقليدية لإثبات تصرفاتهم لثقتهم فيها كوسيلة تتسم بالثبات و يصعب التلاعب بها أو تزويرها بحيث يسهل اكتشاف ذلك من خلال الفص العلمي.

إن مصطلحات المعلوماتية و الحاسوب و الكمبيوتر و غيرها من المصطلحات العلمية الحديثة،هي مصطلحات كانت إلى وقت قريب مصطلحات خاصة،أين تستخدم من قبل قلة من الأشخاص صارت الآن مصطلحات متداولة بشكل كبير و مشكلة جزء من قاموس الحياة العصرية و أحد أبرز مقوماتها، و لقد كشف التطور التكنولوجي المتسارع عن ظهور شكل جديد للكتابة و المحررات و التوقيع و هو الأسلوب الإلكتروني عبر الحروف و الأرقام و الرموز و الإشارات الضوئية وغيرها.

إن التقدم العلمي و التقني ،له تأثير بارز على تطوير القواعد القانونية ،حيث أصبح التواصل و تبادل الرسائل والصور بين الأشخاص،فأمام هذا التطور التكنولوجي المتزايد و هيمنته على كافة جوانب الحياة المعصرة،بما فيها الجانب القانوني ،إذ أصبح من الضروري تطوير وسائل الإثبات التقليدية و عدم الاقتصار على المحررات الورقية و التوقيع اليدوي و توسيع نطاقها لاستيعاب المحررات الإلكترونية التي تعتمد على الدعامات الورقية المصحوبة بالتوقيع الإلكتروني، و الواقع أن هذا التقدم التكنولوجي في الثورة المعلوماتية و انتشار أدواتها،و اتساع نطاق استخدامها و ما استتبعه من ظهور شكل حديث للكتابة و المحررات و التوقيع و هو الشكل الإلكتروني ،قد جعل من النصوص القانونية المتعلقة بالإثبات ، و بصفة خاصة المتعلقة منها بالكتابة جعلها غير متناسبة مع متطلبات هذا التطور ،بالإضافة إلى كل ذلك فإن نصوص قانون الإثبات

---

[1] –أمانج رحيم أحمد، **التراضي في العقود الإلكترونية**، مرجع سابق، ص 148.

[2] –عيطر محمد أمين، **إبرام العقد الإلكتروني**، المرجع نفسه، ص 88.

التقليدية و التي تعتمد على الكتابة التقليدية الخطية و دعامتها الورقية و كذلك التوقيع اليدوي كأحد أبرز معوقات تطور و نمو التجارة الإلكترونية[1].

أولا:الإثبات الإلكتروني

في الحقيقة أن الإثبات الإلكتروني لا يختلف كثيرا عن الإثبات بالطرق العادية و هذا ما أكدت عليه اللجنة التابعة للأمم المتحدة ، حيث أصدرت القانون النموذجي الخاص بالتجارة الإلكترونية الصادر في 14جوان 1996 و الذي أكد على أن التصرفات عبر الانترنت لا يمكن الطعن في صحتها لمجرد أنها تمت عبر الانترنت،و جاء كذلك في نص المادة 92/ب من قانون البنوك الأردني رقم 28لسنة 2000بنصها:"**على الرغم ما ورد في أي تشريع آخر يجوز الإثبات في القضايا المصرفية بجميع طرق الإثبات بما في ذلك البيانات الإلكترونية أو البيانات الصادرة عن أجهزة الحاسوب أو المراسلات أجهزة التلكس.**"[2]

أما التشريعات الحديثة أصبحت نتطرق إلى التعاملات الإلكترونية الجارية عبر شبكات الاتصال الحديثة بعين الأهمية الذي تكتلفه الحساسية الشديدة التي من شأنها أن تثير المنازعات من جانب المتعاملين بتلك الشبكة ،أما قانون التجارة الإلكتروني المصري فقد أورد في الفصل الخامس منه على الآتي:"**تتمتع المحررات و التوقيعات الإلكترونية بالحجية القانونية المقررة بتوقيعات العادية طالما استوفت الشروط و القواعد المنظمة لذلك.**"

أما المشرع الجزائري فإنه يتضح من نص المادة 323مكرر1من الق.م.ج التي نصت على أنه:"**يعتبر الإثبات بالكتابة في الشكل الإلكتروني كالكتابة على الورق ،بشرط إمكانية التأكد من هوية الشخص الذي أصدرها و أن تكون معدة و محفوظة في ظروف تضمن سلامتها.**"،أشار إليه سابقا من أن المشرع اعتبر الكتابة في الشكل الإلكتروني شأنها شأن الإثبات بالكتابة على الورق،و يبدو هناك أن المشرع الجزائري اتجه صوب المحررات سواء الرسمية أو العرفية بمعنى آخر، أن الإثبات يستلزم الكتابة على الورق غير أنه و على خلاف ذلك فإن الكتابة في الشكل الإلكتروني تختلف تماما عن الأول إذ أن هذه الأخيرة و هي الكتابة الرقمية ، قد تتم في شكل رموز أو بيانات يتم إنشاؤها و تخزينها و إرسالها عن طريق وسائط إلكترونية و معلوم أن الكتابة كقوة مطلقة في الإثبات يجعلها دليلا قويا و مطلقا و ملزم للقاضي[3].

ثانيا:من الكتابة التقليدية إلى الكتابة الإلكترونية

تعتبر الكتابة من أقوى طرق الإثبات المعروفة،لما تتوفر عليه من مزايا و ما توفره من ضمانات للأشخاص ،و بظهور وسائل اتصال حديثة كالفاكس و البريد الإلكتروني أدى إلى ظهور دعامات غير ورقية ذات طابع إلكتروني تستعمل في

---

[1] –عيطر محمد أمين ،**إبرام العقد الإلكتروني**،مرجع سابق،ص 92.

[2] –عيسى الصامدي، **الإثبات في عقد نقل التكنولوجيا الإلكتروني–عبر شبكة الانترنت–**مجلة دراسات قانونية، دار الخلدونية للنشر و التوزيع،العدد السادس، 2010، ص 61.

[3] –عيسى الصامدي، **الإثبات في عقد نقل تكنولوجيا الإلكتروني**، مرجع سابق، ص 62.

الكتابة و من ثم في الإثبات،و لم يتناول المشرع الجزائري تعريف الكتابة إلا بعد اعتماده الكتابة الإلكترونية كوسيلة للإثبات و لعل إغفال المشرع لهذه المسألة يعود لكون الكتابة أمر مألوف و معروف لدى العام والخاص [1].

ليس هناك مفهوم قريب لذلك لابد من البحث عن مميزاتها ،و لذلك نبحث في مفهوم الكتابة التقليدية و اتساع مفهومها ليشمل الكتابة الإلكترونية و بعدها نتعرض إلى الشروط الواجب توافرها في الكتابة التقليدية للاعتداد بها في الإثبات و من ثم إسقاطها على الكتابة الإلكترونية باعتبارها من الآثار التي خلفتها المعلوماتية.

1-تعريف الكتابة التقليدية

الكتابة عموما تعرف بأنها أية رموز تعبر عن الفكر و القول دون اشتراط إستنادها لوسيط معين ، فقد يكون ورق أو حجر او خشب أو جلد أو أي وسيط آخر قادر على نقل رموزها ،كما يمكن أن تتم بأية وسيلة و بأية لغة سواء كانت محلية أو أجنبية أو حتى بالرموز المختصرة مادامت مفهومة من قبل الطرفين المتعاقدين،كما قد تكون بخط الموقع على الورقة أو بخط غيره[2] .

تجدر الإشارة أن مفهوم الكتابة التقليدية كان مرتبطا بشكل وثيق بالدعامة الورقية التي توضع عليه إلى درجة عدم إمكانية الفصل بين الكتابة و الورق،و إن كان الأصل جواز تحرير الكتابة على الخشب أو الحجر أو الرمال مما كان مستخدما في زمن *الرسول صلى الله عليه وسلم*[3].فالكتابة تحتل المرتبة الأولى بين أدلة الإثبات ،إذ تعد من وسائل الإثبات الأكثر شيوعا بين الأفراد،و هنا نسجل رأي البروفيسورgaudrat يقول :على الرغم من أن الكتابة واهية كدليل للإثبات نظرا لتعرضها لمخاطر التلف الراجع إلى الحرارة العالية و النار و الرطوبة،إلا أنها متغلغلة في فكرنا كما لو كانت ملكة متوجة على كل وسائل الإثبات.

و يعود تفضيل الكتابة للإثبات إلى عدة عوامل نذكر منها ما يلي:

-صعوبة كشف شهادة التزوير مقارنة بكشف التزوير بالكتابة.

-الكتابة تمتاز بأنها يمكن إعداده مسبقا؛

-خلوها من العيوب التي تعتري طرق الإثبات الأخرى كالشهادة مثلا؛

-عدم الثقة في قدرة الذاكرة الإنسانية بينما تتصف الكتابة بالثبات؛

-انخفاض الثقة في ذمة الشهود التي تقبل التحيز .

---

[1] _ بن جديد فتحي، **مدى حجية الكتابة و التوقيع الإلكتروني في إثبات العقد المبرم عبر الانترنت**، مجلة دراسات قانونيةدار الخلدونية للنشر و التوزيع، العدد 16،(دورية)، مركز البصيرة، الجزائر.

[2] -حمودي ناصر،**النظام القانوني لعقد البيع الدولي المبرم عبر الانترنت**، مرجع سابق، ص ص235-236.

[3] -بن جديد فتحي، **مدى حجية الكتابة و التوقيع الإلكتروني**...، مرجع سابق، ص 96.

و لذلك اشترطت التشريعات المدنية المعاصرة و جود الدليل الكتابي متى زادت قيمة التصرف عن مقدار معين إلا ما استثناه المشرع حتى قيل أن الإثبات بالكتابة هو الأصل و القاعدة في الإثبات و ما عداها من الأدلة هو الخلاف والاستثناء [1] .

و قد اعتمد المشرع الجزائري على الكتابة كطريقة للإثبات إضافة إلى الإثبات بالبينة و اليمين ،حيث نص على الإثبات بطريقة الكتابة في المواد من المادة 223إلى المادة 232من ق.م.ج،أما التقنين المدني الفرنسي فإنه وفقا لنص المادة 1341و المكملة بالمرسوم رقم 533/80و الصادر بتاريخ 15 جوان عام 1980،فكان يشترط الكتابة في المعاملات التي تزيد قيمتها عن 500 فرنك[2].

2-الكتابة الإلكترونية كأثر للمعلوماتية

لقد كان لانتشار الحاسب الآلي في مجال الحياة المختلفة أكبر أثر في ظهور وسائل و دعامات جديدة للمعلومات والبيانات التي تمر عبر أجهزة الاتصال الحديثة أصبحت تختلف اختلافا عن تلك الوسائل الدعامات الورقية التقليدية المعروفة،و الأمر الذي جعل هذه الأخيرة –المحررات الورقية التقليدية-في تراجع لتحل محلها الدعامات الجديدة للمعلومات و المتداولة في أجهزة الكمبيوتر بالإضافة إلى المعاملات التي تتم عبر شبكة الانترنت و التي لا تستخدم الدعامات الورقية ، و لعل المشكلة هنا تثور حول مدى إثبات التصرفات القانونية التي تتم عبر الوسائل الإلكترونية و التقنيات الحديثة التي لا تأخذ بالطابع الورقي كوسيلة للإثبات بين الأطراف المتعاقدة ، الأمر الذي يجعل مهمة إقرار التصرفات الجارية بينها تثير العديد من التساؤلات بين المهنيين حول مدى اعتبار تلك الدعامات و قبولها بالتالي كدليل مقنع في إثبات التصرفات بحيث تتوفر فيه كافة العناصر التي يتطلبها القانون.

و قد جاء في الباب السادس أن أدلة الإثبات هي كل من :الكتابة،الشهادة،القرائن،الإقرار،اليمين،و الحق قد يكون شخصيا أو عينيا أو معنويا،و لذلك فإن أدلة الإثبات السابقة تطبق على كافة المنازعات المدنية و التجارية مع مراعاة مواد الأحكام الخاصة،طالم أم المعلومات المتداولة بين الأطراف في التعاقد الإلكتروني قائمة على أساس غير مادي من خلال استخدام شبكة الانترنت، فقد أصبح التطلب القانوني للكتابة كشرط في إثبات التعامل غير منطقي و كذلك الأمر الذي يستدعي إيجاد حلول و بدائل لمعالجة المعلومات المرسلة عبر شبكة الانترنت[3].

بالرجوع إلى اتفاقية فيينا نجد أن المادة 13منها أن مصطلح الكتابة ينحصر في المراسلات الموجهة في شكل برقية أو تلكس،لذلك لا يشترط أن تكون الكتابة قائمة على الورق بالمفهوم التقليدي بل تشمل أيضا الكتابة بمفهومها الحديث ،

---

[1] -نضال إسماعيل برهم، **أحكام عقود التجارة الإلكترونية**،دار الثقافة للنشر و التوزيع، طبعة 2005،عمان الأردن، ص ص 151-152.نقلا عن لملوم كريم،**الإثبات في معاملات التجارة الإلكترونية**، مرجع سابق، ص 22.

[2] - Bensoussan Alain :internet ;aspect juridique ,2eme édition, revue et augmentée, édition hermès ,paris 1998 ;p 125نقلا عن لملوم كريم، **الإثبات في معاملات التجارة الإلكترونية**، المرجع نفسه، ص 23.

[3] -عيسى الصامدي، **الإثبات في عقد نقل التكنولوجيا الإلكتروني**،مرجع سابق، ص ص 62-63.

المتصل بفكرة المصنفات الرقمية الحديثة ولذلك فإن العديد من التشريعات الحديثة صرحت بالموافقة على جواز الإثبات بكافة الوسائل الإلكترونية[1].

أ-مفهوم الكتابة في الشكل الإلكتروني

يقصد بالكتابة الإلكترونية تلك الحروف أو الأرقام أو الرموز أو أية وسيلة أخرى مشابهة تعطي دلالة قابلة للإدراك وتستخدم في رسائل البيانات التي ترسل و تستقبل بطريقة إلكترونية أو ورقية،فلم يكن يعترف بالكتابة المدونة على دعامة إلكترونية لأنها لا تترك أثرا ماديا ومدونا له نفس الأثر المكتوب على الورق في الإثبات،ثم تغير موقف المشرع فاعترف بالكتابة الإلكترونية كوسيلة إثبات للتصرفات القانونية أول مرة في المادة 323مكرر من ق.م.ج[2]كما جاء في المادة الثانية من قانون المعاملات و التجارة الإلكترونية الإماراتي تعريفا للسجل الإلكتروني بأنه:"**سجل أو سند إلكتروني 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،و يكون قابلا للاسترجاع بشكل يمكن فهمه.**"[3]

أما في التشريع الجزائري فقد نصت المادة 323مكرر من الأمر رقم 05-02 على تعريف جديد للكتابة بانها:" **ينتج الإثبات بالكتابة من تسلسل حروف أو أوصاف أو أرقام أو أية علامات أو رموز ذات معنى مفهوم،مهما كانت الوسيلة التي تتضمنها ، و كذا طرق إرسالها.**" و بالتمعن في هذا النص نجده اتسع ليشمل الكتابة الإلكترونية،حيث نص أن الكتابة تسلسل في الحروف أو الأوصاف أو الأرقام أو أية علامات أو رموز ذات معنى مفهوم[4]، و بالتالي هي ذلك التسلسل قي الحروف أو الأوصاف أو الأرقام أو أية علامة أو رموز ذات معنى مفهوم و المكتوبة على دعامات إلكترونية،و مهما كانت طرق إرسالها، و يفهم من نص المادة 323 مكرر السالف الذكر أن المشرع قد وسع من مفهوم الكتابة للإثبات سواء كانت على دعامة ورقية أو إلكترونية أو قرص
مضغوط أو أي دعامة جديدة تظهر في المستقبل[5].

كما تضيف المادة 323 مكرر1أنه:"**يعتبر الإثبات بالكتابة في الشكل الإلكتروني كالإثبات بالكتابة على الورق ،بشرط إمكانية التأكد من هوية الشخص الذي أصدرها و أن تكون معدة و محفوظة في ظروف تضمن سلامتها.**"

---

[1] -عيسى الصامدي،**الإثبات الإلكتروني في عقد نقل التكنولوجيا الإلكتروني**، المرجع نفسه، ص 63.

[2] -بن جديد فتحي،**مدى حجية الكتابة و التوقيع الإلكترونيين في إثبات العقد المبرم عبر الانترنت**،مرجع سابق،ص 96.

[3] نقلا بن جديد فتحي، **مدى حجية الكتابة و التوقيع الإلكترونيين**...، المرجع نفسه، ص 97.

[4] -استعمل المشرع الجزائري في تعريفه للكتابة عبارة :"**مهما كانت الوسيلة التي تتضمنها**"،و الصحيح هو:"**أيا كانت الدعامة التي تتضمنها**"و ذلك حسب النص الأصلي بالغة الفرنسية:"quels que soient leur support".

[5] -هذا المبدأ الذي أخذ به المشرع في عدم التفرقة بين الدعامات الإلكترونية و الدعامات الورقية سماه الفقيه caprioli:
« principe de neutralité technique et de non discrimination a l encontre d'un support ou d'un media »

يظهر من كل ذلك تأكيد المشرع الجزائري جليا على مبدأ المساواة في الإثبات باستعمال الكتابة الورقية و الإثبات باستعمال الكتابة الإلكترونية[1].

ب–الشروط الكتابة التقليدية و مدى توافرها في الكتابة الإلكترونية

للاعتداد بالكتابة و دورها في الإثبات ، فقد اتفق الفقهاء على مجموعة شروط ينبغي توافرها في الكتابة و هي أن تكون الكتابة مقروءة ،و اتصال الكتابة بالاستمرارية و الثبات.

1-ب–أن تكون الكتابة مقروءةlegible

لاشك أنه كي يتسنى الاعتداد بأي مستند في مواجهة الآخرين أن يكون المستند ناطقا بما فيه ،أي أن يكون مفهوما وواضحا من خلال كتابته بحروف و رموز مفهومة،و يتساوى المحرر الإلكتروني و المحرر العرفي في ضرورة توافر هذا الشرط بالرجوع إلى طريقة تدوين المحرر الإلكتروني نجده يتم على وسائط إلكترونية بلغة الآلة من خلال تبادل بين رقم الصفر (0)و رقم الواحد(1)،مما يعجز معه الإنسان في فهم هذه اللغة المعقدة ، حيث يتم إيجاد برامج خاصة يجري تحميلها على جهاز الحاسب الآلي إلى حروف مقروءة وواضحة ، فإن شرط القراءة قد تحقق في المستندات الإلكترونية[2]

2–ب–الاستمرارية و الثباتperpétuel et stabilité

لكي تحقق الكتابة وظيفتها في الإثبات، فإنه يجب أن تدون على دعامة تحفظها لفترة طويلة من الزمن، بحيث يمكن الرجوع إليها عند الحاجة ،و يستوي في ذلك أن تكون محفوظة على دعامة ورقية أو على دعامة إلكترونية ، ومثال ذلك ذاكرة الحاسوب ،أو الأقراص الممغنطة(cd-rom)،أو البريد الإلكتروني[3] .

و نظرا للميزة التي تحظى بها المستندات الإلكترونية في قدرتها على الاحتفاظ بالبيانات المخزنة لفترات طويلة تسمح من خلالها بالرجوع إليها كلما تطلب الأمر ذلك، نجد توافر شرط الاستمرارية في المحررات الإلكترونية شأنه شأن المحرر العرفي هذا عن الاستمرارية،أما بالنسبة عن شرط الثبات فإنه يقصد به حفظ المحرر الكتابي دون أدنى تعديل أو تغير أو حذف أو محو، إذ يتسنى بذلك الاعتداد بالمحرر المكتوب[4].

و قد أخذت المادة 1/10/ب من قانون الأونيسترال[5] في معرض حديثها عن المستند الإلكتروني و شرط الاستناد إليه في قدرته على الاحتفاظ برسائل البيانات بالشكل الذي أنشأت به أو أرسلت به.

---

[1] –لملوم كريم،**الإثبات في معاملات التجارة الإلكترونية**،مرجع سابق،ص 27.

[2] –محمد إبراهيم أبو الهيجاء، **عقود التجارة الإلكترونية**...،مرجع سابق، ص 64.

[3] –لملوم كريم، الإثبات **في معاملات التجارة الإلكترونية**، المرجع نفسه، ص 28.

[4] –محمد ابراهيم أبو الهيجاء، **عقود التجارة الإلكترونية**...، مرجع سابق، ص65.

[5] _تنص المادة 1/10/ب من قانون الأونسترال"**عندما يقتضي القانون الاحتفاظ بمستندات أو سجلات أو معلومات بعينها، يتحقق الوفاء بهذا المقتضى إذا تم الاحتفاظ برسائل البيانات شريطة مراعاة الشروط التالية:– الاحتفاظ برسالة البيانات بالشكل الذي أنشأت أو أرسلت أو استلمت به أو شكل يمكن إثبات أنه يمثل بدقة المعلومات التي أنشئت أو أرسلت أو استلمت**".

لقد أكدت أغلب القوانين وجوب حفظ المقرر من أي تعديل آخذة في الحساب العمل على عدم الانقاص من قيمته، و إسقاطه إذا ما تجاوز التعديل حدا معينا يتشكك معه في صحة المستند[1].

3_ب_ شروط قبول الكتابة الإلكترونية كدليل إثبات:

بما أن طبيعة المعاملات التي تبرم عبر الانترنت ذات خاصية إلكترونية، و تتم في محيط يصعب فيه التعرف على هوية أطراف العلاقة العقدية، كونه محيط افتراضي و ليس محسوس، مع احتمال تعرض الكتابة الإلكترونية التي تثبت العقد للتغيير دون أن يترك هذا التغيير أثرا ملموسا[2].

لهذا وضع المشرع لقبول الكتابة الإلكترونية للإثبات شرطين و هما: إمكانية التأكد من هوية الشخص الذي أصدرها، وأن تكون معدة و محفوظة في ظروف تضمن سلامتها.

فقد نص قانون المعاملات الإلكترونية الأردني على ذلك في المادة 8 منه على:"**يستمد السجل الإلكتروني أثره القانوني و يكون له صفة النسخة الأصلية إذا توفرت فيه مجتمعة الشروط التالية:**

1_ أن تكون المعلومات الواردة في ذلك السجل قابلة للاحتفاظ بها و تخزينها بحيث يمكن في أي وقت الرجوع إليها؛

2_ إمكانية الاحتفاظ بالسجل الإلكتروني بالشكل الذي تم به إنشاؤه أو إرساله أو تسلمه أو بأي شكل يسهل به إثبات دقة المعلومات التي وردت فيه عند إنشائه أو إرساله أو تسلمه؛

3_ دلالة المعلومات الواردة في السجل على من ينشئه أو يتسلمه و تاريخ و وقت إرساله و تسلمه...".

4_ب_ إمكانية التأكد من هوية الشخص الذي يصدره:

إن إمكانية التأكد من هوية الطرف الآخر و توثقه من أن الشخص الذي يخاطبه هو فعلا ذلك الذي قدم له اسمه و عنوان بريده الإلكتروني، وغير ذلك من المعلومات هو أمر صعب في بيئة إلكترونية و ربما تمتد هذه الصعوبة في حالة وجود نزاع حول حجية العقد الإلكتروني، فما الذي يضمن للقاضي أن الوثيقة الإلكترونية المقدمة له كدليل إثبات صادرة أو متعلقة بذلك الشخص؟.

هناك عدة وسائل أوجدها التقنيون لإيجاد حل لهذه المشكلة، منها استعمال تعريف للشخصية عبر كلمة السر و كذا استعمال وسائل التشفير، أو ما يعرف بوسيلة المفتاح العام و المفتاح الخاص، أو بوسائل التعريف البيولوجية للمستخدم كبصمات الأصابع المنقولة رقميا أو تناظريا، أو حدقة العين أو سمات الصوت[3].

---

[1] _ لملوم كريم، **الإثبات في معاملات التجارة الإلكترونية**، مرجع سابق، ص 30.

[2] _ جديد فتحي، **مدى حجية الكتابة و التوقيع الإلكتروني...**، مرجع سابق، ص 100.

[3] _ للمزيد من التفصيل راجع بن جديد فتحي، **مدى حجية الكتابة و التوقيع الإلكترونيين في إثبات العقد المبرم عبر الانترنت،مجلة الدراسات قانونية**، دار الخلدونية للنشر و التوزيع، العدد 16، الجزائر،د.ذ.س، ص 101 و ما يليها.

5_ب_ أن تكون محفوظة في ظروف تضمن سلامتها:

نظرا لتعرض الدعامات الإلكترونية التي تحمل الكتابة للتلف و الضياع مثل الدعامة الورقية أوجد المشرع ضرورة حفظ الوثيقة لإلكترونية من أجل الحفاظ على حقوق الأفراد الذين يتعاملون بها،و يمكن حفظ الوثيقة الإلكترونية على حامل إلكتروني يسمى الوسيط، و هو كل وسيلة قابلة للتخزين و الحفظ و استرجاع المعلومات بطريقة إلكترونية مثل ذاكرة الحاسوب في اسطواناته الصلبة (Disque durs) أو في قرص مدمج (CD- Rom)، أو قرص مرن أو قرص فيديو رقمي(DVD)، أو على الوقع في شبكة الانترنت، أو أي حامل إلكتروني تتم صناعته في المستقبل،كما يجب أن يتم حفظ المعلومات المتعلقة بالجهة التي صدرت عنها الوثيقة الإلكترونية سواء كانت شخصا طبيعيا أو معنويا، و كذا الجهة المرسلة إليها ويتم حفظ الوثيقة الإلكترونية في شكلها النهائي طوال مدة صلاحيتها إذ يمكن الرجوع إليها عند الحاجة، بالإضافة إلى حفظ المعلومات المتعلقة بتاريخ و مكان إرسال الوثيقة و استقبالها .

ج- التنازع بين الكتابة التقليدية والكتابة الإلكترونية

لم يكن القانون المدني قبل صدور الأمر رقم 05-10الذي أقر بحجية الكتابة الإلكترونية في إثبات العقود والتصرفات بالكتابة على دعامة إلكترونية، و لم تطرح مسألة تنازع أسئلة الإثبات المكتوبة على الورق على الدعامة الإلكترونية، بالتالي لم يكن من الممكن تصور حدوث تنازع بين أدلة الإثبات الكتابية فيما ببينها، فلكل منها قوتها الثبوتية و درجتها المحددة قانونا، المحررات الرسمية تعتبر من أقوى أدلة الإثبات لتليها الكتابة العرفية المعدة للإثبات ثم المحررات العرفية الغير معدة للإثبات[1].

إلا أنه بظهور الكتابة العرفية التي تختلف في طبيعتها عن الكتابة الورقية و توازنها معها في نفس الوقت في قوتها الثبوتية، أصبح من الممكن التنازع فيما بينها، فلو وقع نزاع حول تنفيذ عقد ما و كان مبرما بطريقة إلكترونية إلا أنه كتب على دعامتين الورقية و الإلكترونية، و تمسك كل طرف بأحد الوثيقتين المعدتين للإثبات فأي دليلين يرجح القاضي؟.

لم يفصل المشرع في مسألة تنازع أدلة الإثبات في التعديل الأخير للقانون المدني عندما أدخل الكتابة الإلكترونية كدليل للإثبات، و هذا عكس القانون الفرنسي الذي عالج مسألة التنازع بين الكتابة التقليدية و الكتابة الإلكترونية بمناسبة تعديله للقانون المدني بموجب القانون رقم 230-2000 المؤرخ في 2000/03/12 المتعلق بإصلاح قانون الإثبات لتكنولوجيا المعلومات و التوقيع الإلكتروني هذا تحديدا في نص المادة 2/1316 التي جاء فيها:" **عندما لا ينص القانون على قواعد مخالفة أو عندما لا يكون هناك اتفاق متكافئ في إثبات الالتزامات و الحقوق بين الأطراف، يبت القاضي في النزاعات القائمة حوله باستخدام كافة الطرق المتوفرة لديه**"[2].

---

[1] _ بن جديد فتحي، **مدى حجية الكتابة والتوقيع الإلكترونيين**...،مرجع سابق، ص ص 105-106.

[2] _ L'article 1316/2 : « lorsque le loi n'a pas fixé d'autres principes et à défaut de convention valable entre les parties, le juge régle les conflits de preuves littérales en déterminant par tout les moyens le titre le plus vraisemblable quelqu'un soit le support ».

فقد أعطت هذه المادة للقاضي صلاحية البت في النزاعات القائمة حول وسائل الإثبات و تحديد الدعامة الأكثر مصداقية، و له كذلك سلطة تقديرية واسعة في عملية التحديد الذي يرجح وسيلة إثبات دون أخرى، بغض النظر إن كانت الدعامة ورقية أو إلكترونية مع إمكانية وضع اتفاق بين المتعاقدين يخالف قواعد الإثبات الموجهة للقاضي[1].

الأمر نفسه نصت عليه القوانين العربية المقارنة ففي القانون الإماراتي و الأردني نجد أن السجل الإلكتروني له نفس الأثر القانوني الذي يعطي النسخة الأصلية، إذا توفر على جميع الشروط القانونية المنصوص عليها، ما لم يوجد نص صريح يمنع ذلك.

هذه الأحكام التي نص عليها القانون الفرنسي و القوانين العربية يمكن الاستعانة بها في الجزائر لأنها لا تخرج عن القواعد العامة المتعلقة بالإثبات، فالقاضي الجزائري في غياب النص الذي يفصل في تنازع أدلة الإثبات بإمكانه استعمال سلطته التقديرية لترجيح أحد الأدلة على غيرها، كما في حالة ما إذا عرض عليه محرران عرفيان ورقيان إلا إذا اتفق طرفا العقد على ترجيح إحدى الوثائق على الأخرى، كأن يتفقا على ترجيح وثيقة إلكترونية على الوثيقة الورقية، و هذا الاتفاق جائز لأن قواعد الإثبات الموضوعية ليست من النظام العام، و إن كان هناك إتجاه فقهي يرى عكس ذلك إلا أنه لابد من التفرقة بين قواعد الإثبات الموضوعية و الإجراءات الخاصة بالإثبات فيجوز الاتفاق حول الأولى، باعتبارها حقوق ترجع إلى الخصوم و أن من حقهم التنازل عنها، و يمنع الاتفاق حول الثانية لأنها تصنف ضمن قواعد النظام[2]. ولذلك يمنع الاتفاق على تحديد إجراءات و شروط قواعد الإثبات و الشكليات المقررة في ذلك و قيمة تلك القواعد والحجج التي ينبغي أن تعطي لها[3].

ثالثا: من التوقيع التقليدي إلى التوقيع الإلكتروني

لا شك أن التوقيع في مجال عقود لا تقتصر وظيفته على تحديد شخصية المتعاقد فقط، إنما تمتد إلى إثبات رضاؤه بما ورد فيها من معلومات[4].

نقلا عن بن جديد فتحي، **مدى حجية الكتابة والتوقيع الإلكترونيين**...، مرجع سابق، ص 106.

[1] _ ثروت عبد الحميد، **مدى حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات على ضوء القواعد التقليدية للإثبات**، بحث مقدم لمؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة و القانون من 10 إلى 2003/05/12 بكلية الشريعة و القانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، الجزء الأول، ص 403، أخذ عن بن جديد فتحي، **مدى حجية الكتابة و التوقيع الإلكترونيين**...، المرجع نفسه، ص 106.

[2] _ بن جديد فتحي، **مدى حجية الكتابة و التوقيع الإلكترونيين**...، المرجع نفسه، ص 106- 107.

[3] _ قررت محكمة النقض الفرنسية بأن قواعد الإثبات لا تتعلق بالنظام العام ما دام أنها متعلقة بالمصالح الخاصة للأفراد و هذا إن القواعد القانونية المتعلقة بالدعوى قد ورد النص عليها في المادتين 1134و 1341 من القانون المدني، و هما يجيزان للأفراد الاتفاق على مخالفة حكمهما، إذا هما تعلقا بقواعد مكملة و ليست آمرة، يجوز الاتفاق على مخالفة حكمها، و من ثم فإن الاتفاق على قواعد الإثبات جائز و مشروع.نقلا عن بن جديد فتحي، **مدى حجية الكتابة و التوقيع الإلكترونيين**...،المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

[4] _ محمد إبراهيم موسى، **انعكاسات العولمة على عقود التجارة الدولية**، دار الجامعة الجديدة للنشر و التوزيع، طبعة 2007، الإسكندرية مصر، ص 43.

التوقيع شرط جوهري للمحرر العرفي، لأنه هو الذي ينسب الكتابة إلى صاحب التوقيع بعبارة أخرى يعني قبول الموقع لما هو مدون فيه، و بالتالي فإن التوقيع يعطي للمحرر العرفي حجية الإثبات[1].

فإذا كان شرط التوقيع هو أهم شرط لصحة المحرر العرفي، فإن القانون الفرنسي و بعض القوانين الأخرى كالقانون اللبناني تستلزم كذلك أن تتعدد نسخ المحرر في حالة ما إذا كان مثبتا لعقد ملزم للجانبين و هذا ما جاء في نص المادة 1325 من القانون المدني الفرنسي[2].

فالدعامة الورقية هي التي تجسد الوجود المادي للعقد التقليدي، و لا تعد الكتابة دليلا كاملا للإثبات، إلا إذا كانت موقعة بالتوقيع اليدوي، أما العد الإلكتروني فيتم إثباته عبر المستند الإلكتروني و التوقيع الإلكتروني، فالمستند الإلكتروني يتبلور فيه حقوق طرفي العقد، فهو المرجع للوقوف على ما اتفق عليه الطرفان و تحديد التزاماتهما القانونية و التوقيع الإلكتروني هو الذي يضفي بحجية على هذا المستند[3].

فحتى يكون المستند دليلا كافيا على الإثبات لابد أن يشتمل على توقيع ممن صدر منه كي يتسنى ما كتب في المستند إلى الموقع[4].

1_ التوقيع في شكله التقليدي:

أمام غياب مفهوم واضح و محدد للتوقيع من جانب المشرع، فقد حاول الفقه و القضاء ذكر عناصره و إن كان بصورة غير مباشرة دون وضع تصور عام للتوقيع[5].

و ذلك فإنه وفقا لقاموسي روبير(Robert)الفرنسي يمكن تعريف التوقيع بأنه:"**علامة شخصية يضعها الموقع باسمه (شكل خاص و ثابت) ليؤكد صحة مضمون الورقة و صدق ما كتب بها و إقراره يتحمل المسؤولية عنه"**[6].

و لم يرد التوقيع تعريف قانوني سواء في مصر أو الكويت أو الجزائر أو فرنسا و كل ما جاء عنه هو النص الوارد في المادة (10) العاشرة. الفقرة الثانية من قانون الإثبات المصري رقم 25لسنة 1968:"**فإذا لم تكتسب هذه المحررات مصادقة**

---

[1] _ آمانج رحيم أحمد، **التراضي في العقود الإلكترونية**...، مرجع سابق، ص 180.

[2] _ L'article 1325 « Les actes sous seing prive que contiennent des conventions synallag motiques.ne sont valable qu'autant qu'ils ont été fants en atvant d'orginaux qu'ils ayant unitteret distanct »

نقلا عن آمانج رحيم أحمد، **التراضي في العقود الإلكترونية**...،المرجع نفسه، ص 120.

[3] _ محمد حسين منصور، **أحكام البيع**...، مرجع سابق، ص 79.

[4] _ بن جديد فتحي، **مدى حجية الكتابة و التوقيع الإلكترونيين**...، مرجع سابق، ص 107.

[5] _ آمانج رحيم أحمد، **التراضي في العقود الإلكترونية**...، مرجع سابق، ص 187.

[6] _ « une inscription qu'une peronnefait de son non(sous une forme particulière et constitue) pour offimer l'exactitude. La sincerite d'un ecrit ou en assumer la responsabilité » 183 نقلا عن آمانج رحيم أحمد، **التراضي في العقود الإلكترونية**، مرجع سابق،ص

رسمية فلا يكون لها قيمة المحررات العرفية متى كان ذوو الشأن قد وقعوها بإمضاءاتهم أو أختامهم أو بصمات أو أصابعهم".

يتضح من هذا النص أنه لم يتعرض لتعريف التوقيع المطلوب في قانون الإثبات. إنما اكتفى فقط بذكر الصور المختلفة التي يعتد بها كصورة لهذا التوقيع و هي الإمضاء أو الختم أو بصمة الأصبع و قد اكتفى الفقه في عمومه على ذكر عناصر التوقيع من دون التعرض لتعريفه إتباعا لنهج المشرع في غالب الدول (فرنسا، الجزائر، مصر وغيرها،و قد يقصد من عدم تعريف التوقيع إلى الرغبة في عدم تقييد ما أطلقه المشرع و ذلك حتى يستوعب مفهوم التوقيع كل ما يمكن أن يظهر في المستقبل[1].

2- التوقيع في شكله الإلكتروني:

تطور مفهوم التوقيع الإلكتروني من مجرد إمضاء كتابي أو التوقيع ببصمة الأصابع أو الختم إلى ما هو حديث يتماشى مع التطور الهائل للتكنولوجيا الحديثة،اختلفت التعاريف القانونية التي أعطيت للتوقيع الإلكتروني ، حيث ركز بعضها في التعريف على ذكر الوسائل التي تستخدم فيه و بعضها الآخر بالأدوار التي يقوم بها التوقيع و منها من جمع بين الوظائف و الوسائل في نفس الوقت .[2]

أ-تعريف التوقيع في شكله الإلكتروني

عرفت لجنة التجارة الدولية التابعة للأمم المتحدة في القانون النموذجي للتوقيعات الإلكترونية على:"**توقيع الكتروني يعني بيانات في شكل الكتروني مدرجة في رسالة بيانات أو مضافة إليها أو مرتبطة بها منطقيا يجوز أن تستخدم لتعيين هوية الموقع بالنسبة إلى رسالة البيانات و تبيان موافقة الموقع على المعلومات الواردة في رسالة البيانات ".**[3]

كما نصت التعليمة الأوروبية المؤرخة في 1999/12/13 في المادة 2 منه تعريف التوقيع الإلكتروني بأنه عبارة عن: " **معلومات أو معطيات في شكل الكتروني ترتبط منطقيا بمعطيات الكترونية أخرى و تستخدم كوسيلة لإقرارها**"[4].

---

[1] _ لملوم كريم،**الإثبات في معاملات التجارة الإلكترونية** ...، مرجع سابق، ص ص 98- 99.

[2] طمين سهيلة ، **الشكلية في العقود الإلكترونية**، المرجع السابق،ص ص49 50.كذلك بن جديد فتحي، **حجة الإثبات في الكتابة و التوقيع الإلكترونيين** ...،المرجع السابق، ص 108 .

[3] _ قانون الأونيسترال النموذجي للتوقيعات الإلكترونية الصادر عن لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي المنعقدة في دورتها الرابعة و الثلاثون في فيينا من 25 جوان إلى 13 جويلية المكونة من 31 مادة.

[4] _ « une donnée sous forme électronique qui jointe ou liée logiquement à d'autres donnée électroniques et qui serre de méthode d'authentification » ينظر: بودالي محمد، ...، المرجع السابق،ص 55 نقلا عن بن جديد فتحي،**مدى حجية الكتابة و التوقيع الإلكترونيين**..، المرجع السابق، ص 109.

كما عرف مجلس الدولة الفرنسي في تقريره:"**التوقيع يعرف بالموقع و يظهر رضاه و قبوله لمحتوى العقد الموقع الالتزامات الناتجة عنه**" و في القانون الفرنسي نصت عليه المادة 1316-4 (ق م ف) بأنه:"**التوقيع الضروري لإكمال التصرف القانوني و التعريف بهوية صاحبه المعبر رضا الأطراف بالالتزامات الناشئة عنه**"[1].

نستنتج من خلال هذه التعاريف المنصوص عليها في القوانين المقارنة، أن التوقيع الإلكتروني إما يتم تعريفه بالوسائل التي تستخدم فيه، و إما بالوظائف بالأدوار التي يقوم بها التوقيع، و من التعاريف من يجمع بين الوظائف و الأدوار و الوسائل في نفس الوقت، و على ذلك نبين مما سبق أن التوقيع يتمثل في علامة خاصة و مميزة يضعها الشخص باسمه أو بصمته بأي وسيلة أخرى محرر لإقراره و الالتزام بمضمونه[2].

و قد نص المرسوم التنفيذي رقم 172/07 المتعلق بنظام الاستغلال المطبق على كل نوع من أنواع الشيكات بما فيها اللاسلكية الكهربائية و على مختلف خدمات المواصلات السلكية و اللاسلكية في مادته الثالثة في تعريف التوقيع الإلكتروني بأنه:"**معطى ينجم عن استخدام أسلوب عمل يستجيب للشروط المحددة في المادتين323مكرر 1 من القانون المدني الجزائري**[3].

كما عرفه البعض بأنه:" **إتباع مجموعة من الإجراءات أو الوسائل التقنية المحددة التي تؤدي في النهاية إل نتيجة معينة معروفة مقدما**"[4].

فالتوقيع الإلكتروني يتحقق من خلال إتباع بعض الإجراءات الحسابية المرتبطة بمفتاح رقمي خاص بالشخص المرسل، ثم الضغط على هذا الرقم الخاص، أثناء الاتصال المباشر عبر الانترنت. و يمكن أن يتم تحديد هذا الرقم الخاص من خلال اتفاقيات جماعية لمستخدمي الانترنت في المعاملات التجارية أو من خلال عقد مبرم بين الطرفين يحدد الرقم السري الخاص بكليهما، بحيث أن اقتران الرسالة المرسلة بهذا الرقم، يستطيع الشخص أن يحدد الشخص المتعاقد الذي أرسل الرسالة[5].

---

[1] _ L'article 1316-4 « La signature nécessaire à la perfection d'un acte juridique identifié celui qui l'oppose elle manifeste le consentent ment despotises aux obligations qui en découlent de cet acte »www. Journal. Officiel.gov.fr نقلا عن بن جديد فتحي، **مدى حجية الكتابة و التوقيع الإلكترونيين**...، مرجع سابق، ص 109.

[2] _بن جديد فتحي، **مدى حجية الكتابة و التوقيع الإلكترونيين**..، المرجع نفسه، ص 110.

[3] _ المرسوم التنفيذي رقم162/07 المؤرخ في 30 ماي 2007، المعدل و المتمم للمرسوم التنفيذي رقم 123/01 المؤرخ في 9 ماي 2001 المتعلق بنظام الاستغلال المطبق على كل نوع من أنواع الشيكات بما فيها اللاسلكية الكهربائية و على مختلف خدمات المواصلات السلكية و اللاسلكية (ج ر) عدد 37.

[4] _ عبد الفتاح بيومي حجازي،**التوقيع الإلكتروني في النظم القانونية المقارنة**، المرجع السابق، ص 17.

[5] _ بن جديد فتحي، **مدى حجية الكتابة والتوقيع الإلكترونيين**...، المرجع السابق،ص 110.للمزيد من التفصيل في مفهوم التوقيع الإلكتروني راجع لملوم كريم، **الإثبات في معاملات التجارة الإلكترونية**، المرجع السابق، ص 107 و ما يليها.

ب-خصائص التوقيع الإلكتروني

يمتاز التوقيع الإلكتروني بخصائص تميزه عن التوقيع الكتابي التقليدي وسنوجز هذه الخصائص فيما يلي:

1-التوقيع الإلكتروني لا يقتصر على الإمضاء أو بصمة الأصابع كما في التوقيع التقليدي، بل يشمل الرموز و الإشارات و الحروف و الأرقام و الصور و الأصوات و غيرها بشرط أن تكون ذات طابع فردي يسمح بتميز الشخص صاحب التوقيع و تحديد هويته،التوقيع الإلكتروني يتم تشفيره و إرساله مع الرسالة أو الوثيقة باعتباره جزء صغير من بيانات تلك الوثيقة من الشخص عند فك تشفيرة التوقيع الإلكتروني .

2-لا يتم التوقيع الإلكتروني عبر وسيط مادي أو أي دعامة ورقية تذيل به الكتابة كما هو الحال بالنسبة للتوقيع الكتابي على الدعامة الورقية ، وإنما يتم كليا أو جزئيا عبر وسيط إلكتروني من خلال أجهزة الكمبيوتر[1].

3-إضافة إلى تميز الشخص صاحب التوقيع و تحديد هويته ،كي يتم التأكد من صحة ورضاه أثناء التعاقد،فإن هذا التوقيع له وظيفة أساسية تتمثل في التوثيق من مضمون المحرر الإلكتروني ،و حمايته من أي تعديل أو تبديل مادام أن الالتزامات و الحقوق المنصوص عليها في هذا المحرر مذيلة بالتوقيع الإلكتروني[2].

ج-صور التوقيع الإلكتروني

المعروف أن التوقيع الإلكتروني يشتمل على صور عديدة و متطورة ،و له قوة في الإثبات و من هذه الصور مايلي:

ج-1-التوقيع البيوميتري la signature biométrique

و هو التوقيع القائم على استعمال خواص بيولوجية أو فيزيولوجية مميزة للشخص المتعامل و التي تتضمن قزحية العين أو بصمة الإصبع أو بصمة الكف أو الشفاه،و يتم التحقق من شخصية المتعامل مع هذه الطريقة البيومترية عن طريق أجهزة إدخال المعلومات إلى الحاسب الآلي مثل الفأرة و لوحة المفاتيح التي تقوم بالتقاط صور دقيقة لعين المستخدم أو صوته أو يده أو بصمته الشخصية ،و يتم تخزينها بطريقة مشفرة في ذاكرة الحساب الآلي ليقوم بعد ذلك بمطابقة صفات المستخدم مع هذه الصفات المخزنة ولا يسمح له بالتعامل إلا في حالة المطابقة[3].

إن النتيجة المترتبة عن ذلك تقضي بأن التوقيع البيوميتري يعتبر وسيلة موثوق بها لتميز الشخص و تحدد هويته نظرا لارتباط الخصائص الذاتية به الأمر الذي يسمح باستخدامها في إقرار التصرفات القانونية التي تبرم عبر وسيط إلكتروني،يضاف إلى ما سبق أيضا الخواص أو السمات الجسدية لجسم الإنسان متغيرة مع تقدم السن و المرض و عوامل أخرى ، فقد تمنع الإصابة أو المرض الموقع من إمكانية إجراء مقارنة و مطابقة خواصه و سماته الذاتية ، التي يلتقطها جهاز الحاسب الآلي و من المآخذ الأخرى التي تؤخذ على هذا التوقيع لتكلفته العالية للتقنية التي يتطلبها صنع نظام آمن

---

[1] -لالوش راضية،**أمن التوقيع**، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الدولية للأعمال، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري تيزي وزو، د.ذ.س، ،ص 36.

[2] - **التذليل**:هو وضع التوقيع أو وضع الختم في آخر الكتابة كما جرت العادة، و هو بهذا الشكل يعتبر تصديقا لما نصت عليه الكتابة .

[3] -نضال سليم برهم، **أحكام عقود التجارة الإلكترونية**، المرجع السابق، ص 237.

في شبكات المعلومات باستخدام السمات البيوميترية مما أدى إلى الحد من انتشار هذا النوع من التوقيع ،و جعله قاصرا على بعض الاستخدامات المحددة[1].

كما يأخذ على هذا النوع من التوقيع أن اللجوء إليه قد يواجه صعوبات مثل تآكل بصمات الأصابع عبر الزمن أو بسبب ممارسة العمل في بعض المهن و تطابق وجه التوائم ، و صعوبة الاستخدام في شبكة مفتوحة كالانترنت[2]

ج-2-التوقيع الرقميla signature numérique

تعتبر تقنية التوقيع الرقمي من أكثر صور التوقيع الإلكتروني شيوعا و من أهمها على الإطلاق،لما تتمتع به هذه التقنية من مستوى عل من الثقة و الأمان،و هو التوقيع الذي يتم بواسطة زيادة لوحة مفاتيح واحدة للوحة الموجودة للحروف المطبوعة على الشكة بحيث تحتوي كل لوحة على أماكن خاصة بالحروف،و يتحدد توقيع الشخص المتعامل على مكان واحد في هذه اللوحة و الذي يتم على جهاز الكمبيوتر،و حمايته برمز سري معين ليتم استخدامه من قبل صاحبه عند الحاجة و كذلك يمكن إدخال التوقيع الرقمي اليدوي، عن طريق جهاز يطلق عليه اسم المفاتيح الضوئي[3].

هذا التوقيع يحقق أعلى درجة من الثقة و الأمان في الدعامة الإلكترونية،و تضمن سلطات التوثيق هوية الموقع كما نجد هذا التوقيع أكثر استخداما في التعاملات البنكية،و للتوقيع الإلكتروني سلبيات منها احتمال تعرض الرقم السري للسرقة أو التقليد،مما يجعل صاحبه ملزما بسرية رقمه،و في حال تسرب الرقم للآخرين فيعد هو المسئول عن الآثار المترتبة على ذلك طالما أنه لم يراع قواعد الحيطة والحذر،إلا إذا قام بالإبلاغ عن سرقته أو فقدانه إلى سلطات التوثيق أو البنك [4].

ج-3-التوقيع بالقلم الإلكتروني

من الأشكال الأخرى للتوقيع الإلكتروني التي يمكن استخدامها في توثيق التصرفات القانونية التي يتم إبرامها على الوسائط الإلكترونية،فالتوقيع باستخدام قلم خاص يعرف بالقلم الإلكتروني ،تتمثل هذه الطريقة في كتابة التوقيع الخطي بواسطة قلم إلكتروني خاص على لوحة معدنية، مرفقة بجهاز الحاسوب فيظهر التوقيع الخطي على شاشة الحاسوب،و يتم تخزينه و من ثم يقوم برنامج خاص بالتحقق من صحة هذا التوقيع في كل مرة يعاد فيه كتابته بالاستناد إلى حركة القلم و الأشكال التي يتخذها من دوائر و إلتواءات[5].

---

[1] -لملوم كريم، **الإثبات في معاملات التجارة الإلكترونية**، المرجع السابق، ص ص121-122.

[2] -طمين سهيلة ، **الشكلية في عقود التجارة الإلكترونية**، المرجع السابق، ص 57.أيضا لالوش راضية ، **أمن التوقيع**، المرجع السابق،ص 46.

[3] -محمود عبد الرحيم الشريفات،**التراضي في تكوين العقد المبرم عبر الانترنت**، دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر و التوزيع، الطبعة الأولى، 2009، عمان الأردن، ص 198.

[4] -بن جديد فتحي،**حجية الكتابة و التوقيع الإلكترونيين**...، المرجع السابق، ص 113.

[5] -طمين سهيلة، **الشكلية في عقود التجارة الإلكترونية**، المرجع السابق، ص ص 57-58.

والتوقيع بالقلم الإلكتروني هو كذلك يعتبر توقيع بيوميتري،لكنه يتمثل في نقل التوقيع المحرر بخط اليد عن طريق التصوير بالماسح الضوئي،ثم يتم تخزينه في جهاز الحاسوب و بعد ذلك تنقل صورته إلى الملف أو العقد قصد تذييله بالتوقيع،هذا النوع من التوقيع يمتاز بالسهولة في الاستعمال لأنه يتحول من توقيع تقليدي إلى توقيع في شكل إلكتروني،فهو يعمل على تحديد خط خاص تتحرك به يد الشخص الموقع أثناء التوقيع،إذ يتم توصيل قلم إلكتروني بجهاز الكمبيوتر،و يتم التحقق من صحة هذا التوقيع عن طريق قيام نفس البرنامج الذي تم التوقيع بواسطته بفك رموز الشفرة البيوميترية، و مقارنة المعلومات مع التوقيع المخزن ثم إرسالها إلى برنامج الكمبيوتر،و ميزة هذا النوع من التوقيع الإلكتروني تكمن في أنه يتم التحقق من صحته كل مرة يتم فيها،و لكن يؤخذ عليه أنه يحتاج إلى أجهزة مرفقة بجهاز الحاسوب،و هي غير متوفرة دائما كما أن استخدامه عبر شبكة الانترنت سيحتاج إلى وجود جهة توثيق تضمن عدم التلاعب به أو تزويره[1] .

د- شروط التوقيع التقليدي و مدى توافرها في التوقيع الإلكتروني

لقد ثار تساؤل حول مدى استجماع التوقيع في الشكل الإلكتروني للشروط التي يتطلبها في التوقيع بصفة عامة،حتى يصلح لمنح المحرر حجية في الإثبات و الذي دعا للتشكيك في الأمر هو ما أثير حول التوقيع الإلكتروني من انتقادات تتعلق بالمخاطر التي تحيط به،و عدم توافر الثقة و الأمان في إجراءاته مما يجعله يعجز عن القيام بالدور المنوط بالتوقيع في تمييز الشخص وتحديد هويته، و التعبير عن رضاه و ارتباطه بالتصرف القانوني[2].

إن الاعتراف بالتوقيع الإلكتروني مقرون بتحقيقه لوظائف التوقيع المعروفة و المتمثلة في تحديد هوية الشخص الموقع و التعبير عن إرادته،و قصد التحقق من ذلك لابد من التحقق من قدرة التوقيع الإلكتروني على تحقيق شروط التوقيع،لذلك لابد أن يفي شروط التوقيع التقليدية و المتمثلة فيما يلي:

د-1-أن يكون التوقيع علامة مميزة لشخص الموقع

حتى يقوم التوقيع بدوره في الإثبات فلابد أن يكون دالا على صاحبه و مميزا له عن غيره من الأشخاص،فهو شرط بديهي فالتوقيع إلكترونيا كان أو تقليديا،ما هو إلا وسيلة لتحديد الموقع الذي سير إليه الدليل و التعبير عن إرادته في الالتزام بما وقع عليه،و من ثم يجب أن يكون للتوقيع طابعا مميزا و منفردا يسمح بتحديد شخصية الموقع و هويته،فقد استلزمت المادة 4/1316من القانون المدني الفرنسي بحجية التوقيع أن يتم باستخدام وسيلة آمنة لتحديد هوية الموقع و ضمان صلته بالتصرف الذي وقعه،كما نصت المادة 1/ج من قانون التوقيع الإلكتروني المصري السالف الذكر عن حقيقة التوقيع الإلكتروني بأنه يكون له طابع منفرد يسمح بتحديد شخص الموقع و يميزه عن غيره[3].

---

[1] -أنظر محمود عبد الرحيم الشريفات، **التراضي في تكوين العقد عبر الانترنت**، المرجع السابق، ص 197.

[2] -ثروت عبد الحميد،**التوقيع الإلكتروني، ماهيته،مخاطره و كيفية مواجهتها، مدى حجيته في الإثبات**، دار الجامعة الجديدة للنشر، طبعة 2007، الإسكندرية مصر، ص 66.

[3] _أيمن عبد الله فكري،**جرائم نظم المعلومات، دراسة مقارنة**، دار الجامعة الجديدة للنشر، طبعة 2007، الإسكندرية مصر، ص 341.

فالتوقيع يجب أن يكون دالا و محددا شخص موقعة و هويته ليتحقق بذلك دوره في الإثبات،مشتملا على اسم الموقع و اسم أبيه و لقبه،أو أن يوقع الشخص بالاسم الذي اشتهر به،بشرط أن يكون قد اعتاد التوقيع بذلك الاسم و دل على أنه صادر عنه بصورة أكيدة[1].

د-2-أن يكون التوقيع واضحا و مستمرا

يعد التوقيع شكلا من أشكال الكتابة و هو بذلك يخضع للشروط المقررة للكتابة،من حيث إمكان الإطلاع عليه و قراءته بشكل مباشر،هذا الشرط يسهل تطبيقه على التوقيع الإلكتروني،ذلك أن التوقيع الإلكتروني يترك بيانات مختلفة يمكن قراءتها بوضوح من خلال تغذيتها ببرامج لها القدرة على ترجمة لغة الآلة المعقدة إلى لغة واضحة و مقروءة للإنسان[2].

أما بالنسبة إلى لشرط ثبات التوقيع و استمرار يته ،فإن هناك نوع من الشك نظرا للطبيعة المادية و الكيميائية للحوامل الإلكترونية،التي تتميز بالحساسية التي تجعلها دائما عرضة للتلف السريع إلا أن هذه المشكلة قد تم التغلب عليها بالاعتماد على وسائط أكثر جدة لها القدرة على حفظ البيانات لمدة تفوق مدة حياة الورق[3] .

د-3-اتصال التوقيع بالسند

يقصد بهذا الشرط أن التوقيع يجب أن يرد على السند ذاته ،و بأن يوقع في محل يستدل منه أن الموقع أراد الالتزام بجميع ما ورد فيه من بيانات،لذلك كان المحل المناسب لوضع التوقيع هو نهاية السند ،و قد استقر التعامل على إدراج التوقيع في نقل السند لما في ذلك من دلالة واضحة على موافقة الموقع ،لما ورد من بيانات في أعلى التوقيع غير أنه لا يوجد ما يمنع أن يرد التوقيع في أي وضع من السند مادام يدل على موافقة الموقع و رضاه بما تضمنه السند من التزامات[4].

من خلال ما سبق فإن شروط التوقيع التقليدي كلها متوفرة في التوقيع الإلكتروني، فهو يعتبر علامة مميزة لصاحبه و يتميز بالوضوح و الاستمرارية،كما أن يتصل بالسند المرفق بصفة لا تدع مجال للشك حول توافق مضمون السند و التوقيع، و ينتج عن التوقيع التقليدي على السند العادي المعد للإثبات ،تحقق اتصال التوقيع بالسند اتصالا ماديا و كيميائيا ملازما و ممكنا،بحيث لا يمكن معه فصل أحدهما عن الآخر مالم يتلف أو يعدل السند [5].

أما في التوقيع الإلكتروني و بما أنه لا توجد ورقة أو سند مادي،فإن الاتصال بين التوقيع والسند يبدو واهيا و عرضة للتلاعب من جراء إمكان إحداث تعديل و إدخال بيانات أخرى تتفق مع مصالح مستعمل جهاز الحاسوب،من دون أن

---

[1]-علي محمد أحمد أبو العز،**التجارة الإلكترونية و أحكامها في الفقه الإسلامي**،دار النفائس للنشر و التوزيع،الطبعة الأولى،2008،عمان الأردن،ص 327.

[2] -لملوم كريم،**الإثبات في معاملات التجارة الإلكترونية**،المرجع السابق،ص 140.

[3] -علي محمد أحمد أبو العز،**التجارة الإلكترونية و أحكامها في الفقه الإسلامي**،المرجع السابق،ص ص329-330.

[4] -لملوم كريم،**الإثبات في معاملات التجارة الإلكترونية**،المرجع السابق،ص 141.

[5]-إلياس ناصيف،**العقود الدولية**...،المرجع السابق،ص 248.

يترك أي أثر مادي يمكن أن يستدل عليه غير أن ذلك يمكن التغلب عليه في ظل التطور التقني في مجال نظم المعلومات،و الاتصال وما يبذله المختصون في هذا المجال من جهود لتوفير أكبلا قدر ممكن من الحماية و السرية ،بل أكثر من ذلك يرى البعض من الفقه أن التوقيع الإلكتروني يفضل على التوقيع التقليدي،لأن هذا الأخير هو عبارة عن رسم خطي يقوم به الموقع و بالتالي فهو ليس علما ،مما يسهل تزويره أما التوقيع الإلكتروني فهو علم و ليس فن و يعتمد على برامج معلوماتية متطورة تعمل على تشفيره[1] .

و في هذا الشأن كرس المشرع الفرنسي قرينة صحة التوقيع الإلكتروني، و ذلك في نص المادة 4/1316من الق. م .ف السالفة الذكر ،إذ بعد أن عرف التوقيع الإلكتروني بأنه ما ينتج عن استخدام إجراء آمن يكفل تحديد هوية الشخص الموقع،و تضمن صلته بالتعرف على الذي يحمل توقيعه المرتبط به و ترك تحديد الشروط لمجلس الدولة فبعد صدور مرسوم عن مجلس الدولة الفرنسي رقم 272في 30 مارس 2001ثم المرسوم المعدل و المكمل له رقم 535في أبريل 2002أين حدد هذا المرسوم القرينة التي افترضها المشرع الفرنسي،أين نصت المادة الثانية منه على توافر قرينة بسيطة على صحة التوقيع الإلكتروني متى توافرت الشروط التي حددتها المادة المذكورة آنفا،فمن النصوص السالفة الذكر يتضح لنا جليا أن المشرع الفرنسي قد منح الحجية الكاملة في الإثبات للتوقيع الإلكتروني كالتوقيع التقليدي،طالما أنه جرى وفقا المنصوص عليها[2].

أما في الجزائر فقد منح له المشرع الجزائري تسميت في المرسوم التنفيذي رقم 07-162في مادته الثالثة،بالتوقيع الإلكتروني المؤمن و هو توقيع إلكتروني يفي بالمتطلبات الآتية:

-يكون خاضعا للموقع الذي يتم إنشاؤه بوسائل يمكن أن يحتفظ بها الموقع تحت مراقبته الحصرية.

-يضمن مع الفعل المرتبط به صلة بحيث يكون كل تعديل لاحق للفعل قابل للكشف عنه،كما نصت المادة 323مكرر1 من الق.م.ج،على أنه :"**يعتد بالتوقيع الإلكتروني وفقا للشروط المذكورة في المادة 323مكرر 1أعلاه**"، وهذه الشروط تتمثل فيما يلي:

-إمكانية التأكد من هوية الشخص الذي أصدر التوقيع؛

-أن يكون التوقيع معدا و محفوظا في ظروف تضمن سلامتها؛

نلاحظ مما سبق ذكره أن جميع التشريعات بما فيها التشريع الجزائري،قد أعطت للتوقيع الإلكتروني الحجية القانونية في الإثبات على ضرورة توفر شروط معينة،كما يمكن جمعها على النحو الآتي:أن يقتصر التوقيع على صاحبه وأن يخضع لسلطته المطلقة ،وأن يكون قابل للتحقق من صحته ،إضافة إلى ارتباطه بالرسالة التي يثبتها[3].

فإن تحققت هذه الشروط أصبح التوقيع موثقا و محميا فتعطى له الحجية الكاملة للإثبات ،ومن ثم فإذا توفرت هذه الشروط يتساوى التوقيع الإلكتروني و التوقيع التقليدي في حجية الإثبات،لأن التوقيع الإلكتروني يمكنه أن يقوم بذات

---

[1] -إلياس ناصيف،**العقود الدولية**...،المرجع السابق،ص 249.

[2] -لالوش راضية،**آمن التوقيع**،المرجع السابق، ص ص 76-77.

[3] -بن جديد فتحي،**حجية الكتابة والتوقيع الإلكترونيين**...،المرجع السابق، ص 116.

الوظائف التي يقوم بها التوقيع التقليدي في تحديده لهوية صاحبه ،كما يضمن إقرار صاحبه بمضمون التعامل الموقع عليه،كما أن التوقيع الإلكتروني ما هو في حقيقة الأمر إلا امتداد للتوقيع الخطي،فهو يهدف إلى التعبير عن رضا الموقع بما يحتويه المحرر الإلكتروني و منح هذه الثقة صفة الأصل كما يسعى إلى الحفاظ على نزاهة و سلامة الوثيقة الإلكترونية من التعديل[1].

نخلص في الأخير و من خلال عرضنا للنصوص السابقة أن التشريعات المختلفة التي أولت اهتماما بالإثبات الإلكتروني،قد اتجهت إلى مساواة التوقيع الإلكتروني بالتوقيع التقليدي،و أقرت له حجية مساوية لحجية هذا الأخير غير أن الإقرار بالحجية مرتبط بتوافر شروط قانونية تضمن سلامة التوقيع الإلكتروني ،كما أن المساواة بين التوقيع الإلكتروني و التوقيع التقليدي قد أنهت سلطة القاضي التقديرية في الأخذ بالتوقيع الإلكتروني أو رفضه[2].

هـ-حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات

إن للتوقيع أهمية كبيرة في الإثبات ،حيث أن قواعد الإثبات بوجه عام لا تقبل المستندات العرفية إلا إذا كانت موقعة و لا تقبل المستندات غير الموقعة،إلا كمبدأ ثبوت بالكتابة يستلزم بينة أخرى،فإن قبول القضاء التعاقد الإلكتروني يتطلب إقرار حجية التوقيع الإلكتروني ،و موثوقيتها كبينة في المنازعات[3] .

اعترفت المادة التاسعة من قانون **الأونسيترال** النموذجي بالمستندات الإلكترونية و أعطت لها نفس الحجية القانونية في الإثبات ،ثم جاء القانون النموذجي للتوقيع الإلكتروني إذ نصت المادة السادسة على أنه:" **حيثما يشترط القانون وجود توقيع من شخص يعد ذلك الاشتراط مستوفي بالنسبة إلى رسالة البيانات إذا استخدم توقيع إلكتروني موثوق المناسب للغرض الذي أنشأت أو أبلغت من أجله رسالة البيانات،في ضوء كل الظروف ،بما في ذلك أي اتفاق ذي صلة ...يعتبر التوقيع الإلكتروني موثقا به لغرض الوفاء بالاشتراط المشار إليه في الفقرة الأولى إذا –كانت بيانات التوقيع مرتبطة بالموقع دون أي شخص آخر.**

–كانت بيانات إنشاء التوقيع خاضعة وقت التوقيع لسيطرة الموقع.

–كان أي تغيير في التوقيع يجرى بعد حدوث التوقيع قابلا للاكتشاف.

–كان الغرض من اشتراط التوقيع قانونا هو تأكيد سلامة المعلومات التي يتعلق بها التوقيع..."

لقد حدث الأمر نفسه في الإتحاد الأوروبي الذي أصدر تعليمة تلزم دول الأعضاء بمنح التوقيع الإلكتروني الحجية القانونية ذاتها التي تمنح للتوقيع الخطي،طالم توفرت فيه الشروط القانونية التي يتطلبها القانون،و قد نصت المادة الثانية من هذه العليمة الأوروبية على مراعاة شروط معينة كي يكون للتوقيع حجية في الإثبات التي نصت على أنه:"**أن يكون مرتبطا فقط بالموقع.**

---

[1] –بن جديد فتحي،**حجية الكتابة والتوقيع الإلكترونيين**...،المرجع السابق، ص 119.

[2] –لالوش راضية، **أمن التوقيع**، المرجع السابق، ص82.

[3] –نضال سليم برهم، **أحكام عقود التجارة الإلكترونية**، المرجع السابق، ص ص 241-242.

–أن يتم إنشاؤه بوسائل يستطيع الموقع من خلالها الاحتفاظ به و السيطرة عليه بشكل حصري.

–ارتباطه بمعطيات تخرجه في شكل يسمح بإمكانية كشف كل تعديلات لاحقة على هذه المعطيات."[1]

نلاحظ من خلال نص المادة أنها أخذت نفس المنحى الذي أخذت به مختلف التشريعات التي تناولت موضوع التوقيع الإلكتروني، إذ انتقلت من الاعتراف به (التوقيع الإلكتروني)إلى الاعتراف بحجيته في الإثبات لكن الأمر ليس على إطلاقه بل هذه الحجية مقترنة بتوفر شروط محددة مسبقا من قبل القانون،وكل هذه الشروط كلها تتمحور حول اتصال التوقيع بصاحبه وكذا بالمستند المتضمن للمعلومات،بالإضافة إلى إمكانية التأكد من هوية الشخص صاحب التوقيع .

المبحث الثاني:

تحديد القانون الواجب التطبيق و الجهة القضائية لحل نزاعات التعاقد الإلكتروني

إن مسألة القانون الواجب التطبيق في العلاقات المتصلة بالقانون الدولي الخاص ،و التي تتميز بطابعها الدولي ليتجاوزها حدود الدولة الواحدة،في عنصر أو أكثر من عناصر العلاقة القانونية و المتمثلة في كل من الأطراف المتعاقدة،و المحل و السبب،و هذا على عكس ما هو عليه عند تركيز كل عناصر العلاقة القانونية و المتمثلة في دولة واحدة مما يجعلها بمفهوم المخالفة علاقة وطنية محصنة ولا تثير مسألة تحديد القانون الواجب التطبيق[2].

منحت تكنولوجيا المعلومات مفهوما جديدا لعقود التجارة الدولية،سواء من حيث الإبرام أو التنفيذ ،ليخلق في هذه البيئة نمطا جديدا من الأعمال التجارية تعرف بالتجارة الإلكترونية،فهذه التغيرات من شأنها أن تحدث تحديات قانونية تستوجب الوقوف أمامها لتقييم مدى الحاجة إلى إيجاد تنظيم جديد لها ومدى كفاية و ملائمة القواعد القائمة في أحد أهم مواضيعها،و هي منازعات التجارة الإلكترونية من حيث القانون الواجب التطبيق اعتمدنا على تحليل قواعد القانون الدولي الخاص لدراسة مسألة التنازع(الفرع الأول)،و ما عرفته الممارسات والعادات المتكررة في وسط المتعاملين في هذا المجال،و التي أوجدت ما يسمى بالقوانين النموذجية أو القواعد المادية المعمول بها بين أطراف هذا العالم الجديد،فوجدت هذه القواعد لتسهيل و تطوير المعاملات التجارية الإلكترونية في تخلف القوانين الداخلية و الدولية و تأطيرها ،و ظهر ما يسمى بالقانون الموضوعي للتجارة الإلكترونية[3] .

---

[1]–التعليمة الأوروبية رقم 1999/93الصادرة عن الإتحاد الأوروبي المؤرخة في 13–12–1999المتعلقة بالتوقيعات الإلكترونية.نقلا عن بن جديد فتحي،**الكتابة والتوقيع الإلكترونيين**..،المرجع السابق،ص 115.

[2] –هشام علي صادق، **القانون الواجب التطبيق عللا عقود التجارة الدولية**، منشأة المعارف للنشر، طبعة 1995، الإسكندرية مصر،ص61.نقلا عن خليفي سمير، **حل النزاعات في عقود التجارة الدولية**، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الدولي تخصص قانون التعاون الدولي،كلية الحقوق ،جامعة مولود معمري تيزي وزو،2010،ص 13.

[3] –خليفي سمير،**حل النزاعات في عقود التجارة الدولية**، المرجع نفسه، ص 16.

الفرع الأول

صعوبات تطبيق مناهج التنازع على العقود الإلكترونية

في العقود الدولية عادة يتم اختيار القانون الواجب التطبيق باتفاق الأطراف المتعاقدة،سواء بصفة صريحة أو ضمنية و هو ما يسمى بقانون الإرادة و في حال تخلف يتم الاستعانة ببعض المعايير الأخرى المسماة بقواعد الإسناد الاحتياطية،كتلك الواردة في القانون الجزائريبالمادتين18و 19المعدلتين مؤخرا بموجب القانون رقم 05-10بحيث نصت المادة 18من القانون المذكور أعلاه على قانون الإرادة إن كان له صلة حقيقية بالعقد أو قانون الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة ،و في حال إمكان ذلك قانون مكان الإبرام بينما أخضعت المادة 19من القانون نفسه شكل العقد لقانون مكان إبرامه أو قانون الموطن المشترك للطرفين المتعاقدين ،و في بعض القوانين الأخرى الاعتماد على بعض المؤشرات غير أنه مع العقود الإلكترونية الدولية المرمة عبر الانترنت ،ظهرت صعوبات تنازع القوانين سواء تلك الأصلية،كقانون الإرادة و إن كانت مثل هذه الصعوبات تقل في هذه الحالة أو في حالة اللجوء إلى إعمال معايير الإسناد الاحتياطية و هو ما نبينه في النقطتين التاليتين:[1]

أولا :صعوبة إعمال قانون الإرادة في التعاقد الإلكتروني

تعد إرادة الأطراف المتعاقدة كأحد ضوابط الإسناد (الإسناد الشخصي)،و من خلالها يتم تحديد القانون الواجب التطبيق ،و يسمى مبدأ سلطان الإرادة في اختيار القانون الواجب التطبيق على العقود الدولية بصفة عامة وعقود التجارة الدولية بصفة خاصة،و إن فكرة مبدأ سلطان الإرادة لم إلا لفترة حديثة نسبيا ،فعندما ظهرت بعض الاتجاهات الفقهية الحديثة التي تطرقت لمبدأ سلطان الإرادة و استقلالها،و نظرا لما يتمتع به هذا المبدأ من اهتمام لكونه من أهم القواعد القانونية في فقه التجارة الدولية[2] .

فمبدأ سلطان الإرادة الذي يعتبر كأحد أهم المبادئ المستقرة في غالبية النظم القانونية و القرارات التحكمية الدولية،و الذي يقضي بمنح الأطراف كامل الحرية في اختيار القانون الواجب التطبيق على العقود التي يقوم بإبرامها،و لهم استبعاد القانون و إخضاع العقد للمبادئ العامة للقانون أو عادات و أعراف التجارة الدولية،لكن كل ذلك في حدود النظام العام و الآداب العامة، التي أضحت عبارات مطاطة يصعب إعمالها مع الانترنت ، والتي شكلت أولى العقبات التي تواجه إعمال مناهج القانون الدولي الخاص التقليدية على العقود الإلكتروني الدولية،بالإضافة إلى ذلك فإن المبدأ يثير بخصوص حدود ممارسته بحيث أنه عادة ما يفوق هذا المبدأ إلى تطبيق قوانين وطنية داخلية،و ما يترتب عن ذلك من نتائج تتنافى و طبيعة الانترنت،خاصة و أن غالبية التشريعات تحرص على أن يكون للقانون المختار صلة حقيقية ووثيقة بالعقد،و هو المر الوارد في المادة 18 من الق.م.ج المعدلة مؤخرا في سنة 2005التي نصت على أنه:"**يسري على الالتزامات التعاقدية القانون المختار من المتعاقدين إذا كانت له صلة حقيقية بالمتعاقدين أو بالعقد.**

---

[1] -ناصر حمودي،**نزاعات العقود الإلكترونية أزمة مناهج تنازع القوانين و ظهور القانون الموضوعي كبديل**،**مجلة معارف**،العدد الخامس،جامعة العقيد أكلي محند أولحاج، البويرة الجزائر،2008،ص 152.

[2]-خليفي سمير،**حل النزاعات في عقود التجارة الدولية**،المرجع السابق،ص ص 18-19.

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

و في حالة عدم إمكان ذلك،يطبق قانون محل إبرام العقد.

غير أنه يسري على العقود المتعلقة بالعقار قانون موقعه."

فقد اشترطت هذه المادة وجود صلة حقيقية بين العقد و القانون المختار ،و هو موقف غالبية القوانين الوطنية التي تحرص على عدم مخالفة النظام العام و الآداب العامة في اختيار الطرفين[1].

ثانيا:مدى ملائمة مبدأ سلطان الإرادة في حل نزاعات التعاقد الإلكتروني

تمتاز مسألة تحديد القانون الواجب التطبيق في عقود التجارة الإلكترونية بالمرونة نظرا للطبيعة الخاصة التي يتميز بها مبدأ سلطان الإرادة الذي من القانوني أن يكون تحديده بصفة منطقية و متوازية ،إلا أن في مثل هذا النوع من العقود يعيب عنه صعوبة إتمام المفاوضات بحرية بين الأطراف،غير أنه تلجأ إرادة الأطراف في بعض الحالات إلى تجزئة العقد واختيار أكثر من قانون لحكم الرابطة العقدية،و يؤدي هذا حتما إلى الإخلال بانسجام الرابطة العقدية،مما يؤدي تضارب بين قوانين مختلفة،إلى الاعتماد على قانون يقبل التوقيع الإلكتروني و يقر بصحة المستندات المحررة عن طريق شاشات الحواسيب الآلية،و يثبت صفتها بأنها محررات رسمية يقبل الإثبات بها،و قانون لا يقبل مثل هذه المعاملات و يقرر برسميتها، مما يحدث تباعد بين قانونين متضاربين اختارهما الأطراف للتطبيق[2].

كل هذا يدل على عدم ملائمة قانون الإرادة في أغلب الأحيان للتطبيق على النزاعات المترتبة عن عقود التجارة الإلكترونية،كما أنها مهما كانت الحرية التي منحت للأطراف في اختبار القانون الواجب التطبيق على العقود التجارية الدولية،إلا أن في مجال التجارة الإلكترونية فرضت على المبدأ العديد من الحدود الملزمة للتطبيق على مثل هذه العقود،و ذلك نظرا للصعوبات التي تعتري تطبيق مبدأ سلطان الإرادة ،سواء في التحديد الصريح أو التحديد الضمني لها[3].

1-الاختيار الصريح للقانون الواجب التطبيق

في هذه الحالة يتم تطبيق القانون المتفق على تطبيقه بين طرفي العقد،و هو ما يسمى (قانون الإرادة)،و قد يتم الاتفاق عند إبرام العقد و يوضع كبند فيه أو يوضع لاحقا بشكل مستقل عن العقد،و قد يكون ذلك عند تنفيذه كما لو تم الاتفاق على تحديد القانون الواجب التطبيق عند حدوث النزاع بشأن العقد المبرم بين المتعاقدين،لذلك فقد منح فقه القانون الدولي الخاص المتعاقدين حق اختيار القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية مكانة خاصة،و استطاع أن يفرض منطقه عبر المراحل التي عرفها و يعود الفضل في ذلك إلى أغلب التشريعات الوطنية التي تبنت قاعدة "العقد

---

[1] -ناصر حمودي، **نزاعات العقود الإلكترونية**...،المرجع السابق، ص 153.

[2] -خليفي سمير، **حل النزاعات في عقود التجارة الإلكترونية** ، المرجع السابق، ص ص 27-29.

[3] -خالد ممدوح ابراهيم، **إبرام العقد الإلكتروني دراسة مقارنة**، الدار الجامعية للنشر، الطبعة الأولى،2007، الإسكندرية مصر،ص 310.

شريعة المتعاقدين"،و حذت حذوها الاتفاقيات و القوانين الدولية ،نظرا لاتصالها بأكثر من قانون واحد مما يتعين تحديد القانون الملائم في حالة نشوب أي نزاع[1].

تظهر الصعوبات لهذا الاختيار في التحقق من وجود حقيقي للإرادة في التعاقد من الطرفين،و كذلك تحديد الهوية الكاملة للأطراف المتعاقدة ،و التحقق من جدية التعاقد و إثباته و إشكالية تنظيم القانون المختار للعمليات الإلكترونية كما يزيد من هذه الصعوبات عدم تنظيم القانون المختار للعمليات الإلكترونية[2].

2-الاختيار الضمني للقانون الواجب التطبيق

تؤكد الاتجاهات الفقهية في مجال التجارة الدولية أن القاضي يرفض الإرادة المستترة للأفراد ،رغم وجود علامات دالة على هذه الإرادة ،أما في عقود التجارة الإلكترونية فاستبعاد هذا الإسناد يعود إلى صعوبة تحديد القرائن و العلامات الدالة على وجود هذه الإرادة،فقد أثارة فكرة الإسناد إلى الإرادة الضمنية للمتعاقدين في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد عدة انتقادات من قبل فقهاء القانون الدولي الخاص ،إذ أن عند السكوت في تحديد القانون الواجب التطبيق التي تعود في أغلب الحالات إلى اختلافهم حول تحديد هذا القانون أو تخوفهم من أن يؤدي ذلك إلى صعوبة إتمام العلاقة العقدية فالقاضي في هذه الحالة عليه البحث عن تركيز الرابطة العقدية و إسنادها للقانون أكثر ارتباطا بالعقد،بدلا من البحث عن الإرادة الضمنية للأطراف فهذا من شأنه أن يخل بتوقعات الأطراف و يهدد الأمان الذي تستنده التجارة الدولية [3].

هذا عن رفض الاختيار الضمني لقانون العقد في العقود الداخلية،أما عن رفض الاختيار الضمني لقانون العقد في عقود التجارة الإلكترونية ،فإنه يعود استبعاد إسناد إرادة المتعاقدين الضمنية في تحديد القانون الواجب التطبيق أساسا إلى صعوبة الاعتماد على القرائن أو العلامات الدالة على الإرادة في عقود التجارة الإلكترونية،باعتبار أن أغلب العقود الإلكترونية تبرم بالغة الإنجليزية،مما يثير مشكلة الاعتماد على اللغة التي حرر بها العقد لتحديد الإرادة الضمنية للأطراف،كما يصعب كذلك الاستناد إلى إرادة الأطراف المتجهة نحو قانون الدولة التي توجد بها المحكمة المختصة بالفصل في النزاع القائم بين المتعاقدين،باعتبار أن مثل هذه العقود يمكن أن تكون المحكمة متواجدة على شبكة الانترنت ،من خلال موقع او عنوان إلكتروني لا ينتمي إلى دولة معينة بالإضافة إلى صعوبة الاعتماد على الروابط الإقليمية في تحديد الإرادة الضمنية للأطراف،لأن هذا التركيز في العالم الإلكتروني لن يكون سهلا نظرا لاعتماده على روابط افتراضية يصعب التعرف عليها[4] .

الأصل أن للمتعاقدين الحرية التامة في اختيار القانون الواجب التطبيق،و إدراج ذلك صراحة في بنود العقد و ذلك بهدف التسهيل عليهما فض النزاع و التخلص من إشكاليات تنازع القوانين و المحاكم التي تنظر موضوع النزاع في

---

[1] -ناصر حمودي، **نزاعات العقود الإلكترونية**...، المرجع السابق، ص 154.

[2] -خليفي سمير،**حل النزاعات في عقود التجارة الإلكترونية**، المرجع السابق، ص 35.

[3] -صالح المنزلاوي، **القانون الواجب التطبيق**...، المرجع السابق، ص ص 363-364.

[4] -صالح المنزلاوي،**القانون الواجب التطبيق**...،المرجع السابق، ص 265.

المستقبل،إذ أن مبدأ استقلال الإرادة لكلا المتعاقدين في غاية الأهمية بهدف ترتيب الآثار القانونية المتوخاة من العقد،و يظهر سلطان الإرادة واضحا عند اختيار القانون الذي يحكم موضوع النزاع في التجارة الدولية.

استبعد الفقه تفعيل دور قانون الإرادة في تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع،في حالة وجود شخص من أشخاص القانون الدولي طرف في العقد،لكن في الواقع العملي أصبح أطراف التعاقد يحددون القانون الواجب التطبيق تبعا لمبدأ سلطان الإرادة، حيث يعرضون منازعاتهم على هيئات التحكيم ذات الاستقلالية و الحيادية التامة بين الأطراف[1].

في الأخير نخلص إلى القول أن التشريعات الحديثة استقرت على خضوع العقود الدولية إلى مبدأ الإرادة في تحديد القانون الواجب التطبيق،و قد جاء في نص المادة 20 من القانون المدني الأردني بنصها:"**لا يمتنع على المصرف و أطراف عقود التجارة الدولية الاتفاق على تعين قانون محل تنفيذ العقد.**"،أما بالنسبة لمجموعة دول السوق الأوروبية المشتركة ،فقد ذهبت إلى أن القانون الواجب التطبيق،هو قانون الدولة محل تنفيذ العقد على الرغم من التحفظات التي تبديها العديد من الدول المتقدمة خاصة إذا كان الطرف الآخر من الدول النامية،أين تعترض على أن يكون القانون الواجب التطبيق هو قانون الدول المتقدمة،و لتسوية الخلافات التي تلجأ الأطراف المتنازعة إلى اختيار قانون دولة أخرى محايدة لفض النزاعات و تسوية الخلاف بين أطراف العقد،و لازال الخلاف بين الدول المتقدمة و الدول النامية قائما حول الأساس المنهجي الواجب إتباعه لاختيار القانون الواجب التطبيق،و الذي يرضي كافة الأطراف دون تميز و محاباة[2].

ففي حالة سكوت أطراف العقد في تحديد القانون الواجب التطبيق،فإن الأصل أن للأطراف كامل الحرية في اختير القانون الواجب التطبيق على العقد،و هو ما يسمى بالإسناد الشخصي عن حالة غياب الأطراف في تحديده صراحة أو ضمنيا،و هو ما يسمى بالإسناد الموضوعي،فقد وضعت هذه الضوابط في مجال التجارة الإلكترونية بصفة خاصة على سبيل الاحتياط لتعتمد على أساس قرائن قانونية بسيطة لتسهيل مهمة القاضي المعد للفصل في النزاع لإعمال قانون الدولة الأوثق صلة بالعقد[3].

و يتم اللجوء لهذه الضوابط عندما يتعذر على القاضي الكشف عن النية الضمنية للأطراف،فقد تستقر الأمور و ينقضي النزاع بين أطراف العقد،في حالة الاتفاق على القانون الواجب التطبيق أو اللجوء إلى جهة مخولة كهيئة تحكيم يكون من شأنها فض النزاعات و درء الخلافات عبر إجراءات تحكيمية مناسبة تحكم النزاع وتنفذ كافة بنود العقد،و من ثم الخروج من مأزق يؤدي إلى قلق أطراف العقد و يجنبهم الخسائر،و يحقق لهم المصالح المرجوة،لكن المشكلة تثور في حال

---

[1] –عيسى الصامدي، **الإثبات في عقد نقل التكنولوجيا**...،المرجع السابق، ص 73.

[2] –عيسى الصامدي،**الإثبات في عقد نقل التكنولوجيا**...،المرجع السابق، ص 74.

[3] –خليفي سمير،**حل النزاعات في عقود التجارة الإلكترونية**، المرجع السابق، ص 38.

سكوت أطراف العقد عن تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، أو إعطاء هيئة تحكيم خاصة يكون من واجبها تعين القانون الواجب تطبيقه[1].

يتضح من خلال ما سبق أن المشرع الجزائري ومن خلال نص المادة 18 السالفة الذكر أنه اعتمد فعلا على قاعدة الإسناد الخاصة بالعقود الدولية على ثلاثة ضوابط،أحدهما أساسي و هو قانون إرادة المتعاقدين،و آخران احتياطيان يتم اللجوء إليهما عند غياب أو سكوت الأطراف عن تحديد القانون الواجب التطبيق صراحة أو ضمنيا،و هما قانون الموطن المشترك و الجنسية المشتركة،و قانون محل إبرام العقد،لقد أثبتت الدراسات و الممارسات العملية إلى دعم وجود أسس ثابتة و نهائية لاختيار القانون الواجب التطبيق،في حال سكوت أحد أطراف العقد و إن حرية هيئة التحكيم في اختيار القانون الواجب التطبيق غير مطلقة، الأمر الذي أدى إلى ظهور عدة اتجاهات بين طريقة تحديد القانون الواجب التطبيق،و التي انطلقت من مبدأ تنازع القوانين حيث يستطيع المحكم الأخذ بقواعد الاختصاص لدولة الجنسية المشتركة لطرفي العقد أو الموطن المشترك لأطراف النزاع[2] .

و هناك اتجاهات أخذت بقواعد الإسناد في قانون القاضي الذي يختص بنظر النزاع أو دولة المحكم الذي يجري التحكم على أرضها و لكن هذا الاختيار مسلكا سليما و نهجا صحيحا في تحديد القانون الواجب التطبيق،الذي يستعين القاضي أو المحكم لفض النزاع[3].

ثالثا:صعوبة تطبيق قواعد الإسناد على عقود التجارة الإلكترونية

يتميز القضاء الجديد لهذا النوع من العقود بعدم اعترافه بالروابط المكانية و المرتكزات الجغرافية التي لا تجيد التعامل مع لغة الأرقام،فيظهر من تطبيق قواعد الإسناد على عقود التجارة الإلكترونية تعارضا مع الخصوصية التي تنفرد بها مثل هذا النوع العقود التي تتم عبر فضاء غير ملموس ،و الذي يتم فيه إبرام العقود و تنفيذها بنفس الطريقة أحيانا،و هذا ما يتنافى مع التركيز المكاني الذي تنصب عليه قواعد الإسناد وجودا و عدما،أين يصعب معه تحديد مكان إبرام العقد و تنفيذه و موطن و جنسية الأطراف، فالعقود التي يتم تنفيذها كلية بالطرق الإلكترونية صعوبة تركيزها في مكان معين مثلما هو الشأن في برامج الحاسوب التي يتم إنزالها مباشرة من على شبكة الانترنت فيصعب تحديد مكان التنفيذ[4].

الفرع الثاني

ضرورة وجود قانون موضوعي إلكتروني لتنظيم العقود الإلكترونية

بعد أن ثبت لدى بعض الفقه الحديث و شبه الإجماع الحاصل لديه على عدم مناسبة مناهج القانون الدولي الخاص ،على حكم علاقات التجارة الإلكترونية نظرا للصعوبات السالفة الذكر،التي جعلت من مناهج تنازع القوانين حسب

---

[1] -عيسى الصامدي، **الإثبات في عقد نقل التكنولوجيا**...،المرجع السابق، ص 74.

[2] -عيسى الصامدي، **الإثبات في عقد نقل التكنولوجيا**...،المرجع نفسه، ص 75.

[3] -خليفي سمير، **حل النزاعات في عقود التجارة الإلكترونية**، المرجع السابق، ص 45.

[4] ناصر حمودي،**نزاعات العقود الإلكترونية**...،المرجع السابق،ص 155.أيضا صالح المنزلاوي،**القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية**،المرجع السابق،ص 331.

البعض منهجا زائفا و أعمى لافتقاده لروح الدولية و قصوره عن حكم روابط التجارة الدولية التي تستدعي التدويل،و قيامها على أساس جغرافي تعترف به البيئة الافتراضية التي تأبى الخضوع لقواعد وجدت لحكم عالم مادي ملموس ،ينادي البعض بانتهاء عهد منهج تنازع القوانين،حيث قتلته الحقيقة التي أراد أن يؤكدها هذا القانون ذاته،و أصبح غير قادر على حكم قواعد التجارة الدولية الإلكترونية التي تشمل عالما مستقلا بذاته يتنافى و التقسيمات الجغرافية ،مما يحتم وجود منهج آخر موضوعي لا إسنادي و ما على فقهاء القانون إلا قدح أذهانهم لإيجاد قواعد هذا النوع الجديد من القوانين ،و اتجه أنصار هذا الاتجاه في غالبيته إلى القول بضرورة إيجاد بديل لقواعد مناهج تنازع القوانين التقليدية،و هو قانون موضوعي لا تنازعي ينبغي العمل على إرساء قواعده و العمل على تطويرها[1] .

باعتبارها ستكون مكونا لقانون موضوعي إلكتروني على غرار القانون الموضوعي للتجارة الدولية،الأمر الوحيد الذي سيمكن من تفادي المشاكل التي واجهت عجز تطبيق قواعد القانون الدولي الخاص،فيؤكد غالبية أنصار التجارة الإلكترونية أن هذا الحل البديل موجود في القواعد التي يسنها المتعاملون في مجال التجارة الإلكترونية،و يقبلونها كسلوك لهم في مجال البيئة الافتراضية، و هم قادرين على تسيير شؤونهم في ظل عجز الأدوات القانونية الوطنية منها والدولية،لتنظيم العلاقات التجارية الإلكترونية[2] .

أولا:ماهية القانون الموضوعي الإلكتروني الدولي

بالرغم من العراقيل القانونية و التقنية الكثيرة التي واجهة التجارة الإلكترونية في بداية ظهورها،إلا أن الفوائد الكثيرة التي جلبتها جعلت القوانين تتجاوز بدرجات متفاوتة ،هذه العراقيل و رغبة في الاستفادة من مزاياها و فوائدها و أهمها مساهمتها الفعلية في رفع و زيادة حجم التبادل التجاري ودعم الاقتصاد الدولي ،بالإضافة إلى ظهور المصارف المتخصصة في التعاملات التجارية عبر شبكة الانترنت،و نظرا لكون التجارة الإلكترونية تؤدي إلى مشاكل قانونية جديدة لم تواجه التجارة التقليدية [3].

فإنه يتعين التصدي لها و إيجاد حلول ووجوب البحث عن إطار قانوني جديد للتعامل مع الجوانب الجديدة لتقنيات الاتصال المتطورة من خلال تشريعات وطنية و دولية،لاسيما ما يتعلق بحل النزاعات،عن طريق إجراءات بسيطة توفر الجهد و الوقت لتهيئة المناخ الملائم لازدهار وتطوير التجارة بإزالة ما يعترضها من عقبات قانونية،خاصة وأنها تواجه بخصوص هذه النقطة صعوبة مزدوجة من جهة تحديد القانون الواجب التطبيق على نزاعاتها،خاصة و أن مناهج القانون

---

[1] -ناصر حمودي،**نزاعات العقود الإلكترونية**...،المرجع السابق،ص ص 162-163.

[2]-خليفي سمير،**حل النزاعات في عقود التجارة الإلكترونية**،المرجع السابق،ص 53.أيضا ناصر حمودي،**نزاعات العقود الإلكترونية**،المرجع نفسه،ص 164.

[3]-حمودي ناصر، **مقدمة لاقتصاد عالمي جديد:الاقتصاد الرقمي، مجلة معارف**، العدد الثامن، المركز الجامعي أكلي محند اولحاج البويرة،الجزائر،2007، ص 213.

الدولي الخاص القائمة على مرتكزات مكانية و جغرافية لم يعد يتلائم وطبيعة المعاملات التي تتم عبر شبكة الانترنت،التي تسبح في فضاء افتراضي ليس له روابط مكانية مما ينتج عنه فراغ قانوني[1].

و بخصوص مشكلة القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، نجد اتجاهين فقهيين ،الأول يرى صلاحية و ملائمة القواعد التقليدية للتطبيق دون الحاجة لإصدار قوانين حديثة ،و اتجاه آخر يذهب عكس الأول بحيث يرى بعدم صلاحية القواعد التقليدية للتطبيق على البيئة الإلكترونية التي أوجدتها الانترنت، و بالتالي يرى ضرورة إصدار قواعد جديدة تتلائم و طبيعة هذا العالم الجديد ، في حين يرى البعض أن تطبيق كلا الاتجاهين لن يكون سهلا و أن القانون الدولي الخاص عموما عادة اجتهادية المصدر،و بالتالي يجب التصدي من قبل رجال القانون للأمر دون انتظار صدور تشريعات جديدة الذي قد يستغرق أعواما عديدة خاصة و أن التشريع في المجال الدولي يلعب دورا مختصرا،لذا هذه المشاكل تحتاج إلى دراسات دقيقة[2].

يؤكد غالبية أنصار التجارة الإلكترونية أن الحل البديل متوفر في القواعد التي يسنها المتعاملون في مجال التجارة الإلكترونية،و يقبلونها كسلوك لهم في مجال البيئة الافتراضية،و هم القادرون على تسيير شؤونهم في ظل عجز الأدوات القانونية الوطنية منه و الدولية لتنظيم العلاقات التجارية الإلكترونية[3].

و هذه القواعد تكون بالضرورة بعيدة عن القوانين الوطنية،و التي جاء مولدها في أوائل القرن الأخير،بعد تنامي استخدام الشبكة الدولية للمعلومات في المسائل التجارية، حيث عرفت عدة سمات مختلفة و متقدمة في الفقه للتعبير عن ذلك سميت بقواعد التجارة الإلكترونية،لتميزها عن القواعد المادية للتجارة الدولية التي تضع تنظيما مباشرا،وخاصة للروابط القانونية التي تتم عبر الشبكات الإلكترونية و هي قواعد تستجيب في مضمونها و أهدافها للمعاملات الإلكترونية التي تتم عبر شبكة الاتصالات الدولية، نظرا لنشأتها و استقرارها في المجتمع الافتراضي[4] .

سنرى مفهوم القانون الموضوعي الإلكتروني،بالتطرق إلى تعريفه و خصائصه التي يتميز بها و ما هي أهم مصادره.

1-مفهوم القانون الموضوعي الإلكتروني

بدأ الفقهاء يناشدون بضرورة القانون الموضوعي، منذ أواخر القرن التاسع عشر،حيث أمروا على وضع قواعد مشتركة بين الدول تكفل وحدة الحلول المناسبة للمنازعات ذات الطابع الدولي أيا كانت الدولة التي يرفع النزاع أمام جهات التحكيم التابعة لها التي تكون واضحة المعالم لتسهيل تطبيقها،فالقانون الموضوعي عبارة عن كيان قانوني موضوعي ذاتي خاص بالعمليات التي تتم عبر شبكة الانترنت مما يجعله نظيرا للقانون الموضوعي للتجارة الدولية،و يتشكل من مجموعة

---

[1] -حمودي ناصر، **مقدمة لاقتصاد عالمي جديد:الاقتصاد الرقمي**، المرجع نفسه، ص 214.

[2] عن زوال مهمة منهج تنازع القوانين إطلع حموي ناصر، **مقدمة لاقتصاد عالمي جديد:الاقتصاد الرقمي**، المرجع نفسه، ص 215 وما يليها.

[3] -خالد ممدوح إبراهيم، **التحكيم الإلكتروني في عقود التجارة الدولية في القانون المقارن**، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى،2009،بيروت لبنان،ص 199.

[4] -صالح المنزلاوي، **القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية**، المرجع السابق، ص 109.

من العادات والممارسات المقبولة التي نشأت و استقرت في المجتمع الافتراضي،كما أنه قانون تلقائي النشأة و جد ليتلائم مع حاجات مجتمع قوامه السرعة في التعامل عن طريق بيانات رقمية،و يسمى القانون الموضوعي الإلكتروني[1] .

لقد تعددت مسميا القانون الموضوعي الإلكتروني،فسمي"القانون الإلكتروني"أو "قانون المعلوماتية"أو "القانون الافتراضي"أو "القانون الرقمي"،كما سماه البعض قانون التجارة الجديد،و قانون التجارة الرقمي،بينما يفضل البعض تسميتها بالقواعد المادية للتجارة الإلكترونية[2]

يمكن القول بأن تعدد تسميات هذا القانون راجع بالأساس إلى تعدد مصادره لذا سنتناول في أول نقطة تعريفه لنتناول في الثانية مصادره .

أ–تعريف القانون الموضوعي

نجد البعض عرفه :"**مجموعة القواعد التي تضع تنظيما مباشرا وخاصا للروابط القانونية التي تتم عبر الانترنت،تميزا لها عن القواعد المادية الوطنية التي تحكم روابط القانون الدولي الخاص بطريقة مباشرة**"،و يعرفه البعض بأنه:"**القانون الذي تتمثل مصادره في الممارسات التعاقدية الإلكترونية و الأعراف و العادات المستقرة في الأوساط المهنية للعالم الرقمي بالإضافة إلى القواعد الموضوعية ذات الطابع الإتفاقي الدولي و التوجيهات الأوروبية و توصيات الأمم المتحدة في هذا الشأن**"

كما يعرف على أنه القانون الذي يضع مباشرة تنظيما موضوعيا خاصا للتطبيق على المعاملات القانونية ذات الصفة الدولية،و هو عبارة عن مجموعة القواعد التي تشكل قانونا ذاتيا مستقلا و غير مرتبط بالقوانين الوطنية،كما تتميز بطابعها غير الرسمي للتطبيق في نطاق التجارة الإلكترونية،و قد وصفها البعض بأنها مجموعة القواعد التي تنشأ تلقائيا أي وليدة الأنشطة و الممارسات العادية في الوسط المهني بعيدة عن السلطات التشريعية التابعة للدول،و كذا الإلزامية التي تتميز بها الإجراءات الرسمية لخلق القواعد القانونية العادية فهي مستوحاة في الميدان التعاقدي لتكون مخاطبة لمجموعة معينة من الأشخاص المتعاملين في فضاء التجارة الإلكترونية[3].

عموما يمكننا القول بأن القانون الذي كان تلقائي النشأة من خلال تشكل مجموعة من القواعد و المبادئ التي كرسها المتعاقدين في مجال التجارة الإلكترونية،و التي ساهمت المنظمات الدولية والإقليمية و بعض القوانين الوطنية الخاصة في تكريسها و الاعتراف بها لتكون قانونا خاصا وجد أساسا لحكم العلاقات العقدية المبرمة عبر الانترنت،عن طريق مد المتعاملين بحلول مباشرة،وهذا القانون يتميز بجملة من الخصائص التي كانت سببا وراء ظهور هذا القانون.

---

[1] –حمودي ناصر، **نزاعات العقود الإلكترونية**...،المرجع السابق،ص 166.

[2] راجع في هذه التسميات تفصيلا لدى صالح المنزلاوي، **القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية**، المرجع السابق، ص ص 110-111.

[3] –خليفي سمير،**حل النزاعات في عقود التجارة الإلكترونية**،المرجع السابق،ص 55.

ب–خصائص القانون الموضوعي الإلكتروني

يتميز مبدئيا هذا القانون الحديث بحسب ما ينادي به أنصاره،على اعتبار لم نتناول إن كان فعلا يشكل نظاما قانونيا متكاملا بجملة من الخصائص التي تميزه عن قواعد القانون الدولي الخاص و حتى قانون البحار الدولي،فالقانون الموضوعي الإلكتروني ينفرد بطبيعة خاصة مقارنة بالقانون الموضوعي للتجارة الدولية،و تظهر هذه الخاصية في طبيعة المجتمع الإفترضي للمعاملات الإلكترونية الذي ظهرت فيه هذه القواعد،و التي لا نجدها في القوانين الدولية و التشريعات الداخلية، فهذا القانون يتميز بخاصية التلقائية في وضع قواعده القانونية من طرف الأشخاص المتعاملين في مجال التجارة الإلكترونية،هذا بالإضافة إلى ميزته في كونه قانون ينظم علاقات قانونية خاصة بفئة محددة من الأفراد و يخاطبهم بصفة خاصة[1] .

ظهر و على غرار القانون الموضوعي للتجارة الدولية التقليدية القانون الموضوعي الإلكتروني نتيجة توحيد الأعراف و العادات السارية في ميدان المعاملات التجارية الإلكترونية،و التي بعد تداولها و استمرار العمل بها أصبحت ملزمة للأطراف المخاطبة و تشكل قواعد قانونية تطبق في حالة ظهور إشكال في مراحل سير العملية التعاقدية، فهذه الخصائص المميزة للقانون الموضوعي الإلكتروني،و التي يمكن لنا أن نوجزها في النقاط التالية:

ب–1–القانون الموضوعي الإلكتروني قانون طائفي و نوعي

تعتبر قواعد قانونية تتواجد في المجتمع الدولي للمعاملات الإلكترونية،و هذا المجتمع الذي يتميز بمعطيات خاصة به و مشكلات ذاتية و التي تقتضي بالضرورة حلولا تتوافق مع صفة الذاتية فهذه القواعد لا تخاطب جميع الافراد بل هي مخصصة لفئة معينة من الأشخاص ،و هم المستفيدون و المتعاملون عبر الشبكة الدولية للمعلومات،لهذا الأساس سمي بالقانون الطائفي ،باعتباره قانون موجه لطائفة معينة من الأشخاص،هذا بالإضافة إلى أنه قانون نوعي حيث أن قواعده و أحكامه لا تنظم إلا نوعا معينا من المعاملات،و هي تلك التي تنشأ عن التجارة الإلكترونية و المعالجة الآلية للبيانات و المعلومات و المسائل التي تتم إلكترونيا،و بهذا القانون الطائفي النوعي نظام مؤسسي له أدواته و أجهزته وقضائه الخاص الإفترضي[2].

ب–2–قانون تلقائي النشأة

يوصف هذا القانون بأنه تلقائي النشأة،فهو لم يظهر بإحدى الطرق التي تتطلب الشكلية الرسمية،بل نشأة من العادات و الأعراف التجارية،فيبرز ويتطور حسب تطور المعاملات الإلكترونية عبر الشبكة،فجذوره تعود إلى القواعد القانونية النابعة من مجتمع ذاتي بطوائف مختلفة،ومن غير الحدود عبر القناة الرسمية لسن القوانين،و لقد صارت هذه العادات و الممارسات عبر الوقت قانونهم العام المشترك الذي يلتزمون به[3].

---

[1] –حمودي ناصر،**نزاعات العقود الإلكترونية**...،المرجع السابق،ص 174.

[2] –خالد ممدوح إبراهيم،**التحكيم الإلكتروني في عقود التجارة الدولية**،المرجع السابق،ص 205.

[3] –خالد ممدوح إبراهيم،**التحكيم الإلكتروني في عقود التجارة الدولية**،المرجع نفسه،ص 313.

فهو قانون تلقائي لأنه نتاج عادات و أعراف و ممارسات سادت بين أفراد هذا المجتمع ذاتيا،دون المرور عبر الإجراءات الرسمية مثلما عليه الحال بالنسبة للقوانين الوضعية،خاصة و أن شبكة الانترنت غير خاضعة لجهة مركزية رسمية،و لا تتبع سلطة معينة توجه العمل من خلالها و تهيمن على نشاطها[1].

ب-3-قانون دولي موضوعي

قانون دولي باعتباره ينظم فضاء افتراضي مشترك غير قابل للخضوع للقوانين الوطنية بل يتطلب قانون غير وطني أو قانون عابر للحدود،و هو ما نحن بصدد دراسته و هو القانون الإلكتروني،و أيا كانت هذه التسميات فهي تعكس أمرا هاما و جوهريا هو أن القانون لم يكن من وضع سلطة وطنية،كما أنه ليس من ضع هيئة دولية ،بل طابعه الدولي يستمده من طبيعة المعاملات التي يحكمها باعتبارها معاملات عابرة للحدود و تتصل بأكثر من دولة في ذات الوقت،فهي كلها معايير تضفي على المعاملات الصفة الدولية،فيعد الوسط الذي يطبق و يسري فيه القانون الموضوعي الإلكتروني بأنه عالم خاص و مستقل عن القوانين الوطنية،و الهيئات والمؤسسات و السلطات الإقليمية حتى الهيئات العالمية و الدولية[2].

أما قولنا بأنه قانون موضوعي أو مادي،فمعناه أنه يختلف عن قواعد القانون الدولي الخاص التي تعد أداة يستمد منها الحل ولا تحل النزاعات بطريق مباشر،بل هي قواعد غير مباشرة و محايدة،في حين قواعد القانون الموضوعي للانترنت تمدنا بالحل المباشر للنزاع دون حاجة للاستعانة بقواعد أخرى[3].

3-مصادر القانون الموضوعي الإلكتروني

تعددت مصادر القانون الموضوعي الإلكتروني بسبب الطبيعة غير المتجانسة و غير المنتظمة لهذه المصادر،و بالرغم من الاتفاق الفقهي الشبه التام على حقيقة وجود قانون موضوعي إلكتروني للمعاملات التي تتم عبر الانترنت مشكل من قواعد ذات وجود خاص ومستقل،و التي نمت وتطورت تلقائيا في أحضان التجارة الإلكترونية عبر الانترنت بصفة تلقائية غير أننا نشير إلى أهم المصادر التي كانت سببا في وجود هذه القواعد في النقاط التالية:[4]

أ-الممارسات التعاقدية

تعد الممارسات التعاقدية من أهم مصادر هذا القانون،بحيث أرست هذه الممارسات جملة من القواعد التنظيمية التي يتم التعامل بموجبها عبر شبكة الانترنت،و هي الممارسات التي يقصد بها العقود التي تتم وتبرم بين المتعاملين في مجال الشبكة، وقد سعت لتحقيق ذلك اتفاقية فيينا السالفة الذكر،لكن نظرا للانتقادات التي تلقتها هذه الاتفاقية بسبب عدم ملائمتها مع العالم الافتراضي الرقمي،سعت العديد من الجهات لوضع تنظيم قانوني للتجارة الإلكترونية على غرار لجنة الأمم المتحدة، و أي عقد لازم لإتمام عمليات التجارة الإلكترونية مثل عقود الإيواء و عقود الإيجار المعلوماتي و عقود

---

[1]- صالح المنزلاوي،**القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية**،المرجع السابق،ص 183.

[2] -حمودي ناصر،**نزاعات العقود الإلكترونية**...،المرجع السابق،ص 175.

[3]-راجع تفصيلا في ذلك:أحمد عبد الكريم سلامة،**القانون الدولي الخاص النوعي**...،المرجع السابق،ص ص 59-61،نقلا عن حمودي ناصر،**نزاعات العقود الإلكترونية**...،المرجع نفسه،ص 176.

[4] -أنظر في هذا الصدد صالح المنزلاوي،**القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية**،المرجع السابق،ص 116.

إنشاء مواقع إلكترونية أو متجر افتراض،و هي كلها عقود أرست العديد من الممارسات التعاقدية و شكلت قواعد متبعة في غالبية الدول التي انتشرت فيها الانترنت[1].

ب–الأعراف و العادات المستقرة

تعتبر مرادفا لتلك العادات التي كانت معروفة بين التجار و المهنيين،و التي وضعت أصلا لإتباعها في معاملاتهم عبر الدول،كما يعبر عنه بالمعنى الواسع عن كل الأفعال أو الممارسات التي تحدث في وسط اجتماعي،كما نجدها متفق عليها في منطقة معينة و من طرف أشخاص معينين يلتزمون بإرادتهم الحرة بإتباعها فيما يبرمون من صفقات ،وتحدد عادة في شكل نماذج و للأطراف اختيار النموذج الموافق لمعاملاتهم،كما تعتبر كذلك بأنها جملة من الأعراف والتقاليد التي استقر عليها العمل تلقائيا من قبل متعاملي الانترنت،مما جعل منها قواعد مهنية ذات طبيعة تعاونية خاصة بكل مجال من مجالات التعاون عبر لانترنت[2] .

فهي تعتبر الحل الأمثل و المبتكر لتنظيم استخدام شبكة الانترنت و التجارة التي تتم عبرها خاصة وأنها أثبتت قدرتها على مواكبة التطورات التكنولوجية المتسارعة،و ما قد تسفر عنه مستقبلا في ظل ما يعرفه تطور القانون من بطء[3] .

ج–تقنيات السلوك

ظهرت قواعد السلوك إلى جانب كل من الاتفاقيات و التوصيات الدولية،أو ما يسمى بتقنيات السلوك،و التي تعتبر من القواعد التي وضعتها مجموعة من المتعاملين و المهنيين بشبكة المعلومات الدولية،و تمثل أهم المبادئ و الأحكام التي تدخل في دائرة قواعد السلوك في العمل على احترام كل طرف لمثل هذه القواعد،عدم إلحاق الضرر بالطرف الآخر عند استخدام الحاسب خرقا لمجال العمل المعلوماتي للآخرين،أو استخدام الحاسب الآلي في السرقة أو انتحال صفة الغير[4] .

أعدت غرفة التجارة الدولية في عام 1987بالإشتراك مع عدد من المنظمات الدولية قواعد السلوك الموحدة للتبادل الإلكتروني للبيانات التجارية عن طريق الإرسال عن بعد،فوضع تقنين للسلوك يعد من التراث المشترك لكل الجماعة الدولية،و هي تمهيد لوضع قواعد تشريعية وطنية و دولية تحكم التعامل عبر شبكة الانترنت،كما حث وزير الاتصالات الفرنسية François Fillonبمناسبة اجتماع مجلس الوزراء الأوروبي الخاص بالمعلومات و الاتصالات في بولونيا بتاريخ 24أفريل1996الدول الأعضاء عل أهمية التعاون الدولي من أجل إصدار ما يسمى "تقنين حسن السلوك"أثناء التعامل عبر الانترنت و إعداد قوانين وطنية تساير تلك التقنيات[5].

فالقانون الموضوعي الدولي للمعاملات التي تتم عبر الوسائل الإلكترونية،أو ما يسمى بالقانون المادي الإلكتروني،و الذي يعمل على تقديم الحل الموضوعي المباشر أو المادي لموضوع النزاع دون الإحالة إلى قوانين أخرى،و هو مستمر أصلا من

---

[1] –خليفي سمير،**حل النزاعات في عقود التجارة الإلكترونية**،المرجع السابق،ص 61.

[2] –حمودي ناصر،**نزاعات العقود الإلكترونية**...،المرجع السابق،ص 168.

[3] –حمودي ناصر،**النظام القانوني لعقد البيع الإلكتروني**...،المرجع السابق،ص 436.

[4] –خالد ممدوح ابراهيم،**التحكيم الإلكتروني**،...المرجع السابق،ص 208.

[5] –أنظر حمودي ناصر،**النظام القانوني لعقد البيع الدولي الإلكتروني**...،المرجع السابق،ص 437.

أعراف و عادات و ممارسات عملية وسط الجماعة المهنية المتكونة أساسا من المتعاملين،في مجال التجارة الإلكترونية و التي تحدث عنها أنصار المجتمع الافتراضي،أنه من المستحيل على التشريعات الوطنية و حتى المعاهدات الدولية مسايرة و تغطية ميادين العلاقات الإلكترونية،باعتبار أنها تتصف بالسرعة [1] .

عرفت إقبالا واسعا من طرف جهات مختلفة قصد تنظيم القانون و العمل على إضفاء الصيغة الرسمية له، و من ثم يصبح العمل به بصفة قانونية يمكن الدفع به كحجية في الإثبات بعيدا عن القوانين الوطنية و الدولية و التي تتصف في أغلب الأحيان بمحدودية تطبيقها و عدم ملائمتها للفضاء الإلكتروني التي تجرى فيه مثل هذه العقود[2].

يفرض هذا المنطق علينا البحث في الطبيعة القانونية التي يتمتع بها القانون الموضوعي الإلكتروني باعتبار ظهوره بعيدا عن الجهات الرسمية و التشريعية الوطنية و الدولية[3].

هذه المعطيات تدفعنا إلى البحث في مدى تمتع القانون الموضوعي الإلكتروني بصفة النظام القانوني، و هذه الفكرة تلزمنا بضرورة دراسة فكرة النظام القانوني بتقديم تعريفه و كذا دراسة النقائص[4].

غير أنه مهما قيل عن وجود قانون موضوعي دولي يحكم العمليات التي تتم عبر شبكة الانترنت، فإن الواقع يدفع إلى التشكيك في وجود هذا القانون و قدرته على حسم كل المنازعات التي تثور بشأن تلك المعاملات، فهل هو فعلا يعد نظاما قانونيا متكاملا يجعلنا يستغني عن مناهج القانون الدولي الخاص، أم أنه يشكل مجرد أداة ثانوية تمدنا بالحلول كلما عجزنا عن إيجادها في مناهج القانون الدولي الخاص أو غيره من القوانين الأخرى؟ و هو السؤال الذي سنجيب عليه من خلال التطرق إلى مدى تمتع القانون الموضوعي الإلكتروني بصفة النظام القانوني؟[5]

ثانيا:مدى تمتع القانون الموضوعي الإلكتروني بصفة النظام القانوني

اختلف فقهاء قانون التجارة الإلكترونية في إعطاء صفة النظام القانوني للقواعد المادية التي تشكل القانون الموضوعي الإلكتروني بالمعنى الدقيق لهذا العقد[6].

يعرف الفقه عموما النظام القانوني بأنه:"**مجموعة متناسقة من القواعد تتأتى من مصادر مرتبطة على نحو تدريجي، و تستلهم نفس المجموعة من المبادئ و ذات الرؤية للحياة، و العلاقات داخل الوحدة الاجتماعية التي يجب تحكمها**"، بالإضافة إلى وجوب وجود تنظيم عضوي أو هيئة متماسكة لها مقوماتها و قدرتها على خلق قواعد سلوكية، وفي ذلك يقول بعض الفقه أن فكرة النظام القانوني فكرة مركبة ذلك أن"**القانون قبل أن يكون قاعدة، و قبل أن يكون**

---

[1] –خالد ممدوح ابراهيم،**التحكيم الإلكتروني**...،المرجع السابق،ص 210.

[2] _ صالح المنزلاوي، **القانون الواجب التطبيق**...، المرجع السابق، ص 112.

[3] _ خالد ممدوح إبراهيم، **إبرام العقد الإلكتروني**...، المرجع السابق، ص 312.

[4] _ خليفي سمير، **حل النزاعات في عقود التجارة**...، المرجع السابق، ص 69.

[5] _ حمودي ناصر، **نزاعات العقود الإلكترونية**...، المرجع السابق، ص 176.

[6] _ صالح المنزلاوي، **القانون الواجب التطبيق**...، المرجع السابق، ص 195.

له صلة بالروابط القانونية فهو تنظيم بناء و توجه المجتمع ذاته الذي يسري فيه، و الذي يشكل به وحدة، أو كائنا قائما بذاته"،فهل يتوفر ذلك في القانون الموضوعي الإلكتروني؟

اختلف الفقه بصدد إجابته عن هذا السؤال مابين نفي لصفة النظام القانوني عن قواعد القانون الموضوعي الإلكتروني مبرزا نقائصه التي تحول دون ذلك و ما بين مؤكد لصفته القانونية المنتقلة و هو ما سنتناوله في النقطتين التاليتين[1]:

و يضيف الفقيه الإيطالي Romano santi أنه نظام قانوني يجب أن يشمل على مجتمع متجانس بدرجة كافية و سلطة مؤثرة داخل ذلك الكيان و مجموعة قواعد تنظيم سلوك الأشخاص داخل هذا النظام[2].

1- نفي صفة النظام القانوني عن القانون الموضوعي الإلكتروني:

يؤسس هذا الاتجاه رأيه على عدم وجود وحدة بين المتعاملين في مجال التجارة الإلكترونية فيعتبر سوق يجمع بين العديد من الأشخاص، فمنهم مهنيين و مستهلكين و تجار مكونين بالصدفة تكون وجهة نظرهم غير متناسقة و غير منتظمة مع بعضها البعض[3].

يظهر في هذه النقطة أن الدول غير المتعاونة في هذا المجال، و ليس لديها الاستعداد الكافي بترك المنازعات التي يكون أحد رعاياها طرفا فيها كي يحكمها هذا القانون فضلا عن أن المصالح الاقتصادية و السياسية المتعارضة للدول ستمنع كل محاولة لإنشاء أول اكتمال مثل هذا القانون الموضوعي و جعله يشكل نظام قانوني يفرض و يلزم جميع الأطراف باحترامه[4].

وقد عرض الأستاذ Hobbes لنظرية تنازع القوانين أو تعارض المصالح داخل المجتمع الشبكي،مؤكدا أن وجود هذا التنازع يكون في أقصى حالاته في الغرض الذي لا يستطيع فيه الأفراد أن يحددوا المصالح الخاصة لكل منهم أو مصالح الجماعة ككل،و انطلاقا من مفهوم النظام القانوني توصل البعض إلى نفي هذه الصفة عن القانون الإلكتروني الموضوعي للانترنت ،و ذلك لأسباب متعددة منها ما يتعلق بحقيقة ما إذا كان مجتمع المتعاملين في مجال الانترنت يشكلون مجتمعا حقيقيا قائما بذاته،و منها ما يتعلق بمدى كمال قواعد هذا القانون للقول باكتمال هذا النظام القانوني و هو ما نبينه فيما يلي :

أ-مدى حقيقة المجتمع الافتراضي

يرى أنصار نفي صفة النظام القانوني عن قواعد القانون الموضوعي للانترنت،أنه لا يمكن الجزم بوجود مجتمع متناسب ومنسجم لكل المتعاملين مع شبكة الانترنت قادر في حد ذاته على خلق قواعد سلوكية ملزمة لهم،بل هو مجتمع تتعارض أصلا مصالح أشخاص من ناحية و من ناحية أخرى فإن الدول النامية حول تدابير و زيادة عمل سبق فإن الإدعاء

---

[1] _صالح المنزلاوي، **القانون الواجب التطبيق**...، المرجع نفسه، ص 270.

[2] _ حمودي ناصر، **نزاعات العقود الدولية**...، المرجع السابق، ص 177.

[3] _ خليفي سمير، **حل النزاعات في عقود التجارة الإلكترونية**، المرجع السابق، ص 72، أيضا حمودي ناصر، **نزاعات العقود الإلكترونية**...، المرجع السابق، ص 177.

[4] _ خليفي سمير، **حل النزاعات في عقود التجارة الإلكترونية** ، المرجع نفسه، ص 73.

بوجود مجتمع افتراضي مستقل عن كل الدول ،هو افتراض يصعب قبوله من قبل المتعاملين مع شبكة الانترنت و مقدمي خدماتهم في الأصل آدميون من لحم و دم و لهم مواطن حقيقية و يقومون بدفع التزامات مالية حقيقية من خلال بنوكهم،فحسب هذا الاتجاه فإنه لا وجود لمجتمع مستقل عن مجتمعنا الحقيقي يجعل من القواعد الحاكمة له مشكلة لنظام مستقلا و موازيا لنظمنا القانونية القائمة[1] .

ب–عدم توافر الإلزام في قواعد القانون الموضوعي الإلكتروني

سبق القول بأن قواعد القانون الموضوعي للانترنت هي سلوك محددة و تلقائيا في نشأتها و في مضمونها،و لا يتوفر فيها عنصر الاعتقاد بالإلزام الذي يعد شرطا ضروريا لتحويل العادة إلى عرف واجب الاحترام،بالإضافة إلى عدم تضمنها الجزاء الذي يكفل احترامها باعتبارها قواعد نابعة عن الإرادة الذاتية للمتعاملين و يعتمد تطبيقها على إرادتهم،و بالتالي فالحاجة تظل قائمة لتدخل الدولة و القواعد القانونية الوطنية ذات الصلة،مما يدعم رأي القائلين بانعدام صفة النظام القانوني في قواعد القانون الإلكترونية ،خاصة أنه قد سبق وأن قلنا بأن الانترنت شبكة عالمية غير خاضعة لأي سلطة مركزية[2].

ج–نقص و قصور قواعد القانون الموضوعي الإلكتروني

لا يزال القانون الموضوعي الإلكتروني حتى لا تكون بصدد عرقلة تطوره المستقبلي في بداياته الأولى بل هو كالجنين في طور التكوين،كما أنه بالرجوع إلى مصادر القانون الموضوعي للتجارة الإلكترونية نجدها مخيبة للآمال و غير شاملة لكل فروع القانون خاصة و أن كررنا مرارا بأن العقود المبرمة مست كل فروع القانون سواء كانت الخاصة منها أو العامة،و بالتالي لابد من العودة للقوانين الداخلية في العديد من المجالات،مثل الاستهلاك و القانون المالي و القانون الذي يحكم شروط صحة العقد،و بالتالي انتهى أنصار هذا الاتجاه إلى أن الانترنت لا تتطلب تعديلا أساسيا في الطرق التقليدية للقانون الدولي الخاص،و لا وجود لما يدعو إلى لهجره وانتهى بهم إلى القول بحل التنازع الموجود بين الأنصار و لا وجود لما يدعو لهجره و انتهى بهم إلى القول بحل التنازع الموجود بين أنصار القانون الدولي الخاص و أعدائهم، بالقول بالتعاون بين القوانين الموجودة التي تتلائم مع التطورات الجديدة و وضع قواعد جديدة لسد الثغرات التي قد يكشف عنها الواقع، غير أن هناك اتجاه فقهي قوي آخر لا يتماشى و ما تصلنا إليه، و يدافع بقوة عن تمتع القواعد المادية الإلكترونية أو القانون الإلكتروني بصفة النظام القانوني المتكامل، الأمر الذي يجعله حده كافيا للتطبيق على عقود التجارة الإلكترونية الدولية و لا حاجة له للتعاون مع باقي القوانين الأخرى أيًا كانت[3].

2–الاعتراف بصفة النظام القانوني للقانون الموضوعي الإلكتروني الدولي:

[1] –للمزيد من التفصيل راجع صالح المنزلاوي،**القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية**،المرجع السابق،ص 204.

[2] –حمودي ناصر،**نزاعات العقود الإلكترونية**..،المرجع السابق،ص ص 178–179.

[3] _ حمودي ناصر، **نزاعات العقود الإلكترونية**...، المرجع نفسه، ص 180.

يذهب أنصار هذا الاتجاه في محاولة التصدي للاتجاه السابق، إلى التأكيد على وجود مجتمع افتراضي كوحدة واحدة متماسكة بدرجة كافية، و يتمتعون بفكر واحد و مرتبطون بعلاقات و معاملات وثيقة، مما يجعلهم يشكلون مجتمعا دوليا حقيقيا يتولى أعضاؤه وضع القواعد السلوكية التي تحكم معاملاتهم و من ثم فإن القواعد التي تصدر عنها تتمتع بالقوة و الفعالية في الفصل في النزعات المتعلقة بنشاطها، كما تفرض الجزاءات التي تضمن لتلك القواعد الاحترام.

فعلى خلاف الاتجاه السابق يذهب أنصار هذا الاتجاه القول بأن القواعد المادية للتجارة الإلكترونية تشكل نظاما قانونيا ذو طبيعة موضوعية خاصة، تتشكل من العادات و الممارسات التي استقر العمل بها في المجتمع الافتراضي و أن مجتمعها مجتمع خاص و هو مجتمع دولي حقيقي يتولى أعضائه وضع القواعد السلوكية التي تحكم معاملاتهم[1]، و له قضاؤه المستقل و عاداته الافتراضية و أحكام جبرية كفيلة بفرض الجزاء على مخالفة القواعد السلوكية، التي لها قيمة قانونية لاسيما حالة القانون النموذجي الذي وضعته غرفة التجارة الدولية بباريس، كما تجتمع العناصر التي تجعل من قواعده تشكل نظاما قانونيا مستقلا في وجود مجتمع متماسك و متجانس في مجال التجارة الإلكترونية و وجود جهات تسهر على تقنين قواعد السلوك، و كذا وجود جزاء مقرون بهذه القواعد يطبق في حال مخالفتها مما يجعل الوقت قد حان لإعلان استقلال المجتمع الشبكي[2].

فقد اجتمعت القواعد المادية للتجارة الإلكترونية للعناصر اللازمة لتكوين نظام وطني مستقل ومتميز، و ذلك مع وجود مجتمع متجانس من المتعاملين في مجال التجارة الإلكترونية و وجود هيئات و أجهزة تقوم بمهمة تنقية القواعد السلوكية و صياغتها و السهر على احترامها، و من بينها غرفة التجارة الدولية و لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، و أ، هذه القواعد لا تفتقر إلى الجزاء عند مخالفتها و هذا دليل يفرض الإعلان عن استقلال هذا المجتمع الشبكي من أي تدخل أو رقابة من قبل الدولة[3].

و بالتالي يرى البعض أنه مثلما سادت فلسفة قانون التجارة الدولية قديما لما شكك في قدرة قواعد القانون الدولي الخاص، و قيل بضرورة أن تطل التشريعات الوطنية حبيسة حدود الدولة التي لا تستطيع حكم العقود الدولية المركبة و المعقدة في إبرامها و تنفيذها، مقارنة بالعقود الداخلية البسيطة، و من ثمة ليس من السهل إطلاق توصيفها في إطار نظرية العقد الداخلية التقليدية، خاصة و أنه هناك من قال أنه ليس هناك عقد دولي بسيط و إنما يوجد مزيج من العقود الداخلية[4].

في الأخير نخلص إلى القول إذا كانت المبادئ العامة فكرة عامة للقانون تعني محاولة استخلاص المبادئ الأولية التي تشكل الأساس القانوني للنظم القانونية المختلفة بما يعطي لها طابعا عموميا للتطبيق فإنه يجب أن نعي أن محاولة وضع تقنين السلوك أو قانون نموذجي مكونا لمبادئ عامة تحكم العلاقات العقدية، يستلزم ضرورة عدم الاكتفاء بذكر المبادئ

---

[1] _ مشار له لدى، صالح المنزلاوي، **القانون الواجب التطبيق**...، المرجع نفسه، ص 205.

[2] _ حمودي ناصر، **نزاعات العقود الإلكترونية**...، المرجع السابق، ص 181.

[3] _ حمودي ناصر، **النظام القانوني لعقد البيع الدولي الإلكتروني**...، المرجع السابق، ص 447.

[4] _حمودي ناصر، **نزاعات العقود الإلكترونية**...، المرجع السابق، ص 182.

المجردة و المتفق عليها في الدول المختلفة" كمبدأ حسن النية، و مبدأ العقد شريعة المتعاقدين"، و إنما ينبغي مواجهة المشاكل العقدية التي تواجه المتعاقدين سواء تلك المتعلقة بتكوين العقد أو بتنفيذه و ذلك في محاولة التوفيق بين الأنظمة القانونية المختلفة، كما يذهب أنصار هذا الاتجاه إلى إعطاء الإرادة الفردية دورا متزايدا في مجال تنظيم العقود الإلكترونية المبرمة عبر الانترنت خاصة و أنه ثبت أن العقد قادر على تنظيم المنازعات الدولية، حيث أن تكرار الاتفاق على بعض النصوص و الأحكام في مجال التجارة الدولية الإلكترونية سيحولها إلى عادات متداولة، فهذا من شأنه أن يكسبها قوة فعلية يعززها غياب القواعد التشريعية الوطنية التي تعالج الجوانب الفنية لتعامل من خلال شبكة الانترنت، فمسألة وجود النظام القانوني للقواعد المادية للعقد الإلكتروني أصبحت مسألة واقع يتخطاها البحث، باعتبارها كافية لسد الثغرات و وضع الحلول للمشكلات التي تثار بمناسبة التعاقد الإلكتروني بشكل خاص و التجارة الإلكترونية بشكل عام.

و في الختام نخلص إلى القول بخصوص مدى صلاحية مبادئ تنازع القوانين في القانون الدولي الخاص للتطبيق على عقود التجارة الإلكترونية المبرمة عبر الانترنت و أن نظرية مناهج تنازع القوانين تمر بأزمة ترجع بالدرجة الأولى لما تتصف به قواعدها من جمود و حياد و تجريد لا تتناسب و خصوصيات العقود الإلكترونية الدولية، فهي أزمة تعجل بتوقيع شهادة وفاتها، و في نفس الوقت عجلت بالبحث عن بديل لها و تتمثل في إيجاد قواعد موضوعية ذات غاية مادية تأخذ بعين الاعتبار نتائج تطبيق القانون و ليس فقط الاكتفاء بتحديد القانون الواجب التطبيق، تستجيب خصوصيات شبكة الانترنت التي شكلت عالما افتراضيا تجري من خلاله التصرفات الاقتصادية للمتعاملين الاقتصاديين الجدد لابد لهم من قواعد خاصة و جديدة تحكم تصرفاتهم، وهي القواعد التي يمكن أن تشكل بداية لتوقيع شهادة ميلاد لقانون نوعي جديد يسمى بالقانون الموضوعي الإلكتروني[1].

الفرع الثالث

تحديد الجهة القضائية المختصة لحل نزاعات التي يثيرها التعاقد الإلكتروني

يطرح موضوع الاختصاص الدولي عندما تتضمن الدعوى عنصرا أجنبيا، كأن يكون أحد الطرفين المتقاضين أجنبيا، أو يكون موضوع الدعوى يتناول حقا موجودا في الخارج أو عملا قانونيا تم في أرض دولة أجنبية، أو حادث وقع في الخارج، و لذلك تقوم قواعد الاختصاص الدولي بتحديد الدولة التي يعود إلى محاكمها حق النظر في الدعوى، إذ تعتبر المعاملات التجارية التي تبرم عبر وسائل إلكترونية من خلال الشبكات الدولية للاتصالات باختلافها و تنوعها وكذا سهولة إبرامها من بين المجالات الأكثر استعمالا من قبل المتعاقدين، مما جعلها تفرض نفسها في عالم التجارة الدولية منافسة في ذلك المعاملات التجارية التقليدية، فرغم التنوع و السهولة في إبرام العقود يقابلها تزايد في المنازعات بين الأطراف المتعاقدة سواء في إبرامها أو تنفيذها، إذ يرجع البعض سبب ظهور هذه النزاعات بين الأطراف يكمن في غياب التواجد المادي للمتعاقدين لحظة إبرام العقد[2].

---

[1] _حمودي ناصر، **نزاعات العقود الإلكترونية**....، المرجع السابق، ص 184.

[2] _ خليفي سمير، **حل النزاعات في عقود التجارة الإلكترونية**، المرجع السابق، ص 85.

أولا: المبادئ العامة في تنظيم الاختصاص القضائي الدولي

تتفق أغلب الدول في تحديد الاختصاص القضائي في ظل غياب الاتفاق الصريح للأطراف المتعاقدة على تعيين الجهة القضائية المختصة على عدة معايير منها، اختصاص محكمة موطن المدعي عليه أو محل إقامته، و مكان إبرام أو تنفيذ الالتزام التعاقدي بالإضافة إلى ضابط جنسية الطرفين المتعاقدين كمعيار لتحديد الرابطة القانونية بينهم و المحكمة المختصة، و هي القاعدة في الاختصاص الدولي للمحاكم كما هو مستقر في القوانين الداخلية للدول و القانون الدولي[1].

و يتم تعيين اختصاص المحكمة على أساس ارتباطات جغرافية أو شخصية فالارتباط الجغرافي هو الذي يمنح الاختصاص لمحكمة موطن المدعى عليه أو موطن المدعي أو مكان تواجد المال موضوع النزاع، و يعد الاختصاص أيضا لمحكمة مكان نشوء أو تنفيذ الالتزامات[2].

1-القاعدة العامة في تحديد المحكمة المختصة بالفصل في النزاع

ينعقد الاختصاص طبقا لهذا الضابط لمحاكم الدولة التي يوجد بها موطن أو محل إقامة المدعى عليه،وها ما هو مستقر عليه في مختلف الأنظمة القانونية الداخلية للدول،و مفاده أن المدعي الذي يسعى إلى المدعى عليه في محكمته،و مراعاة لاعتبارات العدالة و حاجة المعاملات الدولية التي تقضي بتوفير الرعاية للمدعى عليه بمقاضاته أمام محكمة موطنه،و قد أكدت على هذا الضابط اتفاقية بروكسل لدول الإتحاد الأوروبي،كما نجد المشرع الجزائري قد سلك نفس الاتجاه[3].

فمبادئ الاختصاص القضائي تقوم على ضابط موطن المدعى عليه طبقا لنص المادة 37 من ق.إ.م.إ الجزائري التي نصت على أنه:" **يؤول الاختصاص الإقليمي للجهة القضائية التي يقع في دائرة اختصاصها موطن المدعى عليه ،و إن لم يكن له موطن معروف ،فيعود الاختصاص للجهة القضائية التي يقع فيها آخر موطن له،و في حالة اختيار موطن،يؤول الاختصاص الإقليمي للجهة القضائية التي يقع فيها الموطن المختار،ما لم ينص القانون على خلاف ذلك.**"[4]

---

[1] _ أخذ بهذه المعايير المشرع الجزائري في المادتين 18 و 19 من الأمر رقم 05-10 المتضمن القانون المدني، المرجع السابق.

[2] _ بولين انطوانيوس أيوب، **تحديات شبكة الانترنت على صعيد القانون الدولي الخاص، دراسة مقارنة** ، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، 2006، بيروت لبنان، ص 84.

[3] -خليفي سمير،**حل النزاعات في عقود التجارة الإلكترونية**المرجع السابق،ص 99.

[4] -القانون رقم 08-09المؤرخ في 25-02-2008المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية،ج ر عدد 12 الصادر في 23أفريل 2008.

و لا يختلف الأمر في مجال التجارة التي تتم عبر الطرق الإلكترونية ،فمبدئيا يؤخذ بقاعدة اختصاص محكمة موطن المدعى عليه،فليس هناك ما يمنع لرفع الدعوى أمام محكمة موطن المدعى عليه أو محل إقامته أو مكان تنفيذ الالتزام الرئيسي للمدعى عليه،وقد أوردت اتفاقية بروكسل عدة استثناءات فيما يخص تحديد الاختصاص القضائي،و ذلك على خلاف القاعدة في اختصاص محكمة موطن المدعى عليه،و هذا بالنسبة للمنازعات الخاصة بعقود المستهلكين ،حيث نصت المادة 14من اتفاقية "لوجانو"أنه :"**في حالة عدم وجود اتفاق صريح في شأن الاختصاص بين طرفي العقد على أن يكون المستهلك أن يرفع دعواه أمام محاكم الدولة التي يقع فيه موطن المتعاقد معه،أو محاكم الدولة التي يقع فيها موطن محل إقامة المستهلك.**"

يفرض على المتعاقد مع المستهلك الذي يرغب في رفع الدعوى عليه التوجه غلى محكمة موطن المستهلك،و يشترط لانطباق قواعد الاختصاص القضائي بمنازعات العقود مع المستهلكين،خصوصا فيما يتعلق باختيار المستهلك رفع الدعوى أمام محكمة موطنه أن يتعلق العقد بسلع وخدمات و أن يكون قد سبق إبرام العقد إعلان في دولة المستهلك بدعوته إلى التعاقد[1].

باعتبار أن اختصاص مقدمي السلع و الخدمات منتشرون في جميع أرجاء العالم و لا يصح التصور بتكليف المستهلك معاناة التنقل إلى آخر العالم لرفع دعواه على تاجر أو مورد خدمات معين،و قد اعتمد القانون الجزائري على فكرة موطن المدعى عليه كأساس الاختصاص الإقليمي و ذلك لعدة اعتبارات،منها أن الأصل براءة ذمة المدعى عليه حتى يثبت عكس ذلك،و على المدعي إثبات ذلك في موطن المدعى عليه و أن الدين مطلوب و ليس محمول،فعلى المدعى أن يطالب بدينه في موطن المدعى عليه،مما يؤكد وجود نوع من التوازن بين مراكز الخصوم،فكما أن المدعي من حقه أن يرفع الدعوى في أية مرحلة ،فما عليه إلا أن يذهب حيث يقيم المدعى عليه لرفع دعواه باعتباره المكان الذي تتركز في الغالب أدلة الإثبات،و يبقى أن هذا الضابط يثر العديد من الصعوبات عند تطبيقه على نزاعات التجارة الإلكترونية و هو ما سنراه لاحقا[2].

2-اختصاص محكمة محل إبرام العقد أو تنفيذه كاستثناء عن القاعدة العامة

[1] -خليفي سمير،**حل النزاعات في عقود التجارة الإلكترونية**،المرجع السابق،ص ص 100.

[2]- نبيل صقر،**الوسيط في شرح قانون الإجراءات المدنية و الإدارية،الخصومة،التنفيذ، التحكيم**،دار الهدى للطباعة و النشر،الطبعة الأولى،2008،الجزائر،ص ص 65-66.

يقصد بهذا المبدأ اختصاص محكمة المكان الذي نشأ فيه الالتزام أو اختصاص محكمة الدولة التي يتم تنفيذ الالتزامات التعاقدية فيها،و يطبق هذا الاختصاص في أغلب الأحيان على الأطراف الأجنبية التي ليس لها موطن أو محل إقامة في البلد الذي تم فيه إبرام أو تنفيذ محل النزاع،و تختص في دولة تنفيذ الالتزامات التعاقدية طبقا لقانون القاضي الاسترشاد بنية الأطراف،و طبيعة العقد إذ يتعلق الأمر بتفسير أحد قواعد الاختصاص الوطنية،فدفع الثمن عن طريق تقديم بطاقة الائتمان و رقمها الإلكتروني إلى البائع أو تقديم الاستشارة القانونية عبر الانترنت يعد تنفيذا للعقد في بلد المستفيد منها و ينعقد الاختصاص لمحاكم دولته ،غير أن هذا الاتجاه الذي يرى بإمكانية اللجوء إلى محل إبرام العقد طبقا لضوابط المحاكم التقليدية،للعديد من الانتقادات فالمشكلة تكمن في صعوبة تحديد المكان في الاتصالات الدولية فمن الصعب تحديده،بالإضافة إلى أن أغلب العقود الإلكترونية تبرم و تنفذ بواسطة الكترونية فيصعب تحديد مكان تنفيذ العقد ،فحتى الدفع بطريقة آلية يمكن القيام بها في أي مكان من العالم[1] .

ثانيا:تطبيق ضوابط الاختصاص على نزاعات التعاقد الإلكتروني

تقوم كل دولة بتحديد قواعد الاختصاص التي تطبق على إقليمها،سواء بمنح الحرية للأطراف في تحديده أو بتحديد الاختصاص طبقا لضوابط إسناد موضوعية،لكن السؤال الذي يطرح في هذا المقام هل تتلائم هذه الطرق في العالم الجديد،و في هذا المجال اتجه جانب من الفقه إلى القول بإمكانية اللجوء إلى المحاكم التقليدية،و ذلك لحل النزاعات المتعلقة بعقود التجارة الإلكترونية،و هذا استنادا إلى القواعد العامة لتحديد الاختصاص القضائي[2].

1-حق الأطراف في تعيين المحكمة المختصة

أجازت المعاملات الدولية للأطراف حرية تحديد السلطة القضائية المختصة بنظر النزاع قائم أو محتمل،و ذلك تطبيقا لمبدأ سلطان الإرادة في تعين المحكمة المختصة،و هو الضابط المتعلق عليه في أغلب التشريعات المقارنة بغض النظر عن نوع النزاع ،نجد منها الجزائر إذ نصت في المادة 46من ق.إ.م.إ على أنه:"**يجوز للخصوم الحضور باختيارهم أمام القاضي، حتى و لو لم يكن مختصا إقليميا**.

[1] -خليفي سمير،**حل النزاعات في عقود التجارة الدولية**،المرجع السابق،103.

[2] -خليفي سمير،**حل النزاعات في عقود التجارة الدولية**،المرجع نفسه،ص 91.

يوقع الخصوم على تصريح بطلب التقاضي ،و إذا تعذر التوقيع يشار إلى ذلك.

يكون القاضي مختصا طيلة الخصومة،و يمتد الاختصاص في حالة الاستئناف إلى المجلس القضائي التابع له."،يمنح للأطراف الحرية للخروج عن مبادئ الاختصاص بالاتفاق على الابتعاد عن تلك القواعد بمنح الاختصاص لمحكمة أخرى يقع في دائرتها موطن أو محل إقامة المدعى عليه،و هو ما يعرف بشرط الاختصاص القضائي،و هو المبدأ الذي جاء في نص المادة 23من لائحة الاتحاد الأوروبي رقم 2001/144الصادرة عن المجلس في 2000/12/22المتعلق بالاختصاص القضائي و الاعتراف و تنفيذ الأحكام[1].

يعد الاتفاق على الاختصاص بين طرفي العقد سابقا على قيام النزاع أو لاحقا،أي بعد نشوب النزاع حول الموضوع و هذا الاتفاق قد يكون صريح أو اختيار المحكمة ضمنيا، فرفع الدعوى أمام محكمة غير مختصة يكون قبول اختصاصها ضمانا من قبل المدعي و مثول المدعى عليه أمام هذه المحكمة و سيره في إجراءات التقاضي دون إثارة دفع بعدم اختصاصها للنظر في النزاع و هذا قبل الدخول في مناقشة الموضوع يعني قبوله ضمنيا بهذا الاختصاص،و يعتد على الاتفاق الذي يتم من خلاله تعين المحكمة المختصة أ ن يكون مكتوبا سواء بإدراج بند في العقد يولي الاختصاص لمحاكم دولة معينة،أو بإدراج بند تحكيمي و في هذه الحالة يخرج النزاع بصفة كلية من ولاية القضاء و هذا ما ذهبت إليه اتفاقية بروكسل التي نصت في المادة 17 من معاهدة بروكسل السالفة الذكر،و التي نصت على شروط اختيار القاضي للفصل في النزاع[2].

و قد أدخل الإتحاد الأوروبي تعديلا على المادة 17 السالفة الذكر ليتلائم مع طبيعة العقد الإلكتروني،فاعتبر في حكم الكتابة كل ما ينقل بالطريقة الإلكترونية و يمكن الاحتفاظ به بصورة دائمة،كما تعتبر حرية الأطراف في اختيار المحكمة المختصة مقيدة،و لكن ينتج عن هذا الاختيار أثره هناك رابطة جدية بين النزاع المطروح و المحكمة التي تم اختيارها للنظر في النزاع،و أن هناك مصلحة مشتركة و بشرط ألا يكون الاختيار مشوبا بالغش[3] .

أ-توافر الرابطة الجدية بين النزاع و المحكمة المختصة

[1] إلياس ناصيف،**العقود الدولية**...،المرجع السابق،ص 314.

[2] خليفي سمير ،**حل النزاعات في عقود التجارة الإلكترونية**،المرجع السابق،ص 93.

[3] -إلياس ناصيف،**العقود الدولية**...،المرجع السابق،ص 315.

تتمثل حرية الأطراف في اختيار المحكمة المختصة للنظر في النزاع من بين المبادئ القانونية المستقر في مجال التجارة الدولية،سواء كان الاتفاق على الاختصاص سابقا على قيام النزاع لاحقا،تقرر هذا الشرط أيضا في مجال تنازع القوانين و الذي يستلزم ضرورة توافر صلة بين العقد و القانون الذي اختاره الأطراف لحكمه،فالقضاء يشترط مثل هذه الصلة حيث يتعلق الأمر بالخضوع الإرادي للجهة القضائية المختصة و تكون من الضرورة رابطة جدية بين النزاع المطروح والمحاكم التي تم اختيارها،فإذا انعدمت الصلة بين النزاع و المحكمة المعروض عليها النزاع،فليس لها أن تنظر لمثل هذا الشرط المانح للاختصاص و أن تحكم من تلقاء نفسها بعدم الاختصاص[1].

ينتج عن هذه الجدية كفالة الفعالية للأحكام الصادرة عن المحكمة التي يتوفر فيها هذا الشرط،و يبقى لزوما على الأطراف البحث عن الرابطة مهما كان نوعها رغم أن ذلك ليس بالأمر الهين لعدم وضع معيار منضبط يتم على أساسه تحديد هذه الرابطة ،و هي الحالات التي أقرها الاختصاص الدولي و أخذت بها مختلف القوانين و التشريعات الداخلية للدول،فالأطراف المتعاقدة تؤمن بضرورة تنظيم العلاقات الدولية الخاصة بطريقة تحررية دون التقيد بالشروط المتعلقة بالارتباط،و ها بالاتفاق على إخضاع العقد المبرم بينهما لأحكام و تنظيم عقد نموذجي متعارف عليه في دولة ما،و يتفقون في الوقت ذاته على منح الاختصاص بشأن الخلاف المتولد عن هذا العقد لقضاء الدولة،نظرا لما تتطلبه المعاملات و التجارة الدولية[2].

ب–سلامة الاختيار من أي لبس أو غش

[1] –حمودي ناصر،**النظام القانوني لعقد البيع الدولي الإلكتروني**...،المرجع السابق،ص 455.

[2]–طالع صالح المنزلاوي،**القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية**،المرجع السابق،ص 274.

استقرت مختلف القوانين و التشريعات الدولية على حق المتعاقدين في اختيار الجهة القضائية،قصد النظر في النزاع القائم بينهما في مجال التجارة الدولية و التجارة الإلكترونية،عملا بحقهم المقرر بموجب قاعدة الإسناد و احترامها لتوقعاتهم،إلا أن هذه الحرية تبقى معلقة على شرط ألا تصل إلى حد الإطلاق على نحو يؤدي إلى الغش[1].

ويشترط في اختيار الأطراف لمحكمة التحكيم بديلا عن القضاء العادي للنظر في النزاع،تمتعها بالأهلية حتى يتسم الاتفاق بطابعه الصحيح،لكن تبقى الأهلية غير كافية بل يجب أيضا أن تكون إرادة الأطراف سليمة و خالية من عيوب الرضا من غلط أو استغلال أو تدليس أو إكراه،فسلامة هذا الاختيار يستتبع حتما سلامة رضا طرفي الاتفاق مما ينتج تلاقي إرادة الطرفين على الاتفاق السليم على جهة التحكيم[2].

تتنوع طرق الغش و التدليس في التعاقد الإلكتروني حسب اختلاف طريقة الإبرام ومن أهمها استعمال العلامة التجارية لشخص آخر،و تعمد نشر معلومات غير صحيحة على الموقع عن سلعة معينة قصد ترويجها و هذا ما يثير إشكالية تحديد الهوية من تحديد الجهة القضائية المختصة لحل النزاع،و يستبعد أي اختيار للأطراف المتضمن تعين الجهة القضائية المختصة،إذا كانت أحكام هذا الاتفاق تحمل في طياتها ما يخالف قواعد النظام العام و الآداب العامة في دولة القاضي الفاصل في النزاع ،كاختيار القانون الواجب التطبيق على التحكيم الذي أسند إلى إرادة الأطراف،مما يجعل فكرة النظام العام قيدا على حرية الأطراف في اختيار المحكمة المختصة[3] .

2-تقييم تطبيق ضوابط الاختصاص على النزاعات التي تثار في مجال التعاقد الإلكتروني

أدخلت التجارة الإلكترونية مفهوما جديدا لمسألة تحديد الاختصاص القضائي،في حل النزاعات الناجمة عن العلاقات القانونية المبرمة في هذا المجال، مما جعل أغلب المعاملات في مجال التجارة الإلكترونية ترفض التعامل بالمفهوم التقليدي للاختصاص السائد في القوانين و التشريعات المختلفة للدول و المستمدة أساسا من القانون الدولي الخاص،فتعتبر مسألة حل النزاعات من أهم مظاهر قانون التجارة الإلكترونية،و قد عمدت العديد من المنظمات الدولية و الإقليمية على وضع قاعدة جديدة تتماشى و الآليات المتطورة لحل النزاعات من طرف الإتحاد الأوروبي المعني ببعض المظاهر القانونية للاتصال و التجارة الإلكترونية،و الذي وجه خصيصا لدول الأعضاء في الإتحاد الأوروبي،و المشرع الأمريكي الذي تم إرساء دعائمه

[1] -حمودي ناصر،**النظام القانوني لعقد البيع الدولي الإلكتروني**...،المرجع السابق،ص 455.

[2] -خالد ممدوح ابراهيم،**التحكيم الإلكتروني في عقود التجارة الدولية**،المرجع السابق،ص 96.

[3] -صالح المنزلاوي،**القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية**،المرجع السابق،ص 294.

في مارس 1996بشأن القاضي الافتراضي و النظام الأساسي لمحكمة القضاء التي نشأت وتكونت في كندا بمركز بحوث القانون العام بكلية الحقوق بجامعة مونتريال في سبتمبر 1996[1].

تقوم أغلبية ضوابط الاختصاص القضائي المعمول بها على مستوى التشريعات و القوانين المقارنة على الأساس الإقليمي و المكاني في تحديدها و هذا ما يثير الإشكال في كيفية تطبيقها على منازعات التجارة الإلكترونية،فهذه الأخيرة التي لا تسمح طبيعة القنوات التي تجرى من خلالها المعاملات بتركيزها مكنيا إلا على سبيل الافتراض،و سعيا لتفادي الغموض في التعاقد الإلكتروني و التحقق من هوية المتعاقدين أوصت المادة 5من التوجيه الأوروبي الصادر في 8جويلية 2000و المادة 14من مشروع الأمم المتحدة بشأن التعاقد الإلكتروني بين دول الأعضاء،بأن تجعل مؤدى الخدمة يتيح لمتلقيها بشكل دائم الاسم و العنوانين الجغرافي و الإلكتروني،و اسم السجل التجاري،و أية معلومة تفيد تحديد هويته[2].

أ–صعوبة تطبيق ضوابط الاختصاص على نزاعات التجارة الإلكترونية

يعد الأساس الإقليمي للاختصاص القضائي القائم على روابط مكانية من بين الإشكالات المطروحة على صعيد التجارة الإلكترونية، ومن هنا تطرح إشكالية تطبيق هذا الأساس على منازعات التجارة الإلكترونية التي لا تقبل القنوات التي يجري من خلالها المعاملة بتركيزها ماديا ومكانيا،إلا على سبيل الافتراض أي اعتبار مكان معين من أماكن عديدة الذي يرتبط به المعاملة أو العلامة برابطة مادية،و تظهر أكثر هذه الصعوبة في ما جاء في الدورة الثامنة و الثلاثين(38)لفريق العمل المعتني بالتجارة الإلكترونية،منها مسألة تحديد المكان بصفة خاصة فيما يتعلق بالولاية القضائية التي تختص بالحكم في حدث إلكتروني[3].

و يزيد من صعوبة مسألة تحديد المحاكم المختصة بالنظر في المنازعات في مثل هذه المعاملات و الطابع العالمي بوسائل الاتصال الإلكترونية المستحدثة في إنجاز التعاملات المختلفة،و التي يفترض اختراق المواقع المستعملة سواء بالنسبة إلى للتجار أو الموردين من أي مكان في المعمورة هذا ما لم يفضح هؤلاء من أن النشاط الذي يمارسونه عبر الموقع الخاص بهم ،ليس موجها إلى المستهلكين في دول محددة[4] .

---

[1] –إليلس ناصيف،**العقود الدولية**...،المرجع السابق،ص 316.

[2] –خليفي سمير،**حل النزاعات في عقود التجارة الإلكترونية**،المرجع السابق،ص 105.

[3] –محمد منير الجنبيهي و ممدوح محمد الجنبيهي،**العقبات القانونية أمام تطور التجارة الإلكترونية**،دار الفكر الجامعي للنشر و التوزيع،طبعة 2007، الإسكندرية مصر،ص 223.

[4] –خليفي سمير،**حل النزاعات في عقود التجارة الدولية**،المرجع السابق،ص 107.

ب–الطابع الافتراضي لعقود التجارة الإلكترونية

تعتبر عقود التجارة الإلكترونية من العقود التي تسري في فضاء افتراضي مفتوح ومن الصعب تحديد موقع تواجد الأطراف أثناء القيام بالمعاملات التجارية خاصة و أن الشبكات الرقمية غير مملوكة لأي طرف،حيث تشكل هذه الشبكة عالما خاصا يسكنه عشرات الملايين من مستعمليها و الذين يتواجدون في آن واحد على الشبكة،و يقومون بتبادل الرسائل و المستندات أو عرض السلع والخدمات ،لتكوين صفقات متعددة الأطراف مما يثير إشكالية قانونية مهمة تتميز بالطبيعة غير مادية لشبكة الانترنت،و التي تعتبر من أكثر الوسائل استعمالا في إبرام العقود التجارية عن بعد بعدم الانسجام لا تتماشى مع منهج تنازع الاختصاص الذي يجعل من المجتمع الدولي مجموعة وحدات إقليمية مستقلة،حيث ترسم كل دولة حدودها الجغرافية،استتبع وجود شبكة الاتصالات الدولية وجود مجتمع عالمي افتراضي له أشخاصه و أدواته و بطبيعته لا يحده حدود سياسية أو جغرافية،فطبيعة التعامل على هذه الشبكات تتعارض مع فكرة الإقليم و الجغرافية و المكان الأرضي يعد عدوا لتلك الشبكة و المهام المنوطة بها[1].

ج– صعوبة تحديد مكان إبرام العقد

تتجلى هذه الصعوبة بشكل واضح في حال غياب اتفاق الأطراف الصريح لقانون لعقد،و صعوبة تحديد و كشف نية طرفي العقد الضمنية،و في أغلب القوانين يكون القاضي في اجتهاد مستمر للكشف عن القانون المطبق على العقد لما له من خصوصيات هامة في تحديد المحكمة للنظر في النزاع،و يجب أن يكون لتركيز العقد على إحدى القواعد القانونية،متناسب مع العقد بشكل تام ،فالبحث عن الارتباط بين القانون و العقد ليس بالأمر السهل في العقود المبرمة عبر الوسائل الإلكترونية،فموطن إبرام العقد من الصعب تحديده باعتبار أن الشبكات الإلكترونية تتميز بالعالمية[2].

يبقى هذا الضابط يواجه صعوبات في مجال التجارة الإلكترونية،خاصة تلك التي تواجه المدعي عند رفع دعواه مثل صعوبة التحقق من شخصية المدعى عليه ومكان تواجده،و ترجع صعوبة التحقق من ثقته بمتعاقد في حالة عدم التزام المتعاقد معه بالإدلاء بالبيانات الشخصية كالاسم و العنوان الجغرافي ،أما عن صعوبة تحديد مكان إبرام العقد الإلكتروني فهو نتيجة صعوبة تحديد مكان إرسال واستقبال الرسائل لأنها تتم عبر فضاء إلكتروني،و هذا ما يثير العديد من

[1] –خليفي سمير،**حل النزاعات في عقود التجارة الإلكترونية**،المرجع السابق،ص 109.

[2] –خليفي سمير،**حل النزاعات في عقود التجارة الإلكترونية**،المرجع نفسه،ص 111.

التساؤلات حول الاعتداد بمحل إقامة المستهلك،أم المكان الذي استلم فيه الموجب القبول،أم مكان تسجيل موقع الويب[1] .

وضع القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية،مكان إبرام العقد الإلكتروني في المادة 4/15حيث قرر:"**أن مكان إرسال الرسالة الإلكترونية يتحدد بالمكان الذي يقع فيه مقر عمل المنشئ،و إن كان مكان استلامها هو المكان الذي يقع فيه مقر عمل المرسل إليه،ما لم يتفق الطرفين على خلاف ذلك.**"[2]

أي أنه يعتد بمقر العمل الأوثق علاقة بالمعاملة المتعلقة بالتعاقد الإلكتروني و تنفيذه ،إذا كان المرسل إليه أكثر من موطن أعمال ،أي الأكثر صلة بموضوع العقد ،لكن يبقى أن استخدام الموجب عنون بريد إلكتروني يرتبط ببلد معين أو تسجيله للموقع الإلكتروني لدى بلد معين لا يمكن أن يكون مكان عمله متواجد في ذلك البلد،و قد ذهب إلى نفس الاتجاه التوجيه الأوروبي رقم 2000/31في نص المادة 5التي نصت على أنه:"**يعد العقد قد ابرم في اللحظة التي يتسلم فيها الموجب من مزود الخدمة إقرارا إلكترونيا مؤكدا من القابل قبوله.**"

د–صعوبة تحديد مكان تنفيذ العقد

يتمثل مكان تنفيذ العقد في أحد الضوابط المعتمدة من طرف القاضي ،عندما يبحث عن مركز الثقل في الرابطة العقدية ،فعن مكان تنفيذ العقد يتوصل إلى تحديد القضاء المختص بحكم النزاع،حيث أقرت المادة 5من اتفاقية بروكسل السالفة الذكر على حق المدعى في رفع دعواه أما محا إقامته المعتادة إذا تلاقى مع محل إقامة المدعى عليه،متى كان مكان تسليم الأشياء أو تقديم الخدمات أو مكان تنفيذ الالتزام الأساسي للصفقة التي يقع في دائرة اختصاصه،و تبرز هذه أكثر عندما يكون موضوع العقد خدمات أو أشياء غير مادية،كما هو الشأن في العقود التي تتم و تنفذ على الخط مباشرة مما يصعب فيه توطين العقد و بالتالي يصعب تحديد مكان التنفيذ [3].

3–الحلول التشريعية و القضائية لتطبيق ضوابط الاختصاص على منازعات التعاقد الإلكتروني

[1] –خالد ممدوح ابراهيم،**التحكيم الإلكتروني في عقود التجارة الدولية**،المرجع السابق،ص 184.

[2] –راجع قانون الأونسيترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية مع دليل التشريع 1996مع المادة 5مكرر الإضافية بصيغتها المعتمدة في عام 1998،منشورات الأمم المتحدة على الموقع:w w w /uncitral/org.

[3] خالد ممدوح إبراهيم،**التحكيم الإلكتروني في عقود التجارة الدولية**،المرجع السابق،ص ص185–186.

إن كثرة استخدام شبكات الاتصال الإلكترونية في انجاز المعاملات التجارية،ينتج عنه ضرورة إعادة النظر في القواعد التي تحكم اختصاص المحاكم بالمنازعات الناشئة عن تلك المعاملات،و قامت العديد من التنظيمات الإقليمية بالبحث عن كيفية تطبيق النظام التقليدي للاختصاص القضائي،وهذا لمواكبة الحاجة إلى عقود التجارة الإلكتروني،و ذلك في المجالين التشريعي و القضائي،و قد حاولت بعض المحاكم من جهتها تطوير الضوابط التقليدية للاختصاص،مستخدمة أحيانا أسلوب الافتراض لتبرير اختصاصها بنظر المنازعات المطروحة عليها النزاع و هذا ما سنتطرق إليه بدراسة كل من الحلول التشريعية و القضائية[1].

أ-الحلول التشريعية لتطبيق قواعد الاختصاص على نزاعات التعاقد الإلكتروني

في هذا الإطار و على الصعيد العالمي و في أحدث تطور في حقل تنظيم قواعد القانون الدولي الخاص،و تحديدا ما يتصل بالمسائل المدنية و التجارية في ظل الوسائل الإلكترونية،شكل مؤتمر لاهاي بتاريخ 30 تشرين الأول عام 1999لجنة خاصة وضعت مسودة ميثاق ينظم مسائل الاختصاص و تنفيذ الأحكام الأجنبية،و هدف هذا الميثاق وضع قواعد لتحديد الاختصاص المكاني،وتمكن من تجنب التعدد غير الضروري للمقاضاة أمام أكثر من محكمة بالإضافة إلى تسهيل وتبسيط الاعتراف بالأحكام الأجنبية [2].

كما عمل الاتحاد الأوروبي على تقديم بعض الحلول الخاصة بتنازع الاختصاص القضائي،حيث أصدر كل من البرلمان م مجلس أوروبا التوجيه رقم 2000/31السالف الذكر بشأن بعض الجوانب القانونية لخدمات مجتمع المعلومات بصفة خاصة التجارة الإلكترونية في مجال الأسواق الداخلية،و الذي يهدف إلى ضمان الظروف التي تسمح بتبادل المعلومات بين دول الأعضاء في مجموعة الاتحاد الأوروبي[3].

و قد بحث التوجيه المذكور أعلاه على مواصلة العمل بالقواعد المستقرة في القانون الدولي الخاص دون اللجوء إلى تعديلها،إلا أنه حرص على ضرورة إزالة العوائق التشريعية للدول الأعضاء التي تحول دون استخدام بدائل لتسوية

[1] -بولين أنطونيوس أيوب،**تحديات شبكة الانترنت** ...،المرجع السابق،ص 131.

[2] خليفي سمير،**حل النزاعات في عقود التجارة الإلكترونية**،المرجع السابق،ص 115.

[3] -بولين انطونيوس أيوب،**تحديات شبكة الانترنت**...،المرجع السابق،ص 132.

المنازعات،ة ترك حرية الأطراف في اختيار الوجهة المرغوبة فيها لحل النزاع بما يتلائم و طبيعة الخلاف،إذ أدخلت كذلك تعديلا لاتفاقية بروكسل بمقتضى القرار اللائحي رقم 2001/44[1].

ب–الحلول القضائية لمحاولة تطبيق قواعد الاختصاص على نزاعات التعاقد الإلكتروني

تختلف جهة نظر المحاكم في مواجهة مسألة تحديد الاختصاص القضائي في منازعات عقود التجارة الإلكترونية على المستوى القضائي،بين التي تقر عدم اختصاصها كاملا في نظر هذه المنازعة من جهة و التي تقبل الاختصاص عند توافر شروط أو روابط معينة من جهة ثانية،فتستند بعض المحاكم لعقد اختصاصها بنظر المنازعات الإلكترونية المعروضة عليها على روابط معينة ومنها:

–ينعقد الاختصاص القضائي للمحكمة الوطنية للنظر في النزاع المتعلق بالتجارة الإلكترونية إذا كان في استطاعة كل من يقيم على إقليم تلك الدولة الدخول إلى الموقع الذي تم من خلاله المعاملة،و ذلك بغض النظر عن مكان إنشاء الموقع و مكان تسجيله أو جنسية مالك الموقع.

–استندت بعض المحاكم الأخرى لتحديد اختصاصها بنظر المنازعات المتعلقة بالتجارة الإلكترونية للشركة أو الإدارة المختصة الواقعة في دائرة اختصاص المحكمة المطروح عليها النزاع[2].

إن الصعوبة في تطبيق قواعد القانون الدولي الخاص على شبكة الانترنت من جهة و الإجراءات المعقدة التي يتطلبها سلوك طرق المحكمة التقليدية،و التي لا تتناسب مع طبيعة هذه الشبكة من جهة أخرى،مما دفع إلى البحث عن آليات خاصة في حل النزاعات التي تنشأ من جراء الاستخدام و التبادل الحاصلين فيها،و في الوقت الذي يزال فيه القضاء يبطل القرار ألتحكيمي لعلة عدم تنظيم محضر بما رفعه الفريقان إلى المحكم،أو عدم توقيع المحاضر أو عدم إصدار القرار في جلسة علنية،يبحث الفقه في تحكيم إلكتروني و في قضاء إلكتروني أو ما يسمى بالتقاضي عن بعد،و إنما قليلة هي التجارب التي اعتمدت الانترنت لإدارة النزاعات القضائية،و تماشيا مع ذلك يرى الدكتور بولين أنطونيوس أيوب أن هناك

[1] –التوجيه الأوروبي رقم 2001/44 المؤرخ في 2001/12/22 المتعلق بالاختصاص القضائي و الاعتراف و تنفيذ الأحكام في المجالين المدني و التجاري، المعدل لاتفاقية بروكسل،نقلا عن خليفي سمير، **حل النزاعات في عقود التجارة الإلكترونية**،المرجع السابق،ص 116.

[2] –خليفي سمير، **حل النزاعات في عقود التجارة الدولية** ، المرجع نفسه، ص 117.

جامعيين من جامعة مونتريال أطلقوا فكرة العدالة الافتراضية،و أنشئوا المحكمة الافتراضية التي تختص بالنظر في كل نزاع متعلق بالانترنت[1].

تعود بداية مشروع "القاضي الافتراضي"إلى اجتماع مهم تم تحت رعاية ncair وcli و ذلك في 25 تشرين الأول 1995،و قد أصدرت المحكمة الافتراضية حكمها الأول و الأخير في 8آيار 1996الذي قضى بإلزام شركة AOL،بوقف الدعاية المنزلية بالبريد الإلكتروني بحجة أنها مخالفة للنظام العام و الآداب العامة للشركة نفسها أولا و لعادات الانترنت ثانيا و الأحكام التي تصدر عن القاضي الافتراضي لا تقبل الاستئناف،و الغاية من القاضي الافتراضي هو ضرورة إنشاء محكمة مختصة ومختلفة عن المحاكم العادية،و تكون طرق المحاكمة فيها و إصدار الأحكام عنها متميزة بالسرعة و ذلك لعدم إمكانية استعمال الوسائل العادية للبطء المتميزة به[2] .

في الواقع برزت آراء فقهية تندد بفكرة القاضي الافتراضي محاولة إبراز مساؤه و هذه الآراء تشكك في قدرة هذا المشروع على حل جميع المشاكل التي قد تطرح على الشبكة،و يعتبر أنه في حال تمكن ها المشروع من المساهمة في التوفير في الوقت و في التفقه و إعطاء الحل الصحيح و العادل لبعض النزاعات فإن ذلك يعد انتصارا،كما أن البعض يتساءل عن فعالية أحكام القاضي الافتراضي المجردة من أي قوة تنفيذية،و يعتبر أن هذه الأحكام لا يمكن أن تنفذ إلا بصورة طوعية أو إرادية،و لابد من الإشارة إلى وجود مشاريع مماثلة لمشروع القاضي الافتراضي بدأت بالظهور على شبكة الانترنت في كندا،و في الولايات المتحدة الأمريكية،و في هذا الإطار جاء في إحدى المقالات الواردة في جريدة التعبير تحت عنوان"**هكذا يواكب القانون الثورة المعلوماتية**"و قد صنفت ضمن إطار نزاعات جديدة نشأت بعد انتشار استخدام الشبكة الدولية،ما مفاذه أن الانترنت تسمح بحلول غير تقليدية لبعض النزاعات و أن المعالجة أصبحت ممكنة عبر شبكة الانترنت و ذلك كما هو الشأن فيما يتعلق بأسماء المجال مثلا[3].

و حسب رأي الدكتور بولين أنطونيوس أيوب أن تنفيذ خدمة التقاضي عن بعد يساعد كثيرا على تسريع العجلة القضائية،و يساعد أيضا على توفير الكثير من كلفة و أعباء النزاعات القضائية،و هذه المنافع لا تنعكس إيجابا على

---

[1]-بولين أنطونيوس أيوب،**تحديات شبكة الانترنت**...،المرجع السابق،ص 138.

[2]-بولين أنطونيوس أيوب،**تحديات شبكة الانترنت**...،المرجع السابق،ص 139.

[3]-بولين أنطونيوس ايوب،**تحديات شبكة الانترنت**...،المرجع نفسه،ص 141.

المتقاضي فقط بل إن منافعها تطال الاقتصاد الوطني برمته،و قد دفعت مثل هذه الصعوبات إلى البحث عن الابتعاد في المجال المادي [1].

لذا فمن الضروري الاستناد إلى فكرة الموطن الافتراضي، لان اللجوء إلى موطن مادي حقيقي ليس لديه أي قيمة في عالم الشبكات،فعند حدوث نزاع بين المورد و المستخدم و أراد هذا الأخير أن يقاضي الأول ،فعليه أن يرفع دعواه في مركز أعمال المورد على الشبكة أي موطنه الافتراضي،و تعمل هذه المبادرة إلى تجنب القواعد التقليدية المتميزة بالبطء و التعقيد،مما يجعل المتعاملين في مجال التجارة الإلكترونية في مهمة البحث عن طرق بديلة من شأنها توفير الوقت والتكاليف،و تتلائم مع شبكة الانترنت في جميع جوانبها،و هذا ما نادت به أغلب المواقف الفقهية و القضائية،أي استبعاد كل ما يتعلق بالقواعد التقليدية في مجال تنازع الاختصاص القضائي،و البحث عن وسائل بديلة و حديثة تتميز بنفس ميزة التجارة الإلكترونية[2].

وقد أصبح القانون الإلكتروني اليوم يحتل مكانة هامة في مجتمع التجارة الدولية،فمن الضروري البحث عن آليات إلكترونية لتتماشى مع طريقة إبرام العقود التجارية،و قد حدث ذلك فعلا بظهور نوع من القضاء الخاص بمثل هذه المنازعات و الذي سيكون موضوع دراستنا التالية.

الفرع الرابع

التقاضي الإلكتروني لحل نزاعات التعاقد الإلكتروني

اتسع نطاق استخدام تقنيات المعلومات و الاتصالات في إنجاز الأعمال القانونية و إبرام العقود و تنفيذها أحيانا،مما دفع أغلب المتعاملين إلى التفكير في تسوية منازعاتها،باستخدام نفس تلك التقنيات لتكون التسوية بطريقة إلكترونية بمعنى إجراءاتها تجرى عبر شبكات الاتصال الإلكترونية،فقد أعدت بعض المنظمات الناشطة في مجال التجارة الإلكترونية،أنظمة خاصة لمواجهة خصوصيات منازعات عقود التجارة الإلكترونية،بعدما أغفلتها الدول و لم تتدخل لإصدار تشريعات أو إعداد اتفاقيات دولية،تضح حلول سريعة و قواعد جديدة خاصة بهذا المجال،و من بين هذه المنظمات نجد المنظمة العالمية للملكية الفكرية،التي عملت على إنشاء مركز للتحكيم و الوساطة لتنظيم المنازعات التجارية بين الأطراف خاصة في مجال الملكية الفكرية،تتعدد الإمكانات التي تتيحها استخدام شبكات الاتصال الإلكترونية،أدى إلى التفكير في إعادة بعث

[1]-بولين أنطونيوس أيوب،**تحديات شبكة الانترنت**...،المرجع نفسه،ص 142.

[2] -خليفي سمير،**حل النزاعات في عقود التجارة الإلكترونية**،المرجع السابق،ص 119.

إجراءات الطرق التقليدية لتسوية المنازعات مثل المفاوضات و الوساطة و التوفيق كوسائل غير قضائية و التحكيم من خلال هذه الشبكات ،و الذي أصبح اليوم ومع تطور التجارة الدولية أحد الحلول الأساسية لفض النزاعات[1] .

أولا:الطرق الإلكترونية غير القضائية لفض نزاعات التعاقد الإلكتروني

كما تعرف كذلك بالوسائل البديلة لفض المنازعات،و التي تمثل بأنها الطرق غير القضائية لحل النزاع،و التي يتم رفع النزاع و الفصل فيه خارج المحكمة و تشمل هذه الوسائل المفاوضات التوفيق و الوساطة و التحكيم،فعند الاتفاق على اللجوء للوسائل البديلة لفض النزاع فإن طرفي النزاع قد يفقدان حقهما في اللجوء للقضاء مالم تخفق هذه الوسائل في حل النزاع[2].

و عليه و لأهمية الوسائل البديلة لفض المنازعات و أثرها على تطوي التجارة الإلكترونية،سنتناول أولا المفاوضات و الوساطة ثم التحكيم.

1-المفاوضات كوسيلة لفض منازعات التعاقد الإلكتروني

لاقت المفاوضات المباشرة المبتكرة من قبل مراكز الوساطة و التحكيم الإلكتروني،كوسيلة لفض المنازعات عن بعد نجاحا واسعا و إقبالا هائلا من قبل المتنازعين و ذلك لما لمسوه من فعالية في حل منازعاتهم،و يعبر عن المفاوضات أحيانا بمصطلح المشاورات إضافة إلى مصطلح المصالحة و هي من بين الطرق الودية لتسوية المنازعات الناتجة عن عقود التعاون الاقتصادي عامة و التجارة الدولية خاصة[3] .

تبين بعض الهيئات المفاوضات كمرحلة أولى قبل اللجوء إلى الطرق الأخرى لحل النزاعات منها الوكالة الدولية لضمان الاستثمار التي نصت في المادة 57على أنه:"...**إلى تسويتها عن طريق المفاوضات قبل اللجوء إلى إجراءات التوفيق و التحكيم،و تعتبر المفاوضات قد استنفذت إذا فشل الطرفان في الاتفاق على تسويته خلال 12يوما من تاريخ طلب الدخول إلى المفاوضات"**

[1] -خليفي سمير، **حل النزاعات في عقود التجارة الدولية**، المرجع السابق، ص 120.

[2] _محمد إبراهيم أبو الهيجاء، **التحكيم الإلكتروني، الوسائل الإلكترونية لفض المنازعات، الوساطة أو التوفيق، التحكيم، المفاوضات المباشرة**، دار الثقافة للنشر و التوزيع، الطبعة الثانية، 2010، عمان الأردن، ص 17.

[3] -محمد إبراهيم أبو الهيجاء، **التحكيم الإلكتروني**...، المرجع نفسه، ص 18.

عملت مراكز الوساطة و التحكيم الإلكتروني على ابتكار المفاوضات المباشرة كحل بديل لفض المنازعات الناشئة بين طرفي العقد الإلكتروني، و التي تتم عن بعد أي دون حضور الأطراف في مجلس واحد،و نجد في هذا الصدد القانون الأمريكي للمعاملات التجارية الإلكترونية لعام 1999أجاز إجراء الاتفاقات و المفاوضات و إبرام العقود و نشؤ الالتزامات بطريقة إلكترونية،حيث عرفت المادة 2/2 منه الأعمال التجارية الإلكترونية بأنها:"**تلك الأعمال التجارية التي تدار أو تتم بالكامل أو جزء منها بوسائل إلكترونية أو بالتسجيل الإلكتروني،و هذه الأعمال تهدف إلى إبرام العقد أو الوفاء بالالتزامات الناشئة عن الصفقات التجارية**" [1]

وهو ما يستفاد منه جواز إتمام المفاوضات بطريقة إلكترونية و هو ما يظهر أهميتها في إنجاح الصفقات التجارية الإلكترونية،و أنها وسيلة التفاهم و تقريب وجهات النظر بين الأطراف،أين تلعب دورا وقائيا بالنسبة لمرحلة إبرام العقد و الحد من أسباب النزاع في المستقبل،و تمثل المفاوضات المباشرة أهم الوسائل البديلة لحل النزاعات المتعلقة بالتجارة الدولية عامة و التجارة الإلكترونية خاصة، نظرا لكثرة استخدامها مما يفرض علينا دراستها في النقاط التالية من حيث التعريف و الخصائص المميزة لها وكيفية سير الإجراءات فيها.

أ–تعريف المفاوضات المباشرة

تعتبر المفاوضات المباشرة آلية لتسوية النزاع القائم على الحوار المباشر بين الطرفين المتنازعين سعيا لحل الخلاف،و لا يحتاج التفاوض إلى أي طرف ثالث بل يقوم بين الطرفين مباشرة يتم كل ذلك باستعمال الوسائل الإلكترونية للاتصال و غالبا ما يفضل الأطراف التفاوض باستعمال الانترنت نظرا لما تمتاز به من سهولة الاستعمال،فالاتصال بين الأطراف يكون من خلال صفحة تابعة لموقع فض المنازعات الإلكترونية،بعد أن يقوم المركز بتزويد كل من المتفاوضين باسم مرور يسمح لهما من خلالها الدخول لصفحة النزاع و التفاوض بعدها على موضوع النزاع بغية التوصل إلى لحل يفضان فيه النزاع و ذلك دون تدخلا من المركز سواء تم حل النزاع أو فشلا في ذلك[2].

[1] –خالد ممدوح إبراهيم، **التحكيم الإلكتروني**...،المرجع السابق، ص 218.

[2] _ خالد ممدوح إبراهيم، **التحكيم الإلكتروني**...،المرجع نفسه، ص 219.

ب–خصائص المفاوضات المباشرة

تتميز المفاوضات المباشرة أو المفاوضات الإلكتروني كما تسمى نسبة إلى الوسيلة التي تتم من خلالها، بعدة خصائص تنفرد بها عن باقي الوسائل البديلة لحل النزاعات بالوسائل الإلكترونية منها:

–تتم عملية التفاوض بين طرفي النزاع كدرجة أولى قبل اللجوء إلى الوساطة الإلكترونية، أو التحكيم مما يجعل النزاع ينحل في هذه المرحلة قبل اللجوء إلى الوسائل الأخرى؛

–تتميز فكرة المفاوضات المباشرة أنها ثنائية الأطراف،أي تتم بين طرفي النزاع فقط؛

–قيدت المفاوضات المباشرة بمدة زمنية معينة،و هي المدة التي حددتها بعض المراكز ثلاثين يوما،حيث أنه على الأطراف أن ينهيان فيها مفاوضاتهم إيجابا أو سلبا؛

–تفصل المفاوضات الإلكترونية في النزاعات بطريقة ودية أكثر منها قضائية لأن الأطراف في المفاوضات المباشرة لها إبداء رأيها بكل حرية[1].

ج–سير عملية المفاوضات المباشرة

تبدأ عملية التفاوض من خلال إرسال طلب إلى المركز مقدم من طرفي النزاع يعلنان فيه عن رغبتها في فض النزاع القائم بينهما،من خلال المفاوضات المباشرة و يشتمل الطلب المقدم للمركز إلكترونيا على (الاسم ،العنوان ،رقم الهاتف،البريد الإلكتروني...)،مع ملخص عن موضوع و أسباب النزاع،و في حال أن تم تقديم الطلب للمركز من أحد طرفي النزاع فقط،يقوم المركز في هذه الحالة بعد استلامه الطلب و مراجعته بإرسال إخطار للطرف الآخر يعلمه فيه عن رغبة مقدم الطلب في التفاوض معه مباشرة حول موضوع الخلاف القائم بينهما،و سؤاله فيما إذا كان يرغب في قبول التفاوض أم لا،مع تحديد مهلة معينة للجواب إذا كان الجواب بالرفض فتنتهي هنا عملية المفاوضات المباشرة و إذا كان الجواب بالقبول فإنه في هذه الحالة تستمر العملية .

يقوم المركز بعد تسلمه طلب التفاوض المقدم من الطرفين،أو بعد تسلمه الجواب إذا كان طلب التفاوض مقدما من طرف واحد فقط،بإرسال إخطار للمتنازعين يتضمن اسم مرور خاص بكل طرف،و الذي يسمح لهما بالدخول إلى الصفحة الخاصة بنزاعهما و المعدة على الموقع الإلكتروني التابع للمركز،و المحافظة بالسرية الكاملة من خلال توفير قنوات

[1] –خليفي سمير،**حل النزاعات في عقود التجارة الإلكترونية**،المرجع السابق،ص 127.

آمنة يجرى الاتصال من خلالها،و نشير إلى أنه غالبا ما تستغرق عملية التفاوض من عشرة إلى أربعة عشر يوم،استنادا لمدى تفاعل المتفاوضين و سعيهم إلى إيجاد حل لنزاعهم[1] .

تعمل العديد من المراكز على تعميم استعمال المفاوضات المباشرة لحل النزاعات عن بعد،و التي تعتبر المفاوضات المباشرة خطوة هامة قبل التطرق للوساطة عند فشلها،و هذا إذا ما رغب المتنازعان اللجوء للمركز،و طلب التفاوض بينهما من خلال المركز حيث نصت المادة الرابعة من قواعد إجراءات المركز على أنه:"**بمرور 10 أيام عمل من اجتماع المتفاوضين دون تمكنها من حل النزاع القائم بينهما بالمفاوضات المباشرة،فإنه يتعين عندها على المتفاوضين أو ممثليهما بإحالة النزاع للمركز لحله بالوساطة**"[2]

و قد لاقت هذه الطريقة في فض النزاعات إقبالا واسعا لما لمسه المتنازعين من توفير الوقت و المال،و خاصة للعاملين في حقل التجارة الإلكترونية، و الذي تتجاوز أعمالهم الحدود الجغرافية التقليدية.

2-الوساطة الإلكترونية وسيلة لحل نزاعات التعاقد الإلكتروني

تعد الوساطة الإلكترونية من الوسائل الودية لفض المنازعات،حيث يقوم أطراف النزاع بالعمل مع وسيط،و هو من يقدم النصح و الإرشاد مع طرح الاحتمالات التي قد يرتئي طرف النزاع قبولها دون أي ضغط أو إكراه من الوسيط لفض النزاع القائم بينهما،حيث شهدت الوساطة ازدهارا لم يكن منتظرا و لا متوقعا و تقبلتها أوساط النزاعات القضائية الأمريكية،و أقبلت عليها بجدية و اهتمام،حيث قدرت نسبة الحالات التي أسفرت عن مصالحة بفضل الوساطة كوسيلة بديلة لحسم النزاعات بطريقة ودية 8بالمائة في الولايات المتحدة الأمريكية،و37بالمائة في بلدان الشرق الأقصى،و تقدمت في الصين وأستراليا،لكن في دول القوانين المدنية الأوروبية بقيت حذرة و لم تقبل على هذه الوسيلة البديلة لحسم المنازعات بطريقة الوساطة،فمحكمة تحكيم غرفة التجارة الدولية في باريس تلقت سنة 1990ثمانية طلبات لحل النزاع بالصلح في حين تلقت 365طلب تحكيم[3].

---

[1]-محمد إبراهيم أبو الهيجاء، **التحكيم الإلكتروني**...، المرجع السابق، ص 22.

[2]-و في سابقة من نوعها أقام بنك فنلندا المركزي نظاما خاصا لفض أي نزاع سواء العملاء أم مع أي من البنوك الأخرى إلكترونيا عندما أنشأ نظام system-esettleعام 2000،حيث يجري الاتصال مع البنك من خلال شبكة الانترنت،و يقتصر هذا النظام لحل المنازعات على المعاملات البنكية فقط،راجع محمد إبراهيم أبو الهيجاء، **التحكيم الإلكتروني**...، المرجع السابق، ص 23.

[3]-خليفي سمير، **حل النزاعات في عقود التجارة الإلكترونية**، المرجع السابق، ص 130.

أ-تعريف الوساطة الإلكترونية

إن الوساطة عبارة عن عملية تطوعية يوافق طرفي النزاع من خلالها على العمل مع شخص محايد لحل النزاع القائم بينهما، مع منح كامل السلطة للمتنازعين في قبول الوساطة أو رفضها،مع انصراف عمل الوسيط و بذل جهوده صوب نقاط الخلاف و اقتراح سبل الحل،وقد عرفت الفقرة الثالثة من المادة الأولى من قانون الأونسيترال النموذجي السالف الذكر بأنها :"**عملية يتم من خلالها حل النزاع وديا سواء بالوساطة médiationsأو بالتوفيقconciliation**،محاولة الوسيط الحل الودي للنزاع العقدي،أو القانوني دون أن يملك سلطة إجبار المتنازعين على قبول الحل[1].

و يتم الإشراف على العملية مراكز الوساطة الإلكترونية التي تمنح لحل الوسائل لإنجاح العملية قصد الوصول إلى حل يرضي الطرفين،فالوساطة الإلكترونية تتميز بخصائص تجعلها تنفرد بها و التي من خلالها يمكن التميز بينها وبين الوسائل الأخرى.

ب-خصائص الوساطة الإلكترونية

تتميز الوساطة الإلكترونية بجملة من الخصائص نوجزها فيما يلي:

-الوساطة الإلكترونية تتسم بفاعلية الأدوات المستخدمة في عملية الوساطة الالكترونية التي تصاحب سير النزاع؛

-توفير قاعدة بيانات متكاملة تشمل سير عملية الوساطة الالكترونية و كيفية تقديم الطلبات و كيفية الإثبات؛

-توفير قائمة أسماء الوسطاء و الدورات التي تلقوها و التي تؤهلهم للنظر في النزاع؛

-منح الأطراف حرية الاتصال بالوسط،و تقديم النصح و الإرشاد للمتنازعين مع طرح الاحتمالات ،و كذا سرية البيانات المقدمة للوسيط من قبل المتنازعين[2].

[1] -محمد إبراهيم أبو الهيجاء، **التحكيم الإلكتروني**...، المرجع السابق، ص 26.

[2] -حمودي ناصر، **النظام القانوني لعقد البيع الإلكتروني**...، المرجع السابق، ص 471.

ج-الشروط الواجب توافرها في الوسيط

إلى جانب المزايا التي تنفرد بها الوساطة عن غيرها من وسائل فض المنازعات وما توفره من مقدمات الثقة لدلى المتنازعين،فإن مراكز الوساطة الإلكترونية لم تكتف بما سبق بيانه،حيث أنها قد وضعت شروط ومعايير لابد من توافرها مجتمعة في شخص الوسيط أثناء الوساطة،بالإضافة إلى شروط أخرى كالخيار و الشفافية و الوضوح في جميع مراحل العملية و السرية و الإعلان عن كل ما يتعلق بتجربته وخبرته في العمل و الكفاءة[1].

حدد المشرع الجزائري في المادة 998من ق.إ،م.إ على أنه:"**يجب أن يعين الشخص الطبيعي المكلف بالوساطة من بين الأشخاص المعترف لهم بحسن السلوك و الاستقامة،و أن يتوفر فيهم الشروط الآتية:-ألا يكون قد تعرض إلى عقوبة عن جريمة مخلة بالشرف،و ألا يكون ممنوعا من حقوقه المدنية ،أن يكون مؤهلا للنظر في المنازعة المعروضة عليه،أن يكون محايدا مستقلا في ممارسة الوساطة** " [2]

فمن خلال نص هذه المادة يتضح لنا أنه لابد أن تتوفر في الشخص الطبيعي المكلف بالوساطة الشروط التالية:

ج-1-يجب أن يكون الشخص المكلف بالوساطة محايدا

تعد الحيادية عنوانا للوساطة و عليه يتعين على الوسيط أن يقوم بقيادة و تحريك عملية الوساطة بحيادية،فإن لم يتمكن من تحقيق ذلك فإنه عليه الانسحاب في أي مرحلة تسبق صدور القرار النهائي في مراحل الوساطة.

ج-2-أن يكون مختصا للنظر في النزاع

يعد الاختصاص من المزايا التي انفردت بها الوساطة عن القضاء،فالقاضي لا يشترط أن يكون متخصصا في موضوع النزاع الذي ينظر فيه ،و بذلك يقترب الوسيط من الخبير الذي تعينه المحكمة لتقدير التعويضات للمضرور في قضية معينة،و عليه يجب أن يكون الوسيط متخصصا و مؤهلا مع تدريبه تدريبا جيدا على متابعة عملية الوساطة،و التي يقنع من خلالها طرفا النزاع بجدارته ،و إذ لم يكن أهلا لذلك فعليه الاعتذار عن قبول النظر في النزاع أو عن الاستمرار فيه[3].

---

[1] -خليفي سمير، **حل النزاعات في عقود التجارة الإلكترونية**، المرجع السابق، ص 134.

[2]-قانون رقم 08-09المؤرخ في 25-02-2008، **يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية**،ج ر عدد 21 الصادر بتاريخ 23 أفريل سنة 2008.

[3]-محمد إبراهيم أبو الهيجاء، **التحكيم الإلكتروني**...، المرجع السابق، ص 32.

ج-3-أن يلتزم الوسيط بالسرية

نصت المادة 1005 من ق.إ.م.إ على أنه:"**يلتزم الوسيط بحفظ السر إزاء الغير**"[1]،انطلاقا من صيانة خصوصيات المتنازعين فإنه يتعين على الوسيط المحافظة على مجريات الوساطة و ما تم خلالها من تبادل للوثائق و الطلبات سرا،ما لم يسمح له طرف النزاع صراحة بالنشر أو أن يقوم بذلك تنفيذا للقانون،فقد جرى العرف عند النشر على استخدام أسماء غير حقيقية إلى جانب إجراء تعديل في موضوع النزاع،و بذلك نجد أن المشرع الجزائري ركز على السرية في عملية الوساطة ،باعتبارها من بين العوامل الأساسية لإنجاح الوساطة في تحقيق ما تسعى إليه.

ج-4-شرط الإعلان و الكفاءة و الشفافية

على الوسيط أن يكون صادقا و مخلصا و أمينا في إعلانه عن مؤهلاته ،و خبراته و كذا الإعلان عن الدورات التي التحق بها و التي كان لها الأثر في اختياره كوسيط،كما يتعين على الوسيط كذلك في أغلب الأحيان و حسب نوع النزاع ،و في ذلك للبحث عن الوسيط الذي يتمتع بالكفاءة العالية في ذلك المجال المطروح للحل ،و التي يجب أن تكون تتناسب و عملية الوساطة ،و يضاف إلى ذلك شرط الشفافية إذ إلى جانب ما تقدم من شروط يتعين أن تتوفر في الوسيط حتى يكون أهلا و صالحا لممارسة دوره كوسيط،هناك شرط يلخص كامل الشروط ،و هو شرط الشفافية و ما ينطوي عليه من وضوح في شخص الوسيط و قيادته لعملية الوساطة مع توضيحه لهذه المراحل جميعا بما فيها الرسوم و النفقات[2].

د-آلية سير الوساطة الإلكترونية

حددت إجراءات سير عملية الوساطة عن طريق مراكز الوساطة و التوفيق الإلكتروني،و ذلك بواسطة قنوات معدة للعملية خصيصا،فالمركز يقدم للشخص خدمات و آلياتها دون حاجة إلى مهارات أو مؤهلات خاصة،و يتمثل أول إجراء يقوم به الشخص للدخول في عملية الوساطة،هو تعبئة الطلب المخصص و المعد لذلك مسبقا على موقع المركز الإلكتروني،و المتضمن البيانات الشخصية من الاسم و المهنة و العنوان و رقم الهاتف و البريد الإلكتروني،مع ذكر مقدم

[1]- قانون رقم 08-09، **المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية**، المرجع السابق.

[2] -محمد إبراهيم أبو الهيجاء، **التحكيم الإلكتروني**...، المرجع السابق، ص 34.

الطلب لملخص موضوع النزاع و الطرف الآخر و كيفية الاتصال به،فيقوم المركز بدراسة الطلب بعد استلامه و إرساله تأكيدا لمقدم الطلب باستلامه للطلب و قبوله النظر في النزاع المعروض عليه[1].

تنتهي إجراءات الوساطة عند الجواب بالرفض مع بذل المركز لجهوده في إقناع المجاوب بجدوى الوساطة في فض النزاع،في حين إذا كان الجواب بالقبول فعليه إرسال موافقته للمركز تعبئة النموذج الذي تم تزويده به بإرساله للمركز مع دفع رسوم الوساطة ،لتبدأ في ذلك عملية الوساطة فعليا،كما يتوفر المركز على قائمة أسماء الوسطاء و مؤهلات كل وسيط تقدم إلى طرفي النزاع لاختيار الوسيط الذي سيوضح لها آليات سير النزاع [2].

و قد تطرح على أطراف النزاع عدة طرق للوساطة لاختيار الطريقة التي يفضلانها لعقد جلسات الوساطة من خلال البريد الإلكتروني،أو المخاطبة من خلال غرفة اجتماعات المؤتمر المصور وسائل الدعوى و عن أية اعتراضات يقدمونها على الوسيط كانت أم لا،و بموفقة طرفي النزاع على الوسيط و الإجراءات يتم الانتقال للمرحلة التالية للوساطة ،و هي مناقشة موضوع النزاع و إثارة نقاط الخلاف الجوهرية،و ذلك بعد أن يقوم الوسيط بإرسال بريد إلكتروني لكل من طرفي النزاع،يتضمن اسم المزود الخاص بكل منهما،و الذي يخولهما الدخول لصفحة النزاع المعدة على موقع المركز بالإضافة إلى تحديد ميعاد جلسات الوساطة ليقوم بعدها الوسيط بصياغة اتفاق التسوية النهائية و الملزم عرضه على المتنازعين للتوقيع عليه[3].

3-التوفيق الإلكتروني وسيلة لحل نزاعات التعاقد الإلكتروني

يعتمد التوفيق في محتواه إلى تقريب و جهات النظر،و هذا ما جعل أغلب التشريعات المقارنة تشبهه بالوساطة إلى حد الترادف بين المصطلحين،و قد استخدمت لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري هذان المصطلحان باعتبارهما مترادفين و هذا في القانون النموذجي الذي أصدرته بشأن التوفيق التجاري في جميع الأطراف المتنازعة و مساعدتهم في توفيق أوجه الخلاف بينهم و من ثم التصالح،فالتوفيق نظاما إراديا محضا إبتداءا و انتهاء،لذا يكون رأي لجنة التوفيق غير ملوم لأطراف النزاع،و بالتالي قد لا ينتهي التوفيق إلى إنهاء النزاع في كل الأحوال[4].

---

[1] -خليفي سمير،**حل النزاعات في عقود التجارة الإلكترونية**،المرجع السابق، ص 136.

[2] -خليفي سمير،**حل النزاعات في عقد التجارة الإلكترونية**،المرجع نفسه، ص 137.

[3] -خالد ممدوح ابراهيم،**التحكيم الإلكتروني**...،المرجع السابق،ص224.

[4] -خليفي سمير،**حل النزاعات في عقد التجارة الإلكترونية**،المرجع السابق،ص 141.

أ –تعريف التوفيق الإلكتروني

يعرف التوفيق الإلكتروني بأنه النظام الذي يتيح لطرفي النزاع اختيار شخص أو أكثر ليساعدهما في الوصول إلى تسوية ودية بشأن النزاع القائم بين الطرفين المتنازعين،فإذا ما تم التوصل إلى هذه التسوية تولى الطرفان إعداد و توقيع اتفاق التسوية بمساعدة الموفق إذا طلبا منه ذلك،و قد عرفت التوفيق الإلكتروني المادة 3/1من قانون الأونسيترال النموذجي للتوفيق التجاري الدولي أنه:"**أي عملية سواء أشير إليها بتخيير التوفيق أو المصالحة أو الوساطة،و هو الطلب المقدم من الطرفين إلى شخص أو عدة أشخاص آخرين قصد مساعدتهما في سعيها إلى التوصل لتسوية ودية لنزاعهما الناشئ عن علاقة متصلة بالعقد و لا يكون للموفق أية صلاحية في فرض حل لنزاع على الطرفين**"

من هنا يتضح لنا بأن التوفيق محاولة لتقريب وجهات النظر بين الطرفين المتنازعين قصد الوصول إلى حل يرضي الطرفين،وقد تبنى التوفيق كآلية لتسوية النزاعات وديا مختلف الهيئات الدولية المتخصصة،و الذي اعتبرته غرفة التجارة الدولية حلا مفضلا للنزاعات التجارية،ذات الطابع الدولي لذلك وضعت نظام التوفيق الاختياري لتسهيل التسوية بالتراضي[1].

هذا بالإضافة إلى المركز الدولي لتسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمار بين الدول و رعايا الدول الأخرى"cirdi" الذي نصت المادة 28من اتفاقية المنشأة للمركز :"**للدولة المتعاقدة و أحد رعايا الدول المتعاقدة الذي يرغب في اتخاذ إجراءات التوفيق...**"

وقد تبنى التوفيق كذلك الاتفاقية المنشأة للوكالة الدولية لضمان الاستثمار AMGI في المادة 5/3من الملحق رقم 2 من الاتفاقية بأن اللجوء إلى التوفيق اختياري و ذلك بعد استنفاذ إجراءات المفاوضات.

ب–خصائص التوفيق الإلكتروني

يتمتع التوفيق الإلكتروني ببعض الخصائص التي تميزه عن غيره من الوسائل البديلة لحل النزاعات و منها:

–تسعى عملية التوفيق إلى تقريب و جهات النظر بين الأطراف دون اقتراح للتسوية أو الحكم بصيغة ملزمة بين الأطراف؛

[1]–خليفي سمير،**حل النزاعات في عقود التجارة الإلكترونية**،المرجع نفسه، ص 142.

-يسبق التوفيق كل من الوساطة و التحكيم حيث تسعى أغلب مراكز التحكيم الإلكتروني على عرض فكرة التوفيق على الأطراف لتقريب وجهات النظر قبل اللجوء إلى الوساطة أو التحكيم الإلكتروني[1]؛

-يتحمل أطراف النزاع المصاريف القضائية مقابل استفادتهم من العملية التوفيقية، سواء بالنسبة للموفق الوحيد أو لجنة التوفيق.

يقوم الموفق بعد نهاية العملية التوفيقية بتحرير محضر نهائي ،سواء في حالة التوصل إلى اتفاق،أو في حالة السلب و يتم التعليل لذلك ،و للأطراف الحرية في مواصلة الإجراءات ،عكس الوساطة التي تفرض اللجوء إلى التحكيم في بعض المراكز عند فشل مساعي الوساطة[2] .

ج-سير عملية التوفيق الإلكتروني

يقتضي من أطراف النزاع في إجراء عملية التوفيق الاتفاق على جملة من قواعد إجرائية،تسهل عملية أو مهمة التوفيق من الشخص القائم في سير العملية،و عادة يرضى الأطراف بأن يحيلوا في هذا الشأن على مجموعة قواعد مسبقة يختارونها في إتمام عملية التوفيق[3].

فيلجأ الأطراف في حالة فشل المساعي الودية في حل النزاع،إلى وسيلة أخرى تمثل أهم حل النزاعات المترتبة عن عقود التجارة الإلكترونية،و تتمثل في التحكيم الإلكتروني الذي يمثل الوسيلة الأكثر إقبالا لطرح مثل هذه النزاعات لاعتباره يتماشى و طبيعة العقد الإلكتروني.

4-التحكيم الإلكتروني كأحدث وسيلة لحل نزاعات التعاقد الإلكتروني

يشهد التحكيم ازدهارا ملحوظا في العهد الحديث في مجال المعاملات و التجارة الدولية أمام عودة النزعة الفردية و حرية التبادل التجاري و سلطان الإرادة،و اللجوء إلى التحكيم باعتباره يتلائم و التجارة الإلكترونية،حيث تقوم على السرعة في إبرام العقود و التنفيذ و لا تتماشى مع بطء و غموض إجراءات القضاء العادي [1] .

---

[1] -خالد ممدوح إبراهيم،**التحكيم الإلكتروني**...،المرجع السابق،ص 224.

[2] -خليفي سمير ، **حل النزاعات في عقود التجارة الإلكترونية**، المرجع السابق،ص 144.

[3] -عليواش قربوع كمال، **قانون الاستثمارات في الجزائر**، ديوان المطبوعات الجامعية، طبعة 1999، الجزائر، ص 68.

ونظرا لما لمسه المتنازعون من فاعلية التحكيم في فض منازعات التجارة الدولية،و تحقيق متطلباتها القائمة على قواعد خاصة تتلائم واقتصاد السوق إزاء معدل اللجوء للتحكيم و اعتباره حجر الزاوية للتجارة الدولية، إلى جانب الرغبة في تجاوز عقبة تنازع القوانين و التحرر من القوانين و القواعد الوطنية خصوصا في مجال عقود الاستثمار كل هذا أدى إلى أن ارتفع حجم المنازعات على هيئات التحكيم،فالمستثمر الأجنبي ينظر إلى ناتج الاستثمار المتوقع و المخاطر التي يمكن أن يجابهها من خلال الاستثمار[2] .

يفرض في الواقع و في ظل التقدم المعلوماتي التزايد يوما بعد يوم ،و بعد شيوع استخدامه في انجاز الأعمال التجارية و القانونية و ابرام العقود الإلكترونية،التفكير إلى تسوية منازعات هذه العقود باستخدام نفس التقنيات لتكون بذلك التسوية الإلكترونية فتجرى كافة إجراءاتها عبر شبكات الإتصال الإلكترونية،دون الحاجة لتواجد أطراف العملية التحكيمية في مجلس واحد،حيث تتجاوز الشبكات الإلكترونية الحدود الجغرافية للدول،و هو ما جعل الإتحاد الأوروبي يصدر توجيها ورد النص فيه على أن تسمح الدول الأعضاء في حالة النزاع أو الخلاف بين موردي خدمات المعلومات و المتعاملين معه باستخدام الوسائل الإلكترونية،حيث نصت المادة 17 من التوجيه الأوروبي رقم 2000/31 السالف الذكر فيما يتعلق بالجوانب القانونية لخدمات مجتمع المعلومات خصوصا التجارة الإلكترونية على أنه:"**تسمح دول الأعضاء لموردي خدمات المعلومات و المتعاملين معهم بتسوية منازعاتهم بعيدا عن أروقة المحاكم و باستخدام الوسائل التكنولوجية في العالم الإلكتروني ،و في مجتمع المعلومات في فض النزاعات**"،وتعتبر محكمة سنغافورة أول محكمة لتسوية الخلافات على الانترنت في العالم،و التي افتتحت رسميا في 2000/9/7و هي متخصصة في تسوية الخلافات المتعلقة بالتجارة و الأعمال الإلكترونية،على الشبكة العنكبوتية الدولية،و التي تكون بمثابة آلية لفض منازعات في هذا النوع الجديد من الخلافات التجارية دون الحاجة إلى المحاكم التقليدية[3].

---

[1]-محمد حسين منصور،**العقود الدولية،ماهية العقد الدولي و أنواعه وتطبيقاته،مفاوضات العقد وإبرامه،مضمونه وأثاره و انقضائه،الصياغة و الجوانب التقنية و الائتمانية و الإلكترونية،الاختصاص القضائي و القانوني، التحكيم و قانون التجارة الدولية**،دار الجامعة الجديدة للنشر،دون ذكر رقم الطبعة ،الإسكندرية مصر،ص 349.

[2] -محمد إبراهيم أبو الهيجاء،**التحكيم الإلكتروني**...،المرجع السابق،ص 45.

[3] -خليفي سمير، **حل النزاعات في عقود التجارة الإلكترونية**، المرجع السابق، ص 147.

أ-تعريف التحكيم الإلكتروني

تعددت التسميات رغم وحدة المسمى ،فالتحكيم الإلكتروني الذي هو مصطلح لا يختلف في تعريفه عن التحكيم التقليدي إلا من خلال الوسيلة التي تتم بها إجراءاته،فلا وجود للورق أو الكتابة التقليدية أو الحضور المادي للأطراف المتنازعة،و حتى الأحكام يحصل عليها الأطراف موقعة و جاهزة الكترونيا .

لتعريف مصطلح التحكيم الالكتروني يجب تحليل مفرداته إلى مصطلح "التحكيم" بمعناها التقليدي يعني:"**اتفاق على طرح النزاع على شخص أو أشخاص معينين لتسويته خارج إطار المحكمة المختصة** " فيعني الاعتماد على تقنيات تحتوي على كل ما هو رقمي أو مغناطيسي أو لاسلكي أو بصري أو كهرومغناطيسي أو غيرها من الوسائل المشابهة و بالتالي يعرف التحكيم الالكتروني بان التحكيم الذي تتم إجراءاته عبر شبكة الانترنت و هو يكتسب صفة الالكترونية من الطريقة التي بها و هي سمعية بصرية عبر شبكة دولية مفتوحة الاتصال عن بعد دون حاجة إلى التقاء أطراف النزاع و المحكمين في مكان معين [1].

اختلفت التعاريف حول التحكيم التجاري الدولي الذي يختص بمنازعات التجارة الدولية و الذي ظهر استجابة لمتطلبات هذه التجارة و تحقيق و العدالة و السرعة وتقليل التكاليف على أطراف التحكيم و عدم قطع العلاقات التجارية بينهم إلا انه ثمة نوع خاص و مستقل بشكل كبير على ما جرى العمل به و المتعارف بالتحكيم التقليدي و هو التحكيم الإلكتروني و ما تميزه هي الآلية التي يتم بها هذا الإجراء إذا كان ما يميز التحكيم الالكتروني و يضع الفارق الرئيسي بينه و بين التحكيم في حقيقته التقليدية هو استعمال وسائل الاتصال الحديثة في إجراءاته فان هناك مسالة خلافية تطرح حول إلزامية تمام التحكيم بأكمله عبر الوسيلة الالكترونية لاعتباره الكترونيا أم يكفي استعمال الوسيلة الالكتروني في أية مرحلة من مراحله [2].

في الواقع أن الفقه لم يتفق على رأي واحد بل انقسم في ذلك إلى اتجاهين نوجزهما فيما يلي:

[1]-يتوجي سامية، **أهمية التحكيم الإلكتروني كوسيلة لفض منازعات التجارة الإلكترونية، مجلة معارف**، العدد 14،جامعة العقيد آكلي محند أولحاج،البويرة الجزائر،2013،ص 158.

[2]-يتوجي سامية، **أهمية التحكيم الإلكتروني** ...،المرجع نفسه،ص 159.

–فالاتجاه الأول:يعتبر أن التحكيم الإلكتروني سواء تم بأكمله عبر وسائل إلكترونية أو اقتصر استعمالها على بعض المراحل فقط، إذ ينحصر استخدام الوسيلة الإلكترونية على مرحلة إبرام اتفاق التحكيم أو على مرحلة الخصومة ،في حين تتم باقي المراحل بالطرق التقليدية.

–أما الاتجاه الثاني :فحسب هذا الاتجاه لا يعد التحكيم الإلكتروني إلا إذا تم بأكمله عبر الوسائل الإلكترونية،إذ ينبغي أن يبدأ التحكيم باتفاق تحكيم إلكتروني ثم يمر بإجراءات تحكيم إلكترونية أيضا،و المرجع بينهما هو الاتجاه الثاني و السند أن التحكيم الإلكتروني تحكيم يتم بأكمله عبر الوسيلة الإلكترونية[1].

ب–أسباب اللجوء إلى التحكيم الالكتروني

أصبح اللجوء إلى التحكيم أمرا متزايدا في التجارة الدولية بصفة عامة و التجارة الالكترونية بصفة خاصة و ذلك يرجع غلى سرعته و ملائمته مع التطور الحاصل في التجارة الالكترونية فالأطراف يفضلون التحكيم التجاري الالكتروني لعدة أسباب منها:

–اللجوء إلى التحكيم يحث أطراف العقد عدم مسايرة القانون و القضاء للعقود المبرمة سواء كان قانونيا أو قضائيا،كما يجنب صعوبة تحديد القانون الواجب التطبيق؛

–يمثل التحكيم الإلكتروني منصة واحدة ،أيا كان نوع الاختصاص الذي يتعلق بالنزاع عكس القضاء الذي يشمل إجراءات بطيئة و معقدة و أكثر تكلفة؛

–تتم جميع الإجراءات التي تسير عليها عملية التحكيم الإلكتروني عن بعد فهذا النوع من التحكيم لا يستلزم انتقال الأطراف المتنازعة؛.

–الرغبة في عرض النزاع عللا أشخاص ذوي خبرة فنية خاصة و محل ثقة تواكب تطور التجارة الإلكترونية، خاصة في المجال الفني و القانوني ،لهذه التجارة باعتبار المحكم الذي تم تعينه من قبل الأطراف مؤهلا للفصل في النزاع[2].

[1]–للمزيد من التفصيل في الموضوع راجع يتوجي سامية،**أهمية التحكيم الإلكتروني**...،المرجع نفسه،ص 160.

[2]_ يتوجي سامية،**أهمية التحكيم الإلكتروني**...،المرجع نفسه،ص 159.

ج–خصائص التحكيم الإلكتروني

يمتاز التحكيم الإلكتروني بعدة خصائص مرتبطة أساسا بالتجارة الإلكترونية و العقود الإلكترونية،و هذا بطريقة تميزه عن الخصائص التي تميز المحاكم الوطنية أو القضاء العادي و التحكيم التجاري التقليدي ،و من ثم فإن التحكيم الإلكتروني يتمتع بالخصائص التالية:

ج–1–السرية في التحكيم الإلكتروني

هي ميزة التحكيم الإلكتروني من حيث وجوده و نتائجه و في جميع المراحل،إذ لا تكون الجلسات التحكيمية علانية،مما يحول دون إلحاق الضرر بسمعة الأطراف المحتكمين ،و الوقع أن السرية التي يكفلها التحكيم الإلكتروني تبدو أكثر أهمية في مجال العلاقات التجارية الدولية التي تبرم بطريقة إلكترونية،حيث أن الاتصالات تمتاز بالسرعة و من ثم فإن انتشار الأخبار التي تنطوي على أسرار تجارية أو صناعية أو مالية أو اقتصادية ليتسم بسرعة كبيرة[1].

ج–2–سرعة الفصل في القضايا المطروحة على التحكيم الإلكتروني

هي الخاصية التي يعود عليها الفضل في الإقبال الكبير على التحكيم الإلكتروني،نظرا لما تتطلبه المعاملات التجارية التي تتم عبر الوسائل الإلكترونية،من سرعة في التنفيذ ،و هذا ما يستفاد من السرية الفائقة للبث في النزاع و الابتعاد عن البطء الذي يتميز به القضاء العادي و حتى التحكيم التقليدي،و هذا ما يؤدي بالضرورة إلى سرعة إصدار الأحكام نظرا لسهولة الإجراءات المتبعة في عملية التحكيم الإلكتروني،حيث يتم تقديم جميع المستندات و الأوراق المتعلقة بالنزاع بصورة إلكترونية عن طريق البريد الإلكتروني.

ج–3–تجاوز مشكلة الاختصاص القضائي

تعود عقود التجارة الإلكترونية وفق الرأي الراجح في الفقه عقودا دولية،فالانترنت شبكة مفتوحة عالميا و لها إقليمها الخاص بها الذي لا يعبأ بالحدود الجغرافية ،لذلك يصعب توطين العلاقات القانونية التي في إطارها ،فلم يعد يوجد على شبكة الانترنت عقد دولي و عقد داخلي ،لأن مثل هذه التفرقة يصعب تطبيقها،و يثير النزاع الناشئ على أساس هذا العقد حتما مشكلة المحكمة المختصة بنظر النزاع و لعل ما يزيد هذه المشكلة تعقيدا عدم وجود قواعد موضوعية تلتزم

[1] –حمودي ناصر،**النظام القانوني لعقد البيع الدولي الإلكتروني**...،المرجع السابق،ص 480.

فيها الدول في مجال التجارة الإلكترونية،لا توجد قواعد موحدة للاختصاص القضائي و بما لا يتلائم مع الطبيعة الخاصة للتجارة الإلكترونية [1].

د–المعوقات التي تواجه التحكيم الإلكتروني من الناحية العملية

توجد عقبات أساسية تعترض عملية التحكيم الإلكتروني نوجزها فيما يلي:

د–1–وفرة النظام الإلكتروني

تعد عقبة وفرة وانتشار الحاسب المشكلة العامة التي تواجه انتشار التحكيم الإلكتروني،لتكلفتها المادية من جهة وانتشار الفيروسات من جهة أخرى و الرسائل البريدية غير المرغوب فيها خشية من إلحاق الضرر بالمتنازعين و أجهزتهم.

د–2–السرية

بالرغم من حرص مراكز التحكيم الإلكتروني و عملهم على توفير بيئة آمنة و على مستويات مختلفة،سواء لحظة إرسال البيانات أو عند التخزين ،فإن الأمر لا يسلم من انتهاك داخلي وخارجي للبيانات،و إذا كان الأمر يصدق على التحكيم التقليدي،فإن التحكيم الإلكتروني قد لا يحقق السرية المبتغاة بذاته و التي يحققها التحكيم التقليدي ،فإجراءات التحكيم الإلكتروني تتم غالبا عبر الانترنت و هذا الوسط قد يشكل تهديدا لسرية التحكيم من أكثر من جانب[2].

د–3–عدم ملائمة التشريعات الداخلية للتحكيم الإلكتروني

يتطلب التحكيم كأسلوب لفض المنازعات شروطا شكلية معينة لإبرام اتفاق التحكيم و شكلية معينة لإصدار قرار التحكيم و شروط معينة لتنفيذ حكم التحكيم و قد يكون من المعتذر استيفاء التحكيم الإلكتروني لكل ما تتطلبه تلك القواعد القانونية التي استقرت لتحكم تعاملات تجاريا وماديا،كونها قواعد و ضعت أصلا لتنظيم تحكيما تقليديا و يتم بإجراءات تقليدية،و يعد التوثيق المشكلة العامة التي تواجه نمو التجارة الإلكترونية،عموما و التحكيم الإلكتروني خصوصا،لإمكانية التحايل من خلال شبكة الانترنت و إخفاء هوية المتعاقد الحقيقية،و دور التوقيع الإلكتروني في الحد من ذلك[3].

---

[1] –خليفي سمير،**حال النزاعات في عقود التجارة الإلكترونية**،المرجع السابق،ص 153.

[2] _محمد إبراهيم أبو الهيجاء، **التحكيم الإلكتروني**...،المرجع السابق،ص 62.

[3] –محمد إبراهيم أبو الهيجاء، **التحكيم الإلكتروني**...،المرجع نفسه،ص 63.

هـ-إبرام اتفاق التحكيم الإلكتروني

يعرف اتفاق التحكيم عموما أنه :"**اتفاق يتعهد بمقتضاه الأطراف بأن يتم الفصل في المنازعات الناشئة بينهم و المحتمل نشؤها من خلال التحكيم**"

و يعرف أيضا بأنه:"**اتفاق بين طرفين على أن يحيل جميع أو بعض المنازعات المحددة التي تنشأ أو قد تنشأ بينهما بشأن علاقة قانونية محددة تعاقدية كانت أو غير تعاقدية و يجوز أن يكون اتفاق التحكيم في صورة شرط تحكيم وارد في عقد أو في صورة اتفاق منفصل**" [1].

يلاحظ من التعريفين السابقين أنهما تناولا بالتحديد مفهوم اتفاق التحكيم على النحو الذي يتضح معه ماهيته كما حدد الصور التي يعقل أن يتم بها الاتفاق لذا فاتفاق التحكيم التجاري هو :"**اتفاق يدخل في إطار القانون الخاص يهدف إلى إحداث أثر قانوني معين يتمثل في إنشاء الالتزام على عاتق أطراف الأطراف بإحالة النزاع الذي يثار بينهما إلى التحكيم**"

يعد اتفاق التحكيم في طبيعته عقدا من حيث هو تصرف قانوني يصدر عن إرادتين أو أكثر و لكن لا يمكن اعتباره عملا إجرائيا على الرغم من أنه يعد هو الخطوة الأولى في طرح النزاع على هيئات التحكيم،و بالنظر إلى ذلك لا تختلف طبيعة اتفاق التحكيم بصورة عامة ،من حيث أنه يعد هو الآخر عقدا إلكترونيا مهما كان نوع اتفاق التحكيم ،فالخصومة لا يتم تحريكها إلا إذا تم طرح النزاع على التحكيم بموجب اتفاق ،بمعنى أن اتفاق التحكيم مرتبط بعلاقة قانونية أخرى تسبقه أو تعارضه في الوجود[2] .

إن مصطلح اتفاق التحكيم الإلكتروني له معنيان هما:فالأول كون أطراف النزاع اتفقوا على تسوية نزاعهم عن طريق التحكيم التقليدي ،و لكن التوصل إلى اتفاق التحكيم تم عن طريق وسائل إلكترونية،أما الثاني فهو كون أطراف النزاع اتفقوا على اللجوء إلى التحكيم لحل خلافاتهم عن طريق استخدام وسائل تقنية حديثة.

ومن ثم فإن اتفاق التحكيم يمكن أن يتخذ واحدة من الصور التالية:

[1] -يتوجي سامية، **أهمية التحكيم الإلكتروني**...، المرجع السابق،ص 161.

[2] -يتوجي سامية، **أهمية التحكيم الإلكتروني**...، المرجع نفسه،ص 163.

هـ-1-شرط التحكيم

الذي يعرف بأنه الشرط الذي يرد في العقد بإحالة المنازعات المستقبلية حول ذلك العقد،إلى التحكيم و في هذه الصورة يكون اتفاق التحكيم سابقا على قيام النزاع ،فلا ينتظر أطراف العلاقة القانونية نشوب نزاع بينهما لتحديد الوسيلة التي يعتمدها لحله.

هـ-2-مشارطة التحكيم

تعرف مشارطة التحكيم بأنها الاتفاق الذي يبرمه طرفي العقد بعد وقوع النزاع ،و يحال بموجبه الطرفين إلى التحكيم،فاتفاق التحكيم في هذه الحالة يكون لاحقا لقيام النزاع،بما يعني معه استقلال اتفاق التحكيم عن العقد.

هـ-3-التحكيم بالإحالة

بموجب هذه الصورة من اتفاق التحكيم يمكن لطرفا العقد الإشارة إلى وثيقة أخرى تتضمن شرط التحكيم،بقصد تطبيق أحكامها على العلاقة بين الطرفين،باعتبارهما جزء من العقد ،و غالبا ما يكون هناك ارتباط بين العقد الذي يتضمن الإحالة و الوثيقة التي تتضمن شرط التحكيم وتتم الإحالة إليها[1].

ثانيا: شروط صحة اتفاق التحكيم الإلكتروني

يلزم لصحة اتفاق التحكيم الإلكتروني جملة من الشروط موضوعية، و أخرى شكلية و التي سنتعرض لها تباعا.

1-الشروط الموضوعية لصحة انعقاد اتفاق التحكيم الإلكتروني

بما أن اتفاق التحكيم عقد قانوني فإنه يتطلب لقيامه ما يتطلبه أي عقد آخر من الشروط الموضوعية المتمثلة في ركن الرضا و المحل ،إلا أنه يتميز بخصوصية معينة باعتبار أن إبرامه إلكتروني الوسيلة من حيث مدى إمكانية التعبير عن إرادة الأطراف إلكترونيا،و مدى اعتداد القانون بهذا التعبير و كيفية التحقق من توافر الشروط اللازمة لصحته،و هو ما يطرح السؤال التالي:هل يعد أي نزاع يثار بشأن عقد تجاري إلكتروني قابلا للتحكيم فيكون بذلك محلا لاتفاق التحكيم الإلكتروني.

[1] -يتوجي سامية،**أهمية التحكيم الإلكتروني**...،المرجع السابق،ص164.

أ-وجود الرضا في اتفاق التحكيم الإلكتروني و خلوه من عيوب الإرادة

يقصد بالرضا في اتفاق التحكيم :توافق طرفي النزاع اتخاذ التحكيم وسيلة لفض النزاع القائم أو محتمل قيامه مستقبلا،ولما كان إبرام اتفاق التحكيم الإلكتروني يتم إلكترونيا فغن التعبير عن الإرادة فيه يكون من خلال ذات الوسيلة ،حيث يتم توجيه الإيجاب من خلالها و تلقي القبول عبرها ،فالتاجر يضمن موقعه الإلكتروني شروط التعاقد ومن بينها شرط التحكيم ،فإذا أراد زائر الموقع أن يبرم العقد فإنه يقوم بالنقر على أيقونة "أنا أقبل" إشارة لقبول التعاقد أو قبول الشراء.

وليس من المتصور أن يكون اتفاق التحكيم الإلكتروني أن يكون مشوبا بعيب من عيوب الرضا كالإكراه أو الغلط أو الاستغلال أو التغرير،ذلك أن التحكيم تديره مراكز تحكيم موثوق بها ،وهذه الخدمة تكون متاحة في إطار مواقع تحرص على سمعتها التجارية،كما يتطلب المشرع توافر أهلية التصرف في طرفي اتفاق التحكيم ،و إلا اعتبر باطلا فإذا كان العقد قد أبرم بين تاجر أو شركة تدير موقع إلكتروني تجاري بين مستهلك فإنه ينبغي توافر الأهلية في كليهما بالنسبة للتاجر لا خلاف في وجوب أهليته أو وجودها،إذ أن ممارسة للنشاط التجاري على وجه الاحتراف يؤكد تمتعه بالأهلية الكاملة واللازمة لممارسة النشاط التجاري،أما بالنسبة إلى المستهلك فالتحقق من أهليته يكون محل صعوبة، فرغم أن المستهلك لدى إبرامه عقد تجاري إلكتروني يلزم تقديم معلومات شخصية لتحديد هويته كما سبق القول،إلا أنه من الصعب واقعا التحقق من دقة المعلومات التي يقدمها.

فكثيرا ما يقدم المستهلك معلومات غير صحيحة عن هويته حماية لخصوصية و خشية استعمالها خلافا لإرادته و بهذا فإن حكم التحكيم الإلكتروني يكون معرض للبطلان ،إذا تبين أن المستهلك ناقص الأهلية أو ليس له أهلية التصرف في الحق محل النزاع،و لمنع حدوث ذلك يتم التحقق من هوية أطراف اتفاق التحكيم عن طريق شخص ثالث مهمته التأكيد على أن المتعامل الإلكتروني قد قدم بيانات دقيقة عن هويته الشخصية ،يطلق عليه اسم "مقدم خدمة التصديق"،و بهذه الصورة يمكن التأكد من أن الشخص الذي يبرم اتفاق التحكيم حائز لأهلية التصرف المطلوبة ،و لم يتخذ اسما وهميا أو مستعار.

تبقى مسألة تحديد القانون الواجب التطبيق على الأهلية،نجد أن اتفاقية نيويورك بشأن الاعتراف و تنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية،لم تقرر بشأنها بل تركت لمحاكم الدولة تطبيق القواعد المعمول بها في كل تشريع قضائي ،و السبب في ذلك تخوف واضعي الاتفاقية من تنازع التكييف،بالنظر إلى اختلاف قواعد الإسناد و تعذر وضع نصوص قانونية موحدة

تنظمها ،لذلك تركت مسألة تقدير أهلية أطراف اتفاق التحكيم لقانون الذي تشير إليه قاعدة التنازع في قانون الدولة المطلوب إليه تنفيذ حكم التحكيم[1].

ب-المحل في اتفاق التحكيم الإلكتروني

الأصل في التجارة الدولية أن المتعاقدين يتمتعون بحرية كبيرة في تحديد المسائل التي تخضع للتحكيم،إلا أن بعض التشريعات خاصة منها المتعلقة بحماية المستهلك تفرض قيودا عليهم ،فهو يقرر له حقوقا في قانونه الوطني تدعم ضعف مركزه و تعدل من عدم التوازن المفترض في العلاقة بينه وبين التاجر المحترف،و قد حاول الفقه و القضاء اتخاذ موقف وسط في مسألة قابلية النزاع للتحكيم عندما يكون أحد طرفي مستهلكا،و ذلك بالوقوف على الحكة من عدم جواز اللجوء إلى التحكيم في اختيار القانون الوطني ،قانونا واجب التطبيق على النزاع و الذي يمكن رده إلى أن المستهلك قد يوافق على شروط العقد و من بينها شرط التحكيم دون تبصر،و موازنة بين اللجوء إلى التحكيم و القضاء الوطني و تطبيق القانون الوطني،و الذي قد لا يكون له الخيار لإجراء مثل هذه الموازنة أصلا إذ يفترض على المستهلك الراغب في التعاقد الموافقة عليها جملة وتفصيلا ،لذلك يمنع التحكيم الذي يأخذ صورة شرط التحكيم دون مشارطة التحكيم ،أين تنتفي هذه الخشية لقيام اتفاق التحكيم لا حقا على النزاع[2] .

2-الشروط الشكلية لصحة اتفاق التحكيم الإلكتروني

تتطلب أغلب القوانين المنظمة للتحكيم شكلية معينة في اتفاق التحكيم،إلا أنها لا تتفق حول الدور الذي تلعبه هذه الشكلية بين من تعتبره شرطا لانعقاد اتفاق التحكيم،و بين من تعتبره لازمة لإثبات هذا الاتفاق فالتحكيم الإلكتروني يخضع إلى الأحكام التي تسري على التحكيم سواء كان الشكل المطلوب شرط انعقاد أو شرط إثبات ،و على ذلك يطرح التساؤل حول كيفية استيفاء الشكلية في اتفاق التحكيم؟

أ-الكتابة كشرط شكلي لاتفاق التحكيم الإلكتروني

إذا كان شرط الكتابة يتوافر بالكتابة الخطية المتعارف عليها ،فإن التساؤل يثور حول ما هو حكم الكتابة الإلكترونية المستخدمة في تحرير اتفاق التحكيم و ما مدى مشروعيتها؟

[1] -يتوجي سامية،**أهمية التحكيم الإلكتروني**...،المرجع السابق،ص 165.

[2] -يتوجي سامية، **أهمية التحكيم الإلكتروني**...،مرجع سابق،ص 166.

إن الكتابة بمعناها التقليدي تكون محررة على دعائم ورقية كما سبق القول،و لكن التطور التكنولوجي في وسائل الاتصال أدى إلى ضرورة التوسع في هذا المفهوم ،و من ثم لا يوجد ما يمنع أن تكون الكتابة محررة على دعائم إلكترونية،طالم تحق نفس الهدف فالمهم هو أن يتم حفظ البيانات بحيث يمكن الرجوع إليها عند الخلاف دون أن يطرأ عليها أي تعديل أو تحريف[1].

إن اختلاف القوانين الوطنية و الدولية في مسألة مدى تحق شرط الكتابة في اتفاق التحكيم الإلكتروني،دفع المنظمات الدولية إلى عقد اتفاقيات تأخذ بالشكل الموسع للكتابة،منها مشروع تطوير قانون التحكيم التجاري الدولي الجاري إعداده من قبل لجنة الأونسيترال الذي ينص على أنه:"**يتعين أن يكون اتفاق التحكيم كتابيا ،و تشمل الكتابة أي شكل يوفر سجلا ملموسا للاتفاق ،و أن يكون في المتناول عن نحو آخر بصفته رسالة بيانات بحيث يمكن استعماله في إشارة لاحقة**"

ب-التوقيع كشرط شكلي لاتفاق التحكيم الإلكتروني

اشترطت اتفاقية نيويورك لعام 1958و قانون الأونسيترال و معظم قوانين التحكيم الإلكترونية أن يكون اتفاق التحكيم موقعا من أطراف النزاع على اعتبار أن التوقيع التقليدي يعد مقيدا لسببين أولهما تأكيد موافقة الطرف الموقع على العقد و ثانيهما تأكيد تمام إعداد الاتفاق و تحديد هوية أطرافه،و ما نجده واقعا أن الكثير يعتبرون التوقيع الإلكتروني على اتفاق التحكيم ملبيا لمتطلبات التوقيع التقليدي ،بالنظر إلى أن اتفاق التحكيم الذي يتم التوصل إليه بالوسائل الإلكترونية،يعتبر مشروعا بغض النظر عن وجود التوقيعات الأصلية لطرفي العقد.

إذ أن تبادل هذه الوثائق الإلكترونية يعد تعبيرا صريحا عن النوايا الحقيقية للأطراف و اعترافا بمضمون ما اشتملت عليه،و أن الوسائل التقنية الحديثة مثل نظام التصديق من قبل طرف ثالث كفيلة بتحديد هوية أطراف اتفاق التحكيم وإتمام شروط الوثيقة على نحو مطابق لمهام التوقيع التقليدي،و لقد منح التوقيع الإلكتروني ذات الشرعية القانونية للتوقيع التقليدي في العديد من تشريعات الدول،كما تبنت لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولية سنة 2001 وهو القانون النموذجي للتوقيع الإلكتروني الذي يقرر أن:"**التوقيع الإلكتروني يشمل أية معلومات مخزنة بطريقة إلكترونية يمكن أن تستخدم للتعريف بهوية صاحب التوقيع و تأكيد موافقته على المعلومات التي تتضمنها أي وثيقة إلكترونية**"

[1] -خالد ممدوح إبراهيم، **التحكيم الإلكتروني**...، مرجع سابق،ص 294.

كما اعتمد البرلمان الأوروبي سنة 2000الدليل الأوروبي للتجارة الإلكترونية، الذي طالب بإزالة العقبات القانونية المادية التي تقف في وجه الاعتراف بشرعية العقود الإلكترونية ،و استيفائها لشرطي الكتابة و التوقيع بالإضافة إلى اعتماد الدليل الأوروبي للتوقيعات الإلكترونية الذي عرف التوقيع الإلكتروني على أنه:" **البيانات المتوفرة في صيغة إلكترونية المرفقة و المرتبطة منطقيا ببيانات إلكترونية أخرى و التي تستخدم كأسلوب للتصديق"**

على العموم يجب أن يتضمن اتفاق التحكيم الإلكتروني أسماء أطراف النزاع و نص اتفاق التحكيم نفسه من حيث الإيجاب و القبول و الشروط الواردة فيه و ينبغي تخزين هذه المعلومات إلكترونيا بطريقة تسمح بحق الدخول إليها ومراجعتها لاحقا و استخدامها كدليل لإثبات صحته قانونا بحيث لا يمكن إدعاء تزويرها[1].

3-إجراءات التحكيم الإلكتروني

يعتمد في التحكيم الإلكتروني على نفس الإجراءات المعتمدة في التحكيم التقليدي أو العادي،و يضاف إليها وباتفاق الأطراف قواعد إضافية خاصة بالتحكيم الإلكتروني ومن أبرزها طريقة التواصل بين المتخاصمين و المحتكمين،فتتم العملية عن بعد باستعمال الانترنت-الوسيلة الأكثر استعمالا-و كيفية تقديم المستندات إلكترونيا،و أهمية الحفاظ على سرية المعلومات التجارية و الصناعية التي تهم أطراف موضوع النزاع ،كما يمكن للأطراف تحديد إجراءات التحكيم الإلكتروني عن طريق اتفاق التحكيم[2].

يثير التحكيم الإلكتروني عددا من الإشكالات المتعلقة أساسا بكون النظم القانونية القائمة و المنظمة لإجراءات التحكيم،تفترض استخدام الدعائم الورقية و الحضور الشخصي لأطراف النزاع،لذلك تلعب القواعد الإجرائية التي تسنها مراكز التحكيم لتنظيم سير عملية التحكيم دورا جوهريا لضمان نجاح العملية ،تبدأ من عرض النزاع على التحكيم وصولا إلى حين فضه بصدور الحكم فيه[3].

أ-إجراءات ما قبل عرض النزاع على التحكيم الإلكتروني

يتم إتباع إجراءات التحكيم التقليدي على مستوى التحكيم الإلكتروني،مضاف إليها أي قواعد يتفق عليها الأطراف،حيث يجوز لهم تحديد الإجراءات التي يريدون تطبيقها،ضمن بنود اتفاق التحكيم الإلكتروني،فإذا كنا بصدد

---

[1] -يتوجي سامية،**أهمية التحكيم الإلكتروني**...،مرجع سابق،ص 168.

[2] -حمودي ناصر،**النظام القانوني لعقد البيع الدولي الإلكتروني**...،مرجع سابق،ص 484.

[3] -خالد ممدوح إبراهيم،**التحكيم الإلكتروني**...، مرجع سابق، ص 340.

خلاف بين أطراف التحكيم الإلكتروني،فإنه قبل اللجوء إلى مركز التحكيم يتعين إتخاذ مجموعة من الإجراءات لعرض النزاع ،و التي يمكن إيجازها فيما يلي:

-التقدم لمركز التحكيم عن طريق ملء نموذج معد مسبقا موضوع على موقع الانترنت من قبل مركز أو هيئة التحكيم،مع بيان طبيعة موضوع النزاع في وثيقة التحكيم؛

-تحديد كل طرف أسماء الممثلين القانونيين ووسيلة الاتصال بهم،عدد المحكمين ،إجراءات نظر النزاع و مدة التحكيم؛

-تقديم الوثائق و المستندات و الأدلة المدعمة لحق كل طرف مع إرفاق نسخة من اتفاق التحكيم،ويقوم مركز التحكيم بالاتصال بالأطراف بواسطة البريد الإلكتروني لمتابعة الإجراءات وفق فترات زمنية معينة مع أداء الرسوم الإدارية المحددة؛

-تحديد تاريخ بدء نظر النزاع باستلام مركز التحكيم لطلب التحكيم الإلكتروني، و يقوم بتمكين من إبداء دفاعاته بشأن موضوع النزاع و تقديم الأدلة و البيانات؛

_تحديد موعد الجلسة من طرف مركز التحكيم كي يتقدم عمل طرف بتقديم أدلته و بياناته، فمن ثم تبدأ عملية التحكيم التي تنتهي بإصدار الحكم الذي يسجل على الموقع الخاص بالقضية[1]؛

_إخطار المدعي عليه في التحكيم من طرف أمانة المركز، و قبوله التحكيم بإدراج القضية ضمن جدول أعماله، كما يقوم المركز بالاتصال بالأطراف بواسطة البريد الإلكتروني لمتابعة الإجراءات[2].

ب-إخطار بطلب التحكيم:

يجوز أن يتم الإخطار بطلب التحكيم الإلكتروني من خلال التسليم بإيصال أو بخطاب موصى عليه، أو فاكس أو تلكس أو برقية، أو بأية وسيلة أخرى للاتصال تسمح بتقديم دليل على إرساله، كما يجوز للأمانة العامة للمحكمة الإلكترونية بالإعلان المحتكم ضده بطلب التحكيم بعد استيفاء الشروط القانونية و يتم الإخطار على عنوانه الوارد بطلب التحكيم[3].

[1] _ خالد ممدوح إبراهيم، **التحكيم الإلكتروني**...، مرجع سابق، ص 204 و ما يليها.

[2] _ خالد ممدوح إبرهيم، **إبرام العقد الإلكتروني**...، المرجع نفسه، ص 323.

[3] _ يتوجى سامية، **أهمية التحكيم الإلكتروني**...، مرجع سابق، ص 170.

ج–تعيين المحكم:

يحق للأطراف تعيين المحكمين سواء بالنص على تعيينهم في اتفاق التحكيم مباشرة، أو بالإشارة إلى تنظيم تحكيم مؤسسي، كنظام المحاكم الافتراضية لكن يبقى الاتفاق على تحكيم نظامي تقيد الأطراف في اختيار المحكم فنظام المحكمة الافتراضية هو أن يختار أمانة المحكمة المحكم أو المحكمين[1].

د–البدء بإجراءات التحكيم الإلكتروني:

تعد إدارة الأطراف في اتفاق التحكيم هي المرجع الأساسي في شأن تشكيل هيئة التحكيم، بحيث إذا ما اتفق الأطراف على طريقة معينة لاختيار المحكمين، فإنه يتعين الالتزام به، و يعبر عن ذلك ب"**مبدأ سمو اتفاق التحكيم**"غير أنه في إطار التحكيم الإلكتروني تتم تسمية المحكمين بمعرفة محكمة التحكيم، و يتم منح كل محكم شفرة الدخول و كلمة المرور للدخول إلى موقع القضية على أن يتم رد المحكم عن طريق طلب رد يرسل إلكترونيا عبر الانترنت و تمر الخصومة التحكيمية بعدة مراحل و إجراءات من ضمنها[2]:

هـ–تقديم طلب التحكيم:

يتم التقدم بطلب التحكيم إلى مركز التحكيم المعين عن طريق كتابة النموذج المبين على موقع الانترنت و المعد سلفا من قبل المركز، أو الجهة المعنية بالتحكيم مبينا فيه طبيعة الخلاف الناجم عنه النزاع، و ما قد يقترحه من حلول مناسبة تتضمن وجوبا وثيقة التحكيم تعيينا لموضوع النزاع حتى تتخذ ولاية المحكمين و غالبا ما تشترط مراكز التحكيم تضمين طلب التحكيم البيانات الشخصية و الموضوعية منها: أسماء الأطراف و طبيعة أعمالهم و عناوينهم الإلكترونية كما يمكن للأطراف استكمال البيانات بعد بدء عملية التحكيم،باعتبار أن كل طرف حر في تدعيم إدعاءاته في أية مرحلة،كما يمكن للمحكمين طلب بيانات أو توضيحات إضافية [3].

حيث يتم افتتاح إجراءات التحكيم الإلكتروني بتقديم طلب التحكيم يوجه من المحتكم إلى الأمانة العامة لمركز التحكيم التي يتولى بدورها إخطار المحتكم ضده في النزاع بالتزام الطلب في تاريخه.

---

[1] _ خليفي سمير، **حل النزاعات في عقود التجارة الإلكترونية**، مرجع سابق، ص 159.

[2] _ يتوجى سامية، **أهمية التحكيم الإلكتروني**...، مرجع سابق، ص 170.

[3] _ خليفي سمير، **حل النزاعات في عقود التجارة الإلكترونية**، المرجع السابق، ص 158.أنظر كذلك حمودي ناصر،**النظام القانوني لعقد البيع الدولي الإلكتروني**...،مرجع سابق،ص 484.

و–رد المحتكم ضده طلب التحكيم المقدم من قبل المحتكم خلال 10 أيام من تاريخ إخطاره:

يجوز له اتفاق رده متضمنا موقفه من طلبات المحتكم و الحجج التي يدعم هذا الموقف و الاعتراضات المحتملة على التحكيم بالإضافة إلى طلبات يريد تقديمها و يكون المحتكم في المقابل إرسال رده خلال 30 يوم من تاريخ إخطاره بطلبات المحتكم ضده.

ي–إنشاء موقع إلكتروني خاص بكل قضية

لتسهيل إجراءات التحكيم و تمكين أطرافه خصومة التحكيم من إيداع وتقديم ما يريدون إيداعه من طلبات مستندات تحت نظر هيئة التحكيم التي تتولى تحكيم النزاع و توفير إمكانية استلام المستندات في أي وقت و من أي مكان عبر شبكة الانترنت[1].

ز–تبادل الحجج و الأدلة بين أطراف التحكيم الإلكتروني

تعتبر الوسائل التكنولوجية المتاحة في هذا المجال وسيلة لتبادل النصوص و الصور و الأصوات،بشكل فوري و لحظي بين الأطراف كما أن تقنية البريد الإلكتروني تسمح بنقل المستندات و البيانات عبر الانترنت،و كذا إجراء المؤتمرات المرئية أين يتواجد الأطراف بطريقة افتراضية ،و في هذا الصدد لائحة المحكمة الإلكترونية نصت في المادة 1/21على أنه:"**للمحكمة أن تستخدم كل وسيلة معقولة لتسمح بتبادل البلاغات بشكل مناسب بين الأطراف**" كما يتم هذا التبادل في الشكل الكتابي بإرساله بالبريد العاجل أو الفاكس أو البريد الإلكتروني،أو أية وسيلة تسمح بإقامة الدليل عليه[2].

ثالثا:القانون الواجب التطبيق على التحكيم الإلكتروني

طبقا لمبدأ سلطان الإرادة فإن أطراف اتفاق التحكيم الحرية الكاملة في تحديد القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم الإلكتروني،تماما كما يمكنهم تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع التحكيم.

[1] –إبراهيم أبو الهيجاء،**التحكيم الإلكتروني**...،مرجع سابق،ص 79.

[2] –يتوجي سامية ،**أهمية التحكيم الإلكتروني**...، مرجع سابق،ص 171.

1-القانون الواجب التطبيق من حيث الإجراءات

تظهر أهمية اختيار القانون أو لائحة التحكيم الواجبة التطبيق على إجراءات التحكيم الإلكتروني في تحديد نظام أدلة الإثبات و الوسائل الفنية التي تسمح بتأكيد احترام مبادئ السرية و المواجهة بين الخصوم و حقوق الدفاع،مبدئيا لا تثور أية مشكلة في ظل وجود لوائح إجرائية لهيئات تحكيم نصت على إتباع إجراءات إلكترونية مثل المحكمة الإلكترونية،و المنظمة العالمية للملكية الفكرية لحل المنازعات الخاصة بأسماء النطاقات ،و كذا قرارات هيئة التحكيم الأمريكية المتضمنة إجراءات تحكيم كل المنازعات التي تقع بين مشغلي الأنظمة و مستخدمي الخدمات الإلكترونية[1].

تثور بعض الصعوبات واقعا في الحالة التي يخضع فيها أطراف التحكيم للائحة الإجرائية ،مثل تلك الصادرة عن غرفة التجارة الدولية أو القانون كالقانون النموذجي الصادر عن الأمم المتحدة الخاص بالتحكيم التجاري الدولي لعام 1985،حيث لم يحدد كلاهما كيفية تنظيم استخدام التقنيات الإلكترونية في العملية التحكيمية[2].

إزاء هذا الوضع تعددت الحلول لتحديد مكان التحكيم ما بين حل المسألة بالرجوع إلى المكان الذي يوجد فيه المحكم و هو ما يعني تطبيق قانون مكان المحكم،أو حل المسألة بتطبيق قانون مكان تقديم خدمة الانترنت أو تفضيل التحكيم غير التوطين الذي يستوجب الاعتراف للتحكيم الإلكتروني بالطابع غير الوطني،و الراجح بينهم ترك الحرية الكاملة لأطراف النزاع الإلكتروني في تحديد مكان التحكيم، و هو ما يتفق مع فكرة عدم وجود مقر مادي لمحاكم التحكيم الإلكتروني[3].

2-القانون الواجب التطبيق من حيث الموضوع

يتمتع أطراف اتفاق التحكيم بنفس الحرية فيما يتعلق بتحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع،و لكن عند عدم اختيار الأطراف له،يرجع الأمر إلى المحكم أو الهيئة التحكيمية لتحديده،و ينبغي على المحكم أن يختار القانون الذي يحكم بملائمته مع مراعاة أحكام النظام و المبادئ العامة للتحكيم و أعراف التجارة الدولية.

---

[1] -خالد ممدوح إبراهيم،**التحكيم الإلكتروني**...، مرجع سابق،ص 314.

[2] -يتوجي سامية،**أهمية التحكيم الإلكتروني**...،مرجع سابق،ص 172.

[3] -قررت المادة 1/17من لائحة المحكمة الإلكترونية على أنه إذا لم يتفق أطراف النزاع على تحديد القانون المطبق على موضوع النزاع ،تقوم المحكمة باختيار القانون الذي يرتبط به النزاع،باستثناء الحالة التي يكون فيها أحد أطرافها مستهلكا،أين يجرى تطبيق قانونه الوطني .أخذا عن خالد ممدوح إبراهيم،**التحكيم الإلكتروني**...،مرجع سابق،ص 316.

أ-القانون الواجب التطبيق من حيث المكان

من مزايا تعيين مكان التحكيم الإلكتروني أنه يساعد في تحديد المحاكم المختصة إقليميا بإلغاء حكم التحكيم بالإضافة إلى تحديد جلسة حكم التحكيم ،و لما كانت شبكة الانترنت لا توجد في جزء معين من العالم المادي بمعنى أنها لا ترتبط بدولة معينة ،فإن القول بأنه لا وجود لمكان التحكيم في مجال التحكيم الإلكتروني أمر غير صحيح،لذا لا يمكن ربط هذا النوع من التحكيم بنظام قانوني لدولة بعينها،بما يؤهله للحصول على دعم قوانينها وقبولها به.

و التأكد بالتالي من قانونية إجراءاته و قابليته للتنفيذ القانوني،إذ أن تحديد مكان التحكيم ليس بأمر يشغل أطراف التحكيم الإلكتروني،على اعتبار التسهيلات التي تقدمها شبكة الانترنت التي تمكن من تحقيق اتصال و تواصل الأشخاص في أطراف الأرض، ففي مجال التحكيم الإلكتروني لا حاجة للمقابلات الشخصية بين أطراف النزاع المحكمين،لذلك فإن حل إشكالية مكان التحكيم في التحكيم الإلكتروني يمكن إتباع أحد الطريقين إما البحث في الإطار التقليدي للتحكيم و محاولة ربط إجراءات و حكم التحكيم بدولة معينة،و إما الأخذ بنظرية تدويل التحكيم الإلكتروني من حيث رفع السلطة الإشرافية للقانون الوطني و المحاكم في الدولة ،بالاستناد إلى ضرورة عدم خضوع التحكيم التجاري الدولي للقوانين الوطنية،التي تختلف من بلد لآخر، لكن بالنظر إلى الصعوبات التي قد تصادف تطبيق هاتين الطريقتين ،فإن الراجح هو إتباع فكرة الافتراض القانوني لمكان التحكيم الإلكتروني،لما لها من مزايا من إمكانية ربط التحكيم عبر الانترنت بقانون تحكيم دولة بعينها،و حل إشكالية إيجاد محكمة مختصة من شأنها تقديم العون و الدعم لإجراءات التحكيم دوليا في ضوء القوانين الوطنية و الاتفاقات الدولية.

رابعا:صدور و توثيق حكم التحكيم الإلكتروني

تمنح مراكز التحكيم الإلكتروني طرفي النزاع حق طلب إنهاء التحكيم إذا ما توصلا لتسوية ودية لحل الخلاف،لكن بشرط أن يسبق طلبهم صدور حكم التحكيم و يتم تقديم طلب التسوية لمركز التحكيم على النموذج،و لمركز التحكيم نفسه حق إنهاء التحكيم بدعوة طرفي النزاع و حثهما على التوصل إلى تسوية النزاع فإذا فشل في مساعيه للتوصل إلى تسوية ودية فله إلغاء إجراءات التحكيم بأكمله إذا تبين له عدم جدوى الاستمرار فيها[1].

1-صدور الحكم التحكيمي الإلكتروني

[1] -يتوجي سامية،**أهمية التحكيم الإلكتروني**...،مرجع سابق،ص 173.

تقوم المحكمة بإغلاق باب المرافعة بعد التأكد من تمكن الأطراف من تقديم دفاعهم،و من ثم تصدر المحكمة حكمها في النزاع من خلال 30يوما من إغلاق باب المرافعة ما لم تمد الأمانة هذا الميعاد بناءا على طلب المحكمة،و يعتبر بعض الفقهاء منح مراكز التحكيم حق إنهاء نظر التحكيم قبل تسويته تعسفيا من حالتها لما تتضمنه ذلك من إهدار لوقت المحتكمين،من اختاروا هذه الوسيلة لفض نزاعاتهم متعدين عن سواها من وسائل فض النزاع [1] .

ويبلغ الحكم للأطراف عن طريق البريد الإلكتروني المشفر و تضعه المحكمة على الموقع الشبكي للقضية،و لهؤلاء العودة إلى الهيئة للاستفسار عن أي غموض يشوب هذا الحكم أو تصحيح أخطاء مادية خلال 30 يوم من تاريخ استلامهم الحكم التحكيمي.

هذه المدة قوتها المنظمة الدولية لحماية الملكية الفكرية في نظام التحكيم للمركز التابع لها، و هي تقنية المدة التي أقرتها لصدور الحكم التحكيمي مع الإشارة أن للأطراف إنهاء المحاكمة عند توصلها لحل ودي شريطة أن يكون قبل صدور الحكم[2].

يتعين على المحكمين بعد الانتهاء من نظر النزاع و ختام أقوال الخصوم في النزاع المنظور أمامهم إصدار حكم التحكيم الذي يعرف بأنه:"**القرار الصادر عن المحكم الذي يفصل في الموضوع بشكل قطعي في المنازعة المعروضة عليه، سواء كان حكما يفصل في الموضوع بشكل قطعي في المنازعة المعروضة عليه، سواء كان حكما يفصل في الموضوع ككل أو في شق منه فحسب، وسواء تعلق الموضوع المنازعة ذاتها، أو بالاختصاص أو بالإجراءات التي أدت بالمحكم إلى أنها الخصومة**"[3].

ويتوجب على المحكمين إصدار حكمهم ضمن الآجال الزمنية المحددة لهم اتفاقا أو قانونا، و يجوز أ، تقرر هيئة التحكيم مد الميعاد ضمن المدة التي تسمح بها القوانين و يعد حكم التحكيم حكما ذا حجية في النزاع تتوافر فيه عناصر العمل القضائي لا يصدر المحكم قراره باسم أية دولة باعتبار عدم خضوعه لأي منها[4].

2-تنفيذ الحكم التحكيمي الإلكتروني

يتم تنفيذ الحكم الصادر عن المحكمة التحكيمية بالتراضي بين الطرفين و دون تأخير و هو ما أكدته غرفة التجارة الدولية في نص المادة 6/28 الذي يقرر أن كل حكم تحكيمي يكتسي بطابع إلزامي بالنسبة للأطراف و يتعهد الأطراف

[1] -خليفي سمير،**حل النزاعات في عقود التجارة الإلكترونية**،مرجع سابق،ص 160.

[2] _ خليفي سمير،**حل النزاعات في عقود التجارة الإلكترونية**، مرجع سابق، ص 161.

[3] _ يتوجى سامية،**أهمية التحكيم الإلكتروني**...، مرجع سابق، ص 174.

[4] _خالد ممدوح إبراهيم، **التحكيم الإلكتروني**...، مرجع سابق، ص ص 316-317.

بتنفيذ الحكم دون إهمال يكن إذا كان الطرف المعني بالتنفيذ سيء النية يلزم الطرف المستفيد من الحكم اللجوء إلى القضاء الوطني لدولة التنفيذ لطلب تنفيذ الحكم، و ما عليه إلا تقديم أصل الحكم أو صورة طبق الأصل منه للاعتراف به لتنفيذه[1].

تشترط مجمل القوانين الوطنية إيداع حكم التحكيم لدى حكم كتاب المحكمة التي يوجد بها القاضي المتخصص بتنفيذه لكي يحصل الحكم على صيغة الأمر بالتنفيذ، و في حال تحديد مكان التحكيم فإن حكم التحكيم الإلكتروني يكون له حجيته الخاصة مثل أحكام التحكيم العادية،و بالتالي يمكن تقسيم أحكام التحكيم من حيث التنفيذ إلى تنفيذه في بلد صدور الحكم التحكيمي ،أين يخضع لإجراءات تنفيذ أحكام التحكيم التقليدية،ويعتبر كأي حكم محلي أو تنفذ وتعترف في البلاد الأجنبية،و تتلخص إجراءاته بتنفيذ حكم التحكيم الإلكتروني في:

-يتقدم صاحب حكم التحكيم إلى المحكمة المختصة بدولة التنفيذ حتى يحصل على صيغة الأمر بالتنفيذ لحم التحكيم؛

-يراقب القاضي الصحة الشكلية لحم التحكيم الإلكتروني المتعلقة بقابليته للتنفيذ بالدولة و يصدره بعد ذلك مذيلا بالصيغة التنفيذية؛

-تتحدد شروط ووثائق التنفيذ في أصل اتفاق التحكيم أو صورة رسمية منه،حكم التحكيم مع ترجمته إلى اللغة الرسمية لدولة التنفيذ إذا كان بلغة مختلفة،و إعلان الخصم إعلانا قانونيا،و التأكد من عدم تعارض حكم التحكيم مع النظام العام لدولة التنفيذ[2].

3-طرق الطعن في حكم التحكيم الإلكتروني

أكدت قواعد التحكيم لغرفة التجارة الدولية حسب نص المادة 24تحت عنوان الصيغة النهائية و التنفيذية للقرار الذي يصدر عن المحكمة التحكيمية،على أن:"**قرار التحكيم النهائي ،و بما أن الطرفين أخضعا نزاعهما لتحكيم غرفة التجارة الدولية فإنهما يلتزمان بتنفيذ القرار دون تأخير ،و يتنازلان عن جميع طرق الطعن التي يمكن أن يتنازلا عنها**"[3]

[1] _خليفي سمير، **حل النزاعات في عقود التجارة الإلكترونية**، مرجع سابق، ص 161.

[2] -خليفي سمير ،**حل النزاعات في عقود التجارة الإلكترونية**،مرجع سابق،ص 162.

[3] -يتوجي سامية،**أهمية التحكيم الإلكتروني**...، مرجع سابق،ص 175.

فهي نفس الحالات التي يجوز فيها استئناف الحكم التحكيمي الدولي ،فيرفع الاستئناف أمام المجلس القضائي خلال أجل شهر واحد ابتدءا من تاريخ التبليغ الرسمي لأمر رئيس المحكمة.

بق اعتمد المشرع الجزائري على نفس الحالات المذكورة سابقا ،أي تقبل الحالات المذكورة في المواد السابق الطعن بالنقض حيث تنص المادة 1061على أنه:"**تكون القرارات الصادرة تطبيقا للمواد 1055و 1056و1058أعلاه قابلة للطعن بالنقض**"[1]

و يبقى الغموض واضحا حول أسباب الطعن بالنقض ،فهل تتمثل في تلك الواردة في نص المادة 358من ق.إ.م.إ.ج، أو المنصوص عليها في المادة 1056من القانون المذكور أعلاه،أو أن المشرع حدد هذه الحالات بالنسبة للقرارات التحكيمية الدولية فقط،و تسري لائحة المحكمة الافتراضية خلافا لما هو معمول به على مستوى القضاء،و التي أقرت على عدم جواز الطعن في أحكام التحكيم الإلكتروني،حيث تنص المادة 5/25منها على أن:"**يعد حكم التحكيم نهائيا لا يجوز الطعن فيه بالاستئناف**"كما نصت الفقرة السادسة من نفس المادة على أنه:"**يعتبر اتفاق الأطراف على إخضاع النزاع للتحكيم وفقا للائحة المحكمة القضائية تنازلا منهم عن الطعن في الحكم بأي طريق من طرق الطعن**"[2].

[1] –قانون رقم 08–09،**المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية**،مرجع سابق.

[2] –خليفي سمير،**حل النزاعات في عقود التجارة الإلكتروني**ة،مرجع سابق،ص 163.

خلاصة الفصل الثاني

ليس كل العقود المبرمة إلكترونيا تنفذ إلكترونيا، بل هناك عقودا تبرم إلكترونيا لكن تنفيها لا يكون بذات الوسيلة التي أبرم بها، و بالتالي يقتضي الأمر الرجوع إلى التنفيذ بالطرق المعروفة في القواعد العامة، و هي كما سبق القول إما بالتنفيذ العيني للعقد أو التنفيذ بالتعويض، و هذا يختلف حسب طبيعة و نوع العقد المبرم بين المتعاقدين.

فبعد إبرام العقد بتوفر جميع شروطه و أركانه، فإنه بعد ذلك تأتي مرحلة التنفيذ التي تقع على عاتق الطرفين المتعاقدين الالتزام بتنفيذ العقد، و من ثمة يبدأ العقد بإنتاج أثاره القانونية و هذا هو الغرض من إبرام العقد مهما كلن نوعه لكن قد تصادف مرحلة التنفيذ عراقيل تحول دون تحقيق ذلك، و يعود السبب في ذلك إلى و جود عيب من عيوب الإرادة في أحد الطرفين المتعاقدين أو وجود عيب في الشيء المبيع مما يدفع إلى محاولة المتعاقد المضرور إيجاد حل للنزاع القائم و قبل ذلك و من أجل مطالبة صاحب الحق بحقه لابد أولا إثبات الحق المتنازع عليه، و قد أثرت في ذلك المعلوماتية على طرق الإثبات إذ أحدثت لإثبات الحق و هذه الوسائل الحديثة تتمثل في المحررات الإلكترونية و التوقيع الإلكتروني أين أصبحت لها نفس الحجية التي تتمتع بها طرق الإثبات التقليدية.

و إن كان بإمكان تطبيق بعض وسائل الإثبات في العقد الإلكتروني إلا أنه قد يصعب استعمال وسائل الإثبات التقليدية في مجال التعاقد الإلكتروني كشهادة الشهود مثلا، هذا نظرا لطبيعة وخصوصية التعاقد الإلكتروني و حسنا فعل المشرع الجزائري حين أدرج وسائل الإثبات الإلكترونية في تعديله للقانون المدني سنة 2005 بإدراج كل من المحررات الإلكترونية و التوقيع الإلكتروني كوسائل لإثبات سعيا منه لمواكبة التطور التكنولوجي إذ منح المحررات نفس الحجية التي تتمتع بها الكتابة التقليدية، فبإدخال الوسيلة الإلكترونية في طرق الإثبات فإنه أثرت عليها من خلال تحويل الكتابة التقليدية القائمة على الدعائم الورقية إلى الكتابة الإلكترونية القائمة على الدعائم الإلكترونية، لكن بالرغم من الميزة التي تتمتع بها الكتابة التقليدية و التوقيع التقليدي إلا أنه و في الواقع العملي نجد بأن الكتابة و التوقيع الإلكترونيين هما الأكثر حماية للحق باعتبارهما يخضعان لإجراءات صعبة و معقدة لا يفهمها إلا ذوي الاختصاص، و كونهما يقومان عل أنظمة تقنية عالية الدقة بالمقارنة مع الكتابة و التوقيع التقليديان أين يكونان دائما عرضة للتزوير، و ذلك لونهما عبارة عن حروف يسهل تقليدهما.

في حال إخلال أحد الطرفين المتعاقدين بالالتزامات المتفق عليها وقت إبرام العقد، ففي هذه الحالة يحق للطرف الأخر اللجوء إلى القضاء للمطالبة بحقه، و قبل ذلك يمكنه حل النزاع القائم بين الطرفين المتعاقدين عن طريق وسائل ودية إما عن طريق المفاوضات أو الوساطة أو التحكيم باعتبارها وسائل بديلة لحل النزاعات، و لكن و في ضل التطور المعلوماتي إدخال الوسيلة الإلكترونية في وسائل حل النزاعات تم معالجتها إلكترونيا لتتحول بذلك المفاوضات التقليدية إلى مفاوضات إلكترونية تتم دون التواجد المادي للأطراف، و تحول الوساطة التقليدية إلى وساطة إلكترونية و تحول التحكيم التقليدي إلى إلكتروني التي تعتبر من أهم وسائل فض النزاعات من خلال الإقبال الكبير من قبل المتنازعين كونه

قائم عل مبدأ سلطان الإرادة للأطراف بالإضافة إلى مبدأ الشفافية، فإذا كانت طرق أو وسائل حل النزاعات المعمول بها في القواعد العامة قائمة على الترتيب الإجباري إذ لا يستطيع الطرف المتنازع اللجوء إلى التحكيم إلا بعد فشل المفاوضات و الوساطة، و هذا ما لم نجده في الوسائل الإلكترونية لفض النزاعات، أين يكون الطرف المتنازع حرا في اختيار الوسيلة التي تخدم مصلحته، و من أثار المعلوماتية ظهور ما يسمى القاضي الافتراضي ليحل محل القاضي العادي، و ظهور المحكمة الإلكترونية تحل محل المحكمة التقليدية، و بذلك تلغي المعلوماتية كل تواجد مادي سواء بين الطرفين المتعاقدين فيما بينهم و فيما بين الطرفين المتنازعين و القاضي الإلكتروني، إذ يستطيع الطرف المتنازع إرسال المستندات المتعلقة بموضوع النزاع إلى الموقع الخاص بالقضايا التي تتولى الفصل فيها لتحدد له تاريخ الجلسة، و يمكن له الإطلاع على ذلك من خلال تفحص موقع المحكمة الإلكترونية، و بالرغم من وجود محكمة إلكترونية واحدة فإنه ينبغي على باقي الدول الأخرى التي تبنت التطور المعلوماتي أن تساير هي بدورها، و القيام بتنصيب محكمة إلكترونية.

الخاتمة

الخاتمة

نخلص في ختام هذه الدراسة التي تناولنا فيها أحد أهم المواضيع، المتعلقة بالآثار التي خلفتها المعلوماتية في شتى مجالات الحياة بما فيها الحقل القانوني، و هذا ما يهمنا في دراستنا القانونية ،و التي شغلت فكر الفقه و القضاء و بالأخص رجال القانون و الباحثون،فالثورة المعلوماتية تولدت عنها صور جديدة للعقود منها العقد الإلكتروني ،الذي أصبح يزاحم العقد التقليدي في مختلف جوانبه القانونية،إن لم نقل أن العقد الإلكتروني جاء ليحل محل العقد التقليدي نظرا للإقبال الكبير لإبرام العقد الإلكتروني.

فالعقد الإلكتروني يتم في عالم افتراضي ينعدم فيها كل تواجد مادي،و من خلاله يتم إخراج التصرفات القانونية من عالم مادي واقعي و ملموس،إلى عالم افتراضي اللامادي في عصر أطلق عليه تسمية عصر المعلوماتية،فقد تناولنا في البحث شرحا مفصلا للعقد الإلكتروني،انطلاقا من المفاهيم العامة للعقد و منه خصوصية العقد الإلكتروني،و ينطلق البحث من القواعد العامة المتعلقة بالنظرية العامة للعقد،وصولا إلى تحديد المفاهيم المتعلقة بالعقد الذي يتم بالوسيلة الإلكترونية،التي تتسم بصفات تنبثق عن خصوصية العقد الإلكتروني و تطوره،و بحثنا في ماهية العقد الإلكتروني و أنواعه و تكوينه وصحته،و تنفيذه و إثباته و ما نشأ عنه من تطور تشريعي و في تنازع القوانين و تنازع الاختصاص ،كونه العقد الإلكتروني عقد دولي و أن تحديد القانون الواجب التطبيق و المحكمة المختصة من الأمور المهمة.

فأول أثر للثورة المعلوماتية أنها غيرت من مفهوم العقد من عقد تقليدي إلى عقد إلكتروني، الذي يعرف بأنه كل عقد تصدر فيه إرادة أحد الطرفين أو كليهما أو أن يتم التفاوض بشأنه أو تبادل وثائق كليا أو جزئيا عبر وسائط إلكترونية، فتحول بذلك مفهوم العقد من مجرد صدور إرادة أحد الطرفين للطرف الآخر الذي يصدر قبولا يكون مطابق للإيجاب،إلى عقد يتم من خلال الوسائط الإلكترونية، إن هذا العقد على الرغم من أنه من العقود الحديثة التداول التي تتميز عن غيرها من

العقود بوسائل انعقادها،الخاصة بها إلا أنها في الحقيقة تقوم على الأركان ذاتها التي يقوم عليها العقود التقليدية من الرضا و المحل و السبب.

فيما يتعلق بانعقاد العقد فيعتبر الرضا أهم ركن أثرت فيه المعلوماتية،الذي يتم من خلال صدور إرادة أحد الطرفين يسمى الإيجاب و صدور إرادة الطرف الأخر تسمى القبول،و تلاقي القبول بالإيجاب فينعقد بذلك العقد،بعد الاتفاق على المسائل الجوهرية للعقد هذا بالنسبة للعقد التقليدي،أما بالنسبة للعقد الإلكتروني فإن معظم التشريعات الوضعية أجمعت على إمكانية توافر الرضا في العقد الإلكتروني شأنه شأن العقد التقليدي،و إن اختلقت الآراء الفقهية أين تعتبر الإيجاب في العقد التقليدي شبه الإيجاب في العقد الإلكتروني،إلا من حيث الوسيلة التي يتم بها ،و نفس الأمر بالنسبة للقبول فنجد أن القبول في العقد الإلكتروني يشبه القبول في العقد التقليدي،و يختلفان فقط في الوسيلة التي يصدر بها القبول من خلال استعمال الوسائط الإلكترونية و ذلك من خلال النقر على زر القبول الموجود على لوحة المفاتيح الموجودة على جهاز الحاسوب كما منحت للقابل حق العدول عن قبوله و من ثم عن إبرام العقد إذا توفرت الشروط و بذلك منحت للمستهلك حماية قانونية و ذلك خروجا عن القواعد العامة.

لكن الإشكال الذي يثار هنا هو مشكلة تحديد مجلس العقد أي تحديد زمان و مكان التقاء القبول بالإيجاب،فرغم تطرق النظريات التقليدية التي تناولت موضوع تحديد مجلس العقد، إلا أنها أثبتت قصورها أمام ما تتميز به الوسيلة التي يبرم بها العقد الإلكتروني،لذا نجد بأن قانون الأونسيترال النموذجي قد كرس مبدأ سلطان الإرادة في تحديد زمان و مكان انعقاد العقد، أي أن الأطراف المتعاقدة لها كامل الحرية في تحديد مكان انعقاد العقد،و سايرته في ذلك بعض التشريعات العربية كالتشريع الأردني و التشريع الإماراتي،فأكبر أثر خلفته الثورة المعلوماتية كان على ركن التراضي و ذلك من خلال إدخال الوسيلة الإلكترونية لاستعمالها في التعبير عن الإرادة،و هذا ما جعلنا نوليه قدرا من الأهمية من خلال تحليل عنصري الإيجاب و القبول،مستندين في ذلك على القواعد القانونية العامة الموجودة في النظرية العامة للعقد،و توصلنا إلى أن القواعد العامة المتعلقة بانعقاد العقد لا تقف أمام

انعقاد العقد بالطرق الإلكترونية،طالما احترمت الشروط القانونية المتعلقة بالتعبير عن الإرادة و صحتها في العقد الإلكتروني،شأنه شأن العقد التقليدي فمجلس العقد الإلكتروني هو من نوع خاص يتسم بالافتراضية،و ذلك باعتباره مجلس قائم بين حاضرين من حيث الزمان و بين غائبين من حيث المكان

فمجلس العقد أثار جدلا فقهيا في العقد التقليدي،لكن أوجدت حلولا لكن أثبتت قصور تطبيقها على العقد الإلكتروني،في تحديد مجلس العقد فيبقى أفضل حل هو تطبيق مبدأ سلطان الإرادة.

أما عن مرحلة تنفيذ العقد نجد أن أهم الآثار التي تترتب عن إبرام أي عقد مهما كان نوعه تقليديا كان أو إلكترونيا،كونه يرتب التزامات على عاتق الطرفين المتعاقدين،و أهم هذه الالتزامات هي الالتزام بالتسليم و الذي يقابله الالتزام بدفع الثمن أو ما يعرف كذلك بالالتزام بالوفاء،فالالتزام بالتسليم في العقد التقليدي يكون إما فعليا أو حكميا،و لا يخرج عن هاتين الطريقتين في التسليم،أما الالتزام بالتسليم في العقد الإلكتروني يختلف حسب طبيعة أو نوع العقد المبرم فإذا كان محل العقد سلعة فإنه يتم تسليمها إما بالطرق التقليدية أو الطرق الإلكترونية،فليس كل العقود الإلكترونية التي تبرم إلكترونيا تنفذ بنفس الطريقة،إذ أن هناك بعض السلع و نظرا لطبيعتها لا يمكن تنفيذها إلكترونيا

أما إذا كان الأمر يتعلق بتقديم خدمة معينة فهنا يمكن تنفيذها إلكترونيا،و نظرا لخصوصية تنفيذ الالتزام بالتسليم في العقد الإلكتروني يقتضي الأمر أيجاد تنظيم قانوني لتنظيمه،إلا إذا كان بإمكان تنفيذ العقد الإلكتروني بالطرق التقليدية فإنه في هذه الحالة يتم العودة إلى القواعد القانونية العامة المنظمة للالتزام بالتسليم.

بالمقابل نجد الالتزام بدفع الثمن أين يتم الوفاء في العقد التقليدي باستعمال النقود و الأوراق التقليدية،و يتم الوفاء في الزمان و المكان المتفق عليه بين الطرفين المتعاقدين،لذلك كان للمعلوماتية أكبر أثر أين ظهر ما يسمى بالوفاء الإلكتروني أو الدفع الإلكتروني،فقد خضع لتحول جذري و ظهرت بذلك ما يصطلح على تسميته بمحفظة النقود الإلكترونية، و التحويل المصرفي الإلكتروني،و الشيك الإلكتروني و السفتجة الإلكترونية،و باعتبار هذه الوسائل تقوم على تقنيات دقيقة و صعبة لا

يفهمها إلا ذوي الاختصاص،و كون نظم الدفع بالوسائل الإلكترونية مازالت حديثة النشأة،فمن الصعب تطوير سياسة تتسم بحس التوفيق و الفعالية في آن واحد،لذا لابد من إيجاد نظام قانوني ينظم نظم الدفع الإلكتروني نظرا لخطورتها .

كما يعتبر الالتزام بالإعلام و الالتزام بأمن المستهلك،من أهم الالتزامات التي تتعلق بالعقد الإلكتروني إذ تناول المشرع الجزائري الالتزام بالإعلام في القانون رقم 09-03 المتعلق بحماية المستهلك و قمع الغش،و بموجبه أحيط المستهلك بحماية قانونية واسعة،بالإضافة إلى الالتزام بأمن المستهلك الذي و مع ظهور التقنيات التكنولوجية الحديثة،و التي تشكل خطرا على المستهلك في حال عدم معرفته لكيفية استعماله،و ذلك نظرا لخطورة بعض المنتجات التي نجدها في مجال التعاقد الإلكتروني.

أما الالتزام بنقل الملكية و الالتزام بالمطابقة،و الالتزام بضمان العيوب الخفية،فهي تبقى تخضع و نظرا لعدم وجود تنظيم قانوني خاص به،خاضعة للقواعد القانونية المنظمة في النظرية العامة لعقد،و المنصوص عليها في القانون المدني،لذلك بات من المستعجل أن تتسع دائرة التعاون بين رجال العلم و المتخصصون في التقنيات التكنولوجية و الرقمية،و رجال القانون بغية سن قانون ينظم الآثار المترتبة عن التعاقد الإلكتروني كنظيرتها التقليدية.

تتمتع التجارة الإلكترونية بمميزات تختلف عن ما هو معروف في المعاملات التقليدية، فالبيئة التي تتم بها المعاملات تجعل وسائل الإثبات تأخذ شكل غير ورقي،و تجعل الكتابة الطريق الوحيد من طرق الإثبات ،فلا مجال لاعتماد شهادة الشهود أو الإقرار أو اليمين،لذلك كانت الكتابة هي طريق الإثبات في المعاملات الإلكترونية،التي تستوفي الشروط اللازمة التي أقرتها مختلف التعريفات المتعلقة بالكتابة،و التي أعطتها التشريعات الدولية و المحلية التي تناولت موضوع الإثبات بالكتابة الإلكترونية،نفس القيمة القانونية المقررة للكتابة التقليدية،و ذلك وفقا لمبدأ التعادل الوظيفي،فالمحررات الإلكترونية شأنها شأن المحررات التقليدية،فالدول التي أصدرت تشريعات تنظم التجارة الإلكترونية،لا

يوجد لديها إشكال طالما أنها اعترفت بالمحرر و التوقيع الإلكترونيين،و تعطي لها الحجية الكاملة للإثبات و بذلك يتجرد القاضي من السلطة التقديرية التي كان يتمتع بها في مجال الإثبات التقليدي إذ لا يجد أمامه سوى تطبيق القانون ،على خلاف بعض الدول التي اكتفت بإصدار بعض التعديلات التي تتماشى و متطلبات الثورة المعلوماتية،على غرار المشرع الجزائري الذي اعترف بالكتابة و التوقيع الإلكترونيين،و كذا الدفع الإلكتروني رغبة منه في خوض غمار التقنيات ، و عدم تفويت ركب التقدم التكنولوجي والمعلوماتي،أين اعترف المشرع الجزائري بالمحررات الإلكترونية كوسيلة للإثبات،إذ تعد خطوة إيجابية خاصة مع تأهب الجزائر للانضمام للمنظمة العالمية للتجارة.

باعتبار أن جل الدول الأعضاء فيها تعترف بحجية المحررات الإلكترونية،و نفس الشيء بالنسبة للتوقيع فقد تحول من توقيع تقليدي إلى توقيع إلكتروني مع تعدد الصور التي تعرضنا لها،فقد منحته التشريعات التي تناولت تنظيم التوقيع الإلكتروني نفس الحجية التي يتمتع بها التوقيع التقليدي في الإثبات،و من ثم نخلص إلى القول في موضوع الإثبات بوجوب الخروج من دائرة طرق الإثبات التقليدية،التي تتعارض في طبيعتها مع طبيعة العقد الإلكتروني ،التي تختص فيه الدعامة الورقية المشترطة بالدرجة الأولى في الإثبات التقليدي،فأحكام الإثبات الإلكترونية هي أحكام نوعية و مستجدة في مجال الإثبات،تتمثل في الكتابة الإلكترونية و التوقيع الإلكتروني،وفقا للشروط القانونية و التقنية.

أما فيما يتعلق بحل النزاعات،فإن شيوع التعاقد الإلكتروني أدى بالمقابل إلى كثرة المنازعات فمشكلة المنازعات التي يثيرها التعاقد الإلكتروني تكمن في أن العلاقات فيها تتم بين أطراف تختلف جنسيتهم و أماكن إقامتهم،فالعقد الإلكتروني باعتبار أنه يتسم بالصفة الدولية،يثير مشكلة تحديد القانون الواجب التطبيق عليها،و الجهة القضائية المختصة لحل منازعاتها،فمن خلا بحثنا توصلنا إلى أن الوسيلة المثلى لتحديد القانون الواجب التطبيق على العقود الإلكترونية،و ذلك كون المعايير التي كان القاضي يعتمد عليها في العقود التقليدية للبحث عن الإرادة الضمنية،أصبحت عاجزة عن مساعدة القاضي،نظرا لارتكازها على ركائز إقليمية جغرافية،هذه الأخيرة أصبحت لا تتلائم و خصوصية الوسيلة التي تبرم بها العقود الإلكترونية،مع احترام النظام العام و الآداب العامة إذ تشكل فكرة النظام

العام صمام الأمان التي يلجأ إليها القاضي لحماية الأسس و المبادئ السائدة في دولته،و مع ذلك تبقى فكرة النظام العام نسبية تختلف من دولة لأخرى بل حتى داخل الدولة الواحدة،و من ثم نجد بأن منهج القواعد الموضوعية لا يزال في طور التكوين،بتسوية القصور فيما يتعلق بكثير من المسائل التي تثور في نطاق العلاقات التجارية الدولية،مما يعني بقاء الحاجة إلى منهج قواعد الإسناد لتنظيم عقود التجارة الدولية،فمن غير المتصور نشؤ حالة التنازع بين قواعد القانون التجاري الدولي،و قواعد القانون الداخلي أمام القضاء الوطني،نظرا لأن التنازع لا يقوم إلا بين قوانين دولة كاملة السيادة.

نادي الفقهاء بضرورة مواكبة القانون للآفاق المتولدة عن استخدام التكنولوجيا الاتصالات،فأثرت المنظمات الإقليمية العالمية هذا الوضع، و من ثم أجازت إبرام العقود الإلكترونية، مما جعل الدول المتقدمة تحذو حذوها،و تقر صراحة في تشريعاتها الداخلية بإجازة هذا النوع من التعامل، و بقيت الدول النامية بعيدة عن مواكبة هذه التطورات نوعا ما،باستثناء بعض الدول العربية التي شرعت قوانين خاصة تجيز تنظيم المعاملات الإلكترونية،في حين بقي موقف المشرع الجزائري غامضا غير واضح، رغم إدخاله في التعديل الأخير للقانون المدني لسنة 2005،و الذي يتضمن اعترافه بالكتابة و التوقيع الإلكترونيين كأدلة إثبات قانونية،أين كان ينبغي قبل ذلك الاعتراف بالعقد الإلكتروني من خلال تعديل المادة 54 من ق.م.ج في نفس السنة،و تنظيم أحكامه كنظيره العقد التقليدي إلا أنه لم يجز صراحة التعبير عن الإرادة عبر الوسيط الإلكتروني،و هذا ما أثار خلاف في وسط المحللين القانونيين بين مؤيد و معارض لمشروعية الوسيلة إلا في القانون الجزائري،و مع الملاحظة أنه و بعد مرور 10 سنوات من تعديل ق.م.ج،فلم يعرف أي تعديل آخر رغم المستجدات التي ولدتها الثورة المعلوماتية.

فبغض النظر عن التعديل الذي جاء به المشرع الجزائري،يمكن الرجوع إلى القواعد العامة و الاستفادة من مرونة نصوصها التي لم تتضمن ما يمنع استعمال هذه الوسيلة، إضافة إلى تدوينها بشكل يسمح استيعاب الوسيلة و إعطائها المشروعية إلا أن المعاملات التي أوجدتها الثورة المعلوماتية و التي تتسم بالتعقيد الفني و القانوني، تنطوي على قيمة اقتصادية كبيرة، مما ينجم عنها مخاطر

جسيمة تمس مصالح الأطراف المتعاقدة، لذا بات من الضروري أن يتدخل المشرع للإفصاح عن موقفه بشأن إجازة إبرام العقود الإلكترونية، نظرا لطبيعة العقد الإلكتروني، الذي يبرم بين طرفين غير متكافئين أحدهما المهني و الأخر المنتج، فقد أثار هذا النوع من التعاقد عدة إشكالات قانونية أهمها:

*مشكلة اللغة باعتبار العقد الإلكتروني عقد دولي في الغالب، ما يجعل المتمسكة في استعمال لغتها في التعاقد تتراجع عن هذا الموقف و تعدل قوانينها حتى لا تكون اللغة عائقا؛

*صعوبة التأكد من شخصية المتعاقد و هويته،لذا أصبح من الضروري إنشاء جهات للتحقق من هوية الطرفين المتعاقدين ،كجهة التوثيق و المصادقة الإلكترونية و هذا حماية للمهني حسن النية؛

*عدم كفاية نظرية عيوب الإرادة لحماية المستهلك،فرغم أن المشرع الجزائري أولى حماية للمستهلك من خلال قانون حماية المستهلك و قمع الغش،إلا أن هذه الحماية تبقى غير كافية في المجال الإلكتروني،مما جعل نظرية عيوب الإرادة المعروفة في القواعد العامة غير كافية لضمان هذه الحماية،فينبغي على المشرع الجزائري أن يتبع نهج الدول المتقدمة الموسعة لنطاق النظرية ليشمل إمكانية الطعن لإبطال العقد،بناء على إخلال بالالتزام بالإعلام و الإدلاء بالبيانات المتعلقة بالعقد،و هذا ما يبين أهمية مرحلة المفاوضات في المجال الإلكتروني،بالمقارنة مع عدم أهميتها في مجال التعاقد التقليدي،مما تستدعي الضرورة الاهتمام بمرحلة المفاوضات و تنظيمها؛

*ضرورة تحديد مضمون الإيجاب الإلكتروني إذ لم تعد حرية المهني في تحديد مضمون الإيجاب مطلقة بل أصبحت مؤطرة بشكل يمنح حماية أكبر للمستهلك،و ذلك بإلزام المهني بإيراد المسائل الجوهرية في التعاقد،و هي مسائل تختلف عن ذلك المتعارف عليها في القواعد العامة،لذا عمدت التشريعات الحديثة على تحديد هذه المسائل لإزالة الغموض،و لذلك نقدم الاقتراحات التالية:

*على المشرع الجزائري العمل على وضع النصوص القانونية التي تعالج جوانب القصور و الخلل في التشريعات التقليدية ،خاصة ما يتعلق بمفهوم العقد إذ على المشرع تحديد مفهوم العقد الإلكتروني شأنه شأن العقد التقليدي،و الاعتراف بشكل صريح بالعقد الإلكتروني،بالإضافة إلى تنظيم ركن

الرضا باعتباره أن أكبر تأثير للمعلوماتية كلن على ركن الرضا،إذ لابد من تنظيمه تنظيما دقيقا وواضحا، مما يزيد من فرص إبرام العقد الإلكتروني و منح الثقة لمثل هذه المعاملات الإلكترونية في المجتمع الجزائري؛

*و على ضوء ما سبق لابد للمشرع الجزائري وضع القواعد و النظم القانونية التي تتماشى و الطبيعة الخاصة بالتعاقد الإلكتروني،و ذلك بدلا من القواعد القانونية التقليدية العامة ،و التي لا تغطي الجوانب المترتبة على التعاملات الإلكترونية الدارجة حاليا في الأخذ بعين الاعتبار،أن القواعد و النصوص القانونية الجديدة لا تتجسد قوتها إلا بالاعتماد على قواعد النظرية العامة للعقد؛

*يحتاج موضوع الإيجاب الإلكتروني إلى تنظيم خاص دقيق و مفصل،فالقواعد العامة التي نظمت هذا الموضوع لم تعد كافية لحل المشاكل القانونية التي تنتج عن الإيجاب الإلكتروني،فالقوانين التي نظمت الإيجاب الإلكتروني لم تعرفه،و إنما أحكامها م مفهومها للقواعد العامة ،و نفس الأمر بالنسبة للقبول الإلكتروني؛

*ضرورة إنشاء دوائر قضائية تختص بالنظر في المنازعات الإلكترونية، بحيث تشمل في تشكيلها حيزا متخصصا في مجال تقنيات الاتصال،و عقد دورات تدريبية لرجال القضاء بهدف إعداد الكوادر القضائية التي تواكب المستجدات الحديثة؛

*لابد من إعادة النظر في التعديل الذي يقال عنه التعديل الجديد،رغم مرور 10سنوات من ذلك بل أصبح تعديل قديم لا يساير التطورات التي أحدثتها الثورة المعلوماتية،و ذلك فيما يخص بعض المفاهيم و توضيح الشروط اللازمة بدقة،بالإضافة إلى تحيين جملة من القوانين لاسيما القانون التجاري لاعتماد قانون بشأن التجارة الإلكترونية لمسايرة التطورات الحاصلة؛

*بالاعتماد على الدراسات المقارنة و تحليلنا للمواد 323مكررو المادة 323مكرر1و المادة 327من الق.م.ج،و باقي المواد المتعلقة بالإثبات اتضحت لنا جملة من النقائص في المنظومة القانونية المعلوماتية

فالاكتفاء بتعريف الكتابة دون باقي المصطلحات التي تعد أكثر أهمية نظرا لكونها جديدة و مثلها التوقيع الإلكتروني،كما أن معالجة حجية المحررات الإلكترونية في الإثبات في مادة واحدة تحدد شروط عامة غير واضحة،بالإضافة إلى عدم التفصيل صراحة في مسألة كيفية قبول المحررات الرسمية في الشكل الإلكتروني خاصة مع عدم تنظيم قانون مهنة التوثيق،و كذا عدم وضع آليات قانونية وتقنية لضمان تفعيل الاعتراف بالمحررات الإلكترونية، كما نجد من الناحية الفنية أن الدعامتين الإلكترونية و الورقية تؤكد عدم انطباق القواعد التقليدية للإثبات على المحررات الإلكترونية،مما يتطلب الأمر تدخلا تشريعيا لتنظيم هذه المعاملات الإلكترونية،ووضع قواعد خاصة و مفصلة للمحررات و التوقيع الإلكترونيين.

إن مجرد الاكتفاء بالتعديلات عير كاف لاحتواء الموضوع بل لابد من وضع قانون مستقل للمعاملات الإلكترونية على غرار القوانين الوطنية الحديثة في مختلف دول العالم،بالإضافة إلى التعديلات الواجبة في مختلف التشريعات القائمة كي تتفق و متطلبات المعاملات الإلكترونية.

و من ثم نقول أنه بالرغم من إمكانية استيعاب القواعد القانونية المنظمة في النظرية العامة للعقد،لتنظيم العقد الإلكتروني إلا أنها تبقى غير ملائمة و غير كافية لتنظيم و تأطير المعاملات الإلكترونية،و ذلك راجع إلى الخصوصيات و التعقيدات التي يتم بها هذا النوع من التعاقد الإلكتروني، لذا لابد من سن قانون خاص لتنظيم أحكام العقد الإلكتروني كنظيره العقد التقليدي.

قائمة المراجع

قائمة المراجع

أولا: باللغة العربية

1. الكتب

1) إبراهيم بختي، **التجارة الإلكترونية(مفاهيم و استراتيجيات التطبيق في المؤسسة)**، ديوان المطبوعات الجامعية، طبعة 2005، الجزائر.

2) إلياس ناصيف، **العقود الدولية، العقد الإلكتروني في القانون المقارن**، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، 2009، بيروت لبنان.

3) أمانج رحيم أحمد، **التراضي في العقود الإلكترونية عبر شبكة الانترنت، دراسة تحليلية مقارنة في ضوء القانون المدني العراقي و قوانين التجارة و المعاملات الإلكترونية في كل من (الو.م.أ، كندا، تونس، الأردن، مملكة البحرين، إمارة دبي، و قانون الأونسيترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية)**، دار وائل للنشر، الطبعة الأولى، 2006، د.ذ.ب.

4) أمجد محمد منصور، **النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، دراسة في القانون المدني الأردني و المصري و الفرنسي و مجلة الأحكام العدلية و الفقه الإسلامي مع التطبيقات القضائية لمحكمتي النقض و التمييز**، دار الثقافة للنشر و التوزيع، طبعة 2006، عمان الأردن.

5) أمير فرج يوسف، **التوقيع الإلكتروني في القانون المصري رقم 15لسنة 2004و لائحته التنفيذية الصادرة بالقرار الوزاري رقم 109لسنة 2005**، دار المطبوعات الجامعية، طبعة 2008، الإسكندرية مصر.

6) أيمن سعد الله، **التوقيع الإلكتروني، دراسة مقارنة**، دار النهضة العربية للنشر، طبعة 2004، القاهرة، مصر.

7) أيمن عبد الله فكري، **جرائم نظم المعلومات، دراسة مقارنة**، دار الجامعة الجديدة للنشر، 2007، الإسكندرية مصر.

8) بلحاج العربي، **النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، الجزء الأول، التصرف القانوني (العقد و الإرادة)**، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الخامسة، 2001، بن عكنون الجزائر.

9) بوليين انطونيوس أيوب، **تحديات شبكة الانترنت على صعيد القانون الداخلي الخاص، دراسات قانونية**، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، 2006، بيروت لبنان .

10) ثروت عبد الحميد، **التوقيع الإلكتروني، ماهيته، مخاطره و كيفية مواجهتها، مدى حجيته في الإثبات**، دار الجامعة الجديدة للنشر، طبعة 2007، الإسكندرية مصر.

11) جمال زكي الجريد لي، **البيع الإلكتروني للسلع المقلدة عبر شبكة الانترنت–دراسة فقهية مقارنة**–دار الفكر الجامعي للنشر، طبعة2007، الإسكندرية مصر.

12) حسن محمد بودى، **التعاقد عبر الانترنت، دراسة فقهية مقارنة**، دار الكتب القانونية، طبعة 2009، مصر.

13) خالد ممدوح إبراهيم، **إبرام العقد الإلكتروني–دراسة مقارنة**–الدار الجامعية للنشر، الطبعة الأولى، 2007، الإسكندرية مصر.

14) خالد ممدوح إبراهيم، **التحكيم في التجارة الدولية**، دار الفكر الجامعي، الطبعة الأولى، 2008، مصر.

15) خالد ممدوح إبراهيم، **أمن المستهلك الإلكتروني**، الدار الجامعية للنشر، طبعة 2008، الإسكندرية مصر.

16) داود عبد الرزاق الباز، **الحكومة الإلكترونية و أثرها على النظام القانوني للمرفق العام و أعمال موظفه**، دار منشأة المعارف للنشر، طبعة 2008، الإسكندرية مصر.

17) رضا متولي وهدان، **النظام القانوني للعقد الإلكتروني و المسؤولية عن الاعتداءات الإلكترونية**، دار الفكر و القانون، الطبعة الأولى، 2008، المنصورة.

18) رمضان أبو السعود، **شرح العقود المسماة في عقدي البيع و المقايضة**، دار الجامعة الجديدة للنشر و التوزيع، طبعة 2003، الإسكندرية مصر.

19) سعد غالب ياسين و بشير عباس العلاق، **التجارة الإلكترونية**، دار المناهج للنشر و التوزيع، طبعة 2009، عمان الأردن.

20) شحاتة غريب شلقامي، **التعاقد الإلكتروني في التشريعات العربية، دراسة مقارنة**، دار الجامعة الجديدة للنشر و التوزيع، طبعة 2008، الإسكندرية مصر.

21) شريف محمد غنام، **محفظة النقود الإلكترونية رؤية مستقبلية**، دار الجامعة الجديدة للنشر، طبعة 2007، الإسكندرية مصر.

22) صالح المنزلاوي، **القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية**، دار الجامعة الجديدة للنشر، طبعة 2006، مصر.

23) طاهر شوقي مؤمن، **عقد البيع الإلكتروني–بحث في التجارة الإلكترونية**–دار النهضة العربية للنشر، طبعة2007، د ذ ب.

24) عبد الرزاق أحمد السنهوري، **الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المجلد الأول، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام**، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الثالثة الجديدة، 2000، بيروت لبنان.

25) عبد الفتاح البيومي حجازي، **التوقيع الإلكتروني في النظم القانونية المقارنة**، دار الفكر الجامعي للنشر، الطبعة الأولى، 2005، الإسكندرية مصر.

26) عبد الله كريم عبد الله، **جرائم المعلوماتية و الانترنت(الجرائم الإلكترونية)–دراسة مقارنة في النظام القانوني لمكافحة جرائم المعلوماتية و الانترنت مع الإشارة إلى جهود مكافحتها محليا و عربيا و دوليا**، منشورات الحلبي الحقوقية للنشر، الطبعة الأولى 2007، بيروت لبنان.

27) علاء محمد عيد نصيرات، **حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات، دراسة مقارنة**، دار الثقافة للنشر و التوزيع، طبعة 2005، د ب ن .

28) علي علي سليمان، **النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري**، ديوان المطبوعات الجامعية للنشر و التوزيع، الطبعة الثامنة، 2008، بن عكنون الجزائر.

29) علي محمد أحمد أبو العز، **التجارة الإلكترونية و أحكامها في الفقه الإسلامي**، دار النفائس للنشر و التوزيع، الطبعة الأولى، 2008، عمان الأردن.

30) عليواش قربوع كمال، **قانون الاستثمار في الجزائر**، ديوان المطبوعات الجامعية، طبعة 1999، الجزائر.

31) فتحي عبد الرحيم عبد الله، **شرح النظرية العامة للالتزامات، الكتاب الأول، مصادر الالتزام** د د ن، الطبعة الثالثة، 2000-2001.

32) فيصل سعيد الغريب، **التوقيع الإلكتروني و حجيته في الإثبات(المنظمة العربية للتنمية الإدارية، بحوث و دراسات)**، طبعة 2005، د ب ن.

33) محمد إبراهيم أبو الهيجاء، **عقود التجارة الإلكترونية (العقود الإلكترونية–المنازعات العقدية و غير العقدية– القانون الواجب التطبيق)**، دار الثقافة للنشر و التوزيع، طبعة 2005، د ب ن.

34) محمد إبراهيم موسى، **انعكاسات العولمة على عقود التجارة الدولية**، دار الجامعة الجديدة للنشر، طبعة 2007، الإسكندرية مصر .

35) محمد السعيد رشدي، **التعاقد بوسائل الاتصال الحديثة(و مدى حجيتها في الإثبات)**، منشأة المعارف للنشر و التوزيع، طبعة 2008، الإسكندرية مصر.

36) محمد أمين الرومي، **التعاقد الإلكتروني عبر الانترنت**، دار المطبوعات الجامعية للنشر، الطبعة الأولى، 2004، الإسكندرية مصر.

37) محمد حسن رفاعي العطار، **البيع عبر شبكة الانترنت، دراسة مقارنة في ضوء قانون التوقيع الإلكتروني رقم 15لسنة 2004**، دار الجامعة الجديدة للنشر، الطبعة الأولى، 2007، الإسكندرية مصر.

38) محمد حسن قاسم، **الموجز في عقد البيع**، دار الجامعة للطباعة و النشر، طبعة 1996، الإسكندرية مصر.

39) محمد حسن قاسم، **قانون الإثبات في المواد المدنية و التجارية، منشورات الحلبي الحقوقية، طبعة 2007، بيروت لبنان**.

40) محمد حسنين، **عقد البيع في القانون المدني الجزائري**، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الرابعة، 2005، بن عكنون الجزائر.

41) محمد حسين منصور، **أحكام البيع التقليدية والإلكترونية و الدولية و حماية المستهلك**، دار الفكر الجامعي للنشر، طبعة 2006، الإسكندرية مصر.

42) محمد حسين منصور، **العقود الدولية، ماهية العقد الدولي و أنواعه و تطبيقاته، و مفاوضات العقد و إبرامه ومضمونه وأثاره و انقضائه، الصياغة والجوانب التقنية و الائتمانية و الإلكترونية، الاختصاص القضائي و القانوني، التحكيم و قانون التجارة الدولية**، دار الجامعة الجديدة للنشر، د.ذ.ط، الإسكندرية مصر.

43) محمد حسين منصور، **المسؤولية الإلكترونية**، دار الجامعة الجديدة للنشر، طبعة 2009، الإسكندرية مصر.

44) محمد دياب، **التجارة الدولية في عصر العولمة**، دار المنهل اللبناني للنشر، الطبعة الأولى2010، بيروت لبنان.

45) محمد شريف أحمد، **مصادر الالتزام في القانون المدني، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي**، د د ن، طبعة 1999، د ب ن.

46) محمد صبري السعدي، **الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، العقد و الإرادة المنفردة، دراسة مقارنة في القوانين العربية**، د د ن، الطبعة الرابعة، 2009، الجزائر.

47) محمد عبد حسين الطائي، **التجارة الإلكترونية–المستقبل الواعد للأجيال القادمة**–دار الثقافة للنشر و التوزيع، الطبعة الثانية، 2013، عمان الأردن.

48) محمد إبراهيم أبو الهيجاء، **التحكيم الإلكتروني، الوسائل لفض المنازعات، الوساطة و التوفيق، التحكيم، المفاوضات المباشرة**، دار الثقافة للنشر و التوزيع، الطبعة الثانية، 2010، عمان الأردن.

49) محمود عبد الرحيم الشريفات، **التراضي في تكوين العقد عبر الانترنت–دراسة مقارنة–**دار الثقافة للنشر و التوزيع، الطبعة الأولى، 2009، عمان الأردن.

50) معوان مصطفى، **الإثبات في المعاملات الإلكترونية في التشريعات الدولية، التوقيعات و البصمات الإلكترونية**، دار الكتاب الحديث للنشر، د ب ن.

51) مناني فراح، **أدلة الإثبات الحديثة في القانون**، دار الهدى للنشر و التوزيع، طبعة 2008، عين مليلة، الجزائر.

52) منير محمد الجنبيهي و ممدوح محمد الجنبيهي، **العقبات القانونية أمام تطوير التجارة الإلكترونية**، دار الفكر الجامعي للنشر، الطبعة الأولى 2006، الإسكندرية مصر.

53) منير محمد الجنبيهي و ممدوح محمد الجنبيهي، **الطبيعة القانونية للعقد الكتروني**، دار الفكر الجامعي للنشر، د ط ، الإسكندرية مصر.

54) منير محمد الجنبيهي و ممدوح محمد الجنبيهي، **العقبات القانونية أمام تطوير التجارة الإلكترونية**، دار الفكر الجامعي، طبعة 2007، الإسكندرية مصر.

55) نبيل سعد إبراهيم، **النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام**، دار الجامعة الجديدة للنشر و التوزيع، طبعة 2007، الإسكندرية مصر.

56) نبيل صفر، **الوسيط في شرح قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، الخصومة، التنفيذ، التحكيم**، دار الهدى للطباعة و النشر و التوزيع، الطبعة الأولى، 2008، الجزائر.

57) نضال سليم برهم، **أحكام عقود التجارة الإلكترونية**، دار الثقافة للنشر و التوزيع، الطبعة الثالثة، 2010، عمان الأردن.

58) يحي بكوش، **أدلة الإثبات في القانون المدني الجزائري و الفقه الإسلامي**، الشركة الوطنية للنشر و التوزيع، طبعة 1982، الجزائر.

2. الرسائل و المذكرات الجامعية

أ الرسائل الجامعية

1) أمازوز لطيفة، **التزام البائع بتسليم المبيع في القانون الجزائري**، أطروحة لنيل درجة دكتوراه في العلوم تخصص القانون، كلية الحقوق جامعة مولود معمري، تيزي وزو، د.ذ.س.

2) حمودي ناصر، **النظام القانوني لعقد البيع الدولي الإلكتروني المبرم عبر الانترنت**، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم تخصص القانون، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2009.

ب المذكرات الجامعية

1) أحمد أمداح، **التجارة الإلكترونية في منظور الفقه الإسلامي**، مذكرة لنيل درجة الماجستير في الفقه و أصوله، كلية العلوم الاجتماعية و العلوم الإسلامية، جامعة الحاج لخضر باتنة، 2005-2006.

2) بلقاسم عبد الله، **المحررات الإلكترونية، دراسة مقارنة**، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون فرع القانون الدولي للأعمال كلية الحقوق جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2013.

3) بن غرابي سمية، **عقود التجارة الإلكترونية و منهج تنازع القوانين**، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون فرع قانون التعاون الدولي، كلية الحقوق جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2009.

4) جديد رياد، **التزامات البائع في عقد البيع الدولي**، مذكرة لنيل شهادة الماجستير فرع قانون الأعمال، كلية الحقوق جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2003.

5) حدادن طاهر، **دور القاضي الوطني في مجال التحكيم التجاري الدولي**، مذكرة للحصول على شهادة الماجستير، فرع قانون التنمية الوطنية، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2011-2012.

6) خليفي سمير، **حل النزاعات في عقود التجارة الإلكترونية**، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، في القانون الدولي تخصص قانون التعاون الدولي، كلية الحقوق جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2010.

7) دحماني فريدة، **الضرر كأساس للمسؤولية المدنية**، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون فرع قانون العمال، كلية الحقوق جامعة تيزي وزو، 2004-2005.

8) دريدر ملكي، **سلطة المحكم في اختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع**، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام فرع قانون التعاون الدولي، معهد الحقوق و العلوم السياسية، المركز الجامعي آكلي محند أولحاج، البويرة، 2011.

9) زكروك راضية، **البنوك و عمليات تبيض الأموال**، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون فرع قانون الأعمال، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2006.

10) طمين سهيلة، **الشكلية في عقود التجارة الدولية**، رسالة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع القانون الدولي للأعمال، كلية الحقوق جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2011.

11) عتيق حنان، **مبدأ سلطان الإرادة في العقود الإلكترونية**، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون تخصص قانون التعاون الدولي، معهد الحقوق المركز الجامعي العقيد آكلي محند أولحاج، البويرة 2012.

12) عيطر محمد أمين، **إبرام العقد الإلكتروني و إثباته**، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، في الحقوق فرع العقود و المسؤولية، كلية الحقوق و العلوم الإدارية، بن عكنون الجزائر، 2010-2011.

13) لالوش راضية، **أمن التوقيع**، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون فرع القانون الدولي للأعمال، كلية الحقوق جامعة مولود معمري، تيزي وزو، د.ذ.س.

14) لملوم كريم، **الإثبات في معاملات التجارة الإلكترونية بين التشريعات الوطنية و الدولية**، مذكرة درجة الماجستير في القانون فرع قانون التعاون الدولي كلية الحقوق جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2011.

15) مرزوق نور الهدى، **التراضي في العقود الإلكترونية**، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون فرع المسؤولية المهنية، كلية الحقوق جامعة مولود معمري تيزي وزو، د.ذ.س.

16) موكة عبد الكريم، **الثمن في عقود التجارة الدولية**، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون فرع قانون الأعمال، كلية الحقوق جامعة مولود معمري، د.ذ.س.

17) واقد يوسف، **النظام القانوني للدفع الإلكتروني**، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، في القانون فرع قانون التعاون الدولي، كلية الحقوق جامعة مولود معمري، تيزي وزو، د.ذ.س.

18) يحي يوسف فلاح حسن، **التنظيم القانوني للعقود الإلكترونية**، أطروحة مقدمة لنيل درجة الماجستير في القانون الخاص، كلية الدراسات العليا جامعة النجاح الوطنية في نابلس، فلسطين، 2007.

3. المقالات

1) أعمر خمري، **أحكام الشيك من الورق إلى الإلكتروني**، مجلة معارف، العدد 7، المركز الجامعي آكلي محند أولحاج، البويرة الجزائر، 2007، ص ص 55-91.

2) بركات كريمة، **حماية أمن المستهلك في ظل القانون الجزائري**، مجلة المعارف، العدد التاسع، المركز الجامعي آكلي محند أولحاج، البويرة، الجزائر 2010، ص ص 30-40.

3) بن جديد فتحي، **مدى حجية الكتابة و التوقيع الإلكترونيين في إثبات العقد المبرم عبر الانترنت**، دراسات قانونية، دار الخلدونية للنشر و التوزيع، العدد 16، (دورية)مركز البصيرة الجزائر، ص ص96-97.

4) حاج بن علي محمد، **الطبيعة القانونية لمجلس عقد الإستهلاك الإلكتروني وأثره**، مجلة المعارف، العدد 14، جامعة آكلي محند أولحاج، البويرة، الجزائر، 2013، ص ص 94-98.

5) حلو عبد الرحمن حلو، **إشكالية الحماية القانونية لبرامج الحاسوب الإلكتروني بين براءة الاختراع و قوانين حق المؤلف، دراسة مقارنة،** مجلة العلوم القانونية و الاقتصادية و السياسية، العدد3، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2010، ص 222.

6) حمودي ناصر، **التجارة الإلكترونية مقدمة لاقتصاد عالمي جديد:الاقتصاد الرقمي،** مجلة المعارف، العدد الثامن، المركز الجامعي آكلي محن داو لحاج، البويرة، الجزائر، 2007، ص ص 213-215.

7) دليلة معزوز، **الالتزام بإعلام المستهلك الإلكتروني و مدى فعالية و شمولية قانون 09-03المتعلق بحماية المستهلك و قمع الغش،** مجلة المعارف، العدد الثامن، الجزائر 2010، ص ص 79-87.

8) رؤى عبد الستار صالح و خمائل عبد الله، **الإيجاب في العقود الإلكترونية،** كلية القانون الجامعة المستنصرية، د.ذ.س، ص ص 1-4.

9) عباس زبون عبيد العبودي، **الإطار القانوني لحكومة الإلكترونية،** مجلة العلوم القانونية و السياسية، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة ديالى، العدد الأول، د.ذ.س، ص 6.

10) عبد الحق قريمس، **مدى إمكانية الجمع بين إجراءات تسليم شهادة عدم الدفع و الأمر بتسوية عرض الدفع :ضرورة تعديل المادة 536من التقنين التجاري،** مجلة العلوم القانونية و الاقتصادية و السياسية، العدد 4، كلية الحقوق جامعة الجزائر، 2008، ص ص 87-88.

11) علي مراح، **القانون في عصر تكنولوجيا الاتصال الحديثة، النظام القانوني للكمبيوتر،** مجلة العلوم القانونية و الاقتصادية و السياسة، العدد 4، كلية الحقوق جامعة الجزائر، 2008، ص ص.

12) عيسى الصامدي، **الإثبات في عقد نقل التكنولوجيا الإلكتروني –عبر الانترنت–**دراسات قانونية، دار الخلدونية للنشر و التوزيع العدد السادس، الجزائرن2010، ص ص 61-63.

13) قادري عبد المجيد، **الوفاء الإلكتروني،** مجلة العلوم القانونية، العدد 12، 2008، ص ص159-169.

14) محمد أطويف، **الإطار المفاهيمي لعقد التجارة الإلكترونية،** مجلة الفقه و القانون، 2011، ص ص 1-98.

15) ناصر حمودي، **نزاعات العقود الإلكترونية، أزمة مناهج تنازع القوانين و ظهور القانون الموضوعي كبديل،** مجلة معارف، العدد الخامس، جامعة العقيد آكلي محند اولحاج، البويرة، الجزائر2008، ص ص 166-177.

16) ندى زهير الفيل، **إبرام العقد الإلكتروني من قبل المعوق بكلتا يديه، دراسة مقارنة،** مجلة الرافدين للحقوق، مجلد14 العدد 51، السنة 16، مدرسة القانون التجاري، كلية الحقوق، جامعة الموصل، ص ص 5-21.

17) يتوجي سامية، **أهمية التحكيم الإلكتروني كوسيلة لفض منازعات التجارة الإلكترونية**، مجلة المعارف، العدد 14، جامعة العقيد آكلي محند أولحاج، البويرة الجزائر، 2013، ص ص 158-167.

4. النصوص القانونية:

أ الدساتير:

1) دستور الجزائر لسنة 1996 صادر بموجب مرسوم رئاسي رقم 438/96 مؤرخ في 1996/12/07 ج.ر عدد 76 الصادر في 1996.

ب النصوص التشريعية

1)أمر رقم 75-58 يتضمن القانون المدني الجزائري، مؤرخ في 26 سبتمبر سنة 1975، ج.ر عدد 78 لسنة 1975 المعدل و المتمم.

2)أمر رقم 75-59 المؤرخ في 26سبتمبر 1975المتضمن القانون التجاري المعدل و المتمم بالقانون رقم 05-02المؤرخ في 6فبراير 2005، ج ر عدد 11 الصادر بتاريخ 9 فبراير 2005.

3)أمر رقم 95-06مؤرخ في 25 جانفي 1995يتعلق بالمنافسة، ج ر عدد 9 صادر بتاريخ 24 جانفي 1995.

4)قانون رقم 2000_03 المؤرخ في 05 أوت 2000، يحدد القواعد العامة المتعلقة بالبريد و المواصلات السلكية و اللاسلكية، ج ر عدد 48 الصادر في 06 أوت 2000.

5)أمر رقم 03-05مؤرخ في 19 جويلية 2003، يتعلق بحقوق المؤلف و الحقوق المجاورة، ج ر عدد 44، الصادر في 23 جويلية 2003.

6)أمر رقم 03-11المؤرخ في 27 أوت 2003، يتضمن قانون النقد و القرض، ج ر عدد 52 الصادر بتاريخ 27 أوت، المعدل و المتمم.

7)قانون رقم 04_15 المؤرخ في 10 نوفمبر 2004، يعدل و يتمم الأمر قم 66_156 المؤرخ في 04 جوان 1966، المتضمن قانون العقوبات، ج ر عدد 71 الصادر في 10 نوفمبر 2004.

8)قانون رقم 08-09 المؤرخ في 25-02 -2008 يتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، ج ر عدد 21، الصادر بتاريخ 23 أبريل سنة 2008.

ج–المراسيم التنفيذية:

1) المرسوم التنفيذي رقم 98-257 المؤرخ في 25 أوت 1998، يضبط شروط و كيفية إقامة خدمات الانترنت و كيفية استغلالها، ج ر عدد 63 الصادر في 26 أوت 1998.

2) المرسوم التنفيذي رقم 07-162 المؤرخ في 30 ماي 2007، المعدل و المتمم للمرسوم التنفيذي رقم 01-132 المؤرخ في 9 ماي 2001، المتعلق بنظام الاستغلال المطبق على كل نوع من أنواع الشبكات بما فيها اللاسلكية الكهربائية و على مختلف خدمات المواصلات السلكية و اللاسلكية، ج ر عدد 37، الصادر بتاريخ 07 جوان 2007.

5. **المواثيق الدولية:**

1) القانون رقم 84_131 المؤرخ في 16 جويلية 1984، يتضمن القانون المدني المصري، المعدل و المتمم.

2) التوجيه الأوروبي رقم 31_2000 الصادر في 08 جوان 2000.

3) القانون رقم 83_2000 المؤرخ في 09 أوت 2000، الخاص بمبادلات التجارة الإلكترونية المنشور في الرائد الرسمي للجمهورية التونسية، الصادر في 11 أوت2000.

4) القانون رقم 85_2001 المتضمن قانون المعاملات الإلكتروني الأردني.

5) قانون المعاملات الإلكترونية الأردني المؤقت رقم 85 لسنة 2001 المنشور على الصفحة 6010 ج ر عدد 4524 بتاريخ 31 ديسمبر 2001.

6) قانون الأونيسترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية و التوقيعات الإلكترونية المنشور على الموقع http://w.w.w.unsitral/ovg.

7) اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقد البيع الدولي للبضائع لعام 1980 على الموقع http://w.w.w.unistral.org.

فهرس المحتويات

العنوان	الصفحة
المقدمة	15-7
الفصل الأول: أثر المعلوماتية على مفهوم العقد وتكوينه	16
المبحث الأول: أثر المعلوماتية على مفهوم العقد	18
المطلب الأول: مفهوم العقد وفقا للقواعد العامة	19
الفرع الأول: التعريف بالعقد وخصائصه	19
أولا: التعريف الفقهي للعقد التقليدي	20
ثانيا: التعريف الاصطلاحي للعقد التقليدي	20
الفرع الثاني: خصائص العقد التقليدي	21
أولا: الرضائية كمبدأ عام في العقد التقليدي	21
ثانيا: إحداث أثار قانونية	22
المطلب الثاني: ماهية العقد الإلكتروني	23
الفرع الأول: تعريف العقد الإلكتروني	24
أولا: التعريف الفقهي للعقد الإلكتروني	25
ثانيا: التعريف الاصطلاحي للعقد الإلكتروني	26
ثالثا: خصائص العقد الإلكتروني	28
الفرع الثاني: الطبيعة القانونية للعقد الإلكتروني	32
أولا: الاتجاه القائل بأن العقد الإلكتروني عقد إذعان	32
ثانيا: الاتجاه القائل بأن العقد الإلكتروني عقد رضائي	33
ثالثا: الاتجاه المستند على وسيلة إبرام العقد لتحديد طبيعته	33
الفرع الثالث: صور العقد الإلكتروني	34
أولا: عقد استخدام الشبكة	35
ثانيا: عقد الإيجار المعلوماتي	35
ثالثا: عقد المتجر الافتراضي	35
رابعا : العقد الذي ينصب على أموال معلوماتية	36
الفرع الرابع: تميز العقد الالكتروني عن بعض العقود المشابهة له	37
أولا: تميز العقد الإلكتروني عن بعض العقود التقليدية	37
المبحث الثاني: أثر المعلوماتية على تكوين العقد	43

المطلب الأول: تكوين العقد وفقا للنظرية العامة للعقد	44
الفرع الأول: وجود التراضي	44
أولا: التعبير الصريح عن الإرادة	45
ثانيا التعبير الضمني عن الإرادة	45
ثالثا: صلاحية السكوت للتعبير عن الإرادة	45
الفرع الثاني: توافق الإرادتين	46
أولا : الإيجاب	46
ثانيا : القبول	47
الفرع الثالث: شروط صحة التراضي	50
أولا: الأهلية المطلوبة للتعاقد	50
ثانيا: عيوب الرضا	51
الفرع الرابع: المحل والسبب في العقد وفقا للنظرية العامة للعقد	57
أولا: ركن المحل في العقد التقليدي	58
ثانيا: ركن السبب في العقد التقليدي	59
المطلب الثاني: أثر المعلوماتية على تكوين العقد	61
الفرع الأول: التفاوض الإلكتروني كطريقة للتعاقد	62
أولا: ماهية التفاوض الإلكتروني	63
ثانيا: مفهوم التفاوض الإلكتروني	63
ثالثا: خصائص التفاوض الإلكتروني	64
الفرع الثاني: أركان العقد الإلكتروني	66
أولا: التراضي في العقد الإلكتروني	67
ثانيا: الإيجاب في العقد الإلكتروني	70
ثالثا: القبول في العقد الإلكتروني	73
الفرع الثالث: ركني المحل والسبب في العقد الإلكتروني	82
أولا: المحل في العقد الإلكتروني	82
ثانيا: السبب في العقد الإلكتروني	89
الفرع الرابع: زمان ومكان انعقاد العقد الإلكتروني	91
أولا: زمان انعقاد العقد الإلكتروني	91

ثانيا: مكان انعقاد العقد الإلكتروني	94
الفرع الخامس: صحة التراضي في التعاقد الإلكتروني	97
أولا: وسائل التحقق من الأهلية في العقد الإلكتروني	97
ثانيا : تحديد الأهلية في التعاقد الإلكتروني	99
خلاصة الفصل الأول	102
الفصل الثاني: أثر المعلوماتية على تنفيذ العقد وإثباته وحل النزاعات المتعلقة بالعقد الإلكتروني	104
المبحث الأول: أثر المعلوماتية على تنفيذ العقد وإثباته	105
المطلب الأول: تنفيذ العقد الإلكتروني وإثباته	109
الفرع الأول: الالتزام بالتسليم في القواعد العامة وخصوصيته في التعاقد الإلكتروني	110
أولا: الالتزام بالتسليم في القواعد العامة للعقد	111
ثانيا: خصوصية الالتزام بالتسليم في التعاقد الإلكتروني	120
ثالثا: الالتزام بأمن المستهلك	121
رابعا: خصوصية الآثار التي تترتب على التعاقد عن بعد	122
خامسا: تعريف الدفع الإلكتروني	132
الفرع الثاني: وسائل الدفع الإلكتروني الحديثة	143
أولا: وسائل دفع الثمن في عقود التجارة الإلكترونية	143
المطلب الثاني: أثر المعلوماتية على إثبات الحق في التعاقد الإلكتروني	153
الفرع الأول: مفهوم الإثبات في القواعد العامة	154
أولا: الإثبات الإلكتروني	156
ثانيا: من الكتابة التقليدية إلى الكتابة الإلكترونية	155
ثالثا: من التوقيع التقليدي إلى الكتابة الإلكترونية	156
المبحث الثاني: تحديد القانون الواجب التطبيق والجهة القضائية المختصة لحل نزاعات التعاقد الإلكتروني	174
المطلب الأول: صعوبات تطبيق مناهج التنازع على العقود الإلكترونية	175
الفرع الأول: صعوبة إعمال قانون الإرادة في حل نزاعات التعاقد الإلكتروني	175
الفرع الثاني: مدى ملائمة مبدأ سلطان الإرادة في حل نزاعات التعاقد الإلكتروني	176
الفرع الثالث: صعوبة تطبيق قواعد الإسناد على عقود التجارة الإلكترونية	179
المطلب الثاني: ضرورة وجود قانون موضوعي إلكتروني لتنظيم العقود الإلكترونية	180

الفرع الأول: ماهية القانون الموضوعي الإلكتروني الدولي	180
المطلب الثالث: تحديد الجهة القضائية المختصة لحل النزاعات التي يثيرها التعاقد الإلكتروني	190
الفرع الأول: المبادئ العامة في تنظيم الاختصاص القضائي الدولي	191
الفرع الثاني: تطبيق ضوابط الاختصاص على نزاعات التعاقد الإلكتروني	193
المطلب الرابع: التقاضي الإلكتروني لحل نزاعات التعاقد الإلكتروني	203
الفرع الأول: الطرق الإلكترونية غير القضائية لفض نزاعات التعاقد الإلكتروني	204
الفرع الثاني: شروط صحة اتفاق التحكيم الإلكتروني	220
الفرع الثالث: القانون الواجب التطبيق على التحكيم الإلكتروني	228
الفرع الرابع: صدور وتوثيق حكم التحكيم الإلكتروني	230
خلاصة الفصل الثاني	234
الخاتمة	243
قائمة المراجع	253
فهرس المحتويات	262

ملخص

أثر المعلوماتية على النظرية العامة للعقد

أدى التطور التكنولوجي المتسارع إلى ظهور أنواع جديدة من العقود تعرف بالعقود الإلكترونية، إذ أصبحت تزاحم العقود التقليدية إن لم نقل جاءت لتحل محلها، أين عرفت العقود الإلكترونية انتشارا واسعا، التي تتسم بالافتراضية و لا مادية و انعدام التواجد المادي للأطراف المتعاقدة.

رغم أن العقود الإلكترونية التي هي نتاج الثورة المعلوماتية، فإنها تخضع لنفس الأحكام المنظمة للعقود التقليدية للنظرية العامة للعقد، إلا أنها تنفرد ببعض الأحكام الخاصة بها نظرا لخصوصيتها، و التي تتجسد من خلال الوسيلة المستعملة في العقد الإلكتروني في مختلف مراحله.

RESUME

Impact de l'informatique sur la théorie générale de contrat

Le développement technologique vertigineux a engendré l'apparition de nouveaux types de contrats connus sous l'appellation : « Contrats électroniques » lesquels bousculent les contrats traditionnels et même les substituent, puisque leur propagation est sur une grande échelle, ayant un caractère virtuel, immatériel et l'absence totale des parties contractantes.

Même si les contrats électroniques sont le résultat de la révolution informatique, ils sont soumis aux mêmes dispositions régissant les contrats traditionnels dans la théorie générale du contrat, quoiqu'ils se distinguent par un nombre de dispositions spécifiques vu leurs singularité concrétisée par le moyen usité dans le contrat électronique à ses différentes étapes.