وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعـة محمد خيضـــــــر بسكـــــــــر
كلية الحقـــــوق والعلـــوم السياسيـــــة
قســـــــــم الحـــقـــــــــوق

مطبوعة علمية بعنوان :

محاضرات في مقياس

عقود التجارة الإلكترونية

-على ضوء التشريع الجزائري-

ألقيت على طلبة السنة الثانية ماستر
التخصص: قانون أعمال

إعداد الدكتور/ عقوني محمد

سنوات التدريس بالمطبوعة /

.2021/2020**2020/2019**2019/2018

مقدمـــــة

يشهد العالم في هذا العصر ثورة معلوماتية لم يسبق لها مثيل في ظل تطور هائل و متسارع في تكنولوجيا الاعلام و الاتصال الرقمي، حيث قربت المكان و اختصرت الزمان و ألغت الحدود الجغرافية بين الدول.

فبعد أن كانت الاتصالات تعتمد على التليفون، ثم الفاكس و التلكس، ظهرت الإنترنت و أصبحت الوسيلة المثلى في الاتصال و نقل المعلومة لا يمكن الاستغناء عنها، جعلت العالم اليوم مجرد قرية صغيرة، تُمكن أي شخص أن يبرم تصرفاً مع شخص آخر في أي مكان في العالم وفي لحظات عن طريق الوسائط الإلكترونية.

هذه الوسيلة القت بضلالها على كافة جوانب الحياة بعد أن كانت مقتصرة على أغراض عسكرية و اكاديمية في الولايات المتحدة الأمريكية سنة 1969، حُولت لتستخدم لأغراض مدنية و اقتصادية، ما فتح المجال واسعا لإبرام العقود بمختلف أنواعها أدى هذا إلى ظهور نوع جديد من التبادل التجاري يسمى بالتجارة الإلكترونية عبر شبكة الإنترنت و أفرز نمط جديد من العقود ذو طابع إلكتروني، فأصبحت السلعة أو الخدمة معروضة بطريقة منظورة غير ملموسة، حيث تتفاوض الأطراف المتعاقدة عن بعد فيتبادلون المعلومات و سائر البيانات بسرعة فائقة.

يستمد موضوع عقود التجارة الإلكترونية أهميته من أهمية المعاملات الإلكترونية في حد ذاتها و التنظيم الذي يحكم أعمالها ويشمل مفرداتها و مصطلحاتها و يضمن سلامة التعاقد عن بعد، و يعطي الحجية الكاملة في الاثبات، بالإضافة أنه يعمل على حماية المستهلك من جميع طرق و وسائل الاحتيال و الغبن التي تظهر في المعاملات الإلكترونية بأكثر حدة.

فضلا عن كل هذا فقد أصبح ابرام العقود التجارية إلكترونياً أسلوباً مميزاً من أجل عقد الصفقات التجارية و البحث عن فرص الاستثمار دون التعرض إلى العديد من معوقات التجارة التقليدية، كمشاكل النقل ورسوم الجمارك، وغيرها من المشاكل البيروقراطية، بالإضافة إلى كل هذا توفير المال و الجهد و الوقت.

سوف نعمل من خلال هذه المطبوعة على دارسة مقياس يتناول موضوع عقود التجارة الإلكترونية، حيث سنتعرض إلى المقاربة القانونية ما بين التعاقد التجاري عبر الوسائط الإلكترونية و التي من أهمها الإنترنت مع النظرية العامة للعقد، فتطبيق نظام الرقمنة انعكس على العملية التعاقدية التقليدية برمتها،

ومس جملة من الأحكام، بل أحدث ثورة في جوانب عديدة من النظام القانوني للتعاقد، وجب التطرق إليها بالبحث و الدراسة.

بناء على ما سبق، نتناول في هذه المطبوعة دراسة العقد التجاري الإلكتروني في التشريع الجزائري، و كذا في القانونين الدولية و المقارنة، على اعتبار أن لجنة الأمم المتحدة للتجارة الدولية " اليونسيترال"، هي أول جهة نظمت قانون التجارة الإلكترونية سنة 1996[1]، كما أن هناك العديد من الدول قطعت أشواطا كبيرة في هذا المجال مقارنة بالجزائر التي بدأت خطوات دخول العالم الافتراضي متأخرة، حيث نظم المشرع الجزائري القانون رقم: 15-04، المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالتوقيع و التصديق الإلكترونيين،[2] قبل أن يصدر قانون التجارة الإلكترونية[3] بتاريخ 10 ماي 2018، رغم هذا التأخر هناك مؤشرات تعكس إرادة جادة رغم النقائص التي تمس هذا المجال، في الذهاب إلى رقمنة التعاملات و النشاطات المختلفة في جميع القطاعات.

للإلمام بموضوع المطبوعة، قسمنا الدراسة إلى ثلاثة فصول يسبقهم **مبحث تمهيدي، والمعنون بـ: "ماهية عقود التجارة الإلكترونية "**. حيث كان من الضروري تناول هذا **المبحث** للتعريف بالتجارة الإلكترونية و العقود الإلكترونية وتمييزها عن غيرها وتحديد طبيعتها، لأن دون هذه المفاهيم وهذا التشخيص لا يمكن فهم واستيعاب ما نتناوله عند الدراسة.

واعتمدنا في تقسيم الدراسة إلى ثلاثة فصول، على أساس أنه يناسب أهم محاور مقياس عقود التجارة الإلكترونية، فجاء **الفصل الأول معنونا بـ" إبرام عقد التجارة الإلكترونية "**. وقسمناه إلى ثلاثة مباحث، تناولنا في الأول " التراضي في عقود التجارة الإلكترونية "، ثم تطرقنا إلى " المحل و السبب في عقود التجارة الإلكترونية " في المبحث الثاني، و استكملنا هذا الفصل بالتطرق إلى "زمان و مكان إبرام العقد الإلكتروني" في المبحث الثالث.

أما **الفصل الثاني، فجاء موسوماً بـ" إثبات و توثيق عقود التجارة الإلكترونية "**، وقسمناه إلى مبحثين، الأول تناولنا فيه" إثبات عقود التجارة الإلكترونية "، وخصصنا المبحث الثاني لـ" التوثيق الإلكتروني ".

---

[1] - انظر https.//www.uncitral.org/pdf/Arabic ، تاريخ التحميل: 2020/04/28.

[2] - القانون رقم: 15-04، المؤرخ في أول فيفري2015، **يحدد القواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين**، ج ر ج ج، العدد 06، المؤرخة في 10 فيفري2015.

[3]- القانون رقم : 18-05، المؤرخ في 10 ماي2018، **يتعلق بالتجارة الإلكترونية**، ج رج ج، العدد 28، المؤرخة في 16 ماي 2018.

و تعرضنا في **الفصل الثالث و الأخير إلى "تسوية منازعات عقود التجارة الإلكترونية"**، حيث قسمناه إلى مبحثين، تناولنا في الأول "القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية"، أما المبحث الثاني فجاء موسوماً بـ" التحكيم الإلكتروني كآلية بديلة لتسوية منازعات عقود التجارة الإلكترونية ".

مبحث تمهيدي

ماهية عقود التجارة الإلكترونية

نتيجة للتقدم و التطور التكنولوجي المستمر و المتسارع، خاصة في مجال وسائل الاتصال و الاعلام، ظهرت التجارة الإلكترونية كإحدى نتاج ثورة المعلومات، و توسع وسائل الوسائط الإلكترونية و على رأسها شبكة الإنترنت في انتشارها لتصل إلى المنزل و المتجر و الشركة، حتى اصبحت العمود الفقري في الدول المتقدمة للمعاملات الاقتصادية و المالية و تطوير التنمية في جميع المجالات، من خلال عدة تطبيقات أهمها عقد الصفقات و إبرام العقود الإلكترونية.

وجود شبكة الإنترنت جعل منها وسيلة أساسية تستعين بها التجارة الإلكترونية لعرض منتوجاتها وتسويقها و الإعلان عنها، و تسير شبكة الإنترنت من خلال آلية خاصة، بحيث ليس هناك كمبيوتر مركزي أو نقطة انطلاق مركزية، بل تدار عن طريق عدد كبير من شبكات الكمبيوتر التابعة لشركات عالمية عملاقة تتواجد في جميع أنحاء العالم.[1]

و لأن موضوع التجارة الإلكترونية و التعاقد الإلكتروني عبر الوسائط الالكتروني موضوع حديث، خاصة بالنسبة إلى الجزائر، وجدنا أنه من المهم أن نبدأ بمبحث تمهيدي لتبيان وتوضيح بعض المفاهيم و المصطلحات المرتبطة بالموضوع، فتقتضي الدارسة أن نحدد بداية مفهوم التجارة الإلكترونية (المطلب الأول)، ثم نتطرق إلى مفهوم عقد التجارة الإلكترونية(المطلب الثاني).

المطلب الأول: مفهوم التجارة الإلكترونية

سنتناول في هذا المطلب تعريف التجارة الإلكترونية (الفرع الأول)، ثم نتطرق لأشكال وصور التجارة الإلكترونية (الفرع الثاني).

الفرع الأول: تعريف التجارة الإلكترونية

ليس من السهل تحديد مفهوم التجارة الإلكترونية بالنظر إلى طبيعة التقنية المستعملة في هذا النوع من التجارة؛ فالتعريف بالتجارة الالكترونية يُلزم الأخذ بعين الاعتبار العناصر الثلاثة التي تميزها وهي النشاط التجاري و الدعائم الإلكترونية و العولمة.

[1] - فادي محمد عماد الدين توكل، **"عقد التجارة الإلكترونية"**، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، بيروت،2010، ص 16 و 17.

و على هذا الأساس نعرض في مستهل الدراسة تعريف التجارة الإلكترونية اصطلاحا، ثم نتناول مفهوم التجارة الإلكترونية وفقاً للمنظمات الدولية، و في الأخير نتطرق إلى تعريف التجارة الإلكترونية في القانون المقارن.

أولا: التعريف الاصطلاحي للتجارة الإلكترونية

تُعرف التجارة الإلكترونية عند بعض الفقه بأنها" نوع من التجارة يتم من خلال وسيط إلكتروني، بما في ذلك التجارة التي تتم عبر الهاتف و التليفزيون و الفاكس، و كذلك عبر الإنترنت و شبكات الاتصال المخصصة لذلك"[1]. و تعرف عند البعض الأخر بأنها " عملية البيع و الشراء عبر الشبكات الإلكترونية على المستويين السلعي و الخدمي بجانب المعلومات و برامج الكمبيوتر و أنشطة أخرى، التي تساعد على الممارسات التجارية، تنفذ بعض أو كل المعاملات التجارية في السلع و الخدمات التي تتم بين مشروع تجاري و آخر، أو بين مشروع تجاري و مستهلك باستخدام تكنولوجيا المعلومات و الاتصالات"[2]

و هناك من عرف "التجارة الإلكترونية نشاطا أساسيا من الأنشطة التي تمارس من خلال الإنترنت و ما يتبعها من الوسائل الخاصة بالبنية التحتية، كالحواسيب أو الشبكات الدولية، و تشمل أنشطة مختلفة، كالإعلان و الترويج و التسويق و تبادل رسائل البيانات الخاصة بعقد الصفقات وغيرها"[3]

وذهب بعض الفقه إلى تعريفها بالقول أنها " العملية التجارية التي تتم بين طرفين – بائع و مشتري – و تتمثل في عقد الصفقات و تسويق المُنتجات عن طريق استخدام الحاسب الإلكتروني عبر شبكة الإنترنت؛ و ذلك دون حاجة لانتقال الطرفين للقائهما، بل يتم التوقيع إلكترونياً على العقد".[4]

كما تُعرف أيضاً بأنها" مجموعة الاستخدامات التجارية للشبكات، ويدخل في ذلك الشركة التي لا تقدم سوى عرضاً لمنتجاتها، أما التسليم فيتم خارج الخط".[5]

و بالنظر إلى اتساع الأنشطة في مجال التجارة الإلكترونية و التطور السريع الواقع في مجال الاتصال و الإعلام، فإنه يتعذر وضع تعريفاً جامعاً مانعاً لمفهوم التجارة الإلكترونية.

و من أجل التعريف أكثر بمصطلح التجارة الإلكترونية، وجب علينا أن نَعلم أنه مفهوم يتكون من مقطعين.

---

[1] - لزهر بن سعيد، **"النظام القانوني لعقود التجارة الالكترونية"**، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2012، ص 21.

[2] - فادي محمد عماد الدين توكل، مرجع سابق، ص 21.

[3] - سلطان عبد الله محمود الجواري،**" عقود التجارة الإلكترونية و القانون الواجب التطبيق، دراسة مقارنة"**، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، بيروت، 2010، ص 28.

[4] - فادي محمد عماد الدين توكل، مرجع سابق، ص 21.

[5]- لزهر بن سعيد، مرجع سابق، ص 22.

الأول: التجـارة، و هو مصـطلح معروف، و يعبـر عـن نشـاط اقتصـادي يـتم عـن طريـق تـداول السـلع والخدمات بين الأفراد و المؤسسات و الحكومات.

الثاني: الإلكترونية، و هي تعني ممارسة نشاط اقتصادي تجاري باستخدام تكنولوجيا الاتصال الحديثة، أهما شبكة الإنترنت و الشبكات و الأساليب الإلكترونية، و آليات الاتصال عن بعد، مثل التلفون و الفاكس.[1]

نرى أن من المفاهيم المغلوطة تسمية التعاقد عبر الإنترنت بـ "التجارة الإلكترونية"، الأصح هو أن شبكة الإنترنت و إن كانت لها أهمية كبيرة، إلا أنها تبقى إحدى وسائل التجارة الإلكترونية التي تتضمن العديد من الوسائل مثل الفاكس و التلكس.

ثانيا: مفهوم التجارة الإلكترونية وفقاً للمنظمات الدولية

نتناول في هذه المسألة أهم المنظمات الدولية التي عملت على تحديد مفهوم التجارة الإلكترونية، و على رأسها لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي ومنظمة التعاون الاقتصادي و التنمية و الاتحاد الأوربي و منظمة التجارة العالمية.

1: لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي(اليونسيترال)

أنشئت هذه لجنة في ديسمبر 1966، بمقتضى قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة بهدف العمل على تطوير قواعد التجارة الدولية و العمل على إضفاء التوافق بين القواعد القانونية المنظمة للتجارة الدولية بين الدول الأعضاء في الأمم المتحدة. و قد بدأ الخوض في موضع التجارة الإلكتروني في الدورة الخامسة عشر التي عقدت سنة 1982، من خلال التطرق إلى مسألة تحويل الأموال إلكترونيا؛ و في الدورة الثامنة عشر سنة 1985، تبنت اللجنة توصية أدرجت في قرار الجمعية العامة، مفادها ضرورة العمل على إعادة النظر في القواعد القانونية الوطنية القائمة و التي تشكل عائقا أمام استخدام نظم المعلوماتية في المعاملات التجارية، ثم توالت الاجتماعات و الأبحاث في مسائل التجارة الإلكترونية إلى أن تم اعتماد لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي لمشروع قانون نموذجي للتجارة الإلكترونية سنة 1996، أعقب ذلك اعتماد القانون النموذجي الخاص بالتوقيع الإلكتروني سنة 2001.[2]

اهتمت منظمة الأمم المتحدة ممثلة في لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي اليونسيترال بوضع مشروع قانون التجارة الإلكترونية بتاريخ 14 يونيو 1996، و الذي اعتمد من طرف الجمعية العامة للأمم المتحدة في جلسة (162/15)،المؤرخة في 16 ديسمبر 1996، حيث وافقت لجنة اليونسيترال على

[1] - سلطان عبد الله محمود الجواري، مرجع سابق، ص 27.
[2] - لزهر بن سعيد، مرجع سابق، ص 29-31.

اصدار القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية، الذي يهدف إلى خلق بيئة قانونية آمنة لتسيير استعمال وسائل الاتصال الحديثة، و هو ما يتطلب تعديل الأنظمة الوطنية القائمة بما يتوافق مع هذا القانون، و مع ذلك يعتبر هذا القانون ملزما للدول ما لم يتضمنه تشريعاتها الوطنية.[1]

وهو ما جعل لهذا القانون طابع الاسترشاد، حيث جاءت قواعده عامة، و لم تتطرق إلى التفاصيل الموضوعية، أو الفنية، مما أعطى للتشريعات الوطنية مجالا لوضع استثناءات عليها.

من بين الانتقادات التي وجهت لهذا القانون، أنه لم يتعرض لعدد من مسائل التجارة الإلكترونية، مثل الاختصاص القضائي والملكية الفكرية و حمياتها وحماية المستهلك.

ولاستكمال تنظيم التجارة الإلكترونية، وضعت لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي في دورتها الرابعة و الثلاثين قانونا نموذجيا متعلق بالتوقيع الإلكتروني، حيث بينت مفهومه و شروطه و منحته الحجية القانونية في الإثبات و حددت الجهة التي تعزز الثقة به، و يعتبر هذا القانون أيضا استرشادي للتشريعات الوطنية عند وضع النصوص المرتبطة بالتوقيع الإلكتروني.[2]

اقتصر القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية على تعريف تبادل المعطيات الإلكترونية الذي يتضمن التجارة الإلكترونية، دون التطرق إلى تعريف التجارة الإلكترونية، حيث نص على ما يلي " نقل المعلومات إلكترونيا من حاسوب إلى حاسوب آخر باستخدام نظام متفق عليه لإعداد المعلومات"، و يظهر جليا من مما سبق أن اللجنة اختارت تعريفا واسعا لتبادل المعطيات الإلكترونية شمل كل استخدامات المعلومات الإلكترونية المتعلقة بالنشاط التجاري، و التي يطلق عليها التجارة الالكترونية، و يتضح من ذلك أن لجنة اليونسيترال و على الرغم من أنها أولى الجهات التي اهتمت بموضوع التجارة الإلكترونية و افردت تنظيما قانونيا لها، إلا أنها عملت على ترك تعريف التجارة الإلكترونية مفتوحا، حتى لا يقتصر فقط على المعاملات التجارية التي تتم عبر شبكة الإنترنت، بل قد يكون عقد صفقات هذه التجارة بأي وسيلة إلكترونية أخرى، كالفاكس و التلكس.[3]

2: منظمة التعاون الاقتصادي والتنمية (OECD)

أسست منظمة التعاون الاقتصادي والتنمية (OECD) سنة 1961، و تضم حاليا 29 عضوا من الدول الصناعية الكبرى، ذهبت هذه المنظمة إلى تعريف التجارة الإلكترونية بالقول:" مصطلح التجارة الإلكترونية يشير بصفة عامة إلى جميع أشكال المعاملات التجارية التي تتم من قبل الأفراد و الهيئات

[1] - فادي محمد عماد الدين توكل، مرجع سابق، ص 23 و 24.

[2]- الدليل التشريعي للقانون النموذجي الخاص بالتوقيع الإلكتروني، لسنة 2001 ، بند 1، ص 9- 11، أنظر https.//www.uncitral.org/pdf/Arabic.

[3] - لزهر بن سعيد، مرجع سابق ،ص 20 و 21.

التي تعتمد على معالجة و نقل البيانات الرقمية، شاملة النصوص و الصوت و الصورة، من خلال شبكات مفتوحة، مثل الإنترنت، أو مغلقة، مثل المينيتال، التي يكون لها اتصال بشبكة مفتوحة، و يتسع مفهوم التجارة الإلكترونية ليشمل فضلا عن المفاوضات و التعاقد، عددا من الإجراءات المرتبطة بها، مثل الإعلان و التسويق و الترويج و خدمات ما بعد التعاقد.[1]

و قد دأبت منظمة التعاون الاقتصادي و التنمية على عقد عدة مؤتمرات متخصصة في هذا المجال، كمؤتمر رفع الحواجز أمام التجارة الإلكترونية العالمية؛ الذي عقد في فنلندا سنة 1997، و المؤتمر العالمي للتجارة الإلكترونية الذي عقد في أوتاوا سنة 1998، حيث تم فيه تناول عدة مسائل مهمة، منها أمن المعلومات التجارية و سياسة التشفير و مسائل حماية المستهلك و حماية البيانات وحقوق الإعلان عبر الإنترنت، بالإضافة إلى إشكالية التحويلات المالية عبر شبكة الاتصال، وقواعد الاختصاص القضائي.[2]

3:الاتحاد الأوربي

على الصعيد الإقليمي يعتبر الاتحاد الأوربي الأكثر تفاعلا مع مسألة التجارة الإلكترونية، حيث أصدر المجلس الأوربي سنة 1981، توصياته في هذا الشأن، مؤكدا للدول الأعضاء ضرورة تعديل تشريعاتها و التنسيق فيما بينها في شأن الإثبات المعلوماتي، كما أوصى بضرورة الحفظ الإلزامي للمعلومات المسجلة إلكترونيا لمدة عشر سنوات على الأقل، ومراجعة هذه المعلومات كل خمس سنوات على الأقل.

اعدت لجنة الاتحادات الأوربية اتفاقا اوربيا نموذجي للتبادل الإلكتروني للبيانات، كما صدر التوجيه الأوربي المتعلق بحماية المتعاملين أو المستهلكين في العقود عن بعد رقم: 97/7، الصادر عن البرلمان الأوربي في 20 ماي1997. كما صدر التوجيه الأوربي رقم: 99/93، الصادر في 13 ديسمبر 1999، و الخاص بالتوقيع الإلكتروني و يتضمن خمسة عشر مادة و أربعة ملاحق تحتوي مسائل أساسية تنظم الإجراءات و الشروط اللازمة لتوفير الأمان التقني للتوقيع الإلكتروني.[3]

عرف الاتحاد الأوربي التجارة الالكترونية بأنها " كل الأنشطة التي تتم بوسائل إلكترونية، سواء تمت بين المشروعات التجارية و المستهلكين، أو بين كل منهما على حدى و بين الإدارات الحكومية."[4]

---

[1] - سلطان عبد الله محمود الجواري، مرجع سابق، ص 25.
[2] - منقول عن لزهر بن سعيد، مرجع سابق، ص 34.
[3] - لزهر بن سعيد، نفس المرجع، ص 35 و 36.
[4] - فادي محمد عماد الدين توكل، مرجع سابق، ص 25.

يتضح من هذا التعريف أن التجارة الإلكترونية تشمل أوامر الطلب الإلكتروني للبضائع و الخدمات، و التي يمكن تسليمها بالطرق المعتادة، كالبريد أو مندوب الشركة، و التي تمثل التجارة الإلكترونية غير المباشرة؛ أو عن طرق التسليم المعنوي للسلع و الخدمات كبرامج الكمبيوتر و المجلات الإلكترونية و الأسهم المالية الإلكترونية، و التي تمثل التجارة الإلكترونية المباشرة.[1]

4: منظمة التجارة العالمية (WTO)

وجدت منظمة التجارة العالمية بموجب اتفاقية مراكش، حيث تم التوقيع عليها في 15 أفريل 1994، من قبل ممثلي118 دولة، و أصبحت نافذة في بداية سنة 1995، و تعمل هذه المنظمة على تنفيذ اتفاقيات التجارة الدولية و متابعة تنفيذها و إيجاد تناسق أكبر في مجال السياسة الاقتصادية الدولية؛ و قد أصدرت منظمة التجارة العالمية دراسة في مارس 1998، عن التجارة الإلكترونية و دور منظمة التجارة العالمية، توصلت من خلال هذه الدراسة إلى ادراج التجارة الإلكترونية ضمن الأنشطة التجارية التي تستوعبها و تطبق عليها الاتفاقية الدولية الخاصة بالخدمات؛ وخرجت الدراسة بضرورة تحسين البنية الأساسية ورفع مهارة المستخدمين و العاملين في هذا المجال ،و تنظيم و تحديد الأطر القانونية و التنظيمية اللازمة لتعاملات التجارة الإلكترونية و ما تعلق بها من مواضيع، وقد اعتمدت منظمة التجارة العالمية في سنة 1998، اعلان نشأة التجارة الإلكترونية، سمي اعلان جنيف[2]، و عملت هذه الأخيرة على تعريف التجارة الإلكترونية بأنها" عبارة عن عملية إنتاج و ترويج و بيع و توزيع المنتجات من خلال شبكة اتصال."[3]

يستشف من هذا التعريق أن التجارة الإلكترونية تشمل جميع الأنشطة الناشئة عن المعاملات ذات الطابع التجاري، سواء كانت تعاقدية أم لا.

و يرى بعض الفقه أن ما يعيب هذا التعريف أنه قصر الأنشطة على المنتوجات فقط دون ذكر الخدمات، ما يجعل الخدمات الاستشارية أو منح التراخيص أو الخدمات المصرفية مثلا، لا يدخل في نطاق هذا التعريف.[4]

ثالثا: تعريف التجارة الإلكترونية في التشريعات المقارنة

نظم المشرع الجزائري الإنترنت كنشاط اقتصادي مقنن، بموجب المرسوم التنفيذي 98-257، المتضمن ضبط شروط و كيفيات إقامة خدمات الإنترنت و استغلالها [1] ، المعدل بموجب المرسوم التنفيذي رقم:

[1] - فادي محمد عماد الدين توكل، نفس المرجع، ص 25.
[2] - منقول عن لزهر بن سعيد، مرجع سابق، ص 33 و 34.
[3]- فادي محمد عماد الدين توكل، مرجع سابق، 25 و26.
[4] - فادي محمد عماد الدين توكل، نفس المرجع، ص26.

2000-307، المتعلق بالنشاطات الاقتصادية المقننة [2] حيث عرف المشرع خدمات " الإنترنت" وموقع الإنترنت، و كيفية وشروط الترخيص لإقامة خدمات الإنترنت و استغلالها لأغراض تجارية، كما حدد التزامات مُقدم خدمات الإنترنت.

و تجسيداً لخيار التوجه نحو ولوج عالم الوسائط الإلكترونية صدر المرسوم التنفيذي رقم: 123/01، المؤرخ في 09 ماي 2001، المتعلق بنظام الاستغلال المطبق على كل نوع من أنواع الشبكات بما فيها اللاسلكية الكهربائية و على مختلف خدمات المواصلات السلكية و اللاسلكية، المعدل و المتمم بالمرسوم التنفيذي رقم: 162/07 [3]، الذي جاء بتعريف بعض المصطلحات المتعلقة بالتوقيع الإلكتروني و معطيات إنشاء التوقيع الإلكتروني و الشهادة الإلكترونية و مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني، وغيرها من المفاهيم المرتبطة بهذه المصطلحات دون التطرق إلى تعريف التجارة الإلكترونية.

رغم صدور القانون رقم: 10/05، المعدل و المتمم للقانون المدني الجزائري، الذي انتقل فيه المشرع من النظام الورقي إلى النظام الإلكتروني في نص المادتين 323 مكرر و المادة 323 مكرر 1، و إقراره للمعاملات الإلكترونية و الدفع الإلكتروني و الإثبات الإلكتروني في عدة قوانين متفرقة من أهمها القانون المدني وقانون القرض و النقد و القانون التجاري و قانون العقوبات، فضلاً عن صدور القانون رقم: 15-04، المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين، غير أن المشرع الجزائري لم يتناول مفهوم التجارة الإلكترونية إلا عند صدور القانون: 18-05، في نص المادة السادسة منه، بالقول أنها:" النشاط الذي يقوم بموجبه مُورد إلكتروني باقتراح أو ضمان توفير سلع وخدمات عن بعد لمستهلك إلكتروني، عن طريق الإتصالات الإلكترونية."

وعرف المشرع الجزائري المستهلك الالكتروني و المورد الالكتروني على التوالي في نفس المادة من نفس القانون، فعرف الأول على أنه" كل شخص طبيعي أو معنوي يقتني بعوض أو بصفة مجانية سلعة أو خدمة عن طريق الاتصالات الإلكترونية من المُورد الإلكتروني بغرض الاستخدام النهائي، كما عرف الثاني بالقول أنه" كل شخص طبيعي أو معنوي يقوم بتسويق أو اقتراح توفير السلع أو الخدمات عن طريق الإتصالات الإلكترونية".

---

[1] - المرسوم التنفيذي 98-257، الصادر بتاريخ في 25 اوت 1998، المتضمن ضبط شروط و كيفيات إقامة خدمات الانترنت و استغلالها، ج ر ج ج ، العدد 63، لسنة 1998.

[2] - المرسوم التنفيذي رقم: 2000-307، المؤرخ في 14 أكتوبر 2000، المتعلق بالنشاطات الاقتصادية المقننة، ج ر ج ج ، العدد 60، لسنة 2000.

[3] - المرسوم التنفيذي رقم:07-162، المؤرخ في 30 ماي 2007 ، يعدل و يتمم المرسوم التنفيذي رقم:01- 123، المؤرخ في 09 ماي 2001 **والمتعلق بنظام الاستغلال المطبق على كل نوع من أنواع الشبكات بما فيها اللاسلكية الكهربائية وعلى مختلف خدمات المواصلات السلكية و اللاسلكية**، ج ر ج ج، العدد 37، المؤرخة في 07 جوان 2007.

أما المشرع الفرنسي فعرف التجارة الإلكترونية في الفقرة الأولى من المادة الرابعة عشر من تشريع الثقة في الاقتصاد الرقمي، بالقول أنها "النشاط الاقتصادي الذي بمقتضاه يعرض شخص، أو ينجز عن بعد وبالطريق الإلكتروني التزويد بسلع، أو خدمات"[1]

و من أجل تسهيل التعاقد الإلكتروني في فرنسا تم إيجاد نوعين من العقود تتعلق بالتجارة الإلكترونية و متصلة بها، يتمثل العقد الأول في العقد النموذجي للتجارة الإلكترونية بين التجار و المستهلكين، أما الثاني فهو العقد الخاص بالمراكز التجارية الافتراضية.

بالإضافة إلى القانون رقم : 230/2000، الصادر بتاريخ 13 مارس 2000 المتعلق بتطويع قانون الإثبات لتكنولوجيا المعلومات و التوقيع الإلكتروني، عمل المشرع الفرنسي إلى اصدار مرسوم رقم: 2001/741، محاولا من خلاله وضع تنظيم شامل للتعاقد الإلكتروني على ضوء التوجيه الأوربي رقم: 97/7، المتعلق بحماية المستهلك في التعاقد عن بعد، كما أصدر المشرع الفرنسي القانون ر قم: 2001/1062، المتضمن السلامة اليومية. و بذلك تعتبر المنظومة التشريعية الفرنسية في مجال التجارة الإلكترونية من أكثر التشريعات المقارنة اكتمالاً.[2]

أما فيما يخص التشريعات العربية، يعتبر القانون التونسي من أوائل التشريعات على مستوى الدول العربية، الذي تناول تنظيم المعاملات التجارية، حيث عرف المبادلات الإلكترونية في قانون التجارة الإلكترونية رقم: 83، بأنها " العمليات التجارية التي تتم عبر المبادلات الإلكترونية"[3]، وعرف المبادلات الإلكترونية بأنها" المبادلات التي تتم باستعمال الوثائق الإلكترونية."[4]

كما يعد قانون المعاملات الإلكترونية الأردني رقم: 85 لسنة 2001، من القوانين المهمة التي نظمت معالجة القضايا المرتبطة بالتجارة الإلكترونية، من خلال تسهيل استعمال الوسائل الإلكترونية في المعاملات التجارية مع احترام القوانين الأخرى و قواعد العرف التجاري الدولي المرتبط بالمعاملات الإلكترونية، حيث يسري القانون على جميع المعاملات الإلكترونية، و كذا السجلات الإلكترونية و التوقيع الإلكتروني[5]؛ ولم يضع المشرع الأردني تعريفاً للتجارة الإلكترونية، حيث اكتفى بتعريف المعاملات الإلكترونية بأنها " المعاملات التي تنفذ بوسائل إلكترونية."[6]

---

[1] - لزهر بن سعيد، مرجع سابق، ص 23.

[2] - فادي محمد عماد الدين توكل، مرجع سابق، ص 28 و 29.

[3] - الفصل 2 من القانون رقم: 83 لسنة 2000، المؤرخ في 09 أوت 2000، المتعلق بالمبادلات التجارية الإلكترونية التونسي ، أنظر الموقع الإلكتروني: www.c-justice T.n/fleadmin.

[4] - الفصل 2 من القانون رقم: 83 لسنة 2000، المتعلق بالمبادلات التجارية الإلكترونية التونسي، نفس المرجع.

[5] - فادي محمد عماد الدين توكل، مرجع سابق، ص 33.

[6] - المادة الثانية من قانون المعاملات الإلكترونية الأردني رقم: 85 ، صادر سنة 2001 ، أنظر الموقع الإلكتروني: www.wipo.int.

أما المشرع المصري، فعرف التجارة الإلكترونية في قانون التجارة الإلكترونية بأنها" معاملة تجارية تتم عن طريق وسيط إلكتروني."[1]

يتضح جلياً من خلال ذكر التعريفات السابق قد شابها النقص في إحدى جوانبها، فإما كان تعريفاً مُوسعاً أدخل أعمالاً أخرى إلى نطاق الأعمال التجارية الإلكترونية، أو جاء مُضيقاً و أخرج أعمالا كانت من المفروض أن تكون ضمن أعمال التجارة الإلكترونية.

بالإضافة إلى أن هناك اختلاف حول وسائل الاستخدام في المعاملات التجارية الإلكترونية، حيث قصر البعض الوسيلة على الإنترنت، في حين يراها البعض و هو الرأي الأقرب إلى الصواب، كل المعاملات التي تتم عبر الوسائط الإلكترونية المختلفة، كالفاكس و التليكس و التليفزيون و الهاتف، رغم أنه واقعياً و عملياً يعتبر الإنترنت من أكثر هذه الوسائط الإلكترونية إقبالاً و انتشاراً.

يمكن القول من خلال ما سبق، أن التجارة الإلكترونية هي جميع المبادلات و المعاملات التي يستخدم في إنجازها أو تنفيذها الوسائط الإلكترونية، أي عبر إحدى وسائل الاتصال الحديثة من طرف تاجر، سواء كان شخص طبيعي أو معنوي، يعمل في إطار نشاطه المهني موجه للمستهلك، سواء كان شخصاً طبيعياً أو معنوياً، حيث تشمل ابرام العقود و الدفع و التسليم، و كل ما يخص المعاملات التجارية متى استخدمت عبر وسائل إلكترونية كلياً أو جزئياً في إبرامها و تنفيذها.

الفرع الثاني: أشكال التجارة الإلكترونية

هناك مجموعة من الأنماط و المستويات للتجارة الإلكترونية تتجسد حسب أطراف العلاقة التجارية، فنجدها تنحصر في أربعة أنماط نذكرها فيما يلي:

أولا: وحدة أعمال – وحدة أعمال

يتم هذا النشاط وفق أطر العمل و التبادل بين وحدة عمل و أخرى، أي بين وحدات الأعمال بعضها مع بعض من خلال شبكة الاتصال و تكنولوجيا المعلومات، حيث تقوم الشركة باستعمال الوسائط الإلكترونية لتقديم طلب الشراء للموردين و العارضين و تسليم الفواتير، كما تقوم بإتمام عملية الدفع، و هذا النمط من التجارة الإلكترونية يعد من أقدم الأنماط، خاصة في تبادل البيانات الإلكترونية.[2]

[1] - المادة الأولى من الفصل الأول ، التعريفات، من مشروع المعاملات الإلكترونية المصري، منقول عن لزهر بن سعيد، مرجع سابق، ص23.

[2]- سلطان عبد الله محمود الجواري، مرجع سابق، ص 36.

ثانيا: التجارة بين وحدات الأعمال و المستهلكين

تطور و اتسع شكل هذا النمط من التجارة الإلكترونية مع انتشار استخدام شبكة الإنترنت و ظهور المواقع الإلكترونية التي تعرض خدماتها و منتوجاتها للمستهلكين، و يطلق على هذا النمط "تجارة التجزئة"، على أساس أن التاجر يتعامل مباشرة مع المستهلك.[1]

ثالثا: التجارة بين الحكومات و المستهلكين

يشمل هذا النمط المزايدات و المناقصات الحكومية و التوريدات و غيرها من المعاملات التي تتم بين الشركات و الهيئات الحكومية، مثل دفع الضرائب و الخدمات التي تقدم عبر الوسائط الإلكترونية، و هذا النمط هو في توسع مستمر و بسرعة كبيرة في الدول التي استخدمت حكوماتها تقنية الرقمنة في جميع أنشطتها.[2]

رابعا: التجارة بين مستهلكين و مستهلكين آخرين

يتم في هذا النمط من التجارة الإلكترونية بيع و شراء بين الأفراد و بشكل مباشر عبر الوسائط الإلكترونية، مثل قيام أحد المستهلكين بوضع اعلان عبر بريده الإلكتروني، أو في موقع إلكتروني آخر من أجل بيع إحدى الأغراض؛ وقد انتشر مؤخرا ما يسمى "المزاد الإلكتروني"، حيث يقوم الزوار بعرض ما يرغبون في بيعه عبر هذا الموقع المتخصص بالمزايدة بين مستخدمي الموقع وزواره.[3]

المطلب الثاني: مفهوم عقود التجارة الإلكترونية

ظهور وسائل الاتصال الحديثة و التقدم الحاصل في الوسائط الإلكترونية، وخاصة الإنترنت أدى إلى تطور التجارة الإلكترونية، فظهرت العقود الإلكترونية في جميع مجالات الحياة، حتى شملت الحياة الأسرية و التجارية و البحث العلمي. و لفهم كيف يتم ابرام هذه العقود كان من الضروري تبيان مفهوم العقود الإلكترونية، حيث يستوجب هذا الموضوع الكثير من الدقة و الوضوح، خاصة في الطريقة التي ينعقد بها، و مدى اعتباره من العقود المبرمة عن بعد، ما يُلزم تعريف العقد الإلكتروني(الفرع الأول)، و تحديد خصائصه(الفرع الثاني)، وتمييزه عن غيره من العقود التي تبرم عن بعد(الفرع الثالث)، ثم النظر في الطبيعة القانونية للعقد الإلكتروني(الفرع الرابع) .

[1] - لزهر بن سعيد، مرجع سابق، ص 27.
[2] - سلطان عبد الله محمود الجواري، مرجع سابق، ص 37 و 38.
[3] - لزهر بن سعيد، مرجع سابق، ص 28.

الفرع الأول: تعريف العقد الإلكتروني

ظهرت العديد من التعريفات للعقد الإلكتروني أو عقد التجارة الإلكترونية، الذي يطلق عادة كمرادف، على أساس أن جل العقود الإلكترونية هي عقود تجارية، فهناك التعريف الذي خلص إليه الفقه، وهناك تعريف اردفته التشريعات الوطنية، و هناك تعريف جاء به القانون النموذجي للأمم المتحدة.

عرف القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية الصادر عن الأمم المتحدة العقد الإلكتروني بالقول: "المعلومات التي يتم انشاؤها، أو إرسالها أو استلامها، أو تخزينها، بوسائل إلكترونية، أو ضوئية، أو بوسائل مشابهة بما في ذلك على سبيل المثال لا الحصر، تبادل البيانات الإلكترونية، أو البريد الإلكتروني، أو البرق أو التلكس".[1]

كما عرف قانون اليونسيترال النموذجي تبادل البيانات الإلكترونية بأنها" نقل المعلومات إلكترونيا من حاسوب إلى حاسوب آخر باستخدام معيار متفق عليه لتكوين المعلومات."[2]

وجاء في نص المادة الثانية من التوجيه الأوربي، الصادر بتاريخ 20 ماي 1997، و المتعلق بحماية المستهلك في العقود المبرمة عن بعد، تعريف التعاقد عن بعد بالقول أنه " أي عقد متعلق بالسلع و الخدمات يتم بين مورد و مستهلك من خلال الإطار التنظيمي الخاص بالبيع عن بعد، أو تقديم الخدمات التي ينظمها المورد و الذي يتم باستخدام واحدة أو أكثر من وسائل الاتصال الإلكترونية حتى إتمام العقد."

وذهب التوجيه في تعريف العقد الإلكتروني بالقول أنه" أية وسيلة تستخدم في التعاقد بين المورد و المستهلك بدون التواجد المادي و المتزامن لهما، وذلك حتى إتمام التعاقد بين الأطراف."[3]

لم يختلف الأمر كثيرا في التشريعات المقارنة عند تعريف العقد الإلكتروني، فنجد المشرع المصري وفي مشروع قانون التجارة الإلكترونية، أورد تعريفا أعم للبيانات الإلكترونية، فأطلق عليها تسمية المحرر الإلكتروني، و عرفها بأنها" كل انتقال، أو إرسال، أو استقبال، أو تخزين لرموز، أو إشارة، أو كتابة، أو صورة، أو صوت، أو معلومات أيا كانت طبيعتها من خلال وسيط إلكتروني."[4] و بالتالي فإن أي تداول

---

[1]- المادة الثانية، فقرة أ، من قانون اليونسيترال النموذجي للتجارة الإلكترونية، لسنة 1996، راجع الموقع الإلكتروني: https.//www.uncitral.org/pdf/Arabic

[2] المادة الثانية، فقرة ب، من قانون اليونسيترال النموذجي للتجارة الإلكترونية، لسنة 1996، نفس المرجع.

[3]- نقلا عن فادي محمد عماد الدين توكل، مرجع سابق، ص 35.

[4] - المادة الأولى، من مشروع قانون التجارة الإلكترونية المصري.

للبيانات عبر أي وسيلة من خلال أجهزة الكمبيوتر يجعل أي تصرف ينجم عن تبادل هذه البيانات يكون تابعا للأصل، أي يكون متسما بالصفة الإلكترونية.[1]

كما عرف المشرع المصري العقد الإلكتروني على أنه " كل عقد تصدر منه إرادة إحدى الطرفين، أو كليهما، أو يتم التفاوض بشأنه، أو تبادل وثائقه كلياً، أو جزئياً، عبر وسيط إلكتروني." [2]

و في نفس السياق تناول قانون المعاملات الإلكتروني الأردني تعريفاً للعقد الإلكتروني بالنظر إلى طريقة إبرامه، بالقول أنه" الاتفاق الذي يتم انعقاده بوسائل إلكترونية كلياً، أو جزئياً.[3]

و على نفس المنوال ذهب قانون المبادلات و التجارة الإلكترونية التونسي في تعريف عقد التجارة الإلكترونية، بالقول أنها" المبادلات التي تتم باستعمال الوثائق الإلكترونية." [4]

أحال المشرع الجزائري عند تعريف العقد الإلكتروني إلى مفهومه وفق القانون رقم: 04-02، الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية[5] و أضاف على ذلك، أنه يتم إبرامه عن بعد، دون الحضور الفعلي و المتزامن لأطرافه باللجوء حصرياً لتقنية الإتصال الإلكتروني.[6]

حيث نص المشرع في المادة 03 من القانون رقم: 04-02 المذكور أعلاه، على تعريف العقد بالقول أنه:" كل اتفاق أو إتفاقية تهدف إلى بيع سلعة أو تأدية خدمة، حرر مسبقاً من أحد أطراف الإتفاق مع إذعان الطرف الآخر بحيث لا يمكن هذا الأخير إحداث تغيير حقيقي فيه."

و عند البحث عن التعريف الإصطلاحي للعقد الإلكتروني، نجد بعض الفقه يُعرف العقد الإلكتروني بأنه " اتفاق يتلاقى فيه الإيجاب و القبول بشأن الأموال و الخدمات على شبكة دولية مفتوحة للإتصال عن بعد، وذلك بوسيلة مسموعة ومَرئية، بفضل التفاعل الحواري بين الموجب و القابل."[7]

تعرض هذا التعريف لعدة انتقادات، أهمها أنه لم يميز بين العقد الإلكتروني و عقد التجارة الإلكتروني لوجود فارق بينهما، فالعقد الإلكتروني يشمل جميع أشكال التعاقد عبر الوسيط الإلكتروني دون تحديد موضوع العقد و أطرافه، بخلاف عقد التجارة الإلكترونية الذي يشمل بالإضافة إلى العقد

---

[1] - محمد فواز المطالقة، **"الوجيز في عقود التجارة الإلكترونية"**، دار الثقافة للنشر و التوزيع، الطبعة الأولى، الإصدار الثاني، عمان، 2008، ص 25.

[2] المادة الأولى من مشروع قانون التجارة الإلكترونية المصري.

[3] المادة الثانية، من قانون المعاملات الإلكترونية الأردني، رقم: 85، لسنة 2001 ، مرجع سابق.

[4] - المادة الثانية، من قانون المبادلات التجارية الإلكترونية التونسي، لسنة 2000، مرجع سابق.

[5] - القانون رقم :02/04 ، **المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية**، الصادر في27 يونيو2004، المعدل والمتمم بالقانون رقم: 06/10، ج ر، عدد 46. الصادرة بتاريخ. 15غشت 2010.

[6] - الفقرة الثانية من المادة 6، من القانون رقم: 18- 05، **يتعلق بالتجارة الإلكترونية** ، مصدر سابق.

[7] -OLIVINE TENU , **internet et le durit , Aspects juridiques du commerce électronique** , éditions eyalets , 1996 , p 23.

الإلكتروني الذي يكون محدداً في مجال التجارة من حيث الموضوع و الأطراف، بعض صور الاتفاق المتداولة عادة في أوساط التجارة الإلكترونية، وعلى سبيل المثال لا الحصر نذكر اتفاق التبادل الإلكتروني للبيانات.[1]

و لأن العقد الإلكتروني الذي يتم عبر الإنترنت يتميز في الغالب أنه يتم على مستوى الدولي، فقد عمل بعض الفقه على تعريف عقد التجارة الإلكتروني الدولي بأنه" العقد الذي تتلاقى فيه عروض السلع و الخدمات بقبول من الأشخاص في دول أخرى، و ذلك من خلال الوسائط التكنولوجية المتعددة، ومنها شبكة المعلومات الدولية الإنترنت، بهدف إتمام العقد."[2]

و هناك من الفقه، عرف العقد الإلكتروني بالقول أنه " اتفاق يبرم و ينفذ كلياً أو جزئياً من خلال تقنية الاتصال عن بعد، بدون حضور مادي متزامن للمتعاقدين بإيجاب و قبول يمكن التعبير عنهما من خلال ذات الوسائط، و ذلك بالتفاعل فيما بينهم لإشباع حاجاتهم المتبادلة بإتمام العقد. "[3]

يرى البعض أن التعريف الأكثر انسجاماً، هو الذي يرى أن عقد التجارة الإلكترونية هو " عقد يتلاقى فيه الإيجاب بالقبول عبر شبكة اتصالات دولية باستخدام التبادل الإلكتروني للبيانات و بقصد إنشاء التزامات تعاقدية."[4]

من خلال ما ذكرناه سابقاً، نلاحظ أن عقد التجارة الإلكترونية يتميز بما يلي:

أولا: عدم الالتقاء المادي للأطراف المتعاقدة لحظة تبادل التعبير عن إرادتهما.

ثانيا: يتم التعاقد عبر وسيلة إلكترونية سمعية بصرية تحقق التفاعل بين المتعاقدين، ما يجعلنا نقول أن العقد يتم بين حاضرين من حيث الزمان.

ثالثا: التباعد المكاني بين طرفي العقد، بحيث يمكن أن يتواجد المتعاقدين في دول مختلفة، و بهذا يعتبر من العقود التي تبرم بين غائبين من حيث المكان.

رابعا: تقوم العقود الإلكترونية على دعامة غير مادية، على أساس أنه يبرم عبر الوسائط الإلكترونية، و بالتالي لا وجود لمستند كتابي مادي لهذه العقود.[5]

و سنتطرق إلى هذه الميزات بأكثر تفصيل في ما هو آت من الدراسة

---

[1] - سلطان عبد الله محمود الجواري، نفس المرجع، ص 40 و 41.

[2] - فادي محمد عماد الدين توكل، مرجع سابق، ص 36.

[3] - صالح المنزلاوي، **"القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية"**، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2008، ص 14 و 15.

[4] - بلقاسم حامدي، **" ابرام العقد الإلكتروني"**، أطروحة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه العلوم في العلوم القانونية، تخصص قانون أعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة باتنة، 2015، ص 28.

[5] - لزهر بن سعيد، مرجع سابق، ص 42 و 43.

الفرع الثاني: خصائص العقد الإلكتروني

عند الرجوع إلى التعريفات السابقة لعقد التجارة الإلكترونية تظهر لنا عدة ميزات تخص هذه العقود دون غيرها من العقود التقليدية، نظرا للطبيعة الخاصة للتعاملات الإلكترونية، نذكرها فيما يلي:

أولا: العقد الإلكتروني هو تعاقد عن بعد: السمة الأساسية للتعاقد الإلكتروني أنه يتم بين متعاقدين يجمعهما مجلس عقد افتراضي و ليس حقيقي، حيث يتم التعاقد عن بعد بوسائل تكنولوجية مختلفة، فتبادل التراضي يكون إلكترونيا عبر الوسائط الإلكترونية من خلال مجلس عقد حكمي افتراضي؛ و بالتالي فهو فوري معاصر، رغم أنه يتم عن بعد، سواء من حيث الإبرام، أو التنفيذ، أو الإثبات، أو الوفاء، فكل هذه العمليات تتم إلكترونيا عبر الوسائط الإلكترونية دون الحضور المادي للأطراف.[1]

التعاقد عن بعد قد يد يتم بالمراسلة، مثل الكتالوجات و النشرات، أو قد يتم بوسائل الاتصال الحديثة و السريعة، مثل الإنترنت والهاتف[2] والفاكس، فيتم العقد الإلكتروني بتحقق القبول الذي يثبته المتعاقد على صفحة موقع إلكتروني، أو البريد الإلكتروني للموجب.

كما يمكن أن يتم تنفيذ العقد الإلكتروني عن بعد، أي دون انتقال مادي للأطراف إلى مكان معين، كعقود الخدمات المصرفية و التعليمية و برامج الحاسوب الآلي و الاستشارات.[3]

ثانيا: العقد الإلكتروني عقد تجاري

يتسم العقد الالكتروني بالطابع التجاري، لهذا يطلق عليه "عقد التجارة الإلكترونية"

وهذه الصفة راجع إلى السمة الغالبة لهذا العقد، على اعتبار أن عقود التجارة الإلكترونية تمثل أغلب العقود من مجمل العقود الإلكترونية، بالإضافة إلى أن هذا الأخير يتسم بطابع الاستهلاك، لأنه غالبا ما يتم بين تاجر أو مهني و المستهلك، فيعتبر من عقود الاستهلاك و يخضع عادة للقواعد الخاصة بحماية المستهلك[4]؛ حسب ما جاء به التوجيه الأوربي بشأن حماية المستهلك، رقم: 97/7 ، و قانون الاستهلاك الفرنسي، الذي يفرض على التاجر أو المهني باعتباره الطرف الأقوى في العلاقة التعاقدية، العديد من الواجبات و الالتزامات القانونية اتجاه المستهلك باعتباره الطرف الضعيف في العقد.[5] وحدد المشرع

---

[1] - بلقاسم حامدي، مرجع سابق، ص 29 و 31.

[2] - يرى بعض الفقه أن التعاقد عن طريق الهاتف تعاقد بين حاضرين من حيث الزمان وغائبين من حيث المكان، ففي هذه الصورة من التعاقد لا تفصل فترة زمنية بين صدور القبول وعلم الموجب به فهو بذالك يعتبر تعاقدا بين حاضرين حكماً، ولكن يظل أطراف العقد متباعدين من حيث المكان، ونتيجة لذلك فهو ينتمي إلى زمرة العقود عن بعد، أنظر
BOUCHERBERG (L), **Internet et commerce électronique**, 2ème édition, Delmas, Paris 2001, p42

[3] - محمد حسين منصور، المسؤولية الإلكترونية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية ، 2003، ص 22 و 23.

[4] - محمد حسين منصور، نفس المرجع ، ص 19 و 20.

[5] - بلقاسم حامدي، مرجع سابق، ص 32.

الجزائري في قانون التجارة الالكترونية ضوابط و شروط ممارسة التجارة الالكترونية، و ألزم المُورد بالعديد من الالتزامات تجاه المستهلك حددها في نصوص المواد من 8 إلى 15.

ثالثا: العقد الإلكتروني ذو طابع دولي: غالبا ما يتم التعاقد بين أشخاص ينتمون و يتواجدون في دول مختلفة، فقد يكون المستهلك في دولة و المُورد و المُنتج في دولة أخرى، و شركة تكنولوجيا معالجة المعلومات و إدخالها و تحميلها عبر الشبكة من دولة ثالثة، ما يجعل العقد الإلكتروني يتسم بالطابع الدولي، رغم أنه قد يكون العقد بين متعاقدين من نفس الدولة.

يرى أغلب الفقه أن دولية العقد أصبحت مسألة واقع، و هذه الحقيقة تؤكدها القوانين المنظمة لعقود التجارة الإلكترونية، من خلال سماحها للمتعاقدين بحرية اختيار القانون الواجب التطبيق على هذه العقود.[1]

إن البعد الدولي هو الغالب في العقود الإلكترونية أياً كان نوعها، ومهما كانت الوسيلة المستعملة في إبرامها تأسيساً على تقنيات الإتصال والشبكة الإلكترونية، التي تعد تجسيداً حقيقياً لفكرة العولمة، فأهمية تقنيات الاتصال الإلكترونية، تكمن في أنها لا تعترف بالحدود السياسية بين الدول، وأنها بددت فُرقة العالم، ومن ثم يصعب توطينها أو توطين المعاملات القانونية التي تجري في إطارها.[2]

رابعا: خصوصية العقد الإلكتروني في الإثبات و الوفاء: تعتبر من أهم الميزات التي تخص عقود التجارة الإلكترونية أنها تتم عبر وسائط إلكترونية، أي على دعامة إلكترونية، وليس على دعامة ورقية مكتوبة؛ و بالتالي تصبح الرسالة الإلكترونية هي السند القانوني الوحيد الذي يستعين به المتعاقدين في حالة نشوء نزاع حول العقد المبرم بينهما.

فيبقى الهدف من التجارة الإلكترونية هو خلق مجتمع المعاملات اللاورقية، أي استبدال الدعامة الإلكترونية محل الدعامة الورقية، ما يسمح بتجاوز سلبيات العمل بالمستندات الورقية من بطئ في حركة الإرسال و الاستقبال و أخذها حيزا وافرا في غرف الحفظ، و احتياجاتها لعاملين أكثر، زيادة على ذلك صعوبة تداول هذه المستندات في ظل ثورة الاتصالات و المعلومات التي يشهدها عالم اليوم.[3] أما من ناحية الوفاء، فقد حلت النقود الإلكترونية محل النقود العادية من خلال بطاقات الدفع الإلكتروني و الائتمان المختلفة و عملة البيتكوين(Bitcoin) .

---

[1]- أنظر صالح المنزلاوي، المرجع السابق، ص 34-39.

[2]-GAUTRAIS (V), **Le contrat électronique international , encadrement juridique ,** édition delta , 2ème édition 2003, p 122 .

[3] - فادي محمد عماد الدين توكل، مرجع سابق، ص 39 و 40.

وبالنسبة لموقف المشرع الجزائري من التعامل بهذه الطرق، بعد تعديل القانون التجاري أقر المشرع بتداولها بالطرق الإلكترونية دون أن ينص على اتخاذها شكلا معيناً، مما يفهم منه أنه يجوز قانوناً في الجزائر التعامل الإلكتروني في السداد، حيث نجد أن قانون المالية لسنة 2006، يسمح بالتعامل مع الإدارة الجبائية بالطرق الإلكترونية في السداد[1]، كما نص القانون التجاري المعدل بموجب القانون 05-02، في ما تعلق بالوفاء بالسفتجة على ما يلي:" يمكن أن يتم هذا التقديم أيضاً بأية وسيلة تبادل إلكترونية محددة في التشريع و التنظيم المعمول بهما."[2] و هي نفس الفقرة التي تم إضافتها للمادة 502 من نفس القانون، بمناسبة تقديم الشيك للوفاء.

كما نص المشرع في قانون التجارة الالكترونية و في الفصل السادس منه على الدفع في المعاملات الإلكترونية، حيث نصت المادة 27 منه على ما يلي: "يتم الدفع في المعاملات التجارية الإلكترونية إما عن بعد أو عند تسليم المنتوج، عن طريق وسائل الدفع المرخص بها، وفقاً للتشريع المعمول به.

عند ما يكون الدفع إلكترونياً، فإنه يتم من خلال منصات دفع مخصصة لهذا الغرض، منشأة و مستغلة حصرياً من طرف البنوك المعتمدة من قبل بنك الجزائر..... "

كما جعل المشرع في الفقرة الأخيرة من نفس المادة المذكورة أعلاه الدفع في المعاملات التجارية الدولية(العابرة للحدود)، حصرياً عن بعد طريق الإتصالات الإلكترونية.

غير أنه يبقى الإطار القانوني للنقود الإلكترونية منعدماً، مما يلزم النظر في المسألة، خاصة و أن المادة 356 و ما يليها من القانون المدني الجزائري حددت الأسس التي يتم بناء عليها تقدير الثمن و لم تبين طبيعته.[3]

أما في ما تعلق بنظام البطاقات الإلكترونية لم يتبنى المشرع الجزائري التعامل بها بصفة صريحة ضمن نصوص قانون النقد و القرض[4]؛ لكن يستشف من نص المادة 69 منه، أنه يقر العمل بنظام البطاقة الإلكترونية، حيث تنص على ما يلي:" تعتبر وسائل الدفع كل الأدوات التي تمكن كل شخص من تحويل أموال مهما يكون السند أو الأسلوب التقني المستعمل." يظهر من خلال هذا النص نية المشرع الانتقال من وسائل الدفع الكلاسيكية إلى وسائل الدفع الإلكتروني، حيث عاد المشرع الجزائري في

[1] - المادة 35 و ما بعدها، المعدلة للمواد 51 و ما بعدها من قانون الإجراءات الجبائية ، ج ر ج ج ، العدد 85، المؤرخة في 2005/12/31.

[2] - الفقرة الثالثة، من نص المادة 414 من القانون رقم:05-02، المؤرخ في 2005/02/06، المعدل و المتمم للأمر رقم :75-59، المؤرخ في 1975/06/26، **المتضمن القانون التجاري**، ج ر ج ج ،العدد 11، المؤرخة في2005/02/09.

[3] - بلقاسم حامدي، مرجع سابق، ص 175.

[4] - القانون رقم: 10/90 ،الصادر بتاريخ 1990/04/16، معدل بموجب الأمر رقم :11/03، المؤرخ في 2003/06/26 ،ج رج ج، العدد 52، مؤرخة في 2003/08/27.

نصوص الأمر رقم:05-06[1]، المتعلق بمكافحة التهريب ' إلى استعمال صريح لمصطلح "وسائل الدفع الإلكترونية" في نص المادة الثالثة، حيث اعتبرها المشرع من بين التدابير و الإجراءات الوقائية لمكافحة التهريب؛ و بذلك انتقل المشرع من مصطلح " مهما يكن السند أو الأسلوب التقني المستعمل" إلى مصطلح أكثر دقة و المتمثل في "وسائل الدفع الإلكتروني".

ورغم أن المشرع الجزائري أقر العمل بوسائل الدفع الإلكتروني و بين مصدرها و دورها في نص المادة 543 مكرر 23 من القانون التجاري[2]، كما تناول موضوع الدفع في المعاملات الإلكترونية في الفصل السادس من قانون التجارة الإلكترونية، إلا أنه لم ينظم أحكام بطاقة الدفع الإلكتروني تنظيماً جامعاً كاملاً، ما يعني عدم مسايرة التشريعات الوطنية للأشكال المطروحة الناتجة عن التطور التكنولوجي و التي تعمل على خدمة الاقتصاد الوطني.[3]

خامسا: السرعة في انجاز العملية التجارية: تُؤمن شبكة الاتصال الحديثة و التعاقد عبر الوسائط الإلكترونية السرعة في التعاقد، حيث أصبح من الممكن تأمين تبادل الإيجاب و القبول بأسرع زمنٍ وفي أي بلدٍ كان موجود فيه المتعاقدين، كما يكون التنفيذ الإلكتروني فوريًا للعقد، خاصة فيما تعلق بالوفاء، أين يكون البيع والشراء بشيك إلكتروني، أو التحويل الإلكتروني للأموال.[4]

الفرع الثالث: تمييز عقد التجارة الإلكترونية عن غيره من العقود المشابهة له

لا تعتبر العقود الإلكترونية الوحيدة التي تبرم في البيئة الإلكترونية، بل هناك العديد من العقود تنشأ في هذا المحيط و تكون مرتبط بالمحيط الإلكتروني و متلازمة معه؛ و بالتالي تعتبر هذه العقود المتنوعة علاقات عقدية تنشأ لتحقيق عقد التجارة الإلكترونية، دون أن تكون محلا له، و يطلق عليها البعض عقود الخدمات الإلكترونية.

أولا: عقد الإيجار المعلوماتي

يعتبر الإيجار المعلوماتي أحد العقود التي يقوم من خلالها المزود بتقديم الخدمات بوضعها تحت تصرف المشترك، و تتمثل هذه الخدمات في الغالب إتاحة الانتفاع بمساحات على قرص صلب لإحدى أجهزة الحاسب الخاص به، أو ضمان مكان على شبكة الإنترنت، أو تقديم جزء من المعلومات ليتم الانتفاع بها خلال مدة معينة، ومن ثم يتم إعادتها إلى صاحبها بعد الانتهاء من حق الانتفاع . و بالتالي

---

[1] - الأمر رقم 06/05، المؤرخ في 23 أوت 2005، المعدل و المتمم بالأمر رقم 06- 09 ، المؤرخ في 15 يوليو 2006، **المتعلق بمكافحة التهريب**، ج ر ج ج، العدد 59 لسنة 2005.

[2] - القانون رقم:05-02، المعدل و المتمم للأمر رقم :75-59، **المتضمن القانون التجاري**، مرجع سابق.

[3] - بلقاسم حامدي، مرجع سابق، ص 175.

[4] - سلطان عبد الله محمود الجواري، مرجع سابق، ص 29 و 30.

فإنه يمكن تكييف هذا العقد من عقود الإيجار على أساس أن غايته تمكين المُستخدم من الانتفاع بالعين المؤجرة، بينما تبقى المعلومة ملك لصاحبها.[1]

ومما سبق يتضح أن عقد الإيجار المعلوماتي من العقود الأساسية لتمكين استخدام شبكة الإنترنت، فمن خلال هذه العقود تتوفر آلية الاتصال و الموديوم و برامج الإنترنت، ما يجعل استخدام شبكة الإنترنت سهلا و في متناول الجميع، و يمكن من اجراء كافة التصرفات المباحة عبر شبكة الإنترنت كإبرام العقود الإلكترونية و التجول في المواقع و التسوق الإلكتروني، فعقد الايجار المعلوماتي يُمكن المستخدمين من قنوات المعلومات التي تزودهم بالعديد من الخدمات، مثال ذلك أن يتيح مقدم الخدمة المعلوماتية للمشترك إمكانية أن يكون له عنوان بريد إلكتروني، فيخصص له حيزا على القرص الصلب لجهاز الكمبيوتر المملوك له و المتصل عبر شبكة الإنترنت من أجل صندوق خطاباته الإلكتروني.

و في الأخير يبقى عقد الإيجار المعلوماتي إذا تم كليا، أو جزئيا عبر الوسائط الإلكترونية عقدا إلكترونيا.[2]

ثانيا: عقد الدخول إلى شبكة الإنترنت (الاشتراك في الإنترنت): يعتبر هذا النوع من العقود خطوة مبدئية لازمة لإبرام أو تنفيذ العقود الإلكتروني، فبمقتضى هذا العقد يتيح مُقدم خدمة الدخول إلى الإنترنت للعميل الوسائل التي تمكنه من الدخول إلى الشبكة، أهمها برنامج الاتصال « connexion» ، الذي يحقق الاتصال بين جهاز الكمبيوتر و الأقمار الصناعية التي وفقها يتم بث إشارة رقمية، يتم تحويلها إلى الشكل الذي نجد شبكة الإنترنت عليه، كما يلتزم مزود الخدمة بوضع كافة البرامج الأساسية لتشغيل خدمت الإنترنت تحت يد العميل.[3]

يوجد نموذج وصور عديدة لعقد الدخول، كما يوجد عدة أنواع من متعهدي الدخول هذا الأخير الذي قد يلتزم بالتزامات مكملة، مثل الالتزام بصيانة و تطوير الشبكة و الالتزام بتوريد المواد الضرورية للاتصال.[4]

رغم أن عقد الدخول إلى شبكة الإنترنت يتفق مع العقد الإلكتروني لكونهما من عقود التجارة الإلكترونية، إلا أن الأول يظل متميزا و مستقلا عن الثاني و يعتبر آلية ضرورية لإبرامه أو تنفيذه.[5]

---

[1] - محمد فواز المطالقة، مرجع سابق، ص 39.
[2] - محمد فواز المطالقة، مرجع سابق، ص 39 و 40.
[3] - بلقاسم حامدي، مرجع سابق، ص 39.
[4] - لزهر بن سعيد، مرجع سابق، ص 52.
[5] - بلقاسم حامدي، مرجع سابق، ص 40.

ثالثا: عقد انشاء المتجر الافتراضي: يعرف عقد إنشاء متجر افتراضي بأنه " عقد يلتزم بمقتضاه مُقدم الخدمة بأن يُمكن التاجر من عرض بضاعته من خلال موقع إلكتروني أو مركز تجاري افتراضي، ذلك في مقابل أجر متفق عليه". لهذا العقد أهمية بالغة في المعاملات الإلكترونية، بحيث لا يستطيع التاجر ابرام صفقاته مع عملائه دون أن ينشئ موقعا تجاريا على شبكة الإنترنت، وقد يعهد هذه المهمة لاحد المهنيين المختصين في مجال المعلومات الذي يتولى تصميم الموقع وفق شروط متفق عليها.[1]

و يتضمن عقد انشاء المتجر الافتراضي شروطا تهدف إلى تنظيم سير النشاط التجاري الذي يتم بالمركز التجاري الافتراضي، و تنظيم الرقابة على محتويات المتجر و ابرام العقد مع احترام الأعراف التجارية المعمول بها.[2]

رابعا :عقد خدمة الخط الساخن

مُقدم خدمة الخط الساخن يتعهد بأداء المساعدة التليفونية لحل الإشكالات التي قد يتعرض لها المشروع اثناء تواجده عبر الوسائط الإلكترونية، وهذا يجعل مُقدم خدمة الخط الساخن دائما في حالة انفتاح، حيث يُقدم مساعدة فعالة وجيدة كلما تم الرجوع إليه، و يطلق على هذه العقود أيضا بعقد خدمة المساعدة الفنية لما تقدمه للمتعاملين الإلكترونيين من حلول للإشكالات الفنية التي تعترضهم.

و يكون التعاقد على هذه الخدمة غالبا بين المورد و العميل بمناسبة الاشتراك في شبكة الإنترنت، و عادة ما يكون تقديم هذه الخدمة عبر التليفون تنفيذا للشروط التعاقدية المتفق عليها التي تبين مواعيد و طرق و أساليب الاستفادة من هذه الخدمة.[3]

الفرع الرابع: الطبيعة القانونية للعقد الإلكتروني

اختلف الفقه حول الطبيعة القانونية لعقود التجارة الإلكترونية، فهناك من أيد القول بأن عقود التجارة الإلكترونية هي عقود الإذعان، في حين ذهب رأي آخر خلاف ذلك و اعتبره عقد تفاوض، هذا الاختلاف عجل بظهور اتجاه ثالث يجمع بين الرأيين و يعتبر عقود التجارة الإلكترونية تكون عقد اذعان أو خلاف ذلك، حسب نوع طريقة ابرام العقد الإلكتروني، وسوف نتناول هذه الآراء بأكثر تفصيل فيما يلي:

الاتجاه الأول: يذهب أصحاب هذا الرأي إلى القول أن عقود التجارة الإلكترونية عقود اذعان، على أساس أن هذه العقود تعد سلفا، و يُستقل بفرض شروطها و إملاء بنودها من طرف واحد وهو الموجب، وعادة ما يكون التاجر أو المورد، دون أن يكون هناك تفاوض، أو مشاركة من الطرف الأخر القابل، و الذي

[1] - بلقاسم حامدي، نفس المرجع ، ص 42.
[2] - محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 31.
[3]- محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 27.

يكون عادة المستهلك، حيث لا يكون أمام هذا الأخير سوى قبول هذه الشروط أو رفضها كاملة، دون أن يكون له الحق في التفاوض أو المساومة بشأنها[1]؛ و يؤسس هذا الاتجاه لما جاء به بالقول أن في عقود التجارة الإلكترونية لا يملك المتعاقد إلا أن يضغط على عدد من الخانات المقترحة أمامه في موقع المتعاقد الأخر على موصفات السلع و الثمن المحدد سلفا، و لا يملك أن يناقش أو يفاوض الطرف الأخر حول شروط العقد، فلا يكون أمامه إلا خياران إما التوقيع أو الخروج من الموقع، وهوما يعني رفض التعاقد.

يعتمد أصحاب هذا الرأي على تغليب المعيار الاقتصادي، بحيث ينشأ عقد الإذعان عندما يكون هناك تفاوت بين المتعاقدين و تنعدم المساواة الفعلية و القانونية بين ارادتهما، فأحدهما يتمتع بنفوذ قوي و الأخر يعتبر الطرف الضعيف في العلاقة العقدية بسبب حاجته الملحة للتعاقد.[2]

الاتجاه الثاني: يعرف الفقه عقد الإذعان على أنه العقد الذي يُسلم فيه أحد المتعاقدين و هو المُذعن بشروط يمليها المتعاقد الأخر، ولا يُسمح بمناقشتها و هو المشترط فيما تعلق بسلع أو مرافق ضرورية تكون محل احتكار قانوني أو فعلي، أو تكون فيها المنافسة محدودة النطاق، بحيث يكون العرض موجها لعامة الناس و بشروط واحدة و لمدة غير محددة، و عليه يذهب أصحاب هذا الرأي إلى القول أن عقد التجارة الإلكترونية ليس عقد اذعان، حيث لا يكفي أن يحتوى العقد على شروط لا تسمح بالمناقشة، بل وجب أن تكون السلعة أو الخدمة محل العقد من الضروريات الأساسية التي لا يمكن الاستغناء عنها، و أن تكون هذه السلعة أو الخدمة محتكرة من طرف التاجر.[3]

" وعلى ذلك لا يمكننا تكييف عقد التجارة الإلكترونية بأنه عقد اذعان في كل الأحوال، لأن المعاملات التي تتم باستخدام الوسائط الإلكترونية ليست كلها تتعلق بسلع ضرورية ولا احتكار لها، رغم أن الموقع موجه للكافة."[4] فيكيف عقد التجارة الإلكترونية على أنه عقد رضائي ما لم يكن من العقود المسماة، إذ ينظر إلى كل عقد على حدى بمأن المتعاقد يكون له اللجوء إلى مورد أو منتج آخر للسلعة أو الخدمة، إذا لم تعجبه شروط أحد الموردين أو المنتجين. ويرى هذا الاتجاه يجب الاعتماد على المعيارين القانوني و الاقتصادي معا و عدم الاكتفاء بالمعيار الاقتصادي فقط.[5]

---

[1] - صالح المنزلاوي، المرجع السابق، ص 25.
[2] - كاظم كريم علي، **"العقد الإلكتروني"**، https :lliasj .net ، تاريخ التحميل 2020/05/15، ص 135.
[3] - صالح المنزلاوي، المرجع السابق، ص 25 و 26.
[4] - فادي محمد عماد الدين توكل، مرجع سابق، ص 43.
[5] - كاظم كريم علي، مرجع سابق، ص 135.

الاتجـاه الثالـث: يـذهب بعـض الفقـه و هـو الأقـرب إلـى الصـواب بـالقول: وجـب التمييـز بـين الوسـيلة المستخدمة في إبرام العقد، فإذا كان التعاقد تم عبر البريد الإلكتروني، أو عن طريق برامج المحادثة، أو باستخدام الوسائل السمعية المرئية، فإن العقد الإلكتروني يكون عقدا رضائيا، حيث تتم المناقشة بين المتعاقدين و إبداء الرأي عبر الوسائط الإلكترونية، و يكون للموجه إليه الإيجاب التفاوض بحرية حول بنود و شروط العقد و المفاضلة بين العروض المطروحة عليه، حتى يحصل على أفضل الشروط التي تناسبه، و عليه تصنف العقود التي تبرم بهذه الوسائل ضمن فئة عقود المساومة.

أما إذا تم التعاقد عبر مواقع الويب، و التي تستعين في الغالب بعقود نموذجية نمطية تكون شروطها معدة سلفا من قبل المُوجب، بحيث لا يترك هذا الأخير للموجب له و هو المستهلك عادة فرصة للمساومة و المناقشة حول هذه الشروط، ما يجعل المتعاقدين غير متكافئين في المقدرة التعاقدية و ليسا على قدم المساواة، و هو ما يجعلنا نقول أن عقد التجارة الإلكتروني في هذه الحالة يعتبر من عقود الإذعان وفق المفهوم التقليدي للإذعان.[1]

" ومن ثم نرى أنه في ظل غياب قاعدة مادية موحدة على المستوى الدولي تنظم الإذعان، فإنه يكفي الأخذ بإمكانية التفاوض في عقود التجارة الإلكترونية، كمعيار يحدد ما إذا كانت هذه العقود عقود إذعان أم لا، فالأمر يتوقف على مدى إمكانية التفاوض حول شروط العقد، فإن كانت تلك العقود تجيز التفاوض و تسمح للمشتري بمراجعة بنود العقد و تعديله أحيانا، فهي تخرج من نطاق عقود الإذعان، أما اذا انعدمت سمة التفاوض، أو المساومة، وجاءت بنود العقد بطريقة جامدة لا تقبل المراجعة أو التمحيص، فهي عقود إذعان.

و بناء على ذلك ننتهي إلى القول بأن عقود التجارة الإلكترونية يمكن أن تكون عقود إذعان، و يمكن أن تكون عقود تفاوض، وفقا لظروف كل عقد على حدى."[2]

[1] - فادي محمد عماد الدين توكل، مرجع سابق، ص 43 و 44 و 45.
[2]- صالح المنزلاوي، المرجع السابق، ص 27 و 28.

الفصل الأول

إبرام عقد التجارة الإلكترونية

بما أن العقود الإلكترونية لا تختلف في جوهرها عن العقود التقليدية، فإنها تخضع للقواعد العامة المنظمة لأحكام العقد عموما، و إن كانت هذه العقود ونظراً لطبيعتها الخاصة وهي إبرامها عبر الوسائط الإلكترونية تحتاج معالجة قانونية خاصة.

فلا ينعقد العقد و لا ينتج أثاره إلا بتوافر أركانه الأساسية لقيام العقد، و هي التراضي والمحل و السبب و الشكلية في بعض العقود التي ينص القانون في إبرامها على اتباع شكل معين، وبانعقاد العقد يتحدد مكان وزمان إبرامه.

و يختلف العقد التجاري الإلكتروني في العديد من الأحكام القانونية التي تقتضيها طبيعة هذا النوع من العقود، رغم أنه يتطلب ما يشترطه أي عقد تقليدي من حيث توافر الإيجاب و القبول و المحل و السبب و الثمن و جميع شروط تحديد المسؤولية المتعلقة بالمتعاقدين. و يتمثل أهم اختلاف في كونه ينعقد دون أن يكون هناك حضور مادٍ للمتعاقدين في مجلس العقد، فيجري العقد بينهما عبر مجلس عقد افتراضي أو حكمي.

تَميز عقد التجارة الإلكترونية عن باقي العقود التقليدية، يستلزم تطبيق أحكام قانونية خاصة تنسجم مع الخصائص التالية:

1 – عقد التجارة الإلكترونية يتم عن بعد، فلا يجمع مورد الخدمة أو السلعة و المستهلك مجلس واحد.

2– التجارة الإلكترونية لا تتقيد بالحدود، ما يثير عدة مسائل قانونية مرتبط بالقانون الواجب التطبيق و اللغة التي تبرم الصفقة بها، و مسائل تتعلق بالتسليم و الأنظمة المصرفية الواجب إتباعها.

3– التجارة الإلكترونية تقوم على تعاقد يتم على دعامة إلكترونية دون وجود مستندات مادية، ما يثير مسألة إثبات التزامات أطراف العقد.[1]

على هذا الأساس سوف نتطرق إلى كيفية التعبير عن الإرادة في العقد الإلكتروني(المبحث الأول)، ثم نتناول المحل و السبب في العقد الإلكتروني(المبحث الثاني)، كما نبحث في زمان و مكان إبرام العقد الإلكتروني(المبحث الثالث)، قبل أن نعرج للنظر في تنفيذ العقد(المبحث الرابع).

[1] - نضال إسماعيل برهم، **"أحكام عقود التجارة الإلكترونية"**، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، عمان، 2005، ص 49.

المبحث الأول: التراضي في عقود التجارة الإلكترونية

أقر المشرع المدني الجزائري على جواز صدور الإيجاب من شخص إلى آخر عن طريق التليفون أو بأي وسيلة مماثلة؛[1] ما يفهم منه جواز التعبير على الإرادة بأي طريقة كانت، تقليدية أم إلكترونية، و بناء على ذلك يجوز التعبير عن الإرادة إلكترونياً عبر الوسائط الإلكترونية المختلفة، وقبل أن نخوض في ابرام العقد، عادة ما يسبق هذا الأخير تفاوض بين أطرافه على أهم تفاصيله، وعليه وجب التطرق في هذا المبحث إلى التفاوض الإلكتروني(المطلب الأول)، ثم نتناول الإيجاب و القبول في العقد الإلكتروني (المطلب الثاني)، قبل أن نُعرج للنظر في مسألة صحة التراضي في العقد الإلكتروني(المطلب الثالث).

المطلب الأول: التفاوض الالكتروني

كثيراً ما يسبق ابرام العقد مراحل قانونية أو مادية، لاسيما في العقود المركبة ذات الأهمية و الصفقات الكبيرة، أهما إجراء مفاوضات قصد تسوية الخلافات و الوصل إلى ابرام العقد على نحو يرتضيه جميع الأطراف.

حيث يمكن أن يمر إبرام العقد عبر الوسائط الإلكترونية بعدة مراحل تتعلق بالتفاوض و المناقشة و المساومة و الأخذ و الرد بين أطراف العقد المزمع إبرامه، أين يسعى كل طرف لإقناع الطرف اللآخر بما يريده، حيث يتضمن عروضاً أولية تُمهد لإيجاب بات في حالة التوصل لإبرام العقد النهائي.

قد يكون التعاقد التقليدي يتم بطريقة سريعة لتناسبه مع طبيعة العقود البسيطة، غير أن العقود المركبة التي أوْجَدها التطور و الحداثة ولكونها ترد على مشاريع عملاقة و متعددة الجنسيات، و بالتالي هي تنصب على عمليات مركبة و معقدة فنياً و قانونياً؛ ما يستوجب أن يسبق إبرام هذه العقود مرحلة شاقة من المفاوضات قد تستغرق الكثير من الوقت و الجهد، لهذا تعتبر هذه المرحلة أهم مراحل العقد و أكثرها خطورة لما تتضمنه من تحديد أهم الإلتزامات و حقوق طرفي العقد، وما ينشأ عنها من اشكالات قانونية كقطع المفاوضات بسوء نية أو بدون سبب جدي.[2]

إذا كان التفاوض يتم في العقود التقليدية شفاهة عن طريق الإتصال المباشر بين طرفي العقد، فإن المفاوضات في العقد الإلكتروني تتم بذات الوسيلة التي يتم بهـــا إبـــرام العقد أي عن طريق وسائل

[1] - أنظر المادة 64 من الأمر رقم: 75-58، المؤرخ في 1975/09/26، **المتضمن القانون المدني الجزائري**، المعدل والمتمم، ج ر ج ج، العدد 78، المؤرخة في 1975/09/30.

[2] - بلقاسم حامدي، مرجع سابق، ص 47 و 48.

الإتصال الفوري، كـــــــــــالتبادل الإلكتروني للبيانات وتبادل الرسائل الإلكترونية عن طريق البريد الإلكتروني، أوغيرها من وسائل الإتصال الحديثة، ولذلك تسمى المفاوضات الإلكترونية.

الفرع الأول: تعريف التفاوض الإلكتروني

جاء الفقه بعدة تعاريف للتفوض، حيث يعرفها البعض بالقول أنها:" تبادل الاقتراحات و المساومات و المكاتبات و التقارير و الدراسات الفنية، بل و الاستشارات القانونية التي يتبادلها أطراف التفاوض ليكون كل منهم على بينة من أفضل الأشكال القانونية التي تحقق مصلحة الأطراف، و للتعرف على ما يسفر عنه الاتفاق من حقوق و إلتزامات."[1]

ويرى البعض الآخر أن التفاوض هو حدوث اتصال مباشر أو غير مباشر بين شخصين أو أكثر بمقتضى اتفاق بينهم، يتم خلاله تبادل العروض والمقترحات وبذل المساعي المشتركة بهدف التوصل إلى اتفاق بشأن عقد معين تمهيداً لإبرامه في المستقبل.[2]

كما عُرف التفاوض بأنه عقد يتعهد طرفاه ببدء التفاوض أو متابعته أو تنظيم سير المفاوضات بغرض التوصل إلى إبرام عقد في المستقبل، في حين رأى بعـــض الفقـــه، بأنه اتفاق يلتزم بمقتضاه شخص تجاه شخص آخر بالبدء أو الاستمرار في التفاوض بشأن عقد معين بهدف إبرامه.[3]

تتم المفاوضات عادة شفاهة عن طريق الاتصال المباشر، و قد تتم عن طريق تبادل البيانات الكترونياُ عبر البريد الالكتروني، و التي أخذت في الإنتشار خاصة في إطار التعامل التجاري الدولي، و نجد في هذا الصدد القانون الأمريكي للمعاملات التجارية الإلكترونية لسنة 1999، أجاز إجراء الاتفاقات و المفاوضات و إبرام العقود و نشوء الالتزامات بطريقة إلكترونية؛ حيث عرفت المادة 2/2 منه، ماهية الأعمال التجارية الإلكترونية بأنها هي تلك الأعمال التجارية التي تُدار أو تتم بالكامل أو جزء منها بوسائل إلكترونية أو بالتسجيل الإلكتروني، و هذه الأعمال تهدف إلى ابرام العقود أو الوفاء بالالتزامات الناشئة عن الصفقات التجارية، و هو ما يستفاد منه جواز اتمام المفاوضات بالطريقة الإلكترونية.[4]

التفاوض على العقد مرحلة تمهد لإبرامه، فالغرض من الدخول فـــي المفاو ضـــات هو الإعداد والتحضير لإبرام العقد النهائي، وإذا كان التفاوض لا يُلزم الطرفين، فإنه يهدف إلى إبرام العقد بعد أن

---

[1] - حسام الدين كامل الأهواني، **"المفاوضات في الفترة قبل التعاقدية و مراحل إعداد العقد الدولي"**، مجلة العلوم القانونية و الإقتصادية ، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، مصر، العدد 2، السنة 38، جوان 1996، ص 394.

[2] - عجالي بخالد، **" النظام القانوني للعقد الإلكتروني في التشريع الجزائري - دراسة مقارنة- "**، رسالة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم القانونية، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، جوان 2014، ص 144.

[3] - Olivier Iteanu, **Internet et le droit , aspect juridiques du commerce électronique** , PARIS édition 2000 ,page 82.

[4] - خالد ممدوح ابراهيم ، **ابرام العقد الالكتروني - دراسة مقارنة –"**، الطبعة الثانية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية،2011، ص 268

قـــام الطـــرفان بالتمهيـــد لهذا الإبرام عبر التوصـــل إلى اتفاقيات مرحلية تقود المتفاوضين إلى العقد النهائي.[1]

أغلب التشريعات الوطنية خلت من تنظيم مرحلة ما قبل التعاقد تاركة هذا المجال للدراسات الفقهية و تقدير القضاء، ما دفعها إلى بذل جهود مضنية لتجاوز هذا الفراغ التشريعي؛ مع هذا هناك استثناء من هذه السياسة التشريعية تطرقت إلى موضوع التفاوض بالتفصيل، منها التقنين المدني الايطالي و اليوناني و اللبناني التي أشارت إشارة صريحة إلى المفاوضات التعاقدية.[2]

الفرع الثاني: أهمية المفاوضات

نصت المادة 2/111، من القانون المدني الجزائري على ما يلي "... أما إذا كان هناك محل لتأويل العقد، فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ مع الاستهداء في ذلك بطبيعة التعامل، وبما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين، وفقاً للعرف الجاري في المعاملات."

انطلاقاً من هذا النص يرى الفقه أن التَعرف على النية المشتركة للمتعاقدين يمكن أن يتم من خلال دراسة أوضاع وظروف إبرام العقد والمفاوضات السابقة عليه، ولذلك فإن العقد الذي يتمخض عن تلك المفاوضات الحرة يسمى عقد المساومة، لأ ن طرفاه متساوون في حرية التعاقد وسلطان الإرادة، سوءاً عند مناقشة شروط العقد أو عند تحديد مضمونه.[3]

يعتبر التفاوض وسيلة مهمة للتفاهم و تقريب وجهات النظر بين المتعاملين عبر الوسائط الإلكترونية، حيث يعمل دوراً وقائياً و حيوياً وفعالاً في التحضير لمرحلة ابرام العقد و الحد من أسباب النزاع في المستقبل، و يُؤمن لكل واحد من المتفاوضين الاطلاع على التفاصيل الدقيقة الخاصة بشروط العقد و المواصفات الأساسية المتصلة بالمحل المتفاوض بشأنه.[4]

تتجلى أهمية التفاوض بصورة خاصة في العقود التجارية أو الصناعية التي يمتد تنفيذها لفترة زمنية طويلة، من ناحية كونه وسيلة فعالة لإعادة التوازن العقدي في حالة تغير الظروف، ما يجعل تنفيذ العقد على النحو المتفق عليه مرهقاً للمدين كارتفاع الأسعار، أو انخفاضها، أو تغير الرسوم الجمركية، أو صدور قانون جديد يرفع الضرائب أو يمنع الاستيراد أو التصدير، لذا يحرص الطرفان في هذا النوع من العقود على ادراج شرط يلتزم بمقتضاه كل منهما بالتفاوض حول كيفية التغلب عن هذه الصعوبات،

[1] - عجالي بخالد، مرجع سابق، ص 145.
[2] خالد ممدوح ابراهيم ، مرجع سابق، ص 266.
[3] - عجالي بخالد ، مرجع سابق، ص 149.
[4] - بلقاسم حامدي، مرجع سابق، ص 49.

ويُطلق على هذا الشرط، شرط اعادة التفاوض« clause de renégociation » ، أو شرط اعادة التوازن العقدي « équilibre–contractuelle » ، للتعبير عن المشقة أو الأزمة التي يمر بها العقد نتيجة تغير الظروف التي أبرم في ظلها.[1]

تكتسب المفاوضات أهميتها من حيث كونها وسيلة يهدف من خلالها المتفاوضان إلى وضع العقد في صياغة قانونية خاصة، حيث أن وضع ترتيب قانوني لعقد معين يتطلب دراسة أولية ودقيقة للشروط التي سيجري تنفيذه بموجبها، وبالتالي فإن الصياغة القانونية لحقوق الطرفين والتزاماتهما لا يمكن أن تتقرر نهائياً إلا من خلال مرحلة المفاوضات التي تؤدي إلى إبراز جميع عناصر العقد التي ستظهر في النهاية، وهذه الصياغة مهمة جداً في العقود الإلكترونية التي تحتوي عناصر مختلفة ويساهم في إبرامها أطراف متعددة في دول مختلفة.[2]

وإذا كان اللجوء إلى المفاوضات كوسيلة للتعرف على النية المشتركة للطرفين عند تفسير العقد أمراً غير مُلزم للقاضي، فإن للمحكمة أن تسترشد بما جاء في المفاوضات لتفسير إرادة الطرفين، فهي مسألة واقع يستقل بتقديرها قضاة الموضوع، حيث تلتزم المحكمة بما جاء في المفاوضات إذا ألحقت بالعقد واعتبرت جزءاً منه، ومع ذلك فإنها لا تكتسب هذه القوة المُلزمة باعتبارها مفاوضات، بل تستمدها باعتبارها جزءاً من العقد ومن اتفاق الطرفين.[3]

و بالتالي من الممكن أن تتم الإشارة إلى المفاوضات وجعلها ملحقاً للعقد، يتم اللجوء إليه لتكملة ما لم يتم النص عليه فيه، كأن يحيل المتعاقدان، مثلا على المفاوضات السابقة لإنعقاد العقد فيما يتعلق بالسعر أو محل العقد، وفي هذه الحالة تعد تلك المسائل جزء لا يتجزأ من العقد وتكتسب قوة ملزمة منه بقدر الإشارة إليها فيه.[4]

كما تلعب المفاوضات دوراً وقائياً بالنسبة لمرحلة إبرام العقد، فحسن إدارة المفاوضات يحد من النزاعات في المستقبل، حيث عادة ما يتم أثناء التفاوض تجاوز العيوب التي تلحق بالإرادة عن طريق المناقشات والحوار بين الطرفين، كما يتم اختيار القانون واجب التطبيق ووضع القواعد المكملة للعقد.

---

[1]- خالد ممدوح ابراهيم ، مرجع سابق، ص 269.

[2] - جمال فاخر النكاس ، **العقود والاتفاقيات الممهدة للتعاقد وأهمية التفرقة بين العقد والاتفاق في المرحلة السابقة على التعاقد**، مجلة الحقوق الكويتية، السنة 20، العدد01، مارس 1996، ،169ص .

[3] - عجالي بخالد ، مرجع سابق، ص 150.

[4]- عجالي بخالد ، مرجع سابق، ص 149، 150.

الفرع الثالث: الإلتزامات المفروضة في التفاوض الإلكتروني

يترتب على عقد التفاوض الإلكتروني عدة التزامات تقع على عاتق كل طرف وجب الإلتزام بها، و سنذكرها بالتفصيل فيما يلي:

أولا- الإلتزام بالدخول في التفاوض: إذا إتفق المتعاملين عبر الوسائط الإلكترونية بمقتضى عقد مبدئي على الدخول في التفاوض بهدف التوصل إلى إبرام عقد نهائي، فإن ذلك يضع إلتزاماً على عاتق كل طرف بالدخول في عملية التفاوض بالفعل من خلال مناقشة العقد النهائي المراد ابرامه في الميعاد المحدد لذلك؛ و لا يحق لأي طرف الامتناع أو التأخير عن الدخول في المفاوضات، و إلا أعتبر مسؤولاً عن ما يقع من أضرار للطرف الآخر.[1]

حيث يجب على كل طرف بذل العناية اللازمة لإنجاح المفاوضات، فإذا إرتكب أي طرف فعلاً يؤدي إلى افشال المفاوضات، فإنه يعد مخالفاً لإلتزامه ببذل عناية، الذي يفرض عليه أن يتبع المسلك المألوف للشخص المعتاد و يتفق مع مقتضيات حسن النية في تنفيذ الإلتزامات.[2]

المفاوضات العقدية في نظر الفقه يحكمها مبدءان، حرية التعاقد ومبدأ حسن النيـــة في التفاوض، حيث يكرس هذان المبدءان التوازن العادل بين الأطراف، ففي حين يتـيح المبدأ الأول الحرية الكاملة في السير في المفاوضات العقدية أو قطعها في أية مرحلة مـــن مراحل التفاوض، فإن مبدأ حسن النية يقتضي من أطراف إتفاق التفاوض أن يتفاوضوا بشرف وأمانة.[3]

ثانيا- الإلتزام بحسن النية: يعتبر الإلتزام بحسن نية، إلتزام تبادلي يقع على عاتق أطراف التفاوض، كما أنه إلتزام بتحقيق غاية، و ليس إلتزاماً ببذل عناية.

ورغم أن العديـد من القـوانين المدنية قد نصت في القواعد العامة لإبرام العقود علـى ضرورة مراعاة مبدأ حسن النية أثناء تكوين العقد، كالقانون المدني الألماني، والقانون المدني الإيطالي ونظيره الهولندي، إلا أن جانباً هاماً من التشـــــريعات المدنية قصرت هذا المبدأ على تنفيذ العقد فقط، ومنها المشرع الفرنسي في الفقرة الثالثة من المادة 1134، من القانون المدني الفرنسي، المقابلة للمادة 107، من القانون المدني الجزائري، ومع ذلك فإن هذه النصوص كفيلة بالنطق على وجوب مراعاة مبدأ حسن النية في إتفاق التفاوض، وذلك أن السير في المفاوضات بأمانة وشرف ونية حسنة هو تنفيذ لعقد

---

[1] - خالد ممدوح ابراهيم ، مرجع سابق ، ص303..

[2] - محمد عبد الظاهر حسين، " الجوانب القانونية للمرحلة السابقة على التعاقد"، المؤسسة الفنية للطباعة و النشر، 2002، ص 27.

[3] - سامح عبد الواحد التهامي، **"التعاقد عبر الانترنت"**، دار الكتب القانونية، مصر، طبعة 2008، ص 134.

التفاوض وليس إبراماً له، وإن كـــان من الضرورة بمكان التطرق إلى مرحلة إبرام عقد التفـــاوض وإيراد نص يتعلق بوجوب مراعاة حسن النية في التفاوض على العقد.[1]

صور تنفيذ الإلتزام بحسن نية متعدد، منها الإستمرار في المفاوضات و احترام الوقت المحدد لكل مرحلة من مراحل التفاوض[2]

ثالثا-الإلتزام بالإعلام: يُعرف هذا الإلتزام بأنه التزام قانوني سابق على إبرام العقد الإلكتروني، يلتزم بموجبه أحد الطرفين، وهو الذي يملك معلومات تخص العقد المراد إبرامه بتقديمها في الوقت المناسب بكل شفافية وأمانة للطرف الآخر الذي لا يمكنه العلم بها بوسائله الخاصة.[3]

ينص المشرع المدني الجزائري في المادة 2/86، من القانون المدني على أن يعتبر السكوت عن واقعة تدليساً، وهو ما يعد إقراراً لفكرة الإلتزام بالإعلام، سواء في مرحلة تكوين العقد أو تنفيذه.

الإلتزام بالإعلام يجد أساسه القانوني في أن الحماية التقليدية للإرادة العقدية من خلال نظرية عيوب الإرادة لم تَعُد كافية، نظراً لأن هناك الكثير من العقود يحتاج فيها المتفاوض إلى حماية خاصة وفعالة بسبب طبيعة هذه العقود، إما لأن أحد أطرافه مهني محترف، و إما لأن المتفاوض الآخر ليس على دراية تامة أو أن خبرته غير كافية بالشيء محل التعاقد، أو بسبب حداثة الشيء محل العقد و تعقيد استعماله.[4]

، ولا يقتصر الالتزام بالإعلام على البيانات الجوهرية فقط، بل يمتد إلى كـــل جزئيـــة أو تفصيل دقيق طالما كانت دافعة إلى التفاوض أوموضوعاً له، ولهذا فإن معيار تحديد البيانات والمعلومات التي يجب الإفصاح عنها يتحدد على ضوء أهمية تلك البيانات أو هذه المعلومات لدى الطرف الذي يجب أن يفضى بها إليه، وهو من يقع عليه عبء إثبات أنها هامة ولم يعلم بها.[5]

و في هذا السياق ينص المشرع الجزائري في المادة 10، من قانون التجارة الإلكترونية، على ما يلي: يجب أن تكون كل معاملة تجارية إلكترونية مسبوقة بعرض تجاري إلكتروني؛ كما ذكر المشرع في نص المادة 11، من نفس القانون، أهم عناصر الإعلام التي يجب على المستهلك العلم بها، حيث نصت على ما يلي: "يجب أن يقدم المُورد الإلكتروني العرض التجاري الإلكتروني بطريقة مرئية و مقروءة و مفهومة، و يجب أن يتضمن على الأقل، و لكن ليس على سبيل الحصر، المعلومات الآتية:

---

[1] - عجالي بخالد، مرجع سابق، ص 158و159.
[2] - خالد ممدوح ابراهيم، مرجع سابق، ص 304.
[3] - عجالي بخالد، مرجع سابق، ص 160.
[4] - خالد ممدوح ابراهيم، مرجع سابق، ص305
[5] - عباس العبودي، **"التعاقد عن طريـــق وســـائل الاتـــصال الفـــوري وحجيتهـــا فـــي الإثبات المدني"**، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1997، ص 92.

- طبيعة وخصائص و أسعار السلع أو الخدمات المقترحة بإحتساب كل الرسوم؛
- حالة توفر السلعة أو الخدمة؛
- كيفيات و مصاريف و أجال التسليم؛
- الشروط العامة للبيع، لاسيما البنود المتعلقة بحماية المعطيات ذات الطابع الشخصي؛
- شروط الضمان التجاري وخدمة ما بعد البيع؛
- طريقة حساب السعر عند ما لا يمكن تحديده مسبقاً؛
- كيفيات و اجراءات الدفع؛
- شروط فسخ العقد عند الاقتضاء؛
- وصف كامل لمختلف مراحل تنفيذ المعاملة الإلكترونية؛

رابعا-الالتزام بالإعتدال و الجدية: بمأن الغرض من إبرام اتفاق التفاوض هو إنهاء العملية التفاوضية بنجاح وصولاً إلى إبرام العقد، فإنه يتوجب على كل طرف التفاوض بجدية واعتدال وعدم المبالغة في العروض أو الأسعار، مما قد يمهد بفشل المفاوضات، وقبول الرأي الآخر وعدم التشدد، والسعي لإنهاء التفاوض في الوقت المناسب، وعدم تفويت الفرصة على الطرف الآخر، والإمتناع عن إجراء مفاوضات موازية مع طرفٍ ثالث إذا وُجد شرط في إتفاق التفاوض على منعها،[1] كما يجب احترام المعاهدات و الأعراف التجارية السائدة و العمل على انهاء عملية التفاوض في الوقت المناسب.[2]

خامسا-الإلتزام بالتعاون: التزام مفروض ضمنياً دون حاجة النص عليه صراحة، حيث يفرضه مبدأ حسن النية عند ابرام العقود، و يبقى هذا الإلتزام قائماً طيلة مدة المفاوضات؛ وكل فعل أو تصرف يقوم على التعاون و الثقة المتبادلة ينطوي تحت بند التعاون، و بالتالي كل ما يحتاجه السير الحسن للعملية التفاوضية، هو ضرورة لازمة في اطار الثقة المتبادلة، و يعتمد في ذلك معيار الرجال المعتدل الذي يهدف إلى انجاح المفاوضات وعدم إثارة النزاع بدون مبرر معقول في موضوع تم الحسم فيه[3].

سادسا-الإلتزام بعدم افشاء المعلومات السرية: التفاوض الذي يتم بين طرفين قد يستوجب كشف أحدهم عن بعض الأسرار، سواء كانت مهنية أو فنية؛ و على هذا الأساس يُوجب مبدأ حسن النية، المحافظة على هذه الأسرار التي كانت موضوع المفاوضات والتي تمت بين الطرفين، و في حالة ما تم إفشاء هذه الأسرار دون موافقة الطرف المتفاوض معه و ألحق ضرراً بهذا الأخير، فإنه يكون قد إرتكب خطأ و

[1] -عبد جمعة موسى الربيعي، **" الأحكام العامة في التفاوض و التعاقد عبر الأنترنت - عقود البيوع التجارية"**، الطبعة الأولى، بيت الحكمة، بغداد، 2003،ص 20.
[2] - خالد ممدوح ابراهيم، مرجع سابق، ، ص 307.
[3] - بلقاسم حامدي، مرجع سابق، ص 54.

يحق مساءلته[1]، و يبقى هذا الإلتزام سارٍ حتى ولو لم تكن هذه الأسرار تحظى بحماية قانونية، كالتكنولوجيا و التطبيقات المستخدمة في انتاج السلع و الخدمات و المعرفة الفنية و أسرار الأعمال.[2]

المطلب الثاني: الإيجاب و القبول في العقد الإلكتروني

نص القانون المدني الجزائري بأن يتم التعبير عن الإرادة باللفظ، أو الكتابة، أو الإشارة المتداولة عرفا، أو باتخاذ موقف لا يدع أي يشك في دلالته عن مقصود صاحبها؛ [3] و بالتالي يمكن أن يكون التعبير عن الإرادة صريحا، كما يمكن أن يكون ضمنيا. كما قضى المشرع الجزائري استثناء عن هذه القاعدة، بنصه على إمكانية أن يكون السكوت الملابس وسيلة للتعبير عن القبول.[4]

حيث ينعقد العقد بالتقاء الإيجاب مع قبول مطابق له، فيتحقق ما يعرف بالتراضي، و لا يختلف كما ذكر تحقيق التراضي في العقود الإلكترونية عن العقود التقليدية، بحيث يلتقي الإيجاب بالقبول و يتحقق ذلك بتبادل الأطراف لإرادتهم التعاقدية عبر الوسائط الإلكترونية، بدلاً من الوسائل التقليدية، فإذا التقت الإرادتان المتطابقتان عبر تقنيات الاتصال الحديثة، مع مراعاة ما ينظمه القانون فوق ذلك من أوضاع معينة لانعقاد العقد، يمكن القول بوجود التراضي، غير أن هذه الخاصية جعلت الإيجاب الإلكتروني يخلق عدة اشكالات نوعية بسبب خطورة الآثار المترتبة عليه.[5]

وبالتالي ومن خلال ما سبق، فإنه يمكن التعبير عن الإرادة التعاقدية عبر الوسائط الإلكترونية، وخاصة عبر شبكة الإنترنت، فيتحقق الرضاء في العقد الإلكتروني عندما يتم تبادل رسائل البيانات الإلكترونية أو الخطابات الإلكترونية، ويعتبر من صور التعبير عن الإرادة في العقد الإلكتروني إذا تم ذلك عبر خدمة world wide web ،أو خدمة البريد الإلكتروني (email)، أو أي وسيلة إلكترونية تحقق الغرض المطلوب.[6]

و من أجل التفصيل أكثر في دراسة هذا المبحث، نتطرق إلى الإيجاب الإلكتروني في الفرع الأول و القبول الإلكتروني في الفرع الثاني في ما هو آت من الدراسة.

---

[1] - خالد ممدوح ابراهيم، مرجع سابق، ، ص 307.

[2] - عجالي بخالد، مرجع سابق، ص 160.

[3]- المادة 60، من القانون المدني الجزائري، مصدر سابق.

[4]- الفقرة 2، من المادة 68، من القانون المدني الجزائري، نفس المصدر.

[5]-François (c) (d) et Philipe (d) ."**contrats civils et commerciaux" .** 7iéme édition, Dalloz ; paris. 2004 . p54.

[6]- لزهر بن سعيد، مرجع سابق، 70 و 71.

الفرع الأول: الإيجاب الإلكتروني

نتناول تعريف الإيجاب الإلكتروني، ثم نعرض بعض صور الإيجاب في عقد التجارة الإلكترونية، و في الأخير نعمل على تمييز الإيجاب الإلكتروني عن الدعوة للتفاوض أو التعاقد.

أولا: تعريف الإيجاب الإلكتروني

يُعرف الإيجاب بأنه" التعبير البات المنجز الصادر من أحد المتعاقدين و الموجه إلى الطرف الأخر بقصد إحداث أثر قانوني."[1] كما يعرفه بعض الفقه " إعراب عن الإرادة – صريح أو ضمني– به يعرض شخص على آخر أو على عدة اشخاص آخرين – معينين أو غير معينين – إبرام عقد بشروط معينة."[2]

يعرف التوجيه الأوربي الخاص بحماية المستهلكين الإيجاب في العقود المبرمة عن بعد بأنه اتصال عن بعد يتضمن جميع العناصر اللازمة التي تُمكن المُرسَل إليه أن يقبل التعاقد مباشرة، و لا يدخل في هذا النطاق مجرد الإعلان.[3]

و حتى يتم تعريف الإيجاب الإلكتروني لابد من مراعاة الطريقة التي يتم بها هذا الإيجاب، و الذي يكون عبر الوسائط الإلكترونية. و عليه يمكن تعريف الإيجاب الإلكتروني بأنه "التعبير البات و الصادر من أحد العاقدين و الموجه إلى المتعاقد الأخر عبر شبكة المعلوماتية بقصد إبرام عقد في مجال المعاملات الإلكترونية."[4]

و عرف قانون الأمم المتحدة النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية اليونسيترال الإيجاب الإلكتروني بالقول أنه" في سياق تكوين العقود و ما لم يتفق الطرفان، يجوز استخدام رسائل البيانات للتعبير عن العرض و قبول العرض، و عند استخدام رسالة البيانات في تكوين العقد لا يفقد ذلك العقد صحته، أو قابليته، لمجرد استخدام رسالة بيانات لذلك الغرض."[5]

كما تضمن البند 2/3 من مشروع العقد النموذجي في شأن المعاملات الإلكترونية و الملحق بقانون الأمم المتحدة النموذجي ما يلي:" تمثل الرسالة إيجابا إذا تضمنت إيجابا لإبرام عقد مرسل إلى شخص واحد أو أشخاص محددين، ما داموا معروفين على نحو كافٍ و كانت تشير إلى نية مُرسِل الإيجاب أن يلتزم في حالة القبول، و لا يعتبر إيجابا الرسالة المتاحة إلكترونيا بوجه عام، ما لم يُشر إلى غير ذلك."

---

[1] - نضال إسماعيل برهم، مرجع سابق، ص 53.

[2] - محمود عبد الرحيم الشريفات، **"التراضي في تكوين العقد عبر الانترنت"**، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الثانية، عمان،2011، ص 128 و 129.

[3] - نضال إسماعيل برهم، مرجع سابق، ص 53.

[4] - كاظم كريم علي، مرجع سابق، ص 139.

[5] - المادة 1/11، من قانون اليونسيترال النموذجي للتجارة الإلكترونية، لسنة 1996، مرجع سابق.

و أقر المشرع التونسي في قانون المبادلات الإلكتروني اخضاع العقود الإلكترونية لنظام العقود الكتابية من حيث التعبير عن الإرادة و مفعولها القانوني و صحتها و قابليتها للتنفيذ.[1]

و يذهب بعض الفقه إلى القول أنه من الصواب الإبقاء على تعريف الإيجاب دون تغيير، سواء تم التعبير عنه تقليداً أم إلكترونياً، على أساس أن وصف الإيجاب الإلكتروني لا يغير من ذاتية الإيجاب لمجرد كونه قد تم عبر الوسيط الإلكتروني، و يضيف أصحاب هذا الراي القول أن لفظ إلكتروني إذا ما أضيفت للإيجاب فإنها لا تنال من المراد منه في إطار القواعد التقليدية في قانون العقد، فالأمر لا يعدو أن يكون وصفاً يلحق بالإيجاب ناشئ عن اختلاف في وسيلة التعبير عن الإرادة، والمتمثلة في تقنيات حديثة تُتيحها الوسائط الإلكترونية.[2]

فالإيجاب الذي يكون عبر شبكة الإنترنت، قد يكون إيجاباً خاصاً موجهاً إلى أشخاص محددين، و هو ما يكون عادة عبر البريد الإلكتروني، أو عن طريق برامج المحادثة؛ كما قد يكون الإيجاب عاماً موجهاً إلى أشخاص غير مُحددين و إلى كل متصفح لمواقع الويب. و بالتالي يكون الإيجاب له صفة دولية و مع ذلك قد يكون الايجاب محدداً بنطاق مكاني بالنص على ذلك صراحة.[3]

وفيما تعلق بتحديد الإيجاب، هناك اختلاف في الرأي، حيث ترى بعض التشريعات أن العرض الموجه للجمهور عن طريق الإعلانات مثلا، يفقد صفة التحديد و من ثم لا يكون إيجابا. في حين ترى بعض القوانين خلاف ذلك، مثل القانون الفرنسي و القانون الإنجليزي التي تجيز توجيه الإيجاب إلى العالم كله، و هو الاتجاه الذي يؤيده أغلب الفقه الذي يرى أن هذا يعتمد على طريقة العرض، فإذا كان العرض يتمثل في إعلان المنتج عن السلعة في التلفاز أو الصحف أو الراديو و يدعو الجمهور إلى شرائها، فإن العرض في هذه الحالة لا يمثل إيجابا، لأنه غير موجه إلى شخص معين أو أشخاص معينين، أما إذا كان المُنتج عرض سلعته واصفا إياها و محددا مزاياها و ثمنها و يعلن استعداده لإرسالها إلى كل من يطلبها بالشروط المبينة في الإعلان، فإن هذا العرض يعبر عن إرادة صاحبه في الالتزام بالتعاقد مع كل شخص يبدي قبوله، ويعتبر إيجابا صريحا.[4]

---

[1]- أنظر المادة الأولى، من الفصل الأول، من القانون التونسي رقم: 2000/83، مرجع سابق.
[2] - بلقاسم حامدي، مرجع سابق، ص 67 و 68.
[3] - لزهر بن سعيد، مرجع سابق، ص 74 و 75.
[4]- نضال إسماعيل برهم، مرجع سابق، ص 54.

ثانيا: بعض صور الإيجاب في عقود التجارة الإلكترونية

1- الإيجاب عبر البريد الإلكتروني:

يختلف الإيجاب عبر البريد الإلكتروني لما يكون الاتصال الكتابي مباشر بين المتعاملين عن الإيجاب لما يكون هناك فترة زمنية بين الإيجاب و القبول.

أ - في حالة وجود فترة زمنية فاصلة بين الإيجاب و القبول: يكون في هذه الحالة الإيجاب موجها غالبا من طرف شخص إلى شخص آخر تحديدا، فنكون أمام حالة شبيهة بالإيجاب الصادر عبر الفاكس أو البريد العادي، حيث يكون الموجب بحاجة لفترة زمنية فاصلة لاستلام الإجابة.[1]

و بالتالي يكون الإيجاب قائما غير مُلزم، إلا في حالة إذا تضمن التزاما من طرف المُوجب بالبقاء على إيجابه لفترة محددة، و يمكن معرفة هذه المدة من طبيعة الإيجاب و العرف. وهو ما نصت عليه المادة 63 من القانون المدني الجزائري، فإذا كان إيجابا غير مُلزم فإنه ممكن أن يتم به العقد متى كان باتاً وجازماً وكلاماً محدداً، كما يمكن أن يسقط في حالة رفضه عن طريق البريد الإلكتروني أو عند التعديل فيه، أو تكراره، أو انقضاء المدة في حالة كان مُلزماً، كما يستطيع الرجوع عن الإيجاب عبر نفس الوسيلة، أو عن طريق وسيلة أخرى كالهاتف مثلا.

ب- في حالة الاتصال بالكتابة مباشرة: في هذه الحالة يقترب الإيجاب من الإيجاب عبر التلكس، الذي يوفر الاتصال المباشر في إيجابه و قبوله، بحيث يمكن أن يرد القبول فور صدور الإيجاب، وهنا نكون أقرب إلى مجلس عقد، و يكون للموجب العدول عن إيجابه بأي فعل أو قول يدل على الاعتراض الذي يبطل الإيجاب، كما يكون للقابل عند رفض الإيجاب أن يعبر عن ذلك، مثلا بالانتقال إلى موقع آخر غير موقع الموجب.[2]

2: الإيجاب عبر المحادثة أو المشاهدة المباشرة: تُمكن وسيلة الاتصال الحديثة إمكانية مشاهدة المتعامل عبر شبكة الإنترنت المتصل معه عن طريق كميرا تتصل بجهاز الكمبيوتر لدى الطرفين، فيتحول الكمبيوتر إلى هاتف مرئي، ونكون في هذه الحالة أمام حضور افتراضي لطرفي العقد في مجلس عقد واحد، أي أمام مجلس عقد افتراضي يقترب جداً من المجلس الحقيقي.[3] و ينطبق على هذا النوع من الإيجاب القواعد العامة في التعاقد بين حاضرين، التي نص عليها المشرع الجزائري في نص

---

[1] - عبد الحميد بادي، **" الإيجاب و القبول في العقد الإلكتروني"**، مذكرة من أجل الحصول على شهادة الماجستير في الحقوق، جامعة الجزائر1، كلية الحقوق- بن عكنون-، 2012/2011، ص 15.

[2] - عزة على محمد لحسن، **" الإطار القانوني و التشريعي للتجارة الإلكترونية"**، دراسة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه، كلية الدراسات العليا، كلية القانون، جامعة الخرطوم، 2005، ص 70،71.

[3] - بلقاسم حامدي، مرجع سابق، ص 65 و 66.

المادة 64 من القانون المدني، فيكون الإيجاب غير مُلزم ما لم يصدر القبول فورا، أما إذا عَدل المُوجب عن إيجابه، سقط الإيجاب، وإذا صدر قبول بعد ذلك، فلا يُعتد به ويعتبر إيجابا جديداً.

أما في حالة لم يَعْدل الُموجب عن ايجابه، فإن الإيجاب لا يسقط، لكنه يصبح غير مُلزم و هو ما يطلق عليه بالإيجاب القائم و غير المُلزم؛ و بالتالي فإن صدور قبول قبل انفضاض مجلس العقد يؤدي إلى انعقاد العقد.

3-**الإيجاب عبر الموقع الإلكتروني الويب** :الإيجاب عبر الموقع الإلكتروني يشبه كثيرا الإيجاب الصادر عبر الصحف أو التلفاز، أو عبر الشاشات الموضوعة في الساحات و الطرق العامة، فيكون إيجاباً مستمراً على مدار الساعة، و في الغالب يعتبر موجهاً للجمهور و ليس إلى شخص معين، وعادة ما يكون هذا الإيجاب محددا بزمن أو معلقاً على شرط عدم نفاذ السلعة، و يكون الإيجاب عبر شبكة الويب معلق على شرط عدم تغير الأسعار، حيث يحتفظ المُوجب بحقه في تعديل الثمن.

و يطرح الإيجاب عبر المواقع الإلكترونية إشكالية التكييف القانوني للإعلان عبر شبكة الويب، حيث يرى البعض أنه دعوى إلى التعاقد و ليس إيجاباً، حتى لوكان الإعلان يحتوي على جميع المسائل الجوهرية للعقد، إلا في حالة كان الإعلان عن السلع و الخدمات يُعتَد به بشخص المتعاقد، فنكون في هذه الحالة أمام إيجاب، لذلك يحرص المعلن على شبكة الإنترنت على أن يجعل المستهلك هو الموجب و يكون البائع أو المورد أو المنتج هو القابل.[1]

ثالثا: تمييز الإيجاب الإلكتروني عن الدعوة للتفاوض أو التعاقد

تتميز المرحلة السابقة عن إبرام العقد بعدة صور للتعبير عن الإرادة، منها ما يمكن اعتباره إيجابا تاما ينعقد به العقد عند اقترانه بقبول، ومنها ما لا يعدو أن يكون دعوة للتفاوض حين يكون عرضا من طرف شخص للتعاقد دون أن يعمل على تعين عناصره و شروطه، و الاختلاف بَيّن بين الإيجاب و التفاوض، حيث لا يرتب القانون على هذا الأخير أي أثر قانوني، و يبقى من حق المتفاوض أن يقطع المفاوضة في أي وقت، عكس ما يُنتجه الإيجاب من أثر قانوني، و التساؤل الذي يثيره موضوعنا في هذا الجانب، هو هل يمكن اعتبار العرض الموجه إلى الجمهور عبر الوسائط الإلكترونية وخاصة شبكة الإنترنت إيجاباً أم لا؟

[1]- عبد الحميد بادي، مرجع سابق، ص 17.

اختلفت القوانين المقارنة بين من يعتبر هذا العرض مجرد إعلان، مثل القانون الكويتي ،و من يعتبره دعوة إلى التعاقد مثل القانون الإنجليزي، في حين ذهب فريق ثالث، مثل القانون الفرنسي إلى اعتباره إيجاباً كاملا ومنتجاً لأثاره.

يرى جانب من الفقه أن ما يميز الإيجاب عن الدعوة للتفاوض، هو فارق وظيفي، على اعتبار أن وظيفة الدعوة إلى التفاوض هي مجرد الإعلان من صاحبها عن رغبة في التعاقد من أجل الكشف عن من تكون لديه رغبة مقابلة، بينما الإيجاب يهدف إلى تحقيق مشروع كامل المعالم، قابل أن يتحول إلى عقد متكامل الأركان بمجرد إعلان من يوجه إليه قبوله على محتوى العرض المقدم.[1]

و يذهب البعض إلى القول، الأرجح في العروض التي تتم عبر شبكة الإنترنت و التي تكون موجهة للجمهور، ليس عرضا فعليا ملزما بالمعنى القانوني الاصطلاحي، بل لا تعدو أن تكون مُجرد اقتراح أو دعوة إلى التعاقد.[2]

و يبرر هذا الاتجاه رأيه بالقول أن طبيعة عقود التجارة الإلكترونية تستلزم ذلك، فالتاجر غير ملزم قانونا بإبرام العقد حتى يقبل هذا الايجاب، حيث قد يستلم صاحب المتجر الإلكتروني مئات الرسال الإلكترونية بالموافقة على طلب الشراء، دون أن تتوفر لديه كل الكمية المطلوبة، أو أن يكون سعر البضاعة قد أصبح أعلى مما كان عليه وقت الإعلان.[3]

وهو ما قضت به محكمة النقض المصرية بالقول: طرح مناقصات التوريد و غير ذلك من البيانات الموجة للجمهور أو الأفراد، كالنشرات و الإعلانات، لا يُعد إيجابا و إنما يعتبر دعوة إلى التفاوض، أما الإيجاب، فهو الاستجابة لهذه الدعوة، و من ثم يتم التعاقد بقبول الجهة صاحبة المناقصة أو الإعلان لهذا الإيجاب.[4]

كما يرى جانب من الفقه أن العرض الموجه للجمهور يكون إيجابا صحيحا، إذا تضمن تحديدا دقيقا وافيا للسلعة و الثمن و تحديد كل العناصر الجوهرية للتعاقد تحديدا نافيا للجهالة وإلا فإن العرض يبقى مجرد دعوة للتعاقد.[5]

موازاة مع الآراء السابقة، ظهر رأي أكثر موضوعية، يرى أن التفرقة بين الإيجاب و الإعلان قد تصح بالنسبة للعقود التقليدية، إلا أنها تكون أكثر تعقيدا في العقود الإلكترونية، لهذا يرفض هذا الاتجاه

[1]- لزهر بن سعيد، مرجع سابق، ص 75 -77.
[2] - نضال إسماعيل برهم، مرجع سابق، ص 55.
[3] - لزهر بن سعيد، مرجع سابق، ص 78.
[4] نقض مدني صادر بتاريخ 1976/03/12، منقول عن لزهر بن سعيد، مرجع سابق، ص 77.
[5] - لزهر بن سعيد، نفس المرجع، ص 77 و 78.

أن يلقي وصفا مجملا على كافة العروض الموجهة للجمهور، مع أنهم اختلفوا في المعايير المتبعة لتحديد هذه التفرقة، فهناك من اعتمد على تحديد الثمن من عدمه، فإذا حدد السعر عد إيجابا، وهناك من يرى لا بد أن يعبر الإيجاب عن إرادة باتة ونهائية مع إعلان الشروط الجوهرية للتعاقد، و يذهب البعض إلى القول أن التفرقة بين الإعلان و الإيجاب يكون حسب صياغة الإعلان نفسه ومدى اعتبار الألفاظ المستخدمة إيجابا.[1]

الفرع الثاني: القبول الإلكتروني

نتناول تعريف القبول الإلكتروني وتحديد شروطه القانونية، ثم نعرج بعد ذلك إلى البحث في طرق القبول في عقود التجارة الإلكترونية، وفي الأخير ننظر في مدى صلاحية السكوت للتعبير الإلكتروني عن القبول.

أولا: تعريف القبول الإلكتروني و شروطه

1- تعريف القبول الإلكتروني:

يعتبر القبول هو التعبير البات عن إرادة الطرف الذي وجه إليه الإيجاب، يفيد موافقته عن الإيجاب، فهو الإرادة الثانية في العقد، بحيث لا يمكن أن ينعقد العقد إلا باتفاق ارادتين.

عرف بعض الفقه القبول بأنه " التعبير عن رضا الموجب له بإبرام العقد بالشروط التي عينها الموجب."[2]

كما يعرف القبول بأنه التصرف الذي بمقتضاه يعلن الموجب له إرادته بالموافقة على التعاقد، بحيث يعلن من وجه إليه الإيجاب صراحة أو ضمناً على موافقته على العرض الموجه إليه؛ و لابد أن يصدر القبول و الإيجاب قائما، لأن العقد لا يبرم إلا بتلاقي الإرادتان و التطابق بينهما.[3]

قد يكون التعبير صريحا، كأن يبعث القابل رسالة عبر البريد الإلكتروني مثلا، تتضمن قبولا صريحا للعرض الذي قدمه الموجب، كما يمكن أن يكون القبول ضمنيا في حالة اتخاذ القابل أي تصرف يفيد موافقته على العرض.

ما جعل بعض الفقه يعتبر النقر على أيقونة القبول هو من قبيل القبول الضمني، في حين ذهب فريق أخرى إلى اعتباره قبولا صريحا وفق المعيار المتعارف عليه في أسلوب و طريقة التعبير عبر الوسائط الإلكترونية.[1]

---

[1] - مرزوق نور الهدى، **" التراضي في العقود الإلكترونية"**، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2012، ص 101.

[2] - محمود عبد الرحيم الشريفات، مرجع سابق، ص 143.

[3] - فادي محمد عماد الدين توكل، مرجع سابق، ص 87.

أما بالنسبة للقوانين المقارنة، نجد قانون المبادلات الإلكتروني التونسي يعرف القبول في عقد التجارة الإلكترونية بأنه التعبير عن الإرادة إزاء الموجب الذي وجه للقابل تعبيرا معينا عن إرادته قصد إحداث أثر قانوني معين، بحيث ينشأ القبول إذا قبل من وجه إليه هذا التعبير، فما يميز القبول في هذا النوع من العقود هو أنه يتم عبر الوسائط الإلكترونية التي يستعمل فيها الوثائق الإلكترونية.[2]

كما نص القانون الأردني الخاص بالمعاملات الإلكترونية على أن رسالة المعلومات تعتبر وسيلة من وسائل التعبير عن الإرادة لإبداء الإيجاب أو القبول، بقصد إبرام العقد. و بالتالي فإن القبول يجوز أن يتم عبر شبكة الإنترنت من خلال رسالة المعلومات.[3]

لم يفصل المشرع الجزائري في قانون التجارة الإلكترونية في هذه المسألة ما يجعل الحكم فيها طبقاً للقواعد العامة التي جاء بها القانون المدني.

من خلال ما سبق يتضح جلياً، أن القبول في عقود التجارة الإلكترونية لا يختلف عن مضمون القبول في العقود التقليدية، إلا في الوسيلة التي يتم بها و التي تكون عبر الوسائط الإلكترونية، فهو قبول عن بعد، و عليه يخضع لنفس القواعد و الأحكام التي تنظم القبول التقليدي و إن كان يتميز ببعض الخصوصية التي تعود إلى طبيعة المعاملات الإلكترونية. [4]

2- شروط القبول الإلكتروني: يجب أن يتوفر في القبول عدة شروط و هي كما يلي:

أ- أن يصدر القبول و الإيجاب لازال قائما: حيث أكد المشرع الجزائري بأنه إذا عين أجل للقبول التزم الموجب بالبقاء على إيجابه إلى أن ينقضي هذا الأجل، ويحدد الأجل من ظروف الحال أو من طبيعة المعاملة.[5]

و يبقى الإيجاب قائما في المعاملات الإلكترونية في عدة حالات، منها إذا حُدد موعد لقبول الإيجاب، فيجب أن يرتبط القبول بالإيجاب في هذا الموعد، و إن تأخر القبول عن هذا الموعد، فلن يعتد به. و هذا ما قضى به مشروع العقد النموذجي الإلكتروني الذي أعدته لجنة اليونسيترال، حيث نص في البند (3-2-4) منه بالقول" يعتبر القبول مقبولا إذا تسلم مُرسل هذا الإيجاب قبولا غير مشروط للإيجاب خلال التوقيت المحدد."[6]

---

[1] - نضال إسماعيل برهم، مرجع سابق، ص 62.
[2]- الفصل الأول و الثاني من قانون المبادلات التجارية الإلكترونية التونسي، رقم: 83 ، لسنة 2000، مرجع سابق.
[3] المادة 13 من القانون الأردني رقم:85، لسنة2001، الخاص بالمعاملات الإلكترونية، مرجع سابق.
[4] - فادي محمد عماد الدين توكل، مرجع سابق، ص 87.
[5]- المادة 63 من القانون المدني الجزائري، مرجع سابق.
[6] - محمود عبد الرحيم الشريفات، مرجع سابق، ص 149.

ب – أن يكون القبول مطابق للإيجاب: حيث ينص القانون المدني الجزائري على أن القبول الذي يغير من الإيجاب يعتبر إيجاباً جديداً[1]؛ و بالتالي لا ينعقد العقد إلا إذا كان القبول مطابق للإيجاب.

فلا يجب أن يتضمن القبول حتى يعتبر مطابقا للإيجاب أي تعديل في الإيجاب، سواء زيادة أو نقصان، و هو ما سارت عليه جل التشريعات المقارنة، و ما أكدته اتفاقية فيينا للبيع الدولي للبضائع في فقرتها الأولى من المادة 19.[2]

ج – يشترط في القبول أن يكون باتا جازما: الأصل أن تطابق القبول مع الإيجاب كفيل بحد ذاته لإبرام العقد و يصبح العقد ملزما لكلا الطرفين، استنادا لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين، إلا أن بعض التشريعات و في العقود التي تتم عبر الوسائط الإلكترونية و بغية حماية المستهلك درجت على إعطاء الحق للمستهلك في العدول عن قبوله، و إعادة السلعة إلى البائع؛ و هو ما قضى به قانون حماية المستهلك الفرنسي رقم: (92– 960)، لسنة 1992، حيث جاء في المادة 121 /6 منه أن للمشتري في كل عملية بيع عن بعد الحق في إعادة البضائع في مدة سبعة أيام كاملة، ابتداء من تاريخ تسليم طلبيته لإبدالها أو لاسترداد الثمن، دون مسؤولية أو نفقات، باستثناء المصاريف المرتبطة بالرد.

و يؤسس بعض الفقه ضرورة النص على حق العُدول في العقود الإلكترونية الغير معروف في العقود التقليدية، على أن القابل لا يستفيد من وجود خيار الرؤية، لأن المواقع الإلكترونية عادة ما ترافق عروضاً بصورة للمبيع، قد تكون صور متحركة، أو ذات أبعاد ثلاثية، مما يجعل المستهلك يرى المبيع رُؤية أشبه بالحقيقة؛ و بناء عليه فإنه من الصواب أن يمنح قانون المعاملات الإلكترونية الحق للمتعاقد الضعيف (المستهلك) حق العدول عن العقد، من أجل تحقيق توازن عقدي بين البائع و المشتري.[3]

لم ينص المشرع الجزائري على حق العدول ومدته في قانون التجارة الإلكترونية، في حين ذكر في نص المادة 11 منه، العدول الإتفاقي عند الاقتضاء.و يكون المشرع بهذا خالف ما درجت عليه جل التشريعات المقارنة من بينها القانون المتعلق بالمبادلات التجارية الإلكترونية التونسي، في الفصل 30 منه، بالقضاء بمايلي: " مع مراعاة مقتضيات الفصل 25 من هذا القانون، يمكن للمستهلك العدول عن الشراء في أجل عشرة أيام عمل، تحسب بالنسبة للبضائع، بداية من تاريخ تسلمها من قبل المستهلك، أما بالنسبة للخدمات، فبداية من تاريخ ابرام العقد.

[1] - المادة 66 من القانون المدني الجزائري، مرجع سابق.
[2]- أنظر أكثر محمود عبد الرحيم الشريفات، مرجع سابق، ص 151.
[3] - محمود عبد الرحيم الشريفات، نفس المرجع، ص 156 و 160.

يكون الإعلام بالعدول عبر الوسائط الإلكترونية التي تم عبرها التعاقد، و في هذه الحالة، يجب على المُورد إرجاع المبلغ المدفوع إلى المستهلك في أجل عشرة أيام عمل، من تاريخ إرجاع البضاعة، أو العُدول عن الخدمة، و يلتزم المستهلك بالمصاريف المتعلقة بإرجاع البضاعة.[1]

د/ أن يصدر القبول الإلكتروني صريحاً واضحاً وحراً: طبقاً للقواعد العامة قد يتم القبول صراحة سواء باللفظ أو بالكتابة أو بالإشارة المتداولة عرفاً، أو بإتخاذ موقفاً لا يدع مجالا للشك في دلالته على حقيقة المقصود[2]، كما يجوز أن يكون القبول ضمنياً في حالة عدم نص القانون أو اتفاق الأطراف على خلاف ذلك، غير أن هذا الحكم الأخير يصعب تطبيقه على العقود الإلكترونية، حيث يكون القبول في الغالب صراحة و من الصعب أن يكون ضمنياً، و ما يعزز هذا القول خلاصة ما يستشف من النصوص التشريعية، حيث نجد العقد الإلكتروني لليونسترال ينص في المواد(2،3،4) على ما يلي: " يعتبر القبول مقبولاً .... إذا تسلمه مُرسل الإيجاب...."، وكلمة تَسلم هنا تفيد أن القبول يتم تسلمه من خلال رسالة مكتوبة، وهو ما يعد تعبيراً صريحاً.[3]

نفس الحكم ذهب إليه قانون اليونسيترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية في نص المادة 11، التي تقضي بما يلي:" في سياق تكوين العقود... يجوز استخدام رسائل بيانات للتعبير عن العرض و قبول العرض... ".[4]

من خلال ما ذكرنا من نصوص، يتضح أن القبول يجب أن يصدر صريحاً، سواء بإستعمال اللفظ الدال مباشرة عن المعنى المقصود منه، من خلال اجراء محادثة عبر الإنترنت، أو من خلال الكتابة التي تتم عبر البريد الإلكتروني، أو مجرد الضغط على مفتاح في لوحة مفاتيح الحاسب الآلي، أو على الخانة المخصصة للقبول في النموذج الذي يظهر على الشاشة، حيث يعتبر كل ما سبق تعبيراً صريحاً عن الإرادة، على أساس أن هذا الفعل هو الوسيلة التى تُظهر ارادة المتعاقدين في المعاملات التي تتم عبر الوسائط الإلكترونية، فالقبول الإلكتروني يتم عبر برامج و أجهزة إلكترونية تعمل آلياً، و بالتالي لا يمكن لهذه الأخيرة استخلاص و استنتاج ارادة المتعاقد.[5]

---

[1]- نضال سليم برهم،**" أحكام عقود التجارة الإلكترونية"**، دار الثقافة للنشر و التوززيع، الطبعة الأولى، الإصدار الثاني، الأردن، 2009، ص 72.

[2] - المادة 60، من القانون المدني، مصدر سابق.

[3]- بلقاسم حامدي، مرجع سابق، ص 82،83.

[4] - راجع القانون عبر الموقع الإلكتروني: https.//www.uncitral.org/pdf/Arabic. -

[5]- بلقاسم حامدي، مرجع سابق، ص 83.

ألزم المشرع الجزائري التحقق من تفاصيل الطلبية من طرف المستهلك الإلكتروني لا سيما فيما يخص ماهية المنتوجات أو الخدمات المطلوبة و السعر الاجمالي و الوحدوي و الكميات المطلوبة بغرض تمكينه من تعديل الطلبية و الغائها أو تصحيح الأخطاء المحتملة؛

- تأكيد الطلبية الذي يؤدي إلى تكوين العقد؛

يجب أن يكون الاختيار الذي يقوم به المستهلك الإلكتروني معبراً عنه بصراحة؛

يجب ألا يتضمن الخانات المعدة للملء من قبل المستهلك الإلكتروني أية معطيات تهدف إلى توجيه اختياره.[1]

و عليه يجب أن يأتي القبول على كل البيانات السابقة و توضيحه لها، ما يحقق الحماية اللازمة للمستهلك الإلكتروني، و بالتالي طلب تلك البيانات لا يتصور أن يذكرها المستهلك في قبوله إلا بعد أن يكون القبول حراً، ولا يكون قد وقع تحت ضغط أو اكراه لقبول العقد.[2]

ثانيا: طرق القبول في عقد التجارة الإلكترونية

تتم طرق القبول في العقود الإلكترونية بنفس طرق الإيجاب، بحيث تكون صور القبول في العقود التي تبرم بواسطة التليكس أو الفاكس أو بواسطة البريد الإلكتروني بالكتابة، وهي كتابة لا تختلف عن الكتابة العادية، سوى في أنها تكون على دعامة إلكترونية عوض ورقية، كما تكون صور التعبير عن القبول في العقود التي تتم بواسطة المشاهدة و المحادثة عبر شبكة الإنترنت بالفظ أو الإشارة المتداولة عرفا[3]، و لا يمنع أن يتم القبول بطريق إلكتروني غير الطريق الذي صدر الإيجاب بواسطته، غير أن اللجوء إلى وسيلة مغايرة عن الوسيلة التي تم عن طريقها الإيجاب، قد يُشكك في انعقاد العقد، إذا ظهر نزاع بشأنه، و لتجنب مثل هذه الشكوك، فإن الموجب في بعض الأحيان قد يشترط تلقي القبول بنفس الطريقة التي تم بها الإيجاب، كما أن القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية اليونسيترال يشترط في القبول حتى يكون صحيحا و ينتج أثره إرساله عبر ذات وسيلة تلقي الإيجاب.

يتم إثبات القبول من عدمه عبر عدة طرق محددة، فإما يتم ذلك عبر الطريق الأكثر شيوعا و المتمثل في الضغط على الأيقونة المخصصة لإعلان الموافقة و القبول، و الموجودة على جهاز الحاسب الآلي، كما يمكن أن يتم القبول أيضا عن طريق البريد الإلكتروني، أو المحادثة الفورية.[4] و أكد المشرع

---

[1] - الفقر الثانية و الثالثة من نص المادة 12، من قانون التجارة الإلكترونية، مصدر سابق.

[2] -BOCHURBERG Lionel, **"internet et commerce électronique"**, éd encyclopédie DELMAS, 1999 , p116.

[3] - بلقاسم حامدي، مرجع سابق، ص 89 و 90.

[4] - فادي محمد عماد الدين توكل، مرجع سابق، ص 90.

الجزائري في قانون التجارة الإلكترونية على ضرورة أن يكون الإختيار الذي يقوم به المستهلك الإلكتروني معبرا عنه بصراحة عند تأكييد الطلبية الذي يؤدي الى تكوين العقد.[1]

كما قد يكون القبول الإلكتروني من خلال إلزام بعض المواقع الإلكترونية لمن يتعامل معها، بأن يحرر أمرا بالشراء على صفحة الويب، فإذا قام العميل بتحرير هذه الأوامر عند دخوله على الموقع الإلكتروني، فهذا يعني قبولا منه بالتعاقد.[2] و قد يشترط الموجب في إيجابه أن يتم القبول عن طريق النقر مرتين(double click) على الأيقونة المخصصة للقبول و الموجودة على شاشة الكمبيوتر، و هذا من أجل التأكد من صحة إجراء القبول و في هذه الحالة، فإن النقرة مرة واحدة لا يُعد قبولا، و لا يُرتب أثراً بشأن انعقاد العقد.[3]

إضافة لما سبق، قد يكون التعبير عن القبول من خلال قيام القابل بإرسال معلومات بطاقة الائتمان الخاصة به إلى الموجب، أو أن يقوم بتنزيل أو تحميل المُنتجات الإلكترونية عبر الشبكة، بعد أداء مقابلها، كما في البيوع المتعلقة بشراء أقراص أو برامج الحاسب الآلي، فيكون ذلك عادة بتحميل ما تحتويه هذه المنتوجات ونقلها من مصدرها إلى الحاسوب الشخصي للمشتري.

وقد يعمل الموجب على اتخاذ بعض الإجراءات اللاحقة لصدور القبول، كالإجابة عن بعض الأسئلة التي توجه إلى القابل،، مثل تحديد محل إقامته الذي يجب إرسال المنتج إليه، أو كتابة بعض البيانات الخاصة. و القصد من كل هذه الإجراءات اللاحقة هو تأكيد القبول و إبرام العقد.[4]

ثالثا: مدى صلاحية السكوت للتعبير الإلكتروني عن القبول

الأصل هو أن السكوت في حد ذاته مجردا من أي ظرف ملابس له، لا يصلح أن يكون تعبيرا عن الإرادة طبقا لقاعدة لا ينسب لساكت قول، فالإرادة عمل إيجابي و السكوت شيء سلبي، وليس إرادة ضمنية، لأن هذه الإرادة تستخلص من ظروف إيجابية تدل عليها.[5] و للإجابة بأكثر دقة عن التساؤل الذي يطرح نفسه وهو هل يعد السكوت قبولا؟ نعود إلى القواعد العامة التي نظمها القانون المدني الجزائري، التي تقضي بأنه 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

[1] - المادة 12، من قانون التجارة الإلكترونية، مصدر سابق.
[2] - لزهر بن سعيد، مرجع سابق، ص 88.
[3] - فادي محمد عماد الدين توكل، مرجع سابق، ص 91.
[4] - فادي محمد عماد الدين توكل، نفس المرجع ونفس الصفحة.
[5] - فادي محمد عماد الدين توكل، نفس المرجع، ص 92.

مناسب، و يعتبر السكوت في الرد قبولا، إذا اتصل الإيجاب بتعامل سابق بين المتعاقدين، أو إذا كان الإيجاب لمصلحة من وجه إليه.[1]

من خلال ما ذكرنا نجد الفرضين الأولين غير مألوفين في العقود الإلكترونية، فالتعاقد عبر الوسائط الإلكترونية يعتبر حديثا، حيث لا مجال هنا للقول أن العرف يلعب دورا مهما في التعاقد الإلكتروني، أما في حالة إذا كان الإيجاب تمخض لمنفعة من وجه إليه، كما لو كنا بصدد عقود التبرع، فلا يكون هناك أي التزام على عاتق من وجه إليه الإيجاب، و هذا النوع من العقود غير مألوفة أيضا في العقود التي تتم عبر الإنترنت.

أما الفرض الثالث، فنجد له حضورا في مثل هذه العقود، بحيث يعتاد المستهلك التعامل مع متجر افتراضي عن طريق البريد الإلكتروني، أو مواقع الويب.[2]

يرى بعض الفقه أنه من الصعب اعتبار السكوت الملابس تعبيرا عن القبول الإلكتروني، كما في حالة التعامل السابق بين المتعاقدين، و الذي يحدث كثيرا عبر شبكة الوسائط الإلكترونية، وعليه من الناحية العملية لا يكفي اعتبار السكوت قبولا، إلا إذا كان هناك اتفاق بين الأطراف المتعاقدة على ذلك، سواء كان صريحا، أم ضمنيا.[3]

و عند الرجوع إلى جل التشريعات الدولية أو الوطنية المتعلقة بالمعاملات الإلكترونية لا نجد أي نص يشير إلى اعتبار السكوت وسيلة يعتد بها للتعبير عن القبول، فاستخلاص القبول يعتبر مسألة موضوعية تدخل ضمن السلطة التقديرية لقاضي الموضوع، دون أن يخضع في هذا لرقابة محكمة النقض.[4]

المطلب الثالث: صحة التراضي في عقد التجارة الإلكترونية

يشترط لصحة التراضي أن تصدر عن أهلية كاملة، فلا يشوب هذه الإرادة عيب يمس أهلية التعاقد، و العقود الإلكترونية شأنها شأن العقود التقليدية، لا تنعقد صحيحة إلا إذا كان التراضي صحيحا، و يكون كذلك إذا كان صادر من شخص قانوني ذو أهلية كاملة (الفرع الأول)، كما يجب أن يصدر من شخص تكون إرادته خالية من العيوب التي تطرأ عليها(الفرع الثاني)، وهي وفق ما نص عليه المشرع المدني الجزائري، الغلط و التدليس و الإكراه و الغبن، طبقا لما هو معمول به في العقود الكلاسيكية، وسوف نتطرق إلى عيوب الإرادة في العقود الإلكترونية بأكثر تفصيل فيما هو آت من الدراسة.

---

[1]- أنظر المادة 68 من القانون المدني الجزائري، مصدر سابق.

[2] - نضال إسماعيل برهم، مرجع سابق، ص 66.

[3]- لزهر بن سعيد، مرجع سابق، 91 و 92.

[4] - فادي محمد عماد الدين توكل، مرجع سابق، ص 93.

الفرع الأول: الأهلية في عقود التجارة الإلكترونية

التراضي الصحيح و المستوفي لجميع شروطه القانونية يلزم أن يكون صادرا من ذي أهلية طبقا للقانون، و يقصد بالأهلية صلاحية الشخص لكسب حقوق و تحمل التزامات و مباشرة التصرفات القانونية، ولا تتطلب المعاملات التجارية الإلكترونية أهلية خاصة تختلف عما هي عليه في القواعد العامة، والتي نظمها المشرع المدني الجزائري في نص المادة 40 و ما يليها، و الاختلاف الوحيد هو أن العقود التي تتم عن بعد يصعب التأكد من مدى صحة أهلية المتعاقدين.

الإنسان يمر منذ ولادته بثلاثة مراحل، الأولى والتي ينعدم فيها التمييز و تبدأ منذ ولادته حيا إلى غاية بلوغه سن الثالثة عشر من عمره، أما المرحلة الثانية و هي سن التمييز، فتبدأ و تمتد من سن الثالثة عشر إلى قبل بلوغ سن الرشد، وهي 19 سنة، أما المرحلة الثالثة وهي بلوغ سن الرشد، فتبدأ منذ بلوغه تسعة عشر سنة كاملة، حسب القانون المدني الجزائري، و وتحديد هذا السن يختلف من دولة إلى أخرى.

في المرحلة الأولى لا يستطيع الشخص أن يباشر أي تصرف، على اعتبار أن أهليته معدومة، أما في المرحلة الثانية فيكون الشخص مميزا، ناقص الأهلية، و له أن يباشر من التصرفات ما يكون نافعا له نفعا محضا و لا يكون له حق التصرف الضار به ضررا محضا، أما بالنسبة إلى التصرفات التي تدور ما بين النفع و الضرر، فتتوقف على إجازة الولي أو الوصي أو إجازة المتصرف إذا بلغ سن الرشد؛ أما في المرحلة الثالثة و الأخيرة، فيكون للشخص أهلية كاملة تأهله القيام بجميع التصرفات، مالم يكن مصاب بجنون أو عته أو سفيها.[1]

ونقصد بالأهلية هنا أمرين، الأول ثبوت صفة المتعاقد الشخصية أو الوظيفية التي تعاقد من أساسها، أما الأمر الثاني، فهو ثبوت الأهلية على النحو الذي يتطلبه القانون وفق ما جاء في نص المادة 42 من القانون المدني الجزائري، و يعود هذا إلى الطبيعة التي تتميز بها العقود الإلكترونية التي تتم عن بعد، و عبر الوسائط الإلكترونية و خاصة الإنترنت، حيث يسهل لأي شخص انتحال صفة شخص آخر و إبرام العقود باسمه عن طريق سرقة بياناته الإلكترونية، كما أن إبرام هذا النوع من العقود من طرف ناقص الأهلية يكون أسهل ويصعب اكتشافه، عكس ما قد يحدث في العقود التقليدية، حيث يمكن بسهولة التأكد من أهلية المتعاقد الآخر.

[1]- فادي محمد عماد الدين توكل، مرجع سابق، ص 94 و 95.

ويدعم هذا الجانب من الفقه رأيه بـالقول أن استخدام وسائل الإتصال الحديثة والمتطـورة يوماً بعد يوم في إبرام العقود يؤدي إلى مخاطر لا يمكن تفادي نتائجها، فهـي لا تسمح لأطراف العلاقة العقدية بالتأكد من هوية المتعاقد الآخر أو صفاته أو جديته في التعاقد.[1]

و بالتالي فإن التصرف القائم مع فاقدي الأهلية، أو ناقصيها، قد يعرض هذا التصرف القانوني للبطلان أو الإبطال، ما يجعل التعامل عبر الوسائط الإلكترونية في الأصل قائم على مبدأ حسن النية من طرفيه، بحيث يكون كل منهم ملزم بالإفصاح عن بياناته كاملة مسبقا، و هذا ما أكده التوجيه الأوربي رقم: 07/97 ، الصادر في 20 ماي 1997، المتعلق بالبيع عن بعد، وطبقا لما جاء في نص المادة 1/4 منه، يلزم عند ابرام العقد عن بعد عبر تقنيات الاتصال، تحديد هوية الأطراف المتعاقدة بما في ذلك بيان الأهلية القانونية.

كما أن التوجيه الأوربي رقم: 31/2000، بشأن التجارة الإلكترونية، أكد أيضا على ضرورة تحديد كافة عناصر الهوية بما في ذلك الأهلية القانونية؛ ونفس الاتجاه ذهب إليه القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية في نص المادة 13 منه.[2]

ومن أجل تأمين التعامل عبر الوسائط الإلكترونية وحمايتها، و تحقيق التوازن ومواجهة الحماية الممنوحة لناقص الأهلية، تم وضع قيد على هذه الحماية، من خلال عدم استغلالها من طرف القاصر باستعمال طرق احتيالية، حيث نصت العديد من التشريعات الوطنية، منها القانون المدني الفرنسي طبقاً لنص المادة 1307 منه، فإن القاصر الذي يدلس على الغير لإخفاء نقص أهليته لا يحق له استرداد ما أداه تنفيذاً لما تعهد به، وهذا الحكم يمتد ليشمل كل فاقدي الأهلية.[3]

أما القانون المدني المصري فقضى في نص المادة 119، على أنه يجوز لناقص الأهلية أن يطلب ابطال العقد مع عدم الاخلال بإلزامه بالتعويض إذا لجأ إلى طرق احتيالية ليخفي نقص أهليته، وهذا الحكم لم نجده في التشريع الجزائري، حيث اعتبره البعض لا يعطي حماية كاملة لشخص تعاقد مع ناقص أهلية بوسائل احتيالية، ما يؤدي إلى عدم تحقيق العدالة.[4]

ليس هناك ما يمنع التطور التكنولوجي الهائل خاصة في مجال الوسائط الإلكترونية في إيجاد حل لمنع القصر من التعاقد، فأوجد التوقيع الإلكتروني، بصمة اليد، البطاقة الذكية، من أجل التأكد من هوية

---

[1] -SANTIAGO Cavanillas Mugica, **"les contrats en ligne dans la théorie générale du contrat"**, edition delta, Beyrouth, Liban, 2001, p 99.

[2] - عجالي بخالد، مرجع سابق، ص 211.

[3]- MAZEAUD, Henri et léon, Jean, **"Leçons de droit civil"**, édition montechristien, 2ème édition 1959, p 483.

[4]- عجالي بخالد، مرجع سابق ، ص 210.

و أهلية المتعاقد الآخر؛ و هناك وسائل أخرى ابتكرت في التعاملات عبر الإنترنت، تتمثل في نماذج عقود توضع على المواقع الإلكترونية، و التي يمكن أن تَحُول صياغتها بشكل بسيط و بلغة مفهومة دون تعاقد الفئات غير المرغوب فيها على الخط، حيث تنص صراحة هذه النماذج على أنه لا يقبل إبرام هذا العقد ممن لم يبلغ سن الرشد، و يجب على المنتج أو المورد لفت انتباه المستخدم إلى ضرورة قراءة هذه النماذج قبيل إبداء رغبته في التعاقد.

الفرع الثاني: عيوب الإرادة في عقود التجارة الإلكترونية

تتمثل عيوب الإرادة التي حصرتها التشريعات المدنية و من بينها القانون المدني الجزائري في أربعة عيوب، الغلط، و الاستغلال، و عيوب الإكراه، و التدليس، ولا تختلف عيوب الإرادة في النظريات التقليدية عن عيوب الإرادة في العقود التي تتم عبر الوسائط الإلكترونية، بحيث يرى أغلب الفقه أن عيوب الإرادة في عقود التجارة الإلكترونية لا تخرج من كونها أمثلة تقليدية تستوعبها القواعد العامة، و سف نتناول هذه العيوب من خلال أثر البيئة الإلكترونية التي تعيب إرادة المتعاقدين في مجال إبرام العقد الإلكتروني.

أولا: الغلــط

يقصد به وهم يصيب ذهن الشخص يجعله يتصور الواقع على خلاف حقيقته، فيؤدي إلى بطلان العقد، إذا انصب على ماهيته أو شرط من شروطه.[1]

حيث تنص المادة 81 من القانون المدني الجزائري على أن للمتعاقد الذي وقع في غلط جوهري وقت ابرام العقد أن يطلب إبطاله، وعرفت المادة 82 من القانون المدني الغلط الجوهري، على أنه إذا بلغ حداً من الجسامة، بحيث يمتنع معه المتعاقد عن إبرام العقد في حالة لو أنه لم يقع في هذا الغلط.

يكون الغلط جوهرياً على الأخص، إذا وقع في صفة جوهرية في الشيء أو في الشخص المتعاقد، أو في صفة من صفاته وكانت تلك الذات أو هذه الصفة السبب الرئيسي في التعاقد، حسب ما نصت عليه نفس المادة من القانون المذكور أعلاه.

و يخرج من نطاق الغلط الذي يعيب الإرادة، الغلط المانع و الغلط المادي، فالغلط الذي نقصده في العقود الإلكترونية هو الغلط الذي لا يؤثر في وجود الإرادة و إنما يعيب تكوينها فقط، و هنا يطرح التساؤل بشأن حالة الغلط في إبلاغ الرسائل الإلكترونية، أو في الإعلان عبر شبكة الإنترنت، ومثال ذلك أن يعرض تاجراً إعلان بيع سيارات من نوع معين و بمبلغ محدد للسيارة الواحدة، ولكن يقع تحريف في

[1]- رمضان أبو السعود، **" مصادر الالتزام"**، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2003، ص 107.

الرسالة الإلكترونية، فتظهر بشكل مغاير على الموقع الإلكتروني، فبدل أن يظهر سعر السيارة وهو 162 مليون سنتيم مثلا، يظهر سعر السيارة بـ 62 مليون سنتيم.

يعتبر بعض الفقه أن هذا الغلط، مجرد غلط مادي، فلا يكون له بالتالي أي دور في تكوين الإرادة، و عليه لا يؤثر في تكوين العقد، و إنما وجب تصحيح هذا الغلط المادي وفق ما جاء في نص المادة 84 من القانون المدني الجزائري، في حين ذهب رأي آخر إلى خلاف ذلك، بالقول أن وجود تحريف في نقل الإرادة، لا يعني أننا أمام غلط طرأ بعد تكوين الإرادة، و إنما غلط في نقلها على غير مقصدها، وفي هذه الحالة فإن العقد و بسبب عدم تطابق الإرادتين لا ينعقد أصلاً؛[1] وهو الرأي الأقرب إلى الصواب حسب تقديرنا.

ينتشر عيب الغلط في مجال العقود الإلكترونية بسبب العروض الناقصة للمُنتجات، لعدم إمكانية توفر خيار الرؤية الموجود في العقود التقليدية؛ ما يجعل العرض المقدم عبر مواقع الإنترنت مثلاً، غير واضح وغير مفهوم، ولا يتضمن الوصف الدقيق للسلع أو الخدمات، الذي يُحقق علماً كافياً نافياً للجهالة، مما قد يؤدي إلى الوقوع في الغلط؛ ما جعل التوجيه الأوربي رقم: 31/2000، المتعلق بالتجارة الإلكترونية يؤكد في نص المادة 11، على مقدمي الخدمات عرض الخدمة على العميل بالتفصيل الدقيق وإعلامه بذلك بوسائل مناسبة وفعالة على نحو يمكنه من فهم المعطيات الإلكترونية، الأمر الذي يكفل عدم وقوع العميل في الغلط.[2]

على نفس المنوال ذهب المشرع الجزائري في قانون عقود التجارة الإلكترونية إلى التأكيد على ضرورة أن تكون كل معاملة تجارية إلكترونية مسبوقة بعرض تجاري الالكتروني [3]، و أن يقدم هذا العرض بطريقة مرئية و مقروءة و مفهومة[4]؛ كما نص على ضرورة التحقق من تفاصيل الطلبية من طرف المستهلك الإلكتروني، لاسيما فيما يخص ماهية المُنتجات أو الخدمات المطلوبة و السعر الإجمالي و الوحدوي والكميات المطلوبة بغرض تمكينه من تعديل الطلبية أو إلغائها أو تصحيح الأخطاء المحتملة[5]، وألزم المشرع أن يتضمن هذا العقد على الأقل على المعلومات الآتية:

[1] - فادي محمد عماد الدين توكل، مرجع سابق، ص 99 و 100.
[2]- لزهر بن سعيد، مرجع سابق، ص101.
[3] - أنظر المادة 10، من القانون رقم : 18-05، مصدر سابق.
[4] - أنظر المادة 11، من القانون رقم : 18-05، نفس المصدر.
[5] - أنظر المادة 12، من القانون رقم : 18-05، نفس المصدر.

طبيعة وخصائص و أسعار السلع أو الخدمات المعروضة للبيع، مع احتساب الرسوم و كيفيات و مصاريف و آجال التسليم، مع وصف كامل لمختلف مراحل تنفيذ المعاملة الإلكترونية و شروط و آجال العُدول عند الاقتضاء.

كما حرص المشرع على ضرورة تحديد طريقة إرجاع المُنتج أو استبداله أو تعويضه[1]، حتى يكون المستهلك على بينة من الالتزامات المرتبة عن العقد، و يتم بذلك تجنيبه قدر الإمكان أي غلط يقع فيه حول هوية الشيء المبيع، من خلال تعينه تعينا نافيا للجهالة، و هو ما عاد المشرع ليبنه بالنص على وجوب وضع الشروط التعاقدية في تناول المستهلك الإلكتروني، بحيث يتم تمكينه من التعاقد بعلم و دراية تامة؛ فضلاً عن ذلك أكد المشرع عند تأكيد الطلبية الذي يؤدي إلى تكوين العقد بوجوب أن يكون الاختيار الذي يقوم به المستهلك الإلكتروني معبراً عنه بصراحة.[2]

ثانيا: الاستغلال (الغبن)

يُعرف الغبن بأنه" عدم التعادل في الالتزامات بين كلٍ من العاقدين في العقد الملزم لجانبين، و الغبن إما أن يكون يسيراً، وإما أن يكون فاحشاً، و لا يكون إلا في عقد المعاوضة، و هو يقوم على مجرد عدم التعادل بين الالتزامات المتقابلة."[3]

يشترط في الغبن أن تتوفر فيه الشروط التي نص عليها المشرع المدني في المادة 90، ومنها العنصر النفسي و استغلال الطيش البين، أو الهوى الجامح. و الحكمة من ذلك هو أن المشرع أراد أن يحيط العقود بالأمن و الاستقرار.

نظراً لارتفاع عدد المتعاملين في المجال الالكتروني بشكل هائل، حيث الكثير منهم تنقصه الخبرة الكافية و الكفاءة للولوج إلى عالم الإنترنت و التحكم في المعاملات الواقعة عبرها، ما يسهل اتساع دائرة الاستغلال ويزيد من خطورة المعاملات و التصرفات عبر الوسائط الإلكترونية، فمثلاً قد لا يتأكد المتعامل من شروط العقد و ينقر على الموافقة دون قراءة, كل هذا و أكثر يجعل من السهل وقوع المتعاملين في الاستغلال.[4]

[1] - المادة 11، من القانون رقم : 18-05، نفس المصدر.
[2] - أنظر المادة 12، من القانون رقم : 18-05، مصدر سابق.
[3] - فادي محمد عماد الدين توكل، مرجع سابق، ص 104.
[4]- حميدي محمد انيس،" **صحة العقد المبرم عبر الانترنت**"، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2016/2015، ص 59 و 60.

يُعتبر القانون التونسي للمعاملات الإلكترونية من أهم التشريعات العربية الذي اهتم بحماية المستهلك في العقود التي تبرم في البيئة الإلكترونية، حيث قضى بأن" يعاقب كل من استغل ضعف أو جهل شخص في إطار عمليات البيع الإلكتروني بدفعه للالتزام حاضرا أو أجلا بأي شكل من الأشكال بخطية تتراوح بين: 1000 –2000 دينار، و ذلك إذا ثبت من ظروف الواقعة أن هذا الشخص غير قادر على تمييز أبعاد تعهداته، أو كشف الحيل أو الخدع المعتمدة بالالتزام، أو ثبت أنه كان تحت الضغط. مع مراعاة أحكام المجلة الجنائية."[1]

يستشف من نص المادة المذكورة أعلاه، أن المشرع التونسي عمل على حماية المستهلك في عقود البيع الإلكتروني على أساس أن دَفع المشتري للتعاقد و استغلال جهله أو عدم قدرته على تمييز تعهداته التي يلتزم بها ينطوي على غبن، و يظهر من خلال نص المادة أن المشرع التونسي و رغم أن الغبن كعيب من عيوب الإرادة يؤدي إلى قابلية العقد للإبطال، إلا أنه رتب جزاء جنائياً نظراً لأن الطرف الآخر استخدم طرقاً ووسائل احتيالية دفعت المستهلك إلى التعاقد.

ثالثا: الإكراه

يعرف بأنه إجبار الشخص بغير وجه حق على أن يعمل عملاً دون رضاه، وقد يكون الإكراه مادياً أو معنوياً؛ وهناك من يعرفه بالتعاقد تحت سلطان رهبة تولدت نتيجة تهديد خطير، و تكون هذه الرهبة قد بُعثت في نفس المتعاقد بفعل من المتعاقد الآخر، أو على الأقل يكون المتعاقد الآخر عالماً بها، كما يشترط في أن تكون هذه الرهبة هي الدافع إلى التعاقد.[2]

و هذا ما قضى به المشرع الجزائري في نص المادة 88، من القانون المدني، و التي تنص فقرتها الأولى بما يلي: " يجوز إبطال العقد للإكراه إذا تعاقد شخص تحت سلطان رهبة بينة بعثها المتعاقد الآخر في نفسه دون حق."

يعتبر وقوع الإكراه في عقود التجارة الإلكترونية أمراً مستبعداً، أو على الأقل غير متصور، لأنها عقود تتم بين طرفين يفصل بينهما مكان، و مجلس العقد الذي يجمعهما هو مجلس عقد افتراضي، و ليس حقيقياً، ورغم ذلك عمل المشرع على رفع أي مُعطى قد يؤدي إلى توجيه إرادة المتعاقد و الضغط عليه في نص المادة 12، من قانون التجارة الإلكترونية، التي تقضي بما يلي " يجب ألا تتضمن الخانات المعدة للملء من قبل المستهلك الإلكتروني أية معطيات تهدف إلى توجيه اختياره."

[1] - المادة 50 من القانون التونسي للمبادلات التجارية الإلكترونية، مرجع سابق.
[2] - لزهر بن سعيد، مرجع سابق، ص 107 و 108.

فضلاً عن ذلك يمكن القول بأن الإكراه في العقود الالكترونية قد يكون بصدد تبعية اقتصادية لأحد المتعاقدين تجاه آخر، خاصة في حالة كان هذا الأخير مورداً لمنتج نادر، غير أن هذا القول لا يحظى بتأييد لاعتماده، على أساس أنه لا يُعَدُ الإفادة من قوة اقتصادية ضعفا اقتصادياً في الجانب الأخر، فلا يعد عيباً يصيب الإرادة و يبرر طلب إبطال العقد.[1]

رابعا: التدليس

التدليس "هو إيهام الشخص بأمر مخالف للحقيقة، عن طريق استخدام طرق احتيالية بقصد إبرام العقد."[2]

قضى المشرع المدني الجزائري بجواز إبطال العقد بسبب عيب التدليس، إذا كانت وسائل و طرق الحيل التي استعان بها أحد المتعاقدين، أو النائب عنه من الجسامة، بحيث لولا الاستعانة بالحيلة وبهذه الطرق الملتوية لما أبرم الطرف الثاني العقد.

كما اعتبر المشرع السكوت عن واقعة أو ملابسة تدليساً، إذا كان عمداً، في حالة ثبت أن المُدَلس عليه ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو هذه الملابسة.[3]

وبناء على ما سبق، يعتبر تدليس كل بائع يتكتم على خصائص برامج كمبيوتر (logiciel)، و التي بدونها لا اتجهت إرادة المقتني إلى برنامج آخر أحسن يناسب جهازه، و له أن يحتج على أساس أنها لا تتطابق مع المواصفات المطلوبة.[4]

تشترط القواعد العامة توافر ثلاثة شروط لتبيان وقوع التدليس، نذكرها فيما يلي:

- استعمال طرق احتيالية؛
- أن يكون التدليس هو الدافع إلى التعاقد؛
- صدور التدليس من الطرف الآخر، أو علمه به، أو بإمكان العلم بهذا التدليس الذي وقع، و الذي دفع المتعاقد إلى إبرام العقد.[5]

تعتبر طرق التدليس و الغش في عقود التجارة الإلكترونية كثيرة ومتنوعة بسبب أن المستهلك لا يمكنه معاينة الشي المبيع، كما ليس له خيار الرؤية أيضاً؛ ومن أهم أشكال التدليس استعمال العلامات التجارية لشخص أخر، تعمد نشر بيانات و معلومات غير صحيحة على الموقع عن سلع وخدمات بقصد الترويج

---

[1] - فادي محمد عماد الدين توكل، مرجع سابق، ص 107.

[2]- لزهر بن سعيد، مرجع سابق، ص 101.

[3] - أنظر المادة 86 من القانون المدني الجزائري، مصدر سابق.

[4]- J.CHESTIN,**"les liens de dol dans la formation du contrat et de l'obligation précontractuelle de renseignement"**,dalloz,France 1981,p 457.

[5]- عجالي بخالد، مرجع سابق، ص 216 و 217.

لها، بالإضافة إلى إنشاء مواقع وهمية، فيمكن لبعض البنوك الإلكترونية والتي لها وجود في العالم الافتراضي فقط، التغرير ببعض العملاء اللذين يقومون بإيداع أموالهم لدى هذا المصرف الوهمي نتيجة الإعلانات المغرية الموجودة على الإنترنت.

يمكن مواجهة و الحد من التدليس و الغش في التعاقد الإلكتروني عن طريق تنشيط دور جهة التوثيق الإلكتروني، حيث يعتبر من أولويات مهام هذه الاخيرة التأكد من صحة إرادة المتعاقدين و بُعدها عن وسائل الغش و التدليس، فتقوم بإرسال رسائل تحذيرية للمتعاملين عبر الإنترنت توضح فيها عدم مصداقية الموقع الإلكتروني في حالة تَبين لها عدم توفر الثقة و الآمان في هذا الأخير.

أقر المشرع الجزائري في قانون التجارة الالكترونية عدة أحكام ترتب جزاءات عن محاولات الغش و التحايل التي قد يلجأ إليها المُورد أو التاجر من أجل دفع المستهلك للتعاقد، و هو ما أكدته الفقرة الثانية من نص المادة 36، بالقول: " تتم كيفيات الرقابة و معاينة المخالفات المنصوص عليها في هذا القانون حسب نفس الأشكال المحددة في التشريع و التنظيم المعمول بهما، لا سيما تلك المطبقة على الممارسات التجارية و على شروط ممارسة الأنشطة التجارية و على حماية المستهلك و قع الغش."

كما أكد المشرع في الفقرة الثالثة من نفس المادة، على أنه يجب على المُورد الإلكتروني السماح للأعوان المؤهلين لمعاينة المخالفات بالولوج بحرية إلى تواريخ المعاملات التجارية.

وأضاف المشرع في طيات نفس القانون على أنه في حالة ارتكب المُورد الإلكتروني أثناء ممارسة نشاطه مخالفة تكون تحت طائلة عقوبة غلق المحل بمفهوم التشريع المتعلق بممارسة الأنشطة التجارية، يتم تعليق تسجيل أسماء نطاق المُورد الإلكتروني بشكل تحفظي من طرف الهيئة المكلفة بمنح أسماء النطاق في الجزائر بناء على مقرر من وزارة التجارة.[1]

فضلاً عن ما سبق، ولأن إمكانية وقوع التحايل و الغش في المعاملات الإلكترونية للأسباب التي ذكرناها وارد بشكل أوسع من المعاملات التقليدية، جعل التشريع المقارن يُصدر نصوصاً تقر حق العُدول للمستهلك[2]، حماية له من تَسرُعه في قبول العقد.[3]

حق العُدول في التعاقد لا يختلف مع نظرية عيوب الإرادة، فلكل منهما مجال إعماله وقواعده و أحكامه الخاصة، العدول يهدف إلى جعل رضا المتعاقد متمهلاً غير متسرع فيه، أما عيوب الإرادة، فتحمي رضا المتعاقد من حيث كونه رضاً صحيح؛ و على هذا الأساس إذا وقع المستهلك في غش

[1] - أنظر المادة 43، من القانون رقم : 18-05، مصدر سابق.

[2] -لم ينص المشرع الجزائري على حق العدول ومدته، في حين ذكر في نص المادة 11 من قانون التجارة الالكترونية، العدول الإتفاقي عند الاقتضاء.

[3]- فادي محمد عماد الدين توكل، مرجع سابق، ص 102- 104.

وتحايل مع البائع مثلاً، للتأثير على ارادته، يكون للمستهلك في هذه الحالة حق العدول إذا كانت آجال مدة العدول ما زالت سارية، كما يكون له أيضاً طلب إبطال العقد على أساس نظرية عيوب الإرادة.

المبحث الثاني: المحل و السبب في عقود التجارة الإلكترونية

يجب أن تتوافر في عقود التجارة الإلكترونية الأركان الثلاثة، و هي التراضي و المحل و السبب و الشكلية في العقود التي يشترط القانون أن تكون وفق نموذج معين، حتى يعتبر العقد صحيحا، و بعد تطرقنا إلى ركن الترضي يبقى أن نتناول ركن المحل(المطلب الأول)، و السبب (المطلب الثاني)، تماشيا مع ما تقره القواعد و الأحكام العامة للعقد.

المطلب الأول: المحل في عقود التجارة الإلكترونية

نظم المشرع الجزائري محل العقد في نصوص القانون المدني في المواد 92 – 95، حيث اعتبر محل العقد هو الالتزامات التي يولدها العقد، و اشترط المشرع الجزائري على غرار باقي التشريعات المقارنة أن يكون المحل مشروعا و ليس مخالف للنظام العام و الآداب العامة، و أن يكون موجودا أو قابلا للوجود[1]، بالإضافة إلى أن يكون المحل معينا أو قابل للتعيين[2] وهي نفس الشروط المقررة في تنظيم محل العقود الإلكترونية.

حيث لا يتمتع ركن المحل بأي خصوصية في عقود التجارة الإلكترونية وفي أي جانب من جوانبه عن ركن المحل في العقد المبرم بالصورة التقليدية، و كل ما هو مقرر في أحكام وقواعد القانون المدني ينسحب على ركن المحل في العقد الإلكتروني.

اضافة إلى ما سبق، عمل المشرع الجزائري في نص المادة 3، من قانون التجارة الإلكترونية، على منع التعامل عن طريق الاتصالات الإلكترونية في المعاملات التالية:"

- لعب القمار و الرهان و اليانصيب؛
- المشروبات الكحولية و التبغ؛
- المنتوجات الصيدلنية؛
- المنتجات التي تمس بحقوق الملكية الفكرية أو الصناعية أو التجارية؛
- كل سلعة أو خدمة محضورة بموجب التشريع المعمول به؛
- كل سلعة أو خدمة تستوجب اعداد عقد رسمي،"

[1]- أنظر المادة 93 من القانون المدني الجزائري، مرجع سابق.
[2]- أنظر المادة 94 من القانون المدني الجزائري، نفس المرجع.

عاد المشرع في نص المادة 5، ليمنع كل معاملة تتم عن طريق الإتصالات الإلكترونية في العتاد و التجهيزات و المنتوجات الحساسة المحددة عن طريق التنظيم المعمول به. و كذا كل المنتوجات و / أو الخدمات الأخرى التي من شأنها المساس بمصالح الدفاع الوطني و النظام العام و الأمن العمومي.

ما يُأخذ على المشرع في هذه المسألة حسب تقديرنا، أنه لم يحترم المنهجية المتبعة في صياغة النصوص، حيث تناول المعاملات الممنوع مباشرتها عبر الوسائط الإلكترونية في نص المادة 3، ثم تطرق إلى موضوع التحفيزات الخاصة بالإستثمارات الداعمة لأنشطة التجارة الإلكترونية في نص المادة 4، ليعود مرة أخرى إلى التطرق إلى المعاملات الممنوعة عبر الوسائط الإلكترونية في نص المادة 5؛ و بالتالي حبذ لو تطرق المشرع لهذه المسألة في نص المادة 3، أو جعلها في نص مادة تليها مباشرة.

من المعلوم أن المعاملات التجارية تتوسع يوماً بعد الآخر و تمس سلعاً وخدمات عديدة ، حيث أصبحت تشمل المعاملات العقارية التي تمثل سوقاً مهماً و تعتبر الدعامة الأساسية في اقتصاديات دول العالم، غير أن المشرع الجزائري في قانون التجارة الإلكترونية استثنى كل سلعة أو خدمة تستوجب عقد رسمي، وهو ما يعني استثناء المعاملات العقارية من بيع و ايجار ورهن و غيرها من التصرفات الواردة على عقار، و هو حكم حسب رأينا يرهن تطور التجارة الإلكترونية و ينعكس سلباً على الاستثمار العقاري بشتى أشكاله، هذا الحكم وفق تقديرنا جاء ناتج عن سوء التنظيم العقاري في الجزائر، حيث لايوجد سوق عقاري منظم، إضافة إلى وجود اشكالية العقود العرفية و عدم اكتمال مسح الأراضي، فضلاً عن ما سبق ذكره، نشهد تأخراً في سير رقمنة المحافظات العقارية و مؤسسات التوثيق، ما يعيق التعامل الإلكتروني في هذا المجال.

يعتبر شرط المشروعية أهم شروط محل العقد الإلكتروني على اعتبار أن انتشار كثرة المواقع التي تروج للتجارة غير المشروعة، كالمخذرات و بيع الأسلحة و بيع الأدوية من طرف أشخاص غير متخصصين وحاصلين على رخصة طبقاً للقانون، و انتحال صفة الغير، هذه التصرفات تكون باطلة بقوة القانون لأنها تخالف النظام و الآداب العامة. كما يجب أن يكون محل العقد الإلكتروني متفقاً مع القوانين القائمة، لا سيما تلك القوانين المنظمة للمنافسة في مجال التجارة الإلكترونية.

أدت عالمية شبكة الإنترنت إلى وقوع إشكال في مفهوم النظام العام و الآداب العامة، حيث يختلف مفهوم هذا الأخير من مجتمع إلى أخر، فما قد يكون مشروعا في دولة معينة قد يكون مخالفا للنظام العام و الآداب العامة في دولة أخرى؛ و الأمثلة كثيرة منها ما تعلق ببيع بعض المواد الصيدلية و الأسلحة و المشروبات الكحولية، بحيث يستطيع الشخص المقيم في دولة تحضرها أن يطلبها عبر الإنترنت من

العارض لها و المقيم في دولة تسمح بتداولها، ما يثير التساؤل حول تحديد القانون الواجب التطبيق، هل هو قانون البائع أم المشتري؟ للحكم على مدى مشروعية العقد من عدمه.[1]

المطلب الثاني: السبب في عقود التجارة الإلكترونية

لا يتمتع ركن السبب بأي خصوصية في عقود التجارة الإلكترونية وفي أي جانب من جوانبه عن ركن السبب في العقد المبرم بالصورة التقليدية، و كل ما هو مقرر في أحكام وقواعد القانون المدني ينسحب على ركن السبب في العقد الإلكتروني.

يعتبر السبب هو الغاية أو الباعث للتعاقد، و يعني غاية الملتزم من التزامه؛ و يشترط القانون أن يكون السبب موجودا وأن يكون صحيحا، بمعنى أن لا يكون وهميا أو صوريا طبقا لنص المادة 98، من القانون المدني، التي تقضي بما يلي:" كل التزام مفترض أن له سبب مشروعا، ما لم يقم دليل على غير ذلك.

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

كما اشترط المشرع أن يكون السبب مشروعا غير مخالف للنظام العام و الآداب، و إلا كان باطلا طبقا لنص المادة 97، من القانون المدني الجزائري التي تقضي بما يلي:" إذا التزم المتعاقد لسبب غير مشروع، أو لسبب مخالف للنظام العام أو الآداب العامة، كان العقد باطلا."

ومشروعية السبب لابد أن تكون لدى طرفي العقد، فإذا كان السبب مشروعا لدى طرف و غير مشروع لدى الطرف الآخر، كان العقد باطلا؛ ومشروعية السبب تلزم أن لا يكون هناك اتفاق على مخالفة النظام العام و الآداب العامة.

المبحث الثالث: زمان و مكان إبرام العقد الإلكتروني

يباعد المكان بين أطراف عقد التجارة الإلكترونية، وعليه قد يكون هناك فاصل زمني بين صدور الإيجاب من الموجب و اتصاله بعلم من وجه إليه، و بالمثل بالنسبة للقبول، حيث قد تمر فترة زمنية بين إعلان القبول من الموجه إليه الإيجاب و علم الموجب بهذا القبول.

و تحديد زمان ومكان ابرام العقد التقليدي تبينه القواعد العامة، حيث ينعقد العقد بمجرد ارتباط الايجاب بالقبول و يعتبر لحظة القبول هي لحظة انعقاد العقد و مكانه كذلك، أما بالنسبة للعقود الإلكترونية فإن الأمر يحتاج إلى تمحيص و تدقيق نظرا لما يترتب عنها من مسائل عديدة مرتبطة أساسا

[1] - لزهر بن سعيد، مرجع سابق، ص 126.

بطبيعة العقد الإلكتروني، و بناء على ما سبق نتطرق في هذا المبحث إلى زمان ابرام العقد الإلكتروني (المطلب الأول)، ثم نتناول مكان ابرام العقد الإلكتروني(المطلب الثاني).

المطلب الأول: زمان انعقاد العقد الإلكتروني

إذا كانت القواعد العامة تقر أن انعقاد العقد يتم بمجرد ارتباط الإيجاب بالقبول، و كانت لحظة القبول تعتبر لحظة انعقاد العقد الذي يتم بالطرق التقليدية، فإن التساؤل يثور في عقود التجارة الإلكترونية حول وقت إبرام العقد بسب صعوبة تحديد زمان وصول القبول و الإيجاب إلى المتعاقد الأخر، لأن نقل التعبير عن الإرادة يتم عبر وسائط الكترونية، فهل يكون عند دخول الرسالة الإلكترونية المتضمنة القبول نظام الكمبيوتر الخاص بالموجب، أم عندما يصل القبول إلى نظام المعلومات الخاص بالموجب و يقوم بالاطلاع عليها و معالجتها.[1]

لم يتعرض قانون اليونسيترال مباشرة لزمان ومكان إبرام العقد، و لكنه حدد و نظم المسألة المرتبطة بزمان و مكان إرسال و استلام رسائل البيانات، حيث أجاز للمتعاقدين الاتفاق على تحديد زمان ومكان إرسال و استلام رسائل البيانات، أما في حالة عدم اتفاقهم، فقد أكد على اعتبار أن رسالة البيانات قد أرسلت عندما تدخل إلى نظام المعلومات.[2] فنصت المادة 15 من قانون اليونسيترال على فرضين فيما يخص تحديد زمان انعقاد العقد الإلكتروني نذكرهما فيما يلي:

الفرع الأول: في حالة عمل المرسل إليه على تحديد نظام المعلومات

يتم من خلالها استلام الرسائل الإلكترونية، ففي هذه الحالة فإن العقد يبرم في الوقت الذي يتلقى فيه الموجب الرسالة الإلكترونية من الموجب له تفيد قبوله العرض الموجب، وفق النظام الذي تم الاتفاق عليه ابتداء، فمثلا لو قام الموجب له بإرسال قبوله لعرض الموجب عن طريق بريده الإلكتروني الذي تم الاتفاق على التعامل به مسبقا، فإن العقد في هذه الحالة ينعقد حتى لو لم يطلع الموجب على صندوق بريده الإلكتروني، الذي تلقى قبول الموجب، أما في حالة أرسلت الرسالة عبر نظام إلكتروني أخر يختلف عن البريد الإلكتروني، فإن وقت الاستلام هو وقت استرجاع المُرسل إليه هذه الرسالة، كون وقت الاسترجاع هو الوقت الفعلي الذي يعلم فيه المرسل إليه بفحوى رسالة المنشئ.[3]

[1] - فادي محمد عماد الدين توكل، مرجع سابق، ص 116.
[2]- فادي محمد عماد الدين توكل، نفس المرجع، ص 122.
[3] - كاظم كريم علي، مرجع سابق، ص 142.

الفرع الثاني: في حالة لم يعين المرسل إليه نظام معلومات لاستلام الرسالة

ينعقد العقد في هذه الحالة عند دخول رسالة القبول إلى أي نظام إلكتروني تابع للمرسل إليه، حتى لو لم يطلع عليه هذا الأخير.

كما يجوز لأطراف العقد أن يتفقا على اختيار زمان آخر لانعقاد العقد ويستبعد الفرضين السابقين.

أما بالنسبة لموقف التشريعات المقارنة في هذه المسألة فقد كانت متباينة، حيث أخذ القانون الإنجليزي بنظرية العلم بالقبول واستبعد تسلم القبول، فإذا وافق الموجب على استخدام البريد الإلكتروني في إرسال رسالة القبول، فإن العقد ينعقد في اللحظة التي يتم فيها إيداع الرسالة بمكتب البريد؛ و بالتالي عند قيام القابل بإرسال الرسائل الإلكترونية المتضمنة القبول، فإن العقد يبرم في اللحظة التي ينقر فيها على أيقونة الارسال، و بغض النظر عن أي ادعاء من الموجب بعدم وصول الرسالة الإلكترونية في حالة اتفاق الأطراف على هذه الوسيلة في التعبير عن القبول.[1]

يرى بعض الفقه أنه ليس هناك اختلاف في تحديد لحظة إبرام العقد الإلكتروني عن غيره من العقود التقليدية، إلا في كونه يتم عبر وسائط الكترونية ، وعليه يكون الأخذ بنظرية وصول القبول عند ما يكون التعاقد بواسطة البريد الإلكتروني؛ و بالتالي العقد ينعقد في اللحظة التي تصل فيها الرسالة المتضمنة للقبول إلى صندوق البريد الإلكتروني الخاص بالموجب، حماية للمستهلك، خاصة في مجال الإثبات، حيث وصول الرسالة يفيد العلم بها، و هذا دون اغفال إرادة المتعاقدين خاصة إذا كان اتفاق مسبق على تحديد زمان إبرام العقد الإلكتروني

أما عند التعاقد عن طريق مواقع الويب، أو المحادثة المباشرة، أو عن طريق الوسائل المرئية المسموعة، فلا يعتريها أي إشكال، بحيث ينعقد العقد لحظة التي يوافق فيها القابل بالضغط على زر القبول في الخانة المخصصة لذلك، أو صياغة عبارة تفيد الموافقة باستعمال لوحة المفاتيح المتصلة بجهاز كمبيوتر القابل.[2]

المطلب الثاني: مكان إبرام العقد الإلكتروني

يسمح تحديد مكان إبرام عقد التجارة الإلكترونية من تعيين القانون الواجب التطبيق على العقد، وكذا المحكمة المختصة في حالة وجود نزاع بشأن العقد، و يعترض تحديد مكان إبرام العقد عدة صعوبات كون أن مكان إرسال و استقبال الرسائل تتم عبر فضاء إلكتروني، ما يثير التساؤل حول تحديد المكان، هل يعتد بإقامة المرسل ،أم المستلم، أم مكان نظام المعلومات؟

[1] - كاظم كريم علي، نفس المرجع، ص142 و 143.
[2] - لزهر بن سعيد، مرجع سابق، ص 117 و 118.

بين القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية مكان إبرام العقد بنصه الصريح على" أن مكان إرسال الرسالة الإلكترونية يتحدد بالمكان الذي يقع فيه مقر عمل المنشئ ، و أن مكان استلامها هو المكان الذي يقع فيه مقر عمل المرسل إليه، ما لم يتفق المنشئ و المرسل إليه على غير ذلك."[1]

و في حالة كان للمنشئ أو للمرسل إليه أكثر من مقر عمل واحد، يتحدد مقر العمل بالمكان الذي يكون له أكثر صلة بالعقد، أو مقر العمل الرئيسي؛ أما عندما لا يكون للمنشئ أو المرسل إليه مقر عمل، يعتد في هذه الحالة بمحل الإقامة المعتادة لكليهما.[2]

أما الاتفاق الأوربي النموذجي للتبادل الإلكتروني للبيانات، فقد قضى بما يلي:" اعتبار العقد الذي تم باستخدام التبادل الإلكتروني للبيانات مبرما في الوقت و المكان الذي تصل فيها الرسالة التي تشكل قبولا لعرض بواسطة التبادل الالكتروني للبيانات إلى نظام كمبيوتر مقدم العرض."[3]

قضت التشريعات العربية للتجارة الإلكترونية بأحكام متأثرة بالقانون النموذجي للتجارة الإلكترونية، فجاء قانون المعاملات الإلكتروني الأردني مطابقا تماما للقانون النموذجي.[4] في حين أضاف القانون البحريني في أحكامه المنظمة لمكان إبرام العقد، حالة الشخص الاعتباري، فنص على ما يلي: " يعتبر مقر إقامة الشخص الاعتباري هو المكان الذي أسس فيه."[5]

كما نص قانون المبادلات و التجارة الإلكترونية التونسي على ما يلي: " ينشأ العقد الإلكتروني بعنوان البائع و في تاريخ موافقة هذا الأخير على الطلبية بواسطة وثيقة إلكترونية ممضاة وموجهة للمستهلك، ما لم يتفق الطرفان على خلاف ذلك"[6]؛ أما المشرع الجزائري فلم يخض في هذه المسألة في قانون التجارة الإلكترونية.

من الواضح أن التشريعات الوطنية للتجارة الإلكترونية تفرق بين المكان المحدد لانعقاد العقد أو مكان إرسال و استلام الرسائل الإلكترونية، و المكان الذي يعلم فيه الموجب بالقبول بسبب البيئة الالكترونية التي تميز هذه التجارة؛ و بالتالي فإن هذه القوانين تعتبر استثناء عن الأحكام العامة التي تقضي بأن التعاقد الذي يكون بين غائبين يتم في المكان و في الزمان اللذين يعلم فيهما الموجب بالقبول؛ و يظهر من خلال استقصاء هذه القوانين أنها لم تحدد مكان العقد من بين مكان الارسال، أم الاستلام.[7] ما جعل

[1]- المادة 4/15 من قانون اليونسيترال النموذجي للتجارة الإلكترونية، لسنة 1996، مرجع سابق.
[2] - عجالي بخالد، مرجع سابق، ص 205.
[3]- منقول عن لزهر بن سعيد، مرجع سابق، ص 119.
[4]- المادة 18 من قانون المعاملات الإلكترونية الأردني، رقم: 85، لسنة 2001، مرجع سابق.
[5]- المادة 2/15 من قانون المعاملات الإلكترونية البحريني رقم: 28 لسنة 2002، بنية المعلومات القانونية لدول مجلس التعاون الخليجي، www.gcc- legal.org ، تاريخ التحميل:2017/06/04.
[6] - المادة 28 من قانون المبادلات و التجارة الإلكترونية التونسي، رقم: 83، لسنة 2000، مرجع سابق.
[7] - فادي محمد عماد الدين توكل، مرجع سابق، ص 127.

بعض الفقه يدعو إلى تحديد مكان إبرام العقد الإلكتروني بمحل إقامة المستهلك على أساس أن هذا الأخير يكون في الغالب الطرف الضعيف في المعاملات التجارية.[1]

المبحث الرابع: تنفيذ العقد الإلكتروني

عقد التجارة الإلكترونية من العقود الملزمة لجانبين، بحيث يرتب إلتزامات متقابلة في ذمة المُورد و المستهلك على حد سواء، و يعد التزام المُورد(المطلب الأول) بنقل الملكية و تسليم المبيع، و إلتزام المستهلك (المطلب الثاني) بدفع الثمن و تَسلم المبيع، من أهم اللاإلتزامات التي تترتب عن ابرام العقد.

المطلب الأول: التزامات المُورد

تنص الفقرة الأولى من نص المادة 18، من قانون التجارة الإلكترونية على ما يلي: "بعد ابرام العقد الإلكتروني، يصبح المُورد الإلكتروني مسؤولاً بقوة القانون أمام المُستهلك الإلكتروني عن حُسن تنفيذ الإلتزامات المترتبة على هذا العقد، سواء تم تنفيذها من قبله أو من قبل مُؤدي خدمات آخرين، دون المساس بحقه في الرجوع ضدهم." و بناء على ما سبق سوف نتطرق إلى إلتزام المُورد بنقل الملكية(الفرع الأول)، ثم ننظر في إلتزامه بتسليم المبيع (الفرع الثاني).

الفرع الأول: الإلتزام بنقل الملكية

نصت المادة 361، من القانون المدني الجزائري على ما يلي:" يلتزم البائع أن يقوم بما هو لازم لنقل الحق المبيع إلى المشتري، و أن يمتنع عن كل عمل من شأنه أن يجعل نقل الحق عسيراً أو مستحيلاً ".

يعتبر نقل الملكية هو جوهر البيع و غايته، و يكون ذلك من خلال وضح السلعة أو الخدمة تحت يد المشتري، بحيث يتمكن من الإنتفاع بها و التصرف فيها دون عائق، و تبقى هذه القاعدة العامة لها استثناءات، هناك ما يُقره القانون و هناك ما قد يتم عن طريق اتفاق المتعاقدين.

يجب أن نفرق بين ما إذا كان محل التصرف شيئاً معيناً بالذات أم بالنوع، لأن في الأول، نقل الملكية ينفذ فوراً بمجرد انعقاد العقد بقوة القانون، و بالتالي لا يتطلب الأمر قيام أي عمل من طرف البائع، حيث نصت المادة 165، من القانون المدني على ما يلي:" الالتزام بنقل الملكية أو أي حق عيني آخر من شأنه أن ينقل بحكم القانون الملكية أو الحق العيني، إذا كان محل الالتزام شيئاً معيناً بالذات يملكه المُلتزم، و ذلك مع مراعاة الأحكام المتعلقة بالإشهار العقاري."

[1] - لزهر بن سعيد، مرجع سابق، ص 121.

أما إذا كان محل التصرف شيئاً معيناً بالنوع، فإن تنفيذ التزام البائع بنقل الملكية يتمثل في افراز المبيع وفق ما جاء في نص المادة 166، من نفس القانون المذكور أعلاه، التي تقضي بما يلي:" إذا ورد الالتزام بنقل حق عيني على شيء لم يُعين إلا بنوعه، فلا ينتقل الحق إلا بإفراز هذا الشيء".

وقد اشترط المشرع أن تكون السلعة أو البضاعة متوفرة في المخزون، و إلا فإن الطلبية المسبقة لا تكون محل دفع، و يحق للمستهلك الإلكتروني في هذه الحالة استرجاع الثمن دون المساس بحقه في طلب التعويض؛[1] كما ألزم المُورد الإلكتروني على عدم الموافقة على طلبية منتوج غير متوفر في مخزونه.[2]

الفرع الثاني: الإلتزام بالتسليم

الإلتزام بالتسليم من أهم الالتزامات الواقعة على عاتق المُورد، خاصة أن هذا الأخير و المستهلك الالكتروني لا يتواجدان في مكان واحد، و يفصل بينهما في الغالب الحدود الدولية و الإجراءات الجمروكية، فلا يمكن تصور المناولة اليدوية، و بالتالي المعاملات التجارية المبرمة عبر الوسائط الإلكترونية، منها ما يُبرم و يُنفذ داخلها، مثل البرامج و المؤلفات، و منها ما يُبرم داخلها و يُنفذ خارجها، مثل السلع و البضائع.[3]

نصت المادة 367، من القانون المدني، على ما يلي:" يتم التسليم بوضع المبيع تحت تصرف المشتري، بحيث يتمكن من حيازته و الانتفاع به دون عائق، ولو لم يتسلمه تسلماً مادياً ما دام البائع قد أخبره بأنه مستعد لتسليمه بذلك، و يحصل التسليم على النحو الذي يتفق مع طبيعة الشيء المبيع."

كما نصت المادة 364، من القانون المدني " يلتزم البائع بتسليم الشيء المبيع للمشتري في الحالة التي كان عليها وقت البيع"

حرص المشرع بناء على ما جاء في نصوص القانون المدني، على تنفيذ تسليم المبيع وفق الطريقة و الحالة التي تحمي و تحفظ حقوق المشتري، و لأن التسليم في العقود الإلكترونية له خصوصية، جاء قانون التجارة الإلكترونية بأحكام خاصة لحماية المستهلك الإلكتروني، حيث نص على أنه يجب على المُورد الإلكتروني استعادة سلعته في حالة تسليم غرض غير مطابق للطلبية أو في حالة ما إذا كان المنتوج معيباً.

يجب على المستهلك الإلكتروني اعادة ارسال السلعة في غلافها الأصلي خلال مدة اقصاها أربعة (4) أيام عمل، ابتداء من تاريخ التسليم الفعلي للمنتوج، مع الاشارة إلى سبب الرفض، و تكون تكاليف اعادة الإرسال على عاتق المُورد الإلكتروني.

---

[1] - المادة 15، من القانون رقم : 18-05، مصدر سابق.

[2] - المادة 24، من القانون رقم : 18-05، نفس المصدر.

[3] - صالح المنزلاوي، **"القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية"**، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005، ص 50.

و يُلزم المُورد الإلكتروني بما يلي:

– تسليم جديد موافق للطلبية أو

– اصلاح المنتوج المعيب أو

– استبدال المنتوج بآخر مماثل أو

– إلغاء الطلبية و ارجاع المبالغ المدفوعة، دون الإخلال بإمكانية مطالبة المستهلك الإلكتروني بالتعويض في حالة وقوع الضرر.

يجب أن يتم ارجاع المبالغ المدفوعة خلال أجل خمسة عشر (15) يوماً من تاريخ استلامه المنتوج.[1]

أكد المشرع الجزائري في نفس القانون المذكور أعلاه، على أنه عندما يُسلم المُورد الإلكتروني منتوجاً أو خدمة لم يتم طلبها من طرف المستهلك الإلكتروني، لا يمكنه المطالبة بدفع الثمن أو مصاريف التسليم.[2]

وفي حالة عدم احترام المُورد الإلكتروني لآجال التسليم، يُمكن للمستهلك اعادة إرسال المنتوج على حالته في آجل اقصاه أربعة (4) أيام عمل، ابتداء من تاريخ التسليم الفعلي للمنتوج، دون المساس بحقه في المطالبة بالتعويض عن الضرر؛ وفي هذه الحالة يجب على المُورد الإلكتروني أن يُرجع إلى المستهلك الإلكتروني المبلغ المدفوع و النفقات المتعلقة بإعادة إرسال المنتوج خلال آجل خمسة عشر (15) يوماً، ابتداء من تاريخ استلامه المنتوج.[3]

المطلب الثاني: التزامات المستهلك

الفرع الأول: التزام المستهلك بدفع الثمن (الوفاء الإلكتروني)

يعتبر الإلتزام بدفع الثمن من أهم الالتزامات التي تقع على عاتق المستهلك مقابل التزام المُورد بتسليم المبيع، و الأصل أن يكون الدفع فورياً، ما لم تحدد مهلة لدفع الثمن أو جزء منه باتفاق الطرفين، أو بقرار القاضي و فق ما جاء في نص المادة 388، من القانون المدني.

و الإلتزام بدفع الثمن، سواء عن طريق النقود أو عن طريق الشيك غير مناسب للمعاملات التي تتم في بيئة إلكترونية، هذا ما عجل بإيجاد طريقة بديلة تتلاءم مع هذا النوع من المعاملات، فظهر الدفع الإلكتروني كوسيلة تتناغم مع متطلبات التجارة الإلكترونية.

---

[1] - المادة 23، من القانون رقم: 18-05، مصدر سابق.

[2] - المادة 21، من القانون رقم: 18-05، نفس المصدر.

[3] - المادة 22، من القانون رقم: 18-05، نفس المصدر.

أولا: مفهوم الدفع الإلكتروني

تعتبر أنظمة الدفع الإلكتروني الحديثة من أهم افرازات الثورة التقنية و التكنولوجية و أبرزها في مجال المعاملات المالية و المصرفية العالمية، و أصبحت لها أهمية بالغة على المستوى المالي و الاستثماري، حيث أنتجت صناعة مالية ومصرفية عالمية جديدة لها آثارها.

" تُعرف خدمات الدفع الإلكتروني على أنها الإجراءات المتعلقة بإصدار و إدارة أدوات و أنظمة الدفع من خلال المؤسسات المُرخص لها، " مقدمي خدمات الدفع و مديري نظام الدفع الإلكتروني"، تحت إشراف السلطة الرسمية لاسيما النقدية، ووفقاً للمعايير التي يعتمدها البنك المركزي، بناءً على القواعد الإسترشادية للمؤسسات الدولية المختصة في هذا المجال".[1]

و قد عرف المشرع الجزائري وسيلة الدفع الإلكتروني في نص المادة 6 /5، من قانون التجارة الإلكترونية بالقول : " كل وسيلة دفع مرخص بها طبقاً للتشريع المعمول به تُمكن صاحبها من القيام بالدفع عن قرب أو عن بعد، عبر منظومة إلكترونية."

نظام الدفع الإلكتروني الجزائري هو نظام دفع مبني على تقنيات إلكترونية و تقنيات الإعلام الآلي التي تستعمل لغرض صناعة الدفع الإكتروني، من خلاله يتم تحصيل قيم وسائل الدفع التي تم ضبطها عن طريق تطويق المبادلات البنكية عبر سند معلوماتي بدل سند ورقي، وقد جاءت أهداف هذا النظام لتقضي على مساوئ نظام الدفع الكلاسيكي التي عانت منه المنظومة البنكية الجزائرية.[2]

حيث ينص المشرع الجزائري على أن الدفع الإلكتروني يتم من خلال منصات دفع[3] مخصصة لهذا الغرض، منشأة و مستغلة حصرياً من طرف البنوك المعتمدة من قبل بنك الجزائر و بريد الجزائر، و موصولة بأي نوع من أنواع محطات الدفع الإلكتروني عبر شبكة المتعامل العمومي للمواصلات السلكية و اللاسلكية.

و إن كان المشرع قد جعل الخيار للمستهلك في الدفع عن بعد أو عند تسلم المنتوج في المعاملات التي تكون داخل ربوع الوطن، غير أنه ألزم أن يكون الدفع عن بعد في المعاملات التجارية العابرة للحدود عبر الإتصالات الإلكترونية.[4]

---

[1] - صولي الزهرة، **"نظام اصدار بطاقة الدفع الإلكتروني، التوجه نحو خوصصة النقود، قراءة في ضوء التشريع و نظام التحويل الإلكتروني للأموال، الأردن نموذجا"**، مجلة العلوم القانونية و السياسية، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة الوادي، المجلد 09، العدد 02، جوان 2018، ص 338.

[2]- بصيري محفوظ، **"نظام الدفع الإلكتروني الجزائري كآلية لتطوير وسائل الدفع الجددة"**، المجلة العربية للأبحاث و الدراسات في العلوم الانسانية و الاجتماعية، المجلد 11، العدد4، أكتوبر 2019، ص 63.

[3] - تخضع منصات الدفع الالكتروني لرقابة بنك الجزائر بغية ضمان استجابتها لمتطلبات التشغيل البيني و سرية البيانات و سلامتها و أمن تبادلها، أنظر المادة 29، من قانون التجارة الالكترونية، مصدر سابق.

[4] - المادة 27، من قانون التجارة الالكترونية، مصدر سابق.

كما ألزم المشرع طبقاً لقانون التجارة الإلكترونية أن يكون وصل موقع الأنترنت الخاص بالمُورد الإلكتروني بمنصة الدفع الإلكترونية مؤمناً بواسطة نظام تصديق إلكتروني.[1]

بطاقة الدفع الإلكتروني هي بطاقة تحمل إسم المؤسسة المُصدر لها وشعارها و توقيع حاملها بشكل بارز على وجه البطاقة و رقمها و اسم حاملها و رقم حسابه و تاريخ انتهاء صلاحيتها، و بموجب هذه البطاقة يُمكن لحاملها سحب المبالغ النقدية من مكينات سحب النقود، أو أن يقدمها كأداة وفاء للسلع و الخدمات أو قد تكون أداة للإئتمان.

هناك نوع آخر من البطاقات التي تعمل في الأنظمة المفتوحة و هي بطاقة السحب DEBIT CARD هي بطاقة تخول صاحبها بتحويل قيمة مالية معينة من حسابه إلى حساب البائع من خلال تقديم دليل اثبات الهوية، و بطاقة السحب يصدرها البنك لأحد المستهلكين، حيث يكون لصاحب البطاقة أن يستعملها من أجل نقل النقد و المال من حسابه الشخصي في البنك المصدر إلى بنك البائع، و عند الشراء فإن مسجل النقد الإلكتروني يقوم بتسجيل قيمة البيع و تخزينها مع تسجيل اسم الجهة المُصدرة للبطاقة، و في الوقت نفسه أو في وقت متأخر من يوم البيع يقوم البائع بإرسال بيانات المعاملات المسجلة إلى بنكه الذي يمتلك حسابه؛ و من ثم يقوم بنك البائع بمطالبة المستحقات من بنك المستهلك أو صاحب البطاقة، و عندما يرسل بنك المستهلك موافقته لرد المستحقات، فإن بنك البائع يزيد رصيد الحساب للبائع.[2]

ثانيا: خصائص الدفع الإلكتروني

يتميز الدفع الإلكتروني بجملة من الخصائص جعلت له مكانة أساسية و أهمية كبيرة في المعاملات التجارية الإلكترونية مع التطور المستمر للتقنيات الإلكترونية المستعملة؛ نوجز أهم هذه الخصائص فيما يلي:

1- يتم الدفع الإلكتروني بطريقتين:

- من خلا ل نقود مخصصة سلفا لهذا الغرض، ومن ثم فإن الدفع لا يتم إلا بعد الخصم من النقود، ولا يمكن تسوية معاملات أخرى عليها بغير هذه الطريقة، ويشبه ذلك العقود التي يكون الثمن فيها مدفوعاً مقدماً.

[1] - المادة 28، من قانون التجارة الالكترونية، نفس المرجع.

[2] - نضال سليم برهم، **"أحكام عقود التجارة الإلكترونية"**، دار الثقافة للنشر و التوزيع، الطبعة الأولى، الإصدار الثاني، الأردن، 2009، ص 118 و120.

– من خلال الكروت البنكية العادية، حيث لا توجد مبالغ مخصصة مسبقاً لهذا الغرض، بل إن المبالغ التي يتم السحب عليها بهذا الكارت قابلة للسحب عليها بوسائل أخرى كالشيك لتسوية أي معاملات مالية.

2- يلزم تواجد نظام مصرفي لإتمام إدارة هذه العمليات التي تتم عن بعد، لتسهيل تعامل الأطراف وتوفير الثقة فيما بينهم، وتتولى البنوك بصفة أساسية عبء القيام بهذه المهمة، بالإضافة إلى منشآت أخرى يتم إعدادها خصيصاً لهذا الغرض.[1]

3- عملية الدفع الإلكتروني غالباً ما تتم بطريقة مشفرة، وذلك عن طريق استخدام برنامج مُعد لهذا الغرض، بحيث لا يظهر الرقم البنكي على الشبكة، كما يتم إنشاء أرشيف خاص بالمبالغ التي تم السحب عليها باستخدام هذه الطريقة.[2]

4- يتميز الدفع الإلكتروني بأنه مقبول و معترف به عالمياً، و هو ما يجعله مُنسجم مع متطلبات التجارة الإلكترونية التي تتم عبر شبكات وسائط إلكترونية مفتوح بين المتعاملين من كل أنحاء العالم.

6- توفر لصاحب بطاقة الدفع الإلكتروني الأمان من سرقة النقود، و تحقق للجهة المُصدرة عمولة مقابل سداد ثمن المبيعات و الخدمات.[3]

الفرع الثاني: التزام المستهلك بتسلم المبيع

يلتزم المستهلك بتسلم المبيع الذي يقابل إلتزام المُورد بتسليم المبيع طبقاً لنص المادة 394، من القانون المدني الجزائري، التي تقضي بما يلي:" إذا لم يعين الاتفاق أو العرف مكاناً أو زماناً لتسلم المبيع، وجب على المشتري أن يتسلمه في المكان الذي يوجد فيه المبيع وقت البيع، و أن يتسلمه دون تأخير، بإستثناء الوقت الذي تتطلبه عملية التسلم".

من خلال نص المادة يتضح أن التسلم يخضع لاتفاق المتعاقدين أو للعرف، و يرى بعض الفقه أن تسليم المبيع في المعاملات الإلكترونية وحسب ما هو متعارف عليه يكون في مكان وجود المستهلك، فلا يقعل أن يشتري شخص السلعة المعلن عنها عبر شبكة الأنترنت، ثم ينتقل بنفسه لتسلمها في مكان تواجدها، و إن وجد فليس هو الغالب.

والتسليم يعني القبول و مطابقة الشيء للمواصفات، ويتأكد ذلك في حالة القبول الصريح بعد الفحص وإجراء التجارب السابقة، أما إذا كان المشتري غير متخصص بصدد المسألة الفنية موضوع

[1] - محمد حسين منصور، المسؤولية الإلكترونية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2009، ص 103.
[2] -VASSEUR(M) , **le paiement électronique aspects juridiques**.j.c.p.1985.p.3206.
[3] - نضال سليم برهم، مرجع سابق، ص 124.

التسليم، حيث يحتاج الأمر إلى خبرة لا تتوافر لديه، و اكتشف عدم المطابقة بعد التسلم، في هذه الحالة يجوز الرجوع على المُورد بالتعويض إذا حدث ضرراً، بالإضافة إلى إلزامه بإستبدال أو إصلاح المبيع على النحو الذي يجعل الشيء مطابقاً للشروط المتفق عليها.

ونظراً لأهمية عملية التسلم في المعاملات الإلكترونية لما يثيره من إشكالات، فإنه غالباً ما قد يتضمن العقد شرطاً يبين كيفية و مكان التسلم.[1]

[1]- بلقاسم حامدي، مرجع سابق، ص 176.

الفصل الثاني

إثبات و توثيق عقود التجارة الإلكترونية

أخذ المشرع الجزائري على غرار باقي التشريعات المقارنة بمبدأ الاثبات المقيد، خاصة في إثبات التصرفات القانونية في المسائل المدنية، حيث أوجب أن يكون الإثبات بالكتابة، إذا زادت قيمته عن 1000 دج.

تتسم التصرفات و المعاملات التي تتم بين الأطراف بواسطة العقود التقليدية بقدر كبير من الأمان و الثقة، و يرجع ذلك إلى كتابة هذه المعاملات في مستندات يمكن الرجوع إليها في أي وقت، بالإضافة إلى توقعيه من ذوي الشأن بما يفيد إقرارهم بصحة ما ورد بمضمون المستند و الالتزام بمحتواه.

وفي ظل التطور التقني و التكنولوجي لوسائل الاتصال الحديثة، ظهر نوع جديد من الكتابة و التوقيع الذين يتميزان بطابع إلكتروني، مما خلق إشكالات حقيقية، فرضت ضرورة إعادة النظر في القواعد و الأحكام التقليدية للإثبات، خاصة في ظل التحول من الدعامة الورقية إلى الدعامة الإلكترونية.

يثور التساؤل حول مدى اعتبار ما يتم تدوينه عبر الوسائط الإلكترونية من قبيل الكتابة المعتد بها في الإثبات، ومدى حجيتها عند تمسك أحد الأطراف بها في حالة نشوب نزاع بين المتعاقدين، كما تطرح مسألة مساواة التوقيع الإلكتروني بالتوقيع التقليدي، سوف نحاول الاجابة عن هذه التساؤلات فيما هو آت من الدراسة بالتطرق إلى إثبات عقود التجارة الإلكترونية (المبحث الأول)، من خلال السجل و الكتابة و التوقيع الإلكتروني، ثم نتناول التوثيق الإلكتروني(المبحث الثاني).

المبحث الأول: إثبات عقود التجارة الإلكترونية

الحماية القانونية للمستندات الإلكترونية من حيث المضمون و التوقيع يكفل للأفراد الثقة و الطمأنينة و استقرار في المعاملات الإلكترونية، كما يؤدي إلى اعتبار هذا السند دليلا للإثبات مساوٍ للسند الورقي.

و يثور التساؤل في هذه المسألة حول مدى اعتبار ما يتم تدوينه على الوسائط الإلكترونية من قبيل الكتابة المعتمدة في الإثبات، و مدى حجيتها عند تمسك أحد الأطراف بها في حالة نشوب نزاع ، فحتى ينتج الإثبات الإلكتروني آثاره لا بد للدول أن تعترف في تشريعاتها بحجية الكتابة و السجلات الإلكترونية و التوقيع الإلكتروني في إثبات التعاملات التي تتم عبر الوسائط الإلكترونية، و عليه سوف نتطرق في هذا المبحث إلى السجل الإلكتروني(المطلب الأول)، و الكتابة الإلكترونية(المطلب الثاني)، و التوقيع الإلكتروني(المطلب الثالث)، بأكثر تفصيل.

المطلب الأول: السجل الإلكتروني

أهمية السجل الإلكتروني في المعاملات الإلكترونية، جعل الاتفاقيات الدولية و التشريعات الوطنية الحديثة التي نظمت قانون التجارة الإلكترونية تشترط وجود سجل إلكتروني، حيث نص التوجيه الأوربي الصادر سنة 2000، و المتعلق بالتجارة الإلكترونية على أن " الشخص الذي يعرض منتجات وخدمات من خلال نظم المعلومات يمكن للجمهور الوصول إليها، يلزم بأن يوفر وسائل لتخزين أو طباعة العقد."[1]

ليس هناك ما يخالف المنطق في اشتراط تقديم بيانات و معلومات معينة، أو توفير وسائل تقنية لإتاحة شروط العقد بطريقة تسمح بتخزينها و استنساخها، لا سيما و أن التبادل الإلكتروني للبيانات من الممكن أن يتم دون أن يكون هناك اتفاق مسبق بين الأطراف المتعاقدة.[2]

فالعقود المبرمة بالطرق التقليدية تحتاج إلى وجود وسائل مكتوبة، أو سجل مادي ملموس، بحيث يسهل للأطراف الرجوع إليه في حالة وقوع نزاع، و يقابل هذا السجل في العقود الإلكترونية رسائل البيانات الإلكترونية التي قد يحتفظ بها مؤقتا، حتى تمام العقد، وقد يكون هذا السجل الإلكتروني متاحا فقط للطرف الذي يتم إبرام العقد من خلال أنظمة معلوماتية خاصة به.[3]

و بناء على ما سبق نحاول في هذا المطلب تعريف السجل الإلكتروني(الفرع الأول)، و تحديد مزاياه (الفرع الثاني)، ثم ننظر في مدى حجيته (الفرع الثالث).

الفرع الأول: تعريف السجل الإلكتروني

العديد من التشريعات الوطنية، ومنها قانون التجارة الإلكترونية الجزائري، لم ينص صراحة على تعريف السجل الإلكتروني، إلا أنه أشار إلى ذلك بالنص على أنه يخضع نشاط التجارة الإلكترونية للتسجيل في السجل التجاري أو في سجل الصناعات التقليدية و الحرفية حسب الحالة،[4] كما نص القانون التونسي للمبادلات و التجارة الإلكترونية، على أنه وجب على كل شخص طبيعي مختص بخدمة المصادقة و التوثيق، الإمساك بسجل إلكتروني خاص بشهادة المصادقة على ذمة المستعملين، مفتوحاً للاطلاع إلكترونياً، و بحماية هذا السجل الإلكتروني من كل تغيير أو تحريف غير مرخص به.[5]

أما القانون الأردني للمعاملات الإلكترونية، فقد عرف السجل التجاري بأنه" القيد أو العقد أو رسالة المعلومات، التي يتم إنشاؤها و إرسالها أو تسليمها أو تخزينها بوسائل إلكترونية."[6]

---

[1] - المادة 1/10 من التوجيه الأوربي الصادر سنة 2000، المتعلق بالتجارة الإلكترونية.
[2]- فادي محمد عماد الدين توكل، مرجع سابق، ص 132.
[3]- فادي محمد عماد الدين توكل، نفس المرجع، ص 133و 134.
[4] - المادة 8، من قانون التجارة الإلكترونية، مصدر سابق.
[5] - أنظر المادة 14 من قانون المبادلات التجارية الإلكترونية التونسي، رقم :83، لسنة 2000، مرجع سابق.
[6]- المادة 2 من قانون المعاملات الإلكترونية الأردني، رقم: 85، لسنة 2001، مرجع سابق.

ذهب بعض الفقه في تعريف السجل الإلكتروني بالقول أنه "يشمل أي حامل، أو وسيط، أو دعامة معدة لإنشاء البيانات و المعلومات، أو حفظها، أو إرسالها، أو استلامها إلكترونياً؛ ويتمثل الهدف من استخدام السجل الإلكتروني في توثيق المعلومات بطريقة تضمن سلامتها و استرجاعها كاملة عند اللزوم لأطراف التعاقد أو للأشخاص المرخص لهم بذلك."[1]

نص المشرع الجزائري على نشأة بطاقية و طنية للمُوردين الإلكترونيين لدى المركز الوطني للسجل التجاري، تضم المُوردين الإلكترونيين المسجلين في السجل التجاري، أو في سجل الصناعات التقليدية و الحرفية.

ولا يمكن ممارسة نشاط التجارة الإلكترونية إلا بعد ايداع اسم النطاق[2] لدى مصالح المركز الوطني للسجل التجاري.[3]

كما ألزم المشرع على كل مُورد إلكتروني حفظ سجلات المعاملات التجارية المنجزة و تواريخها و إرسالها إلكترونياً إلى المركز الوطني للسجل التجاري.[4]

الفرع الثاني: مزايا السجل الإلكتروني

من أهم مزايا السجلات الإلكترونية أنها:

1- لا تحتاج إلى حيز مكاني مقارنة بالسجلات الورقية التي تتطلب غرف أرشيف لحفظها، بحيث يكفي قرص أو أسطوانة مضغوطة لتجميع كميات ضخمة من المعلومات.

2- يمكن اعتبار السجل الإلكتروني كدليل إثبات يقدم إلى المحاكم في حالة وجود خلاف بين المتعاقدين.

3- تجاوز الكثير من المشاكل المتعلقة بمساوئ الحفظ التقليدية الناتجة عن استخدام السجلات الورقية.

4- السجلات الإلكترونية يصعب تغييرها أو تحريفها أو تزويرها، مقارنة بالسجلات التي تكون على الدعامة الورقية، فاستخدام التشفير المناسب للبيانات يؤمنها من أي محاولة لتغيير أو تزوير المستندات المحفوظة إلكترونيا.[5]

---

[1] - لزهر بن سعيد، مرجع سابق، ص 135 و 136.

[2] - عرف المشرع الجزائري اسم النطاق في نص المادة 06، من قانون التجارة الإلكترونية بالقول أنه "عبارة عن سلسلة أحرف و/أو أرقام مقيسة و مسجلة لدى السجل الوطني لأسماء النطاق، و تسمح بالتعرف و الولوج إلى الموقع الإلكتروني."

[3] - المادة 9، من قانون التجارة الإلكترونية، مصدر سابق.

[4] - الفقرة الأولى من نص المادة 25، من قانون التجارة الإلكترونية، مصدر سابق.

[5] - فادي محمد عماد الدين توكل، مرجع سابق، ص 136 و 137.

الفرع الثالث: حجية السجل الإلكتروني في الاثبات

عملت أغلب التشريعات المنظمة للتجارة الإلكترونية الحديثة على منح الاعتراف الكامل للسجلات الإلكترونية بإمكانية أداء نفس وظائف الدفاتر التجارية الورقية و بنفس الكفاءة، حيث أنها تكون مقروءة للجميع، و يمكن الحصول على عدة نسخ منها مع إمكانية الاحتفاظ بهذه السجلات و إمكانية الرجوع إليها لمدة زمنية دون تلف أو تغيير في محتواها؛ ما يجعلها تحقق الأمان القانوني. ومن هذه التشريعات التي أعطت الحجية لهذه السجلات، القانون الأردني للمعاملات الإلكترونية في نص المادة السابعة منه بالقول أن السجل الإلكتروني يكون منتجا للأثار القانونية ذاتها المترتبة على الوثائق و التوقيع الخطي بموجب أحكام التشريعات النافذة من حيث الزامها لأطرافها أو صلاحيتها في الإثبات، حيث لا يمكن إنكار الأثر القانوني للسجلات الإلكترونية لمجرد أنها تمت عبر وسائط إلكترونية.[1]

كما أشار قانون إمارة دبي للمعاملات و التجارة الإلكترونية إلى هذه المسألة، فاشترط لكي يكون للسجل الإلكتروني لرسائل البيانات و المعلومات المتبادلة إلكترونيا حجية، أن يتم حفظ السجل بطريقة إلكترونية و غير تقليدية. و هذا يتطلب أن يتم حفظ البيانات حسب الأصل الذي أنشئت أو أرسلت أو استقبلت به، أو بأي شكل آخر يثبت أن السجل الإلكتروني يحتوي على نفس المعلومات الأصلية عند إرسالها أو استلامها، و ذلك دون أن يكون قد لحقها أي تعديل أو تغيير أو تحريف.[2]

بالإضافة إلى هذا يجب أن يتم حفظ السجل الإلكتروني في شكل يُمَكِن الأشخاص المخول لهم قانونا من الرجوع بسهولة إلى البيانات و المعلومات المحفوظة به.[3]

حجية السجلات الإلكترونية لا تعدو أن تكون قرينة، يجوز إثبات عكسها، أي أن هذه الحجية تنتفي في حالة إذا ثبت أن هذه البيانات قد تغيرت، أو أنه تم معالجتها إلكترونيا بطريقة غيرت من مضمونها.[4]

المطلب الثاني: الكتابة الإلكترونية

أخذت الكتابة مرتبة متقدمة على سائر و سائل الإثبات في المسائل المدنية و بالأخص في إبرام العقود من أجل الحفاظ على حقوق طرفي العلاقة العقدية من الضياع، و هذا ما أكدت عليه جل التشريعات المقارنة على اعتبار أن الكتابة تعتبر أقوى أدلة الإثبات المستخدمة، مع عدم تجاهل دور أدلة الإثبات الأخرى.

---

[1] - لزهر بن سعيد، مرجع سابق، ص 138.
[2] - المادة 1/8/أ، من قانون إمارة دبي للمعاملات و التجارة الإلكترونية.
[3]- المادة 1/8/ب ،من قانون امارة دبي للمعاملات و التجارة الإلكترونية.
[4]- المادة 4/12 ، من قانون امارة دبي للمعاملات و التجارة الإلكترونية.

الكتابة قد تكون في صورة محرر رسمي يثبته موظف رسمي، و تكون حجيته في مواجهة الجميع، كما قد تكون في صورة محرر عرفي موقع من طرف المتعاقدين و لا يكون حجة إلا في مواجهة الموقع عليه.[1]

إذا كان المحرر الورقي الممهور بتوقيع يتميز بالقدرة على تجسيد رضاء الأطراف المتعاقدة، فإن الثورة الرقمية ألقت بضلالها على الوسائل التقليدية(الحبر و الورق)، فجعلت الكتابة طليقة من أي دعامة، ما خلق ثورة حقيقية في نظام الإثبات التقليدي.

و بناء على ما سبق سوف نتناول تعريف الكتابة الإلكترونية (الفرع الأول)، ثم الشروط المطلوب توافرها في هذه الكتابة(الفرع الثاني)، و في الأخير ننظر في حجية الكتابة الإلكترونية في الإثبات(الفرع الثالث).

الفرع الأول: تعريف الكتابة الإلكترونية

لم يعرف المشرع الجزائري الكتابة، رغم أنه أقر الإثبات بها، كما أنه لم يعطي أي اهتمام بتحديد دعامة الكتابة، حيث نص القانون المدني رقم:10/2005، المعدل و المتمم للقانون المدني في المادة 323 مكرر، على ما يلي:" 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."

كما ساوى المشرع الجزائري في نص المادة 323 مكرر1 بين الإثبات بالكتابة على دعامة ورقية، و الكتابة على دعامة إلكترونية بشروط، عند قوله: " يعتبر الإثبات بالكتابة في الشكل الإلكتروني، كالإثبات بالكتابة على الورق بشرط إمكانية التأكد من هوية الشخص الذي أصدرها، و أن تكون معدة ومحفوظة في ظروف تضمن سلامتها."

و عليه فإن الكتابة الإلكترونية مقبولة في الإثبات بنفس الحجية المعطاة للكتابة على الدعامة الورقية بشرط إمكانية تحديد الشخص الذي أصدرها، و أن يكون حفظها قد تم في ظروف تضمن سلامتها من أي تغيير أو تعديل أو تزوير.

كما أشار القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية في نص المادة الثامنة منه إلى المقصود بمفهوم الكتابة، حيث أكد أنه يشمل رسالة البيانات إذا تيسر الاطلاع على البيانات الواردة فيها بشكل يُمَكِن الرجوع إليها و استعمالها في أي وقت؛ وبالتالي فإن أي مستندات ينطبق عليها هذا المفهوم تعتبر مستندات كتابية، و أضاف نص المادة الخامسة من نفس القانون على أن المعلومات لا تفقد مفعولها

[1] - لزهر بن سعيد، مرجع سابق، ص 140.

القانوني و لا صحتها لمجرد أنها جاءت على دعامة الكترونية، أو في رسالة بيانات، كما بينت المواد 6، 7،8، من نفس القانون، تحديد المعيار الأساسي الذي يجب توفره في رسالة البيانات حتى تكون على نفس مستوى كفاءة الوظائف التي تقوم بها الكتابة التي تكون على الدعامة الورقية، من حيث قبول أطرافها بالالتزام الوارد بها وضمان سلامة المعلومات من أي تغيير أو تحريف.[1]

كما نصت المادة الثامنة من اتفاقية الأمم المتحدة لسنة 2005، بشأن استخدام الخطابات الإلكترونية في العقود الدولية، على الاعتراف القانوني بالخطابات الإلكترونية.[2]

وجاء قانون التوقيع الإلكتروني المصري رقم: 15 لسنة 2004، بتعريف للكتابة الإلكترونية بالقول أنها:" كل حروف، أو أرقام، أو رموز، أو أية علامات أخرى تثبت على دعامات إلكترونية، أو رقمية، أو صوتية، أو أية وسائل أخرى مشابهة و تعطي دلالة قابلة للإدراك. "[3]

عُرف المحرر الإلكتروني حسب بعض الفقه " ما هو مكتوب على نوع معين من الدعامات، سواء أكان ورقا، أم غير ذلك من الوسائل الإلكترونية."[4]

كما عرف من خلال رسالة البيانات الإلكترونية بأنه " معلومات إلكترونية ترسل أو تسلم بوسائل إلكترونية أيا كانت وسائل استخراجها في المكان المستلمة فيه، أو أنه البيانات و المعلومات التي يتم تبادلها من خلال وسائل إلكترونية، سواء كان من خلال شبكة الإنترنت أو الأقراص الصلبة، أو شاشات الحاسب الآلي، أو أية وسيلة إلكترونية."[5]

الفرع الثاني: الشروط المطلوب توافرها في الكتابة الإلكترونية

أجمع الفقه على جملة من الشروط التي يجب أن تتوافر في الكتابة حتى يمكن الاعتداد بها قانونا في الإثبات، نذكرها فيما يلي:

أولا: أن تكون الكتابة مقروءة

نص المشرع الجزائري في المادة 11، من قانون التجاري الإلكترونية، على ما يلي:" يجب أن يقدم المُورد الإلكتروني العرض التجاري الإلكتروني بطريقة مرئية و مقروءة و مفهومة."

---

[1] - لزهر بن سعيد، مرجع سابق، ص 142 و 143.

[2] - أنظر أحكام مشروع اتفاقية بشأن استخدام الخطابات الإلكترونية في العقود الدولية، الدورة الثامنة و الثلاثون، لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، www.uncitral.org

[3] المادة 1/أ من القانون رقم: 15، لسنة 2004، الخاص بتنظيم التوقيع الإلكتروني المصري، أنظر الموقع الإلكتروني -el borai.com

[4] - كاظم كريم علي، مرجع سابق، ص 145.

[5] - كاظم كريم علي، نفس المرجع، ص 145 و 146.

يقصد بهذا الشرط "أن يكون المستند المتضمن الكتابة المراد جعلها دليلاً ناطقاً بما فيه ليتسنى فهمه و استيعابه و إدراك محتواه، و كذا أن يمكن انسابه إلى صاحبه."[1]

يرى جانب من الفقه أن شرط إمكانية قراءة وفهم المحرر، ينطبق على المحررات الإلكترونية التي يتم تدوينها عبر الوسائط الإلكترونية بلغة الآلة التي لا يمكن أن يقرأها الإنسان بشكل مباشر، بل لا بد من إيصال المعلومات إلى الحاسب الآلي الذي يتم تغذيته ببرامج لها القدرة الكافية على ترجمة لغة الآلة إلى اللغة المقروءة للإنسان.[2]

ثانيا: استمرارية الكتابة ودوامها: استمرارية الكتابة تعني أن يتم التدوين على وسيط له القدرة على تثبيت الكتابة علية و الحفاظ عليها كما هي، و استمرارها إلى حين يمكن الرجوع إليها وقت الحاجة؛ و هو ما يتحقق على الدعامة الإلكترونية بواسطة عدة طرق متطورة باستمرار، مثل حفظها بالبريد الإلكتروني، أو على ذاكرة الحاسوب، أو الأقراص الممغنطة.[3]

و تناول قانون اليونسيترال النموذجي للتجارة الإلكترونية هذه الشروط الواجب توافرها في المستند الإلكتروني بنصه على ما يلي: " الاطلاع على المعلومات الواردة فيها على نحو يتيح استخدامها في الرجوع إليها لاحقا"[4]. كما نص قانون اليونسيترال صراحة على هذا الشرط بالقول:" عند ما يشترط القانون أن تكون المعلومة مكتوبة، تستوفي رسالة البيانات ذلك الشرط إذا تيسر الاطلاع على البيانات الواردة فيها على نحو يتيح استخدامها بالرجوع إليها لاحقا."[5]

و قد تم التغلب عن الصعوبات التي تواجه إمكانية المحافظة على المعلومة الإلكترونية لمدة طويلة، من خلال استخدام وسائط إلكترونية ذات تقنيات عالية حققت عنصر الثبات و الاستمرارية لما يدون عليها؛ ما جعل بالإمكان الحفاظ المعلومات على الدعامة الإلكترونية لفترة ربما تفوق قدرة الأوراق، التي قد تتأثر هي الأخرى بعوامل الرطوبة و الحريق.[6]

ثالثا: عدم قابلية الكتابة للتعديل: يقصد به حفظ المسند الكتابي دون أي تعديل أو تغيير من حذف، أو محو، أو حشو، حتى يمكن الاعتداد بالمحرر الكتابي، فقيمة المحرر في الإثبات تقرر بمدى سلامته من عيب يصيب شكله الخارجي، وهذا ما قضت به المادة 1/10/ب من قانون اليونسيترال النموذجي بنصها على أن " الاحتفاظ برسالة البيانات بالشكل الذي أُنشئت، أو أُرسلت، أو استُلمت به، أو بشكل يمكن

---

[1] - بلقاسم حامدي، مرجع سابق، ص 185.
[2] - فادي محمد عماد الدين توكل، مرجع سابق، ص 185.
[3] - لزهر بن سعيد، مرجع سابق، ص 146.
[4] - المادة 1/10/أ من قانون اليونسيترال النموذجي للتجارة الإلكترونية، لسنة 1996، مرجع سابق.
[5] - المادة 6 من قانون اليونسيترال النموذجي للتجارة الإلكترونية، لسنة 1996، نفس المرجع.
[6] - لزهر بن سعيد، مرجع سابق، ص 147.

إثبات أنه يمثل بدقة المعلومات التي أُنشئت، أو أُرسلت، أو استُلمت." و هو ما ذهب إليه أغلب التشريعات المقارنة، حيث اشترطت وجوب حفظ المحرر من أي تعديل، أو عمل قد ينقص من قيمته القانونية في الإثبات، وهو نفس الحكم الذي جاء به المشرع الجزائري في نص المادة 323 مكرر 1، من القانون المدني في عبارة"..... في ظروف تضمن سلامتها."

دعم هذا الحكم التقدم العلمي الذي أثبت أن نظم المعلومات الحديثة المتطورة تتسم بتقنيات متطورة، يمكن لها أن تكشف أي تعديل في البيانات الإلكترونية، بحيث تحدد بدقة البيانات المُعدلة، و وقت تعديلها، كما يوجد وسائط إلكترونية يتوفر فيها شرط دوام حفظ المعلومات، بحيث يتعذر محوها، أو تعديلها، و لا مجال لذلك، إلا بإعدامها تماما.[1]

و قد نص المشرع الجزائري في المواد 394 مكرر – 394 مكرر 7، من قانون العقوبات على عقوبات تتراوح ما بين 3 أشهر إلى 3 سنوات، وغرامة مالية تتراوح ما بين 50.000 دج إلى 5000.000 دج عند المساس بأنظمة المعالجة الآلية للمعطيات، وهذا ما يعتبر حماية و إقرار من المشرع الجزائري بالمحررات و النظم المعلوماتية التي تكون عرضة للانتهاك في شكل التقاط غير مشروع للبيانات بالتجسس المعلوماتي أو الاعتداء على البيانات الإلكترونية داخل نظام المعالجة الآلية، أو بإدخال معلومات وهمية أو مزورة، وغيرها من صور الغش.[2]

من خلال تعداد الشروط المذكورة أعلاه لم يبقى أدنى شك في اعتبار المحررات الإلكترونية من الأدلة الكتابية للإثبات، و لا تختلف عن الكتابة التقليدية في القوة الثبوتية ،بحيث تتوفر على إمكانية القراءة و الاستمرارية و الثبات، و إمكانية الرجوع إليها عند الاقتضاء، و عدم قابليتها للتعديل، إلا بترك أثر واضح يدل على ذلك. و عليه فإن اختلاف الأداة المستخدمة و الوسيط المستعمل لا يؤثر على قيمة الوثيقة الإلكترونية في الإثبات.[3]

الفرع الثالث: حجية الكتابة الإلكترونية في الإثبات

أغلب تشريعات الدول عملت على المساواة بين الكتابة التي تكون على دعامة إلكترونية و الكتابة التي تكون على دعامة ورقية، و منحها الحجية القانونية الكاملة في الإثبات، وهو ما ذهب إليه المشرع

[1] - لزهر بن سعيد، نفس المرجع، 147 و 148.

[2] - طمين سهيلة، **"الشكلية في عقود التجارة الإلكترونية"**، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، نوفمبر 2011، ص 88 و 89. راجع كذلك القانون رقم :09-04، المؤرخ في 05 أوت 2009، **يتضمن القواعد الخاصة للوقاية من جرائم تكنولوجيا الإعلام و الاتصال و مكافحتها**، ج ر ج ج، العدد 47 ، الصادرة بتاريخ 2009/08/16.

[3] - بلقاسم حامدي، مرجع سابق، ص 186.

الفرنسي، في نص الفقرة الثالثة من المادة 1316، من القانون المدني الفرنسي بقوله" الكتابة على دعامة إلكترونية لها نفس القوة الثابتة للكتابة على دعامات ورقية."

كما أعطى المشرع المصري في نص المادة 10 من قانون التجارة الإلكترونية المحرر الإلكتروني قوة في الإثبات، بالتأكيد على تمتع المحررات الإلكترونية بالحجية المقررة للمحررات العرفية في قانون الإثبات في ما تعلق بما يرد في هذه المحررات من حقوق و التزامات، بعد استيفائها الشروط و الأوضاع المقررة في اللائحة التنفيذية.[1]

كما ساوى قانون المعاملات و التجارة الإلكترونية الإماراتي بين الكتابة الإلكترونية و الكتابة التقليدية، شريطة مراعاة شروط الحفظ.[2]

نفس الاتجاه ذهب إليه المشرع الجزائري في نص المادة 323 مكرر 1 من القانون المدني، التي تقضي بما يلي: " يعتبر الإثبات بالكتابة في الشكل الإلكتروني كالإثبات بالكتابة على الورق، بشرط إمكانية التأكد من هوية الشخص الذي أصدرها، و أن تكون معدة ومحفوظة في ظروف تضمن سلامتها."[3]

و ألزم المشرع الجزائري في قانون التجارة الإلكترونية أن تكون كل معاملة تجارية إلكترونية مسبوقة بعرض تجاري إلكتروني و أن توثق بموجب عقد إلكتروني يُصادق عليه المستهلك الإلكتروني.[4]

المطلب الثالث: التوقيع الإلكتروني

للإلمام بهذا المطلب سوف نتطرق إلى تعريف التوقيع الإلكتروني (الفرع الأول)، وتبيان بعض صوره (الفرع الثاني)، ثم نتعرف على الشروط الواجب توافرها للاعتراف بحجية التوقيع الإلكتروني(الفرع الثالث).

الفرع الأول: تعريف التوقيع الإلكتروني

عرف بعض الفقه التوقيع الإلكتروني على أنه يتمثل في استخدام رمز أو شفرة أو رقم بطريقة موثوق بها تضمن صلة التوقيع بالوثيقة الإلكترونية، وتثبت – في ذات الوقع– هوية الشخص المُوقع، فوسيلة

[1]- لزهر بن سعيد، مرجع سابق، ص 150.

[2] - أنظر المادة 1/8، من قانون المعاملات و التجارة الإلكترونية الإماراتي، www.arabruleoflaw.org، تاريخ التحميل: 2020/06/20.

[3] - المادة 323 مكرر1 من القانون المدني الجزائري، مرجع سابق.

[4] - المادة 10، من قانون التجارة الإلكترونية، مصدر سابق.

التوقيع الإلكتروني إذن هي رمز أو شفرة أو رقم، ودعامته هي المحررات الإلكترونية، وضماناته هي إجراءات توثيق تقنية تعمل على تحقيق قدرا معقولا من الأمان والثقة.[1]

تناول المشرع الجزائري التوقيع الإلكتروني لأول مرة دون التطرق إلى تعريفه في نص الفقرة الثانية من المادة 2/327، من القانون المدني المعدل بالقانون 10/05، والتي تنص على ما يلي:" يعتد بالتوقيع الإلكتروني وفق الشروط المذكورة في المادة 323 مكرر 1..." ، وعرف المشرع التوقيع الإلكتروني في المرسوم التنفيذي رقم: 07-162، بالقول أنه معطى ينجم عن استخدام أسلوب عمل يستجيب للشروط المحددة في المادتين 323 مكرر و 323 مكرر 1 من القانون المدني،[2] ثم عاد المشرع الجزائري على غرار معظم التشريعات المقارنة ليعيد تنظيم النصوص المتعلقة بالتوقيع الإلكتروني، التي عملت على إيضاح مفهوم التوقيع الإلكتروني في القانون رقم: 15-04 [3]، المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين، والذي عرفته المادة 1/2 على أنه " بيانات في شكل إلكتروني مرفقة، أو مرتبطة منطقيا ببيانات إلكترونية أخرى تستعمل كوسيلة توثيق"، كما عرف المشرع بيانات إنشاء التوقيع الإلكتروني في نفس المادة، الفقرة 3 بأنها:" بيانات فريدة مثل الرموز أو مفاتيح التشفير الخاصة التي يستعملها الموقع لإنشاء التوقيع الإلكتروني".

يتضح من خلال التعريف السابق أن المشرع الجزائري قد اعتمد على مبدأ الحياد التقني، وذلك بعدم الاقتصار على طريقة معينة من طرائق التوقيع الإلكتروني، حيث يشمل هذا الأخير عدة صور مع قبول أي صورة جديدة قد تظهر مستقبلا.

وجاء في نص المادة 7 من القانون رقم:15-04، المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين، تعريف التوقيع الإلكتروني الموصوف، بأنه التوقيع الذي تتوفر فيه عدة شروط، من أهمها، أن يكون مبني على أساس شهادة التصديق الموصوفة، وعلى هذا الأساس، فإن تخلف أي شرط من هذه الشروط يجعل التوقيع الإلكتروني بسيطا، أما عند توافرها جميعا، فإن هذا التوقيع يعتبر وحده مماثلا للتوقيع المكتوب، أي أن له نفس وظائف التوقيع الخطي ونفس الحجية التي يتمتع بها في الإثبات.

---

[1] - خالد عبد الفتاح محمد، **"التنظيم القانوني للتوقيع الإلكتروني في دراسة مقارنة"**، المركز القومي للإصدارات القانونية، الطبعة الأولى، 2009، ص 18.

[2]- المرسوم التنفيذي رقم:07-162، يعدل و يتمم المرسوم التنفيذي رقم:01- 123، **المتعلق بنظام الاستغلال المطبق على كل نوع من أنواع الشبكات بما فيها اللاسلكية الكهربائية وعلى مختلف خدمات المواصلات السلكية و اللاسلكية**، مرجع سابق.

[3] - القانون رقم: 15-04، **يحدد القواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين**، مرجع سابق.

أما التوجيه الأوربي فقد سماه بالتوقيع المتقدم أو المعزز في نص المادة 1/5 منه، التي تقضي بما يلي:" يجب على الدول الأعضاء أن تعمل على أن يكون التوقيع الإلكتروني المتقدم أو المعزز والمبني على شهادة تصديق معتمدة وتم إنشاؤه بأداة آمنة."

وبالتالي يتضح أن المشرع الجزائري أخذ في هذه المسألة بنفس الأحكام التي أقرها التوجيه الأوربي، فأعتبر التوقيع الإلكتروني موصوفا، أو مُعززا، أو مُتقدما، أو مُصدقا، إذا كان مسند إلى شهادة التصديق وتوافرت فيه جميع الشروط التي ذكرناه سابقا، والتي سوف نأتي إلى تبيانها بأكثر تفصيل فيما هو آت من الدراسة.

الفرع الثاني: بعض صور التوقيع الإلكتروني

نتناول التوقيع بالقلم الإلكتروني و التوقيع الرقمي، ثم نتطرق إلى التوقيع البيومتري

أولا :التوقيع بالقلم الإلكتروني: يتم هذا التوقيع عن طريق إجراءات تكون من خلال الاستعانة ببرامج خاصة يتم اعدادها لتتناسب و القلم الإلكتروني، عن طريق الربط بجهاز الكمبيوتر، فيتم قراءة البيانات الناتجة عن حركة القلم التي يتم القيام بها أثناء تحريكه على الشاشة، فينشأ الشكل أو الرسم الذي يظهر التوقيع من خلاله.[1]

و تتم آلية هذا التوقيع عن طريق التقاط البرنامج التوقيع الذي يكتبه المستخدم بالاعتماد على لوحة و قلم رقميين، و يقوم البرنامج بتخزين التوقيع الرقمي والبيانات المتعلقة بالعملية باستخدام خوارزمية تشفير.

تمكن هذه الآلية استخدام التوقيع المخزن كلما احتاج المستخدم إليه، عبر دمج البرنامج للكائن الممثل للتوقيع الرقمي ضمن المستند أو الملف، معتمدا على تقنية الدمج التي تقوم على انشاء سلسلة من الرموز التي تعطي لأي ملف رقمي بصورة فريدة، كما يتم التأكد من دقة و صحة التوقيع من خلال نظام برمجي يقارن التوقيع الموجود مع التوقيع المخزن، تقوم هذه المقارنة على اختلاف الخصائص البيولوجية للتوقيع، و تزيد الدقة المطلوبة للتوقيع حسب أهمية نوع المعاملات الإلكترونية، فيتم بعث رسائل تحذيرية عند أي تغيير في محتوى المستند الموقع رقميا من طرف البرنامج الذي يقوم بفحص سلامة التوقيع.[2]

يرى بعض الفقه أن التوقع بالقلم الإلكتروني توفر مزايا لا يمكن انكارها، بسب أنها عملية و سهلت الاستعمال، بحيث يتم تحول التوقيع التقليدي إلى شكل إلكتروني. غير أنه يعاب على هذا النوع من

---

[1] - محمد فواز المطالقة، مرجع سابق، ص 179.

[2] - نضال إسماعيل برهم، مرجع سابق، ص 240 و 241.

التوقيع أنه يحتاج إلى جهاز كمبيوتر له مواصفات خاصة، كما يحتاج إلى جهة توثيق إضافية لإتمام عملية التوقيع بشكل صحيح.[1]

ثانيا: التوقيع الرقمي(الكودي): يكون هذا التوقيع على شكل عدة أرقام يتم تركيبها من أجل الحصول في النهاية على كودا يتم التوقيع به، و مثال ذلك بطاقة الائتمان التي تحتوي على رقم سري، لا يعرفه سوى العميل؛ و يعتبر بعض الفقه التوقيع الرقمي وسيلة آمنة لتحديد هوية الشخص المُوقع.[2]

يتم استخدام هذا النوع من التوقيع لتحديد هوية المتعاقدين تحديدا دقيقا، كما تضمن تحييد أطراف العقد و كل شخص أخر من التدخل في مضمون التوقيع و شكلة أو مضمون المحرر الإلكتروني المرتبط به، بحيث يحقق جميع الشروط القانونية التي تتطلبها صحة التوقيع الإلكتروني؛ و يعتمد هذا الأخير عند استعماله على فكرة الرموز السرية و المفاتيح المتماثلة و غير المتماثلة، بحيث يعتمد التوقيع على اللوغاريتمات و المعادلات الرياضية من الناحية الفنية. [3]

يتم هذا النوع من التوقيع في المراسلات الإلكترونية التي تكون بين التجار و الشركات و في بطاقة الائتمان و العقود الإلكترونية، ويستلزم هذا التوقيع وجود جهة محايدة ومتخصصة تملك ترخيصا لإصدار المفاتيح بناء على طلب المتعاملين عبر الوسائط الإلكترونية.[4]

ثالثا: التوقيع البيومتري(الخواص الذاتية): يتم هذا التوقيع عن طريق استخدام الخواص الذاتية للشخص، مثل بصمة العين، أو بصمة الصوت، أو بصمة الأصبع، و يتم تخزين هذه البصمات بصورة رقمية مضغوطة، بحيث يكون العمل بها من خلال إدخال العميل للمعلومات للحاسب أو الوسائل الحديثة، مثل التقاط صورة دقيقة لعين المستخدم، أو صوته، أو يده، و يتم تخزينها بطريقة مشفرة في ذاكرة جهاز الكمبيوتر ليقوم بعد ذلك بالمقارنة بين الصفة الذاتية للشخص مع تلك المخزنة به.[5] بحيث لا يتم اصدار أمرا بفتح القفل المغلق، إلا بعد أن تطابق هذه البصمة على البصمة المخزنة و المبرمجة في ذاكرة جهاز الكمبيوتر.[6]

ارتباط هذه الخواص بالإنسان تسمح بتمييزه عن غيره بشكل موثوق به إلى أقصى حد، ما سهل من استخدامها في التوقيع على العقود الإلكترونية المختلفة، و هذا النوع من التوقيع مثل باقي الأنواع يزداد الوثوق به بحسب درجة التطور التكنولوجي الذي يؤمن انتقاله دون تعرضه لأي تلاعب يمس بمحتواه.

---

[1] - لزهر بن سعيد، مرجع سابق، ص 159.
[2] - فادي محمد عماد الدين توكل، مرجع سابق، ص 159.
[3] - محمد فواز المطالقة، مرجع سابق، ص 180.
[4] - فادي محمد عماد الدين توكل، مرجع سابق، ص 160.
[5] - نضال إسماعيل برهم، مرجع سابق، ص 236.
[6]- لزهر بن سعيد، مرجع سابق، ص 158.

رغم ما يحققه هذا النوع من التوقيع من انتشار كبير، خاصة مع التطور المتسارع الذي قد يأتينا بحلول لبعض التحفظات التي لازمته، إلا أن هناك من يرى أن هذا النظام يعتريه عدة إشكالات، منها أنه يمكن مهاجمة وقرصنة و نسخ صور التوقيع المخزنة على القرص الصلب للحاسب، كما أنه لا يمكن تطبيق هذه التقنية على جميع أجهزة الكمبيوتر المتوفرة، بالإضافة إلى أن هذا النوع من التوقيع يحتاج إلى استثمارات ضخمة من أجل توسيع استعمال هذه التقنية.[1]

الفرع الثالث: الشروط الواجب توافرها في التوقيع الإلكتروني

عملت كل القوانين التي نظمت التجارة الإلكترونية والتوقيع الإلكتروني على تبيان الشروط الواجب توافرها في التوقيع الإلكتروني، فنصت المادة 5 من القانون النموذجي اليونسيترال لعام 1996 على أنه " لا تفقد المعلومات مفعولها القانوني أو صحتها أو قابليتها للتنفيذ لمجرد أنها في شكل رسالة بيانات."[2] ، ومفاد ذلك أنه لا يمكن رفض التوقيع الإلكتروني لمجرد كونه قدم في شكل إلكتروني.

وجاء في قانون اليونسيترال النموذجي للتوقيع الإلكتروني الصادر سنة 2001، في نص المادة السادسة منه أنه يشترط للاحتجاج بالتوقيع الإلكتروني أن يكون موثوقا به، وقد أوصت نفس المادة في الفقرة الثالثة من ذات القانون أن التوقيع يكون موثوقا إذا توافرت فيه أربعة شروط وهي:

- أن تكون بيانات إنشاء التوقيع الإلكتروني مرتبطة بالشخص المُوقِع.
- أن تكون بيانات إنشاء التوقيع الإلكتروني خاضعة لسيطرة الشخص المُوقِع.
- إمكان اكتشاف أي تغيير في التوقيع الإلكتروني.
- أن يكون الغرض من التوقيع تأكيد سلامة المعلومات التي تتعلق بها وإمكان اكتشاف أي تغيير يجري بتلك المعلومات بعد التوقيع عليها.[3]

من الواضح تأثر المشرع الجزائري بقانون اليونسيترال النموذجي الخاص بالتوقيع الإلكتروني ونصوص التوجيه الأوربي وإقراره لنفس الشروط تقريبا، حيث عمل من خلال القانون رقم: 15-04، المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين على تحديد هذ الشروط، أين نص على أنه يجب أن تتوافر في التوقيع الإلكتروني الموصوف، أن يكون مبني على أساس شهادة تصديق موصوفة، كما يجب أن يرتبط بالموقع دون سواه، وذلك من خلال تحديد هوية الموقع.

[1] - فادي محمد عماد الدين توكل، مرجع سابق، ص 162.

[2] - https.//www.uncitral.org/pdf/Arabic.

[3]- https.//www.uncitral.org/pdf/Arabic.

كما أكد المشرع الجزائري أن يكون التوقيع الإلكتروني مصمما بواسطة آلية مؤمنة خاصة بإنشاء التوقيع الإلكتروني، وأن يكون منشأ بواسطة وسائل تكون تحت التحكم الحصري للمُوقِع، بالإضافة إلى أن يكون مرتبطا بالبيانات الخاصة به، بحيث يمكن الكشف عن أي تغيير لاحق لهذه البيانات.[1] لأن التوقيع الإلكتروني يحدد شخصية المُوقِع دون غيره من الأشخاص، وعلى هذا الأساس يجب أن يبقى مضمون إحداث هذا التوقيع سرا على غيره من الأشخاص حتى لا يستغل و يستعمل من قبل الآخرين، فتنعكس على الآثار والتبعات القانونية للتوقيع في مواجهة المُوقِع و الغير.[2]

المبحث الثاني: التوثيق الإلكتروني

تتطلب تقنية التشفير بالمفتاح العمومي تدخل طرف ثالث محايد ومستقل بين الحائز على المفتاح الخصوصي وبين الحائز على المفتاح العمومي، يطلق على هذا الشخص بالثالث المصادق مؤدي خدمات التصديق أو جهة التوثيق الإلكتروني، و سوف نعمل في هذا المبحث على تعريف هذه الجهة (المطلب الأول)، وتبيان مهامها ودورها(المطلب الثاني).

المطلب الأول: تعريف مؤدي خدمات التصديق

التصديق أو التوثيق الإلكتروني هي وسيلة فنية آمنة للتحقق من صحة التوقيع أو المحرر، حيث يتم نسبته إلى شخص معين أو جهة معينة أو طرف محايد يطلق علية مُقدم خدمات التصديق، أو مُورد خدمات التصديق، أو جهة التوثيق(prestataires de services de certification).

و جهة التوثيق هي هيئة أو جهة عامة أو خاصة تعمل تحت اشراف السلطة التنفيذية تتكون غالبا من مستويات مختلفة من السلطات، تأتي في قمتها السلطة الحكومية وهي تختص بالتصديق على تكنولوجيا و ممارسات جميع الأطراف المُرخص لهم بإصدار أزواج مفاتيح التشفير أو شهادات تتعلق باستخدام تلك المفاتيح، ثم تأتي سلطة التصديق وهي جهة خاصة بعملية التصديق على أن المفتاح العام لأحد المستخدمين يناظر بالفعل المفتاح الخاص لذلك المُستخدم، أما في آخر مستوى، فنجد سلطة تسجيل محلية ومهمتها تَلَقِي الطلبات من الأشخاص الراغبين في الحصول على أزواج مفاتيح التشفير العام والخاص والتثبت من هوية وشخصية هؤلاء المستخدمين ومنح شهادات تصديق تفيد صحة توقيع المتعاملين.[3]

---

[1] - المادة 07 من القانون رقم: 15-04، **يحدد القواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين**، مرجع سابق.

[2] - أسامة بن غانم العبيدي، "حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات "، المجلة العربية للدراسات الأمنية والتدريب، المجلد 28، العدد 56، المملكة السعودية، ص 166.

[3] - فادي محمد عماد الدين توكل، مرجع سابق، ص 154و155.

كما يُعرّف مُقدِم خدمات التوثيق بأنه " جهة أو منظمة عامة أو خاصة مستقلة محايدة تقوم بدور الوسيط بين المتعاملين لتوثيق تعاملاتهم الإلكترونية بإصدار شهادات إلكترونية."[1]

وجاء في قانون اليونسيترال النموذجي بشأن التوقيعات الإلكترونية تعريف مُقدم خدمات التصديق في المادة الثانية، بأنه" شخص يصدر شهادات و يجوز أن يقدم خدمات أخرى ذات صلة بالتوقيعات الإلكترونية"[2]، أما التوجيه الأوربي فعرفه في نص المادة 11/2، بأنه " كل شخص قانوني طبيعي أو معنوي يصدر شهادات توثيق التوقيع الإلكتروني، و يتولى خدمات أخرى مرتبطة بالتوقيع الإلكتروني."[3]

و يظهر جليا عند النظر في نصوص القانون رقم: 15-04، أن المشرع الجزائري استمد تعريف مُقدم خدمات التوثيق من قانون اليونسيترال النموذجي بشأن التوقيعات الإلكترونية وأحكام التوجيه الأوربي عند قوله أنه شخص طبيعي أو معنوي يقوم بمنح شهادات تصديق إلكتروني موصوفة، و يقدم خدمات أخرى في مجال التصديق الإلكتروني.[4]

المطلب الثاني: مهام و دور جهات التوثيق الإلكتروني

استحداث جهة التوثيق الإلكتروني لم يكن بغرض تسهيل ومراقبة التعاملات الإلكترونية فحسب، بل يعتبر من أولوياتها ضمان الأمن القانوني وحماية التعاملات الإلكترونية وخاصة التوقيع الإلكتروني من الأخطار التي قد تواجهه بسبب طبيعة هذه المعاملات التي تتم عبر وسائط إلكترونية وبين اشخاص و متعاملين يجمعهما مجلس عقد افتراضي، و يعتبر من أهم الضمانات القانونية لحماية و المحافظة على سلامة التوقيع الإلكتروني هي اصدار شهادة التصديق الإلكتروني التي تثبت ذلك(الفرع الأول)، و العمل على التحقق من هوية الشخص المُوقِع (الفرع الثاني)، بالإضافة إلى إثبات مضمون البيانات الإلكترونية (الفرع الثالث)، وإصدار مفاتيح التشفير(الفرع الرابع).

الفرع الأول: اصدار شهادة التصديق الإلكتروني

ميز المشرع الجزائري بين الشهادة الإلكترونية البسيطة و الشهادة الإلكترونية الموصوفة في نص المادة 3 مكرر من المرسوم التنفيذي 162/07[5]، و عرف الأولى بأنها" وثيقة في شكل إلكتروني تثبت الصلة بين معطيات فحص التوقيع الإلكتروني و المُوقِع." أما الثانية فهي" شهادة إلكترونية تستجيب للمتطلبات المحددة." ثم عاد المشرع الجزائري في القانون رقم: 15-04، ليبين بأكثر تفصيل الفرق بين

[1] - لزهر بن سعيد، مرجع سابق، ص 172.

[2]- https.//www.uncitral.org/pdf/Arabic.

[3] - لزهر بن سعيد، مرجع سابق، ص 173.

[4] - أنظر المادة 12/2 من القانون رقم:15-04، **يحدد القواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين**، مرجع سابق.

[5]- المرسوم التنفيذي رقم:07-162، يعدل و يتمم المرسوم التنفيذي رقم:01- 123، **المتعلق بنظام الاستغلال المطبق على كل نوع من أنواع الشبكات بما فيها اللاسلكية الكهربائية وعلى مختلف خدمات المواصلات السلكية و اللاسلكية**، مرجع سابق.

الشهادتين، فأبقى على نفس التعريف تقريبا لشهادة التصديق في نص المادة 7/2 ، في حين اسهب في تعريف شهادة التصديق الإلكترونية الموصوفة بقوله أن " شهادة التصديق الإلكترونية الموصوفة هي شهادة تصديق إلكتروني تتوفر فيها المتطلبات الآتية:

1- أن تُمنح من قبل طرف ثالث موثوق، أو من قبل مُؤدي خدمات تصديق إلكتروني طبقا لسياسة التصديق الإلكتروني الموافق عليها.

2- أن تُمنح للمُوقِع دون سواه.

3- يجب أن تتضمن على الخصوص:

أ- اشارة تدل على أنه تم منح هذه الشهادة على أساس أنها شهادة تصديق إلكتروني موصوفة.

ب- تحديد هوية الطرف الثالث الموثوق، أو مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني المرخص له المُصْدِر لشهادة التصديق الإلكتروني، و كذا البلد الذي يقيم فيه.

ج- اسم المُوقِع، أو الاسم المستعار الذي يسمح بتحديد هويته.

د- امكانية ادراج صفة خاصة للمُوقِع عند الاقتضاء، وذلك حسب الغرض من استعمال شهادة التصديق الإلكتروني.

هـ- بيانات تتعلق بالتحقق من التوقيع الإلكتروني، وتكون موافقة لبيانات انشاء التوقيع الإلكتروني.

و- الإشارة إلى بداية و نهاية مدة صلاحية شهادة التصديق الإلكتروني.

ز- رمز تعريف شهادة التصديق الإلكتروني.

ح- التوقيع الإلكتروني الموصوف لمُؤدي خدمات التصديق الإلكتروني، أو للطرف الثالث الموثوق الذي يمنح شهادة التصديق الإلكتروني.

ط- حدود استعمال شهادة التصديق الإلكتروني عند الاقتضاء.

ي- حدود قيمة المعاملات التي قد تستعمل من أجلها شهادة التصديق الإلكتروني عند الاقتضاء.

ك- الإشارة إلى الوثيقة التي تثبت تمثيل شخص طبيعي أو معنوي آخر عند الاقتضاء.[1]

عند استقصاء النصوص المذكورة أعلاه يتبين لنا أن الشهادة الإلكترونية البسيطة تتطلب إجراءات ترتبط بمعطيات و معلومات تتعلق بالتحقق من توقيع شخص معين، و تؤكد هوية هذا الشخص، أما شهادة التصديق الإلكترونية الموصوفة، فإنها ترتبط بإصدار الشهادة النوعية وفق شروط حددها المشرع من بينها أن تتضمن على الخصوص التوقيع الإلكتروني الموصوف.

[1] - المادة 15 من القانون رقم: 15-04، **يحدد القواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين**، مرجع سابق.

يتضح من خلال ما سبق أن كلا الشهادتين تفي بوجوب ارتباط التوقيع الإلكتروني بشهادة إلكترونية والتي تصدر حصريًا من جهة تصديق إلكتروني معتمدة، و من ثم فلا بد من توافر شهادة التصديق الإلكتروني لكي يكون التوقيع الإلكتروني موصوفاً.

و يتم التحقق من المعلومات الواردة بالشهادة عن طريق استخدام المفتاح العام لمن صدرت عنه شهادة التصديق، حيث تتضمن هذه الشهادة المفتاح العام بالإضافة إلى باقي التفاصيل التي تُبين أن المُوقِع المحدد بالشهادة حائزا للمفتاح الخاص المناظر للمفتاح العام الوارد في الشهادة، الأمر الذي يجعل مُتلقى الشهادة يستخدم المفتاح العام المذكور فيها للتأكد من أن التوقيع الإلكتروني أُسْتحدث من المفتاح الخاص المقابل له، وأن الرسالة لم يصبها أي تغيير منذ التوقيع عليها.[1]

الفرع الثاني: التحقق من هوية شخص المُوقِع

ينص المشرع الجزائري في القانون رقم:15-04، على أنه يجب على مُؤدي خدمات التصديق الإلكتروني وقبل منح شهادة التصديق الإلكتروني أن يتحقق من تكامل بيانات الإنشاء مع بيانات التحقق من التوقيع، و يمنح مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني شهادة أو أكثر لكل شخص يقدم طلبا وذلك بعد التحقق من هويته وعند الاقتضاء التحقق من صفاته الخاصة، أما في حالة الأشخاص المعنوية فإن مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني يحتفظ بسجل يدون فيه هوية و صفة الممثل القانوني للشخص المعنوي المُستعمل للتوقيع المتعلق بشهادة التصديق الإلكتروني الموصوفة.[2]

تعمل جهة التصديق أو مُقدم أو مُزود خدمات التصديق عبر إصدارها شهادة التصديق الإلكتروني من تحقيق الثقة لدى الغير بصحة البيانات التي تحتويها، وخاصة ما تعلق بهوية المُوقِع و نسبة التوقيع الإلكتروني إليه، مما يدفع المُطلِع عليها إلى التعاقد بثقة و اطمئنان.[3]

الفرع الثالث: اثبات مضمون التبادل الإلكتروني

نص المشرع الجزائري على أنه يلغي مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني شهادة التصديق الإلكتروني الموصوفة عندما يتبين أنه قد تم منحها بناء على معلومات خاطئة أو مزورة أو إذا أصبحت المعلومات الواردة في شهادة التصديق الإلكتروني غير مطابقة للواقع، أو إذا تم انتهاك سرية بيانات إنشاء التوقيع.[4]

---

[1] -آلاء أحمد محمد حاج علي، **"التنظيم القانوني لجهات التصديق على التوقيع الالكتروني"**، أطروحة لاستكمال متطلبات الحصول على درجة الماجستير في القانون الخاص، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية نابلس، فلسطين، 2013، ص 57.

[2] - المادة 44 من القانون رقم: 15-04، **يحدد القواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين**، مرجع سابق.

[3] - هلا الحسن،" تصديق التوقيع الالكتروني"، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد 26، العدد الأول ،2010، ص 531.

[4] - المادة 45 من القانون رقم: 15-04، **يحدد القواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين**، مرجع سابق.

يعتبر من مهام جهة التوثيق التحقق من مضمون التبادل الإلكتروني بين الأطراف وسلامته وبعده عن أي غش أو احتيال، فضلا عن اثبات وجوده ومضمونه، حيث تعمل جهة التوثيق على تعقب المواقع التجارية و التأكد من وجودها الفعلي ومصداقيتها[1] ، فإذا اتضح أن هذه المواقع غير جادة أو حقيقية تعمل على تحذير المتعاملين.

وحرصا من المشرع الجزائري على ضمان المعاملات الإلكترونية نص في قانون التجارة الإلكترونية على انه "يجب ان يكون وصل موقع الإنترنت الخاص بالمورد الالكتروني بمنصة الدفع الالكترونية مؤمنا بواسطة نظام تصديق إلكتروني."

و بالتالي فإن هدف جهة التصديق هو ضمان سلامة و تأمين التعامل عبر الوسائط الإلكترونية، من حيث أطرافه و مضمونه و محله و تاريخه.[2]

الفرع الرابع: اصدار المفاتيح الإلكترونية

من بين مهام جهة التوثيق الإلكتروني اصدار المفتاح الخاص الذي يستعمل في تشفير المعاملة الإلكترونية و المفتاح العام الذي يتم من خلاله فك هذا التشفير.[3]

و يتولى مهمة المصادقة على هوية الحائز على المفتاح العمومي و يصدر شهادات إلكترونية من شأنها أن تضمن بأن المفتاح العمومي عائد إلى الجهة الحائزة على المفتاح الخصوصي. ومن ثم استخدام المفتاح العام لفك تشفير الرسالة الأصلية والتأكد من عدم حصول أي تعديل عليها.[4]

[1] - خلوي (عنان) نصيرة، **"الحماية القانونية للمستهلك عبر الأنترنت- دراسة مقارنة-"**،مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، جامعة مولود معمري تيزي وزو، كلية الحقوق و العلوم السياسية، 2013، ص 164.

[2] - سمير سعد رشاد سلطان، **" التصديق الإلكتروني دراسة مقارنة"**، مجلة كلية الحقوق، جامعة المنصورة، (دون ذكر العدد و السنة)، ص 6.

[3] - لزهر بن سعيد، مرجع سابق، ص 177.

[4]- محمود عبد الرحيم الشريفات، مرجع سابق، ص 204.

الفصل الثالث

تسوية منازعات عقود التجارة الإلكترونية

حددت كل دولة في تشريعها الداخلي القواعد التي يتعين على القضاء اتباعها لحسم المنازعات ذات العنصر الأجنبي، و يطبق القاضي المعروض عليه النزاع هذه القواعد، إلا في حالة كانت هناك معاهدة دولية مرتبطة بها دولة القاضي تتضمن قواعد لحسم النزاع في العقود ذات العنصر الأجنبي.

و هناك اختلاف في قواعد الإسناد التي تعالج التنازع ما بين قوانين الدول المختلفة باختلاف نوع النزاع المطروح أو طبيعة مضمونه، و بناء عليه تتعدد عوامل أو ضوابط الإسناد التي يجري على أساسها تحديد القانون الواجب التطبيق عليها، و يجب أن نشير أن ما يهمنا في دراستنا هو أن قواعد التنازع التقليدية المتعلقة بالعقود لم تراعي إمكانية إنجازها عبر الوسائط الإلكترونية التي تخلوا من عوامل الإسناد أو الارتباط التقليدية، و هو ما يجعلنا نبحث في القانون الواجب التطبيق على منازعات التجارة الإلكترونية (المبحث الأول)، ثم نخوض في موضوع التحكيم الإلكتروني(المبحث الثاني)، كوسيلة بديلة لتسوية منازعات عقود التجارة الإلكترونية.

المبحث الأول: القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية

يتعذر تحديد القانون الواجب التطبيق على المنازعات المترتبة عن عقود التجارة الإلكترونية بسبب طبيعة هذه العقود، فتخلف تحديد إرادة الأطراف بسبب عدم اتفاقهم على القانون الواجب التطبيق يجعلنا نبحث عن هذا الأخير من خلال إخضاع العقود الإلكترونية لقواعد التنازع التقليدية في مسائل العقود الدولية، لاسيما في ظل عدم وجود ضوابط إسناد خاصة بمعاملات التجارة الإلكترونية.

و بناء على ما سبق سوف نتطرق إلى تطبيق قواعد الإسناد الأصلية على عقود التجارة الإلكترونية (المطلب الأول)، ثم نعرج إلى النظر في تطبيق قواعد الإسناد الاحتياطية على هذه العقود(المطلب الثاني).

المطلب الأول: تطبيق قواعد الإسناد الأصلية

اعتمدت جل التشريعات المقارنة على قاعدة خضوع العقد لقانون الإرادة بعد أن استقر في معظم دول العالم فقها وقضاء خضوع العقد للقانون الذي يختاره الأطراف المتعاقدة، وأصبحت قاعدة الإسناد الأصلية، الأولى فيما يخص الجانب الموضوعي للعقد.[1]

يعتبر مبدأ حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على عقدهم من المبادئ الأساسية في العقود الدولية، و قد أقرته عدة اتفاقيات دولية، منها المادة الثالثة من اتفاقية روما، المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية، الصادر سنة 1980،التي قضت بأن" يحكم العقد القانون المختار من الأطراف"، كما نصت المادة 7 من اتفاقية لاهاي المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على عقود البيع الدولي للبضائع لعام 1985، على أن يطبق على عقد البيع القانون المختار من طرف المتعاقدين.[2]

و للإلمام بهذا المبحث نتطرق إلى مفهوم قانون الإرادة في عقود التجارة الإلكترونية (الفرع الأول)، ثم نبحث في صور هذه الإرادة (الفرع الثاني).

الفرع الأول: مفهوم قانون الإرادة في عقود التجارة الإلكترونية

تتفق أغلب التشريعات المقارنة على قاعدة خضوع العقد ذي العنصر الأجنبي لقانون الإرادة، و تعود هذه القاعدة في أصلها إلى فقهاء المدرسة الإيطالية القديمة في ظل نظرية الأحوال، أين اخضعوا العقد في شكله وموضوعه لقانون بلد إبرامه؛ ومع التطور الذي عرفته هذه القاعدة أدى إلى بقاء الشكل محكوما بقانون بلد الإبرام، في حين يخضع العقد موضوعا لقانون الإرادة.[3] و برر بعض الفقه خضوع العقد لقانون بلد الإبرام بفكرة الرضا الضمني لطرفي العقد بتطبيق هذا القانون.

ثم ذهب الفقيه الفرنسي "ديمولان" في نفس الاتجاه في القرن السادس عشر و أقر تطبيق القانون الذي يختاره المتعاقدان على عقديهما، وكان ذلك بمناسبة الفتوى التي تقدم بها الفقيه "ديجاني" المتضمنة إخضاع النظام المالي للزوجين إلى قانون موطن كليهما وقت الزواج، معللا ذلك بأن هذا النظام يعد عقدا ضمنيا، و أن إرادة الزوجين الضمنية قد اتجهت إلى اخضاعه إلى قانون الموطن.[4]

---

[1] - سلطان عبد الله محمود الجواري، مرجع سابق، ص 93.
[2] - لزهر بن سعيد، مرجع سابق، ص 189.
[3] - سلطان عبد الله محمود الجواري، مرجع سابق، ص 94 و95.
[4] - سلطان عبد الله محمود الجواري، نفس المرجع، ص95.

فكرة قانون الإرادة تقوم على الاعتراف لطرفي العقد بحقهما في اختيار و تحديد القانون واجب التطبيق على العقود المبرمة، و بالتحديد على العقود الدولية التي يكون أحد عناصرها أجنبيا، هذا الاعتراف الذي يطلق حرية الإرادة في تحديد جميع الأثار القانونية الناشئة عن العقد، والتي من بينها تحديد قانون العقد، و المقصود هنا بالإرادة هي الإرادة المشتركة للمتعاقدين، و ليس الإرادة المنفردة لأحدهما.[1]

وإن كان في الأصل، الأشخاص لهم الحرية في التعاقد و أيضا في اختيار القانون الذي يحكم تصرفاتهم التعاقدية فإنه يجب أن يبقى هذا في ظل احترام النظام العام و الآداب العامة.

اختلف الفقه و القضاء و التشريعات الوطنية في تحديد المقصود بقانون الإرادة الذي تشير إليه قواعد الإسناد، فهناك من يضيق من نطاق قانون الإرادة، وهناك من يمنح الحرية كاملة للمتعاقدين في تحديد القانون الذي يحكم عقدهم.

أولا: التضييق من نطاق الإرادة

يعمل أصحاب هذا الرأي على القول بتقصير حرية الأطراف في اختيار القانون الذي يحكم تعاقدهم على القانون الداخلي للدولة، وبالتالي يكون محصورا على القوانين الوطنية الصادرة عن دولة معينة تتمتع بهذا الوصف وفق أحكام القانون الدولي العام، ما يؤدي إلى التضييق من نطاق قانون الإرادة، بحيث يكون القانون المختار من طرف المتعاقدين في العقد الإلكتروني لدولة معينة، هو القانون الوطني، أي القانون الداخلي لهذه الدولة، وعليه لا يمكن الاحتكام إلى قواعد ذات صبغة عالمية.[2]

وهذا ما قضت به محكمة العدل الدولية الدائمة، في حكمها الصادر سنة 1929، حيث قضت بأن" كل العقود التي لا تبرم بين الدول تخضع بالضرورة للقانون الوطني لدولة معينة بموجب قواعد القانون الدولي الخاص." وذهبت في نفس هذا الاتجاه محكمة النقض الفرنسية في حكم صدر عنها سنة 1950، يقضي بأن" كل عقد دولي يخضع حتما لقانون دولة معينة."[3]

كما التزمت بهذا الحكم الاتفاقيات الدولية، مثل اتفاقية لاهاي 1955، بشأن البيوع ذات الطابع الدولي للمنقولات المادية، حيث تنص في المادة الثانية منها على أن البيع يكون منظما بواسطة قانون الدولة المعين بواسطة الأطراف المتعاقدة.[4]

[1] - محمد فواز المطالقة، مرجع سابق، ص 128.
[2] - لزهر بن سعيد، مرجع سابق، ص 190.|
[3] - صالح المنزلاوي، المرجع السابق، ص 269 و 270.
[4] - لزهر بن سعيد، مرجع سابق، ص 191.

تعرض هذا الاتجاه إلى النقد بحجة أنه يضيق من فكرة قانون الإرادة في مجال عقود التجارة الإلكترونية، على اعتبار أن تطبيق هذا المنهج يؤدي إلى تطبيق قواعد وطنية وضعت أساسا من أجل العقود الداخلية لا من أجل عقود التجارة الإلكترونية التي تتسم بالدولية؛ بالإضافة إلى أن تطبيق القوانين الوطنية يخلق تباين و اختلاف في الأحكام القضائية.[1]

ثانيا: التوسيع من نطاق الإرادة

يقوم هذا الاتجاه على اطلاق يد المتعاقدين في اختيار القانون الواجب التطبيق على عقودهم، و التوسع في مفهوم اسناد العلاقة العقدية لقواعد ذات صبغة عالمية، مثل القواعد العرفية التي نشأت و استقرت في مجال التجارة الإلكترونية.

وقد نص المشرع الجزائري في نص المادة 18 من القانون المدني، أنه يسري على الالتزامات التعاقدية القانون المختار من المتعاقدين بشرط أن يكون له صلة حقيقية بالمتعاقدين، أو بالعقد، فالنص يتحدث عن حرية أطراف العقد في اختيار القانون دون تقييده بأن يكون قانون دولة معينة، مما يعني أن هذا القانون قد يكون قانونا وطنيا، و قد يكون خلاف ذلك.

كما نجد العديد من الاتفاقيات الدولية تبنت هذا الاتجاه الموسع لفكرة قانون الإرادة، حيث نصت المادة 7 من اتفاقية جنيف للتحكيم التجاري الدولي لسنة 1961، على أن" الأطراف أحرار في تحديد القانون الذي يتعين على المحكمين تطبيقه على النزاع." كما نصت المادة 1/3 من اتفاقية روما، في ما تعلق بالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية أنه " يسري على العقد القانون الذي اختاره الأطراف."[2]

لم يسلم هذا الرأي من الانتقاد على أساس أنه يؤدي إلى اطلاق الحرية للمتعاقدين في اختيار القانون الذي يحكم العقد على نحو يؤدي إلى الإفلات من الأحكام الآمرة في القوانين التي ترتبط بالعقد.[3]

الاختلاف في الرأي بين من يوسع في نطاق إرادة المتعاقدين ومن يضيق فيها، مهد لظهور اتجاه ثالث يوازن بين إعطاء الحرية للمتعاقدين في اختيار القانون الواجب التطبيق، والحفاظ على النظام العام، حتى لا يكون اختيار القانون على نحو قد يؤدي إلى الغش نحو القانون، أو الإفلات من الأحكام الآمرة في القانون المختار؛ و هو ما عملت به اتفاقية لاهاي بشأن القانون الواجب التطبيق على البيوع الدولية

[1] - صالح المنزلاوي، المرجع السابق، ص 270 و 271.
[2] - صالح المنزلاوي، نفس المرجع ، ص 273.
[3]- صالح المنزلاوي، نفس المرجع، ص 274.

للمنقولات المادية، التي تقضي باستبعاد تطبيق القانون المحدد بموجب الاتفاقية إذا تعارض مع النظام العام.[1]

هناك أيضا اختلاف فقهي آخر يتعلق بمن يرى أن قانون الإرادة ينحصر في قانون الدولة المختارة، في حين يذهب اتجاه ثانٍ بالأخذ بازدواجية تحديد القانون.

ثالثا: مذهب نظرية الوحدانية في التحديد

ارتكزت هذه النظرية بادعائها أن الأساس الموضوعي والحقيقي لإرادة المتعاقدين هو اخضاع العقد لقانون دولة معينة بالذات، حيث تقوم هذه النظرية على الأخذ بقانون دولة معينة للبحث ضمن قوانين هذه الدولة عن القانون الأكثر ملاءمة للخلاف الذي نشأ، و بالتالي يقوم طرفا العقد بتحديد الوقائع التي يتوطن العقد بها، ومن هذه الأمور تحديد مكان وتنفيذ العقد، فيؤدي إلى توطين العقد و استخلاص القواعد و الأحكام القانونية التي يمكن أن تتلاءم و العقد، فالتوافق بين القانون المختار و التوطين الموضوعي للعقد شرط ضروري لفعالية إرادة الأطراف في اختيار القانون الذي يحكم العقد.

يعتبر التوطين الموضوعي للعقد هو أحد سبل تحديد القانون واجب التطبيق على العقد الإلكتروني، حيث يرى "باتيفول" أن إرادة المتعاقدين لا تقوم بتعيين القانون المختص، و إنما تعمل بتركيز العقد في مكان معين، فإذا تم ذلك فإن قانون المكان الذي اختاره المتعاقدان هو الذي يسري على العقد؛ و على هذا يمكن القول أن دور الإرادة ينحصر في تركيز العقد في مكان معين و لا شأن لها في اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد.[2] ومنه يعمل القاضي على تحديد القانون الواجب التطبيق على النزاع من ضمن القواعد القانونية الخاصة بالدولة التي تم اخضاع العقد لها.[3]

رابعا: مذهب ازدواجية التحديد: قامت هذه النظرية بناء على الانتقادات الموجهة لنظرية الوحدانية في التحديد، وأعطت الإرادة دورا فعالا، حيث لا يكون مقتصرا على مجرد توطين العقد في مكان محدد، و إعطاء القاضي حرية إيجاد القانون الذي يتناسب و العقد ليتم تطبيقه عليه، و إنما يتطلب كذلك تحديد القانون واجب التطبيق بالذات في النزاعات المترتبة عن العقد، و هو ما سمي بحق اختيار القانون لا بتركيز العقد.[4]

---

[1] - لزهر بن سعيد، مرجع سابق، ص 194.
[2]- سلطان عبد الله محمود الجواري، مرجع سابق، ص 98.
[3] - محمد فواز المطالقة، مرجع سابق، ص 130 و131.
[4] - محمد فواز المطالقة، نفس المرجع، ص 131.

تبنت هذه النظرية مبدأ الازدواج للبعد عن انعدام الاختيار الصريح للقانون الواجب التطبيق، فإذا انعدم القانون الذي تم تحديده من طرفي العقد، تم إحالة ذلك إلى قاضي الموضوع للبحث في منظومة القوانين الوطنية المتوافرة لديه لتحديد القانون الذي يتم اخضاع العقد له.

يمكن أن نستخلص مما ذكرنا أن مذهب الازدواج هو الأكثر شمولا ودقة بالنسبة للعقود الإلكترونية، لأنه من غير المتوقع إلمام أطراف العقد بقوانين معظم الدول، كما أن بعض الدول ليس لديها تشريعات خاصة بالمعاملات الإلكترونية ليتم اخضاع مثل هذه التصرفات لها، مما يجعل القاضي يبحث عن التشريع المناسب لدى أية دولة من الدول، والذي يتم تحديده حسب قواعد الإسناد التي تسند العقد إلى مكان الإبرام، أو مركز عمل المنشئ أو مكان الإقامة.[1]

الفرع الثاني: صور الإرادة

التعبير عن الإرادة قد يكون بصورة صريحة، و قد يكون بصورة ضمنية لاختيار القانون الواجب تطبيقه في الالتزام التعاقدي الدولي، ومن الأجل الإلمام أكثر بهذه المسألة، نتطرق للإرادة الصريحة، ثم نتناول الإرادة الضمنية.

أولا: الإرادة الصريحة

يكون للمتعاقدين الحق في اختيار صريح لقانون معين ليحكم العقد المبرم بينهما، وهذا يساير قاعدة الإسناد المجمع عليها عموما، فقها وقضاء و نظمتها أغلب التشريعات و الاتفاقيات الدولية الحديثة.

و المقصود بهذا خضوع العقد أو الالتزامات التعاقدية لقانون إرادة المتعاقدين، و يحق لهما تعديل هذا الاتفاق في أي وقت، كما يجوز لهما الاتفاق على تطبيق أي قانون كان، ولو كان عديم الصلة ما بين الأطراف، أو موضوع التعاقد.[2]

ومفاد ذلك أنه بإمكان طرفي العقد أن ينصا صراحة في أحد بنود العقد الذي يبرم عبر شبكات المعاملات الإلكترونية على اختيار قانون دولة معينة ليطبق على أي نزاع يثور بخصوص هذا العقد، فإذا ورد مثل هذا الشرط في العقد، فإنه يطبق طبقا لنص المادة 24 من القانون المدني الجزائري، إلا إذا كانت أحكام هذا القانون مخالفة للنظام العام و الآداب العامة.[3]

---

[1]- محمد فواز المطالقة، نفس المرجع، ص 132.

[2]- سلطان عبد الله محمود الجواري، مرجع سابق، ص 100.

[3]- تنص المادة 24 من القانون المدني الجزائري بما يلي: " لا يجوز تطبيق القانون الأجنبي بموجب النصوص السابقة، إذا كان مخالفا للنظام العام و الآداب العامة في الجزائر، أو ثبت له الاختصاص بواسطة الغش نحو القانون.
يطبق القانون الجزائري محل القانون الأجنبي المخالف للنظام العام أو الآداب العامة."

مما لاشك فيه أن الاختيار الصريح للقانون الواجب التطبيق يحقق عنصر الأمان القانوني للمتعاقدين، كونه يحدد ابتداء من تنازع القوانين و يسهل عملية الفصل في أي نزاع ينشأ عند تطبيق العقد، على أساس أن كلا المتعاقدين ساهما في اختيار هذا القانون و يعلما أحكامه، ما يجعلنا نقول من الأفضل أن يلجأ المتعاقدين إلى تحديد القانون صراحة أثناء التعاقد.[1]

وبذلك يتاح للمتعاقدين في مجال التجارة الإلكترونية أن يقدروا بحرية تامة اخضاع عقدهم لقانون دولة تقر بصحة التوقيعات الإلكترونية دون اشتراط وجود أي صلة بين القانون المختار و العقد، ومثال ذلك العقد النموذجي للتجارة الإلكترونية الذي وضعته غرفة التجارة و الصناعة بباريس في 20 أفريل 1998، ليحكم المعاملات التي تنشأ بين المهنيين و المستهلكين، حيث ينص هذا العقد في أحد بنوده على أن القانون الواجب التطبيق هو القانون الفرنسي بصرف النظر عن جنسية المتعاقدين، أو موطنهم، أو محل إبرام العقد، أو تنفيذه.[2]

ويبقى هناك استثناء عن مبدأ سلطان الإرادة في مجال العقود، والذي أصبح معترف به عالميا، ومن أهم هذه الاستثناءات، العقود المتعلقة بعقار، حيث تخضع لقانون موقع العقار بالإضافة إلى ذلك ما يتعلق بالقواعد الآمرة، أو الناهية المرتبطة بالنظام العام، لأن مجال تطبيق الإرادة هي القواعد المكملة أو المفسرة أو المقررة لإرادة الأفراد، كما يخرج من نطاق هذا المبدأ أهلية المتعاقدين، لأنها محكومة بقانون الجنسية، هذا بالإضافة إلى العقود التي ينظمها المشرع لأسباب اقتصادية أو اجتماعية، مثل علاقات العمل و الضمان الاجتماعي و زيادة على ما سبق، المسائل المتعلقة بالميراث و الوصية و الأحوال الشخصية وعقود التأمين المتعلقة بالعقار و الأموال المنقولة التي يحكمها قانون الدولة الذي يوجد فيها هذا المنقول وقت وقوع الأمر الذي ترتب عليه كسب الحق أو فقدانه.[3]

نصت بعض العقود النموذجية التي تنظم المعاملات الإلكترونية صراحة على ضرورة اختيار القانون الواجب التطبيق، فجاء في العقد النموذجي الفرنسي للمعاملات الإلكترونية و في الفقرة الثانية منه تحت عنوان القانون واجب التطبيق، (اتفق الأطراف على أن هذا القانون خاضع للقانون الفرنسي)؛ كما أن مشروع العقد النموذجي للمعاملات الإلكترونية و الذي أعدته لجنة اليونسيترال يلزم أطرافه في المادة

[1] - محمود عبد الرحيم الشريفات، مرجع سابق، ص 87.
[2] - لزهر بن سعيد، مرجع سابق، ص 200|.
[3] - سلطان عبد الله محمود الجواري، مرجع سابق، ص 102.

الرابعة من الفصل الأول بتحديد قانون وطني يطبق على المعاملة الإلكترونية مع استبعاد قواعد تنازع القوانين الواردة في القانون المختار.[1]

ثانيا: الإرادة الضمنية

عدم تحديد القانون الواجب التطبيق لا يعني انهاء دور الإرادة في تحديد قانون العقد، بل يتم التعامل مع مضمون العقد و البحث في بنوده عن الإرادة و القانون واجب التطبيق، و هو ما يعرف بالتعيين الضمني، أين يتم استنباط القانون من محتوى العقد الذي يتجه نحو نظام قانوني لبلد معين.[2]

ويعتبر اختيار حقيقي من طرف المتعاقدين، و لكنه غير معلن يستخلصه القاضي من ظروف الحال؛ و تبنت جل التشريعات المعاصرة ضرورة البحث عن الإرادة الضمنية للمتعاقدين، و هو ما أكدته المادة 1/19 من القانون المدني المصري بالقول" يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين، إذا اتحدا موطنا، فإن اختلفا موطنا، سرى قانون الدولة التي تم فيها العقد، هذا ما لم يتفق المتعاقدين أو يتبين من الظروف أن قانونا أخر هو الذي يراد تطبيقه."

ذهب الفقه المصري في تفسير نص المادة السالفة الذكر على أنها تقرر قاعدة حرية المتعاقدين في تعيين القانون الواجب التطبيق على العقد، و يستوى أن يكون هذا الاختيار صريحا أو ضمنيا.[3]

يعتبر من المؤشرات الدالة على إرادة طرفي العقد الضمنية، تحرير العقد بلغة معينة يصلح أن تكون قرينة دالة على أن المتعاقدين يريدان اخضاع عقدهما لقانون الدولة الناطقة بتلك اللغة، كما قد يدل اختيار المتعاقدين لعملة دولة بعينها في معاملاتهم قرينة على اختيار قانون هذه الدولة.

أما في حالة انعدام الإرادة الصريحة للمتعاقدين في اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد الإلكتروني و تعذر الكشف عن نيتهم الضمنية، فإنه لا يحق للقاضي أن يختصر الطريق بتطبيق القانون الوطني أو يرفض الفصل في النزاع، و إنما يتعين عليه أن يجتهد من أجل الوصول إلى تحديد قانون العقد، حيث يتعين على القاضي البحث عن القانون الذي يربط به العقد الإلكتروني بالارتباط الأوثق. و هذا ما أخذت به اتفاقية روما لعام 1980، التي جاء فيها " أنه في الحدود التي يتم فيها اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد، يسري على العقد قانون البلد الذي يرتبط به العقد الرباط الأوثق"، و الحكم ذاته نقله القانون الدولي الخاص الألماني لسنة 1986، في المادة 1/28 منه، و القانون الدولي الخاص

[1] - محمود عبد الرحيم الشريفات، مرجع سابق، ص 87 و88.
[2] - محمد فواز المطالقة، مرجع سابق، ص 140.
[3] - لزهر بن سعيد، مرجع سابق، ص 201 و202.

السويسري لسنة 1987، في المادة 1/117 منه. و بالتالي يعمل القاضي إلى توطين أو تركيز العقد في دولة معينة ينتج فيها أغلب أثاره أو كلها، ليصل إلى اعتبار قانون تلك الدولة هو قانون العقد، و هي أحكام تنطبق أيضا على عقود التجارة التي تتم عبر الوسائط الإلكترونية.[1]

المطلب الثاني: تطبيق قواعد الإسناد الاحتياطية على عقود التجارة الإلكترونية

بسبب عاملي السرعة و المنافسة وغيرها من العوامل التي تحيط بالمعاملات التجارية، قد تبرم بعض العقود التجارية الدولية، خاصة عقود البيع الدولي، ومنها عقود التجارة الإلكترونية دون الإفصاح عن إرادة المتعاقدين الصريحة في اختيار قانون معين ليحكم العقد، و قد يتعذر استخلاص الإرادة الضمنية من ظروف التعاقد و شروط العقد؛ وهنا يثار التساؤل عن القانون الواجب التطبيق في حالة حدوث نزاع بين المتعاقدين، ما خلق اختلاف بين الفقه و القضاء و التشريع بخصوص حل هذه الإشكالية و تحديد قاعدة الإسناد الاحتياطية التي يُسترشد بها في مثل هذه الأحوال لتعيين القانون الواجب التطبيق على العقد

حيث لا يمكن للقاضي أن يتجاهل القوانين التي تتزاحم لحكم الرابطة العقدية محل النزاع و يمنح الاختصاص مباشرة لقانونه الوطني، بل يتعين عليه أن يجتهد ليصل إلى القانون الواجب التطبيق بالنظر إلى ما كان يقصده المتعاقدين، على أساس أن القاضي في هذه الحالة لا يبحث عن الإرادة الحقيقية للمتعاقدين، بل يفرض عليهما إرادة غير موجودة فعلا ويقيمها على قرائن مستمدة من الرابطة العقدية نفسها، أو من ظروف ملابسات الحال، و هي ما يطلق عليها الإرادة المفروضة؛ حيث إرادة القاضي هي التي تتولى تحديد قانون العقد، وليس إرادة المتعاقدين، ويكون هذا التحديد مبني على أساس القانون الأوثق صلة بالرابطة العقدية، إما بإسنادها إلى ضوابط جامدة (الفرع الأول)، و معروفة سلفا للمتعاقدين، كمكان إبرام العقد أو تنفيذه أو الجنسية المشتركة أو الموطن المشترك، و إما بإسناد هذه الرابطة لضوابط مرنة (الفرع الثاني)، تستمد من الطبيعة الذاتية للعقد المبرم، و في الأخير ننظر في الضوابط التي أقرها قانون التجارة الإلكترونية بخصوص هذه المسألة (الفرع الثالث).

الفرع الأول: الإسناد الجامد للرابطة العقدية

تبنت العديد من التشريعات الوطنية ما استقر عليه فقه القانون الدولي الخاص في تحديد القانون الذي يحكم العقد عند غياب إرادة المتعاقدين، حيث بني هذا الاتجاه على أساس فكرة الإرادة الضمنية

[1] - سلطان عبد الله محمود الجواري، مرجع سابق، ص 104 و 105 و108.

للمتعاقدين، وهذا بوصفه اسنادا معبرا عن الصلة الوثيقة التي تربط العقد بقانون دولة محل إبرامه أو تنفيذه أو جنسية المتعاقدين أو موطنهما المشترك، و هو ما نصت عليه المادة 18، من القانون المدني الجزائري بما يلي: "يسري على الالتزامات التعاقدية القانون المختار من المتعاقدين إذا كانت له صلة حقيقية بالمتعاقدين أو بالعقد.

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

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

غير أنه يسري على العقود المتعلقة بالعقار قانون موقعه. "

وعليه حسم المشرع الجزائري المسألة بوضع قاعدة اسناد ذات ضوابط متعددة، حيث بعد أن أعطى ابتداء الأمر لإرادة المتعاقدين لاختيار القانون الواجب التطبيق على العقد، قضى بأنه في حالة غياب إرادة المتعاقدين، فإن القانون الذي يجب تطبيقه هو قانون الموطن المشترك للمتعاقدين، إذا تحدوا في الموطن، أو الجنسية المشتركة، أما إذا اختلفا في موطنهما و جنسيتهما، فيطبق قانون الدولة التي أبرم فيها العقد.

يتبين من خلال نص المادة المذكورة أعلاه أن المشرع الجزائري لم يترك للقاضي تكملت إرادة المتعاقدين عند تخلف ارادتهما الضمنية، كما هو موجود في الكثير من النظم القانونية، على أساس ما كان يفعلانه لو اتجهت نيتهما إلى اختيار قانون العقد، بل أتى بضابطي إسناد احتياطيين، و قضى الأخذ بهما على سبيل التدرج.

وسوف نستعرض هذه الضوابط فيما يلي:

أولا: اسناد الرابطة العقدية لقانون دولة مكان انعقاد العقد

يلزم هذا الحكم تنفيذ العقد في نفس مكان انعقاده، و أعطت الأحكام القضائية أهمية خاصة لهذه القاعدة التي تجعل تكوين العقد و صحته يخضع لقانون مكان انعقاده، أي لقانون الدولة التي ابرم العقد فيها، و ذهب الفقه و القضاء في أغلب التشريعات المقارنة إلى تبنى هذه القاعدة، لاسيما إذا لم يكن للمتعاقدين جنسية مشتركة، كما هو الحال في القانون المدني الإسباني و القانون الإيطالي، أو إذا لم يكن للمتعاقدين موطن مشترك، كما هو الحال في القانون الجزائري والقانون المصري و البرتغالي، كما أن قواعد التنازع الفرنسية تنظم شكل التصرف في الغالب وفقا لقانون المحل يحكم شكل التصرف[1]، بالإضافة

[1] - لزهر بن سعيد، مرجع سابق، ص206.

إلى أن هناك الكثير من الفقهاء الذين دافعوا على هذه القاعدة أمثال" سافيني" و "بنوابيه" بوصفها أفضل القواعد و أنسبها في التطبيق العملي، فمكان إبرام العقد لا يتعدد و هو دائما موجود و معروف لدى المتعاقدين.[1]

يرى مؤيدي إسناد الرابطة العقدية لقانون محل تكوين العقد أنه يتميز بما يلي:

- إسناد يعبر عن وجود صلة حقيقية وجادة بين القانون و العقد.
- يكفل للمتعاقدين إمكانية عرض الحلول المطبقة بشكل أكثر تفصيلا عن غيره.
- يكفل للمتعاقدين ميزة العلم المسبق بالقانون الذي يحكم العقد، ومن ثم يكفل لهم الأمان القانوني المنشود ويصون لهم توقعاتهم، بحيث يكون بمقدورهم إبرام العقد في بلد يعترف بصحة التوقيعات القانونية وبصحة التصرفات و المعاملات التي تتم عبر المبادلات الإلكترونية.
- يضمن وحدة الحلول القانونية التي تطبق على الرابطة العقدية.[2]

رغم ما تحققه قاعدة إسناد محل إبرام العقد، إلا أن هناك من الفقه من يعارض هذا الاتجاه بالقول أنه ليس من السهل تحديد مكان إبرام العقد وخاصة عندما يكون التعاقد عن طريق الوسائط الإلكترونية، حيث يمكن للشخص المتعاقد أن يبرم عقدا و هو ينتقل من دولة إلى أخرى، كما قد يوجد المتعاقد في مكان غير خاضع لإقليم دولة معينة، مما يؤدي إلى صعوبة العمل على تركيز تلك المعاملات تركيزا مكانيا؛ بالإضافة إلى أنه قد يكون مكان انعقاد العقد مختلقا من قبل المتعاقدين بهدف الغش و التحايل لتجنب تطبيق القواعد الآمرة في القانون الواجب التطبيق.[3]

زيادة على ذلك إسناد الرابطة العقدية لقانون محل إبرام العقد، قد يؤدي إلى عدم ارتباط مكان إبرام العقد بموضوع العقد برابطة حقيقية وجادة، على أساس أن التعاقد عن طريق المعاملات الإلكترونية يكون فيه اتصال العقد أثناء إبرامه بجميع الدول المتصلة بشبكة المعاملات الإلكترونية.[4]

ثانيا: إسناد الرابطة العقدية لقانون دولة محل تنفيذ العقد

يذهب بعض الفقه و القضاء في بعض الدول، منها ألمانيا و سويسرا، إلى القول أن العقد يجب أن يخضع لقانون دولة أو مكان تنفيذ العقد، بحيث يكون مكان تنفيذ العقد هو العنصر الأهم ما بين كل العناصر التعاقدية، على أساس أن هدف المتعاقدين في الأخير هو تنفيذ الالتزامات المتولدة عن العقد،

[1] - سلطان عبد الله محمود الجواري، مرجع سابق، ص 140 و141.
[2] - لزهر بن سعيد، مرجع سابق، ص 207.
[3] - سلطان عبد الله محمود الجواري، مرجع سابق، ص 141.
[4]- لزهر بن سعيد، مرجع سابق، ص 208.

ففي هذا المكان سيجني هؤلاء ثمار تعاقدهم و تنعقد فيه مسؤولياتهم عن عدم تنفيذ الالتزامات، و هو محل اعتبار المتعاقدين وقت التعاقد، وبذلك من المنطقي أن يخضع العقد لقانون مكان التنفيذ، وهو ما ذهب إليه الفقيه (باتيفول) ويراه أفضل القوانين التي تحكم العلاقة التعاقدية.[1]

رغم ما يحققه تطبيق قانون دولة محل تنفيذ العقد من المزايا السالفة الذكر، إلا أنه يواجه بعض الصعوبات عند إعمال الضابط المكاني على عقود التجارة الإلكترونية، و لا بد هنا من التمييز بين العقود التي تنفذ مباشرة على الخط، وبين العقود التي يكون تنفيذها خارج الخط، فالحالة الأخيرة لا تثير أي إشكال على أساس أنها تحيل إلى عناصر مادية تدور حول مكان تنفيذ العقد، وهذا المكان سيكون غالبا مكان تسليم الطلب أو الخدمة.

أما في حالة تنفيذ العقد على الخط، تثور صعوبات تعترض تحديد هذا المكان في حالة تنفيذ العقد كليا عبر الوسائط الإلكترونية، كما هو الحال في برنامج الحاسوب الذي يتم انزاله مباشرة عبر شبكة الإنترنت، فهل هو موقع التحميل على الخط لحظة التنفيذ؟ أم مكان المُزود الذي يقدم خدمة للبائع؟ أم هو المكان الموجود فيه الحاسب الآلي للمشتري؟

يرى بعض الفقه لتجنب هذه الصعوبات و حفاظا على مصلحة المتعاقدين لابد لهم من تحديد مكان التنفيذ في اتفاقهم.[2]

ثالثا: إسناد الرابطة العقدية لقانون الجنسية المشتركة

يعتقد بعض الفقه على رأسهم الفقيه الإيطالي (مانشيني) الجنسية المشتركة للمتعاقدين يمكن أن يكون لها دور قي تحديد القانون الواجب التطبيق في حالة إذا كان المتعاقدان من جنسية واحدة، على أساس افتراض أن قصدهما اخضاع العقد المبرم بينهما لقانون الدولة التي ينتميان إليها بجنسيتهما؛ وهذا ما قضت به محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر بتاريخ 5-12-1910، الذي جاء فيه أن قانون الجنسية المشتركة للمتعاقدين له الأفضلية. [3]

اختلفت التشريعات حول أفضلية قانون الجنسية المشتركة للمتعاقدين على باقي ضوابط الإسناد فاتجه القانون الإيطالي إلى منح قانون الجنسية المشتركة الموقع الأول في الترتيب وفضلها عن قانون دولة

[1] - سلطان عبد الله محمود الجواري، مرجع سابق، ص 142.
[2] - صالح المنزلاوي، مرجع سابق، ص 331 و 332.
[3] - سلطان عبد الله محمود الجواري، مرجع سابق، ص143.

محل إبرام العقد، و نفس الأفضلية منحها القانون المدني الإسباني لهذا القانون قبل قانون الموطن المشترك و بالأسبقية على قانون دولة محل إبرام العقد.[1]

واجهت قواعد إسناد الرابطة العقدية إلى قانون دولة الجنسية المشتركة جملة من الانتقادات بينت صعوبة التعويل عليها في مجال عقود التجارة لضعف الصلة بين القانون الواجب التطبيق في هذه الحالة و العقد، على أساس أن الجنسية الأجنبية للمتعاقدين لا تعد عنصرا مؤثرا في عقود المعاملات الإلكترونية على اعتبار أنها عقود دولية؛ و بالتالي لا تصلح وحدها أساسا لإضفاء الطابع الدولي على هذه العقود، بالإضافة إلى أن الأخذ بالجنسية المشتركة للمتعاقدين يتطلب التحقق من هوية الأطراف وتحديد أماكن تواجدهم لحظة إبرام العقد، وهو أمر لا تُعِرْه اهتماما التجارة الإلكترونية.[2]

رابعا: إسناد الرابطة العقدية لقانون دولة الموطن المشترك للمتعاقدين

يرى بعض الفقه أنه إذا كان المتعاقدين يقيمان في نفس الدولة، فإن هذا قد يعني رغبتهما في اخضاع حكم العقد لقانون تلك الدولة على أساس أنه من الطبيعي أن يحترم المتعاقدان قانون الدولة التي يعيشان فوق أراضيها.[3] و يدافع أنصار هذا الإسناد بالقول أن قانون الموطن هو القانون الذي إعتاد المتعاقدين على أن ينظموا سلوكهم وفق أحكامه، و بالتالي يجعلهم يتوقعوا ما يترتب عليه من آثار سلبية أو إيجابية. [4] هذا الإسناد أخذ به المشرع الجزائري، حيث أعطى لقانون دولة الموطن المشترك للمتعاقدين الموقع الأول في ترتيب ضوابط الإسناد، كما أخذت به بعض التشريعات الوطنية المقارنة، مثل القانون الدولي الخاص التشيكي الصادر سنة 1963، أين نصت المادة التاسعة منه على تطبيق قانون الموطن المشترك للمتعاقدين في حالة غياب الإرادة الصريحة أو الضمنية، كما جاء قانون الموطن المشترك في القانون الدولي الخاص البولوني الصادر سنة 1975[5]

يتسم هذا الإسناد بالوضوح ؛ رغم ذلك فإنه يصعب تطبيقه في مجال العقود التي تتم عبر الوسائط الإلكترونية، فالتعامل عبر شبكة الإنترنت يعتمد على عناوين إلكترونية لا على عناوين حقيقية، فجل المواقع على شبكة الإنترنت تحمل عناوين ترتبط ببلدان بعينها، إلا أنه لا يوجد لها مكان عمل حقيقي بالمعنى المتعارف عليه، كما أن هناك عناوين لا ترتبط ببلدان معينة، كما هو الشأن في العناوين التي

[1] - لزهر بن سعيد، مرجع سابق، ص 211.
[2] - صالح المنزلاوي، مرجع سابق، ص 333.
[3] - سلطان عبد الله محمود الجواري، مرجع سابق، ص144.
[4] - صالح المنزلاوي، مرجع سابق، ص 334.
[5] - سلطان عبد الله محمود الجواري، مرجع سابق، ص 144.

يشار إليها في نهاية المقطع بـ (COM) أو(ORG) ، مما يستلزم تفادي الاصطدام بالطابع الإقليمي و المادي لمعايير فض التنازع القانوني، على اعتبار أن هذه الضوابط يكتنفها الغموض وتشوبها صعوبات عند تطبيقها على عقود التجارة الإلكترونية.[1]

الصعوبات و الإشكالات التي ذكرناها، جعل الفقه و القضاء المعاصر يتجه إلى تبني ضوابط موضوعية أخرى لتحديد القانون الواجب التطبيق على العقد، و من أهمها ضابط الأداء المميز الذي سوف نتناوله فيما يلي:

الفرع الثاني: الإسناد المرن للرابطة العقدية – معيار الأداء المميز–

تم اعتماد هذا الضابط بناء على فكرة تنوع معاملة العقود و تحديد القانون الذي يحكم العقد، وفقا للالتزام الأساسي فيه، على اعتبار أنه مهما تعددت الالتزامات في العقد الواحد، إلا أنه يبقى أحد هذه الالتزامات هو الذي يعبر عن جوهر العقد و يتميز به، و عليه وجب الاعتماد عليه لتحديد القانون الواجب التطبيق على العقد.[2]

و عرف الأستاذ « JEAN-BAPTISTE » الأداء المميز للعقد بأنه "الأداء الذي يسمح بوصف العقد و تمييزه عن غيره من العقود الأخرى."[3]

يتميز هذا الضابط بمرونته و ملاءمته لكل أنواع العقود، بالإضافة إلى سهولة العلم المسبق به؛ و بالتالي يعد أداء مميزا، التزام البائع بتسليم المبيع للمشتري، و التزام المورد بتوريد الخدمة، على أساس أن هذه الالتزامات تعبر عن مركز الثقل الاجتماعي و الاقتصادي المراد من العملية التعاقدية.[4]

أخذت العديد من التشريعات الوطنية المعاصرة بهذه النظرية لتفادى اللجوء إلى اسناد الرابطة العقدية لضوابط جامدة عند تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد، فنجد المادة 117، من القانون الدولي الخاص السويسري الصادر سنة 1978، تقر أنه عند سكوت المتعاقدين عن اختيار القانون الذي يحكم العقد، يخضع هذا الأخير لقانون الدولة الأكثر ارتباطا بالعقد، و يفترض وجود هذه الروابط مع الدولة التي يوجد فيها محل الإقامة للمدين بالأداء المميز، أو التي تتواجد بها منشأة هذا الأخير إذا كان العقد أبرم في طار ممارسة نشاطه المهني، أو التجاري.[5]

[1] - صالح المنزلاوي، مرجع سابق، ص 334 و 335.
[2] - نقلا عن صالح المنزلاوي، مرجع السابق، ص 336 .
[3] - نقلا عن صالح المنزلاوي، نفس المرجع، ص 336.
[4] - لزهر بن سعيد، مرجع سابق، ص 214 و 215.
[5] - نقلا عن صالح المنزلاوي، مرجع السابق، ص 341.

كما نجد قانون التحكيم التجاري الدولي المصري، رقم: 27 لسنة 1994، يقضي بما يلي: " إذا لم يتفق الطرفان على القواعد القانونية الواجبة التطبيق على موضوع النزاع، طبقت هيئة التحكيم القواعد الموضوعية في القانون الذي ترى أنه الأكثر اتصالا بالنزاع."[1]

يعتبر ضابط الأداء المميز أحد أهم المبادئ الرئيسية لقانون التجارة الدولية، كما أنه من القواعد الأساسية التي قامت عليها اتفاقية لاهاي المبرمة في 15 يونيو1955، و الخاصة بالقانون الواجب التطبيق على البيوع الدولية للمنقولات المادية، حيث نصت المادة الثالثة، على أنه يعتد بمحل الإقامة العادية للبائع، أو مقر منشأته عند التعاقد، كضابط إسناد رئيسي لتعيين القانون الذي يحكم العقد، على أساس أن التزام البائع هو الأداء المميز للعقد، كما تبنت اتفاقية روما لسنة 1980، ضابط الأداء المميز للعقد، من خلال ما تقره المادة الرابعة منها و التي تنص على أنه عند سكوت المتعاقدين عن اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد، فإن قانون الدولة التي لها أكثر الروابط وثوقا بالعقد هو الذي يطبق على الرابطة العقدية، و هذه الروابط موجودة في الدولة التي يوجد بها محل الإقامة المعتادة للطرف الملتزم بتقديم الأداء المميز وقت ابرام العقد.[2]

يختلف ضابط الأداء المميز عن ضابط التوطين أو التركيز المكاني، ففي هذا الأخير يتحدد القانون الواجب التطبيق في مرحلة لاحقة، لا تسمح للمتعاقدين قبلها بمعرفة القانون الذي يحكم عقدهم؛ و بالتالي لا يحقق الأمان القانوني المنشود الذي نجده في ضابط الأداء المميز.

و بناء على ما جاء به التوجيه الأوربي للتجارة الإلكترونية الصادر بتاريخ 7 يونيو، سنة 2000، الذي أخذ بضابط الأداء المميز، فإن بنك المعلومات يعد تاجرا يقوم بإبرام الألاف من العقود يوميا، ومن الأفضل أن يتم تحديد القانون الواجب التطبيق بقانون الدولة التي يوجد بها البنك، فليس من المنطق أن يخضع كل عقد يبرمه البنك لقانون يختلف من عقد لآخر.[3]

رغم أن معظم تشريعات القانون الدولي الخاص والاتفاقيات الدولية و الاجتهاد القضائي أخذوا بنظرية الأداء المميز على عقود التجارة الإلكترونية، إلا أنه تعرض للانتقاد، نذكر أهمها في ما يلي:

- إعمال هذه النظرية يؤدي إلى إسناد العقد لقانون الطرف القوي في العقد، و التضحية بمصلحة الطرف الضعيف الذي يكون عادة المستهلك.

[1] - المادة 39 من قانون التحكيم التجاري الدولي المصري، رقم: 27، لسنة 1994.
[2] - صالح المنزلاوي، مرجع السابق، ص 342.
[3] - لزهر بن سعيد، مرجع سابق، ص 215 و 216 و 217.

- ترتكز هذه النظرية على اعتبارات جغرافية لا تتلاءم مع طبيعة المعاملات التي تتم عبر الوسائط الإلكترونية و التي تتعدى الحدود الجغرافية.
- يصعب تطبيق هذه النظرية على العقود الإلكترونية عندما يقوم الطرف المدين بالأداء المميز بإبرام عقد عن طريق حاسوب يملكه مقدم خدمات معلومات مقيم في نفس البلد التي يمارس نشاطه فيها، لأن القانون الواجب التطبيق سيكون قانون دولة مزود الخدمة لا قانون المدين بالأداء المميز.
- هناك صعوبة في تطبيق هذه النظرية على عقود التجارة الإلكترونية، حين يكون تنفيذ العقد إلكترونيا لأنه لا يوجد إقليم دولة معينة، يتم التنفيذ بها، بسبب البيئة غير المادية التي يتم فيها تنفيذ العقد، زيادة على ذلك التعاقد عبر الوسائط الإلكترونية يفترض فيه اتصال العقد وقت إبرامه بكافة الدول، لاتصال الإنترنت بها في ذات الوقت، ما يجعل تحديد قانون معين يحكم العقد أمرا صعبا.
- هناك عقود ذات طبيعة مركبة، تتساوى فيها الالتزامات من حيث الأهمية، ما يجعل أياً منها أداء مميزا، حيث يصعب أيضا في هذه الحالة تحديد القانون الذي يحكم العقد.[1]

الفرع الثالث: اسناد الرابط العقدية وفق قانون التجارة الإلكترونية الجزائري

تنص المادة الثانية، من قانون التجارة الإلكترونية على ما يلي: " يطبق القانون الجزائري في مجال المعاملات التجارية الإلكترونية في حالة ما إذا كان أحد أطراف العقد الإلكتروني:

- متمتعاً بالجنسية الجزائرية، أو
- مقيماً إقامة شرعية في الجزائر، أو
- شخصاً معنوياً خاضعاً للقانون الجزائري،
- أو كان العقد محل ابرام أو تنفيذ في الجزائر.

عمل المشرع الجزائري من خلال نص المادة المذكورة أعلاه، على تعميم تطبيق القانون الجزائري في الحالات المذكورة لتجب تطبيق القانون الأجنبي تشجعاً للمتعاملين الجزائريين و المقيمين في الجزائر على النشاط و المعاملات التجارية و حمايتهم من أحكام قانونية أجنبية لا علم لهم بها.

[1] - صالح المنزلاوي، مرجع السابق، ص 344 و345 و 346.

المبحث الثاني: التحكيم الإلكتروني كآلية بديلة لتسوية منازعات عقود التجارة الإلكترونية

ازداد معدل اللجوء للتحكيم و أعتبر حجر زاوية بالنسبة للتجارة الدولية عامة و التجارة الإلكترونية خاصة، لما لمسه المتنازعون من فعالية التحكيم في فض منازعات التجارة الدولية وتحقيق متطلباتها القائمة على قواعد خاصة تتلاءم و اقتصاد السوق، إلى جانب الرغبة في تجاوز عقبة تنازع القوانين و التحرر من القواعد الوطنية خصوصا في مجال عقود الاستثمار، كل هذا أدى إلى ارتفاع حجم المنازعات المعروضة على هيئات التحكيم.

و للإلمام بهذا المبحث سنعمل على تناول مفهوم التحكيم الإلكتروني(المطلب الأول)، ثم نعرج للنظر في كيفية تعيين المحكمين قبل عرض مراحل سير اجراءات التحكيم الإلكتروني (المطلب الثاني).

المطلب الأول: مفهوم التحكيم الإلكتروني

نتطرق إلى تعريف التحكيم الإلكتروني (الفرع الأول)، ثم نبحث في مميزاته (الفرع الثاني).

الفرع الأول: تعريف التحكيم الإلكتروني

تباينت و تعددت التعاريف الخاصة بالتحكيم الإلكتروني على حسب الزاوية التي يتناول كل فقيه منها التحكيم.

ذهب البعض إلى تعريف التحكيم بصفة عامة على أنه" نظام قضائي يختار فيه الأطراف قضائهم ويعهدون إليهم بمقتضى اتفاق مكتوب بمهمة تسوية المنازعات، التي قد تنشأ أو نشأت بالفعل بينهم بخصوص علاقاتهم التعاقدية، أو غير التعاقدية، و التي يجوز حسمها بطريق التحكيم وفقا لمقتضيات القانون و العدالة، وإصدار قرار قضائي ملزم لهم."[1]

يرى بعض الفقه أن مفهوم التحكيم الإلكتروني لا يختلف عن المفهوم المتعارف عليه للتحكيم، كإجراء خاص لحسم منازعات التجارة الإلكترونية و أن التميز في الآلية التي يتم بها هذا الإجراء من بدايته إلى نهايته باستخدام الوسائط الإلكترونية، ومنه فإن الإجراء كله يتم إلكترونيا بدء من الاتفاق على التحكيم بملء النموذج الذي يُرسل بعد ذلك إلى الطرف الأخر، فيكون بذلك قد تمت دعوته إلى التحكيم إذا قبل المشاركة فيه بقبول الدعوى التي رفعت ضده، مرورا بتبادل السندات و سماع الشهود و الخبراء و انتهاء

[1] - عصام عبد الفتاح مطر،" **التحكيم الإلكتروني**"، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2009، ص 38.

بصدور حكم يتعهد الأطراف باحترامه أيا كانت القوانين و المعاهدات الواجبة التطبيق، ويبقى لمن حُكم لصالحه الحصول على القوة التنفيذية لهذا الحكم.[1]

فلما كانت العقود و التصرفات التي تتم في إطار قانوني تقليدي تختلف جزئيا أو كليا في بعض الأحيان عن العقود و التصرفات التي يتم إبرامها عبر الوسائط الإلكترونية، فإنه من الضروري البحث عن وسائل وآليات لحل المنازعات المترتبة عن هذه الأخيرة، تكون بديلا يتناسب مع أوضاع التكنولوجيا الحديثة المستخدمة في إبرام الصفقات و تنفيذ العقود المبرمة عبر الوسائط الإلكترونية.

يتمثل هذا البديل في تبني قواعد قانونية جديدة تتلاءم و تتوافق مع هذا النوع الجديد من التجارة، فكان من الطبيعي أن تتضافر الجهود على المستويين الوطني و الدولي لوضع القواعد و الإطار القانوني الذي يجري بداخله وفي ظله التحكيم التجاري الإلكتروني.[2]

و من خلال ما سبق يمكن تعريف التحكيم الإلكتروني بأنه" التحكيم الذي تتم إجراءاته عبر شبكة الإنترنت وفق قواعد خاصة دون الحاجة إلى التقاء أطراف النزاع و المحكمين في مكان معين."[3]

لا يختلف تعريف التحكيم الإلكتروني عن التحكيم التقليدي، إلا من خلال الوسيلة التي تتم بها إجراءات التحكيم في العالم الافتراضي، فلا وجود للدعامة الورقية و الكتابة التقليدية ولا الحضور المادي للمتنازعين، وحتى الأحكام الفاصلة في النزاع، يتم الحصول عليها موقعة وجاهزة بطريقة إلكترونية.[4] و لا يوجد مانع من أن يتم التحكيم الإلكتروني في بعض مراحله إلكترونيا و في مراحل أخرى بالطرق التقليدية.

لا يوجد في نظام التحكيم الإلكتروني مكان تحكيم حقيقي، بل يحدد المكان مجازا، أو افتراضيا، و لا يلتقي فيه الأطراف أو المحكمون، بل يتم ذلك على الخط عبر الوسائط الإلكترونية، و هو ما يثير مشكلة المكان و الوقت الذين يعتبر فيه حكم التحكيم قد صدر، و لذلك يلجأ أطراف التحكيم في مرحلة التفاوض إلى الاتفاق مسبقا على تحديد مكان صدور الحكم.[5]

أقرت التشريعات الدولية بهذا النوع من التحكيم و أشارت إليه في العديد من النصوص و التوصيات، حيث نص التوجيه الأوربي رقم: 2000/31 في ما تعلق ببعض المظاهر القانونية لخدمة مجتمع

[1] - عصام عبد الفتاح مطر، مرجع سابق، ص 42.
[2] - فادي محمد عماد الدين توكل، مرجع سابق، ص 196.
[3] - عصام عبد الفتاح مطر، مرجع سابق، ص 42.
[4] - لزهر بن سعيد، مرجع سابق، ص 241.
[5] - فادي محمد عماد الدين توكل، مرجع سابق، ص 197و 198.

المعلومات و التجارة الإلكترونية على أنه " تسمح الدول الأعضاء لموردي خدمات المعلومات و المتعاملين معهم بتسوية منازعاتهم بعيدا عن أروقة المحاكم و باستخدام الوسائل التكنولوجية المعروضة في العالم الإلكتروني وفي مجتمع المعلومات في فض المنازعات."[1]

و يبقى التحكيم الإلكتروني أمرا استثنائيا لا يجوز اللجوء إليه أو التمسك به، إلا باتفاق صريح بين المتعاقدين على اللجوء إلى التحكيم التقليدي أو الإلكتروني عوض اللجوء إلى القضاء العادي، و يرجع التوجه نحوى هذا النوع من التحكيم –التحكيم الإلكتروني– إلى الميزات التي يتمتع بها التي تجعله يتلاءم مع السرعة التي تتميز بها التجارة الإلكترونية، زيادة على رغبة المتعاملين في عرض منازعاتهم أمام التحكيم الإلكتروني لتحقيق وحدة و تجانس داخل السوق الإلكتروني.

اعتماد هذا النظام البديل لحل المنازعات، جعل العديد من المنظمات المعنية يُعِدُ أنظمة خاصة بالتحكيم الإلكتروني لمواجهة خصوصية منازعات عقود التجارة الإلكترونية، لاسيما أن الدول لم تتدخل بإصدار تشريعات و إعداد اتفاقية دولية تضع حلولا سريعة وقواعد قانونية جديدة خاصة بالتجارة الإلكترونية، و من هذه المنظمات، المنظمة العالمية للملكية الفكرية التي أنشأت مركزا للتحكيم و الوساطة خاصا بها، كما ظهر نظام القضاء الافتراضي بأمريكا سنة 1996.[2]

الفرع الثاني: مميزات التحكيم الإلكتروني

يتميز التحكيم الإلكتروني بعدة ميزات نذكرها فيما يلي:

– تُمكن أطراف النزاع و المحكمين التواصل بشكل مباشر دون التواجد الفعلي بنفس المكان، ما يؤدي إلى توفير نفقات التقاضي، على اعتبار أن المتعاقدان و الشهود و الخبراء غير ملزمون بالتنقل إلى مكان التحكيم الذي يكون غالبا بعيدا عن محل اقامتهم.

– تسهيل عملية التخزين، الاسترجاع، المراجعة، ومعاودة استخدام المعلومات المخزنة.[3]

– السرعة في اصدار حكم التحكيم، راجع إلى مرونة و سرعة التعامل عبر الوسائط الإلكترونية، مثل تقديم الأوراق و المسندات المطلوبة، من خلال استخدام البريد الإلكتروني بدل البريد التقليدي، و تجنب الإجراءات الشكلية التي تتعلق بالإثبات أو غيرها من الإجراءات التي تعيق حل النزاع أو تؤخر الفصل فيه، فنجد الكثير من أنظمة التحكيم الإلكتروني تلزم المحكم بإصدار قراره في وقت محدد، ومن أمثلة ذلك

[1]- المادة الأولى من التوجيه الأوربي رقم: 31/2000.
[2] - لزهر بن سعيد، مرجع سابق، ص 237 و 238.
[3] - عصام عبد الفتاح مطر، مرجع سابق، ص 53.

اللائحة الموحدة لمنظمة الإيكان الخاصة بالتحكيم في المنازعات الناشئة عن تسجيل أسماء وعناوين مواقع إلكترونية مشابهة، أو مطابقة لعلامات أو أسماء تجارية مشهورة، إذ يمكن الحصول على أمر بشطب اسم أو عنوان الموقع خلال 60 يوما من تاريخ تقديم طلب التحكيم، على خلاف ذلك في النزاع الذي يجرى أمام المحاكم التقليدية، حيث لا يوجد كقاعدة عامة ما يلزم المحكمة في حسم النزاع في وقت معين.

– تجاوز القوانين الوطنية، لتجنب العوائق القانونية التي تفرضها هذه القوانين، سواء كانت من الناحية الشكلية أو الموضوعية، حيث يعتبر التحكيم الإلكتروني هو الأكثر ملاءمة من غيره لتحقيق العدالة في منازعات التجارة الإلكترونية خاصة و أن القوانين الوطنية تبدو غير مؤهلة للتعامل مع هذا النوع المستحدث من المنازعات.

– لا يلزم أن يكون المُحكم رجل قانون، على أساس أن المنازعات في هذا المجال غالبا ما ترتبط بأمور تقنية بالغة الدقة يصعب على أهل القانون فهم تفاصيلها؛ وعلية يمكن للأطراف اختيار مُحكِم له خبرة في مجال النشاط الذي يتعلق به النزاع، فقد يكون مهندسا أو طبيبا أو رجل أعمال، مما يجعله مؤهلا للفصل في النزاع دون أن يكون مجبرا على الاستعانة بخبير.

– الالتزام بالمحافظة على سرية المعلومات، وهذا ما تتميز به المعاملات التجارية بشكل عام و التجارة الإلكترونية بوجه خاص، لما قد يؤدي الإفصاح عن هذه المعلومات بخسائر فادحة، و طبيعة التحكيم الإلكتروني الذي يعتمد على استخدام الوسائل الفنية في إدارة التحكيم من شأنها أن تجعل الوصول إلى المعلومة أو البيانات الخاصة بالتجارة الإلكترونية أمرا شبه مستحيل، و تنهي حالات الإهمال المادي التي قد تؤدي إلى الكشف عن مضمون بعض الأحكام الخاصة بالنزاع.[1]

المطلب الثاني: تعيين المحكمين و سير الإجراءات في التحكيم الإلكتروني

الفرع الأول: تعيين المحكمين في التحكيم الإلكتروني

يرى بعض الفقه أنه يمكن تشكيل المحكمة التحكيمية المختصة أو تسمية المحكمين حسب الطرق التالية:

1- يتم تسمية المحكمين باتفاق الأطراف؛ و بالتالي يعود اختيار هيئة التحكيم إلى الإرادة الصريحة للأطراف.

[1] - فادي محمد عماد الدين توكل، مرجع سابق، ص 202- 208.

2- يتم تسمية المحكمين من طرف الغير برضاء الأطراف، وعلى سبيل المثال لا الحصر، إحالة الأطراف تعيين المحكمين إلى لوائح هيئة من هيئات التحكيم.

3- يتم تسمية محكم من قبل كل طرف، وفي الأخير يقوم المحكمان المختاران باختيار المحكم الثالث، و هو الأسلوب الأكثر شيوعا في هذا النوع من التحكيم.[1]

أما في حالة عدم اتفاق الأطراف على عدد المحكمين، فإن الهيئة تتكون من واحد أو أكثر على أن يكون العدد فرديا.

يفترض الرجوع إلى إرادة الأطراف في اتفاق التحكيم في ما تعلق باختيار و تشكيل هيئة التحكيم، ففي حالة اتفاق الأطراف على طريقة معينة لاختيار المحكمين، تعين الالتزام بهذا الاتفاق على أساس سمو اتفاق التحكيم، و هو ما أخذ به المشرع المصري و الفرنسي و قانون التحكيم النموذجي للأمم المتحدة وقواعد غرفة التجارة الدولية بباريس و اتفاقية واشنطن لتسوية منازعات الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى.

و تسمية المحكمين تتم بمعرفة محكمة التحكيم، مثال ما تقرره المادة الثامنة، من لائحة تحكيم المحكمة الإلكترونية و التي تقضي في فقرتها الأولى، أن محكمة التحكيم يتم تشكيلها بتسمية مُحكم واحد، أو ثلاثة محكمين، وذلك بمعرفة سكرتارية المحكمة، و يتولى هؤلاء مهمة تعيين محكم يتولى رئاسة المحكمة، أما إذا تعذر عليهم ذلك، فإن الأمر يعود إلى السكرتارية، كما تختص هذه الأخيرة بمنح كل محكم دليل الدخول و كلمة المرور للدخول إلى موقع القضية، و لا يملك الأطراف الخاضعون لنظام تلك المحكمة سوى قبول أحكامه حسب نص المادة 3/8 من لائحة تحكيم المحكمة الإلكترونية.[2]

و فيما تعلق برد المحكم أوضح قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري عدة حالات لرد المحكمين في نص المادة 1016، كما نص قانون التحكيم المصري على وضع عدة ضوابط لرد المحكم حتى لا يستغل الخصوم حق الرد لتعطيل سير التحكيم.

ويتم الرد في إطار التحكيم الإلكتروني عن طريق اخطار يرسل إلكترونيا، كما هو مقرر في نص المواد 3-23، من نظام تحكيم المنظمة العالمية للملكية الفكرية (wipo)، بالنسبة لمنازعات اللجان الإدارية بشأن أسماء حقول الإنترنت، كما حددت لائحة المحكمة الإلكترونية في نص مادتها العاشرة إجراءات رد المحكمين، حيث يجب أن يكون الرد مؤسسا، كما يجب أن يقدم خلال عشرة أيام من تاريخ

[1] - عصام عبد الفتاح مطر، مرجع سابق، ص 158 و 159.
[2] - لزهر بن سعيد، مرجع سابق، ص 264 و 265 ، أنظر أيضا عصام عبد الفتاح مطر، مرجع سابق، ص 159.

تعيين المحكم، أو من تاريخ علم الطرف طالب الرد بالأسباب التي أخذ بها والتي بنى عليها الرد، وتفصل سكرتارية المحكمة في طلب الرد المقدم بقرار نهائي غير قابل للطعن.[1]

الفرع الثاني: سير إجراءات التحكيم الإلكتروني

تعتبر إجراءات التحكيم جملة من الأعمال الإجرائية المتتالية التي تهدف إلى الوصول إلى حكم يصدر عن هيئة التحكيم يفصل في النزاع المطروح بين طرفي التحكيم، فبالإضافة إلى إجراءات التحكيم التقليدي يتم العمل بإجراءات أخرى خاصة بالتحكيم الإلكتروني باتفاق الأطراف، من أهمها كيفية التواصل بين الخصوم و المحكمين عن بعد عبر الوسائط الإلكترونية، وكيفية تقديم المستندات إلكترونيا، كما يجوز للأطراف تحديد إجراءات التحكيم الإلكتروني ضمن اتفاق التحكيم.[2]

وتسير عملية التحكيم عبر عدة مراحل إلى غاية صدور الحكم، نعمل على تبيانها فيما يلي:

أولا–طلب اللجوء للتحكيم: يقوم المدعي بتحديد شخصية المدعي عليه بشكل دقيق وتحديد موضوع النزاع الذي يرغب المتخاصمين في اخضاعه للتحكيم عند ملء النموذج المبين على موقع الإنترنت، و المعد سلفا من قبل المركز، أو الجهة المعنية بالتحكيم، كما يبين ما قد يقترحه من حلول مناسبة، ويقوم كل طرف بتحديد أسماء ممثليه للنظر في النزاع و تحديد وسيلة الاتصال بهم، سواء كان عن طريق البريد الإلكتروني أو الفاكس أو التلكس و يعقد مؤتمر عن بعد (conférence vidéo) بين جميع الأطراف، يتم وفقها تحديد عدد المحكمين و اختيار طريق الإجراءات التي يرغب في اتباعها، و تعيين مدة التحكيم و مناقشة كل ما يخص موضوع التحكيم.[3]

و يستوجب إعداد هذا الطلب عناية فائقة، لأن تعديله يخضع للسلطة التقديرية للمحكم و تنص المادة الأولى من القواعد المنظمة لغرفة التجارة الدولية بباريس، CC1، على أن يرسل الطلب للسكرتارية و يخطر به المدعى عليه، و يلاحظ أن كلمة يرسل لا تقتصر فقط على الرسائل البريدية، بل يمتد المعنى أيضا ليتضمن الطلب الإلكتروني و هو ما أقرته المادة 2/3 من قواعد الغرفة، فبعد أن نصت على إجرائه بالبريد أو الفاكس وغيرها، أضافت عبارة "وكل وسيلة للاتصال تثبت حدوثه".

[1] - لزهر بن سعيد، نفس المرجع، ص 265 و 266.
[2] - جعفر ذيب المعاني، مرجع سابق، ص107 و 108.
[3] - لزهر بن سعيد، مرجع سابق، ص 267.

وبعد أن يتم ملء نموذج إلكتروني موجود على موقع المحكمة، و إنشاء موقع خاص بكل قضية عبر الوسائط الإلكترونية، يختار كلمة مرور شخصية له على الموقع حتى يمكن له مباشرة إجراءات التقاضي من خلال الموقع الإلكتروني.[1]

ثانيا– تبادل الوثائق و الطلبات: تبادل المسندات و الوثائق و أدلة الإثبات بين أطراف النزاع يساعد المحكم على الفصل في موضوع النزاع، و لا شك أن إشكالية الكتابة التي تثور في الإطار الإلكتروني تفرض نفسها بصفة أساسية فيما يخص الوثائق و المستندات و الطلبات و المذكرات التي تقدم أثناء المناقشات أو المرافعات، فما جاء في نص المادة 2/20، من لائحة تحكيم غرفة التجارة الدولية بباريس، يقر بأن كل هذه الوثائق ترد على دعائم ورقية، حيث جاء في نص المادة ما يلي: " بعد فحص الأدلة المكتوبة و سجل المستندات المقدمة من جانب الأطراف للمرافعات، تستمع المحكمة إلى أقوال الأطراف في مواجهة بعضهم بعضا بناء على طلب أحدهم، كما لها أن تقرر سماعهم من تلقاء نفسها."

غير أنه ونتيجة للتقدم الهائل في مجال الاتصال الحديثة و ازدياد درجة الثقة في هذه الوسائل، جعل العديد من المؤسسات المعنية بالتحكيم إلى الاعتراف بالتبادل الإلكتروني للأدلة و المستندات و الوثائق الإلكترونية بين أطراف النزاع، ما يجعلها مقبولة لدى المحكم للاعتماد عليها من أجل الفصل في النزاع.[2]

وهذا ما تؤكده القواعد المنظمة للمحكمة الفضائية، حيث نصت المادة الثالثة على أن الاتصال بالسكرتارية يكون من خلال البريد الإلكتروني، كما نص نظام التحكيم المستعجل التابع لـ WIPO على إمكانية نقل الوثائق و المستندات عبر الوسائط الإلكترونية باستثناء الوثائق الأصلية التي يتم ارسالها عبر البريد المستعجل.[3]

ثالثا–إدارة جلسات التحكيم الإلكتروني: تعطي الوسائط الإلكترونية الحديثة المجال واسعا من أجل تبادل النصوص و الصور و الأصوات بشكل فوري و لحظي بين الأطراف، مثل تقنية البريد الإلكتروني التي تسمح بنقل المستندات و البيانات عبر الإنترنت زيادة على ذلك، فإن المؤتمرات المرئية عن بعد (téléconférence) تعتبر إجراء يتعلق بالجلسة، تضمن تواجد الأفراد بطريقة افتراضية، و بذلك نستطيع القول أن المؤتمرات الافتراضية تعتبر بديلاً عن الحضور المادي للأطراف في الجلسات، حيث نجد لائحة المحكمة الإلكترونية في نص المادة 2/21، تقضي بما يلي: " للمحكمة أن تستخدم كل وسيلة

[1] - فادي محمد عماد الدين توكل، مرجع سابق، ص 232 و 233.
[2] - جعفر ذيب المعاني، مرجع سابق، ص 120 و 121.
[3] - فادي محمد عماد الدين توكل، مرجع سابق، ص 233.

معقولة تسمح بتبادل البلاغات بشكل مناسب بين الأطراف"، كما نجد نص المادة 48، من لائحة المنظمة العالمية للملكية الفكرية wipo الخاصة بالمنازعات الإدارية في أسماء الحقول، تقضي بأن مصطلح الجلسة يجب أن يشمل فضلا عن الاجتماعات بين الأشخاص ماديا- المداولات التليفونية و المداولات المرئية و التبادل الفوري و الموثوق للبلاغات الإلكترونية و بأسلوب يسمح لكل الأطراف باستقبال و إرسال البلاغات.[1]

[1] - لزهر بن سعيد، مرجع سابق، ص270 و 271.

الخاتمـــة

من خلال الدراسة و البحث في موضوع عقود التجارة الإلكترونية الذي يعد من أهم المواضيع الحديثة، يتضح جلياً الأهمية التي أولتها الهيئات و المنظمات العالمية على رأسها لجنة الأمم المتحدة للتجارة الدولية لهذا النوع من العقود، وهو ما جعل جل التشريعات المقارنة في سباقٍ للزمن من أجل العمل على مواكبة تشريعاتها نظام المعاملات الإلكترونية.

الجزائر ليس في معزل عن التطور الهائل في هذا المجال، غير أنها تأخرت كثيراً في مواكبة التقدم المتسارع في رقمنة كل المعاملات الاقتصادية و الادارية و التعلمية وغيرها من القطاعات، رغم أن المشرع الجزائري أصدر قانون التجارة الإلكترونية و العديد من التشريعات المرافقة لتنظيم المعاملات التجارية، إلا أنه عملياً هناك العديد من المعوقات التي حالت دون ازدهارها و إنتشارها.

عملنا في طيات هذه المطبوعة على التعرف عن قرب على عقود التجارة الإلكترونية، من خلال التدقيق في مفهومها والنظر في طبيعتها و تمييزها عن غيرها من العقود، وتبيان طبيعتها القانونية، بالإضافة إلى العمل على تحديد خصائص العقد التجاري الإلكتروني، على أساس أنه يقوم على دعامة إلكترونية يحتاج إلى قواعد خاصة تختلف عن القواعد المنظمة للعقود التقليدية.

كما تطرقنا في هذه الدراسة إلى النظر في كيفية ابرام العقد الإلكتروني الذي يعتبر تعاقد عن بعد، تطبق عليه القواعد العامة للعقد، مع الأخذ بعين الاعتبار الوسيلة الإلكترونية التي يتم بها و التي تعتبر الإنترنت من أهمها، و حاولنا في الأخير تحديد القانون الواجب التطبيق في المنازعات المرتبطة به.

وقد توصلنا بعد الدراسة والبحث في موضوعنا إلى **عدة نتائج متنوعة**؛ نذكرها كما وردت في الدراسة وفقاً للترتيب التالي:

01- تبنى المشرع الجزائري المعاملات الإلكترونية بعد صدور القانون رقم: 10/05، المعدل و المتمم للقانون المدني الجزائري، الذي انتقل فيه المشرع من النظام الورقي إلى النظام الإلكتروني في نص المادتين 323 مكرر و المادة 323 مكرر1، و إقراره للمعاملات الإلكترونية و الدفع الإلكتروني و الإثبات الإلكتروني في عدة قوانين متفرقة من أهمها القانون المدني وقانون القرض و النقد و القانون التجاري و قانون العقوبات، فضلا عن كل هذا أصدر المشرع تشريعين مهمين لتنظيم المعاملات التجارية الإلكترونية، و هما القانون رقم :18-05، المتعلق بالتجارة الالكترونية، و القانون رقم: 15-04، المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين.

02- يعتبر التفاوض وسيلة مهمة للتفاهم و تقريب وجهات النظر بين المتعاملين عبر الوسائط الإلكترونية، حيث يعمل دوراً وقائياً و حيوياً وفعالاً في التحضير لمرحلة ابرام العقد و الحد من أسباب النزاع في المستقبل، و يُؤمن لكل واحد من المتفاوضين الاطلاع على التفاصيل الدقيقة الخاصة بشروط العقد و المواصفات الأساسية المتصلة بالمحل المتفاوض بشأنه.

03- يطرح الإيجاب عبر المواقع الإلكترونية إشكالية التكييف القانوني للإعلان عبر شبكة الويب، حيث يرى البعض أنه دعوى إلى التعاقد و ليس إيجاباً، حتى لوكان الإعلان يحتوي على جميع المسائل الجوهرية للعقد، إلا في حالة كان الإعلان عن السلع و الخدمات يُعتَد به بشخص المتعاقد، فنكون في هذه الحالة أمام إيجاب، لذلك يحرص المُعلن على شبكة الإنترنت على أن يجعل المستهلك هو المُوجب و يكون البائع أو المورد أو المنتج هو القابل.

04- يرى بعض الفقه أنه من الصعب اعتبار السكوت الملابس تعبيراً عن القبول الإلكتروني، كما في حالة التعامل السابق بين المتعاقدين، و الذي يحدث كثيرا عبر شبكة الوسائط الإلكترونية، وعليه من الناحية العملية لا يكفي اعتبار السكوت قبولا، إلا إذا كان هناك اتفاق بين الأطراف المتعاقدة على ذلك، سواء كان صريحا، أم ضمنيا.

05- يعد موضوع صحة التراضي في العقد الإلكتروني من أكثر المسائل أهمية في التعاقد لعدم وجود خيار الرؤية للبضاعة و السلعة المعروضة في التعامل الإلكتروني، ما يسهل الاحتيال و الغش في هذا النوع من العقود، و هو ما جعل جل التشريعات المقارنة تعطي حق العدول للمستهلك، على خلاف المشرع الجزائري الذي لم يذكر العدول و لم ينظمه إلا فيما إذا كان محل اتفاق بين المتعاقدين، و هما يعتبر انقاصاً في الحماية الكافية للمستهلك.

06- حق العُدول في التعاقد لا يخالف نظرية عيوب الإرادة، فلكل منهما مجال إعماله وقواعده و أحكامه الخاصة، العدول يهدف إلى جعل رضا المتعاقد متمهلاً غير متسرع فيه، أما عيوب الإرادة، فتحمي رضا المتعاقد من حيث كونه رضاً صحيح؛ و على هذا الأساس إذا وقع المستهلك في غش وتحايل مع البائع مثلاً، للتأثير على ارادته، يكون للمستهلك في هذه الحالة حق العدول إذا كانت آجال مدة العدول ما زالت سارية، كما يكون له أيضاً طلب إبطال العقد على أساس نظرية عيوب الإرادة.

07- استثنى المشرع الجزائري في قانون التجارة الإلكترونية المعاملات التي تكون محلها كل سلعة أو خدمة تستوجب عقد رسمي، وهو ما يعني استثناء المعاملات العقارية من بيع و ايجار ورهن و غيرها من التصرفات الواردة على عقار، و هو حكم حسب رأينا يرهن تطور التجارة الإلكترونية و ينعكس سلباً على الاستثمار العقاري بشتى أشكاله، هذا الحكم وفق تقديرنا جاء ناتج عن سوء التنظيم العقاري في الجزائر،

حيث لايوجد سوق عقاري منظم، إضافة إلى وجود اشكالية العقود العرفية و عدم اكتمال مسح الأراضي، فضلاً عن ما سبق ذكره، نشهد تأخراً في سير رقمنة المحافظات العقارية و مؤسسات التوثيق، ما يعيق التعامل الإلكتروني في هذا المجال.

08-- تعتبر أنظمة الدفع الإلكتروني الحديثة من أهم افرازات الثورة التقنية و التكنولوجية و أبرزها في مجال المعاملات المالية و المصرفية العالمية، و أصبحت لها أهمية بالغة على المستوى المالي و الاستثماري، حيث أنتجت صناعة مالية ومصرفية عالمية جديدة لها آثارها.

09- لم يتعرض قانون التجارة الالكترونية الجزائري للمسألة المرتبطة بزمان ومكان إبرام العقد، في حين حددها قانون اليونسيترال بزمان و مكان إرسال و استلام رسائل البيانات، حيث أجاز للمتعاقدين الاتفاق على تحديد زمان ومكان إرسال و استلام رسائل البيانات، أما في حالة عدم اتفاقهم، فقد أكد على اعتبار أن رسالة البيانات قد أرسلت عندما تدخل إلى نظام المعلومات.

10- الكتابة الإلكترونية مقبولة في الإثبات بنفس الحجية المعطاة للكتابة على الدعامة الورقية بشرط إمكانية تحديد الشخص الذي أصدرها، و أن يكون حفظها قد تم في ظروف تضمن سلامتها من أي تغيير أو تعديل أو تزوير.

11- من الواضح تأثر المشرع الجزائري بقانون اليونسيترال النموذجي الخاص بالتوقيع الإلكتروني ونصوص التوجيه الأوربي وإقراره لنفس الشروط تقريباً، حيث عمل من خلال القانون رقم: 15-04، المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين على تحديد هذه الشروط، أين نص على أنه يجب أن تتوافر في التوقيع الإلكتروني الموصوف، أن يكون مبني على أساس شهادة تصديق موصوفة، كما يجب أن يرتبط بالموقع دون سواه، وذلك من خلال تحديد هوية الموقع. كما أكد المشرع أن يكون التوقيع الإلكتروني مصمماً بواسطة آلية مؤمنة خاصة بإنشاء التوقيع الإلكتروني، وأن يكون منشأ بواسطة وسائل تكون تحت التحكم الحصري للمُوقِع، بالإضافة إلى أن يكون مرتبطاً بالبيانات الخاصة به، بحيث يمكن الكشف عن أي تغيير لاحق لهذه البيانات.

12 - يبقى من المهم أن نشير إلى أن وصف العقد الإلكتروني على أنه عقد دولي باعتباره يقع في الكثير من الأحيان بين متعاقدين من دولتين مختلفتين و في مكان افتراضي، جعل جل التشريعات المقارنة تُقر تطبيق قانون الارادة باعتباره القانون الواجب التطبيق على العقد التجاري الإلكتروني، و تُشجع على الذهاب إلى التحكيم الإلكتروني، كأنسب وسيلة لفض هذا النوع من النزاعات الناشئة عن العقد التجاري الإلكتروني، في حين ذهب المشرع الجزائري في قانون التجارة الإلكترونية إلى تطبيق القانون الجزائري في حالة كان أحد

الأطراف جزائري الجنسية أو مقيما اقامة شرعية في الجزائر أو تم ابرام العقد في الجزائر لفرض الحماية الكافية للمتعاملين.

13- تبنت العديد من التشريعات الوطنية ما استقر عليه فقه القانون الدولي الخاص في تحديد القانون الذي يحكم العقد عند غياب إرادة المتعاقدين، حيث بني هذا الاتجاه على أساس فكرة الإرادة الضمنية للمتعاقدين، وهذا بوصفه اسناداً معبراً عن الصلة الوثيقة التي تربط العقد بقانون دولة محل إبرامه أو تنفيذه أو جنسية المتعاقدين أو موطنهما المشترك، و هو ما نصت عليه المادة 18، من القانون المدني الجزائري.

14- يبقى التحكيم الإلكتروني أمراً استثنائياً لا يجوز اللجوء إليه أو التمسك به، إلا باتفاق صريح بين المتعاقدين على اللجوء إلى التحكيم التقليدي أو الإلكتروني عوض اللجوء إلى القضاء العادي، و يرجع التوجه نحوى هذا النوع من التحكيم –التحكيم الإلكتروني– إلى الميزات التي يتمتع بها و التي تجعله يتلاءم مع السرعة التي تتميز بها التجارة الإلكترونية، زيادة على رغبة المتعاملين في عرض منازعاتهم أمام التحكيم الإلكتروني لتحقيق وحدة و تجانس داخل المعاملات الإلكترونية.

قائمة المصادر والمراجع

أولا: قائمة المصادر

I –القوانين الوطنية

أ–القوانين العادية

1- القانون رقم: 90-10، **المتضمن النقد و القرض**، الصادر بتاريخ 1990/04/16، معدل بموجب الأمر رقم :11/03، المؤرخ في 2003/06/26 ،ج رج ج، العدد 52، مؤرخة في 2003./08/27

2- القانون رقـــــــــم :02/04 ، **المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية**، الصادر في27 يونيو2004، المعدل والمتمم بالقانون رقـــم: 06/10، ج ر، عدد 46. الصادرة بتاريخ. 15غشت 2010.

3- القانون رقم:05-02، المؤرخ في 2005/02/06، المعدل و المتمم للأمر رقم :75-59، المؤرخ في 1975/06/26، **المتضمن القانون التجاري**، ج ر ج ج ،العدد 11، المؤرخة في2005/02/09.

4- القانون رقم :09-04، المؤرخ في 05 أوت 2009 ، **يتضمن القواعد الخاصة للوقاية من جرائم تكنولوجيا الإعلام و الاتصال و مكافحتها**، ج ر ج ج، العدد 47 ، الصادرة بتاريخ 2009/08/16.

5- القانون رقم: 15-04، المؤرخ في أول فيفري2015، **يحدد القواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين**، ج ر ج ج، العدد 06، المؤرخة في 10 فيفري.2015

6- القانون رقم : 18-05، المؤرخ في 10 ماي2018، **يتعلق بالتجارة الإلكترونية**، ج رج ج، العدد 28، المؤرخة في 16 ماي 2018.

ب–الأوامر

1- الأمر رقم: 75-58، المؤرخ في 1975/09/26، المتضمن **القانون المدني الجزائري** المعدل والمتمم، ج ر ج ج، العدد 78، المؤرخة في 1975/09/30.

2- الأمر رقم 06/05، المؤرخ في 23 أوت 2005، المعدل و المتمم بالأمر رقم 06- 09 ، المؤرخ في 15 يوليو 2006، **المتعلق بمكافحة التهريب**، ج ر ج ج، العدد 59 لسنة 2005.

ج- المراسيم

1- المرسوم التنفيذي 98-257، الصادر بتاريخ في 25 اوت 1998، **المتضمن ضبط شروط و كيفيات إقامة خدمات الإنترنت و استغلالها**، ج ر ج ج ، العدد 63 لسنة 1998.

2- المرسوم التنفيذي رقم: 2000-307، المؤرخ في 14 أكتوبر 2000، **المتعلق بالنشاطات الاقتصادية المقننة**، ج ر ج ج ، العدد 60، لسنة 2000.

3- المرسوم التنفيذي رقم:07-162، المؤرخ في 30 ماي 2007 ، يعدل و يتمم المرسوم التنفيذي رقم:01- 123، المؤرخ في 09 ماي 2001 **والمتعلق بنظام الاستغلال المطبق على كل نوع من أنواع الشبكات بما فيها اللاسلكية الكهربائية وعلى مختلف خدمات المواصلات السلكية و اللاسلكية**، ج ر ج ج، العدد 37، المؤرخة في 07 جوان 2007.

II: القوانين الدولية و الأجنبية

أ- القوانين الدولية

1-قانون اليونسيترال النموذجي للتجارة الإلكترونية، لسنة 1996.

2- القانون النموذجي الخاص بالتوقيع الإلكتروني، لسنة 2001.

3- التوجيه الأوربي الصادر سنة 2000، المتعلق بالتجارة الإلكترونية.

ب – القوانين الأجنبية

1- قانون التحكيم التجاري الدولي المصري رقم 27 لسنة 1994.

2-القانون رقم: 83 لسنة 2000، المؤرخ في 09 أوت 2000، المتعلق بالمبادلات التجارية الإلكترونية التونسي ، أنظر الموقع الإلكتروني: .www.c-justice T.n/fleadmin

3-قانون المعاملات الإلكترونية الأردني رقم: 85 ، لسنة 2001، أنظر الموقع الإلكتروني: www.wipo.int.

4-قانون المعاملات الإلكترونية البحريني، رقم :28 لسنة 2002، بنية المعلومات القانونية لدول مجلس التعاون الخليجي، www.gcc- legal.org ، تاريخ التحميل:2020/06/04.

5-القانون رقم: 15 لسنة 2004، الخاص بتنظيم التوقيع الإلكتروني المصري، أنظر الموقع الإلكتروني el-borai.com، تاريخ التحميل:2020/06/04.

6-قانون المعاملات و التجارة الإلكترونية الإماراتي، www.arabruleoflaw.org، تاريخ التحميل: 2020/06/20.

ثانيا: المراجع

I-الكتــب

1- جعفر ذيب المعاني،" **التحكيم الإلكتروني**"، دار الثقافة للنشر و التوزيع، الطبعة الأولى، عمان، 2014.

2- خالد عبد الفتاح محمد، "**التنظيم القانوني للتوقيع الإلكتروني في دراسة مقارنة**"، المركز القومي للإصدارات القانونية، الطبعة الأولى، 2009.

3-خالد ممدوح ابراهيم ، **ابرام العقد الالكتروني – دراسة مقارنة –**"، الطبعة الثانية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية،2011.

4- رمضان أبو السعود،" **مصادر الالتزام**"، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2003.

5- سامح عبد الواحد التهامي، "**التعاقد عبر الانترنت**"، دار الكتب القانونية، مصر، طبعة 2008.

6- سلطان عبد الله محمود الجواري،" **عقود التجارة الإلكترونية و القانون الواجب التطبيق، دراسة مقارنة**"، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، بيروت، 2010.

7- صالح المنزلاوي، "**القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية**"، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2008.

8- عباس العبودي، "**التعاقد عن طريق وسائل الاتصال الفوري وحجيتها في الإثبات المدني**"، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1997.

9-عبد جمعة موسى الربيعي، " **الأحكام العامة في التفاوض و التعاقد عبر الأنترنت – عقود البيوع التجارية**"، الطبعة الأولى، بيت الحكمة، بغداد، 2003.

10- عصام عبد الفتاح مطر،" **التحكيم الإلكتروني**"، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2009.

11- فادي محمد عماد الدين توكل، "**عقد التجارة الإلكترونية**"، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، بيروت،2010.

12- لزهر بن سعيد، "**النظام القانوني لعقود التجارة الالكترونية**"، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2012.

13- محمد حسين منصور، "**المسؤولية الإلكترونية**"، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية ، 2003.

14- محمد فواز المطالقة، "**الوجيز في عقود التجارة الإلكترونية**"، دار الثقافة للنشر و التوزيع، الطبعة الأولى، الإصدار الثاني،عمان،2008.

15- محمد عبد الظاهر حسين، " **الجوانب القانونية للمرحلة السابقة على التعاقد**"، المؤسسة الفنية للطباعة و النشر، 2002.

16- محمود عبد الرحيم الشريفات، "**التراضي في تكوين العقد عبر الانترنت**"، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الثانية، عمان،.2011

17- نضال إسماعيل برهم، "**أحكام عقود التجارة الإلكترونية**"، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، عمان، 2005.

18- نضال سليم برهم، "**أحكام عقود التجارة الإلكترونية**" ، دار الثقافة للنشر و التوزيع، الطبعة الأولى، الإصدار الثاني، الأردن، 2009.

II - الرسائل العلمية

1- آلاء أحمد محمد حاج علي، "**التنظيم القانوني لجهات التصديق على التوقيع الإلكتروني**"، أطروحة لاستكمال متطلبات الحصول على درجة الماجستير في القانون الخاص، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية نابلس، فلسطين، 2013.

2- بلقاسم حامدي،" **ابرام العقد الإلكتروني**"، أطروحة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه العلوم في العلوم القانونية، تخصص قانون أعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة باتنة، 2015.

3- حميدي محمد انيس" **صحة العقد المبرم عبر الانترنت**" مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2015/.2016

4- خلوي (عنان) نصيرة، "**الحماية القانونية للمستهلك عبر الأنترنت- دراسة مقارنة-**"،مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، جامعة مولود معمري تيزي وزو، كلية الحقوق و العلوم السياسية، .2013

5- عبد الحميد بادي، " **الإيجاب و القبول في العقد الإلكتروني**"، مذكرة من أجل الحصول على شهادة الماجستير في الحقوق، جامعة الجزائر 1، كلية الحقوق- بن عكنون-،2012/2011.

6- عزة على محمد لحسن، " **الإطار القانوني و التشريعي للتجارة الإلكترونية**"، دراسة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه ، كلية الدراسات العليا، كلية القانون، جامعة الخرطوم،2005.

7- عجالي بخالد،" **النظام القانوني للعقد الإلكتروني في التشريع الجزائري – دراسة مقارنة-** "، رسالة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم القانونية، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، جوان 2014.

8- مرزوق نور الهدى،" **التراضي في العقود الإلكترونية**"، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2012.

09- طمين سهيلة، "**الشكلية في عقود التجارة الإلكترونية**"، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، نوفمبر 2011.

III -المقالات العلمية

1- أسامة بن غانم العبيدي، "**حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات** "، المجلة العربية للدراسات الأمنية والتدريب، المجلد 28، العدد 56، المملكة السعودية (دون ذكر سنة الطباعة).

2- بصيري محفوظ، "**نظام الدفع الإلكتروني الجزائري كآلية لتطوير وسائل الدفع الجددة**"، المجلة العربية للأبحاث و الدراسات في العلوم الانسانية و الاجتماعية، المجلد 11، العدد4، أكتوبر .2019

3- جمال فاخر النكاس ، "**العقود والاتفاقيات الممهدة للتعاقد وأهمية التفرقة بين العقد والاتفاق في المرحلة السابقة على التعاقد**"، مجلة الحقوق الكويتية، السنة 20، العدد01، مارس .1996

4- حسام الدين كامل الأهواني، "**المفاوضات في الفترة قبل التعاقدية و مراحل إعداد العقد الدولي**"، مجلة العلوم القانونية و الإقتصادية ، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، مصر، العدد 2، السنة 38، جوان .1996

5- سمير سعد رشاد سلطان، " **التصديق الإلكتروني دراسة مقارنة**"، مجلة كلية الحقوق، جامعة المنصورة، (دون ذكر العدد و السنة).

6- صولي الزهرة، "**نظام اصدار بطاقة الدفع الإلكتروني، التوجه نحو خوصصة النقود، قراءة في ضوء التشريع و نظام التحويل الإلكتروني للأموال، الأردن نموذجا**"، مجلة العلوم القانونية و السياسية، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة الوادي، المجلد 09، العدد 02، جوان 2018.

7- هلا الحسن،" **تصديق التوقيع الالكتروني**"، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد 26، العدد الأول ،2010.

IV - المراجع الأجنبية

1-BOCHURBERG Lionel, **"internet et commerce électronique"**, éd encyclopédie DELMAS, 1999 .
2**-** François (c) (d). et Philipe (d). "**contrats civils et commerciaux .** 7iéme édition, Dalloz ; paris. 2004 .
3**--**GAUTRAIS (V), **Le contrat électronique international , encadrement juridique ,** édition delta , 2ème édition 2003.
4-J.CHESTIN,**"les liens de dol dans la formation du contrat et de l'obligation précontractuelle de renseignement",**dalloz,France 1981.
5-MAZEAUD, Henri et léon, Jean, **"Leçons de droit civil"**, édition montechristien, 2ème édition 1959.
6- Olivier Iteanu, **Internet et le droit , aspect juridiques du commerce électronique** , PARIS édition 2000 ,page 82.
7- -SANTIAGO Cavanillas Mugica, **"les contrats en ligne dans la théorie générale du contrat"**, edition delta, Beyrouth, Liban, 2001.
8- VASSEUR(M) , **le paiement électronique aspects juridiques**.j.c.p.1985.

IIV- المواقع الإلكترونية

1- https.//www.uncitral.org/pdf/Arabic.

تاريخ التحميل: 2020/04/28

2- كاظم كريم علي، **"العقد الإلكتروني"**، https :lliasj .net ، تاريخ التحميل 2020/05/15.

الفهـــــرس

مقدمة	01
مبحث تمهيدي: ماهية عقود التجارة الإلكترونية	04
المطلب الأول: مفهوم التجارة الإلكترونية	04
الفرع الأول: تعريف التجارة الإلكترونية	04
الفرع الثاني: أشكال التجارة الإلكترونية	12
المطلب الثاني: مفهوم عقد التجارة الإلكترونية	13
الفرع الأول: تعريف العقد الإلكتروني	14
الفرع الثاني: خصائص العقد الإلكتروني	17
الفرع الثالث: تمييز عقد التجارة الإلكترونية عن غيره من العقود المشابهة له	20
الفرع الرابع: الطبيعة القانونية للعقد الإلكتروني	22
الفصل الأول: إبرام عقد التجارة الإلكترونية	25
المبحث الأول: التراضي في عقود التجارة الإلكترونية	26
المطلب الأول: التفاوض الالكتروني	26
الفرع الأول: تعريف التفاوض الإلكتروني	27
الفرع الثاني: أهمية المفاوضات	28
الفرع الثالث: الإلتزامات المفروضة في التفاوض الإلكتروني	30
المطلب الثاني: الإيجاب و القبول في العقد الإلكتروني	33
الفرع الأول: الإيجاب الإلكتروني	34
الفرع الثاني: القبول الإلكتروني	39
المطلب الثالث: صحة التراضي في عقد التجارة الإلكترونية	45
الفرع الأول: الأهلية في عقود التجارة الإلكترونية	46
الفرع الثاني: عيوب الإرادة في عقود التجارة الإلكترونية	48
المبحث الثاني: المحل و السبب في عقود التجارة الإلكترونية	54
المطلب الأول: المحل في عقود التجارة الإلكترونية	54

المطلب الثاني: السبب في عقود التجارة الإلكترونية	56
المبحث الثالث: زمان و مكان إبرام العقد الإلكتروني	56
المطلب الأول: زمان انعقاد العقد الإلكتروني	57
الفرع الأول: في حالة عمل المرسل إليه على تحديد نظام المعلومات	57
الفرع الثاني: في حالة لم يعين المرسل إليه نظام معلومات لاستلام الرسالة	58
المطلب الثاني: مكان إبرام العقد الإلكتروني	58
المبحث الرابع: تنفيذ العقد الإلكتروني	60
المطلب الأول: التزامات المُورد	60
الفرع الأول: الإلتزام بنقل الملكية	60
الفرع الثاني: الإلتزام بالتسليم	61
المطلب الثاني: التزامات المستهلك	62
الفرع الأول: التزام المستهلك بدفع الثمن (الوفاء الإلكتروني)	62
الفرع الثاني: التزام المستهلك بتسلم المبيع	65
الفصل الثاني: إثبات و توثيق عقود التجارة الإلكترونية	67
المبحث الأول: إثبات عقود التجارة الإلكترونية	67
المطلب الأول: السجل الإلكتروني	68
الفرع الأول: تعريف السجل الإلكتروني	68
الفرع الثاني: مزايا السجل الإلكتروني	69
الفرع الثالث: حجية السجل الإلكتروني في الاثبات	70
المطلب الثاني: الكتابة الإلكترونية	70
الفرع الأول: تعريف الكتابة الإلكترونية	71
الفرع الثاني: الشروط المطلوب توافرها في الكتابة الإلكترونية	72
الفرع الثالث: حجية الكتابة الإلكترونية في الإثبات	74
المطلب الثالث: التوقيع الإلكتروني	75
الفرع الأول: تعريف التوقيع الإلكتروني	75
الفرع الثاني: بعض صور التوقيع الإلكتروني	77

الفرع الثالث: الشروط الواجب توافرها في التوقيع الإلكتروني	79
المبحث الثاني: التوثيق الإلكتروني	80
المطلب الأول: تعريف مؤدي خدمات التصديق	80
المطلب الثاني: مهام و دور جهات التوثيق الإلكتروني	81
الفرع الأول: اصدار شهادة التصديق الإلكتروني	81
الفرع الثاني: التحقق من هوية شخص المُوقِع	83
الفرع الثالث: اثبات مضمون التبادل الإلكتروني	83
الفرع الرابع: اصدار المفاتيح الإلكترونية	84
الفصل الثالث: تسوية منازعات عقود التجارة الإلكترونية	85
المبحث الأول: القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية	85
المطلب الأول: تطبيق قواعد الإسناد الأصلية	86
الفرع الأول: مفهوم قانون الإرادة في عقود التجارة الإلكترونية	86
الفرع الثاني: صور الإرادة	90
المطلب الثاني: تطبيق قواعد الإسناد الاحتياطية	93
الفرع الأول: الإسناد الجامد للرابطة العقدية	93
الفرع الثاني: الإسناد المرن للرابطة العقدية – معيار الأداء المميز–	98
المبحث الثاني: التحكيم الإلكتروني كآلية بديلة لتسوية منازعات عقود التجارة الإلكترونية	101
المطلب الأول: مفهوم التحكيم الإلكتروني	101
الفرع الأول: تعريف التحكيم الإلكتروني	101
الفرع الثاني: مميزات التحكيم الإلكتروني	103
المطلب الثاني: تعيين المحكمين و سير الإجراءات في التحكيم الإلكتروني	104
الفرع الأول: تعيين المحكمين في التحكيم الإلكتروني	104
الفرع الثاني: سير إجراءات التحكيم الإلكتروني	106
الخاتمة	109
قائمة المصادر و المراجع	113
الفهرس	119