جامعة الجيلالي بونعامة خميس مليانة

كلية الحقوق والعلوم السياسية.

قسم الحقوق.

وسائل الإثبات في إطار منازعات عقود التجارة الإلكترونية

مذكرة لنيل شهادة الماستر

تخصص: إدارة أعمال

من اعداد الطلبين:

- خريشة محمد
- بوقار محمد

بإشراف:

الدكتورة بوحية وسيلة

لجنة المناقشة :

1) الأستاذة: بعلوج أسماء.....رئيسا.

2) الدكتورة: بوحية وسيلة .....مشرفا و مقررا.

3) الأستاذ: بونوة عبد القادر .....عضوا مناقشا.

تاريخ المناقشة:2016/05/29

السنة الجامعية : 2015-2016

كلمة الشكر

قالى تعالى: "ربّ أوزعني أن أشكر نعمتك التي أنعمت علي وعلى والدي وأن أعمل صالحا ترضاه وأدخلني برحمتك في عبادك الصالحين".

إن الشكر لله العلي العظيم الذي لا إله سواه بشكره فوز الشاكرين وفي ذكره شرف الذاكرين ولطلبة مجيب السائلين والذي بفضله وفّقنا لإتمام هذا العمل المتواضع.

لابد لنا ونحن نخطوا خطواتنا الأخيرة في الحياة الجامعية من وقفة نعود إلى أعوام قضيناها في رحاب الجامعة مع أساتذتنا الكرام الذين قدموا لنا الكثير باذلين بذلك جهودا كبيرة في بناء جيل الغد وقبل أن نمضي تقديم أسمى آيات الشكر والإمتنان والتقدير والمحبة إلى الذين حملوا أقدس رسالة في الحياة إلى جميع أساتذتنا الأفاضل.... "كن عالما فإن لم تستطع فكن متعلمًا، فإن لم تستطع فأحب العلماء، فإن لم تستطع فلا تبغضهم"، إليكم يا من علمتمونا لف حرف ومليون كلمة.

وإنطلاقا من قول المصطفى صلى الله عليه وسلم: من لم يشكر الناس لا يشكر الله، يشرفني أن أتقد بجزيل الشكر والعرفان إلى من كان له الفضل بعد الله في إخراج هذا البحث العلمي بصورته الحالية، الأستاذة الدكتورة/ بوحية وسيلة والمشرفة على هذه الرسالة، والتي وجدت فيها أستاذتنا فاضلة، حيث بذلت الجهد وقدمت لي التوجيه السليم والرأي السديد الذي ساعدني على تخطي الكثير من الصعاب، فجزاها الله عني خير الجزاء وأمدها بدوام الصحة والعافية.

وأتقدم بالشكر والإمتنان والعرفان إلى الإدارة والعاملين عليها وموظفي المكتبات على ما قدموه لنا من تسهيلات في البحث.

وأخيراً فإن الشكر موصول لكل من مديد والمساعدة من قريب أومن بعيد حتى إتمام هذا الجهد المتواضع وخصوصا أخي في الغربة محمد أبو رمية، وأخي في طولكرم خالد عيسى.

الإهداء

إلى منبع الحب وصدر الحنان التي ربّت وكافحت وسهرت المعطاءة بلا إنتهاء إلى طعم السكر وعبق الريحان التي الجنة التي تحت قدميها.....أمي الحبيبة.

إلى الشمعة المحترقة من أجلنا ونبراس الحكمة الذي تنحني هامتي له خجلاً ... أبي العزيز.

إلى من أشد بهم أزري ومدوا لي يد العون والمساعدة إتمام دراستي

إخواني عبد الرحيم ومحمود وأخواتي الغاليات

إلى أصل البدايات وأصل النهايات وإلى التي من لأجلها تهون الحياة وتستحق الحياة، وإلى أبناء شعبي في الشتات..... وطني فلسطين الحبيبة.

إلى من جئناها سفراء من وطننا ونغادرها سفراء لوطننا، إلى من منحتنا الدار والسند والمستقبل إلى الشعب الكريم المعطاء إلى أخوة الدم والمصير..... وطني الجزائر الحبيب.

إلى الشهداء الذين يملئون أزقة الذاكرة..... شهداء فلسطين والجزائر.

إلى الذين لم أعرف معنى للحياة بدونهم أصدقاء وأحباب قلبي وإخواني في فلسطين ...

خالد، إيهاب، أحمد، حمادة، مجد، حسني.

إلى بنت التي وقفت معي طوال دراستي وأعانتني فيها وساندتني في حياتي .....

الغالية سعيدة زيلال

إلى كل من عرفتني بهم الحياة وكانوا أنسًا في دربي ..... رشا، رولا

إلى صديقتي العزيزة في كندا التي شجعتني معنويًا منذ أن عرفتني بها الحياة ..... سمر

إلى أصدقاء الغربة والوطن الغاليين ..... أبو الحاج، وليد، مهنا، أحمد، عبد، عدي، فؤاد، تحسين، أبو حرب، كرم، أبو العبس، أبو عرقوب، طيب، كيالي، إبراهيم، منتصر.

إلى أعزّ ما في قلبي متشكرًا الجزائر التي عرفتني بهم إخوان الغربة .....

إبن عاصمة الشتات إبن اليرموك محمد أبو رومية

إبن حلب الغالي عمر درويش

محمد خريشة

الإهداء

بسم الله الرحمن الرحيم

﴿قل إعملوا فسيرى الله عملكم ورسوله والمؤمنون﴾

صدق الله العظيم

إلهي لا يطيب الليل إلا بشكرك ولا يطيب النهار إلى بطاعتك .. ولا تطيب اللحظات إلا بذكرك .. ولا تطيب الآخرة إلا بعفوك .. ولا تطيب الجنة إلا برؤيتك الله جل جلاله

إلى من بلغ الرسالة وأدى الأمانة .. ونصح الأمة .. إلى نبي الرحمة ونور العالمين..

سيدنا محمد صلى الله عليه وسلم

إلى من كلله الله بالهيبة والوقار .. إلى من علمني العطاء بدون انتظار .. إلى من أحمل أسمه بكل افتخار .. أرجو من الله أن يمد في عمرك لترى ثماراً قد حان قطافها بعد طول انتظار وستبقى كلماتك نجوم أهتدي بها اليوم وفي الغد وإلى الأبد..

والدي العزيز

إلى ملاكي في الحياة .. إلى معنى الحب وإلى معنى الحنان والتفاني .. إلى بسمة الحياة وسر الوجود

إلى من كان دعائها سر نجاحي وحنانها بلسم جراحي إلى أغلى الحبايب

أمي الحبيبة

إلى من بهم أكبر وعليهم أعتمد .. إلى شمعة متقدة تنير ظلمة حياتي..

إلى من بوجودهم أكتسب قوة ومحبة لا حدود لها..

إلى من عرفت معهم معنى الحياة

أخواتي

إلى إخواني ورفقاء دربي وهذه الحياة بدونكم لاشيء معكم أكون أنا وبدونكم كون مثل أي شيء .. في نهاية مشواري أريد أن أشكر على مواقفكم النبيلة إلى من تطلعت لنجاحي بنظرات الأمل

إخواني

إلى الأخوات والإخوان اللذين لم تلدهم أمي .. إلى من تحلو بالإخاء وتميزوا بالوفاء والعطاء إلى ينابيع الصدق الصافي إلى من معهم سعدت ، وبرفقتهم في دروب الحياة الحلوة والحزينة سرت إلى من كانوا معي على طريق النجاح والخير

أصدقائي

بوقار محمد

مقدمة

مقدمة

يطلق على العصر الذي نعيش اليوم الاتصال الالكتروني و تكنولوجيا المعلومات وذلك بسبب التقدم الهائل في وسائل الاتصال و المعلوماتية و الحاسبات الالكترونية حيث أن التغيرات التي حدثت في العقود القليلة الماضية تتجاوز ما توصلت له البشرية في عقود كثيرة ،فقد أصبحت التكنولوجية المحرك الأساسي للمجتمعات التي أثرت على مناحي الحياة فغيرت طرق التفكير و أساليب الحياة و كان و ما زال لها آثار سياسية و اقتصادية و ثقافية و اجتماعية. و لكن في الوقت الذي فتحت فيه التكنولوجيا ممثلة بشبكة الانترنت (دماغ العالم) آفاقا جديدة و رحبة من التواصل و الاتصال بين سائر بني البشر الذين لم يعودوا أسرى للمكان و الزمان ،و وفرت إمكانيات مذهلة في الحصول على المعلومات و البيانات

نقلها بلمح البصر فقد أثارت إشكاليات جديدة في شتى الميادين سياسية و اقتصادية و ثقافية و اجتماعية و القانونية، و من أهم التحديات و الإشكاليات التي تواجه الشركات التجارية التي تعمل في قطاع تكنولوجيا المعلومات و إقناع المستهلك الذي ما زال يتردد في عقد العقود و إبرام الصفقات من خلال شبكة الانترنت كما أن الشبكة آمنة و شك أن تحقيق هذا الهدف ليس بالأمر السهل لأن التجارب السابقة أثبتت عكس ذلك بالرغم من وجود التكنولوجيا المختلفة التي يمكنها ضمان سرية المراسلات و الحماية من الجرائم المعلوماتية

و لتحقيق .ا المطلب أدركت الدول و المنظمات الدولية أنه لا غنى عن تدخلها على المستويين الدولي و الوطني و ذلك بوضع الإطار القانوني المنظم لشبكة الانترنت من أجل بعث الثقة في المستهلك و تنظيم العلاقات التي تنشأ في شبكة الانترنت بين الأطراف لمختلفة، و لقد كان من دواعي هذا التدخل و إصدار قوانين تنظم الموضوعات المختلفة التي تتعلق بشبكة الانترنت التي ظهرت سنة 1969 م بالولايات المتحدة الأمريكية و سرعان

ما أصبحت الوسيلة المثلى للاتصالات ونقل و تبادل البيانات في شبكة الاتصال الرقمية التي زالت الحدود الجغرافية و من تلك الموضوعات، موضوع العقد التجاري الالكتروني حيث يتخذ التاجر موقفا على شبكة الانترنت و هو ما يسمى بالمتجر الالكتروني فيقوم من خلاله بعرض السلع و الخدمات التي يوفرها و يمكنها من إتمام الصفقات و العقود مع المستهلكين، و يجب أن يتضمن هذا الموقع مجموعة من البيانات العامة لإتمام العقد كالاسم و العنوان، و بيان و كيفية السداد و طرق تسليم السلع و الخدمات و بيان لإتمام العقد كالاسم و العنوان، وبيان وكيفية السداد، و طرق تسليم السلع و الخدمات و بيان تفصيلي و لثمنها و غير ذلك و تصطدم التجارة الالكترونية بعقبة أساسية ألا و هي التشريفات الداخلية للدول إذ أن كثيرا من الدول أقامت قواعدها القانونية الخاصة بالتقاعد على قاعدة استخدام الكتابة و التوقيع بخط اليد أو البصمة، و بما أن التجارة الالكترونية تعني الانتقال من مرحلة التعامل الورقي إلى التعامل الالكتروني ،فقد أضحت القواعد القانونية التقليدية عاجزة عن مجاراة و اضواء التطورات السريعة التي أحدثها التعامل عبر شبكة الانترنت في إطار التجارة الالكترونية لذا أصبح من الضروري إيجاد نظام قانوني تلائم مع و طبيعة الأنترنت و المعا ت و العقود التي تتم من خلالها على المستوى الوطني كما أنها بحاجة عد تحقق لها نوعا من التنسيق و التلائم على المستوى الدولي أيضا ن لهذا فقد ظهرت عدة جهود دولية و على رأسها لجنة الأمم المتحدة للقانون لتجاري الدولي (UNICTRAL) حيث أعدت مجموعة من القواعد القانونية التي تحكم التبادلات التجارية الالكترونية لكي تسترشد بها الدول عندما تضع تشريفاتها الوطنية كما اهتم رجال القانون بالمشكلات القانونية التي تثيرها التجارة الالكترونية و حاولوا إيجاد حلول ا،و في هذا الإطار كان البحث في هذا الموضوع " وسائل الإثبات في إطار منازعات عقود التجارة الالكترونية " كمحاولة للإسهام في توضيح معالم هذه العقود بصورة جلية ،حيث تمارس التجارة الالكترونية عن طريق إبرام العقود و التي هي العقود جمع كلمة عقد

وتظهر أهمية موضوع البحث:

كون العقد التجاري الالكتروني من الموضوعات الهامة يفرضه الواقع و المستقبل، وله أهمية بالغة من الناحية العلمية و العملية و القانونية.

أ. **الأهمية العملية لموضوع البحث في ارتباطه** بعقود أصبح التعامل بها يزداد يوما بعد يوم مما يستدعي إيجاد أساليب لحماية هذه العقود فالتعامل من خلال شبكة الاتصالات الالكترونية في صورة عقود دولية أصبح من الأمور المفروضة على الدول و الأفراد بالنظر إلى ما تحققه من قيمة مادية و اقتصادية و ما توفره من جهد و وقت من الانتقال و السفر من بلد لآخر.

إن الاهتمام الدولي و الوطني بهذا النوع من العقود أصبح متزايدا بالنظر لأهميته الكبيرة في حياة الأفراد و الدول و من الهيئات التي تصب اهتمامها على هذه العقود لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، و منظمة التجارة العالمية، و منظمة التعاون و التنمية الاقتصادية، و مجلس أوربا و المنظمة العالمية للملكية الفكرية فضلا عن أنظمة قانونية وطنية عديدة.

ب. **الأهمية العلمية:** إن الأهمية العلمية و القانونية للبحث فإنها تساعد المتعاملين في هذا المجال بنوعيتهم بالآثار القانونية للتعامل عبر هذه الوسيلة الحديثة و مساعدة الدول في جهودها الساعية إلى استيعاب العمليات الالكترونية التي تتم بواسطة الانترنت عبر دراسة ما يتعلق بانعقاد بالعقد التجاري الالكتروني و التركيز على الأمور العلمية التي تشكل عقبة في التعاقد عبر شبكة الانترنت و طرح الحلول المناسبة لها و تقديم الأطر القانونية بالشكل الذي يحقق الثقة و الأمان القانوني للطرفين المتعاقدين عبر الانترنت.

ج. **أما أسباب اختيار الموضوع:**

أما أسباب اختيار الموضوع التي دفعت إلى اختيار الموضوع فهي:

– غموض مفهوم العقد التجاري الالكتروني حيث لا تعريفه مثار للجدل لدى فقهاء القانون و هو ما انعكس سلبا على مفهومه لدى التجار و المستهلكين.

– ن التخوف و التردد الذي يعتري التجار و المستهلكين ي الدول النامية من التعامل الالكتروني، وذلك لافتقار هذه الدول لتشريعات تنظيم هذا العقد و عدم توفر البيئة التحتية اللازمة لإجراء .التعاملات بطريقة آمنة.

– توضيح الاختلاف بين العقد التجاري و العقد الالكتروني لوجود التشابه بينهما.

– ة هذا الموضوع و أهميته لمعرفة مدى الاستجابة لمعطيات المعلومات و المعاملات.

ولدراسة موضوع بحثنا اعترضنا

مجموعة من الصعوبات:

ترجع صعوبة البحث إلى ندرة الدراسات القانونية المتحققة في الموضوع باللغة عربية.

ـ حتى الموجودة منها لم تعطي العقد التجاري الالكتروني حقه من الدراسة و البحث.

و ترجع الصعوبة أيضا إلى عدم وجود قانون في الجزائر وفلسطين حتى الآن ينظم التجارة الالكترونية ـ يحدد المسؤولية القانونية في إطار العقود التجارية الالكترونية، بالإضافة ـ حداثة الموضوع و تشعبه أوجه التطرق إلى فروع القانون المختلفة كالقانون المدني و القانون التجاري و اللجوء إلى العديد من الأنظمة الوطنية لكثير من الدول و الاتفاقيات الدولية و التوجيهات الأوربية ، و أخيرا التطورات السريعة و المستمرة في مجال تقنيات الاتصال التي تتطلب المتابعة الدقيقة.

و يطرح موضوع البحث إشكالية رئيسية و إشكاليات فرعية تحتاج للبحث عنها و تتمثل في:

ما مدى تطبيق النصوص القانونية التقليدية لتنظيم العقد التجاري الالكتروني ؟ و ما مدى استجابة المشرع الجزائري و الفلسطيني لذلك؟

و تندرج ضمن هذه الإشكالية أسئلة فرعية:

1- ما هي الطريقة الأنسب لسن قوانين التجارة الالكترونية و تشريعها ؟ هل يكون ذلك بوضع قانون موحد يقيم أهم الوسائل المتعلقة بالتجارة الالكترونية؟ أم يكون ذلك بمعالجة كل موضوع من الموضوعات في قانون واحد منفصل؟

2- هل يجب علينا عند إصدار القانون المتعلق بالمبادلات الالكترونية و التةاقيع الالكترونية أن نعتمد بالدرجة الأولى القانونين النموذجين الذين أعدتهما لجنة القانون التجاري الدولي التابعة للأمم المتحدة؟

3- ما هي أهمية إصدار قوانين من شأنها وضع إطار قانوني ناظم للتجارة الالكترونية؟ ما هي آليات تسويتها؟ و وسائل إثباتها؟

و لدراسة موضوع بحثنا اعتمدنا المناهج العلمية التالية:

ضي طبيعة الموضوع الاعتماد على العديد من المناهج و ذلك للإحاطة بالمسائل القانونية التي تناولتها الدراسة و منها:

- **النموذج التحليلي:** و ذلك عن طريق استعراض مختلف الاتفاقيات الدولية و القوانين النموذجية و التشريعات الوطنية ، و جهود المنظمات الدولية المتعلقة بموضوع البحث و تحليل الأسباب التي دعت لصدورها.

- **المنهج الوصفي:** و ذلك عن طريق استعراض مختلف الاتفاقيات الدولية للتجارة الالكترونية في الدول العربية خاصة تلك التي لم تصدر بعد تشريعات تنظيم معاملات التجارة الالكترونية.

- **و لذلك ارتأينا تقسيم موضوع بحثنا إلى فصلين رئيسيين**، تناولنا في **الفصل الأول** الإ ر القانوني للعقد التجاري الالكتروني و المنازعات المتعلقة به و سم هذا الفصل إلى مبحثين تطرقنا في **المبحث الأول** لى مفهوم العقد التجاري الالكتروني، أما **المبحث الثاني** جاء تحت عنوان المنازعات المتعلقة بالعقد التجاري الالكتروني، و في **الفصل الثاني** تطرقنا إلى تسوية منازعات العقد التجاري الالكتروني وسائل الإثبات المتعلقة به من خلال مبحثين تناولنا في **المبحث الأول** طرق تسوية منازعات العقد التجاري الالكتروني و في **المبحث الثاني** تناولنا وسائل الإثبات في العقد التجاري الالكتروني.

- **و في الخاتمة** أوجزنا فيها أهم النتائج المتوصل إليها من خلال هذه الدراسات و تقديم مقترحاتنا في هذا الموضوع.

الفصل الاول

الفصل الأول

الإطار المفاهيمي للعقد التجاري الإلكتروني والمنازعات المتعلقة به

تشهد عقود التجارة الإلكترونية نموا متزايدا حيث باتت تشكل نسبة كبيرة من حجم التجارة الدولية والداخلية، نتيجة للتطور التكنولوجي الهائل في جميع الميادين، ويرجع السبب في ذلك إلى سهولة وسرعة إبرام هذه العقود، بل إن الأمر أكثر من ذلك، حيث نجد المنشآت الإلكترونية العالمية أصبحت ترفض التعامل مع أي عمل جديد لا يستخدم أسلوب التعاقد والتبادل الإلكتروني.

ظرا لتكون شبكة الاتصال المركبة بين تكنولوجيا الحاسبات الآلية وتكنولوجيا الاتصالات والتي تسمي بشبكة الانترنت أدت إلى ظهور التجارة الإلكترونية وذلك عن طريق الإعلانات عن المنتجات والتسويق، أو التفاوض على إبرام العقود.

ك حاولنا التعرف على مفهوم العقد التجاري الإلكتروني من خلال بيان تعريفه وأوجه الخصوصية فيه وتميزه عن باقي العقود وكذلك أركن العقد التجاري الإلكتروني والآثار المترتبة على إبرام هذا عقد من خلال المبحث الأول، حيث أن القواعد العامة للتعاقد مستمدة من النظرية العامة للالتزامات وضعت لتنظيم التعاقد في الشكل الذ يدي دون الإلكتروني، ما سوف نتطرق إلى أهم الأمور المتعلقة بالعقد التجاري الإلكتروني من خلال المبحث الثاني والذي سوف نتناول فيه المنازعات المتعلقة بهذا العقد بأنواعها من منازعات متعلقة ببطلان وإبطال العقد التجاري الإلكتروني والمنازعات المتعلقة بفسخ وتنفيذ العقد التجاري الإلكتروني.

المبحث الأول

مفهوم العقد التجاري الإلكتروني

تحتاج عقود التجارة الإلكترونية إلى درجة كبيرة من الدقة والوضوح، وذلك عبر بيان تعريفها سواء بالنسبة للطريقة التي تنعقد بها أو باعتبارها من العقود المبرمة عن بعد، وذكر خصوصيتها التي تميزها عن باقي العقود كما أن تميزها عن غيرها من العقود أمر ضروري، سواء كان هذا التمييز بالنسبة للطريقة التي تبرم بها، أو بالنسبة لباقي عقود البيئة الإلكترونية، ولعقود التجارة الإلكترونية ركيزة أساسية والمتمثلة في الأركان والتي توضح الآثار المترتبة على إبرام هذا العقد، ك سوف نتطرق إلى دراسة هذه النقاط في ثلاث مطالب، تناول في المطلب الأول تعريف وخصائص وتمييز العقد التجاري الإلكتروني عن العقود المماثلة له، تناول في المطلب الثاني أركان العقد التجاري الإلكتروني، ونتناول في لمطلب الثالث الآثار المترتبة ع إبرام العقد التجاري الإلكتروني الواقعة على كاهل المتعاقد.

المطلب الأول

تعريف وخصائص وتمييز العقد التجاري الإلكتروني عن العقود المماثلة له

لتحديد التعريف بعقود التجارة الإلكترونية هناك مجموعة من الاختلافات المتعلقة بالتشريعات الوطنية والفقه القانوني بحيث يتم يوميا إبرام عدد غير محدود من العقود، في كونها تتم دائما بين طرفين متعاقدين وتتم في مجلس عقد سواء كان هذا الانعقاد بالحضور المادي لطرفي العلاقة العقدية، أو بواسطة وسائل اتصال إلكترونية تساعدها على انعقاده، وهذه تعتبر أهم خصوصية تتميز بها عقود التجارة الإلكترونية.

بالنسبة للاختلافات المتعلقة بتعريف العقد التجاري الإلكتروني وتحديد خصائصه فهذا راجع إلى التنوع الشديد في هذه العقود، فلهذا سنطرق في الفرع الأول من

:ا المطلب إلى تعريف العقد التجاري الإلكتروني وفي الفرع الثاني إلى خصائص العقد التجاري الإلكتـ ـني ثم سنتطرق إلى تميز العقد التجاري الإلكتروني عن العقود المماثلة له في الفرع الثالث.

الفرع الأول

تعريف العقد التجاري الإلكتروني

لقد اختلفت تعريفات عقود التجارة الإلكترونية، سواء الفقهية، أو القانونية، والتي تتم من خلال شبكة من شبكات المعلومات و الاتصال مثل الانترنت.

أولا: التعريف الفقهي للعقد التجاري الإلكتروني

لقد أورد الفقه عدة تعريفات للعقد التجاري الإلكتروني، فمنهم من عرفه بالاعتماد على إحدى وسائل إبرامه، معتبرا أن (عقد التجاري الإلكتروني هو العقد الذي يتم إبرامه عبر الانترنت)[1].

والملاحظ على هذا التعريف أنه حصر وسيلة إبرام العقد التجاري الإلكتروني بشبكة الانترنت متجاهلا الوسائل الأخرى لإبرامه مثل: التلكس، الفاكس في فرنسا.

ومن هذه التعاريف الفقهية أيضا أن العقد التجاري الإلكتروني :(هو كل اتفاق يتلاقى فيه الإيجاب بالقبول على شبكة دولية مفتوحة للاتصال عن بعد، وذلك بوسيلة مسموعة ومرئية ، وذلك بفعل التفاعل بين الموجب والقابل).

ويلاحظ أن هذا التعريف اشترط وسيلة مسموعة ومرئية، غير أنه يمكن إبرام العقود التجارية الإلكترونية بدون استعمال الوسائل المسموعة والمرئية، مثل التعاقد عبر البريد الإلكتروني.

---

[1] أنظر د/ عبد الفتاح بيومي حجازي، النظام القانوني لحماية التجارة الالكترونية، دون طبعة، :ار الفكر الجامعي، 2002، ص47.

ومن التعاريف ما يكتفي بأن يكون العقد مبرما ولو جزئيا بوسيلة إلكترونية، فمنه القائل:(ن العقد التجاري الإلكتروني هو الاتفاق الذي يتم انعقاده بوسيلة إلكترونية كليا أو جزئيا، أصالة أو نيابة)[1].

ثانيا: التعريف القانوني للعقد التجاري الإلكتروني

في غياب ، ماريف العقد التجاري الإلكتروني في القانون الجزائري ينبغي العودة إلى تلك التي جاءت بها القوانين المقارنة في هذا المجال.

تعريف المشرع الأردني: بالرجوع إلى أحكام المادة الثانية من قانون المعاملات الإلكترونية الأردني على أنه: (الاتفاق الذي يتم انعقاده بوسائط إلكترونية كليا أو جزئيا) [2]

ا عرفه المشرع التونسي في المادة الثانية من قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية التونسي: على أن (المبادلات الإلكترونية هي المبادلات التي تتم باستعمال لوثائق الإلكترونية) وعرفت التجارة الإلكترونية بأنها: (العمليات التجارية التي تتم عبر المبادلات الإلكترونية). فيما عرفه المشرع التونسي في المادة الثانية من قانون المبادلات التجارة الإلكترونية التونسي: على أن (المبادلات الإلكترونية هي المبادلات التي تتم باستعمال الوثائق الإلكترونية) وعرفت التجارة الإلكترونية بأنها: (العمليات التجارية التي تتم عبر المبادلات الإلكترونية). [3]

من خلال التعريفين يتضح لنا أن المبادلات الإلكترونية التي تتم عن طريق وسيط إلكتروني أو وثيقة إلكترونية التي يخرج من نطاقها الوثائق المكتوبة كالعقود وإقرارات

---

[1] انظر أحمد خالد العجولي، التعاقد عن طريق الانترنت، دراسة مقارنة، دون طبعة، المكتبة الوطنية عمان، الأردن، 2002، ص123.

[2] أنظر قانون المعاملات الالكترونية الأردني رقم85 لسنة2000 المؤرخ في 2001/12/11.

(3) أنظر قانون المبادلات والتجارة الالكترونية التونسي رقم(200-83) المؤرخ في 9 أوت 2000، المنشور بالجريدة الرسمية للجمهورية التونسية سنة2000.

وللإشارة فإن تونس تعتبر أول دولة عربية أصدرت قانونا يتعلق بالمبادلات والتجارة الالكترونية.

الاستلام، كل هذه الأمور تتم بطريقة إلكترونية، بحيث يتفاوض المتعاقدان ويصل الإيجاب والقبول اللازمين لإبرام العقد ويتم الاتفاق على الشروط لتنفيذه وذلك بوسيلة إلكترونية.

ي فرنسا فقد شكلت لجنة خاصة برئاسة وزير الاقتصاد من أجل تنظيم المسألة، حيث عرفت التجارة الإلكترونية بأنها(مجموعة المعاملات الرقمية المرتبطة بأنشطة تجارية بين المشروعات ببعضها البعض، وبين المشروعات والأفراد، وبين المشروعات والإدارة)، فهذا التعريف يشمل العقود التي تبرم بين المشروعات فيما بينها، كعلاقة شركة بأخرى، وعلاقة المشروعات بالأفراد، وكذا العقود التجارية التي تكون الإدارة طرفا فيها.

ثالثا: تعريفات منظمات الواردة في المواثيق الدولية

1) ف الذي جاء به القانون النموذجي للأمم المتحدة حول التجارة الإلكترونية في المادة الثانية المتعلق بتبادل البيانات الإلكترونية.

حيث نصت هذه المادة الثانية بأنه: (يراد بمصطلح تبادل البيانات الإلكترونية نقل لمعلومات من حاسوب إلى حاسوب آخر باستخدام معيار متفق عليه بتكوين المعلومات).[1]

ورأت لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي بأن هذا التعريف ينصرف إلى كل استعلامات المعلومات الإلكترونية ويشمل بذلك إبرام العقود والأعمال التجارية المختلفة، وعليه فإن العقد التجاري الإلكتروني حسب هذا القانون هو العقد الذي يتم التعبير فيه عن الإرادة بين المتعاقدين باستخدام الوسائل المحددة في المادة الثانية وهي: (نقل المعطيات من كمبيوتر إلى كمبيوتر آخر وفقا لنظام عرض موحد).

---

[1] صدور هذا القانون في 12جوان 1996 عن لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، وتم إقراره بناءا على التوصية الصادرة عن الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم (51-162) في 16 ديسمبر 1996 يتكون هذا القانون من17 مادة قابلة للزيادة في المستقبل، وهذه المواد مقسمة إلى بابين، الباب الأول يعالج موضوع التجارة الإلكترونية بصفة عامة في المواد من (1-10) أما الباب الثاني فمكون من فصل وحيد متعلق بعقود نقل البضائع والمستندات في المادتين (16-17)منه، ويلحق بهذا القانون ملحق داخلي يوجه خطابا للدول الأعضاء بكيفية إدماجه ضمن تشريعاتها الداخلية، راجع www.uncitral.erg

حيث أن الانترنت ليس الطريقة الوحيدة لتمام عملية التعاقد والتجارة الإلكترونية بل تشاركها وسائل أخرى يمكن معها القيام بهاته العملية والتي تتمثل في الفاكس والتلكس. [1]

2) التعريف الوارد في الوثائق الأوربية

نصت المادة الثانية من التوجيه رقم (97-07) الصادر عن البرلمان الأوربي والمتعلق بالتعاقد عن بعد (كل عقد يتعلق بالبضائع والخدمات أبرم بين المورد والمستهلك في نطاق نظام بيع أو تقديم الخدمات عن بعد نظمه المورّد الذي يستخدم لهذا العقد تقنية أو كثر للاتصال عن بعد لإبرام العقد أو تنفيذه)، وعرفت تقنية الاتصال عن بعد في نفس النص بأنها: (كل وسيلة بدون وجود مادي للمورد والمستهلك يمكن أن تستخدم لإبرام العقد بين طرفيه)، وجيه قد عرف العقود عن بعد التي تشمل في مفهومها العقود الإلكترونية. [2]

3) تعريف منظمة التجارة العالمية

عرفت منظمة التجارة العالمية بأن التجارة الإلكترونية: (عبارة عن عملية إنتاج وترويج وبيع وتوزيع منتوجات من خلال شبكة اتصال ولم يقصرها على الانترنت فقط).

ومن هذا التعريف يتضح أن التجارة الإلكترونية تستعمل جميع الأنظمة الناشئة عن العلاقات ذات الطابع التجاري، سواء كانت تعاقدية أم لم تكن، ومنها على سبيل المثال توريد أو تبادل أو بيع السلع، اتفاق التوزيع، الوكالة بالعمولة. [3]

ولكن يعاب على هذا التعريف أنه قصر الأنشطة التجارية على المنتجات غير الخدمات، ومن ثم لا يدخل في نطاق هذا التعريف الخدمات.

---

[1] يحيى يوسف فلاح حسن، التنظيم القانوني لعقود الالكترونية، أطروحة لنيل درجة الماجستير في القانون الخاص، جامعة النجاح الوطنية، فلسطين، 2007، ص16

[2] directive n 97-07le du 20 moi 1997,joce 04106/1997,n144,p19 .

[3] منظمة التجارة العالمية هي إحدى المنظمات التي تهتم بالتجارة الالكترونية وتعمل على تحرير التجارة العالمية وتظم في عظويتهاأكثرمن113دولة.

رابعا: موقف المشرع الجزائري

من الملاحظ أن المشرع الجزائري لم يعرف عقود التجارة الإلكترونية، لكنه عرف عمل التجاري من خلال المواد (2، 3، 4) من القانون التجاري، فلا تكون التجارة الإلكترونية سوى ممارسة لتلك الأعمال بواسطة الوسائل الإلكترونية.

ومنه يمكن القول بأن عقود التجارة الإلكترونية لا تختلف عن عقود التجارة التقليدية من حيث مضمونها ومحترفيها، أما وجه الخصوصية فيها فيتمثل في وسائل مباشرتها، وبصفة خاصة الطريقة التي تنعقد بها هذه العقود ووسائل تنفيذها. [1]

الفرع الثاني

خصائص العقد التجاري الإلكتروني

من التعريفات الواردة للعقد التجاري الإلكتروني يتضح بأنه يتسم بعدة خصائص تميزه عن غيره من العقود التقليدية وتجعله يختلف عن العقود بصفة عامة وعن العقود الإلكترونية بصفة خاصة تتمثل فيما يلي:

أولا: العقد التجاري الإلكتروني هو أنه عقد يبرم عن بعد

تتمثل خصوصية العقد التجاري الإلكتروني في الطريقة التي ينعقد بها، فهو عقد يبرم عن بعد عبر تقنيات الاتصال المختلفة فيمكن تعريف الاتصال عن بعد بأنه: " مجموعة من الإجراءات الفنية – المسموعة والمرئية – لإرسال واستقبال المعلومات عن بعد"

وقد عرف المشرع الفرنسي الاتصال عن بعد بمزيد من التفصيل في المادة 2 الفقرة 1 من قانون تنظيم حرية الاتصالات الصادر في 30 ديسمبر 1986 بأنه: " كل انتقال أو

---

[1] أنظر بورني نذير.

http://sciencesjuridique.Ahlamontada.net/t322-topic 10 نوفمبر 2009، 11:21

إرسال أو استقبال لرموز أو إشارات أو كتابة أو أصوات أو معلومات أيا كانت طبيعتها، بواسطة ألياف بصرية أو طاقة لا سلكية أو أية أنظمة إلكترو مغناطيسية أخرى ".

ويشهد قطاع الاتصال عن بعد تطورا مستمرا ومتنوعا، حيث يمكن إبرام العقد عن بعد عن طريق: التلغراف، أو الهاتف أو الفاكس أو الانترنت وغيرها من وسائل الاتصال الأخرى ونظرا لأن العقد التجاري الإلكتروني ينعقد عن بعد عبر تقنيات الاتصال، ودون حضور مادي للمتعاقدين، وهو الأمر الذي أدى إلى تحقيق المزايا الاقتصادية للمشروعات التجارية، والعملاء على حد سواء. [1]

ثانيا: العقد التجاري الإلكتروني ذو طبيعة دولية

- نظرا لأن وسيلة إبرامه السائدة هي شبكة الانترنت التي يشترك فيها غالبية دول العالم وتثير الكثير من المسائل القانونية كمعرفة القانون الواجب التطبيق فضلا عن المحكمة المختصة بحل منازعات العقد التجاري الإلكتروني. [2]

- أشارت الدراسة إلى أن شبكة الانترنت بما توفره من خدمات وتقنيات قد تخطت الحدود الجغرافية بين الدول بحيث أصبحت المعلومات تنساب بحرية عبر حدود الدول ولم ـ العلاقات القانونية مقصورة على النطاق الوطني بل أصبح في الإمكان التعاقد من خلالها بين أشخاص متباعدين جغرافيا، وبالتالي يمكن القول أن العقد التجاري الإلكتروني يخترق الحدود، مكن في ظل هذه الظروف أن يشتمل على عناصر ذات صبغة خارجية، ث أنه من المحتمل أن يكون العقد الإلكتروني غير المادي والمبرم عن بعد ذو نطاق دولي، ومن ثم فالعقود التي تبرم عبر شبكة الانترنت، قد يلحقها وصف العقود الدولية، متى توافرت فيها المعايير اللازمة لوصف أي معاملة بالطابع الدولي.

---

[1] أنظر د/ سمير حامد عبد العزيز الجمال، التعاقد عبر تقنيات الاتصال الحديثة، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006، ص69.

[2] انظر د/قيدار عبد القادر صالح، مقال بعنوان إبرام العقد الإداري الالكتروني وإثباته، مجلة الرفدين للحقوق، المجلد10، العدد37، جامعة الموصل، 2007، ص153.

- وتجدر الإشارة إلى أنه قد يكون العقد التجاري الإلكتروني داخليا إذا تم انعقاده داخل إقليم الدولة بين متعاقدين ينتمون إلى الدولة نفسها. [1]

- ولابد للمشرع عند وضعه تشريعا للتجارة الإلكترونية وللعقد التجاري الإلكتروني بأن يأخذ بعين الاعتبار طابعه الدولي بحيث يضمن أن تكون القواعد القانونية فعالة ومنتجة في تنظيم المعاملات الإلكترونية سواء لجهة تنفيذ هذه المعاملات أو جهة إحاطتها بسياج من الضمانات التي تضفي عليها الثقة والطمأنينة في التعامل.

ثالثا: عقد يتم الدفع به عن طريق وسائل إلكترونية

أ) حيث الوفاء فقد حلت وسائل الدفع الإلكترونية في الدفع الإلكتروني محل النقود العادية ذلك أنه مع تطور التكنولوجيا و ازدياد التعامل بأسلوب التجارة الإلكترونية، ظهرت تلك وسائل كأسلوب مبتكر لسداد المدفوعات في مثل هذه المعاملات وتتضمن وسائل الدفع الإلكترونية المستخدمة في التجارة الإلكترونية عدة وسائل منها: البطاقة البنكية[2]،الأوراق التجارية الإلكترونية والنقود الإلكترونية والتي تتمثل في نوعين هما النقود الرقمية، والمحفظة الإلكترونية[3]،بالإضافة إلى الوسائل الإلكترونية الجديدة التي ظهرت حديثا مثل الذهب الإلكتروني والشيك الإلكتروني، وتتم عملية تحويل الأموال إلكترونيا بين أطراف العقد التجاري الإلكتروني عبر شبكة الانترنت بواسطة جمعية الاتصالات المالية العالمية بين البنوك أو عن طريق شبكة الاتصال بين البنوك ونتيجة ظهور طرق الدفع الإلكترونية، ظهرت مجموعة من الخدمات البنكية الإلكترونية، مثل خدمات التوكيل الإلكترونية وخدمة الصراف الآلي، وخدمة نطاق البيع وخدمة الحصول

---

[1] أنظر د/ تامر محمد سليمان الدمياطي، إثبات التعاقد الإلكتروني عبر الأنترنت، الطبعة الأولى، القاهرة، 2009، ص 44-45.

[2] البطاقات البنكية يقصد بها النقود البلاستيكية، أو البطاقات البلاستيكية التي تصدرها البنوك أو شركات متخصصة لعملائها بديلة للنقود من أشهرها بطاقة الفيزا والماستر كارد ومن أنواع هذه البطاقات بطاقة الإئتمان وبطاقة الصراف الآلي.

[3] المحفظة الإلكترونية تشبه المحفظة المادية من جهة أنها وسيلة لحفظ بطاقات الإئتمان والنقود الإلكتروني والهوية الشخصية حيث يقوم المستهلك بتفريغها وتركيبها على قرص صلب.

لى الأعمال البنكية من المنزل أو المكتب، والتي يمكن الحصول عليها عن طريق الهاتف الذكي وخدمات المقاصة الإلكترونية. [1]

ب) من حيث الإثبات، فالدعامة الورقية هي التي تجمد الوجود المادي للعقد التقليدي، ولا تعد الكتابة دليلا كاملا للإثبات، إلا إذا كانت موقعة بالتوقيع اليدوي، أما العقد التجاري كتروني فيتم إثباته عبر المستند الإلكتروني[2] والتوقيع الإلكتروني، فالمستند الإلكتروني يبلور حقوق طرفي التعاقد، فهو المرجع للوقوف على ما اتفق عليه الطرفان وتحديد التزاماتهما القانونية، والتوقيع الإلكتروني هو الذي يعطي حجيته على هذا المستند الإلكتروني.

ج) من حيث التنفيذ يتميز العقد التجاري الإلكتروني عن العقد التقليدي بأنه يمكن أن يبرم وينفذ عبر الانترنت دون الحاجة إلى الوجود المادي الخارجي، إذ بفضل شبكة الانترنت أصبحت هناك إمكانية تسليم بعض المنتوجات إلكترونيا، ي التسليم المعنوي للمنتجات مثل برامج الحاسوب، تسجيلات موسيقية، الكتب، إلى جانب بعض الخدمات مثل: الاستشارات الطبية، حيث العميل يقوم بنسخ البرنامج من على شبكة الانترنت عن طريق الانزال. [3]

رابعا: العقد التجاري الإلكتروني من عقود الإذعان

يعتبر عقد التجارة الإلكترونية من عقود الإذعان بحجة أن البائع يضع شروطا لا يستطيع المشتري إلا أن يوافق عليها أو يرفضها جملة واحدة وذلك لتوفر الحماية للمستهلك باعتباره طرفا ضعيفا يحتاج لهذه الحماية، كما يمكن الاستناد إلى المادة 104من القانون المدني الأردني في اعتبار عقد التجارة الإلكترونية من عقود الإذعان حيث نصت هذه المادة

---

[1] أنظر د/ خالد ممدوح إبراهيم، امن المستندات الإلكترونية، طبعة، الدار الجامعية، الإسكندرية، 2008، ص 19-20.

[2] الصفة الإلكترونية للمستند تعني أن العمليات المختلفة التي تتصل بالمستند مثل كتابته أو حفظه أو إسترجاعه أو نقله تتصل بتقنية تحتوي على ما هو كهربائي أو رقمي أو مغناطيسي أ لاسلكي أو بصري أو كهرومغنطيسي غيرها من الوسائل المشابهة.

[3] أنظر د/ خالد ممدوح إبراهيم، المرجع نفسه، ص 210.

على "القبول" في عقود الإذعان يقتصر على مجرد التسليم بشروط مقررة يصنعها الموجب ولا يقبل مناقشة فيها.

- يجوز للقاضي إذا تضمن عقد الإذعان شروطا تعسفية أن يعدل من هذه الشروط أو يعفي الطرف المذعن منها ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك فقد نصت المادة204 من القانون المدني الأردني على أنه إذا تم العقد بطريق الإذعان وكان قد تضمن شروطا تعسفية، للمحكمة أن تعدل هذه الشروط أو تعفي الطرف المذعن منها وفقا لما تقضي به العدالة ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك. [1]

- ويرى جانب من الفقه أن العقد التجاري الإلكتروني ليس من عقود الإذعان إذ أنه لم يصرح بذلك بصورة مباشرة وصريحة وإذا كان يمكن الاستدلال على ذلك من خلال استبعاد العقود التجارية الإلكترونية من عقود الإذعان، وبأن يكون من عقود التفاوض بوجود إمكانية المناقشة في شروطها.

- ومن رأينا أن عقود التجارة الإلكترونية هي عقود إذعان متى كان هناك غياب رة على المناقشة في ما يتعلق بشروط العقد، لا يملك الطرف المذعن إزاء هذه العقود إلا التسليم بشروط مقررة يصنعها الموجب ولا يملك المناقشة فيها وخير مثال على ذلك شركة ميكرو سوفت التي تحتكر غالبية برامج نظم التشغيل عبر العالم.

الفرع الثالث

تمييز العقد التجاري الإلكتروني عن غيره من العقود المشابهة له

إذا كان التعاقد الإلكتروني يتشابه مع سبل التعاقد الحديثة عن بعد، إلا أن التعاقد يتميز بأنه يتم من خلال إحدى شبكات الاتصال الدولية ومن أهمها شبكة الانترنت، كما أنه نتفي فيه المستندات ورقية لتحل بدلا منها المستندات والدعائم الإلكترونية، ومن ثم

[1] أنظر نضال إسماعيل برهم، أحكام عقود التجارة الإلكترونية، دون طبعة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2005، ص 56-57.

مرض لبحث مسألة تمييز العقد التجاري الإلكتروني عن غيره من العقود التي تتم عبر وسائل الاتصال والمشابهة له[1].

أولا: تمييزه عن العقود التقليدية

- عرفت المادة 54 من القانون المدني الجزائري العقد بصفة عامة بأنه: " اتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص نحو شخص أو عدة أشخاص آخرين بمنح أو فعل أو عدم فعل شيء ما "، ونبدأ بتمييز العقد التجاري الإلكتروني عن عقد البيع التقليدي الذي عرفته المادة 1582 من القانون المدني الفرنسي بأنه "عقد بمقتضاه يلتزم شخص بتسليم شيء إلى شخص آخر يدفع له ثمنه ".

- فعقد البيع التقليدي يتميز بميزة رئيسية هي المواجهة بين المتعاقدين، اللذان يكونان حاضرين عند تبادل التعبير عن الإرادتين، في حين يتسم العقد التجاري الإلكتروني ببعد الطرفين وانفصالهم عن بعضها البعض.

- ويتميز هذا العقد بأنه من العقود التبادلية، وهو عقد رضائي، ناقل للملكية من عقود المفاوضة، وفيه يكون كل من المتعاقدين حاضرا في مواجهة الآخر عند تبادل الإرادتين، من الواضح أن العقد التجاري الإلكتروني، ليس عقد بيع تقليدي إذ يتسم هذا الأخير بصفة رئيسية هي بعد الطرفين و انفصالهما عن بعضهما البعض. [2]

- أما عقد البيع عن بعد فيمكن تعريفه بأنه عقد يتعلق بتقديم منتج أو خدمة ينعقد بمبادرة من المورد دون حضور مادي للمورد أو المستهلك باستخدام تقنية الاتصال عن بعد من أجل نقل عرض المورد إلى المستهلك، والعقود المبرمة عبر الشبكة لا تشكل نوعا جديدا من العقود كما أنها لا تخرج عن القواعد القانونية المنظمة لأحكام العقد وعموما هذا ما تؤكده أغلبية التشريعات المنظمة للتجارة الإلكترونية التي لم تضع تشريعا للعقود التجارية

---

[1] أنظر د/ خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2006، ص 67.

[2] راجع عربوش أمينة، المرجع السابق، ص 15.

الإلكترونية بل تركتها للقواعد العامة، وعلى الرغم من ذلك فان التعاقد الإلكتروني يعد متميزا عن الصور التقليدية للتعاقد، وذلك بسبب الطبيعة الخاصة التي تتميز بها الانترنت وخدماتها بحيث أن القواعد العامة لا تستوعب جميع الجوانب القانونية لهذه العقود.

ثانيا: تميز عقود التجارة الإلكترونية عن بعض العقود المبرمة عن بعد

1. العقد التجاري الإلكتروني وعقد استخدام الشبكة:

- ي البداية يجب أن تشير إلى أنه لا يوجد نموذج وحيد لعقد الدخول، وإنما توجد صور عديدة مثلما يوجد أنواع مختلفة من متعهدي الدخول.

فعقد الدخول إلى الشبكة هو العقد الذي يحقق الدخول إلى الشبكة من الناحية الفنية، وبمقتضى هذا العقد يتيح مقدم خدمة الدخول إلى شبكة الانترنت للعميل الوسائل التي تمكن من الدخول إلى الشبكة حيث يحقق الدخول إلى الشبكة من الناحية الفنية.

- ى ذلك فإن الالتزام الرئيسي لمتعهد خدمة الدخول هو إتاحة الاتصال بشبكة الانترنت وذلك لقاء أجر.
- ويمكن لعقد الدخول على الشبكة أن يتضمن التزامات مكملة مثل: الالتزام بتوريد المواد الضرورية للاتصال، والالتزام بصيانة وتطوير الشبكة.
- ونجد أن نماذج لعقود الدخول إلى الشبكة، إما أن تكون لمدة محددة، أو لمدة غير محددة، مع مواصلة دفع الاشتراك قبل تجديد العقد نظير مدة أولية.
- وعلى ذلك فإنه بإتمام عقد الدخول على الشبكة يكون للعميل موقع محدد على شبكة الانترنت يمارس فيه نشاطه هذا، ويقع على عاتقه أن يحافظ على سرية رموز وكلمات المرور المحصنة له[1]

---

[1] ظر لزهر بن سعيد، النظام القانوني لعقود التجارة الإلكترونية، دون طبعة، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2012، ص 52-53

- ولمنع الخلط بين المواقع العديدة على الشبكة، قد جرى العمل على وضع نظام لعناوين المواقع على شبكة الانترنت، نظام مقابل لأسماء المجالات التي يقع فيها العنوان على الشبكة بحيث يمكن تحديد المجال الذي سيقع فيه النشاط الذي يمارس صاحب الموقع.

2. العقد التجاري الإلكتروني والعقد المبرم عن طريق التلكس والفاكس:

- إن التعبير عن الإرادة من خلال التلكس يدخل ضمن التعبير بالكتابة، في صيغتها الإلكترونية ويتم تبادل التعبير عن الإرادة كتابيا وتدخل هذه الصورة من التعاقد ضمن نطاق المادة77 من القانون المدني العراقي، ويختلف التعاقد من خلال التلكس عن التعاقد الإلكتروني عبر شبكة الانترنت، حيث أن هذه الأخيرة تتيح خدمات متعددة، إضافة إلى خدمة الكتابة الإلكترونية.

- كما يتاح من خلال شبكة التواصل والتفاعل مع أكثر من شخص واحد، بل كن من خلالها تقديم العرض إلى عدد غير محدود من الجمهور من قبل التاجر، كما يستطيع طالب السلعة أو الخدمة أن يوجه بإيجابه إلى عدد من التجار.

- أما الفاكس فيعد جهاز للاستنساخ، ينقل الرسائل بطريقة إلكترونية إلى المرسل إليه طبقا لأصلها الموجود لدى المرسل، بعد التعاقد من خلال هذه الوسيلة تعاقدا بين غائبين من حيث الزمان والمكان، ويختلف الفاكس عن شبكة الانترنت في أي إمكانيات الفاكس محدودة حيث لا يمثل ما يتم تسليمه من قبل المرسل إليه سوى نسخة مستنسخة من الرسالة الأصلية الموجودة لدى المرسل، فضلا عن الفاكس كالهاتف والتلكس و وسيلة ذات استخدام واحد بخلاف شبكة الانترنت التي تتيح خدمات ووسائط متعددة وبسرعة كبيرة [1] في حين أن التعاقد التجاري الإلكتروني يتميز بالطبيعة الغير مادية حيث مكونات الاتفاق لا تكون ثابتة على دعامة ورقية ممحورة بتوقيع الأطراف، بل تكون مثبتة على دعامة إلكترونية.

[1] راجع آمانج رحيم أحمد، التراضي في العقود الإلكترونية، الطبعة الأولى، دار وائل للنشر، 2006، ص 77-78.

– ومن ناحية أخرى فإنه من السهل التأكد من أصل وصحة رسائل الفاكس عن طريق الرسائل الإلكترونية لكون الأصل ثابت على دعائم ورقية، كما يستطيع مكتب تلغراف على الأقل من الناحية النظرية التعرف على هوية المرسل. [1]

3. التعاقد التجاري الإلكتروني والتعاقد التجاري بالتلفزيون:

تعاقد عن طريق التلفزيون هو عبارة عن طلب سلعة أو منتج بواسطة الهاتف متتاليا على عرض منقول بواسطة وسائل الاتصال السمعية والمرئية، وكمثال على ذلك يقوم الموجب بعرض خدمة أو سلعة عن طريق التلفزيون، بعد ذلك يقوم المشتري المحتمل لاتصال بالموجب عبر الهاتف أو ب وسيلة أخرى مماثلة للتفاوض على السلعة، أو الخدمة، عرض قبوله وهذا الاتصال أو القبول يكون لعرض الإيجاب عبر التلفزيون بمعنى يأتي بعد هذا العرض.

ن العقد التجاري الإلكتروني والعقد المبرم عن طرق التلفزيون يتشابهان بأن لرسالة المنقولة هي نفسها بالنسب كافة العملاء بالصوت والصورة إلا أن الإعلان في التعاقد عن طريق التلفزيون يكون عن طريق الإذاعة المرئية المسموعة، والجوهر في هذا الإعلان أنه وقتي أي يزول سريعا، لأنه لا يستمر إلا من خلال مدّة البث فقط وللحصول على مزيد من التفاصيل يكون من خلال الاتصال عن طريق الهاتف أو أي وسيلة اتصال أخرى، ما الإعلام في التعاقد الإلكتروني فيظل قائما طوال اليوم ويكون الاستعلام عن التفاصيل خلال تصفح صفحات الموقع على الانترنت.

كما أنه في التعاقد عن طريق التلفزيون يتم إبلاغ القبول عبر الاتصال بالهاتف أو غيره، أما في التعاقد التجاري الإلكتروني فإن التعبير عن القبول يتم عبر التبادل الإلكتروني للبيانات أو عن طريق البريد الإلكتروني، أو بالضغط على عبارة الموافقة، أو بأي وسيلة أخرى من وسائل التعبير عن القبول الإلكتروني، والفرق الجوهري يكمن في أن البث يتم من

[1] راجع خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، المرجع السابق، ص 71.

جانب واحد في حالة التعاقد عن طريق التلفزيون، ولا توجد إمكانية للتجاوب أو لأي مبادرة جانب العميل وذلك على عكس العقد التجاري الإلكتروني الذي يتصف بصفة التفاعلية من جانب العميل أي يكون هناك نوع من التبادل بين الطرفين، وصفة التفاعلية هذه تسمح حضور افتراضي بين أطراف التعاقد، كما تسمح بتسليم بعض الأشياء تسليما معنويا أو أداء بعض الخدمات فورا على الشبكة عن طريق وسائل الدفع الإلكترونية. [1]

4. التعاقد التجاري الإلكتروني والتعاقد عن طريق الكتالوج:

يعتبر التعاقد عن طريق الكتالوج[2] تعاقدا بين غائبين عن طريق المراسلة، يقوم الموجب به بعرض المنتوجات أو الخدمة وبيان مواصفاتها وثمنها ويقوم بتوزيعها وإرسالها إلى العملاء لذلك فهو يتشابه مع التعاقد التجاري الإلكتروني في تخلف مجلس العقد الواحد والقابل فيه هو المستهلك أو العميل الذي اطلع على بيانات ومواصفات المنتجات، لكن في التعاقد عن طريق الكتالوج نجد الفاصل الزمني ما بين صدور الإيجاب وصدور القبول وإذا اقد عن طريق الكتالوج يتفق مع التعاقد التجاري الإلكتروني في عدم اجتماع المتعاقدين في مجلس واحد يجعل بينهما اتصال مباشر، بل تكون هناك فترة زمنية تفصل بين صدور القبول وعلم الموجب به، وقد تطول أو تقص بحسب الأحوال كما أنهما يختلفان ي طريقة التعبير عن القبول حيث يتم بملء الطلبية أو الاستمارة المرفقة من قبل القابل، ليتم تسليمها فيما بعد يدويا أو ترسل عن طريق البريد العادي بينما يتم القبول في التعاقد التجاري الإلكتروني بطريقة إلكترونية من خلال شبكة لانترنت الأمر الذي قد يلغي أيضا الفاصل الزمني ما بين الإيجاب والقبول. [3]

---

[1] راجع د/ خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، المرجع السابق، ص 94-95.

[2] الكتالوج هو وسيلة هامة من وسائل إبرام عقود البيع باعتباره نموذجا ورقيا محتويا على كتابات ورسومات وصور توضيحية للمنتجات المعروضة للبيع كما قد يكون صورة شريط فيديو أو إسطوانات كمبيوتر مضغوطة.

[3] راجع خميس سهيلة، المرجع السابق، ص 24-25.

المطلب الثاني

أركان العقد التجاري الإلكتروني

وفقا للقواعد العامة في نظرية العقد يتعين لإبرام العقد صحيحا منتجا لأثاره، توافر أركانه الأساسية وهي: الرضا، المحل، السبب فضلا عن تطلب بعض العقود لضرورة توافر شكلية معينة.

وفي هذا الإطار سنتطرق إلى ركن الرضا لإلقاء الضوء عليه، ما ركن المحل والسبب فلا يخرج حكمهما بالنسبة للعقود التجارية الإلكترونية عم هو مقرر للنظرية العامة في نظرية العقد. [1]

الفرع الأول:

ركن الرضا في العقد

إن التراضي في حقيقته هو توافق إرادتين على إحداث أثر قانوني ويعد هذا الركن ركنا أساسيا لتكوين العقد عموما دون وجود خلاف حول ذلك، وتظهر هذه الحقيقة بوضوح في العقود التجارية الإلكترونية المبرمة عبر شبكة الانترنت بصفة عامة لأن الخصوصية التي تتميز بها هذه العقود عن غيرها هي الطريقة التي يتحقق بها التراضي، وينعقد بالتالي بها العقد. [2]

إذا لكي يكون الرضا بالعقد لابد أن توجد إرادة شخص محدد وأن تتجه هذه الإرادة إلى إحداث أثر قانوني معين وأن يخرجها صاحبها إلى حيز الوجود في العالم الخارجي، لتعبير عنها وأن ترتبط وتتوافق مع إرادة أخرى بصورة مطابقة وصحيحة.

---

[1] د/ تامر محمد سليمان الدمياطي، المرجع السابق، ص 56-57.

[2] راجع آمانج رحيم أحمد، المرجع السابق، ص 90-91.

ونظرا لجميع هذه الاعتبارات تجدر دراسة طرق تبادل الرضا[1] من خلال التعرض في المقام الأول للإيجاب الإلكتروني وفي المقام الثاني للقبول الإلكتروني لهذا الإيجاب.

أولا: الإيجاب الإلكتروني

تبر الإيجاب هو الخطوة الأولى في إبرام كافة العقود ومنها العقد التجاري الإلكتروني هو الإرادة الأولى التي تظهر في العقد ولكي يتم إبرامه يلزم بالضرورة أن يبدأ أحد الأشخاص بعرضه على الآخر بعد أن يكون استقر نهائيا عليه والتعبير عن الإرادة، وحتى يكون إيجابا يجب أن يكون جازما وكاملا وباتا، وأن يعبر عن إرادة واضحة في معنى إبرام العقد وأن يتضمن الشروط الجوهرية للعقد المراد إبرامه وهو ما يعني أن الشخص إذا لم يكن يقصد إبرامه فإن التعبير عن الإرادة لا يعتبر إيجابا. [2]

1. تعريف الإيجاب الإلكتروني:

يمكن أن يتم التعبير عن الإيجاب عبر تقنيات الاتصال الحديثة، فهو قد يتم عبر الهاتف أو الفاكس، أو التلكس، أو البث الإذاعي، أو التلفزيون، أو عبر الانترنت وذلك باستخدام البريد الإلكتروني أو الموقع التجاري .

وقد عرفت اتفاقية فينا لعام 1980 م بشان النقل الدولي للبضائع المادة 14- 1 معيارا لتحديد الإيجاب فنصت على أن الإيجاب يكون محددا بشكل كافي إذا تعينت فيه البضائع محل البيع وتحدد كميتها وثمنها صراحا أو ضمنا، إذا كانت ممكنة التحديد حسب البيانات التي تضمنتها صيغة الإيجاب.

ويشترط في التعبير عن الإرادة عبر شبكة الانترنت لكي يعتبر إيجابا إلكترونيا ينعقد به العقد إذا اقترن به قبول إلكتروني مطابق، توافر ثلاث شروط أساسية هي:

---

[1] يعتمد مفهوم الرضا بشدّة على إرادة الأطراف، لذا يشبه الفقية كار بونبيه الرضا بأنه "إدارة كل متعاقد مع تطابق إرادتهم."

[2] راجع د/ خالد ممدوح إبراهيم، أمن المستندات الإلكترونية، المرجع السابق، ص 38.

- أن يكون الإيجاب الإلكتروني جازما، وباتا، وذلك بأن تتوفر في الموجب النية قاطعة لإحداث الأثر القانوني المتمثل في إبرام العقد وهو ما يميز الإيجاب عن المراحل التي تسبقه.
- أن يكون الإيجاب كاملا ومحددا تحديدا كافيا، وذلك بأن يحتوي على الشروط الأساسية للتعاقد التي تشمل العناصر الجوهرية للعقد.
- إيجاب يجب أن يكون موجه إلى شخص معين أو عدة أشخاص معينين ، أو إلى العالم عبر شبكة الانترنت. [1]

2. خصائص الإيجاب الإلكتروني:

أ/ الإيجاب الإلكتروني يتم عن طريق وسيط إلكتروني:

للب الإيجاب الإلكتروني وجود وسيط إلكتروني وهو ما يطلق عليه مقدم خدمة الانترنت، فالإيجاب يتم من خلال الشبكة، وباستخدام وسيلة مسموعة مرئية وبالتالي فإن الوجود الفعلي للإيجاب يكون منذ اللحظة التي يتم إطلاق الإيجاب من خلال شبكة الانترنت وليس هناك ما يحول دون أن يكون الموجب هو نفسه مقدم خدمة الانترنت، ويعتبر الإيجاب في التعاقد الإلكتروني من الإيجاب في التعاقد عن طريق التلفزيون، ففي كلتا الحالتين لا توجد دعامة ورقية، ورغم هذا التشابه فإن الإيجاب الإلكتروني يتميز بأنه يتضمن استمرارا عينا بحيث أن المرسل له يستطيع دائما أن يعود ليقرأ مرة أخرى الكتالوج أو الإعلان الموجود على الموقع الإلكتروني، والمرسل عبر البريد الإلكتروني، أما الإيجاب في التعاقد عبر التلفزيون يتميز بالسرعة والاختصار والسرعة في المعلومات. [2]

---

[1] راجع آمانج رحيم، أحمد، المرجع السابق، ص 144-145.

[2] راجع لزهر بن سعيد، المرجع السابق، ص 81-82.

ب/ الإيجاب الإلكتروني يكون في الغالب إيجابا دوليا:

يتم الإيجاب الإلكتروني باستخدام وسائط إلكترونية، وعبر شبكة دولية للاتصالات والمعلومات لذلك، فهو لا يتقيد بحدود الدول السياسية والجغرافية، ويكون الإيجاب الإلكتروني تبعا لذلك إيجابا دوليا نظرا لم تتسم به شبكة الانترنت من الانفتاح والعالمية، ورغم ذلك يرى البعض أنه لا يوجد ما يخول من قصر الإيجاب الإلكتروني على منطقة جغرافية محددة، بحيث يكون له نطاق جغرافي ومكاني معين، فقد يقصر الموجب عرض المنتجات والخدمات على منطقة جغرافية معينة، ي أن الإيجاب الإلكتروني قد ،كون إقليميا أو دوليا ومن ثم فإن الموجب لن يلتزم بإبرام عقود، أو تسليم منتجات، أو أداء خدمات خارج النطاق الإقليمي الذي حدّده سلفا. [1]

ج/ الإيجاب الإلكتروني يتم عن بعد:

ظرا لان العقد التجاري الإلكتروني يتم إبرامه بدون الوجود المادي لأطرافه، فهو يتم بين عاقدين لا يجمعهما مجلس عقد حقيقي حيث يتم التعاقد باستخدام وسائل إلكترونية، لهذا فهو ينتمي إلى طائفة العقود التي تتم عن بعد، ولما كان الإيجاب الإلكتروني إيجابا عن بعد فإنه يخضع للقواعد الخاصة بحماية المستهلك في العقود المبرمة عن بعد والتي تفرض على المورّد مجموعة من القيود والواجبات التي يلتزم بها اتجاه المستهلك الإلكتروني. [2]

3. طرق التعبير عن الإيجاب:

أ/ الإيجاب عن طريق البريد الإلكتروني:

المقصود بالبريد الإلكتروني هو تبادل الرسائل بين الأطراف ولكن بطريقة إلكترونية، وينظر عادة إلى هذا البريد الإلكتروني على أنه المكافئ الإلكتروني للبريد العادي، ولذلك

---

[1] أنظر د/ أسامة أبو الحسن مجاهد، الوسيط في قانون المعاملات الإلكترونية، الكتاب الأول، دارر النهضة العربية، 2007، ص 134.

[2] راجع لزهر بن سعيد، المرجع السابق، ص 82.-83.

فإنه في مجال البريد الإلكتروني يمكن تطبيق القواعد الخاصة بالبريد العادي لأنه عندما تضع الرسالة العادية داخل الصندوق فإنك تفقد السيطرة عليها ولا تستطيع استردادها كذلك الحال بالنسبة للبريد الإلكتروني.

وتتم عملية التعبير عن الإرادة من خلال البريد الإلكتروني عندما يقوم الشخص بالدخول إلى أي عنوان يرغب في إرسال أي رسالة بيانات إليه فيقوم بكتابة بيانات المرسل إليه على الشبكة ثم يضغط على مفتاح الإرسال الموجود في البرنامج. [1]

ب/ الإيجاب عبر الموقع الإلكتروني الويب:

التعبير الإلكتروني عن الإرادة عبر موقع الويب قد يكون بالكتابة أو النقر على زر لموافقة أو بالضغط بالمؤشر في الخانة المخصصة ،ذلك في صفحة الويب، وتسمى هذه الطريقة "ok–box"، وتستخدم من أجل التعاقد سواء بشأن المنتجات أو الخدمات الموجودة على صفحات الويب، حيث يختار المشتري المعتمل السلعة، ويضغط على أيقونة الموافقة أمامه في العقد النموذجي المحتوي على شروط وبنود التعاقد، فإذا أراد إتمام التعاقد يقوم بالضغط على أيقونة القبول، ويلاحظ أن مجرد الضغط بالموافقة لا يعني القبول حتما، قد يحدث ذلك نتيجة خطأ غير مقصود من القابل، ولذلك يشترط الضغط مرتين أو أكثر على هذا الزر للتغيير عن الرغبة الجادة في إبرام العقد. [2]

ثانيا: القبول الإلكتروني

يقوم العقد التجاري الإلكتروني على توافق الإرادتين (الإيجاب والقبول) إذ لا يكفي الإيجاب وحده لإبرام العقد فلابد أن يقابله القبول، وهذا ما سنحاول معرفته من خلال تعريف القبول الإلكتروني وطرق التعبير عنه ومدى صلاحية السكوت في التعبير عن القبول.

---

[1] راجع د/ خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، المرجع السابق، ص 168–169.

[2] راجع د / خالد ممدوح إبراهيم، أمن المستندات الإلكترونية، المرجع الاسبق، ص 124.

1. تعريف القبول الإلكتروني:

القبول هو التعبير البات عن إرادة الطرف الذي وجه إليه الإيجاب الذي يفيد موافقته لى الإيجاب الذي ما يزال قائما ـ الإرادة الثانية في العقد لصرف النظر عن الذي صدرت منه، فقد تصل من البائع كموافقة للإيجاب الذي صدر من المشتري[1].وقد عرفته المادة 11 ن قانون الأمم المتحدة النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية الصادرة في 16 ديسمبر 1996 على أنه " يجوز استخدام رسائل البيانات للتعبير عن القبول، وأن العقد لا يفقد صحته، أو قابليته للتنفيذ لمجرد استخدام رسالة البيانات لهذا الغرض ".

يعرف القبول بصفة عامة بأنه " التعبير عن رضاء الموجب له بإبرام العقد بالشروط التي عينها الموجب".[2]

2. طرق التعبير عن القبول الإلكتروني:

إن التعبير عن إرادة القبول قد يكون صريحا أو ضمنيا فإن التعبير عن إرادة القبول الإلكتروني لا يكون إلا صريحا سواء باستعمال اللفظ الذي يدل مباشرة على المعنى المقصود منه بإجراء استقبال تليفوني عبر الانترنت أو عن طريق الاتصال بقنوات المحادثة أو الكتابة باستخدام البريد الإلكتروني وذلك في وقت إعداد المستهلك قبوله في شكل رسالة بريدية من خلال أحد برامج البريد الإلكتروني ثم كتابة مضمون القبول في سطر الموضوع ثم مجرد الضغط على زر الإرسال لتوجيه الرسالة إلى القائمة البريدية الإلكترونية الخاصة بالمعترف. [3]

---

[1] ـ د/ اسامة أحمد بدر، حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني، دون طبعة، دار الكتب القانونية، 2008، ص 159.

[2] أنظر د/ محمود عبد الرحيم الشريفات، التراضي في تكوين العقد عبر الإنترنت، الطبعة الأولى، دار الثقافة، الأردن، 2009، ص 143.

[3] راجع د/ أسامة أحمد بدر، المرجع السابق، ص 160.

فالتعبير عن القبول الإلكتروني بعدة طرق منها الكتابة بما يفيد الموافقة أو باستخدام التوقيع الإلكتروني عبر البريد الإلكتروني أو عن طريق اللفظ من خلال غرفة المحادثة أو التنزيل عن بعد من خلال تنزيل البرامج للمنتج أو السلعة عبر الانترنت وتحميلها على جهاز الكمبيوتر الخاص بالقابل، كما أن هناك العديد من التقنيات التي تسمح بالتغلب على هذا الشكل ومن ذلك وجود وثيقة أمر بالشراء يتعين على العميل أن يحررها على الشاشة، وهو ما يؤكد سلوكه الإيجابي في هذا الشأن، أو التأكيد للأمر بالشراء يرتد إلى موقع البائع ومن ذلك مثلا ما وردّ بالبند من العقد النموذجي الفرنسي للتجارة الإلكترونية بشأن القبول من ضرورة وجود تأكيد الأمر بالشراء.

جانب أخر قد تكون وسيلة إرسال القبول عبر الخط " Enligne" مباشرة بمجرد النقر (clic) عبر الأيقونة الخاصة بذلك، يكون التعبير عن القبول في هذا الصدد عن طريق الإظهار الإلكتروني (cliquage) لذي يظهر بوضوح شكل التعبير عن إرادة المستهلك. [1]

3. **السكوت كطريق للتعبير عن القبول:**

ى بعض الفقه القانوني تطبيقا للقا عد العامة أن سكوت المتعاقدين في التعامل السابق بينهما عبر تقنيات الاتصال الحديثة يمكن أن يستنتج منه القبول، شأنه في ذلك شأن لقبول التقليدي، ذلك لأن استعمال الوسيلة الإلكترونية لا ينبغي أن يمثل مبررا للخروج عن تطبيق القواعد العامة.

ويرى البعض الآخر من الفقه القانوني أن السكوت لا يعبر قبولا في العقد التجاري الإلكتروني، لأن من يستلم رسالة إلكترونية عبر الانترنت، تتضمن إيجابا يحق له أن يردّ عليها، حتى ولو وردّ فيها أنه إذا لم يرّد على هذا العرض خلال مدة معينة اعتبر ذلك قبولا،

[1] مجلة جامعة بخت الرضا العلمية، د/ عبد الحي القاسم عبد المؤمن، جامعة الإمام المهدي، كلية الشريعة والقانون، السودان، العدد الحادي عشر، يونيو 2014، ص 03.

وثمة رأي ثالث يشكل حلا وسطا بين الرأيين يعتبر أنه في الحالات الاستثنائية التي يعتبر فيه السكوت، قبولا، ن أن توجه هذه الحالات بمنتهى الحذر في عقود التجارة الإلكترونية ،لأنه لا يمكن القول حتى الآن بأن العرف يلعب دورا فعليا في هذه العقود، كما نه في الحالة التي يتضمن فيها الإيجاب مصلحة للمعروض عليه، فهي تتضمن عملا من أعمال التبرع، وهو فرض غير مألوف في عقود التجارة الإلكترونية.

ومهما تعددت الآراء في موضوع السكوت بالعقد التجاري الإلكتروني واعتباره أو عدم اعتباره قبولا. [1]

فإننا نضم رأينا إلى رأي الدكتور إلياس ناصيف في إمكانية تطبيق القواعد العامة لاسيما أن السكوت لا يعتبر في الأساس قبولا وأنه يعود إلى المحاكم لتقدير الظروف التي يعتبر فيها السكوت قبولا ولها سلطة مطلقة في هذا التقدير.

الفرع الثاني

المحل

، ينعقد العقد التجاري الإلكتروني صحيحا يجب أن تتوافر ثلاثة أركان وهي الرضا والمحل والسبب، وقد انتهينا من الحديث عن ركن الرضا، وسنبين في هذا الفرع ركن المحل ونتطرق إلى تعريفه وصوره ثم ننتقل إلى شروطه.

أولا: تعريف المحل وصوره

إن المحل في العقود الإلكترونية لا يختلف كثيرا عن المحل في العقود التقليدية وبالرجوع إلى التقنين المدني الجزائري يتضح أن المشّرع أشار في الأحكام المتعلقة بمحل

[1] أنظر إلياس ناصيف، العقود الإلكترونية في القانون المقارن، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2009، ص 103.

العقد باعتباره الركن الثاني في العقد إلى محل الالتزام بنصه في المادة 92 من القانون المدني .

حيث يعّرف محل العقد التجاري الإلكتروني بأنه: " العملية القانونية التي أرادها طرفا . سواء بأداء شيء معين كبضاعة أو معدات أو برامج حاسوب، أو أداء عمل معين كتقديم الخدمات".[1]

ويقوم العقد التجاري الإلكتروني على صورتين هما:

1. **تجارة السلع:** ويقصد بها التجارة التي محلها بضائع وكلمة بضائع استقر الفقه القضاء على أنها تشمل المنقولات المادية أو المعنوية على حد السواء، ووفقا للمادة الثانية من اتفاقية فينا بشان البضائع لسنة 1980م تستبعد البضائع التي يتم شراؤها للاستهلاك الشخصي، ويرجع ذلك لاختلاف التشريعات في نظرتها لحماية المستهلك، وتتعدد البضائع محل العقد التجاري الإلكتروني فمنها السلع الاستهلاكية مثل: المنتجات الغذائية أو الملابس وهناك سلع متعلقة بالصحة ، وسلع متعلقة بالثقافة. [2]

2. **تجارة الخدمات:** هي التي يكون محلها توريد خدمات، ويعتبر مجالها من المشروعات التي لا تحتاج إلى رأس مال فهي تعتمد بالأساس على الفكر والمؤهلات العلمية وجميع المعلومات، وتعتبر من أنواع التجارة الإلكترونية التي تتم وتنفذ على الخط، وتتعدد المجالات التي يمكن ممارستها من خلال التجارة الإلكترونية وهي الخدمات المصرفية والتي تعتبر من أقدم المجالات التي يمكن ممارستها من خلال التجارة الإلكترونية وهي الخدمات المصرفية والتي تعتبر من أقدم المجالات التي تتم فيها التجارة الإلكترونية، وكذا الخدمات مالية وتشمل الأعمال المصرفية والتأمين والاستثمار، والخدمات المهنية كالمحاماة

---

(1) د/ نوري حمد خاطر، عقود المعلوماتية، الطبعة الأولى، منشورات الدار العلمية والدولية، ودار الثقافة، الردن، 2001، ص45.

(2) أنظر د/ الطاهر شوقي مؤمن، عقد البيع الإلكتروني، دون طبعة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2007، ص 46.

الاستشارات القانونية والهندسية والوساطة والسمسرة والرعاية الصحية، وكذا خدمات الاتصالات تشتمل خدمات الوصول إلى الشبكة الدولية عن طريق موردّي هذه الخدمة وعقود إنشاء المتجر الافتراضي وعقود الإيواء، بالإضافة إلى خدمات وكلاء السياحة وحجز الفنادق وزيارة المتاحف إلكترونيا، وخدمات شركة البورصة وشركات الاستثمار وخدمات التأمين على الخط والتسويق عن بعد. [1]

ثانيا: شروط المحل

طبقا للقواعد العامة يشترط في محل العقد أن يكون موجودا أو ممكن الوجود، وأن يكون معينا أو قابلا للتعين، وأخيرا أن يكون مشروعا ولكن السؤال المطروح هل تشكل هذه الشروط أي خصوصية بالنسبة لمحل العقد التجاري الإلكتروني عم هو الحال عليه في محل العقد التقليدي؟.

1. **أن يكون موجودا أو ممكن الوجود:** هذا الشرط يعني أن يكون محل الالتزام موجودا وقت نشوء الالتزام أو ممكن الوجود بعد ذلك في المستقبل[2] وقد نصت المادة (93) من القانون المدني الجزائري[3] على أنه:" إذا كان محل الالتزام مستحيلا في ذاته أو مخالفا للنظام العام أو الآداب العامة كان باطلا بطلانا مطلقا"، وينطبق ذلك على محل العقد جاري الإلكتروني وهذا يعني أن إرادة الطرفين إذا اتجهت إلى محل كان المتعاقدان يعتقدان أنه موجود، وظهر عدمه، أو ظهر أنه كان موجود فعلا، لكنه لحظة التعاقد كان قد هلك، عدّ العقد باطلا لتخلف ركن المحل بعكس ما لو هلك المحل بعد لحظة انعقاد العقد

---

[1] التوجه رقم (48) لسنة 1998 الصادر عن المجلس الأوروبي الخاص بالتجارة الإلكترونية، وملتقى ذافوس لسنة 2002 مشار إليه في البحث المقدم للمؤتمر العلمي حول الجوانب القانونية والأمنية للعمليات الإلكترونية، دبي من (ح-26) أبريل 2003.

[2] أنظر عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مصادر الإلتزام، دون طبعة، المجمع العلمي العربي الإسلامي ومنشورات محمد الدابة، الكتب المصرية، بيروت، 1934، ص 470.

[3] تقابلها المواد 159 مدني أردني و ج13 مدني مصري و 130 مدني فرنسي، و 307 مدني ألماني.

لأن العقد سينعقد صحيحا من جهة توفر ركن المحل غير أنه بإمكان المتعاقدين اللجوء إلى أحكام الفسخ أو إلى التنفيذ بمقابل. [1]

وكذلك الحال لو اتفق المتعاقدان على تسليم بضاعة أو أداء خدمة غير موجودة لحظة التعاقد لكنها ستوجد في المستقبل حتما، وتم تعينها تعينا كافيا نافيا للجهالة صح العقد، والمقصود بإمكانية الوجود أنه ليس مستحيلا، ا الشرط تقتضيه طبيعة الأمور لا تكليف بمستحيل. [2]

2. **<u>أن يكون معينا أو قابلا للتعيين:</u>** يشترط طبقا للقواعد العامة تعيين المحل عند التعاقد تعينا نافيا للجهالة الفاحشة وإلا بطل العقد، ويكون ذلك ببيان المعقود عليه سواء بالإشارة إليه إن كان موجودا أو بتحديد أوصافه بالشكل الذي تنتفي معه الجهالة الفاحشة، ن كان غير موجود، بمعنى أنه يكفي أن يكون محل العقد قابلا للتعين عند التعاقد، إذ تنص المادة(44) من القانون المدني الجزائري على أن " إذا لم يكن محل الالتزام معيننا بذاته، وجب أن يكون معينا بنوعه ومقداره وإلا كان العقد باطلا". [3]

وفي مجال التعاقد عبر الانترنت لا تثور مشكلة تعين المحل متى انصب العقد على بضائع أو سلع مادية، إنما تثور عندما يكون محل العقد الإلكتروني متعلقا بخدمات أو عقود معلوماتية، إذ بإمكان المستفيد حينها أن يدعي أن المنتج أو البائع لم يقيم بعلمه بشكل كامل بالنسبة للخدمات، أولم يقم بما هو ملزم به في إطار عقود المعلوماتية نظرا للطبيعة الفنية لهذه العقود، إذ ينصب العقد على حقوق الاستغلال المالي بما توفره من مكنات يمكن التنازل عنها أو منحها للغير بوصفها من الحقوق الأدبية. [4]

---

[1] انظر إياد أحمد البطانية، النظام القانوني لعقود برامج الحاسوب، أطروحة دكتوراه، جامعة بغداد، 2004، ص 178.

[2] عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ص 469.

[3] تقابلها المادة 161 مدني أردني، و132 مدني مصري، و 63 مدني تونسي.

[4] راجع إياد احمد البطانية، المرجع السابق، ص 182.

ن يكون المحل مشروعا: لا يكفي في التعاقد الإلكتروني، كما في القواعد العامة أن يكون محل العقد موجودا أو ممكنا، وأن يكون معينا أو ممكننا لتعيينه، بل يلزم فضلا عن ذلك أن يكون هذا المحل قابلا للتعامل فيه قانونا بأن لا يمنع القانون التعامل فيه، وأن يكون مخالفا للنظام العام أو الآداب العامة، إذ تنص المادة (93) من القانون المدني الجزائري على أنه: " إذا كان محل الالتزام مستحيلا في ذاته أو مخالفا للنظام العام أو الآداب العامة كان باطلا بطلانا مطلقا"[1].

وينطبق ذلك على محل العقد التجاري الإلكتروني فلا يكون مخالفا للنظام العام أو الآداب العامة، و داخلا ضمن نص قانوني يحظر التعامل بهذا المحل، وبخلاف ذلك كله يكون العقد باطلا. [2]

الفرع الثالث

السبب

أولا: تعريف السبب

السبب هو:" الغرض الذي يقصد الملتزم الوصول إليه من وراء ارتضائه التحمل بالالتزام " أو " هو الغاية أو الباعث الدافع للتعاقد، ويقصد به غاية الملتزم من التزامه".[3]

والسبب بهذا المعنى يكون ركنا في الالتزام الإرادي فقط (العقد والإرادة المنفردة) إذ أن الالتزام غير العقدي لم يقم على إرادة الملتزم حتى يصح السؤال عن الغرض المباشر الذي قصد إليه الملتزم من وراء التزامه، فالسبب والإرادة أمران متلازمان، فإن وجدت الإرادة وجد السبب وإذا انعدمت انعدم السبب، إذا السبب هو الغرض الذي انصرفت إليه الإرادة، غير أنه من بين نتائج هذا الترابط، أن كل ما ينال من دور الإرادة [كونها مصدرا للالتزام] ينال أيضا من السبب.

---

(1) تقابلها المادة 1598 مدني فرنسي، والمادة 62 مدني تونسي، والمادة 135 مدني مصري.

(2) راجع إياد احمد البطانية، المرجع السابق، ص 183.

(3) راجع عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، المرجع الاسبق، ص 344.

وقد جاء بالمذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي للقانون المدني المصري بأنه: " يقصد بالسبب معناه الحديث، وهو نفس مأخذ المشرع الجزائري من خلال أحكام المادتين 97 و98 من القانون المدني الجزائري".[1]

ثانيا: شروط السبب

لا يختلف الحال في العقد التجاري الإلكتروني عن العقد التقليدي حيث يكون السبب أحد أركان العقد، وتخلفه يؤدي إلى بطلانه، ويشترط في السبب أن يكون موجودا وصحيحا بمعنى أن لا يكون وهميا أو صوريا كما يشترط أن يكون مشروعا، ويقصد بالمشروعية هنا م مخالفة الباعث على التعاقد للنظام العام أو الآداب العامة، وأن يكون مطابقا للقانون، حيث تنص المادة (97 من القانون المدني الجزائري على أنه: " إذا كان التزام المتعاقد لسبب غير مشروع أو لسبب مخالف للنظام العام أو الآداب العامة كان العقد باطلا". كما تقضي المادة (1/98) بأن: " كل التزام مفترض أن له سببا مشروعا ما لم يقم الدليل على غير ذلك".

ويجب أن يكون السبب مشروعا لدى طرفي العقد، فإذا كان السبب مشروعا لدى طرف وغير مشروع لدى الطرف الأخر كان العقد باطلا".

ومشروعية لسبب تقتضي حظر الاتفاق على مخالفة القانون وبالتالي لا يجوز مثلا الاتفاق على جريمة ما، كما لا يجوز الاتفاق على ما يخالف النظام العام والآداب العامة.

ة النظام العام والآداب العامة تختلف من دولة لأخرى لذا فإن كان طرفا العقد ن جنسية واحدة فلا تثور أي مشكلة، ولكن تثور المشكلة عند اختلاف جنسية طرفي العقد فأي قانون يطبق؟؟.

وطبقا لقواعد القانون الدولي الخاص يتم اختيار القانون الواجب التطبيق باتفاق الأطراف، وعند عدم الاتفاق يتم اللجوء إلى قواعد الإسناد الموضوعية، ويطبق إما قانون

[1] انظر حليمة حمودي، نظرية الباعث في الشريعة الإسلامية، دبلوم الدراسات العليا، جامعة الجزائر، 1977، ص 104.

دولة محل تكوين العقد، أو محل تنفيذه، سواء كان التنفيذ خارج الخط (التسليم المادي)، أو كان التنفيذ على الخط، كما يمكن تطبيق قانون دولة محل إقامة المدين، ويبقى الأفضل دائما للأطراف، اختيار القانون الواجب التطبيق على عقدهم[1].

الفرع الرابع

الشكلية في بعض العقود

يعتبر مبدأ الشكلية من أهم القيود على مبدأ سلطان الإرادة، وبمقتضاه لا يكتفي بالإرادة وحدها لإبرام العقد، بل يلتزم صياغتها في شكل معين، وتعتبر الرسمية من أهم صور الشكلية، حيث يتم التصرف بورقة رسمية يقوم بتحريرها موظف عام مختص.

ن الكتابة في بعض الحالات قد تكون مطلوبة ليس لإثبات العقد، وإنما لانعقاده انعقادا صحيحا، بحيث لا يقوم العقد ولا يكون له وجود قانوني، إلا إذا تم في الشكل الكتابي الذي يتطلبه القانون عندئذ يكون العقد شكليا، وتكون الكتابة عنصرا جوهريا في العقد لا يقوم بدونها، ومن أمثلة العقود الشكلية: عقد الشركة[2]، عقد الصلح، وهبة العقارات والزواج، فالعديد من التشريعات تتطلب الكتابة لإبرام هذه العقود كما تتطلب الرسمية بالنسبة لإبرام بعضها مثل: عقد الرهن الرسمي، الهبة[3]، يختلف المحرر عن التصرف القانوني الذي يشهد عليه، فهو يعد وسيلة لإثبات التصرف القانوني وبالتالي ينبغي أن يفرق بين التصرف القانوني، ووسيلة إثباته، " فالتصرف القانوني هو كيان قانوني جوهره الإرادة، وهو أمر معنوي"، في حين أن المحرر كوسيلة إثبات هو أمر مادي ". بهدف توفير أكبر قدر من الحماية للمتعاقد ولأكيد رضاءه العقدي نرى بأن الشكلية يمكنها تحقيق هذا الهدف.

---

(1) أنظر د/ أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص النوعي (الإلكتروني، السياحي، البيئي)، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002، ص 16.

(2) تنص المادة 507-1 من القانون المدني المصري على أنه (يجب أن يكون عقد الشركة مكتوبا وإلا كان باطلا، وكذلك يكون باطلا كلما يدخل على العقد من تعديلات دون أن تستفي الشكل الذي أفرغ فيه ذلك العقد)

(3) راجع د/ سمير حامد عبد العزيز الجمال، المرجع السابق، ص 252، 253.

ن كانت الرضائية تتناقص مع الشكلية إلا أن الشكلية المقصودة هنا ليست التي ع إلى اصطناع قوالب جامدة للتكوين العقدي، التي من شأنها تأكيد توافق إرادتي المتعاقدين، فهي ليست مجردة عن الرضا[1].

سمح مبدأ حرية التعاقد و الرضائية في العقود بتسهيل عملية إ برام التصرفات القانونية على الأفراد، غير أنه حمل في طياته سلبيات كثيرة تتعلق بكيفية إثبات هذه التصرفات القانونية عند نشوب أي نزاع بشأن تحديد مضمونها، ر الذي أدى إلى نشوب خلافات بين الأنظمة القانونية حول تحديد موقفها من إثبات هذه التصرفات، فمنها من تبنت مبدأ الإثبات الحر، وأخرى تبنت مبدأ الإثبات المقيد، لذي أخذ به المشرع الجزائري في شأن التصرفات القانونية المدنية خاصة إذا زادت قيمتها عن 10 ألف دينار هو وجوب إثباتها عن طريق الكتابة. [2]

ونتيجة لما أتاحه الحاسوب الآلي من سرعة في الاتصال وإبرام العقود من خلال شبكة الانترنت التي جمعت في نفس الوقت بين إمكانية كتابة العقود وقراءة بنودها، واتخاذ القرارات بشأنها في نفس الوقت ومن وسائل الإثبات لدينا الكتابة.

يعتبر الإثبات تأكيد للحق بالبينة، والبينة لما يبين للحق فالدليل القانوني جوهري بالنسبة ا حق وذلك لأن الحق بدونه عدم، فالدليل وحدة يظهره ويجعل صاحبه يستفيد منه.[3]

يعتبر الدليل الكتابي من أهم الأدلة القانونية للإثبات، هو يقوم على عدة أفكار أساسية لفكرة المحرر أو السند هو الأداة الأساسية للإثبات ويجب أن يحتوي هذا الأخير

---

[1] راجع د/ أسامة أحمد بدر، المرجع السابق، ص 168.

[2] أنظر المادة 1/333 من القانون المدني الجزائري التي تنص: "في غير المواد التجارية إذا كان التصرف القانوني تزيل قيمته عن 10 آلاف دينار جزائري أو كان غير محدد القيمة فلا يجوز الإثبات في الشهود وجودة أو إنقضائه ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك".

[3] أنظر بشار محمود دودين، الإطار القانوني للعقد المبرم عبر شبكة الإنترنت دون طبعة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عما، 2006، ص 224.

على كتابة مفهومه ومقروءة، وأخيرا هو أن يكون هذا المحرر موقع من الأطراف التي أبرمت التصرف.

بعد تعديل القانون المدني الجزائري سنة 2005 ولاسيما المادة (323) مكرر والمادة (323) مكرر 1 المقابلة للمادة (1316) من القانون المدني الفرنسي، أصبح تعريف الكتابة يتسع ليشمل بجانب الكتابة على الورق في الشكل الإلكتروني، أي تلك المثبة على دعامة إلكترونية، وقد أدى وجود هذا النص ضمن قواعد الإثبات إلى التساؤل عم إذا كانت الكتابة في الشكل الإلكتروني يمكن أن تكون بديلا عن الكتابة التقليدية؟؟.

وفي هذا الشأن انقسم الفقه الفرنسي إلى قسمين:

أ/ فقد ذهب رق إلى النص الجديد، يتسع نطاقه ليشمل كذلك الكتابة للانعقاد أي كركن وأساسه في ذلك عمومية لفظ الكتابة في نص المادة (1316) من القانون المدني لفرنسي حيث إن المقصود بهذا النص حسب رأيهم لم يعد قاصرا على الكتابة كدليل للإثبات وإنما يشمل أيضا الكتابة للانعقاد، ذلك أن الكتابة وفق هذا النص هي فكرة واحدة طالما أن القانون لم يفرض شكلا خاصا لهذه الكتابة، ومنه في الكتابة للإثبات هي نفسها الكتابة للانعقاد، وحتى في الحالات التي يشترط فيها التوقيع نجد المشرع الفرنسي أقر بفكرة التوقيع الإلكتروني في نص المادة (4/1320) المقابلة للمادة (2/327) من القانون المدني الجزائري.

ب/ هناك رأي أخر يحصر الكتابة المنصوص عليها في المادة (1316) في الإثبات لـ مادام المشرع حصر المادة في هذا النطاق وأساسهم في ذلك ما وّرد في الأعمال تحضيرية لمشروع قانون رقم (2000 – 230 المتعلق بالإصلاح قانون الإثبات

بتكنولوجيا المعلومات والتوقيع الإلكتروني أين تم التأكد على الكتابة المقصودة في نص المادة (1316) هي الكتابة للإثبات. [1]

غير أنه بتاريخ 10 أوت 2005 تم حسم الخلاف لصالح الرأي الأول للتشريع الفرنسي بإصدار المرسومين الأول تحت رقم (2005 – 972) المعدل بالمرسوم (56 - 222 لمتضمن القانون الأساسي للمحضر القضائي وكذلك المرسوم (2005- 973) المعدل بالمرسوم (71 – 941) المتضمن العقود المحررة من قبل الموثقين، حيث يمكن بمقتضاها إبرام العقود التي تتطلب الكتابة كركن لانعقادها على الدعامة الإلكترونية. [2]

أما بالنسبة للمشرع الجزائري وفي ظل غياب نصوص خاصة تؤكد تبني الكتابة الإلكترونية للانعقاد يبقى ما جاء في القانون المدني للإثبات فقط. [3]

ومن رأينا أن الاعتراف بالكتابة كركن للانعقاد العقد قبل أن تكون كركن للإثبات ي عنصر جوهري في أركان العقد، وهذه في بعض العقود، حيث أننا نوافق المشرع الفرنسي في كونها ركن للانعقاد خصوصا في موضوع التجارة الإلكترونية وتطورها الدائم في جميع التوجهات والمجالات.

المطلب الثالث

الآثار المترتبة على إبرام العقد التجاري الإلكتروني

سبق أن أشرنا أن العقد التجاري الإلكتروني هو من العقود الملزمة للجانبين وأنه عقد يتم عن بعد أي عابر للحدود، رغم ذلك فهو يرتب مجموعة من الالتزامات المترتبة على طرفي العقد التجاري الإلكتروني ويعتبر التزام كل من البائع بتسليم المبيع والمشتري بدفع

---

[1] أنظر د/ محمد حسن قاسم، التعاقد عن بعد، قراءة تحليلية في التجربة الفرنسية مع إشارة القواعد القانون الأوروبي، الطبعة الأولى، دار الجامعة الجديدة للنشر، مر، 2005، ص 130-104.

[2] راجع د/ محمد حسن قاسم، المرجع نفسه، ص 105.

[3] المادة 323 و 323 مكرر 1، من القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم سنة 2005.

الثمن من أهم الالتزامات التي تترتب على انعقاد العقد، وحق الاسترداد وحق الاستلام هي من حقوق البائع أما بالنسبة لحق الضمان وحق الرجوع عن العقد هي من حقوق المشتري وهذا ما سنقوم بدراسته من خلال هذا المطلب سنتطرق في الفرع الأول إلى حقوق والتزامات ع الإلكتروني أما بالنسبة للفرع الثاني فسنتطرق إلى حقوق والتزامات المشتري الإلكتروني.

الفرع الأول

حقوق والتزامات البائع

يعتبر الالتزام بنقل ملكية المبيع أهم آثار عقد البيع التجاري الإلكتروني، ويتفرع عن هذا الالتزام، التزام البائع بتسليم المبيع للمشتري أو بتقديم الخدمة له حتى يتمكن المشتري من الانتفاع به، ومقابل تلك الالتزامات توجد له مجموعة من الحقوق منها استلام الثمن، وهذا ما سنوضحه من خلال هذا الفرع.

أولا: حقوق البائع الإلكتروني

ن البائع تثبت له نفس الصفة التي تثبت له في كل عقود البيع الأخرى، فقد يكون فرد، وقد يكون شركة أو مؤسسة، المهم أن تتوافر فيه معظم الصفات المطلوبة في التاجر وحتى في العقود التجارية الإلكترونية، يجب أن يكون البائع منتجا أو مهنيا ويترتب له حقوق في ظل العقد التجاري الإلكتروني ومن بين هذه الحقوق هي:

1. **حق البيع مع خيار الاسترداد:** هو الحق الذي يثبت للبائع في مقابل ثبوت حق العدول للمشتري، وهو البيع الذي يحتفظ فيه البائع عند البيع بحق استرداد المبيع متى أظهر رغبته في ذلك خلال مدة محددة وذلك في مقابل دفع مبلغ معين يتمثل بالثمن

الأساسي للمبيع الذي دفعه المشتري ومضافا إليه مصروفات العقد والاسترداد وكل المصروفات الأخرى التي تم إنفاقها على المبيع. [1]

2. **حق ثمن السلعة أو الخدمة**: يعرف الثمن في عقد البيع – أيا كانت طبيعته- بأنه المال الذي يقوم المشتري بدفعه إلى البائع لقاء حصوله على الشئ المبيح، وهو محل في عقد البيع، حيث نجد في نص المادة (478) من القانون المدني الأردني نصت على كيفية تحديد الثمن حيث أنه:(إذا اتفق المتبايعان على تحديد الثمن بسعر السوق فيعتبر سعر السوق في زمان ومكان البيع، وإن لم يكن في هذا المكان سوق اعتبر المكان الذي يقضي العرف بأن تكون أسعره سارية) وهنا يجب تحديد الثمن بناءا على الأسس التالية:

اعتماد سعر السوق كأساس لتحديد الثمن، حيث يتم تحديد الثمن على أساس السعر المتوسط للسوق مع الأخذ بعين الاعتبار وقت ومكان تنفيذ العقد.

ب/ اعتماد رأي الخبراء في تحديد الثمن، وهذا يتم بعد اتفاق المتعاقدين عليه ابتداء مع ضرورة ألا يكون للخبراء أو لأي واحد مصلحة من العقد، وكذلك يتفقوا على تحديد الثمن فإذا اختلفوا استحال تنفيذه.

ج/ اعتماد السعر المحدد في الكتالوج، وهذه الطريقة منتشرة وشائعة في تحديد الثمن، وتعتبر في العقود الفورية التنفيذ، أما إذا كان عقد البيع غير فوري فيتوجب هنا على لمتعاقدين تحديد الثمن أو انصراف نيتهما إلى تحديده حتى لو كان محدد في الكتالوج. [2]

ويعتبر هذا حق من حقوق البائع في مقابل التزامه بتسليم السلعة أو بأداء الخدمة أن يحصل على الثمن.

---

[1] أنظر د/ محمد السعيد رشدي، التعاقد بوسائل الإتصال الحديثة، دون طبعة، مطبوعات جامعة الكويت، الكويت، 1998، ص 135.

[2] راجع د/ نوري خاطر، المرجع السابق، ص 54-55.

ثانيا: التزام البائع بتسليم السلعة وتقديم الخدمة

يكون محل التزام المتعاقد على شبكة الانترنت إما بتسليم سلعة ما، وإما قد يلتزم بأداء خدمة معينة، وهذا ما سيتم دراسته في هذا الفرع.

1. **التزام البائع بتسليم السلعة:** تنص المادة (167) من القانون المدني الجزائري على أن: " الالتزام بنقل حق عيني يتضمن الالتزام بتسليم الشيء والمحافظة عليه حتى التسليم، ويصدق هذا النص على كل العقود الناقلة لحق عيني، كعقد البيع مثلا، ولا ينطبق هذا الحكم على نقل الحقوق العينية العقارية التي يشترط القانون فيها الشكل الرسمي لانعقاد العقد، وهذا ما لا يمكن تحقيقه في العقود المبرمة بالوسائل الإلكترونية، ونظرا لأن الالتزام بالتسليم يتفرع عن الالتزام بنقل الملكية فإن تبعات الهلاك مرتبطة بالتسليم وليس بانتقال الملكية، فالبائع في عقد البيع هو الذي يتحمل تبعة الهلاك الذي يحدث قبل التسليم ولو كانت الملكية قد انتقلت فعلا إلى المشتري، والمشتري هو الذي يتحمل تبعة الهلاك الذي يحدث بعد التسليم ولو لم تكن الملكية قد انتقلت إليه فعلا من البائع ومرد ذلك هو أن الالتزام بالتسليم هو التزام بتحقيق نتيجة وليس فقط الالتزام ببذل عناية، فما لم يتم التسليم فعلا لا يكون البائع قد نفذ التزامه. [1]

أما فيما يتعلق بمقدار المبيع فقد عالج المشرع حالة نقص المبيع أو الزيادة فيه في المادة (365 من القانون المدني الجزائري التي تنص على أنه: " إذا عيّن في عقد البيع مقدار المبيع كان البائع مسؤولا عم نقص منه بحسب ما يقضي به العرف غير أنه لا يجوز للمشتري أن يطلب فسخ العقد بنقص في البيع إلا إذا أثبت أن النقص يبلغ من الأهمية درجة لو كان يعلمها المشتري لما أتم البيع.

---

[1] أنظر أ/ محمد أمين الرومي، التعاقد الإلكتروني عبر الإنترنيت، الطبعة الأولى، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2004، ص 118.

وبالعكس إذا تبين أن قدر الشيء المبيع يزيد على ما ذكر بالعقد وكان الثمن مقدرا بحسب الوحدة وجب على المشتري إذا كان المبيع غير قابل للتقسيم أن يدفع ثمنا زائد إلا إذا كانت الزيادة فاحشة، في هذه الحالة يجوز له أن يطلب فسخ العقد، كل هذا ما لم يوجد اتفاق يخالفه".

أما عن كيفية التسليم في العقود الإلكترونية فيتم بوضع المبيع تحت تصرف المتعاقد، بحيث يتمكن من حيازته والانتفاع به دون عائق ولو لم يتسلمه تسليما ماديا مادام البائع قد أخبره بأنه مستعدا لتسليمه، وغالبا ما يتم ذلك عبر البريد، ومن المتصور هنا أن تحدث بعض الصعوبات التي قد تتسبب في تأخر التسليم.

الملاحظ بالنسبة للعقود المبرمة عن طريق الانترنت أن تسليم الأشياء ذات الطابع المعنوي يتم بقيام البائع بتمكين المشتري من تحميل برامج الكمبيوتر محل العقد مثلا على القرص ا لب الخاص به أو قيامه بعرض الفيلم الذي يرّد المتعاقد مشاهدته على شبكة الانترنت، بحيث يتمكن هذا الأخير من مشاهدته. [1]

2.**التزام البائع بتقديم الخدمة**: هناك العديد من الخدمات التي تقدم على شبكة الانترنت ومن ذلك على سبيل المثال تقديم الاستشارات القانونية من قبل المحاميين، أو الاشتراك في بنوك المعلومات، ويلاحظ أن هذا الالتزام غالبا ما يكون مستمرا لفترة من الزمن، فعقد الاشتراك مثلا في قواعد المعلومات عبر شبكة الانترنت لا يمكن تنفيذه في لحظة واحدة، ل يكون تنفيذه متتابع على فترات زمنية مستمرة، وتتطلب مثل هذه العقود تعاون الزبون والمورّد قصد الاستعلام لتلقي النصائح الفنية التي تمكنه من الحصول على أفضل خدمة يحتاج إليها ، ومثال ذلك أن ينصح المتعاقد الزبون بشراء المعدات اللازمة لإجراء عملية البحث في بنك المعلومات التي تسهل حدوث الاتصال والتفاعل بينه وبين بنك المعلومات، ومن أمثلة ذلك إعداد الزبون فنيا عن طريق بث دورات تعليمية من خلال

[1] راجع د/ اسامة أبو الحسن مجاهد، المرجع الاسبق، ص 103.

شبكة الانترنت، وكقاعدة عامة فإن التزام المورد بأداء خدمة هو التزم بتحقيق نتيجة ما لم يتضح من نصوص العقد وطبيعة الالتزام أن الأمر يتعلق ببذل عناية، لذا لا يستطيع المورد التخلص من المسؤولية إلا بإثبات السبب الأجنبي المتمثل بالقوة القاهرة، أو خطأ الغير، أو خطأ المضرور. [1]

ويجب كما سبق القول، أن يلتزم مورد الخدمة بتمويل معلومات صحيحة شاملة مع التزامه بالحفاظ على سرية مطالب الزبون بشأن الخدمات الموردّة له. [2]

الفرع الثاني

حقوق والتزامات المشتري

يترتب على العلاقة التعاقدية للعقد التجاري الإلكتروني مجموعة من الحقوق يتمتع بها المشتري وهذا طبقا للقواعد العامة كحقه بالعدول وحقه في الضمانات، وفي المقابل تقع عاتقه مجموعة من الالتزامات من أهمها دفع الثمن للبائع الإلكتروني، وهذا ما سنوضحه في هذا الفرع.

أولا: حقوق المشتري

إن اتفاق المتعاقدان على جميع العناصر الجوهرية في بنود العقد يرتب عليه حقوق للطرفين سواء البائع أو المشتري ونحن هنا سوف نبين الحقوق المتعلقة بالمشتري والتي هي:

1. **الحق بالرجوع أو العدول عن العقد:** ينشأ هذا الحق كضمان للمشتري في عقود البيع المبرمة عن بعد بشكل عام، فالمشتري لا تتوفر لديه الإمكانية العقلية لمعاينة المبيع والإلمام بجميع خصائصه قبل إبرام العقد، لذلك كان من الضروري أن يتمتع بحق العدول أو جوع والذي يتيح له العدول عن الصفقة أو العقد الذي أبرمه خلال مدة معينة يعلمها

---

[1] أنظر د/ فاروق محمد أحمد الأباصري، عقد الإشتراك في قواعد المعلومات عبر شبكة الإنترنت، دراسة تطبيقية لعقود التجارة الإلكترونية الدولية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2002، ص 87.

[2] راجع د/ محمد أمين الرومي، المرجع السابق، ص 100.

العاقدان مسبقا تبدأ بالسريان من يوم استلام المشتري للمبيع، ك دون أن يتعرض لأي جزاء ودون أن يقع عليه عبء إبداء السبب أو الأسباب التي دفعته للعدول عن العقد[1].

وإذا قرر المشتري العدول عن العقد وجب عليه أن يرد المبيع بنفس الصورة التي تسلمه فيها، وهو الذي يتحمل نفقات إعادة تصديرها إلا إذا كان الخطأ من جانب البائع، وبعد ذلك يحق له أن يسترد الثمن الذي دفعه في مقابل الحصول على المبيع[2].

2. **الحق في الضمان:** الحق بالضمان حق يثبت للمشتري في كل أنواع عقود البيع، ولكن أهمية عظيمة في عقد البيع المبرم عبر الانترنت على وجه الخصوص، والضمان التزام يترتب في ذمة البائع بحكم القانون أو أنه قد يكون اتفاقيا وفي هذه الحالة يجب ألا يكون متعارضا مع الضمان الثابت بنص القانون وإلا فقد قيمته، ولكن المهم في الضمان الناتج عن عقد بيع مبرم عبر الانترنت أن يشتمل على عدة أقسام هي:

أ/ الالتزام بضمان العيب الخفي، فالبائع يلتزم بالضمان إذا لم تتوافر في المبيع وقت التسليم الصفات التي تكفل للمشتري بوجودها، وأيضا تلزم البائع بالضمان إذا كان بالمبيع وقت التسليم عيب ينقص من قيمته أومن المنفعة المرجوة منه، ويضمن البائع هذا العيب حتى ولو لم يكن عالما بوجوده، لكن لا يضمن عيبا قد جرى العرف على التسامح منه، وإذا تسلم المشتري المبيع وجب عليه التحقق من حالته بمجرد أن يتمكن من ذلك وأن يقوم بإخبار البائع بأي عيب يكتشفه، وعند ذلك يحق له أن يرجع على البائع بالضمان، وأيضا ف تعلق بالعقد التجاري الإلكتروني فتنطبق عليه نفس القواعد العامة المتعلقة بضمان العيب الخفي[3].

ب/ ضمان صلاحية المبيع، حيث يقع على عاتق البائع أن يكون المبيع صالحا للاستعمال وفق ما تقتضيه طبيعته في مدة معلومة تتحدد عرفا أو باتفاق الطرفين، فإذا ظهر

---

[1] راجع محمد حسين منصور، المسؤولية الإلكترونية، المرجع الاسبق، ص 147-148.

[2] راجع د/ اسامة أبو الحنى مجاهد، خصوصية التعاقد الإنترنت، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000، ص 105.

[3] أنظر د/ نوري خاطر، عقود المعلوماتية، دراسة في المبادئ العامة في القانون المدني، الطبعة الأولى العلمية الدولية، ودار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2001، ص 166.

أي خلل فيه خلال تلك المدة فعلى المشتري أن يخطر البائع بهذا الخلل خلال مدة الضمانة لصلاحية المبيع وإلا سقط حقه بضمان الصلاحية، وهنا يقع عبء وتكاليف إصلاح المبيع على كاهل البائع. [1]

ج/ ضمان التعرض والاستحقاق، حيث يضمن البائع عدم التعرض للمشتري في الانتفاع في المبيع كله أو بعضه، ء كان التعرض من فعله أو من فعل غيره حتى ولوكان له وقت البيع حق على المبيع، ، هذا الحق ثبت له بعد البيع أي بعد أن آل المبيع إلى المشتري، مل هذا الضمان كل صور التعرض المادي والقانوني، الكلي والجزئي المباشر وغير المباشر. [2]

مع ضرورة ملاحظة أن البائع يضمن التعرض القانوني والمادي الصادر منه أو من أي شخص يتبعه، كما ويضمن التعرض القانوني من الغير فقط، أي أنه لا يضمن التعرض ادي الصادر من الغير، ويضمن البائع للمشتري الاستحقاق أيضا، والاستحقاق يعني حرمان المشتري من بعض أو كل حقوقه على المبيع نتيجة نجاح الغير في منازعته إياها عليه، وبالتالي كسبه على المبيع أي حق من الحقوق العينية أو الشخصية أو حتى المعنوية، والضمان هنا معناه أن البائع ملتزم بدفع التعويض الملائم عن كل الأضرار التي قد تلحق لمشتري بسب نجاح الغير في استحقاق الغير في المبيع، ذا الاستحقاق يعني أن ينتهي القانوني بثبوت حق لمدعي الاستحقاق على المبيع سواء كان صادرا من البائع ه أو من الغير ولو كان ذلك الثبوت قضاءا بالإقرار أو النكول عن حلف اليمين أو التصالح[3].

د/ ضمان الآمان أو السلامة، إن العقود المبرمة على شبكة الانترنت تحتوي على الكثير من المخاطر المادية والمعنوية لما تحمله من أوجه تقنية معقدة، وخصوصا بالنسبة

---

[1] راجع د/ محمد حسين منصور، المسؤولية الإلكترونية، المرجع الاسبق، ص 109-110.

[2] راجع د/ نوري خاطر، المرجع السابق، ص 183.

[3] راجع بشار محمود دودين، المرجع السابق، ص 195-196.

للمشتري البسيط الذي أصبح بأمس الحاجة إلى الحماية من الأخطار والأضرار التي قد يواجهها، وضمان الأمان والسلامة يلتزم فيه كل طرف في العقد بعدم الإضرار بسلامة الطرف الآخر، وبالتالي يتوجب على البائع أن يسلم المبيع إلى المشتري خاليا من كل ما يشكل خطرا على حياته أو على أمواله، وهذا ما يثبت له أهمية كبيرة في مجال المعاملات الإلكترونية التي تبرم عن بعد والتي لا تحقق للمشتري نفس العلم بالمبيع المتحقق لديه فيما لو كان التعاقد قد تم ما بين حاضرين من حيث المكان. [1]

3. حق المستهلك في الاستعانة بهيئات لحمايته:

نتيجة إزدياد حجم المعاملات التجارية عبر الانترنت من جهة، واختلال ميزان القوى بين المستهلك والمهني من جهة أخرى اتجهت غالبية التشريعات إلى إصدار قانون يتضمن الأساليب المناسبة لحماية المستهلكين، حيث نجد معظم القوانين المعنية بحماية المستهلك حلت على إنشاء جهات حكومية أو جهات خاصة معتمدة تتولى مهمة حماية المستهلكين، مرورا بمرحلة الإعلان والبيان، إنتهاءا بمرحلة التسليم والتنفيذ.

- لقد تعددت مظاهر جمعيات حماية المستهلك، . تكون على شكل اتحادات كالإتحاد الدولي لحماية المستهلك، الإتحاد العربي لحماية المستهلك، قد تكون على شكل هيئات خاصة كجمعيات حماية المستهلك على المستوى الوطني. [2]

أ/ الإتحاد الدولي لحماية المستهلك:

تعتبر الحركة الدولية لحماية المستهلك وليدة القرن التاسع عشر، حيث تم إنشاء جمعية حماية المستهلك في أمريكا في الثلاثينات من هذا القرن، وتبلورت في الخمسينات وأصدرت مجلة تحت عنوان تقارير المستهلكين الذي تضمن نتائج الاختبارات العلمية لجودة لبعض السلع الاستهلاكية الجديدة ومقارنة أسعارها، ومساعدة المستهلك بعرض النتائج عليه

---

[1] راجع د/ محمد حسين منصور، المسؤولية الإلكترونية، المرجع السابق، ص 113.

[2] أنظر خاد ممدوح إبراهيم، حماية المستهلك في المعاملات الإلكترونية، دون طبعة، الدار الجامعية، الإسكندرية، 2007ن ص 313.

لاختيار ما يناسبه، بعد تحضير مطول دام عشر سنوات تم عقد المؤتمر التأسيسي للإتحاد الدولي لجمعيات حماية المستهلك عام 1960، وأنشأ مقرات فرعية في إفريقيا وأسيا وأوربا وأمريكا الشمالية واللاتينية، والمقر الرئيسي للمنظمة العالمية للمستهلك حاليا يوجد في لندن.

ومن أهم الأهداف التي اعتمدتها المنظمة الدولية نذكر:

- العمل العالمي من اجل إنشاء منظمات مستقلة للمستهلكين وتطويرها.
- جمع المعلومات المتعلقة بالقوانين المرتبطة بالمستهلكين في العالم وتعميمها.
- إقامة ات جيدة مع المنظمات الدولية ذات العلاقة لتمثيل المستهلكين والدفاع عن مصالحهم بها.

ب/ الإتحاد العربي لحماية المستهلك:

أقر المؤتمر العربي الأول لحماية المستهلك في عام 1997 تكوين اللجنة التأسيسية للإتحاد العربي لحماية المستهلك من جمعيات حماية المستهلك في كل من مصر ، الإمارات العربية ولبنان. [1]

المؤسسون النظام الداخلي للإتحاد الذي يتضمن العديد من المبادئ التي تهدف إلى حماية المستهلك وتوفير ضمانات أكيدة له، ومن أبرزها:

- توفير الحماية للمستهلك العربي من منتجات وعمليات الإنتاج والخدمات التي تؤدي إلى مخاطر على صحته وحياته والدفاع عن مصالحه.
- تزويد المستهلكين بالمعلومات الكافية عن كافة السلع والخدمات.
- حماية المستهلك العربي من الإعلانات المظللة والكاذبة، مع حث الأقطار العربية على إنشاء جمعيات أو منظمات لحماية المستهلك.

وللإشارة فإنه قد تم عقد مؤتمر عربي يوم 19 مارس 2012 في الجزائر بجامعة وهران حيث شارك فيه نحو 200 شارك بين فيدراليات الدفاع عن المستهلك والجمعيات،

[1] انعقد هذا المؤتمر في جامعة الدول العربية في عام 1997.

وقد حضره أساتذة جامعيين وخبراء معنيون بحماية المستهلك، وسعى هذا الملتقى إلى عرض تجارب عربية لحماية المستهلك.

ج/ جمعيات حماية المستهلك:

جمعيات حماية المستهلك هي جمعيات مدنية لا تهدف إلى تحقيق الربح وتتبع في دفاعها عن المستهلكين عدة طرق ومن أهمها التوعية والدعاية المضادة ، والامتناع عن الشراء والدفع.

يختلف نشاط جمعيات حماية المستهلك من دولة إلى أخرى حيث تعتبر جمعيات حماية المستهلك التونسية والجزائرية والمغربية واليمنية من الجمعيات الأكثر نشاطا وتأثيرا في رسم السياسات المتعلقة بالمستهلك، حين أن بعض البلدان الأخرى تتميز بوجود تشريعات وهياكل حكومية تقوم بمتابعة قضايا حماية المستهلك. [1]

لقد اعترف المشرع الجزائري بجمعيات حماية المستهلك، وهذا طبقا للقانون 03/09 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش وهذا طبقا من المواد من 21 إلى 24 من نفس القانون وحتى أعوان قمع الغش وإجراءات الرقابة وهذا في الباب الثالث من القانون رقم 03/09 من المادة25 إلى 34[2].

تلعب هذه الجمعيات الدور الوقائي والدفاعي لحماية المستهلك، فالدور الوقائي يتمثل في حماية هذا الأخير من المنتجات الفاسدة قبل استهلاكها، وهذا عن طريق لفت نظر المستهلك إلى السلع التي تعرض للغش والتزوير، ذلك عن طريق المراقبة أو بنشر الوعي الاستهلاكي عن طريق تكوين المستهلك كي يكون واعيا، وتلعب هذا الدور مثلها مثل باقي أجهزة الدولة والمكلفة بحماية وضمان أمن المستهلك، أما الدور الدفاعي والذي تنفرد به

---

[1] راجع خالد ممدوح إبراهيم، حماية المستهلك في المعاملات الإلكترونية، المرجع نفسه، ص 316.

[2] قانون 03/09 المؤرخ في 25 فبراير 2009 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، ج ر عدد 15 الصادرة بتاريخ 08 مارس 2009.

الجمعيات وهو ما يهمنا في هذا الأمر، يقصد به الإجراء الذي تباشره أمام الجهات القضائية في حال الإضرار بجماعة المستهلكين.

لقد سمح المشرع الجزائري كنظيره الفرنسي في منح الحق لهذه الجمعيات في الدفاع عن حقوق ومصالح المستهلك أمام الجهات القضائية، فع دعوى باسم أعضائها أو باسم المصالح الجماعية للمستهلك، بحيث سمح لجمعيات المستهلكين المعتمدة بممارسة أمام كل الجهات القضائية برفع دعوى مدنية بسبب الأفعال التي تلحق ضررا مباشرا أو غير مباشر للمصلحة الجماعية للمستهلكين.

ثانيا : التزامات المشتري الالكتروني.

يترتب عن التزام المنتج أو المورد بتسليم السلعة أو بتقديم الخدمة، التزام المشتري أو الزبون بأداء ثمن مقابل سلعة أو مقابل خدمة، ون وسائل الدفع التي يعتمد عليها هذا الأخير سائلا في النقود الورقية أو المعدنية أو التي تحل محلها من وسائل أخرى كالشيكات، بر أن الطابع المادي لهذه الوسائل لا يصلح لتسهيل التعامل لذي يتم في بيئة غير مادية كالعقود الالكترونية التي تتم في شبكة الانترنت أين تزول المعاملات الورقية، ومن هنا كان لابد من البحث عن وسيلة سداد تتفق مع طبيعة التجارة الالكترونية التي عبر الانترنت وبذلك ظهر ما يسمى بأنظمة الدفع الالكتروني،[1] وف تتم دراسة هذا النمط الجديد في الوفاء من خلال نقطتين، نخصص الأول لدراسة خصائص الدفع الالكتروني، أما الثاني فيخصص لدراسة طرق الدفع الالكتروني.[2]

---

[1] الدفع الإلكتروني هو تقديم مبلغ من المال مقابل الإقتناء سلع أو خدمة وهو وسيلة الإنقضاء إلتزام المدين لدى الدائن لأنه في الدفع يشترط وجود دين في ذمة المدين ولا يشترط أن يكون الدافع هو المدين الأصلي.

[2] راجع د/ فاروق محمد أحمد الأباصري، المرجع السابق، ص 87.

1/ خصائص الدفع الالكتروني:

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

✓الفقرة الأولى: من حيث طبيعته.

يتميز الدفع الالكتروني بأنه من بين وسائل الوفاء التي تتم عن بعد ويكون ذلك بإعطاء أمر الدفع عبر شبكة الانترنت، وفقا لمعطيات الكترونية تسمح بالاتصال المباشر بين طرفي العقد، وبهذه الصفة يعتبر الدفع الالكتروني وسيلة فعالة لتنفيذ الالتزام بالوفاء في العقود الالكترونية التي تقتضي تباعد أطراف العقد، أين يغيب التقائهم المادي على مائدة مفاوضات واحدة.

✓الفقرة الثانية: من حيث الجهة التي تقوم على خدمة الدفع الالكتروني.

إن وجود نظام الدفع الالكتروني لتسوية المعاملات التي تتم عبر شبكة الانترنت يستلزم توافر شروط قانونية وفنية تتمثل فيما يلي:

- توفير بيئة تشريعية ملائمة تقر وتنظم أحكام الدفع الإلكتروني.
- توفير نظام مصرفي لإتمام عمليات الدفع وتسهيلها، ويتوقف ذلك على توفير الأجهزة التي تقوم بإدارة مثل هذه العمليات.
- توفير الإمكانيات الفنية والتقنية لتسهيل هذه العمليات[1].

وبتوافر هذه الشروط يصبح بإمكان المتعاقد أن يوفي بالتزاماته عن بعد من دون اللجوء إلى الوسائل المادية، وقد كانت أنظمة الدفع الإلكتروني في بدايتها تعتمد على اتصال المتعاقد بحسابه لدى البنك، عن طريق موقعه على شبكة الانترنت إذ يمكنه الدخول إليه وإجراء ما تتيحه له الخدمة إلا أن هذا النمط تطور مع شيوع الانترنت إذ أمكن للزبون

[1] راجع د/ فاروق محمد أحمد الأباصري، المرجع الاسبق، ص 101.

الدخول من خلال الاشتراك العام عبر الانترنت، عن طريق ما يسمى فكرة الخدمة المالية عن بعد أو ما يسمى بالبنوك الإلكترونية. [1]

بنوك الإلكترونية بمعناها الحديث ليست ، جرد بنك قائم يقدم خدمات مالية فحسب، بل هي مواقع مالية تجارية شاملة لها الوجود على الخط والشبكة، ويلاحظ أن الشبكة التي يتم من خلالها الدفع الإلكتروني يمكن أن يكون الاتصال بها مقتصرا على أطراف العقد، ويفترض تواجد معاملات وعلاقات تجارية ومالية سلفا بين الأطراف.

2/ أنواع الدفع الالكتروني:

يتم عقد البيع المبرم عبر شبكة الانترنت عن بعد، وبالتالي فإنه الممكن للمشتري أن يقوم بأداء ثمن البيع باستخدام نفس الطرف التقليدية المتبعة لذلك في العقود التي تبرم عن بعد حيث يمكن له إرسال الشيك أو إرسال رقم الكرت البنكي عن طريق البريد أومن خلال الفاكس، فلقد كان الدفع الالكتروني الذي يقوم المشتري من خلاله بالوفاء مباشرة بالثمن المستحق عليه للبائع. [2]

ووسائل الدفع الالكتروني عديدة وسريعة التطور وهي على عدة أشكال نذكر منها:

أ/ **التحويل الالكتروني**: تتم هذه الطريقة بتحويل مبلغ معين من حساب المدين إلى حساب الدائن فالمشتري هنا ليست لديه وسيلة الدفع بواسطة البطاقة أو الكرت التي تتم من خلالها عملية الدفع الالكتروني بطريقة مباشرة عبر شبكة الانترنت. [3]

لقد نصت المادة 25 من قانون المعاملات الالكترونية الأردني على إمكانية تحويل الأموال بوسائل إلكترونية واعتبارها وسيلة صالحة لإجراء عملية الدفع الالكتروني، أما المادة 26 من نفس القانون فقد بينت الشروط الواجب توافرها لمؤسسات مالية الممارسة لعملية التحويل الالكتروني حيث أنه يتوجب:

---

[1] البنوك الإلكترونية هي تلك الأنظمة التي تتيح للزبون الوصول إلى حسابه واية معلومات يريدها، والحصول على مخلف الخدمات والمنتجات المعرفية من خلال شبكة المعلومات تربط بها جهات الحاسوب الخاصة به أو أي وسيلة أخرى.

[2] راجع د/ فاروق الأباصري، المرجع السابق، ص 103.

[3] راجع د/ محمد حسين منصور، المسؤولية الإلكترونية، المرجع السابق، ص 124.

- التقيد بأحكام قانون البنك المركزي وقانون البنوك والأنظمة والتعليمات الصادرة استنادا لهما.
- اذ الإجراءات الكفيلة بتقديم خدمات مأمنه للعملاء والحفاظ على السرية المصرفية.

وبحيث يستطيع الزبون أن يطلب من البنك تحويل مبلغ من المال إلى رصيد البائع مقابل الخدمة أو السلعة التي اشتراها عبر الانترنت، حيث يتم الاتصال بالبنك بواسطة الهاتف (الهاتف المصرفي).

ب/ **الدفع بالشبكات الالكترونية**: كما هو معلوم فإن الشيك يعتبر أهم الأوراق التجارية، قد عرفه القانون الأردني بأنه: " محرر مكتوب وفق شروط مذكورة في القانون ضمن أمرا صادرا من شخص هو الساحب إلى شخص ر قد يكون مصرفا وهو محوب عليه بأن يدفع لشخص ثالث أو لأمره أو لحامل الشيك المستفيد، مبلغا معينا بمجرد الإطلاع على الشيك".[1]

ولقد لجأت العديد من الدول سعيا وراء التطور غلى إصدار شيكات إلكترونية، وتبادله عبر الانترنت ويقوم الوسيط بالخصم من حساب العميل ويضيفه إلى حساب التاجر.

وتتميز الشيكات الالكترونية بما يلي:

- تصرف الشيكات الالكترونية في دفع الصفقات الالكترونية بجميع أنواعها إدارية أو تجارية أو مدنية بطريقة آمنة عن طريق البريد الالكتروني.[2]
- تخضع الشبكات الإلكترونية إلى الإطار القانوني نفسه المقرر في الشبكات الورقية.

---

[1] قانون التجارة الأردني، رقم 1996.

[2] أنظر المنصف قرطاس، منظومات تأمين الدفع بالشيك وإمكانية دفع الطابع الزجري عن قانون الشيكات، مجلة إتحاد مصارف العربية، بيروت، العدد 240، مجلد 20/كانون الأول /2000، ص 71.

- دفتر الشيكات الالكتروني دفتر أمن مقارنة بدفتر الشيكات العادي ولا يختلف كلاهما عن الأخر إذ أنهما يحققان الهدف نفسه والوظيفة نفسها.
- تحدّ الشيكات الالكترونية من كلفة إدارة الآليات الخاصة بالدفع وتحل المشاكل المتعلقة بالشيكات الورقية كالتزوير، والنقل، والطبع، والسرعة.

ومن المهم التنبيه إلى أن الشيكات الالكترونية تخضع بطرق التدقيق نفسها التي تمد في الشيكات الورقية، بحيث تخضع لكل المعالجات التطبيقية ما عدى التي تمس الطابع المادي. [1]

ج/ الدفع بالبطاقات المصرفية: تعرف البطاقة المصرفية بأنها: " عبارة عن بطاقات بلا شبكة ممغنطة تصدرها البنوك لصالح زبائنها بدلا من حمل النقود، ويستطيع حاملها أن ، على ما يحتاجها من سلع وخدمات دون أن يتطرق إلى الوفاء بثمنها فورا نقدا أو شيكات، فبإمكانه إرسال رقم البطاقة البنكية عن طريق البريد الالكتروني أو من خلال فاكس أو إرسال بيانات المتعلقة بحسابه البنكي مما يمكن المورد من اقتطاع الثمن من حساب العميل، أن هذه الوسائل لا تخلو من المخاطر خصوصا التي تتمثل في تسليم رقم البطاقة على الشبكة دون تشفير أو اتخاذ الاحتياجات التي تضمن سريته، وأهم هذه البطاقات ما يلي:

- **بطاقات الوفاء:** خول هذه البطاقات لحاملها سداد مقابل مشترياته من سلع وخدمات، حيث يتم تحويل ذلك المقابل من حسابه إلى حساب التاجر، ولا تعدّ هذه البطاقات ائتمانية إنما تحمل تعهدا من البنك مصدر البطاقة بتسوية الدين بين حامل البطاقة والتاجر، وإن هناك رصيد لحامل البطاقة. [2]

---

[1] المصارف العربية، العدد 38، المجلد 20، بروت، تشرين الأول 2000، ص 116.

[2] راجع د/ محمد حسين منصور، المسؤولية الإلكترونية، المرجع السابق، ص 125-126.

- **بطاقة الائتمان** يث تخول هذه البطاقة لحاملها الحق في الحصول على تسهيل ائتمانه من مصدر هذه البطاقة، حيث يقدمها للتاجر ويحصل بموجبها على السلع والخدمات، تسدد قيمتها من الجهة مصدرة البطاقة، ويجب على حاملها سداد القيمة للجهة المصدرة خلال الأجل المتفق عليه، وبذلك تمنح حاملها أجل حقيقيا وهو ذلك الأجل الذي اتفق على السداد خلاله مع الجهة مصدرة البطاقة.

الجهات المصدرة لهذه البطاقة تحصل على الفوائد مقابل توفير اعتماد لصاحبها ولذلك فإن هذه البطاقات أداة ائتمان حقيقية، فضلا عن كونها أداة للوفاء غير أن هذه البنوك نح هذه البطاقة إلا بعد التأكد من ملائمة الزبون أو الحصول من على الضمانات العينية أو الشخصية الكافية[1].

- **بطاقة الموندكس:** هي بطاقات ذكية تتسم بمرونة كبيرة بالاستخدام حيث تجمع مابين مميزات النقود الورقية التقليدية وبطاقات الدفع الالكتروني الحديثة، حيث يمكن استخدامها كبطاقة ائتمان وذلك طبقا لرغبة العميل، أنها تكون بديلا للنقود في كافة عمليات الشراء حيث يتم الخصم الفوري من حساب البطاقة وإضافة القيمة إلى حساب ار المدّون على الذاكرة الكترونيا داخل نقطة البيع، عمليات الدفع لهذا النوع من البطاقات تتم دون اللجوء إلى البنك، حيث يمكن إجراء التحويل من رصيد البطاقة إلى رصيد بطاقة أخرى والسحب من رصيد الحساب الجاري للعميل إلى رصيد البطاقة من خلال آلات الصرف الذاتي أو الهاتف.

- **بطاقة الصرف البنكي:** وهي عبارة عن وسيلة دفع الكتروني يتم لدى البنوك كترونية ويطلق عليها بطاقات الصرف الآلي، وغالبا ما تكون فترة الائتمان لهذا النوع من البطاقات فترة ة حيث يتعين على العميل السداد أولا بأول خلال مدة الائتمان أو السحب.

[1] راجع د/ محمد أمين الرومي، المرجع السابق، ص 138-139.

- **البطاقة الذكية:** هي عبارة عن رقاقة الكترونية فائقة القدرة على تخزين جميع البيانات الخاصة بعميلها، وهي بذلك تعتبر حاسبا متنقلا يؤمن حماية كبيرة ضد التزوير وسوء الاستخدام، حيث تتيح أجهزة قراءة البطاقات التي توضح في المواقع التجارية التدقيق في تفاصيل الحسابات المالية لصاحبها[1].

د/ **الدفع بالنقود الالكترونية**: تعرف النقود الالكترونية (النقود الرقمية) بأنها: " لة الأرقام التي تعبر عن قيم معينة تصدرها البنوك التقليدية أو البنوك الافتراضية لمودعها، و يحصل هؤلاء عليها في صور كهرومغناطسية على بطاقة ذكية وعلى الهارد درايف، ويستخدمها هؤلاء لتسوية معاملاتهم التي تتم الكترونيا ".

ويوفر الاعتماد على هذه النقود مزايا عدة لعمليات التبادل التجاري أهمها:

- ❖ سرعة وسهولة تسوية الحسابات.
- ❖ تقلص الحاجة للاحتفاظ بالنقود.
- ❖ انخفاض الحاجة إلى التردد على البنوك والمرور بإجراءات تسليم وتسلم النقود.

وقد ورد في الشروط العامة للعقد الذي يبرمه بنك مع زبائنه صراحة أن حساب النقود الالكترونية لا يعتبر ممثلا لأي إيداع لعملة جديدة لدى البنك وإنما مجرد نقود عادية يتولى الزبون إدارتها من حسابه الآلي بواسطة نظام النقود الالكترونية ، يؤكد نائب رئيس هذا البنك أن لا وجود لنقود جديدة، ولكن النقود الالكترونية آلية جديدة في تحريك الأموال النقدية عن بعد عبر تحويلها من جهاز كمبيوتر إلى جهاز آخر. [2]

ك عدة أنظمة يتم من خلالها التعامل في النقود الالكترونية من أهمها نظام (Digicash) ويعتبر هذا النظام أول نظام للنقود الالكترونية المخصصة للدفع عن بعد

---

(1) لر بشار محمود دودين، الإطار القانوني للعقد المبرم عبر شبكة الإنترنت، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عما، 2006، ص 204-206.

(2) أنظر د/ طوني ميشال، عيسى، التنظيم القانوني لشبكة الأنترنت، الدكوانة، الطبعة الأولى، 2001، ص 322.

بواسطة شبكة الانترنت، بحيث يمكن استخدام هذا النظام بين التجار الموجودين عبر الانترنت والذين يقبلون الدفع بواسطته. [1]

هـ/ الدفع بواسطة محفظة النقود الالكترونية: هي وسيلة تتسع لعملية الدفع على شبكة الانترنت، ويتمثل هذا المفهوم ببطاقة تصلح للدفع لغاية مبلغ محدد تكون البطاقة مشحونة به مسبقا من قبل الجهة المصدرة لها، وهي بذلك تشبه بطاقات الهاتف النقال ومحفظة النقود الالكترونية تشحن مسبقا برصيد مالي، ويتم تسجيل هذا الرصيد في بطاقة خاصة، ا تم تسجيل الرصيد على القرص الصلب بجهاز الكمبيوتر الخاص بمستعمل الشبكة يكون الحديث عن محفظة نقود افتراضية، ولهذا فإن النقود الافتراضية تمثل من الناحية الفنية المعلومات المخزنة في ذاكرة جهاز الكمبيوتر، ويستطيع العميل الذي يرغب في التعامل بهذه النقود أن يتعاقد مع أحد البنوك والتي تسمح له بموجب ذلك استعمال النقود الالكترونية. [2]

لقد حاول المشرع الجزائري تبنى وسائل الدفع الالكتروني، لكن التعامل بها لم يرقى ، المستوى المطلوب، ولا سيما بالنسبة للمعاملات الدولية، فبالرجوع إلى النصوص نونية نجد قانون النقد والقرض قانون رقم (03- 11) نصت المادة (69) منه على اعتبار كل الوسائل التي تسمح بتحويل الأموال مهما كانت الدعامة أو الطريقة المستخدمة، ما نجد المادة (543) مكرر 23 من القانون التجاري التي عرفت بطاقة الدفع وبطاقة السحب في حين تضمنت المادة(543) مكرر 24 بعض الأحكام المتعلقة بالبطاقتين ليأتي في سنة2015 القانون المتعلق بالتوقيع الالكتروني، قانون رقم (15-04) المؤرخ في 01 فيفري 2015 الجريدة الرسمية العدد 6 الذي وضع أهم دعامة لحماية الدفع الالكتروني وهو التوقيع الالكتروني والهيئات المشرفة عليه.

---

[1] لمزيد من المعرفة أنظر الموقع:

http//www.markt waih.com/digi fag .html.

[2] راجع طوني ميشال عيسى، المرجع السابق، ص 307.

المبحث الثاني

المنازعات المتعلقة بالعقد التجاري الالكتروني

تتعدد النزاعات والتحديات التي يثيرها موضوع العقد التجاري الالكتروني، فإننا نقصد في هذا المقام ما يثور من منازعات قانونية تتعلق بمسألة التعاقد ما بين غائبين، وهذه خاصية من خصائص العقد التجاري لالكتروني في التعاقد عن بعد، ن يخل الطرف الأول لايؤدي إلتزامه بام الطرف الثاني بالإخلال بحقوق الطرف الأول، وهذا ما ينتج عنه منازعات متعلقة بهذا العقد وهذا ما سوف نقوم بتحديده من خلال هذا المبحث وهذا عن طريق تحديد أنواع المنازعات المتعلقة بالعقد التجاري الالكتروني بحيث قسمنا هذا المبحث إلى مطلبين، وسوف نتطرق في المطلب الأول إلى المنازعات المتعلقة ببطلان وإبطال العقد التجاري الالكتروني، ا في المطلب الثاني فسنتطرق إلى المنازعات المتعلقة بفسخ وتنفيذ العقد التجاري الالكتروني.

المطلب الأول

المنازعات المتعلقة ببطلان وإبطال العقد التجاري الالكتروني

ن العقد التجاري الالكتروني يتكون من مجموعة من الأركان المتمثلة في الرضا، المحل، السبب، وفي حالة عدم توفر ركن من هذه الأركان يعتبر العقد باطلا بطلانا مطلقا، أما بالنسبة لتخلف ركن الشكلية في بعض العقـ د قد يؤدي إلى بطلانه، أما بالنسبة لتخلف شرط صحة العقد التجاري الالكتروني مثل: الأهلية، د يؤدي إلى البطلان النسبي بمعنى إبطال العقد، وهذا ما سنتطرق إليه من خلال هذا المطلب عن طريق تقسيمه إلى فرعين، سنتناول في الفرع الأول المنازعات المتعلقة ببطلان العقد التجاري الالكتروني، أما بالنسبة للفرع الثاني فسنتناول فيه المنازعات المتعلقة بإبطال العقد التجاري الالكتروني.

الفرع الأول

المنازعات المتعلقة ببطلان العقد التجاري الالكتروني

نك أن العقد المبرم عبر الانترنت يمر بنفس المراحل التي ينعقد بها أي عقد أخر، لذلك يجب أن تتوافر أركان العقد التقليدي والشروط التي أوجبها القانون لهذه الأركان في العقد المبرم عبر الانترنت، فقد يتخلف ركن من أركان العقد المبرم على شبكة الانترنت فيؤدي إلى بطلان العقد وهذا ما سنوضحه في هذا الفرع.

أولا: تعريف البطلان

البطلان: " هو الجزاء الذي سه القانون على عدم توفر ركن من أركان العقد، وهو عبارة عن انعدام العقد بالنسبة للمتعاقدين وبالنسبة للغير، والعقد الذي لم تراعى قواعد القانون في تكوينه يكون باطلا، فلا ينتج أثرا قانونيا ولا ينشأ عنه حق أو التزام".

تختلف قوة الجزاء باختلاف نوع القاعدة التي لم تراعي في تكوين العقد، فإذا كانت القاعدة تحمي مصلحة عامة، كان البطلان مطلقا، بحيث لا يكون للعقد وجود أمام القانون، أما إذا كانت تلك القاعدة تحمي مصلحة خاصة كان البطلان نسبيا، فيكون للعقد وجوده القانوني إلى أن يطلب إبطاله من تقرير الجزاء لمصلحته، ومتى تقرر هذا الإبطال يزول ذلك الوجود ويرتد زواله إلى حين إبرامه. [1]

لقد نص المشرع الجزائري على أحكام البطلان من (99- 105) من القانون المدني، وعبر عن البطلان النسبي بالقابلية للإبطال، أما البطلان فوصفه بالبطلان المطلق، وقد سار القانون الجزائري في تنظيم نظرية البطلان على نهج التشريعات اللاتينية وعلى الأخص التقنين الألماني والسويسري، نظرية تحوّل العقد وانتقاصه كما أنه تكلم عن أحكام جديدة متعلقة بتقادم دعوى البطلان. [2]

---

[1] (ph) jestar. L'obigation et la sanction, innélanges (p) raunand, paris,1985, p 273.

[2] أنظر د/ بلحاج العربي، النظرية العامة للإلتزام في القانون المدني الجزائري، الطبعة الثالثة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ص 172.

ولقد رأينا أن أركان العقد ثلاثة وهي التراضي والمحل والسبب، يضاف إليها ركن رابع وهو الشكل المطلوب للانعقاد العقد في بعض العقود، ولقد رأينا أن للتراضي شروطا أساسية وهي أن يصدر من شخص بلغ سن التمييز وأنه إذا صدر من عديم التميز كان باطلا بطلانا مطلقا ولو كان العقد لمصلحته، كما رأينا أنه يشترط في المحل أن يكون موجودا أو ممكن الوجود فإذا لم يكن موجودا عند التعاقد وكان قد هلك فإن العقد يكون باطلا بطلانا مطلقا، وإذا كان المحل مستحيل الوجود استحالة مطلقة فإن العقد يكون كذلك باطلا بطلانا ممكنا، كما رأينا كذلك أن المحل يشترط فيه أن يكون معينا أو قابلا للتعيين وإلا كان العقد باطلا، كما يجب كذلك أن يكون المحل مشروعا ويترتب على عدم مشروعية البطلان المطلق، ورأينا أن السبب يجب أن يكون مشروعا وإلا كان العقد باطلا. [1]

ثانيا: أنواع البطلان

ينقسم البطلان إلى قسمين:

1. **البطلان المطلق**: البطلان المطلق هو: " جزاء يلحق العقد إذا تخلف ركن من أركانه"، وعلى ذلك فيشمل:

أ/ تخلف التراضي أو المحل أو السبب، وعلى ذلك يكون العقد باطلا بطلانا مطلقا إذا انعدم التراضي لعدم تطابق الإرادتين، أو لأن العاقد غير مميز، و كان المحل مستحيلا، أو لم يكن للالتزام سبب.

ب/ إذا لم تتوافر في المحل أو السبب الشروط الجوهرية، وعلى ذلك يكون العقد باطلا بطلانا مطلقا كان المحل غير معين أو غير قابل للتعيين أو كان المحل غير مشروع أو كان السبب غير مشروع.

ج/ إذا تخلف ركن الشكلية حينما يتطلبها القانون كما هو الحال في الرهن الرسمي أو في هبة العقار.

---

[1] أنظر د/ علي علي سليمان، النظرية العامة للإلتزام ، الطبعة الخامسة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2003، ص 77.

/ إذا ورد نص خاص في القانون يقضي ببطلان العقد بطلانا مطلقا ، كما في حالة اشتراط المدة لانعقاد الوعد بالتعاقد (المادة 1/101 مدني مصري).

ويترتب على البطلان المطلق أن لا يكون العقد موجودا في نظر القانون، فلا يصلح العقد لترتيب أي أثر منذ إبرامه، ومع ذلك فإن بطلان العقد بطلانا مطلقا لسبب معين لا يمنع طرفيه من إبرام عقد جديد، بدلا منه لا يشوب البطلان. [1]

2. **البطلان النسبي**: يعتبر البطلان النسبي جزاء يلحق العقد إذا تخلف شرط من شروط صحته رغم توافر أركانه، ويكون الأمر في الحالات التالية :

أ/ إذا كان أحد المتعاقدين ناقص الأهلية، الصبي المميز، السفيه، ذو الغفلة.

ب/ إذا كانت إرادة المتعاقدين مشوبة بعيب من عيوب الإرادة وهي الغلط والتدليس والإكراه والاستغلال.

ج/ إذا ورّد نص خاص في القانون يقضي بالبطلان النسبي.

ثالثا: تمييز البطلان عم يقاربه من النظم

بجب التمييز بين البطلان وبين الأوضاع التي قد تشتبه به كعدم النفاذ أو الفسخ أو الانحلال.

1. **البطلان وعدم النفاذ:** البطلان هو:" الجزاء على عدم توافر أركان العقد، وهذا جزاء يتمثل في عدم التزام العاقد بالآثار التي كان من المفروض أن يرتبها هذا العقد الباطل أو الذي قضى بإبطاله، أما عدم النفاذ فالمقصود به عدم جواز الاحتجاج بالعقد ولو كان صحيحا في مواجهة الغير، أي عدم سريانه في حق الغير، ومن أمثلة عدم النفاذ في نانون الجزائري وجوب قيد التصرفات المنشأة لحق عيني أصلي، أو التي من شأنها نقله أو تغييره أو زواله في السجل العيني حتى ترتب آثاره بين ذوي الشأن وبالنسبة للغير، وترتيبا

[1] أنظر د/ نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للإلتزام، دون الطبعة، دار الجامعة الجديدة، الأزريطة، 2004، ص 232.

على ذلك فإن عقد بيع العقار غير المقيد بالسجل العيني لا يرتب آثره بين المتعاقدين، كما لا يمكن الاحتجاج به في مواجهة الغير .[1]

2. البطلان والفسخ: البطلان يرجع إلى عيب أصاب العقد في أحد أركانه، أما الفسخ فهو جزاء عدم تنفيذ أحد المتعاقدين لالتزامه، بعد أن يكون العقد قد انعقد صحيحا ستوفيا لكل شروطه فيكون للعاقد الأخر إذا كان العقد ملزما للجانبين أن يتمسك بالفسخ لكي يتحلل مما عليه من التزم، ولذا لا يكون الفسخ إلا في العقود التبادلية.

3. البطلان والانحلال : الانحلال يرّد على كل عقد نشأ صحيحا ثم ينحل وهو إما باتفاق الطرفين أو بالإرادة المنفردة لأحد المتعاقدين ومن هنا يتشابه البطلان والانحلال من حيث الأثر المترتب عليهما وهو زوال العقد.

وقد نص المشرع الجزائري على أحكام انحلال العقد في المواد(119 – 123) من القانون المدني وقد يجعل القانون لكلا من المتعاقدين الحق في أن يستقل في إلغاء العقد. [2]

الفرع الثاني

المنازعات المتعلقة بإبطال العقد التجاري الإلكتروني

ذكرنا سابقا بأن البطلان هو جزاء انعدام أحد أركان العقد أو اختلاله كانعدام الأهلية أو الرضا أو المحل أو السبب أو الشكلية في بعض العقود أما الإبطال فهو ذلك العيب الذي يشوب شرط من شروط العقد المتمثلة في نقص الأهلية أو عدم سلامة الرضا.

إن العيوب التي تحول بين الشخص وحقه في التعاقد وفقا للقواعد العامة هي: الغلط، التدليس، الإكراه، الاستغلال أو الغبن، وهذا ما سنتطرق إليه من خلال تعريفات هذه العيوب التي تؤدي إلى إبطال العقد.

---

[1] راجع المادتين 15 و 16 من الأمر 74/75 المؤرخ في 12نوفمبر 1975م المتضمن مسح الأراضي وتأسيس السجل العقاري في الجزائر.

[2] راجع د/ بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 176.

أولا: الغلط

يمكن تعريف الغلط بأنه : " حالة تقوم بالنفس تحمل على توهم غير الواقع، إما أن يكون واقعة غير صحيحة بتوهم الإنسان صحتها، أو واقعة صحيحة يتوهم عدم صحتها".[1]

هذا ما نصت عليه المادة (83 من القانون المدني الجزائري ويشترط للتمسك بالغلط أن يقع أحد المتعاقدين في غلط جوهري، وهذا ما قضت به المادة (84) من نفس القانون وهو يؤدي إلى بطلان العقد إذا انصبت على ماهية أو شرط من شروط الانعقاد، أو على محل العقد، عيب الغلط في التعاقد الالكتروني أمر متصور الحدوث، فمثلا قد يتوهم أحد المتعاقدين أن الطرف الآخر معروف لديه والذي يقدم منتجات تصنع بطريقة يدوية مثلا، وأنه يرغب في التعاقد معه لمهارته وخبرته ثم يتضح أن المتعامل معه شخص غير معروف لتشابه الأسماء، أو التشابه الموقع الذي ينافس السلعة. [2]

ثانيا: الإكراه

هو" الرهبة التي تفسد الرضا أو ضغط تتأثر به إرادة الشخص، فيندفع إلى التعاقد والذي يفسد الرضا ليست الوسائل المادية التي تستعمل في الإكراه وليس الطرق الاحتيالية، بل ما تحدثه هذه الطرق في نفس المتعاقد".

هو ما نصت عليه المادتين (88 و89 من القانون المدني الجزائري فلإكراه عنصرين ، سر مادي يتمثل في استعمال وسيلة الإكراه بحيث تولد رهبة في نفسه، وعنصر معنوي هو الرهبة والخوف.

يتصور وقوع الإكراه المادي في العقود الالكترونية المبرمة على شبكة الانترنت إلى الصفحة الخاصة للمشتري لتمكينه من الإطلاع على بنوده، ويحتوي هذا النموذج عادة على خانات تتضمن عبارات قد تفيد قبول المرسل إليه للتعاقد أو رفضه، فإذا أمسك المكره بهذا النمط من التعاقد يدّ الشخص المرسل إليه عنوة وأجبره على الضغط بها بواسطة المؤشر

---

[1] راجع د/ عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 238.

[2] راجع :/ خالد ممدوح إبراهيم، أمن المستندات الإلكترونية، المرجع السابق، ص 137-138.

المتحرك على خانة في نموذج العقد المعروض على شاشة الحاسوب بما يعد تعبيرا صريحا عن إرادة المشتري وأجبره على التوقيع إلكترونيا على رسالة البيانات التي تتضمن معلومات تفيد قبول المكره للإيجاب الموجه إليه، ففي هذه الفرضيات تنتزع الإرادة عنوة لا رهبة، ولا يقتصر أثر الإكراه المادي هنا على تعيب الإرادة فقط، وإنما يعدمها تماما، الأمر الذي يتتبع البطلان المطلق للعقد الالكتروني.

تفاديا لوقوع مثل هذه الصورة للإكراه المادي يفضل أن لا يكتمل التعبير عن الإرادة بالقبول بمجرد الضغط على مكان معين في الحاسوب، بل أن يكتمل القبول بعد أن يضع المتعاقد الرقم السري الخاص به في الخانة المخصصة له. [1]

ثالثا: الاستغلال

بن هو المظهر المادي للاستغلال ويمكن تعريفه بأنه: " عدم التعادل بين ما يعطيه المتعاقد وما يأخذه". [2]

التشريعات التي اهتمت بحماية المستهلك بهذا الصدد، القانون التونسي لمتعاملات الالكترونية حيث نصت المادة (50) منه على أنه: " يعاقب كل من استغل ضعف أو جهل شخص في إطار عملية البيع الالكتروني بدفعه للالتزام حاضرا أو أجلا بأي شكل من الأشكال، بخطيه تتراوح بين ألف وعشرون ألف دينار وذلك إذا ثبت من ظروف عة أن هذا الشخص غير قادر على تمييز أبعاد تعهداته أو كشف الحيّل أو الخدع المعتمدة بالالتزام، أو ثبت أنه كان تحت ضغط".

رابعا: التدليس

يعرف بأنه: " إيقاع المتعاقد في غلط يدفعه إلى التعاقد فالعلاقة إذا وثيقة بين التدليس والغلط، والتدليس لا يجعل العقد قابلا للإبطال إلا للغلط الذي يوّلده في نفس المتعاقد".

---

[1] راجع د/ أمانج رحيم أحمد، المرجع السابق، ص 228.

[2] أنظر عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 291.

قد نصت عليه المادة (86، 87) من القانون المدني الجزائري، يحتل التدليس مكانة كبيرة في مجال العقود التجارية الالكترونية، نظرا لقدرة بعض المحتالين للاختراق لنظام المعلوماتي للشبكة، وغالبا ما يتمثل ليس في الإعلان الخادع أو الكذّاب، أو الوعد بميزات وهمية، وذلك بقصد دفع المتعاقد الأخر إلى إبرام العقد، وقد يتمثل في صورة اصطناع أو استخدام دعائم أو وسائط مزورة. [1]

وقد شهدت السنوات الأخيرة انتشارا كبيرا لاستخدام الطرق الاحتيالية، وخاصة فيما يتعلق بالبطاقات المصرفية بصورة أصبحت تهدد التجارة الإلكترونية وهو الأمر الذي حدّى لمشرع الفرنسي لإصدار القانون رقم (2001 – 1062) بتاريخ 15 نوفمبر 2001 والمتعلق بأمن وحماية حامل البطاقة المصرفية، دون استخدام البطاقة استخداما ماديا، كما سلّط هذا القانون العقوبات المقررة لجرائم الاحتيال والتزوير، وبالتالي لم يعد الجزاء المقرر للغش والتدليس مدنيا فقط، بل امتد إلى الجزاء الجنائي أيضا.

كما يمكن كشف مثل هذه العملية التدليسية للاستعانة بطرف محايد ومتخصص لكشف مثل هذه العمليات، ، جهات التصديق الالكتروني والتي يمكن الاستعانة بها عند إبرام العقود عن بعد لتوثيقها، و الأمر الذي من شأنه أن يوفر قدرا من الآمان والثقة لدى المتعاقدين عبر تقنية الاتصالات الحديثة[2].

المطلب الثاني

المنازعات المتعلقة بفسخ وتنفيذ العقد التجاري الالكتروني

إذا انعقد العقد صحيحا وتحدد مضمونه بأن ، كل طرف فيه ما يترب عله من التزامات فإنه يصبح واجب التنفيذ، لأن القوة الملزمة للعقد تقتضي بقيام كل طرف فيه بتنفيذ ما يقع على عاتقه من التزامات بطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية، لذلك فإن تقصير أحد المتعاقدين في تنفيذ أحد التزاماته، تب عليه كقاعدة عامة المطالبة بإجباره على التنفيذ

[1] راجع د/ سمير حامد عبد العزيز الجمال، المرجع السابق، ص 168.

[2] المرجع نفسه.

العيني إذا كان ممكنا، أو التنفيذ بمقابل عن طريق التعويض ، أو الدفع بعدم التنفيذ، أو طلب فسخ العقد، وكل هذا جزاءا لعدم تنفيذ العقد، ومن أجل ذلك قسمنا هذا المطلب إلى فرعين، نتناول في الفرع الأول المنازعات لمتعلقة بفسخ العقد التجاري الالكتروني، وفي الفرع الثاني المنازعات المتعلقة بتنفيذ العقد التجاري الالكتروني.

الفرع الأول

المنازعات المتعلقة بفسخ العقد التجاري الالكتروني

بر العقد التجاري الالكتروني من العقود الملزمة لجانبين، ويكون فيه للمتعاقد لذي لم يحصل على حقوقه، حق فسخ العقد، وهذا بالنظر إلى الترابط الذي يحكم العلاقة التعاقدية بعد نشأتها الصحيحة، وبالرجوع إلى التشريعات المنظمة التجارية الالكترونية نجد أنها تضمنت حق فسخ العقد المبرم بين طرفي العقد جزاءا لإخلال بتنفيذ العقد.

أولا: تعريف الفسخ

يعرف الفسخ بأنه: " حلّ الرابطة العقدية بسبب إخلال أحد طرفي العقد الملزم للجانبين بالتزام ناشئ عنه"، ويفهم منه أنه إذا لم يفي المتعاقد بالتزامه جاز للمتعاقد الأخر أن يطلب حل الرابطة العقدية، كي يتحرر نهائيا من الالتزامات التي يفرضها العقد عليه، وهكذا فإن الفسخ يعتبر بمثابة جزاء على إخلال أحد المتعاقدين لالتزاماته. [1]

أما المشرع الفرنسي فقد أسس الفسخ على الشرط الفاسخ الصريح، وبالتالي لم يجزّ فسخ العقود التي لا تتضمن شرطا يقضي بذلك، وبذلك أصبح الشرط الفاسخ الصريح مفترضا على عدم التنفيذ، وانتقل نظام الفسخ على هذا النحو إلى القانون الفرنسي الجديد، إذ بح منصوص عليه في نصوص قانونية، ا جعل القانون الفرنسي طلب الفسخ من القضاء أمرا ضروريا، وهو ما لم يعرف من قبل.

فيما يخص المشرع الجزائري فقد وضع للفسخ قواعد وأحكام تكون في مجموعها نظرية عامة للفسخ، وفي المعاملات الالكتـ نية رغم حداثتها إلا أن المورّد فيها يحرص

[1] المادة (119) قانون مدني جزائري وتقابلها المادة (157) من القانون المدني المصري.

ما على تضمن العقد شرطا يخول له الحق في إنهاء العقد بالإرادة المنفردة، عند إخلال العميل بالتزامه، بل وبمجرد الرغبة في تغيير شروط التعاقد، كرفع مقابل سلعة أو خدمة مثلا. [1]

ثانيا : أنواع الفسخ

قد يكون الفسخ قضائيا كما قد يكون إتفاقيا:

1. **الفسخ القضائي:** ه نية المتعاقدين إلى فسخ العقد عند إخلال المدين بالتزامه، فالفسخ يكون الجزاء المباشر للإخلال بالتزام، إلا أن هذا الجزاء لا يمكن إعماله إلا بعد إعذار المدين من جهة، وصدور حكم قضائي من جهة أخرى، فحكم المحكمة هو الذي ينشأ الفسخ، ويتمتع فيه القاضي بسلطة تقديرية واسعة في إجابة طلب الدائن في الحكم بالفسخ من عدمه، جب على الحكم في الحالتين التعرض بوضوح لواقعة عد م تنفيذ الالتزام مناط الحكم بالفسخ. [2]

ويجوز للقاضي في حالة الفسخ القضائي أن يمنح المدين أجلا للوفاء بالتزامه، وذلك متى اقتضت الظروف ذلك، كما لو كان المدين حسن النية، ويرجع تخلفه عن التنفيذ روف استثنائية عابرة تستوجب بعض الوقت لإنجاز الالتزام، كما له أن يرفض الحكم بالفسخ إذا قام المدين بغضون المهلة الممنوحة له بالوفاء بالتزامه.

وليس هذا فحسب فللقاضي أيضا أن يرفض الحكم بالفسخ أصلا، وهذا في الحالة التي يكون فيها المدين لم يفي بجزء قليل الأهمية للالتزام.

كما يمكن للقاضي أن يحكم بالفسخ إذا تبين له أن الظروف تبرره، كما لو تبين له عدم جدوى للإبقاء على العقد، وسوء نية المدين وتعمده عدم التنفيذ أو إهماله الجسيم على

---

(1) ر د/ محمد حسين منصور، المسؤولية الإلكترونية، دون طبعة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2003، ص 93.

(2) أنظر د/ محمد حسين منصور، أحكام البيع التقليدية والإلكترونية والدولية وحماية المستهلك، دون طبعة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2006، ص 317.

الرغم من إعذاره، يجوز له بجانب الحكم في فسخ العقد وردّ ما حصل عليه المدين، الحم بالتعويض عن الضرر الذي أصاب الدائن من جراء الفسخ الراجع إلى تقصير المدين في تنفيذ التزامه. [1]

2.**الفسخ الإتفاقي:** يجوز الاتفاق بين طرفي العقد على أن يعتبر العقد مفسوخا من تلقاء نفسه، ودون الحاجة إلى حكم قضائي عند عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه، وهذا اق لا يعفي المتعاقدان من الإعذار إلا إذا اتفق المتعاقدان على الإعفاء منه، ولا يؤدي هذا الشرط إلى استبعاد دور القاضي كليا، بل إلى تغيير طبيعة هذا الدور وتوقيته، ويجب عليه للإجابة إلى طلب المتعاقد في فسخ العقد أن يتحقق من قيام الشرط ويتعرف على طبيعته ومضمونه، كما يجب عليه التأكد من توافر شروط إعماله أي التأكد من واقعة الإخلال بالالتزام مناط إعمال الشرط. [2]

وما أمكن ملاحظته في العقود الالكترونية هو أنها لا تختلف عن العقود العادية في مسالة فسخ العقد من عدمه، ون الأصل فيها هو التنفيذ، ؟ أنه قد يوجد ما يحول دون ذلك، بأن يخل أحد الأطراف بالتزامه مما يقتضي فسخ العقد المبرم بينهما تحقيقا للعدالة ومنع حصول الضرر، لذلك يمكن لطرفي العقد المبرم الكترونيا الاتفاق على اعتبار العقد مفسوخا متى أخل أحدهما بالتزامه، كما يمكن لهما اللجوء للقضاء وذلك لإقرار فسخ العقد ن طرف القاضي الذي يعود له الاختصاص في الفصل في نزاعاتهم الناشئة عن العقد الذي أبرموه إلكترونيا.

ثالثا: شروط اللجوء للفسخ

ومن شروط اللجوء إلى الفسخ نجد ما يلي:

---

[1] أنظر د/ محمد حسين منصور، أحكام الإلتزام، دون طبعة، الدار الجامعية للطباعة والنشر، القاهرة، 2000، ص 410-411.

[2] راجع د/ محمد حسين منصور، احكام الإلتزام في، المرجع السابق، ص 421.

1. **أن يكون العقد المراد فسخه من العقود الملزمة لجانبين:**

عدة الفسخ لعدم تنفيذ العقد لا تطبق إلا في العقود الملزمة لجانبين، فهي وحدها التي تتحقق فيها حكمة هذه القاعدة، وبتوافر فيها الأساس القانوني الذي بنيت عليه، وقاعدة الفسخ مبنية على العدالة، فإذا لم يقم أحد المتعاقدين بالتزامه كان للآخر أن يتحلل من التزامه عن طريق فسخ العقد. [1]

ـة من هذا الشرط أن العقود الملزمة للجانبين هي وحدها التي تنشئ عنها التزامات متقابلة، وقد يحدث بعد إنشائها أن يكون أحد الطرفين قد بدأ في تنفيذ التزاماته أو نفذها دون المتعاقد الأخر، ويقضي المنطق القانوني بأن للأول الحق في طلب الفسخ واسترداد ما كان قد قدمه دون أن يحصل على مقابل.

2. **أن يكون هناك عدم التنفيذ من طرف أحد المتعاقدين:**

لا يكفي لطلب الفسخ أن يكون العقد ملزما لجانبين، بل لا بد أن يكون هناك إخلال من جانب أحد المتعاقدين بالتزاماته الناشئة عن ذات العقد المراد فسخه، وعدم التنفيذ الذي يعتد به في مجال الفسخ القضائي هو عدم التنفيذ الذي يتسبب فيه أحد المتعاقدين نتيجة خطأه أو إهماله، لم رتبه العقد من التزامات ، يستوي بعد ذلك أن يكون التنفيذ كليا أو جزئيا، لأن هذا الأخير وإن كان أقل جسامة من عدم التنفيذ الكلي أو الجزئي فإنه قد يتسبب في ضياع المصلحة المرجوة من العقد، ويستوي كذلك ان يكون عدم التنفيذ قد انصب على الالتزامات الأساسية أو التبعية.

---

[1] أنظر بلاش ليندة، الثمن في العقد التجاري الدولي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، جامعة الجزائر، كلية الحقوق بن عكنون، 2009، ص 200.

3. **أن يكون طالب التنفيذ مستعدا لتنفيذ التزاماته وقادرا على إعادة الحال إلى ما كان عليه:**

لا يكفي المطالبة بالفسخ أن لا يقوم المدين بالتزامه، بل يجب أن يكون الدائن طالب الفسخ مستعدا للقيام بالتزامه الذي نشئ عن العقد، فليس من العدل أن يكون الدائن نفسه مقصرا ثم يطلب الفسخ لتقصير المدين من ناحية، ومن ناحية أخرى يجب أن يكون الدائن قادرا على إعادة الحال إلى ما كان عليه قبل التعاقد. [1]

يقتصر النص على قاعدة الفسخ التي تعتبر جزاءا للإخلال بتنفيذ الالتزامات المترتبة عن العقود، بل تعداه إلى الاتفاقيات الدولية التي من بينها اتفاقية فينا سنة 1980 ، إذ أنه من المبادئ العامة التي تقوم عليها الاتفاقية، مبدأ الاقتصاد في الفسخ، إذ يعد هذا الأخير أحد الجزاءات التي تترتب عند الإخلال بالتزامات الناشئة عن العقد، إلا أنها لا تنظر إليه بعين الرضا، لم تفرضه إلا بشروط تفصيلية تحدّ من استعماله، وذلك لانعقاد العقد من الفسخ بعد وقوع مخالفات لأحد الطرفين، وعليه فالفسخ حق لكل من طرفي العقد " البائع كما للمشتري"، وتجدر الإشارة بهذا الصدد إلى أن الفسخ لا يقع وفقا للاتفاقية تلقائيا وإنما يجب إعلانه من الدائن ويكون بإخطار الطرف المدين عملا بمقتضيات المادة (26) من اتفاقية فينا على أ ' لا يحدث إعلان الفسخ أثره إلا إذا تم بواسطة إخطار موجه إلى الطرف الأخر" [2]

رابعا: الآثار المترتبة على الفسخ

من الآثار المترتبة على فسخ العقد التجاري الالكتروني ما يلي:

1. **انهيار العقد:** لتقرير الفسخ ينهار العقد برئ الطرفان مما رتبه العقد من التزامات، الملاحظ من أن الفسخ لا يؤثر على أي شرط من شروط العقد المتعلقة

---

[1] أنظر د/ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، المجلد الرابع، دار إحياء التراث، بيروت، ص 687.

[2] راجع بلاش ليندا، المرجع السابق، ص 202.

بالتعويض، حيث لا يؤثر في الاستناد إلى العقد الذي فسخ للمطالبة بالتعويض المستحق بسبب الفسخ.

أنه لا يؤثر الفسخ في شروط العقد المتعلقة بنشوب المنازعات، وذلك بالنظر إلى أن أغلب البيوع الدولية وبما فيها العقود الالكترونية التي تتسم بالطابع الدولي لا تخلو عادة من مثل هذه الشروط.

وعلى هذا الأساس يتبين لنا أن زوال العقد لا يدمر أثار العقد كليا، بل تظل الشروط السابقة الذكر قائمة. [1]

2. **استرداد كل طرف لما أدّاه بموجب العقد**: يقضي الفسخ أن يرد كل متعاقد ما تلقى من المتعاقد الأخر طبقا للقواعد العامة للفسخ، بذلك فإنه يجوز لكل طرف قام بتنفيذ العقد أو جزء منه متى فسخ العقد أن يسترد ما أداه من الطرف الأخر، ففي عقد البيع مثلا يترتب على الفسخ عودة الشيء المبيع إلى البائع واسترداد المشتري ما دفعه من ثمن ويكون بذات العملة المدفوعة. [2]

وهو الحال بالنسبة للعقود المبرمة عبر شبكة الانترنت فمتى تقرر فسخ العقد بين طرفيه، يتوجب على كل طرف أن يرد ما تسلم من الطرف الأخر أي إعادة الحال إلى ما كان عليه قبل العقد، وهذا تطبيقا للقواعد العامة للفسخ.

الفرع الثاني

المنازعات المتعلقة بتنفيذ العقد التجاري الالكتروني

حتى يتمكن المتعاقد من تحقيق الغاية المقصودة من إبرام هذا العقد دون إصابته بضرار هو ما أدى بدوره إلى فرض مجموعة من الضمانات لتنفيذ العقد بحسب ما اتفق

---

[1] راجع بلاش لينداء، المرجع السابق، ص 207-208.

[2] راجع د/ محمد حسين منصور، أحكام الإلتزام، المرجع السابق، ص 420.

عليه المتعاقدين، هذا فضلا عن توقيع الجزاء العام المقرر في القواعد العامة، وهذا بإعادة الحال إلى ما كان عليه قبل العقد.

أولا: ضمانات تنفيذ العقد التجاري الالكتروني

لقد أورد المشرع الجزائري تعريف الضمان في المادة(03) من الفصل الثاني من قانون حماية المستهلك رقم (09 – 03) بأنه: " التزام كل متدخل خلال فترة زمنية معينة، في حالة ظهور عيب بالمنتوج، باستبدال هذا الأخير أو إرجاع ثمنه أو تصليح السلعة أو تعديل الخدمة على نفقته".[1]

تقسم ضمانات تنفيذ العقد الالكتروني إلى قسمين: ضمانات تقليدية جاءت بها القواعد العامة لنظرية العقد، ضمانات مستحدثة ملقاة على عاتق البائع، وذلك في سبيل حماية المتعاقد المستهلك باعتباره الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية.

1. **الضمانات التقليدية لتنفيذ العقد التجاري الالكتروني:** إن شيوع استخدام الانترنت أدى إلى زيادة المشروعات الكبرى وزيادة عمليات الإنتاج والتوزيع عبر شبكة الانترنت، وهو بدوره ما جعل الأشخاص يقبلون على إبرام العقود بغية الحصول على سلع وخدمات، ويدخل في هذه العلاقات طرفان أحدهما محترف متخصص، والأخر غير محترف وإن صح القول فهو غير عارف بخصائص السلع والخدمات، وهو ما يجعله جدير بالحماية من أجل خلق التوازن في العلاقة التعاقدية المبرمة عبر وسائل الاتصال الحديثة، وبالرجوع للقواعد العامة نجد أنها نصت على ضمانات تنفيذ العقد بصفة عامة وهو ما يطبق على العقد التجاري الالكتروني بصفة خاصة، ومن أجل ذلك قسمنا هذه الضمانات إلى قسمين: نتناول في القسم الأول الشروط التعسفية ونتناول في القسم الثاني الحق في الحبس.

أ/ الشروط التعسفية: حيث يعرف الشرط التعسفي بأنه: " ذلك الشرط الذي يتم فرضه على المستهلك بطريقة تعسف في استعمال السلطة الاقتصادية من جانب المهني أو

[1] القانون رقم 09-03 المؤرخ في 2009/02/25 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش.

المحترف"، وهو التعريف الذي ورّد في المادة (35/1) من التشريع الفرنسي الصادر في 10 جانفي1978 م المتعلق بحماية المستهلك.

كما عرفه التوجيه الأوربي رقم 13/05 الصادر في 05 أفريل 1993 الشروط التعسفية بأنها: " الشروط التي ترد في العقد وتنطوي على اختلال واضح بين حقوق والتزامات الأطراف في العقد على حساب المستهلك وتتعارض مع مبدأ حسن النية".

من خلال عرض هذه التعاريف يمكن أن نعرف الشرط التعسفي بأنه: " كل شرط يضعه المتعاقد القوي في العقد حتى يخدم مصلحته، مستغلا في ذلك ضعف المتعاقد الأخر نتيجة جهله أو عدم خبرته، وهذا بسبب عدم التوازن في الحقوق والالتزامات المتعلقة بطرفي العقد".

والشروط التعسفية تشمل الشروط المتعلقة بتحديد الثمن أو طريقة دفعه، والشروط التي يضعها البائع لرفع السعر والشروط المتعلقة بماهية الشيء محل التعاقد، و كذلك المتعلقة بالتسليم وظروف تنفيذ العقد والمتعلقة أيضا بعبء المخاطر وكذلك الشروط المتعلقة بالمسؤولية والضمان كوضع شرط الإعفاء من المسؤولية أو التخفيف عنه. [1]

ب/ الحق في الحبس كضمانة لتنفيذ العقد التجاري الالكتروني: حيث يعرف الحق في الحبس بأنه: " وسيلة لحمل المدين بدين واجب الأداء على سداد هذا الدين عن طريق امتناع هذا الأخير عن تسليم شيء يجب عليه تسليمه للمدين ما دام هناك ارتباط بين حق الدائن والتزامه بالتسليم، أو هو بعبارة أخرى يدفع له الدائن للمطالبة للمدين بتسليم الشيء الذي له الحق في تسليمه، مادام لم يعرض الوفاء بالتزام عليه للدائن المرتبط بالتزام هذا الأخير بالتسليم. [2]

---

[1] راجع د/ نضال إسماعيل برهم، المرجع السابق، ص 144-145.

[2] أنظر د/ محمد شكري سرور، موجز الأحكام العامة للإلتزام، الطبعة الأولى، 1985، دار الفكر العربي، القاهرة، ص 137.

❖ شرط الحق في الحبس: إن الغرض في الحق من الحبس أن يكون وسيلة ضمان تحمل المدين على تنفيذ التزامه قبل الحابس، لذا وجب أن يكون هذا الالتزام مدنيا ومحقق الوجود ومستحق الأداء، والغالب أن يكون حق الدائن مبلغا من النقود، على أن الحق في الحبس لا يثبت للدائن مجرد الدائنية، بل يشترط أن يكون مستحق الأداء لا مؤجلا أو معلقا على شرط وغير متنازع عليه، ولا يشترط أن يكون التساوي بين قيمة حق الحابس والتزام الشيء المحبوس، بل يجوز ولو كان التفاوت بين القيمتين كبير. [1]

ولابد في وجود الحق في الحبس من محل يرد عليه هذا الحق، ولابد من وجوده في يد الحابس أو في ذمته وأن يتعلق به حق مدينه، أي أن الحق في الحبس لا يثبت إلا لدائن يكون مدينا لنفس مدينه، إن كان محل الحق في الحبس في الغالب مبلغا من النقود، فهذا لا يمنع من أن يكون الشيء المحبوس عقارا أو منقولا معينا بذاته أو بنوعه.

ويجب أن يكون هناك ارتباط بين حيازة الشيء وحق الحابس، وبمعنى أخر يجب قيام الارتباط بين الدائنين المتقابلين، والارتباط نوعين: ارتباط قانوني وارتباط مادي. [2]

هذا وينشأ الارتباط القانوني بسبب علاقة قانونية واحدة سواء كان العقد ملزم لجانبين أو لجانب واحد، ومن ذلك أن يمتنع البائع عن تسليم المبيع إلى أن يفي المشتري بالثمن فيشمل الحق في الحبس جميع الالتزامات، أما الارتباط المادي فإنه ينشأ بمناسبة شيء واحد بيد الحابس كمن يتسلم شيء على سبيل الوديعة، ففي هذه الحالة له إمساكه عن مالكه إلى أن يتقاضى تعويضا عن تلك المصروفات التي أنفقها على الشيء، على اعتبار أن ما أنفقه الحابس على الشيء يستفيد منه الغير أيضا لذلك كان حجة عليه[3].

---

[1] أنظر د ربال عبد الرزاق، الوجيز في أحكام الإلتزام في القانون المدني الجزائري، دون طبعة، دار العلوم للنشر والتوزيع، 2004، ص 23.

[2] أنظر د/ محمد صبري الهدي، النظرية العامة الإلتزامات، دون طبعة، دار الكتاب الحديث، ص 176.

[3] راجع دربال عبد الرزاق، المرجع نفسه، ص 24-25.

2. الضمانات المستحدثة لتنفيذ العقد التجاري الالكتروني:

إن المتعاقد في نطاق المعاملات الالكترونية هو ذاته المتعاقد في عملية التعاقد التقليدي، وفي كلاهما يعد مستهلكا يتعامل من خلال الوسائط الالكترونية، ولهذا السبب حتاج للحماية التي تعتبر من المسائل الهامة التي اهتمت بها القوانين الخاصة، وذلك من أجل توفير حماية قانونية للمتعاقد المستهلك في مجال هذه المعاملات.

وفي هذا الصدد نجد أن المشرع الجزائري قد أخذ بالمفهوم الضيق في تعريف المستهلك وهذا من خلال نص المادة (2) من المرسوم التنفيذي. [1]

هذا ما أورده أيضا في القانون رقم (04 -03) المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش في المادة (3) منه في تعريف المستهلك: " هو كل شخص طبيعي أو معنوي يقضي بمقابل أو مجانا، سلعة أو خدمة موجهة للاستعمال النهائي من أجل تلبية حاجته الخاصة تلبية حاجة شخص أخر أو حيوان متكفل به". أما على المستوى الدولي فقد وجدت مدرستان الأولى أمريكية تقول بأن السوق الأمريكية لا تحتاج إلى قوانين لحماية المستهلك، لأنها تعد عائقا لنمو التجارة الالكترونية بل السوق هي توفر آليات الحماية، أما الثانية المدرسة الأوربية وخاصة الفرنسية تريد أن توجه قوانين عالمية هدفها حماية مستعمل الانترنت. [2]

إضافة إلى القوانين العامة التي تقرر حماية يتمتع بها المتعاقد في جميع العقود بما فيها العقد التجاري الالكتروني، ومن بين ما أقرته القوانين الخاصة بحماية المستهلك وكذا

---

[1] تنص المادة 02 من المرسوم التنفيذي رقم 39/90 المؤرخ في 1990/01/30 المتعلق بالجودة وقمع الغش في المستهلك على أنه: "كل شخص يقتني بثمن أو مجانا منتوجا أو خدمة معدني للإستعمال الوسيطي أو النهائي لدى حاجته الشخصية أو حاجة شخص آخر أو حيوان يتكفل فيه"، ويتضح من هذا التعريف أن القانون لم يفرض شكلا معينا لقيام علاقة الإستهلاكية بل تنشأ من هذا التعريف أن القانون أو الخدمة المفروضة في الإستهلاك من قبل الطرف المستهلك.

[2] أنظر المنصف قرطاس، التجارة الإلكترونية والإشكاليات التطبيقية المفروضة، مجلة القضاء والتشريع، العدد 07، جويلية 1999، ص 43

التنظيمات المتعلقة بالمبادلات الالكترونية، نجد الحق في الإعلان والحق في الرجوع أو التراجع على العقد الذي تم إبرامه.

ثانيا: جزاء عدم تنفيذ العقد التجاري الالكتروني

انعقد العقد صحيحا وتحدد مضمونه بأن عرف كل طرف فيه وما يترتب عليه من التزامات، فإنه يصبح واجب التنفيذ، لذلك فإن تقصير أحد المتعاقدين في تنفيذ التزاماته يترتب عليه كقاعدة عامة، خويل الطرف الأخر في العقد وفقا لشروط معينة أحد الخيارات لاثة الطالبة بإجباره على التنفيذ العيني إذا كان ممكننا، أو التنفيذ بمقابل (عن طريق التعويض)، أو الدفع بعدم التنفيذ

1. **التنفيذ العيني:**

أ/ تعريف التنفيذ العيني: نصت عليه المادة 64 من القانون المدني الجزائري[1]، وتقابلها في ذلك المادة (203) من القانون المدني المصري، واستنادا لهذين النصيين نجد أن المدين يجبر بعد إعذاره على تنفيذ التزامه تنفيذا عينيا متى كان ذلك ممكنا، وبناءا على ذلك يمكن تعريف التنفيذ العيني بأنه: " حصول الدائن على عين ما التزم به المدين وهذا هو الأصل إلا إذا استحال التنفيذ كهلاك محل الالتزام، وبالتالي يستحيل التنفيذ العيني بسبب وجود مانع مادي، وفي هذه الحالة لا يكون أمام طالب التنفيذ غير استصدار حكم جديد بالتعويض، ويقوم تنفيذه عن طريق الحجز على أموال المدين وبيعها.

وبحسب ما تنص عليه القواعد العامة لنظرية العقد، وهو الأصل العام أن يتولى المدين تنفيذ التزامه حرا مختارا بمجرد أن يطلبه الدائن طالما أن التنفيذ العيني ممكنا، أما إن

[1] تنص المادة 164 من القانون المدني الجزائري على أنه: "يجبر المدين بعد إغراره طبقا للمادتين 180- 181 على تنفيذ إلتزامه تنفيذا عينيا، متى كان ذلك ممكنا".

أبى المدين تنفيذ التزامه طوعا فما على الدائن في هذه الحالة إلا جبره على التنفيذ العيني ولكن بعد إعذاره. [1]

ب/ شروط اللجوء للتنفيذ العيني :تتلخص شروط اللجوء للتنفيذ العيني إلى ما يلي:

- أن يكون التنفيذ العيني ممكنا: إذا أصبح التنفيذ العيني مستحيلا سواء رجعت لاستحالة إلى سبب أجنبي أو خطأ المدين لم تعد هناك جدوى من المطالبة للتنفيذ العيني، كما يعتبر التنفيذ العيني غير ممكن إذا كان إجراءه يقتضي تدخل المدين ليقوم بتنفيذ التزامه، ومنه فإن كان التنفيذ العيني يرجع إلى طبيعة الالتزام ومداه والوسائل اللازمة لهذه التنفيذ. [2]

- أن لا يكون في التنفيذ العيني إرهاق للمدين: فالتنفيذ العيني المرهق هو تنفيذ ممكن في حد ذاته، ولكنه يلحق ضرر بالمدين جسميا، كان الأصل أن يعتد بهذا الإرهاق إعمالا للمبادئ العامة التقليدية للدائن بالتزام مدينّي الحق في جبر مدينه على الوفاء به، لكن إت العدالة التي تقف وراء الكثير من الاستثناءات الواردة على مبدأ القوة الملزمة للعقد، وهو ما حذى بالمشرع إلى أن يجيز للمدين أن يستبدل التنفيذ العيني غير ممكن ولا يبقى إلا اللجوء إلى طريق التعويض. [3]

- أن يطلب الدائن تنفيذ العيني أو يتقدم به المدين: إذا طلب الدائن التنفيذ العيني فليس للمدين أن يمتنع عن ذلك مقتصرا عن تقديم التعويض، بل يجبر على التنفيذ العيني أي على أداء ما التزم به، كذلك إذا تقدم به المدين فليس للدائن أن يرفضه ويطلب التعويض مكانه وعليه مهما يكون طالب التنفيذ العيني فليس للطرف الأخر أن يمتنع عنه، مفضلا التعويض النقدي، لأن التنفيذ العيني هو الأصل أما إذا لم يطلبه كلاهما مفضلان التعويض، فإن اتفاقهما هو اتفاق ضمني.

---

[1] راجع دريال عبد الرزاق، الوجيز في أحكام الإلتزام، المرجع السابق، ص 08

[2] راجع بلاش لينده، المرجع السابق، ص 192.

[3] أنظر د/ محمد شكري سرّور، المرجع السابق، ص 18.

- الإعذار: يقصد بالاعذار شعار المدين بوجوب تنفيذ التزامه متى حل أجل الوفاء أو التنفيذ، وهذا حتى لا يفهم المدين من عدم المطالبة بعد حلول الأجل، إن الدائن يتسامح مع التأخر في تنفيذ الالتزام، ومتى تم الإعذار وجب على المدين تنفيذ التزامه على الفور وإلا عدّ مقصرا، ومنه فإعذار المدين واجب في التنفيذ العيني، إذا كان المقصود أن يكون التنفيذ قهريا بطريق الإجبار، أما إذا كان التنفيذ العيني يتحقق بقوة القانون أو قام به المدين مختارا غير مجبر فالظاهر أنه لا حاجة للإعذار.

2. <u>التنفيذ بطريق التعويض:</u>

ن الإخلال بالالتزامات الناشئة عن العقد من طرف أحد المتعاقدين، يرتب جزاء في ذمة الطرف محل بالتزامه، فالتنفيذ العيني للالتزام هو ما يثبت للطرف المضرور من عدم التنفيذ الحق في التعويض باعتباره حلا بديلا عن التنفيذ العيني ، فيأتي التعويض لتغطية الضرر الذي قد يصيب أحد الطرفين.

ويعتبر الالتزام أيا كان مصدره قابلا للتنفيذ عن طريق التعويض، فالالتزام العقدي سواء أكان التزام بنقل الملكية أو التزاما بالقيام بعمل أو الالتزام بالامتناع عن عمل يكون تنفيذه عن طريق التعويض كل ما أصبح التنفيذ العيني مستحيلا، إذ يصبح التنفيذ العيني مستحيلا في الالتزام بنقل ملكية شي معين إذا هلك هذا الشيء أو انتقلت ملكيته إلى الغير.[1]

أ/ أنواع التعويض: الأصل في التعويض أن يكون قضائيا حيث يقوم القاضي بتقديره، وهو ما يسمى بالتعويض القضائي، قد يكون التعويض إتفاقيا إذا قرر ذلك المتعاقدان في العقد.

❖ التعويض القضائي: لقد أصدرت المحكمة العليا قرارا تأكد فيه على وجوب توجيه اعذار قبل اللجوء للتنفيذ عن طريق التعويض والذي بصدده يطلب الدائن من

[1] راجع عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 824.

القاضي تقدير التعويض عن الضرر الذي أصابه من جراء عدم تنفيذ المدين لالتزامه أو التأخر فيه وقد جاء في هذا القرار ما يلي: " من الثابت قانونا أن طلب التعويض لا يستحق إلا بعد إعذار المدين، ولما تبين من القرار المطعون فيه أن الطاعن أثار دفعا بأن المطعونة دها لم تقم بإعذار مسبق له كما تشترطه المادة (180) من القانون المدني، ويتجاهل ة الموضوع هذا الدفع وعدم مناقشته فإنهم أخطؤا مما ينبغي نقض القرار المطعون فيه".[1]

- ❖ , الإتفاقي: قد يحدث وأن يتفق الطرفان المتعاقدان على أن يترك تقدير التعويض للقاضي، أن يتفقا مقدما على ذلك، فيتم تقدير التعويض الذي يستحقه الدائن إذا لم يقم المدين بالتزامه، أو إذا تأخر في ذلك ويسمى الإتفاق على تقدير التعويض مسبقا بالشرط الجزائي، وفي الغالب الأعم يحدد هذا الشرط بمبلغ من النقود إلا أنه ليس ما يمنع أن يتمثل في شيء أخر.[2]

3. الدفع بعدم التنفيذ في العقد التجاري الالكتروني:

أ/ تعريف الدفع بعدم التنفيذ: يعرف الدفع بعدم التنفيذ بأنه امتناع مشروع عن الوفاء، ففي العقد الملزم للجانبين يجوز لكل متعاقد أن يمتنع عن تنفيذ التزامه حتى يقوم الطرف الأخر بتنفيذ ما التزم به، فهو وقف تنفيذ العقد من جانب أحد المتعاقدين حتى يقوم طرف الأخر بالتنفيذ ، لذلك إذا تعاقد مشتري مع بائع على سلعة ما لم يقم البائع مثلا بتسليم السلعة في محل التعاقد والمشتري لم يدفع الثمن، فيمكن له بأن يدفع بعدم التنفيذ للالتزام الموجب عليه، وبالتالي لا يوفي الثمن.[3]

---

[1] قضية رقم 796-206 بين (أ-م) و (ش. أ. م. ت. ن) المجلة القضائية لسنة 2000، العدد 1، ص 111-113، القرار المؤرخ في 2000/01/12.

[2] سمي بالشرط الجزائي لأنه عادة يوضع ضمن شروط العقد الأصلي الذي يستحق التعويض على أساسه، ولكن لا يوجد ما يمنع من أن يكون هذا الإتفاق لاحقا على العقد، وهذا الحكم قد أخذ به المشرع الجزائري في المادة 183 من القانون المدني.

[3] راجع د/ نضال إسماعيل برهم، المرجع السابق، ص 81.

والدفع بعدم التنفيذ وسيلة دفاعية أو ضمانة يقررها القانون للمتعاقد لدفع مطالبته بتنفيذ التزامه حتى يفي المتعاقد الأخر بالتزامه، فالمتعاقد يمتنع عن التنفيذ مادام لم يحصل على حقه المقابل، ويشكل هذا الدفع وسيلة لتهديد المدين لتنفيذ التزامه، ويقدم للمتنع حماية من خطر إعسار مدينه، فهو في نفس الوقت دائن ومدين للطرف الأخر.

كما يقضي مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود ألا يطلب المتعاقد من الطرف الأخر تنفيذ التزامه، إلا إذا كان هو بدوره قد قام بتنفيذ التزامه المقابل. [1]

ب/ أثار الدفع بعدم التنفيذ: يترتب على الدفع بعدم التنفيذ عدّة أثار نذكرها:

ؤدي الدفع بعدم التنفيذ التزام المتمسك به طوال الفترة التي لا يتم فيها تنفيذ الالتزام المقابل، كأن يمتنع العميل (المشتري) عن دفع الثمن حتى يتم الوفاء بالالتزام بالتسليم، فهنا قف تنفيذ العقد حتى يتم الوصول إلى البدء فيه من أحد الطرفين، أو منهما معا في نفس الوقت، أو من خلال العرض والإيداع.

الدفع لا يؤثر على وجود العقد، ولا يؤدي إلى زواله، ، يبقى كما هو دون نقص في مقداره، فإذا ما عاد المدين إلى تنفيذه كان عليه أن ينفذه بكامله، وإذا أقر على عدم تفيذ فعلى المتعاقد الأخر إما أن يلجأ إلى التنفيذ العيني الجبري إن كان ممكنا، وإما المطالبة بالتعويض على أساس المسؤولية العقدية، وإما المطالبة بفسخ العقد.

ويقتصر تأثير الدفع بعدم التنفيذ على العقود الزمنية، يث يؤدي إلى نقص في مقدار الأداء الواجب بقدر الزمن الذي وقف التنفيذ من خلاله، ويقدم الدفع بعدم التنفيذ تأمينا ضمانا هاما لمن يتمسك به، فإذا لم تمثل التزامه في تسليم شيء، حيث يترتب عليه لمتمسك بالدفع حبس الشيء، وهنا يختلط الدفع بعدم التنفيذ بالحق في الحبس، كما إذا امتنع البائع عن تسليم المبيع حتى يستوفي الثمن مما يوجب عليه المحافظة على الشيء. [2]

---

[1] راجع د/ محمد حسين منصور، أحكام الإلتزام، المرجع السابق، ص 388.

[2] راجع د/ نضال إسماعيل برهم، المرجع نفسه، ص 92.

الفصل الثاني

الفصل الثاني

تسوية منازعات العقد التجاري الإلكتروني ووسائل الإثبات المتعلقة به

بعد شيوع إستخدام تقنيات المعلومات والإتصالات في إنجاز الأعمال الإلكترونية وإبرام العقود وتنفيذها عبر شبكة الإنترنت اتجه التفكير إلى إستخدام نفس هذه التقنيات لتسوية ما قد ينشأ عن هذه الأعمال من منازعات، بمعنى أن إجرائتها تجري عبر شبكات الوسائل الإلكترونية، دون حاجة لتواجد الأطراف، وهذا الوضح الجديد يقتضي تطوير قانوني ملائم وموازي بحكم هذه العملية.

ولاشك أن المنازعات التي تنشأ عن العقد التجاري الإلكتروني تحتاج إلى وسائل لفظها تختلف عن الوسائل التقليدية، نظرًا لخصوصية هذا العقد وكونه يتم في بيئة إلكترونية وهو ما يدفعنا إلى البحث عن وسائل ، فعن منازعات والتوفيق والوساطة والبحث عن الطريق القضائية لتسوية تلك المنازعات مثل: القاضي الإفتراضي والمحكمة الإلكترونية والتحكيم الإلكتروني والتي قد نص عليها المشروع الجزائري في المادة (990) وما بعده من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

ا ومن جهة أخرى الطرّف لتسوية فعن منازعات العقد التجاري الإلكتروني، فإن مانات التي تؤكد للمستخدم أن ما وصلة من معلومة، إنما جاءته من هذا الموقع وما الذي يضمن له أيضا إن هذا الموقع حقيقي وموجود على الشبكة، فإن حل هذه المسألة تبعث إيجاد حلول تقنية أو وسائل ثبات لتوفر الأمن من إستخدام إحدى الوسائل التي تم ها للوصول للإستقرار في التعاملات ومن هذه الضمانات لدينا التوقيع الإلكتروني والكتابة الإلكترونية والسجل الإلكتروني والتوثيق ولهذا يكفل للأفراد الثقة والطمأنينة وإستقرار المعاملات الإلكتروني ولذلك إرتأينا إلى تقسيم هذا الفصل إلى مبحثين نتطرق في **المبحث الأول** إلى طرق تسوية المنازعات المتعلقة بالعقد التجاري الإلكتروني أما في **المبحث الثاني** فسنتطرق إلى وسائل الإثبات في العقد التجاري الإلكتروني.

المبحث الأول

طرق تسوية المنازعات المتعلقة بالعقد التجاري الإلكتروني

.ى التقدم الهائل في التكنولوجيا المعلومات والإتصلات إلى أن أصبح بللتكنولوجيا دورًا رئيسيًا لا غنى عنه في توفير طرق لتسوية المنازعات المتعلقة بهذا العقد، وهو ما دفع البعض إلى القول بأن التكنولوجيا هي الطرف الرابع في أي عملية لتسوية المنازعات المباشرة على الإنترنت، وطبقًا لدور التكنولوجيا في عملية تسوية المنازعات يمكن تقسيم هذه الطرق إلى مجموعتين المجموعة الأولى والتي تتمثل في الطرقالودية القائمة والتي تشمل المفاوضات والوساطة والإلكتروني والتحكيم الإلكتروني وهذا ما سنتطرق إليه من خلال تقسيم هذا المبحث إلى مطابين نتناول في المطلب الأول الطرق الودية لتسوية منازعات العقد التجاري الإلكتروني وفي المطلب الثاني إلى الطرق القضائية لتسوية منازعات العقد التجاري الإلكتروني.

المطلب الأول

الطرق الوّدية لتسوية منازعات العقد التجاري الإلكتروني

رغم أنه يفضل الكثيرون إستخدام الآليات التقليدية لحسم النزاع مثل: الوساطة، والمفاوضات، والتوفيق، بدلاً من اللجوء إلى المحاكم لما في الوسائل التقليدية من مرونة في الإجراءات وسرعة في الأداء، وعدم التقييد بإجراءات مرسومة، وإستغلال الوقت والحصول على حلول سريعة والتخفيف من القضايا المطروحة أمام المحاكم وهذا ما سنوضحه في هذا ب ولذلك عملنا على تقسيم هذا المطلب إلى ثلاثة فروع سنتناول في الفرع الأول المفاوضات الإلكترونية وفي الفرع الثاني الوساطة الإلكترونية وفي الفرع الثالث التوفيق الإلكتروني.

الفرع الأول

المفاوضات الإلكترونية

لاقت المفاوضات الإلكترونية المبتكر ومن قبل مراكز الوساطة والتحكيم الإلكتروني كوسيلة لفض المنازعات عند بعدما نجاحًا واسعا وإقبالًا هائلاً من قبل المتنازعين ولهذا إرتأينا في هذا أن نوضح معنى المفاوضات وأهميتها في المنازعات وكذا عناصره.

أولاً: التعريف:

تعددت التعريفات الخاصة بالتفاوض فهو: "بتبادل الإقتراحات والمسامات والمكاتبات والدراسات الفنية بل الإستشارات القانونية التي يتبادلها أطراف التفاوض يكون كل متهم على بينة من أفضل الأشكال القانونية التي تحقق مصلحة الأطراف وللتعرف على ما يسفر عنه الإتفاق من حقوق والتزامات لطرفيه".

"وهو التحاور والمناقشة وتبادل الأفكار والآراء والمساومة بالتفاعل بين الاطراف من جل الوصول إلى إتفاق حول مصلحة أو حلّ مشكلة ما"[1].

ونجد في هذا الصدد القانون الأمريكي للمعاملات التجارية الإلكترونية لسنة 1999 أجاز إجراء الإتفاقات والمفاوضات وإبرام العقود ونشوء الإلتزامات بطريقة إلكترونية حيث عرف في المادة (ح) فترة (ح) منها ماهية الأعمال التجارية الإلكترونية بأنها هي: "تلك الأعمال التجارية التي تدار أو تتم بكامل أو جزء منها بوسائل إلكترونية أو بالتسجيل لإلكترون وهذه الأعمال تهدف إلى إبرام العقود أو الوفاء بالإلتزامات الناشئة عن الصفقات التجارية" [2]، وهو ما يستفاد منه جواز إتمام المفاوضات بطريقة إلكترونية.

---

[1] أنظر: . أحمد عبد الكريم سلامة، قانون التحكيم التجاري الدولي والداخلي، تنظير وتطبيق مقارن، بدون ناشر، 2003، ص 62.

[2] Antomated transaction means : Atnasaction conuducted or erformed, in whole or in part by electronic means or electronici reviewed, in which the acts or records of one or both parties ore not

ثانيًا: أهمية المفاوضات في عقود التجارية الإلكترونية:

فالمفاوضات التي تتم عبر شبكة الإنترنت أو المجال الإلكتروني، تبرز ضرورتها من عدّة أوجه منها أن هذا العقد من العقود المبرمة عن بعد وهذا مما جعل المفاوضات تبقى عن البحث والتيقن من أصلية المتعاقدين كما يمكن التأكد من طبيعة محل التعاقد والضمانات التي يتم تقديمها لتحقيق الغاية من لتعاقد وطرق الوفاء بالإلتزامات، سواء تم التأكد من الجوانب الفنية الدقيقة من خلال عمليات الفحص إلى التجربة والإستعانة بأهل الخبرة في بعض الأحيان.

ومن أهمية المفاوضات الإلكترونية في العقود الإلكترونية وخاصة في العقود طويلة الأجل ذات الإستثمارات المالية الكبيرة والعقود المركبه، حيث قد يستغرق التفاوض على هذه العقود فترات زمنية طويلة مما يجعل ما تم الإتفاق عليه في مرحلة التفاوض مرتبطة إرتباطًا كبيرًا بالعقد النهائي.

ولذلك فإن المفاوضات الإلكترونية عبر شبكات الإتصال يجب أن يكون لها إعتبارات قانونية خاصة، حيث يذهب البعض إلى وجوب التأكيد على أنها جزء لا تجزء من العقد النهائي وإعتبارها شرطًا أساسيًا لإبرام التعاقد لا مجرد مرحلة سابقة تخضع لإجتهادات والتقلبات[1].

ثالثًا: الإلتزمات الناشئة عن التفاوض:

1)- الإلتزام بالتفاوض بحسن نية: أبقى المشروع مرحلة المفاوضات والإلتزمات ئة عنها بدون تنظيم، فهي خاضعة للإجتهاد الفقهي، فلا توجد نصوص خاصة بالمفاوضات، وقد إستقر الفقه على وجود التفاوض بحسن النية، مما يترتب على المفاوض

reviewed by on individual in the ordinary conrse in forming a contrart , section 2/2 uniform electronic tronsansaetiontct National Conference of commissioners on Uniform State laws-july 1399.

[1] أنظر: د خالد ممدوح إبراهيم، التحكيم الإلكتروني في عقود التجارة الدولية، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2008، ص 221.

قدرًا من النزاهة والثقة أثناء عملية التفاوض، والإمتناع عن كل ما يعيق المفاوضات أو يؤدي إلى إبطالها أو محاولة إفشالها بإستخدام الحيل أو المراوغة أو الإضرار بالضير.

2)- الإلتزام الإعلام: إعتبر الفقه الإلتزام بالإعلام إلتزام ببذل عناية، بحيث يلتزم المورد بتزويد العميل بكافة البينات والمعلومات وملحقات المنتج، والتي توضح حقيقة محل تعاقد وبيان طرق إستخدامة ومخاطر لتجنبها إلا أن المورد لا يكون ملزمًا لضمان النتيجة[1].

يعود ذلك لعدم إلزام العميل بإتباع البينات بطرق الإستعمال المرفقة مع المحل، أما المورد فيكون قد أوفى بإلتزامة من خلال القيام ببذل العناية التي تفرضها عليه طبيعة مهنته.

3)- الإلتزام بالنصح والإرشاد: فالشخص الملتزم بالنصح والإرشاد من خلال تحديد طبيعة الإلتزام بتقديم النصح والإرشاد، هو الشخص ذو الخبرة وتتوافر هذه الصفة في المحترف أيضًا لإيجاد توازن بين الخبرة المتوافرة لديه، وإرادة العميل الذي يريد الحصول على تعاقد يناسب إحتياجاته، كونه غير ملم بالمعلومات المتعلقة بمحل التعاقد ومدى ملائمة هذه المعلومات كي يتساوى الأطراف في العقد، كون العميل يكون في درجة أدنى من المنتج في معرفته بمهنته وإبرام عقد يتسم بالإلتزام.

ويقع عبئ الإلتزام بالإرشاد والنصح على عاشق الشخص المعترف وهذا ما أجمع عليه الفقه[2].

---

[1] انظر: د حسام الدين الأهواني، عقد البيع في القانون المدني الكويتي، منشورات جامعة الكويت، الكويت، 1989، ص 477.

[2] أنظر: أحمد محمود سعد، إرساء نظام قانوني لعقد الماورة المعلوماتي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1995، ص 127.

رابعًا: عناصر التفاوض:

بادل اطراف المفاوضات إرادتهم من خلال رسائل البيانات التي يتم تبادلها عبر الإنترنت التي تسمى بسميات لا حصر لها مثل: مذكرة تفاهم خطابات النوايا، ولابد لهذه الرسائل أن تتوفر فيها ثلاث خصائص رئيسية:

1)- بان الإحتاجات الأساسية: من قبل العميل إلى المدين بوضوح ودقة تامة يتمكن المين من الوصوا إلى الهدف الأساسي، والغاية التي يسعى لها العميل، ذلك كله يكون ضمن الأمور الإعتبارية والمؤلفة، أما في حالة خروج ذلك عن القواعد العامة فيتوجب على العميل بيان هذه الأمور ليتم التفاوض بناءًا عليها، لأنها ضرورة من ضروريات العقد.

2)- التفوض ن خلال صفحة البيانات: التي تكون ظاهرة على شاشة الحاسب والمتضمنة للشروط التي يرغب كل طرف توافرها في محل إلتزامه التحديد رغباته وأهدافه دقة، وتحديد السبل المقترحة لتحقيق الغاية الأساسية محل الإلتزام، وبخلاف ذلك فإن المدين (المورد) يتحمل المسؤولية المترتبة على عدم توضيح البيانات وأنه كان سيئ النية من قبل، إلا أن العميل لا يكون خارج نطاق المسؤولية، بل يتوجب عليه التقارب وبذل الجهود في الوصول لتحقيق غايته بتقدمة كافة البيانات الأساسية والضرورية.

3)- ، رسائل البيانات: المتضمنة عروض التفاوض التي يتم من خلالها التعاقد والتفاوض إلى حين الإنتهاء من إبرام العقد، وتظهر أهمية هذه الرسائل بالنسبة في العقد، من خلال تقديم أسلوب طرح سهل للجمهور، وتلقي عروض مختلفة بشأن العرض المطروح[1].

[1] أنظر: د هاني صلاح سري الدين، المفاوضات في العقود التجارية الدولية، دون طبعة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1998، ص 12-13.

الفرع الثاني

الوساطة

الوساطة كأحد الوسائل البديلة لتسوية المنازعات الإلكترونية تبرز أهميتها من خلال قيامها على إرادة طرفي النزاع الحرة في اللجوء إليها كوسيلة لفض المنازعات، إضافة إلى إعتبارها عملية تطوعية سواء عند الإتفاق على البدء فيها أم الإتفاق على الإستمرار.

أولاً: تعريف الوساطة:

الوساطة هي عبارة عن "عملية تطوعية يوافق طرفا النزاع من خلالها على العمل شخص محايد لحل النزاع القائم بينهما، مع منح كامل السلطة للمتنازعين في قبول لوساطة أو رفضها، مع إنصراف عمل الوسيط وبذل مجهودة صوب نقاط وإقتراح سبل الحل"[1].

❖ في حين عرفت الفقرة الثالثة من المادة الأولى من قانون الأنسترال النموذجي لعام (2002) للتوفيق التجاري الدولي الوساطة بأنها: "أي عملية سواء أشير إليها بتعبير أو تعبير أخر ذي مدلول مماثل، يطلب فيها الطرفان إلى شخص آخر أو أشخاص أخرين مساعدتها في سعيهما إلى التوصل إلى تسوية ودّية لنزاعهما الناشئ عن علاقة قانونية أخرى أو المتصل بتلك العلاقة، ولا يكون للموفق الصلاحية لرفض حل للنزاع على الطرفين".

[1] راجع: د خالد ممدوح إبراهيم، التحكيم الإلكتروني عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص 224.

ثانيًا: خصائص الوساطة الإلكترونية:

- تمتاز الوساطة الإلكترونية بمرونتها وعدم التقيد بإجراءات مرسومة إستغلال الوق صول على حلول سريعة والتخفيف من عدد القضايا التي تسجل أمام المحاكم[1].
- طة إجراءاتها ووضوح قواعدها حيث يمكن إستخدامها لتسوية عقود منازعات التجارة الدولية في مختلف الميادين والمجالات.
- إنها تتيح لطرفي النزاع حرية الإنسحاب واللجوء للتقاضي، حيث أن بإمكان أي منهما الإنسحاب في أي لحظة من متابعة عملية الوساطة.
- نها عملية ذات طابع سري.

ثالثًا: دور التقاضي الإلكتروني في مجال الوساطة:

من الثابت أن الإختصاص القاضئي في المنازعات الإلكترونية يكون أسهل مما هو في المنازعات التقليدية، وذلك بسبب أن الضابط الشخصي ضابط معنوي يتصل بالشخص فيكون هذا الضابط متحرك بحركة الشخص ومن ثم ليس له مرتكز مكاني ويمكن إدراكه بسهولة مما يجعل هذا الضابط أكثر ملائمة لطبيعة شبكة الأنترنت حيث أن الاخير لها وجود إفتراضي معنوي مما يجعل ضابط الجنسية صالح لتحديد الإختصاص في المنازعات التي تحصل على هذه الشبكة، إضافة إلى ذلك يمكن أن يعمل ضابط الإرادة وبنفس الآلية التي يعمل بها ضابط الجنسية، وذلك يمكن لأن ضابط الإرادة ومن خلاله يمكن الإستدلال بسهولة على المحكمة التي إختار الأطراف الخضوع لها بإرادتهم، وهذا الخضوع يمكن أن يكون خضوعًا صريحًا أو ضمنيًا، وتبقى تعمل في محيط المنازعة التقليدية على خلاف

[1] أنظر: فراس كريم شعال، الوساطة في المنازعات الإلكترونية، بحث منشورة الموقع: www.uobabylar.eduilq. تاريخ الزيادة 20016/04/25 على الساعة: 23:17

المنازعات القائمة على القائمة على ضابط شخصي، فإن لها صلاحية الحل لمثل تلك المنازعات سواءا كان موضوع المعاملة علاقة تجارية أو مدنية[1].

رابعًا: الشروط الواجب توافرها في الشخص الوسيط:

يحرص غالبية الهيئات الدولية في التسوية السلمية في منازعات التجارة الدولية في النص على مجموعة الشروط معينة لابد من توافرها في الشخص الوسيط الذي يتولى إدارة أعمال الوساطة، ويمكن إجمال أهم هذه الشروط على النحو التالي:

1)- ن يكون مؤهلاً قانونيًا من الناحية الأكاديـ ـة والعلمية، على نحو يمكنه على تسير عملية الوساطة وتحقيق الغاية الموجودة فيها بكفاءة وقدرة عالية.

2)- النزاهة والإستقلالية: وقد أكدت هذا الشرط العديد من القوانين المنظمة لعملية الوساطة كالمادة السابقة من قواعد الوساطة الصادرة عن المنظمة الدولية للملكية الفكرية، نجد أن الفقرة (ب) من المادة الثانية من قانون الوساطة الاردني أشترطت في وسطاء الخصوصيين الذين يتم إختيارهم من قبل وزير العدل ن يكونو من القضاة والمحامين والمهنين المشهود لهم بالحيدّ والنزاهة[2].

فضلاً على أن الفقرة الرابعة من المادة الخامسة من قانون الأونسترال النموذجي للتوفيق التجاري الدولي أكدت على ضرورة مراعاة أن يكون الوسيط عند إختيارة للعمل كموفق منتميًا بجنسية إلى دولة مختلفة عند دولة أو دول جنسية أطراف النزاع وذلك لضمان تحقيق شرط الحيّاد والنزاهة والإستقلال[3].

3)- الق على التعمق: وهي سمة ثمينة تنشأ الثقة وتبنى العلاقة وتعمل على توحيد الأداء بين طرفي النزاع فحسب وإنما يتعين عليه أن يصل إلى شعورهم، بغية التوصل

---

(1) راجع فراس كريم شعال، المرجع نفسه.

(2) www.squaretrade.com/cut/jsp/med/mediators. ، 21:10.

(3) أنظر: الفقرة ب من المادة الثانية من قانون الوساطة الأردني هامش 1.

إلى حلّ وسط يقبله الطرفين وبدون ميزّة التعمق لا يمكن أن تتوافر لدى الوسيط الرغبة الصادقة لفهم النزاع .

4)- إرادة الفهم: تنشأ الميزة وتبرهن من خلال الإستماع إلى طرفي النزاع وتوجيه العديد ن الأسئلة ذات الصلة بالنزاع إليهم، حيث أن توجيه العديد من الأسئلة إلى طرفي النزاع والإستماع إلى إجاباتهم عليها يعتبر إجراءًا قويا "لفهم النزاع، وحصر نطاق الخلاف الجوهرية بين الأطراف المتنازعة".

5)- ة على تحديد مصدر النزاع وسببه: إن القاعدة الأساسية لنجاح أي وساطة، تتمثل بمراعاة الوسيط في الفصل في الاشياء التي لها علاقة بالنزاع مقارنة بالأشياء التي ليست لها معنى، وصولاً إلى تحديد السبب الرئيس في النزاع ومحاولة تسوية من خلال تذكير طرفي النزاع (بأن الماضي قد إنتهى وأن المستقبل كفيل بمحو كل منشأ بينهما من خلاف).

6)- السّرية: إنطلاقا من صيانة خصوصية المتنازعين فإنه يتعين على الوسيط المحافظة على سّرية الوساطة وما تم من خلالها من تبادل الوثائق والطلبات سرًا، ما تم يسمح له طرفا النزاع صراحة بالنشر، أو أن يقوم بذلك تنفيذًا للقانون.

7)- الشفافية: إلى جانب ما تقدم من شروط التي يتعين توافرها في الوسيط حتى يكون صالحًا في النظر بالوساطة هناك شرط أخر يلخص كامل الشروط وهو شرط الشفافية وما ينطوي عليه من وضوح في الشخص الوسيط وقيادته لعملية الوساطة مع توضيحه لهذه المراحل جميعًا حتى الرسوم، المصاريف، النفقات، والصعوبات التي واجهها[1].

الفرع الثالث

التوفيق

يعرف التوفيق بأنه: "عبارة عن عملية إجرائية لحسم النزاعات التجارية الإلكترونية بحيث يقوم أطراف النزاع بالإستعانة بشخص من الغير أز لجنة لمساعدتهم بطريقة محايدة

[1] راجع الموقع الإلكتروني: www.squaretrade.com/cat/jsp/mediators

ومستقلة وبدون فرض أي رأي أو قرار ملزم في الوصول إلى تسوية ودّية للنزاع القائم بينهم سواء أكان هذا النزاع نشاءًا عن عقد، إتفاق مشروع أو أي علاقة قانونية أخرى، وهذه العملية في محتواها تختلف من حالة إلى أخرى، رغم صدور قانون نموذجي عن لجنة الأمم المتحدة ون التجاري الدولي بهدف تنسيق القواعد القانونية الوطنية التي تحكم التوفيق وصولاً للتسوية الملائمة وفق كل حالة على حدّة" [1].

وجدير بالذكر أن بعض مراكز ومؤسسات التحكيم الخاصة والعامة تعرض إقتراحات التوفيق، وهذه المراكز بطبيعة الحال تحترم خصوصية عملية التوفيق باهظة، كما أن أي موفق يتم تعينه من الممكن أن يقوم بدور يتجاوز مجرد تقريب وجهات النظر بين الأطراف المتنازعة، إذ أنه يمكن الإتفاق بين الأطراف المتنازعة على أن يقوم الموفق بعرض حلول للنزاع يتخيروا من بينها، أو أن يقوم هو بإقتراح حلّ يقره الأطراف المتنازعة ويتفقوا عليها، إلا أن ليس له بطبيعة الحال إقتراح التسوية الحال أو الحكم ملزم، فذلك مما يتجاوز مهمة الموفق.

يث إن إجراء عملية التوفيق قد يقتضي من أطراف النزاع الإتفاق على جملة قواعد إجرائية، تسهل عملية أو مهمة التوفيق من الشخص في إنجاز هذه المهمة[2].

المطلب الثاني

الطرق القضائية للتسوية منازعات العقد التجاري الإلكتروني

تكمن مشكلة منازعات عقود التجارة الإلكترونية ، ها تتم في الغالب بين أطراف تختلف جنسياتهم وأماكن إقامتهم أو مكان الجهة التي تديره كما أن الطرق القضائية لتسوية منازعات هذه العقود أيضا لا تكون محددة الوضوح وحتى في حالة الإتفاق بين المتعاقدين ي العقد التجاري الإلكتروني ثار مجموعة من المشاكل ونظرًا للتزايد المستمر في حجم

---

[1] راجع: د خالد ممدوح إبراهيم التحكيم الإلكتروني في عقود التجارية الدولية، المرجع السابق، ص 222-223.

[2] أنظر: حسن محمود مجمد عبد الحفيظ، النظام القانوني لمشاريع البنية الأساسية ذات التمويل الخاص، رسالة دكتوراة، حقوق القاهرة، 2006، ص 636.

ارة الإلكترونية زاد من حجم معدل المنازعات الناجمة عنه، فنظرًا لتلك المشاكل والمنازعات استدعى الامر للبحث عن وسائل لتسويتها بطريقة إلكترونية تتماشى مع طبيعة تلك المعاملات من حيث السرعة، لذلك ظهر مشروع القاضي الإلكتروني، والمحكمة الإلكترونية فظهر أيضا التحكيم الإلكتروني أو ما يطلق عليه التحكيم الشبكي، وهذا ما تطرق إليه من خلال تقسيم هذا المطلب إلى فرعين، نتناول في الفرع الأول مشروع القضاء الإلكتروني وسنتناول في الفرع الثاني التحكيم الإلكتروني.

الفرع الأول

مشروع القضاء الإلكتروني

إن الهدف الرئيسي من مشروع القضاء الإلكتروني هو إعفاء حلول سريعة ومحايدة للمنازعات المتعلقة بعقود التجارية الإلكترونية وهذا يمكن عن طريق مشروع القاضي الإفتراضي والتي يجب أن يكون خبرة قانونية أو مشروع المحكمة الإلكترونية التي تقوم بإصدار الأحكام وهذا في إطار تسهيلات لأطراف النزاع في هذا العقد.

أولاً: القاضي الإفتراضي:

يعتبر عبر الإنترنت لتسوية منازعات التجارية الإلكترونية بإستخدام شبكة الإنترنت، قد أطلق المشروع في مارس 1996م كمشروع تجريبي للتحكيم عبر الإنترنت بهدف حل المنازعات الناشئة بين مستخدمي الإنترنت، وهؤلاء الذين تضرروا من الرسائل أو الملفات مشروعة، والقائمين على تشغيل الأنظمة المختلفة إلى حدّ توجيه الشكاوي أو المطالبات بالتعويض ضد مشغلي الأنظمة.

ومشروع القاضي الإفتراضي لا تكرة تم إرساء دعائمها في مارس 1996 من قبل أساتذة بجامعة فيلانوفا وفي عام 1999م إنتقلت المسؤولية عن المشروع إلى كلية للحقوق بمعهد إيلين وي للتكنولوجيا، ودّعم هذا النظام جمعية المحكمين الأمريكيين.

والهدف الرئيسي لهذا المشروع إعطاء حلول سريعة ومحايدة للمنازعات المتعلقة بالأنترنت عن طريق وسيط معتمد من المركز تكون له خبرة قانونية في التحكيم والقوانين

الناظمة للتجارة الإلكترونية وعقودها وقانون الإنترنت ومنازعات العلامات التجارية والملكية الفكرية وغيرها من المواضيع المتعلقة بهذه التجارة[1].

ونظام القاضي الإفتراضي يختص فقط بالنظر في المنازعات الناشئة عن إستخدام الشبكات المعلوماتية أو بينهم وبين القائمين على إدارة الشبكات أو التي يطلب من خلالها مستخدمين جبر الضرر الذي لحقه نتيجة رسائل أو معلومات لا تستوفي الشكل القانوني.

ويم تعيين المحكم وفقا لنظام القاضي الإفتراضي بواسطة جمعية التحكيم الإلكترونية من بين قائمة معدة سلفًا وتشمل الأشخاص المؤهلين للعمل كمحكمين في هذا المجال وقد تتكون محكمة التحكيم المنعقدة وفقًا للنظام القاضي الإفتراضي من محكم واحد أو من ثلاث محكمين، ففي كلتا الحالتين فإن المحكمين غالبًا ما يملكون خبرة التي تمكنهم من الإحافة بمشكلات التي تقلق بالبيئة الإلكترونية[2].

ثانيًا: المحكمة الإلكترونية:

نشأت هذه المحكمة بكلية الحقوق بجامعة منتريال بكندا في سبتمبر 1996م، تحت رعاية (مركز أبحاث القانون العام) وقدم هذا المشروع خدمات التحكيم الإلكتروني مستخدما تطبيقات البرمجيات وتقنيات التشفير التي حققت الأمان والسّرية في تنفيذ الإجراءات، وقد استوحت القواعد الإجرائية من تلك المعمول بها التحكيم التجاري الدولي مثل لجنة الأونسترال وغرفة التجارة الدولية، وإدخال التعديلات عنها مما تقضيه طبيعة القنوات الإلكترونية وقد كانت سهولة الإستخدام والشفافية من أهم المبادئ التي إعتنقتها محكمة الإنترنت.

والهدف من إنشاء المحكمة الإلكترونية هو وضع نظام لتجنب وحلّ المنازعات التي تنشأ عند إستخدام الفضاء المعلوماتي، وذلك من أجل تقديم خدمات التحكيم عبر قنوات

---

(1) Tilman Vincent , Arbitrage et nouvelles technologies, Alternative cyber disputere solution , Aevue, 1999,n2,p 52.

(2) أنظر: د سامح عبد الباقي أبو صالح، التحكيم التجاري الإلكتروني، دون طبعة، دار النهضة العربية، 2004، ص 55.

ووسائط إلكترونية، ووضع قواعد السلوك لتستجيب لطبيعة التجارة الإلكترونية وتكفل سلامة بياناتها من ناحية وتسوية منازعاتها بموجب نظام يكفل سلامة مصداقية الإجراءات الإلكترونية من ناحية أخرى[1].

ا لنظام هذه المحكمة تتم كافة الإجراءات إلكترونيًا على موقع المحكمة الإلكترونية بدايتًا من طلب التسوية، ومورًا بالإجراءات وإنتهائنًا بإصرار الحكم وتسجيله على الموقع الإلكتروني للمحكمة، وهو في ذلك يختلف عن نظام التقاضي الإلكتروني، حيث نجد أن جزء واحد فقط من هذه الإجراءات تتم في إطار إلكتروني، وتختص المحكمة الإلكترونية بالنظر في المنازعات المتعلقة بالتجارة الإلكترونية أو بالمنافسة أو بحقوق المؤلف أو بالعلامات التجارية أو بحرية التعبير أو بالحياة الخاصة، فهي تختص فقط بالنظر بالمنازعات المتعلقة بإستخدام تكنولوجيا المعلومات والإتصالات في مجال التبادل الإلكتروني للمعلومات.

وينطبق نظام المحكمة سواء بالنسبة للتحكيم الإلكتروني أو الوساطة الإلكترونية على القطاعات الأعمال الإلكترونية والتجارة الإلكترونية.

تتميز هذه المحكمة بتقديم خدمات لتسوية المنازعات باللغتين الإنجليزية والفرنسية، ، لوجودها في مقاطعة ذات طبيعة لغوية مخططًا من هاتين اللغتين، مما يؤدي إلى توحيد القواعد القانونية بين أنظمة ذات ثقافات قانونية متباينة فيما يتعلق بالتجارة الإلكترونية وسبل فعن النزاعات المتعلقة بها.

ولم تغفل هذه المحكمة بذّل عناية خاصة فيما يتعلق بالمنازعات التي يكون أحد أطرافها من المستهلكين، فهي تجتهد من أجل تفسير العقد محل النزاع لصالح المستهلك، الواجب التطبيق هو قانون المستهلك، وذلك من خلال معلومات تكميلية وأدلة إثبات[2].

---

[1] راجع: د خالد ممدوح إبراهيم، التحكيم الإلكتروني في العقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص 264-265.

[2] راجع: د خالد ممدوح إبراهيم، التحكيم الإلكتروني في عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص 266-267.

ثالثًا: القانون الواجب التطبيق والمحكمة المختصة في المنازعات:

ترتبط مشكلة تنازع القوانين وجودًا وعدمًا علاقة ذات طابع دولي من عدمه، فلا أثر هذه المشكلة في حالة وجود علاقة داخلية حيث تخضع هذه العلاقة للقانون الداخلي .ي ينظمها وبالتالي تعتبر وجود سألة العقد التجاري الإلكتروني بإعتباره مسألة أولية وأساسية لتنازع القوانين وتحديد القانون الواجب التطبيق على هذا العقد والمحكمة المختصة في النظر بهذا الأمر[1].

إن مسألة تحديد القانون الواجب التطبيق على العقود التجارة الإلكترونية تعد مشكلة مهمة في ظل عدم وجود مستندات ورقية، فضلاً عن إنتقال العملية عبر الحدود الإقليمية للدول وتنوع جنسيات أطراف العلاقة التعاقدية.

قام الفقه القانوني بمناقشة مسألة القانونية الواجب التطبيق بالنسبة لعقود الإستهلاك الإلكترونية، التي تتم عبر الشبكة وانتهى في هذا العدد إلى خضوع تلك العقود لقانون الإدارة[2].

بمعنى أن تخضع عقود البيع الدولية للقانون الذي تحدده إرادة الأطراف المتعاقدة وهذه القاعدة هي الأصل الذي تقرره النظرية العامة في تنازع القوانين في العقود الدولية، كما أن هذا المبدأ أخذت به التشريعات الوطنية، وجاء النص عليه في الإتفاقيات الدولية[3].

ومن هذه التشريعات وطنية التي جاء النص فيها على مبدأ سلطات الإرادة في مجال العقود الدولية القانون المدني المصري والذي تنص المادة (19) منه في فقرتها الأولى على أنه: "يسري على الإلتزا ات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد بها المواطن المشترك

---

(1) أنظر: د هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على العقود التجارة الدولية، دون طبعة، منشأة المعارف، 1995، ص 576.

(2) ظر: د عبد الفتاح بيومي حجازي، النظام القانوني لحماية الحكومة الإلكترونية، دون طبعة، دار الفكر الجامعي، 2003، ص 414.

(3) من هذه الإتفاقيات الدولية التي أقرت قانون الإدارة بإعتباره القانون الواجب التطبيق على العقود الدولية، إتفاقية لاهاي 1978، وكذا روما سنة 1980، وإتفاقية فينا 1980.

للمتعاقدين إذا إتحد مواطنًا، فإن إختلفا موطنًا يسري قانون الدولة التي تم فيها العقد هذا ما م يتفق المتعاقدان".

وبذلك قضت إتفاقية روما سنة 1980 جود تطبيق القانون الذي إنصرفت إليه إدارة المتعاقدين المعبر عنها تعبيراً واضحًا في العقد، وهذا ما أكده القانون التجارة الموحد على نقس حق الإرادة.

وفي حال ما إذا غاب إتفاق المتعاقدين الصريح أو الضمني عن تحديد قانون العقد، ذهبت إتفاقية روما في مادتها الثانية إلى تطبيق قانون دولة البائع (المزود) في علاقات العمل المتبادلة، وتطبيق قانون دولة المشتري (المستهلك) في علاقة البائع والمستهلك، وذلك إذا كان نزاع بين متعاقدين في دولتين تدخلان في الإتحاد، إذا كان أحد القوانين المتنازعة الأكثر صلة بموضوع النزاع، وهو نفس الإتجاه الذي ذهب إليه القانون الموحد لمعاملات المعلومات الحاسوبية وتحديدها للمكان الأكثر صلة بالنزاع بأنه مكان الإقامة المعتاد للشخص الذي يقع عليه تنفيذ الإلتزام الجوهري في العقد، وبذلك نجد إستنادهما إلى المرتكزات المكانية للعقد، والتي تشير إليها قواعد الإسناد التقليدية في إخضاع العقد لقانون دولة مكان إرتباط العقد بها إرتباطًا وثيقًا مثل مكان إبرام العقد، أو مكان تنفيذه، أو قانون دولة المكان الذي يوجد فيه موطن المدين في الإلتزام الرئيسي بالعقد[1].

وقد أكدت المادة (5/2) فيما يتعلق بقانون الإرادة وقررت إستبعاده إن كان من شأن تطبيقه حرمان المستهلك من الحماية القانونية العادية المقررة له في قانون الدولة التي بها موطنه العادي وذلك متى كان إبرام العقد قد سبقه في هذه الدولة التي يقيم فيها تقديم عرض و إعلان أو كان المتعاقد الأضر أو ممثلة قد تلقى طلب المستهلك في الدولة المذكورة، أو كان الأمر يتعلق بعقد بيع بضائع حيث ذهب المستهلك إلى دولة أجنبية وأتم

[1] أنظر: د محمد إبراهيم أبو الهيجاء، عقود التجارة الإلكترونية، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2005، ص 115-116.

فيها الطلب طالما كانت المرحلة قد نظمها البائع من أجل إغراء المستهلك بإبرام ذلك العقد[1].

ستتفاقم مشكلة تحديد القانون الواجب التطبيق إذا كان أحد فريقي العقد أو كليهما ينتميان لدولة لا يعرف قانونها بمستخرجات الحاسب الآلي، وبالتالي عدم الإعتراف بالعقد ي الإلكتروني، حيث إن غالبية الدول لا تمنح الحجية لهذه المستخرجات، وما سيؤدي من إهدار للحقوق، عندما يفاجئ المتعاقدان بأن القانون الذي إتفقا على حكم العقد بموجبه لا يعرف بالمستندات غير القائمة على مرتكزات ورقية عرفية موفقًا عليها.

وهو ما دفع بعض المنظمات لإصدار توصيات تنادي بضرورة إضفاء الحماية القانونية للعلاقات التجارية الإلكترونية، وتفتقد هذه الإصدارات بأية قواعد قانونية تحكمها فهي عبارة عن مجموعة من التوصيات والمواثيق، مع عدم توقع صدور أي تشريع دولي في المدى القريب وإنخراط كافة الدول ي التجارة الإلكترونية خصوصًا فيما يتعلق بالإختصاص القاضي الدولي والقانون الواجب التطبيق[2].

الفرع الثاني

المحكمة المختصة في المنازعات

يمكن القول أن غالبية الأنظمة القانونية في إختصاص محاكمها في النزاع المعروض عليها وجود علاقة، أو صلة تربط بين هذا العقد المعروض على محاكمها، كأن يجري إبرام العقد أو أن يكون أحد أطراف هذا العقد مقيمًا على إقليم الدولة أو يحمل جنسيتها وكل هذا معلق على شرط خاص في العقد الذي يحدد المحكمة المختصة بالنظر في لنزاع.

إن القواعد التي تحكم الإختصاص القاضي الدولي بالنسبة لعقود التجارة الدولي هي:

---

[1] راجع: في شرح إحكام إتفاقية روما المؤرخة في 19 جوان 1980، في شأن العقود الدولية، الموجودة على الموقع: http://Lexinter.net/UE/convention-de-rome.ntm.101

[2] راجع: د محمد إبراهيم أبو الهيجاء، المرجع السابق، ص 117.

1) محكمة موطن أو محل إقامة المدعي عليه.
2) المحكمة التي إتفق الأطراف على اللجوء إليها.
3) إختصاص محكمة محل إبرام أو تنفيذ العقد[1].

الحالة الأولى: إختصاص محكمة موطن أو محل إقامة المدعي عليه يرى البعض أنه في حالة إبرام عقد دولي بواسطة شبكة الإنترنت سواء كان هذا العقد متعلقًا بتقديم خدمة أو سلعة ما ليس هناك ما يدعو للخروج عن القواعد العامة في الإختصاص الدولي للمحاكم، حيث يمكن رفع الدعوى أمام محكمة موطن، أو محل إقامة المدعي عليه إستنادًا إلى نص المادة (29) من قانون المواصفات المصري رقم (13) لسنة 1968 التي تنص على تصاص حاكم الجمهور بنظر الدعوى التي ترفع على الأجنبي الذي له موطن أو محل إقامة في الجمهورية، وذلك فيما عدا الدعوى العقارية المتعلقة بعقار واحد في الخارج[2].

الحالة الثانية: إختصاص محكم محل إبرام أو تنفيذ العقد:

تنص المادة (2/30) نون المرافقات المصري على أن تختص محاكم الجمهورية بالنظر في الدعوى التي ترفع على الأجنبي الذي ليس له مواطن، أو محل إقامة في الجمهورية.

وبالنسبة للعقود المبرمة بوسيلة إلكترونية ينعقد العقد عند علم الموجب بالقبول، أي أن زمن إنعقاد العقود هو زمن علم الموجب بإعتباره المكان الذي يتحقق فيه تلاقي التعبير القبول بالتعبير عن هذا الإيجاب، فإنه يتعين الرجوع إلى هذا المكان لتحديد الإختصاص القاضي في الحالات التي يتحدد فيها هذا الإختصاص بالمكان الذي نشأ فيه الإلتزام[3].

---

(1) نظر: د عبد الفتاح بيومي حجازي، التجارة الإلكترونية في البقانون العربي النموذجي لمكافحة جرائم الكمبيوتر والإنترنت، دون طبعة، دار الكتب القانونية، 2007، ص 324.

(2) أنظر: أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص النوعي، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002، ص 70.

(3) راجع: د أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص النوعين المرجع السابق، ص 32.

بناءًا على ما سبق فإنه يمكن إخضاع العقود الإلكترونية لمحكمة الطرف الموجب المحكمة التي يتواجد فيها الطرف المصل للإيجاب وذلك عندما يصل هذا القبول إلى علمة، غير أنه يمكن أتختص المحاكم في دولة تنفيذ الإلتزمات التعاقدية بصرف النظر عن رام العقد ويرجع في تحديد معنى تنفيذ الإلتزمات التعاقدية إلى قانون القاضي مسترشدًا بنة الأطراف ونية العقد.

تشور المشكلة أمام محاكم الدول التي لا يوجد بها تشريعات تتعلق بتنظيم أحكام التجارة الإلكترونية، ويدخل من ضمن هذه الدول جمهورية مصر العربية، والجزائر ، كذلك تشور الصعوبة في حالة طرح النزاع أمام محكمة دولة ليس لها تشريع ينظم التوقيع الإلكتروني، وما إذا كان القضاء يمتد بمخرجات الحاسب الآلي كدليل في الإثبات[1].

الحالة الثالثة: إختصاص المحكمة المتفق اللجوء إليها:

تنص المادة (32) من قانون المصري على أن تختص محاكم الجمهورية بالفصل في الدعوى ولو لم تكن داخلة في إختصاصها طبقًا للمواد السابقة إذ أقبل ولايتها صراحة، أو ضمنًا.

به معظم التشريعات المقارنة إلى إمكانية إتفاق الأطراف على تحديد المحكمة المختصة سواء فيما يتعلق بالأحوال الشخصية، مثل التشريع الفرنسي في المادة (41) مرافقات، وإتفاقية بروكسل لعام 1961، في المواد (17-18).

يشترط لصحة إتفاق المتعاقدين، أو الأشخاص على تحديد المحكمة المختصة بنظر النزاع توافر عدة شروط هي:

1)أن لا يكون الإتفاق منطويًا على غش.

2) ن يكون هناك مصلحة ، شروعة للطرف لجعل الإختصاص لمحكمة معينة بالذات.

[1] تجدر الإشارة إلى أنه يوجد مشروع قانون لمعاملات التجارة الإلكترونية في مصر، أما في الجزائر فإنه يجري التفكير لسن تشريع ينظم هذه المعاملات.

3)ضرورة توافر رابطة جدّية بين النزاع، والمحكمة التي إتفق على تقرير الإختصاص لها.

4)يجوز أن يكون الإتفاق على تحديد محكمة بالذات صريحًا أو ضمنيًا، ويجوز أن يكون هذا الإتفاق سابقًا على نشوء النزاع، أو بعد نشوء هذا النزاع.

ومن شأن الإتفاق على الإختصاص في العقود التي تبرم عبر شبكة الإنترنت، فإنه ار الطرف الأخر للإتفاق على الإختصاص، فإنه يلزم التنبيه عليه بأن يوقع ًا على إعلان يوضح فيه قبوله شروط الإختصاص القاضي، وهذا يمكن عمليًا بطباعته من صفحة الإنترنت[1].

الفرع الثالث

التحكيم الإلكتروني

يعتبر التحكيم أمر إستثنائي فلا يجوز لطرفي العقد الإلكتروني التمسك به إلا بإتفاق صريح بينهما على اللجوء إليه، ويعتبر من الوسائل الفردية لتسوية منازعات العقود التجارية الإلكترونية، وأيضًا وبغنى عن البيان أن إنجاز العقود الدولية عبر شبكة الإنترنت التي تفترض إختراعها هو الأمر الذي جعل التحكيم الإلكتروني مجالاً خصبًا لتنازع الإختصاص القاضي وهذا ما سنتناوله في هذا النوع من بيان ماهية التحكيم الإلكتروني والقانون الواجب التطبيق عليه.

أولاً: تعريف التحكيم:

التحكيم هو تصرف قانوني مستقل يتخذ شكل إتفاق مكتوب، ويحدد فيه الطرفان موضوع النزاع، وأسماء المحكمين، ومكان إجراءات التحكيم، وقد يحدد وكذلك القانون الذي يطبقه المحكمون، وهو أمر جائز، إذا كان القانون المعيين أجنبيًا، شرط عدم تعارضه في أحكامه مع النظام العام الوطني[2].

---

[1] راجع: لزهر بن سعيد، المرجع السابق، ص 225-226.

[2] أنظر: د غسان رباح، الوجيز في العقد التجاري الدولي، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، 2008، ص 231.

وقد عرفت المحكمة الدستورية العليا المصرية التحكيم بأنه: "عرض لنزاع معين بين طرفين على محكم من الأغيار يعيين بإختيارهما بتعويض منهما، على ضوء شرط يحددانها ليفصل هذا المحكم في ذلك النزاع بقرار يكون نائبًا عن الشبهة مجردًا من التحامل، طعًا لدابر الخصومة في جوانبها، التي أحالها الطرفان إليه، بعد أن يدلي كل منهما لوجهة نظره تفصيلاً من خلال ضمانات التقاضي الرئيسي" [1].

ومن تعريفات الفقه العربي بأنه: نظام قضائي خاص تقضي فيه خصومة معينة عن القضاء العادي ويعهد فيها إلى محكمين للفصل فيها.

ومن تعريفات الفقه الأجنبي من عرف التحكيم بأنه: أحاله النزاع أو الخلاف القائم شخصين على الأقل من أجل حسمه بعد سماع أطراف النزاع بوسيلة قضائية، وذلك بواسطة شخص أو أشخاص ليسوا من قضاة محاكم الدولية[2].

ريف مصطلح التحكيم الإلكتروني يجب أن ننظر إليه من خلال تقسيم هذا التعبير إلى مقطعيين:

المقطع الأول وهو التحكيم بمعناه التقليدي وهو يعني إتفاق على طرح النزاع على شخص معين أو أشخاص معيين بتسوية خارج المحكمة المختصة، أما المقطع الثاني فهو إلكتروني، ويعني الإعتماد على تقنيات تحتوي على ما هو كهربائي أو رقمي أو مغناطيسي أو لا سلكي أو بصري أو غيرها من الوسائل المشابهة.

ومن التشريعات الوطنية التي وضعت تعريف محدد لمصطلح إلكتروني القانون لكندي، حيث ع ، المشروع في قانون التجارة الإلكترونية الموحد في المادة (1/أ) من الجزء الأول بأنه مصطلح إلكترونيا "يقصد به ملية لإنشاء أو تسجيل أو نقل أو تخزين في

---

[1] الدعوى الدستورية رقم (13) لسنة 15 قضائية، جلسة 1994/12/17، الجريدة الرسمية- العدد2 بتاريخ 12- يناير- 1995، وحكمها بتاريخ 3- يوليو 1993.

[2] راجع: د خالد ممدوح إبراهيم، التحكيم الإلكتروني عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص 12-13.

صيغة رقمية أو أي صيغة أخرى غير ملموسة بواسطة وسائل إلكترونية، أو بأية وسائل أخرى مشابهة لديها القدرة على إنشاء أو التسجيل أو النقل أو التخزين إلكترونيًا"[1].

ونلاحظ أن القانون الكندي قد أعطى للتعبير إلكترونيًا تعريفًا موسعًا وغير محدود بوصف تكنولوجي معين والمثال على ذلك أن الصور الرقمية المعتمدة على التخزين البصري على الرغم من أنها فنيًا لا تعتبر إلكترونيًا ولكن وفقا لهذا التعريف تعتبر إلكترونيًا وتدخل في نطاق تطبيق هذا القانون، كما أن هذا التعريف الموسع يفتح المجال أمام أية وسائل أخرى للدخول في المفهوم إلكترونيًا[2].

وبالتالي يمكن تعريف التحكيم الإلكتروني بأنه: "التحكيم الذي تتم إجراءاته عبر شبكة الإتصالات الدولية بطريقة سمعية وبصرية ودون الحاجة إلى التواجد المادي لأطراف النزاع والمحكمين في مكان معين".

و يعرف بأنه: " يختلف تعريف التحكيم الإلكتروني عن التحكيم التقليدي إلا من خلال الوسيلة التي تتم بها إجراءات التحكيم في العالم الإفتراضي، فلا وجود لمورق، والكتابة التقليدية، أو الحضور المادي لأشخاص في هذا التحكيم، حتى الأحكام فقد يحصل عليها الأطراف موقعه وجاهزة بطريقة إلكترونية"[3].

ثانيًا: الطبيعة القانونية للتحكيم الإلكتروني:

إن إرتكاز التحكيم على الإتفاق (العقد) في مصدره وإنتهائه بقرار يشبه إلى حد كبير الحكم القاضي أدى إلى إختلاف الفقه حول طبيعته القانونية وهذا على النحو التالي:

1)- الطبيعة التعاقدية للتحكيم:

اختلف الفقه والقضاء حول تحديد الطبيعة القانونية للتحكيم، فإعتبر البعض التحكيم عقدًا رضائيًا ملزمًا للجانبين، وقد استند هذا الإتجاه إلى أنه طالما أن نظام التحكيم يقوم

---

[1] اصدر المشرع في كندا قانوزن التجارة الإلكترونية الموحد عام 1999 وهو يتكون من (25) مادة مقسمة إلى أجزاء.

[2] عرف الإلكتروني في اللغة العربية بأنه: "دقيقة ذات شحنة كهربائية سالبة وشحنتها هي الجزء الذي لا يتجزا من الكهربائية"

[3] راجع: محمد أمين الرومي، المرجع السابق، ص 91.

على مبدأ سلطات الإرادة، فإن لأطراف الإتفاق على التحكيم وذلك بهدف تحقيق مبادئ العدالة والعادات التجارية وإتباع إجراءات سريعة وأقل رسمية من إجراءات المحاكم.

فا ن التحكيم هو الذي يؤدي إلى إخراج النزاع من سلطات القضاء وإسناده إلى حكم خاص، ويعين في ذلك الوقت القواعد الإجرائية الواجب إتباعها والقانون الواجب تطبيقه ، ولذلك فإن القرار إليه المحكم هو محصلة لتطبيق الشروط التي تفق عليها الطرفان، ولذلك يكتسب التحكم الصفة التعاقدية

2) الطبيعة القضائية للتحكيم:

يرى أنصار هذا الإتجاه أن التحكيم هو قضاء إجباري ملزم للخصوم حتى ولو اتفقوا عليه أو أن التملص منه لا يجدي وأنه محل قضاء الدولة الإجباري، وإن المحكم لا يعمل بإرادة الخصوم مما يجعل الصفة القضائية هي التي تغلب على التحكم، كما أن حكم المحكم هو عمل قضائي شأنه شأن العمل القضائي الصاد ِ من السلطة القضائية، هذا بالإضافة إلى أن كل من المحكم والقاضي يحل النزاع بحكم يحوز حجية الأمر المقضي فيه[1].

ثالثًا: مميزات التحكيم التجاري الإلكتروني:

يعتبر كيم وسيلة من وسائل فض المنازعات الخاصة بالتجارة الدولية فإن للتحكيم الإلكتروني مجموعة من المزايا أهمها:

1) توفير نفقات الصفر بالنسبة لأطراف التحكيم والشهود والخبراء.

2) السرعة في إصدار حكم التحكيم، وذلك لسهولة وسرعة تقديم الأوراق، والمستندات المطلوبة، وذلك باللجوء إلى استخدام البريد الإلكتروني بدل البريد التقليدي الذي يحتاج إلى وقت أطول بكثير، حيث قامت بعض المؤسسات بإنشاء محكمة التحكيم الإلكتروني بجامعة (مونتريال) بكندا[2].

---

[1] أنظر: د/ أحمد أبو الوفا، التحكيم الإختياري والإجباري، دون طبعة، منشأة دار المعارف، الإسكندرية، 1979، ص 152، 153.

[2] راجع: د/ فاروق محمد أحمد الأباصري، المرجع السابق، ص 31.

3) عدم الإشتراط في المحكم الذي يعين للفصل في النزاع أن يكون من القانونيين، ذلك لأن المنازعات الناشئة في هذا المجال غالبا ما ترتبط بأمور تقنية بالغة الدقة يصعب على أهل القانون فهم تفاصيلها.

4) يعتبر التحكيم الإلكتروني هو الأكثر ملائمة من غيره لتحقيق العدالة في منازعات التجارة اللإلكترونية خاصة، وأن القوانين الوطنية تبدو غير مواكبة لهذا النوع المستحدث من المنازعات.

5) إن استخدام الوسائل الفنية في إدارة التحكيم الإلكتروني من شأنها أن تجعل الوصول إلى المعلومات، والبيانات الخاصة بالتجارة الإلكترونية، والنزاعات ذات العلاقة أمرا شبه مستحيل، وتقضي على حالات الإهمال المادي لتؤدي إلى الكشف عن مضمون بعض الأحكام الخاصة بالنزاع[1].

رابعًا: معوقات التحكيم التجاري الإلكتروني:

على الرغم من المزايا المتعدد للتحكيم الإلكتروني إلا أنه توجد بعض المشكلات والمعوقات التي تعترض التحكيم الإلكتروني تتمثل في الآتي:

1)- الأهلية:

إشترطت سائر أنظمة وتشريعات التحكيم وجوب توافر الأهلية القانونية في كل من فريقي النزاع والمحكمين، وبالطبع فإن مسألة بحث الأهلية بالنسبة للمحكمين لا ضرورة لها إذ تتم العملية التحكيمية عمومًا عن طريق الإنترنت بواسطة مراكز تحرص على الدقة، ويبقى مجال الحديث والبحث في الأهلية القانونية لطرفي النزاع، وعلى فرض عدم توافر الأهلية فإننا نكون بصدد إتفاق تحكيم باطل لنقص أو إنعدام أهلية أحد اطراف النزاع عند توقيع ما يترتب عليه من بطلان لحكم يلزم الطرف الذي ينوي الإتفاق لإحالة نزاعة

[1] أنظر: د/ بلال عبد المطلب بدوي، التحكيم الإلكتروني كوسيلة منازعات التجارة الإلكترونية، دون طبعة، دار النهضة العربية، 2006، ص 222.

بالكشف عن عمرة والإفصاح عن هويته، على أنه إذا أغفل ذلك لا يسمح له بالمضي في الإتفاقية مما يضفي نوع المصداقية أمام طرفي النزاع[1].

2)- ضمان سرية العملية التحكيمية:

حيث إنها من أحد الشروط الجوهرية فلقد عملت مراكز التحكيم الإلكتروني على صيانة ذلك بتضمينها نصوصًا تحفظ سرية أية معلومة تتعلق بالنزاع لتؤكد على كل من طلع عليها تعهده بعدم نشر ما اطلع عليه، ولكن المشكلة تتمكن في الإختراق من المتطفلين، والمخربين الذين يقومون بسرقة أرقام بطاقات ئتمان أو بطاقات الدفع الإلكتروني[2].

خامسًا: مخاطر اللجوء للتحكيم الإلكتروني:

مع الأهمية لهذه المميزات التي تميز التحكيم الإلكتروني عن القضاء العادي والتحكيم التقليدي، إلا أن فيه المخاطر والإنتقادات المصاحبة له، ومن هذه الأخطار:

1)المعوقات التقنية، فالتحكيم بإعتباره عملية رسمية لفض المنازعات يثير العديد من المخاوف عن تطبيقه، وقد يرجع السبب في ذلك إلى العوائق الفنية بالأخص في مجال ، التقاضي المتخصصة بدرجة توافق الأنظمة، وإختلاف الأمان والسرية في الإتصالات الإلكترونية، وتدول الوثائق، وصحة البيانات والتوثيق، وهذه من الأمور التي بق تقدم التحكيم الإلكتروني إختراق السرية قبل القراصنة أو المخربين وهو ما يهدد ضمان سرية العملية التحكيمية.

2)عدم مواكبة النظم القانونية الحالية للتطور السريع الحاصل في مجال العقود التجارية الإلكترونية، حيث إن غالبية هذه النظم لا تشرع هذه المعاملات في قوانينها، أضف إلى ذلك جمود القواعد القانونية المتعلقة بإجراءات التقاضي والتحكيم التقليدي من الإعتراف بإجراء

---

[1] راجع: د عصام عبد الفتاح مطر، التحكيم الإلكتروني المرجع السابق، ص 56-57.

[2] أنظر: د عصام عبد الفتاح مطر، التجارة الإلكترونية في التشريعات العربية والتشريعات الأجنبية، دون طبعة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2000، ص 300.

التحكيم بوسائل إلكترونية، وعدم تعديل التشريع الموجود للإعتراف بأحكام التحكيم الإلكتروني[1].

3)عدم تطبيق المحكم للقواعد الأمرة: يخشى الطرف الضعيف في العقد من اللجوء إلى التحكيم بصفة عامة والتحكيم الإلكتروني بصفة خاصة، وذلك بسبب الخشية من عدم تطبيق لقواعد الأمرة والمنصوص عليها في القانون الوطني الخاص به، خاصة إذا كان هذا الطرف تهلكًا مما يترتب عليه بطلان حكم التحكيم وعدم إمكانية تطبيقه وتنفيذه على أرض الواقع[2].

4) ر إنكار العدالة: وأساس هذا الخطر هو الخشية والخوف من أن يؤدي إتفاق الأطراف على خضوع جميع المنازعات التي تحدث بينهم إلى التحكيم إلى إنكار العدالة، وذلك خاصة وأنه يتم حرمان الشخص من اللجوء إلى القضاء الوطني دون ضمان أن يتم حل النزاع من خلال الطرف غير القضائية.

5) لال بحقوق الدفاع: ويقوم هذا الخطر على سند من أن التقاضي أو التحكيم إلكتروني يلغي روح القانون، كما يلغي حقوق الدفاع في كثير من الأحيان بتقليص الفرص المطلوبة في أن يستفيد من الدفوع الإجرائية والموضوعية التي هي أساس مهنة المحاماة، ما يلغي حقه في الإستفادة من المشاعر الإنسانية التي بطبعها العفو والتسامح والظروف المخففة[3].

سادسًا: إجراءات التحكيم الإلكتروني:

لا تجري خصومة التحكيم في فراغ زماني أو مكاني، فهي لا بد أن تنطلق من مرتكز وموقع جغرافي محدد تنعقد فيه هيئة التحكيم وتباشر مهمتها، ويطلق على هذا لمرتكز النطاق المكاني للتحكيم.

---

[1] راجع: د خالد ممدوح إبراهيم، التحكيم الإلكتروني في عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص 253-254.

[2] أنظر: د عصام عبد الفتاح مطر، التحكيم الإلكتروني، دون طبعة، دار الجامعة الجديدة الإسكندرية، 2009، ص 60.

[3] راجع: د عصام عبد الفتاح مطر، التحكيم الإلكتروني، المرجع السابق، ص 62.

ولما كان تحديد المكان بذاته غير كاف لضبط بدء وسير إجراءات التحكيم، بحيث تكون هي نقطة الأساس التي تحسب منها المدة الإتفاقية أو القانونية التي يعبر عنه بالنطاق الزمان للتحكيم.

وحيث إن إجراء التحكيمي يمر بمرحلتين هما مرحلة نشوء النزاع وبدء الخصومة ومرحلة إصدار حكم النزاع.

أ)- النطاق المكاني لإجراءات التحكيم:

بإستقراء النصوص وتشريعات التحكيم الوطنية والدولية نستخلص أنه قد تم ترك إختيار مكان التحكيم لطرفي النزاع دون تمييز بين العلاقات التي تتركز عناصرها في الداخل، العلاقات التي تتركز عناصر في الخارج، وإذا لم يوجد إتفاق بين الطرفين على مكان التحكيم تتولى هيئة التحكيم ذاتها تعيين المكان.

وفيما يتعلق بالتحكيم الإلكتروني يقرر البعض بأن هناك صعوبة لتحديد مكان التحكيم، وأنها مسألة يتم حلها بالرجوع إلى مكان الذي يوجد فيه المحكم ما يعني تطبيق قانون مكان المحكم، ومن ثم فإن تحديد مكان هذا النوع من التحكيم ليس بذي أهمية كبيرة، بالنظر أن مختلف جوانبيه تتم عبر مجتمع إفتراضي يعلو مجتمع الدول، وله قواعده وأحكامه الخاصة ولا تحده حدود جغرافية ولا يلزم لإتمامه تأشيرة مرور، مجال مخالفة القواعد الإجرائية للخصوصية لحضور الخصوم وإعلانهم وإستجوابهم وتبادل المستندات والمذكرات، وتمكين كل طرف من الدفاع عن نفسه يبدو محدود للغاية[1].

ب)- النطاق الزماني لإجراءات التحكيم:

يعد تحديد وقت بدء إجراءات التحكيم أمرًا مهمًا سواء من ناحية بدايات التحكيم أو الذي تعتبر قد رفعت فيه الدعوى بالنزاع أمام هيئة التحكيم، وذلك بتقديم المدعي طلب التحكيم إلى تلك الهيئة، هنا يتعين على هذه الأخيرة إخطار المطلوب التحكيم ضل في

---

[1] أنظر: أسامة إدريس عبد الله، التحكيم الإلكتروني بحث منشور بموقع: www.iefpedia.com /arabs/ uploade 04 /2010 نقل على الساعة 8:30 بتاريخ 2016/04/24.

ضون مدّة محددة من ذلك الوقت، كما يتعين على الطرف المطلوب التحكيم ضده الرّ د على طلب الطرف الأول خلال مدّة معينة.

ومن ناحية إجراءات التحكيم، فإن تحديد التحكيم، فإن تحديد وقت بدء الإجراءات يبدو مهمًا في ضرورة إتخاذ إجراء معين، أو إتمامه خلال سير خصومة التحكيم، ويبدو وحساب مدنه مكن تاريخ بدء إجراءات التحكيم لتسليم المستندات وبتبادل المذكرات أو غلق باب المرافقة أو إبداع دفع من الدفوع.

ومن ناحية نهاية إجراءات التحكيم، فإن تحديد وقت بدء الإجراءات يبدو حاسمًا في ماب المدّة التي يتعين في غضونها إصدار حكم التحكيم أو الأمر بإنهاء إجراءات التحكيم.

وفي التحكيم الإلكتروني فإنه وفقًا لبرامج تحكيم المحكمة الإفتراضية، فإن إجراءات التحكيم تبدأ من اللحظة التي يتم فيها نعين محكم مختص لنظر النزاع، حيث يقوم المحكم بمباشرة مهامه وذلك بالإتصال لطلب أي معلومات إضافية تتعلق بموضوع النزاع، ويجب على هيئة التحكيم سواء كانت محك واحد أو ثلاثة محكمين في حالات خاصة أن تفضل في موضوع النزاع خلال (72) ساعة أي ثلاثة أيام عمل تبدأ من تاريخ تلقي المركز لرّد المدعي عليه وادعات المدعي، ويجوز للمحكم تمديد هذه المدّة في حالة الأعطال في الشبكة مدة أخرى، أو بناءًا على طلب الأطراف[1].

سابعًا القانون الواجب التطبيق على إتفاق التحكيم الإلكتروني:

مع مراعاة النصوص الوطنية ونصوص الإتفاقيات الدولية المتعلقة بالنظام العام، فإن لأطراف إتفاق التحكيم كل الحرية في تحديد القانون الواجب التطبيق على المنازعات التي تنشأ بينهم، كما يمكنهم تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع التحكيم، ونبحث هذين الأمريين بالتعاقب فيما يلي:

[1] راجع: أسامة إدريس عبد الله، المرجع السابق، ص 13.

1)- القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم الإلكتروني:

يتمتع الأطراف في هذا الصدد بحرية كاملة بحيث يمكنهم إختيار القانون الذي يحكم تلك الإجراءات في إتفاق التحكيم، كما يمكنهم الخضوع للوائح إحدى هيئات التحكيم، يمكنهم أخيرًا تعيين قانون وطني بإعتبار القانون الواجب التطبيق، وفي هذا الصدد أوردت إتفاقية نيويورك الموقعة سنة 1998م والخاصة بتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية والإعتراف بها كقاعدة تنازع غير مباشرة[1]، في المادة (5/1/5) التي نصت على أنه لا يجوز رفض الإعتراف، وتنفيذ الحكم بناءًا على طرف الخصم الذي يحتج عليه بالحكم، إلا إذا قدم هذا الخصم للسلطة المختصة في البلد المطلوب إليها الإ تراف والتنفيذ، الدليل على أن تشكيل هيئة التحكيم يخالف ما إتفق عليه الأطراف، أو تخالف قانون البلد الذي تم فيه التحكيم في حالة عدم الإتفاق[2].

ذا يتعين على الأطراف الراغبين في إجراء التحكيم الإلكتروني مراعاة أن القانون، أو لائحة التحكيم التي تم إختيارها للتطبيق تسمح بمثل هذا النوع من التحكيم.

2)- القانون الواجب التطبيق على موضوع التحكيم الإلكتروني:

يتمتع أطراف إتفاق التحيم بنفس الحرية فيما يتعلق بتحديد القانون الواجب التطبيق على الموضوع الإتفاق، حيث تأكد ذلك المادة (17-1) من لائحة غرفة التجارة الدولية المعدّلة والسارية إعتبارًا من يناير سنة 1988م والتي تقرر أن: أن الأطراف أحرار في إختيار قواعد القانون التي يجب على المحكمة التحكيمية تطبيقها على موضوع النزاع.

والحل السابق تقرره إتفاقية جنيف سنة 1927م، والإتفاقية الأوربية للتحكيم التجاري الدولي الموقعة سنة 1961م في المادة (7-1) منها، وكذلك القانون النموذجي للجنة الأمم

---

[1] راجع: نصوص هذه الإتفاقية باللغة الفرنسية في: JCDI.arbitrage commerual interntional,textés-1994,tax 588

[2] راجع: د خالد ممدوح إبراهيم، التحكيم الإلكتروني في عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص 314-315.

المتحدة للقانون التجاري الدولي بشأن التحكيم التجاري الدولي الصادر سنة 1985م في المادة (28-1) منه[1].

جب أن لا يغرب عن ذهننا أن مصطلح قواعد القانون الواردة في تلك النصوص لا تعني فقط القانون الوطني لأية دولة، ولكنه تعني كذلك كل القواعد التي ليت ذات أصل تشريعي وطني، وبصفة خاصة قواعد قانون التجاري الدولي.

المطلب الثالث

الإختصاص القاضي لتسوية المنازعات المتعلقة بالعقد التجاري الإلكتروني

لإختصاص القضائي السلطة الممنوحة لجهة معين للفصل في صومات، والمنازعات وفقًا لأحكام القانون بإتباع إجراءات خاصة تتخذ أشكالاً معينة، ويقوم بها الخصوم والقضاء وأعوانه، وينقسم الإختصاص القضائي إلى إختصاص نوعي شملها القانون (08-09) المؤرخ في 25- فبراير-2008 والمتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية من المادة 32-36 والآخر محلي أو إقليمي جاء النص من خلال هذا المطلب عن طريق تقسيمه إلى فرعين نخصص في الفرع الأول الجهة القضائية المختصة بحل منازعات العقد التجار إلكتروني الوطني أما الفرع الثاني فسنتطرق إلى الجهة القضائية المختصة لحل منازعات العقد التجاري الإلكتروني الدولي.

الفرع الأول

الجهة القضائية المختصة كل منازعات العقد التجاري الإلكتروني الوطني

ن كل دولة حدد الضوابط والأسس الخاصة بتحرير الاختصاص القضائي اكمتها في ميدان القانون الدولي الخاص، وتنطبق من محاكمها هذه القواعد إلى جانب الضوابط التي يمكن أن تلتزم بها الدولة من خلال المعاهدات و الاتفاقيات الدولية و تعمل

[1] راجع: د خالد ممدوح إبراهيم، التحكيم الإلكتروني في عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص 316.

لى تحديد هذه الضوابط وفقا لاعتـ إت شخصية مثل اختصاصها بناءا على موطن أو جنسية أو محل إقامة الأطراف يحدد هذا الاختصاص الهيئات المخول لها القيام بذلك في القانون الجزائري قانون الإجراءات المدنية والإدارية رقم (08-09) المؤرخ في 25-02-2008.

أولا: الاختصاص النوعي

إن المعنى الاختصاص النوعي إذا حاولنا تحديده فيمكن القول بأنه: " سلطة جهة قضائية معنية للفصل دون سواها في دعاوي معينة، أي يتم تحديد الاختصاص النوعي بالنظر إلى موضوع الدعوى بالنظر إلى موضوع الدعوى وطبيعة النزاع، والمبدأ العام أن القواعد الاختصاص النوعي متعلقة بالنظام العام أي لا يجوز الاتفاق على مخالفاتها، ويثيرها القاضي من تلقاء نفسه وفي أي مرحلة من مراحل الدعاوى".

يقوم النظام القانوني لبعض الدول فرنسا مثلا على أساس وجود نوعين من المحاكم المدنية والتجارية فتعتبر المحاكم المدنية صاحبة الاختصاص العام بحث تقوم بالفصل في جميع الدعاوى التي لم يجعله المشرع من اختصاص محاكم أخرى، بينما يعتبر اختصاص المحاكم التجارية هو اختصاص مهني محدد لا تختص به إلا في المنازعات التي حددتها المادة (631) من القانون التجاري الخاصة بالأعمال التجارية بين جميع الأشخاص.

أما في الدول العربية ومنها: الجزائر، مصر، الأردن لا توجد فيها مثل هذه المحاكم جدها تأخذ بوحدة الاختصاص القضائي حيث يختص نوع واحد من المحاكم بالنظر في المنازعات المدنية و التجارية على حد سواء وهذا ما جاء النص عليه في المادة(32-2) من قانون **الإجراءات المدنية والإدارية:** تفصل المحكمة في جميع القضايا لا سيما المدنية والتجارية.... " كما جرى العمل على تشكيل غرف أو دوائر للنظر في الدعاوى التجارية

ك ضمن محاكم الابتدائية والمجالس القضائية ومحاكم الاستئناف مثل ما نجده في الجزائر وإنشاء هذه الدوائر لا علاقة له بقواعد الاختصاص النوعي[1].

ثانيا: الاختصاص الإقليمي

المقصود بالاختصاص الإقليمي هو ولاية الجهة القضائية بالنظر في الدعاوى فوعة أمامها، حيث تقضي القواعد العامة في هذا الاختصاص بالإقامة الدعوى أما محكمة موطن المدعى عليه، بينما المعاملات التجارية يجوز للمدعى عليه في الخيار في إحدى المحاكم الثلاث.

1) محكمة موطن المدعى عليه

يعتبر المكان الذي يباشر فيه الشخص تجارته موطنا بالنسبة للأعمال المتعلقة بهذه التجارة إلى جانب موطنه الأصلي حسب المادة 37 من القانون المدني الجزائري والمادة 37 من القانون 08-09 وإذا كان المدعى عليه يباشر التجارة في فروع متعددة جاز للمدعي رفع الدعوى للمحكمة التي تقع في دائرتها الفرع الذي يتصل به النزاع وهناك استثناءات أورد نصي المادة 39-40 ن القانون الإجراءات المدنية و الإدارية منها.

ترفع الدعاوى المتعلقة بالشكاوى بالنسبة بالمنازعات الشركات أمام المحكمة التي يقع في اختصاصها المركز الرئيسي للشركة.

ترفع الدعاوى العقارية أو الدعاوى الأشغال المتعلقة بالعقار أو دعاوى الإجراءات المتعلقة بالعقارات وأن تكون تجارية أمام المحكمة التي تقع العقار في دائرة اختصاصها.[2]

[1] أنظر د/ حورية لشهب، النظام القانوني للعقود التجارية مجلة العلوم الإنسانية، العدد 12، جامعة محمد خيضر ، بسكرة ، 2007، ص 226-227

[2] أنظر د/ مولود ديدان، مدونة التنظيم القانوني والقضائي والإجراءات المدنية والإدارية الطبعة الأولى دار بلقيس للنشر الجزائر ، 2008 ، ص65-66

2) محكمة إبرام العقد أو التسليم البضاعة

يشترط الاختصاص هنا أن يكون الاتفاق أو التسليم الفعلي قد حصل على دائرة المحكمة ويشترط أن يكون قد تم فعلا " جمعية أو جزء منه" فلا يكفي أن يكون متفقا على حصول التنفيذ في دائرتها وفقا للمادة 39-4 ن القانون الإجراءات المدنية و الإدارية.

3- محكمة المحل المختار هو المكان الذي تم الاتفاق بين الطرفين على التقاضي فيه وهو ما نصت عليه المادة 46 من القانون 08-09 السالف الذكر وما يقال عن الاختصاص النوعي العقد التجاري الالكتروني من الغياب التشريع لتستطيع قوله عن الاختصاص الإقليمي، وبذلك يستوجب الأمر الرجوع إلى القواعد العامة للعقود التجارية.

الفرع الثاني

الجهة القضائية المختصة بحل منازعات العقد التجاري الإلكتروني الدولي.

ن المشاكل التي يثيرها العقد التجاري الإلكتروني في حالة نشوب نزاعات المتعلقة بتحديد المحكمة المختصة بتسوية هذه المنازعات مما أدى جانب من الاختصاص القضائي في القوانين الداخلية والاتفاقيات الدولية لتحديد المحكمة المختصة لتسوية هذه النزاعات كما أجريت بعض التعديلات على اتفاقين (لوجانو وبروكسل) لكي تستجيب لتسوية المنازعات المتعلقة بالعقد التجاري الإلكتروني[1].

أولا: موقف القضاء من اختصاص بالنظر منازعات العقد التجاري الإلكتروني

اختلف مسلك القضاء وفي تحديد اختصاصه بالنظر في المنازعات المتعلقة بالعقد التجاري الإلكتروني بين من يرى عدم اختصاصه في هذه المنازعات وبين من يرى اختصاصه بالنظر في هذه المنازعات عند توفر شروط أو روابط معنية من هذه الروابط:

[1] رجع د/ حورية لشهب، المرجع السابق، ص 227-228

1- قاد الاختصاص القضائي للمحكمة الوطنية للنظر في المنازعات المتعلقة في العقد التجاري الإلكتروني إذ كان في استطاعة كل من يقيم على إقليم الدولة الولوج إلى الموقع.

2- تندت بعد المحاكم لتحديد اختصاصها بالنظر في هذه المنازعات جيل العنوان الإلكتروني للشركة في الإدارة المختصة الواقعة في دوائر اختصاص المحكمة المطروح عليها النزاع.

ثانيا: موقف المشرع الجزائري

نص المشرع الجزائري في المادتين (41-42 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية باختصاص محاكم الجزائرية دون غيرها، حصول رفع دعوى على أجنبي مقيم أو غير مقيم في الجزائر أمام المحكمة الجزائرية وهذا تطبيقا للمادة 41 من هذا القانون كما يجوز رفع الدعوى على المواطن الجزائري أمام الجهات القضائية الجزائرية وفقا للمادة 42 هذا القانون تبين من خلال ما سبق ان المشرع الجزائري قد أقر الاختصاص للمحاكم الجزائرية بكل الأحوال التي يكون فيها أحد أطراف النزاع جزائري وذلك حماية له.[1]

هذا بالنسبة للعقود التجارية التقليدية أما العقد التجاري الإلكتروني فنجد المشرع الجزائري دائما غائبا مما يستوجب الرجوع إلى القواعد العامة وقد تعرض الاتجاه الذي يرى إمكانية اللجوء إلى المحاكم التقليدية إلى العديد من الانتقادات.

ومن ضمنها صعوبة تحديد موطن المدعى عليه الذي جرى التعامل معه كما تثور مشكلة أمام محاكم الدول التي لا يوجد بها تشريعات تتعلق بتنظيم أحكام التجارة مثل: الجزائر وكذلك تثور الصعوبة في حالة عدم وجود تشريع في محاكم الدول التي لا يوجد بها

[1] أنظر سائح سنقوقة، قانون الإجراءات المدنية الطبعة الأولى ، دار الهدى الجزائر ، 2001، ص 23.

تنظيم قانوني للتوقيع الإلكتروني ومدى اعتداد المشرع الوطني بمستخرجات الحاسب الآلي كدليل في الإثبات[1].

المبحث الثاني

وسائل الإثبات في العقد التجاري الإلكتروني

لقد سمح مبدأ التعاقد و رضائية العقود بتسهيل عملية إبرام التعريفات القانونية على الأفراد، غير أنه حمل في طياته سلبيات كثيرة بكيفية إثبات هذه التصرفات القانونية عند نشوب أي نزاع بشأن تحديد مضمونها أو وجودها الأمر الذي أدى إلى نشوب خلافات بين الأنظمة القانونية حول تحديد موقفها من إثبات هذه التصرفات فمنها، مبدأ الإثبات الحر، وأخرى تبنت مبدأ الإثبات المقيد، والذي أخذ به المشرع الجزائري في شأن التصرفات القانونية المدنية خاصة إذ زادت قيمتها عن (100.000 دينار هو وجوب إثباتها عن طريق الكتابة أما التصرفات في المواد التجارية فقد أخضعتها لمبدأ حرية الإثبات.

حيث إن التصرفات و المعاملات التي تتم بين الأطراف تتسم بقدر كبير من الأمان والثقة، ويرجع ذلك كتابة هذه التعاملات في مستندات يمكن الرجوع إليها في أي وقت ولم يفتقر الأمر على كتابة المستند وإنما يتم توقيعه من ذوي الشأن بما يضمن ما ورد بمضمون المستند والالتزام به فحماية المستند الإلكتروني من حيث المضمون و التوقيع يكلف للأفراد الثقة ، والطمأنينة واستقرار المعاملات الإلكترونية كما يؤدي إلى أن يصبح هذا المستند دليلا للإثبات مساويا للمستند الورقي.

وحتى ينتج الإثبات الإلكتروني ثماره فلا بد للدول أن تعترف في تشريعاتها بحجية الكتابة، والتوقيع الإلكترونيين في إثبات التعاملات الإلكترونية ولهذا قسمنا هذا المبحث إلى مطلبين تناولنا في **المطلب الأول** الكتابة والتوقيع الإلكترونيين وفي **المطلب الثاني** السجل والتوثيق الإلكتروني.

[1] راجع محمد أمين الرومي، النظام القانوني للتحكيم الإلكتروني الطبعة الأولى دار الفكر الجامعي، مصر 2006، ص88

المطلب الأول

الكتابة و التوقيع الإلكترونيين

تلعب الكتابة دورا في إثبات التصرفات القانونية التي يقيد بها في الإثبات حيث إما ان تكون في صورة محرر رسمي موظف رسمي، وقد يكون في صورة محرر عرفي لا يحرره موظف رسمي ، واختيار الكتابة كوسيلة إثبات ليس اختيارات حكيما بل يستند إلى أمر منطقي يقوم على تقديم أعلى درجات الأمان ومع ظهور المعاملات عن طريق تقنيات لاتصال الحديثة أخذ هذا النوع من الإثبات بفرض نفسه بالقوة ظل ازدهار التجارة الإلكترونية

ولا تعتبر الكتابة دليلا كاملا في الإثبات إلا إذا كانت ممحور بالتوقيع، والذي يعتبر بمثابة عنصر الثاني من عناصر الدليل الكتابي المعد أصلا للإثبات وهو الذي ينسب الورقة إلى من وقعها حتى ولو كانت مكتوبة بخط غيره، وبالرغم من انتشار تقنيات الاتصال الحديثة إلا أن التوقيع الإلكتروني يعتبر من أهم المشكلات التي تقف حجر كثرة أمام مثل هذا النوع وذلك بهدف حل المشكلات القانونية التي بدأت تفرض نفسها بقوة في الإثبات ولهذا فقد عملنا على تقسيم هذا المطلب إلى فرعين حيث تناولنا الكتابة الإلكترونية كفرع أول والتوقيع الإلكتروني كفرع ثان.

الفرع الأول

الكتابة الإلكترونية

ي الكتابة الإلكترونية على رأس وسائل إثبات التصرفات القانونية ويرجع ذلك لسهولة حفظها وبالتالي إمكان الرجوع إليها في حالة نشوب نزاع بين طرفي العلاقة التعاقدية ومعنى هذا أن الكتابة هي وسيلة إعداد دليل لإثبات الاتفاق و الرضائية بين الطرفين ويمكن مادية كمخرجات الحاسب الآلي من أسطوانات وغيرها، متى مكن التحقيق من مضمونها ومحتواها ولذلك سوف نتطرق إلى تعريفها وشروطها وحجيتها في الإثبات.

أولا: تعريف الكتابة الإلكترونية

لم يشمل تعريف الكتابة إلا بعد اعتماده الكتابة الإلكترونية كوسيلة إثبات ولعل إغفال المشرع لهذه المسألة يعود لكون الكتابة أمر مألوف ومعروف لدى العام و الخاص[1].

ث أن الكتابة عموما تعني:" أية رموز تعبر عن الفكر والقول دون اشتراط استنادها لوسيط معين، فقد يكون ، أو حجر أو خشب أو جلد أو أي وسيط أخر قادر على نقل رموزها كما يمكن أن تتم بأية وسيلة وبأية لغة سواء كانت محلية أو أجنبية، أو نى بالرموز المختصرة مادامت مفهومة من الطرفين كما قد تكون بخط الموقع على الورقة أو بخط غيره"[2].

نت اتفاقية فيينا هذا الاتجاه حيث نصت في مادتها (13 على أن : "يشمل مصطلح كتابة في حكم هذه الاتفاقية الرسائل والبرقية و التلكس" وهو أيضا نفس اتجاهات اتفاقية نيويورك بشأن التقادم في البيوع الدولية للبضائع لسنة 1972 م.

حيث نصت المادة 09 : مصطلح الكتابة ينصرف أيضا إلى المراسلات الموجهة في شكل برقية أو تلكس وما نلاحظه في هذه النصوص هو عدم اهتمامها بشكل ونوع الوسيط الحامل للبيانات.

فالعبرة في قدرته على الاحتفاظ بما دون علين للاعتراف له بالقيمة القانونية وهو ما أكدته المادة 06 من قانون الأونيسترال النموذجي بنصها: "عندما يشترط القانون أن تكون المعلومات مكتوبة تستوفي رسالة البيانات ذلك الشرط إذ تيسر الإطلاع على البانات الواردة فيها على نحو يتيح استخدامها بالرجوع إليها لاحقا".

[1] أنظر علي فيلالي، الالتزامات النظرية العامة للعقد دون طبعة، دار هومة للنشر الجزائر، 2008، ص 294

[2] أنظر لملوم كريم، الإثبات في معاملات التجارة الإلكترونية بين التشريعات الوطنية والدولية مذكرة لنيل درجة الماجستير ي القانون كلية الحقوق ، جامعة مولود معمري تيزي وزو 2011، ص 26

ا نص المشرع المصري في المشروع التمهيدي للقانون المدني، أن تكون الكتابة لفظ ينصرف إلى أوسع معانيه، فهو يشمل كل ما يحرر دون اشتراط شكل ما أو وجود توقيع[1].

غير أن القانون المدني الفرنسي وفقا لأخر تعديلاته كان واضحا في تحديد معنى كتابة حيث نصت المادة 316 منه:" إن معينة الكتابة يشمل كل تدوين للحروف أو العلامات والأرقام أو أية إشارة ذات دلالة تعبيرية واضحة ومفهومة أيا كانت الدعامة التي تستخدم في إنشائها أو الوسيط الذي تنتقل عبره.

إذا هذا المعنى ينصرف إلى كتابة التقليدية و الإلكترونية كونه لم يفقر بين أنواع الدعامات التي تتم عليها الكتابة المهم هو أن تكون الكتابة واضحة المفهوم وكفاءة التقنية المستخدمة لذلك[2]

كما نجد القانون اللبناني في أصول المحاكمات المبدعة كان أكثر القوانين وضوحا في تحديد معنى الكتابة عندما نص في المادة 142 مكرر منه انه الكتابة: " تسلسل أحرف الركائز والوسائل المستخدمة كسند لها أو لنقلها"[3]

واكب المشرع الجزائري من مجال الإثبات هذا التطور وعرف الكتابة الإلكترونية في المادة 323 مكرر[4] ها:" ينتج الإثبات بالكتابة تسلسل حروف أو

[1] أنظر حمودي ناصر ، النظام القانوني لعقد البيع الدولي الإلكتروني المبرم عبر الإنترنت، رسالة لنيل شهادة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2009، ص 235

[2] La preuve littérale ou preuve parécrit résulte d'une suite de lettrées de caractères chiffres ou de signe ou symboles dotes d'une signification intelligible quels que soit leur support et leurs modifications de transmission loi N° 2000 -230 du 13-03-2000

[3] راجع حمودي ناصر، المرجع السابق، ص 238

[4] أمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 يتضمن التقنين المدني الجزائري المعدل و المتمم بموجب القانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 جوان 2005، الجريدة الرسمية العدد 44، 2005

صاف أو أرقام وأية علامات أو رموز ذات معنى مفهوم مهما كانت الوسيلة التي تتضمنها وكذا طرق إرسالها"[1]

فالمقصود بالكتابة الشكل الإلكتروني حسب هذا النص ذلك لتسلسل في الحروف أو الأوصاف أو الأرقام أو أية علاوة أو رموز ذات معنى مفهوم المكتوبة على دعامة إلكترونية ومهما كانت طرق إرسالها مثل: تلك المعلومات والبيانات التي تحتويها الأقراص الصلبة أو المرنة، أو تلك التي يتم كتابتها بواسطة الكمبيوتر وإرسالها أو نشرها على شبكة الإنترنت.

أما الكتابة الموجودة على المحرر الإلكتروني فهي على شكل معادلات خوارزمية تنفذ من خلال عمليات إدخال البيانات وإخراجها من خلال شاشة الحاسب والتي تتم من خلال تغذية الجهاز بهذه المعلومات عن طريق وحدات الإدخال والتي تتبلور في لوحة فاتيح أو استرجاع المعلومات المخزنة في وحدة المعالجة المركزية، وبعد الفراغ من المعالجة يتم كتابتها على أجهزة الإخراج (شاشة الحاسب، طباعتها على الطابعة، الأقراص مغنطة أو أي وسيلة تخزين البيانات)[2]

ثانيا : شروط الكتابة الإلكترونية

من خلال التعارف السابقة للكتابة بنوعيتها نستنتج الشروط الواجب توافرها في كتابة وذلك حتى يعتد بها في الإثبات لذلك سنتناول مختلف هذه الشروط من خلال النقاط التالية:

1- أن تكون الكتابة مقروءة

يجب أن تكون الكتابة المدونة على المستند المراد الاحتجاج به مفهومة ولا يعيب المحرر الإلكتروني أنه لا يمكن قراءته إلا عبر الإلكتروني ومساعدته، هذا بالنسبة إلى

---

[1] تجدر الإشارة إلى أن المشرع الجزائري استعمل في تعريف الكتابة عبارة" أيا كانت الوسيلة التي تتضمنها" و الصحيح هو " كانت الدعامة التي تتضمنها " حسب الترجمة الفرنسية للنص:" quels que soient leur supports" واستعمل كذلك مصطلح الكتابة في الشكل الإلكتروني وليس الكتابة الإلكترونية، كون انه شكل الكتابة هو الذي يعتبر وليس طبيعتها راجع حول ذلك لملوم كريم المرجع السابق، ص 35

[2] أنظر: لورنس محمد عبيدات، إثبات المحرر الإلكتروني، دون طبعة، دار الثقافة للنشر و التوزيع، الأردن، 2005، ص8

طريقة تدوي المحرر الإلكتروني الذي يتم عبر وسائط إلكترونية بلغة الآلة المكونة من توافيق وتباديل بين ، م الصغر ورقم الواحد، مما يعجز معه الإنسان في فهم هذه اللغة اللوغارتيمية المعقدة، حيث انه قد تم إيجاد برامج خاصة يجري تحميلها على جهاز الحاسوب تقوم بترجمة لغة الآلة إلى لغة الإنسان، من خلال تحويل رموز الآلة إلى حروف مقروءة وواضحة فإن شرط القراءة قد تحقق بذلك في المتندمات الإلكترونية[1].

هذا ما أكدته المنظمة العالمية للمواصفات العالمية "ISO" في تعريفها لمصطلح محرر:" .. حيث انه يسهل قراءتها مباشرة عن طريق الإنسان أو استخدام آلة مخصصة لذلك[2]

كما أشار المشرع الفرنسي صراحة على هذه الشروط في المادة 316 من القانون رقم 230/2000 بشأن التوقيع الإلكتروني و التي بمقتضاها أصبح الإثبات الخطي، أو الإثبات بالكتابة ينتج عن تتابع الحروف والأرقام ولكل رمز أو إشارة مخصصة لعلامة مفهومة واضحة أيا كان دعامتها وشكل إرسالها[3].

ونجد هذا الشرط أيضا قد تضمنه القانون المدني الجزائري في نص المادة 232 مكرر التي نصت على انه:" ينتج الإثبات بالكتابة من تسلسل حروف أو أرقام أو أية علامات أو رموز ذات معنى مفهوم" ويقصد المشرع من عبارة معنى مفهوم هو إمكانية قراءته لأنه لا فهم من دون قراءة.[4]

---

[1]أنظر: محمد إبرهيم عرسان أبو الهيجاء، القانون الواجب التطبيق على العقود التجارة الإلكترونية، رسالة دكتوراه، جامعة الدول العربية القاهرة، 2004، ص 72

[2]أنظر: سمير الوريقات عمر خالد، عقود التجارة الإلكترونية وعقد البيع عبر الإنترنت دراسة تحليلية، دون طبعة، دار الحامل للنشر و التوزيع ، عمان، ص 216

[3]أنظر: سمير حامد عبد العزيز الجمال، التعاقد عبر التقنيات الاتصال الحديثة دراسة مقارنة، الطبعة الأولى ، دار النهضة العربية، القاهرة، ص 200

[4]راجع حمودي ناصر، المرجع السابق، ص 242

1- شروط استمرارية الكتابة ودوامها:

يشترط للاعتداء بالكتابة في الإثبات أن يتم تدوينها على وسيط يسمح بثبات ر بقاء الكتابة عليه، ذلك ليسمى الرجوع إلى المحرر في حال نشوب خلاف يتم عرضه على القضاء فيتم عبر ذلك كراجعة أي بند من البنود العقد وهذا يتحقق في الكتابة على الوسائط العادية.

لكن الحـ ، يختلف في حالة استخدام الإلكتروني بسبب خصائصه المادية و التي تكون عقبة أمام تحقق هذا الشرط، ويرجع ذلك إلى حساسية الشرائح الممغنطة وأقراص تسجيل، المستخدمة في عملية التعاقد الإلكتروني حيث تكون معرضة للتلف السريع عند .نى اختلاف في قوة التيار الكهربائي أو تلاف الشديد في درجة حرارة تخزين هذه الوسائط[1] إلا انه قد تم التغلب على هذه الصعوبات الفنية ويتم تجاوزها وذلك عن طريقي م أجهزة متطورة ووسائط أكثر قدرة على الاحتفاظ بالمعلومات لمدة قد تفوق قدرة الأوراق العادية التي قد تتأثر بدورها بعوامل الزمن[2].

كما انه يمكن لمقدمي خدمات التصديق الإلكتروني أن يقوموا بعملية حفظ البيانات والمعلومات الإلكترونية المتعلقة بشهادات التوثيق التي يصل وزنها وذلك لمدة مناسبة تتلاءم مع عدة تقادم التعرف الثابت بشهادة التوثيق بالتالي فإن هذه الطريقة من شأنها أن تضفي على الكتابة الإلكترونية ودرجة عالية من الأمان وتكمن من الاحتفاظ بالمعلومات المدونة ول فترة ممكنة وقد أخذت بهذا الاتجاه المادة 01/10 ب من الأونستيرال في معرض حديثها عن المستند الإلكتروني وشروط الاستناد عليه فقوة، المحرر في الإثبات تتقرر بمدى سلامته من أي عيب يؤثر في شكلها الخارجي[3].

---

[1] راجع محمد إبراهيم عرسان أبو الهيجاء ، المرجع السابق، ص 76

[2] إجع بشار محمود دودين ، المرجع لسابق، ص 230

[3] تنص المدة 10-1 ن قانون الأونسيترال : "عندما يقضي القانون الاحتفاظ بمستندات أو سجلات أو معلومات بعينها، حقق الوفاء بهذا المقتضى إذا تم الاحتفاظ برسائل البيانات شريطة مراعاة ذا الشروط " متوفر على الموقع التالي: htpps://www.uncitral.org

2- عدم قابلية الكتابة للتعديل :

يعرف أيضا بشرط سلامة المحتوى وعدم حصول التغيير فيه حيث إن السلامة المادية هي عدم المحو أو إدخال تعديلات وهذه مسألة تفتقر لها المحررات الإلكترونية فالكتابة على الأقراص والشرائط الممغنطة تسمح بإجراء أي تعديل دون ترك أثر، وهو ما لمقابل للمتعاقدين ميزة إجراء أي تعديل على اتفاقهم دون إلحاق ضرر بالمحرر المكتوب[1].

وبالتالي افتقار الكتابة والمحرر الإلكتروني لشرط يتصل بوظيفته المحرر الكتابي في الإثبات وذلك فغن التطور التكنولوجي تغلب على هذه المشكلة عن طريق استخدام برامج حاسب إلكتروني تسمح بتحويل النص الذي يمكن التعديل فيه إلى صورة ثابتة غير قابلة للتعديل أو المحو[2]

، أغلب القوانين على وجوب حفظ المحرر من أي تعديل أخذه في الحساب العمل على عدم الإنقاص من قيمته، ومن هذه القوانين قانون الإثبات المصري في المادة 28 والت اء فيها :" للمحكمة أن تقدر ما ترتب على الكشف والمحور وغير ذلك من العيوب المادية في المحور من إسقاط قيمته في الإثبات أو إنقاصها... "

بهذا كله يمكننا القول بثبات وتوفر الشروط القانونية على الكتابة الإلكترونية فإنه يمكن الاعتداد بها في الإثبات[3]

---

[1] راجع محمد إبراهيم عرسان أبو الهيجاء، المرجع السابق، ص 84

[2] عرف هذا النظام ب document image procession كما تم ابتكار طريقة أخرى كحفظ البيانات في صياغتها النهائية وبشكل لا يقبل التعديل أو التبديل وهي صناديق إلكترونية لا يمكن فتحها إلا بمفتاح خاص تقوم عملية جهات معتمدة من قبل الدولة (سلطتا الإشهار عامة والخاصة حيث يؤدي أي محاولة لتعديل الوثيقة الإلكترونية إلى إتلاف فحواها تماما، راجع محمد إبراهيم عرسان أبو الهيجاء المرجع السابق ص76

[3] قانون رقم 84 -131 المؤرخ في 16 جويلية 1984 تضمن القانون المدني المصري معدل و متمم

ثالثا: حجية الكتابة الإلكترونية في الإثبات

لقد عرضنا فيما سبق مفهوم الكتابة وبشروطها وسوف بين الحجة القانونية لهذه الكتابة فلقد سادت تشريعات أغلب الدول في اتجاه المساواة بين الكتابة الإلكترونية والكتابة التقليدية ومنحها الحجة القانونية الكاملة في الإثبات.

فقد نصت المادة 1316 من القانون المدني الفرنسي بالفقرة الثالثة على أن: "الكتابة تعتمد على دعامات إلكترونية لها نفس القوة الثابتة للكتابة على دعامات ورقية" فالمشرع الفرنسي تساوي بين الدعامات الإلكترونية والدعامات الورقية في حجية الإثبات[1].

وفي مصر أعطى مشروع نون التجارة الإلكترونية المستند الإلكتروني قوة في الإثبات حيث نصت المادة العاشرة على أن تتمتع المحررات الإلكترونية بالحجية المقررة للمحررات العرفية قانون الإثبات في شأن ما يرد في هذه المحررات من حقوق والتزامات بعد استيفائها الشروط والأوضاع المقررة في اللائحة التنفيذية[2].

ومن جهته أعطى المشرع الجزائري للكتابة الإلكترونية نفس حجة الكتابة التقليدية ي الإثبات حيث تنص المادة 323 مكرر من القانون المدني على أنه:" ينتج الإثبات بالكتابة في الشكل الإلكتروني كالإثبات بالكتابة على الورق بشرط إمكانية التأكد من صعوبة خص الذي أصدرها وأن تكون معدة محفوظة في ظروف تضمن سلامتها[3].

[1] قانون رقم 80-525 الصادر بتاريخ 1980/07/12 الذي يتضمن التقنين المدني الفرنسي

[2] قانون رقم 25 لسنة 1968 بإصدار قانون الإثبات في المواد المدنية و التجارية معدلا ومتمما بالقانون 23 لسنة 1992 والقانون18 لسنة 1999

الجريدة الرسمية العدد 22 الصادر في 30-05-1968

[3] راجع التقنين المدني الجزائري، مرجع سابق.

الفرع الثاني

التوقيع الإلكتروني

مع التغييرات التي طرأت مؤخرا على عناصر العقد وطريقة إبرامه لم يعد التوقيع التقليدي الطريقة الوحيدة المستخدمة في توثيق المحررات وإضفاء حجية عليها فنتيجة للثورة التي شهدتها المعلوماتية أصبح من المكن استخدام تقنية تكنولوجية لكتابة المحررات أطلق عليها اسم الدعامة الإلكترونية " ولتعذر اسم التوقيع التقليدي في هذه الركيزة، فظهر بديل إلكتروني سمي بالتوقيع الإلكتروني، وهذا ما سنتناوله في هذا الفرع

أولا: تعريف التوقيع الإلكتروني

1- التوقيع الإلكتروني في التشريعات الدولية:

، نص المادة الثانية من قانون الاونسترال النموذجي بشأن التوقيعات الإلكترونية، يقصد بالتوقيع الإلكتروني " البيانات في شكل الإلكتروني مدرجة برسالة أو مضافة إليها أو مرتبطة بها منطقيا، حيث يمكن أن تستخدم لبيان هوية الموقع بالنسبة لهذه الرسالة ولبيان موافقته على المعلومات الواردة في رسالته"[1]

وكما هو موضـ ، النص السابق لم يقيد قانون الأونستيرال مفهوم التوقيع الإلكتروني بل إن هذا النص يمكن أن يستوعب أي تكنولوجيا تظهر في المستقبل تفي بإنشاء توقيع إلكتروني وهذا ما نصت عليه المادة الثالثة من ذات القانون إذ نصت على انه: "لا تطبق أي من هذه الأحكام باستثناء المادة الخامسة بما يشكل استبعاد أو تقييد أو حرانا من مفهوم قانوني لأية طريقة لإنشاء التوقيع الإلكتروني

ولقد أورد التوجه في نصوص مستويين للتوقيع الإلكتروني، المستوى الأول، يعرف بالتوقيع الإلكتروني المبسط وهذا التوقيع حسب نص المادة الثانية من التوجيه يعرف بأنه

---

[1] النص الفرنسي.

Le terme signature électronique une donnée sous forme électronique qui satisfait dans un message se données ou jointes logiquement associes audit message

معلومة تأخذ شكلا إلكترونيا أو ترتبط بشكل منطقي ببيانات أخرى إلكترونية والذي يشكل أساس منهج التوثيق[1].

أما المستوى الثاني فهو التوقيع الإلكتروني المسبق أو المتقدم وهو توقيع يرتبط بشكل غير قابل للفصل بالنص الموقع[2].

2- تعريف التوقيع الإلكتروني في التشريعات الوطنية

تعريف المادة الثانية من قانون المعاملات الإلكترونية الأردني رقم 85 لسنة 2001 التوقيع الإلكتروني بأنه:" البيانات التي تتخذ هيئة حروف أو أرقام أو رموز آو إشارات أو غيرها وتكون مدرجة بشكل إلكتروني أو رقمي أو ضوئي أو أية وسيلة أخرى مماثلة في رسالة معلومات أو مضافة عليها أو مرتبطة بها ولها كطابع يسمح بتحديد هوية الشخص الذي وقعها ويميز عن غيره من اجل توقيعه وبغرض الموافقة على مضمونه

وطبقا لما ورد في القانون المصري رقم 15 لسنة 2004 الخاص بتنظيم التوقيع الكتروني بإنشاء هيئة تنمية صناعة تكنولوجيا المعلومات(المادة 1/ج) فإنه يقصد بالتوقيع الإلكتروني :" كل ما يوضح على محرر إلكتروني و يتخذ شكل حروف أو أرقام أو رموز أو إشارات غيرها، ويكون لها طابع منفرد ويسمح بتحديد الشخص الموقع ويميزه عن غيره، وقد تبنت اللائحة التنفيذية الخاصة بالقانون السابق ذات التعريف"[3].

أما بالنسبة للمشرع الجزائري فقد أورد تعريف التوقيع الإلكتروني وتحديد القواعد المتعلقة به في الباب الأول الذي تضمن أحكام عامة حيث أدرج فيه ثلاثة فصول

---

[1]Signature électronique une donnée sons forme électronique qui est joinée ou liée logiquement a d'autre donnée électroniques

[2]أنظر : عيسى غسان ربعبي، القواعد الخاصة بالتوقيع الإلكتروني الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر و التوزيع، 2009، ص 49

[3]القرار رقم (109) لسنة 2005 الخاص بإصدار اللائحة التنفيذية التوقيع الإلكتروني وبإنشاء هيئة صناعية لتكنولوجيا المعلومات رقم 05-لسنة 2004، وقد صدر هذا القرار في 15-05-2005 ونشر بالوقائع المصرية، العدد 5، بتاريخ 25-5-2005

النص في الفصل الثاني من المادة الثانية على أن التوقيع الإلكتروني هو عبارة عن:" بيانات في شكل إلكتروني، مرفقة أو مرتبطة منطقيا ببيانات إلكترونية أخرى تستعمل كوسيلة توثيق[1]

أما بالنسبة لقانون تنظيم التوقيعات الإلكترونية الفلسطيني فإنه يتكون من 27 مادة تحتوي سبعة فصول حيث يعالج الفصل الأول التعريفات والأحكام العامة (مادة 1)أما الفصل الثاني فيعالج نطاق انطباق القانون المادة 02 ويعالج الفصل الثالث أحكام التوقيع الكتروني، ويتكون من 08 مواد تعالج مسائل مختلفة منها الحجية المقررة للتوقيع الإلكتروني والمتابعة الإلكترونية والشروط التي ينبغي توافرها لإعطاء الحجية للكتابة والتوقيع الإلكترونية (4.3).

وتطلب التشريعات الكتابة العادية والتوقيع الخفي الإلكتروني ومدى اعتبار التوقيع الإلكتروني صادرا من صاحبه (6-5) واعتماد الشخص على التوقيع الإلكتروني والأحوال التي من المعقول أن يعمل الشخص على التوقيع الإلكتروني المادة 07 والالتزامات المفروضة على الموقع أما الفصل الرابع الذي يتكون من 7 مواد فيعالج تنظيم كل عمل مردودي خدمات المصادقة الإلكترونية وكذا تحديد هيئة المواصفات الفنية كمنظومة إنشاء التوقيع الإلكتروني وتوثيقه المادة (11) وكذا التراخيص في المادة 15، ويكون الفصل الخامس من 16 مادة تتعلق بالاعتراف بالتوقيعات الإلكترونية الأجنبية .

أما الفصل السادس فيتعلق بالجرائم كمثل التزوير والتلاعب في التوقيع والتواطؤ والغش وهذا في المواد 17-21 أما الفصل السابع والأخير فإنه يتعلق بالأحكام الختامية في المواد (22- 27)[2]

[1] قانون رقم 15-04 المؤرخ في 11 ربيع الثاني عام 1436 لموافق أول فبراير سنة 2015 يحدد القواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصدير الإلكترونيين الصادر في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية ، العدد 06 في 10 فبراير سنة 2015.

[2] أنظر معهد أبحاث السياسات الاقتصادية الفلسطيني(ماس)مراجعة نقدية لمشروعي قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية و تنظيم التوقيعات الإلكترونية فلسطين 2006 ص 56-57المنشور على الموقع الإلكتروني info@mas.org.ps تاريخ الإطلاع 29-04-2015

3- تعريف الفقه للتوقيع الإلكتروني:

يعرفه بعض الفقهاء بأنه :" بيان مكتوب بشكل إلكتروني يتمثل بحرف أو رغم أو رمز أو إشارة أو صوت أو شفرة خاصة ومميزة ينتج عن إتباع وسيلة أمنة وهذا البيان يلحق أو يرتبط ببيانات المحرر الإلكتروني للدلالة عن هوية الموقع عن المحرر والرضا بمضمونه"

كما عرفه بعض الفقهاء بأنه إشارات أو رموز أو حروف مرخص بها من الجهة المختصة باعتماد التوقيع ومرتبطة ارتباطا وثيقا بالتعرف القانوني تسمح بتمييز شخص صاحبها وتحديد هويته ويعبر دون غموض عن رضاءه بهذا التصرف القانوني".

ويعرفه فقهاء وأخرن بأنه:" إجراء معين يقوم به الشخص المراد توقيعه على المحرر سواء كان هذا الإجراء على شكل رقم أو إشارة إلكترونية معينة أو شفرة خاصة[1]

ثانيا: صور التوقيع الإلكتروني

- إن الحديث عن التوقيع الإلكتروني لا يعني الحديث عن توقيع يأخذ صورة واحدة فكما أن التوقيع التقليدي قد يظهر على عدة أشكال أو أصول يجمع بينهما قيامها على الوثائق الإلكترونية واستخدام تقنيات حدثت تستطيع أن تحول بعض الصفات المميزة للشخص والأرقام والحروف إلى البيانات ينفرد هو استعمالها ومن صور التوقيع الإلكتروني لدينا:

1 - التوقيع الرقمي:

- التوقيع الرقمي هو عبارة عن رقم سري أو رمز سري ينشئه صاحبه باستخدام برنامج حاسب آلي ينشأ دالة رقمية مرمزة لرسالة إلكترونية يجري تشفيره بإحدى خوارزميات المفتاح العام و المفتاح الخاص وحتى يتضح مفهوم التوقيع الرقمي بصورة واضحة نتكلم عن آلية عمل هذا التوقيع بحيث يعتمد على التشفير الذي ينقسم إلى تشفير المتماثل والذي

[1] أنظر نجوى أبو هبة ، التوقيع الإلكترون، دون طبعة، دار النهضة العربية، القاهرة 2002، ص41

يقوم على فكرة رقم سري متبادل بين الطرفين ويعمل في بيئة منعزلة والمثال عليه التلكس والبطاقات البلاستيكية إذ أن الرقم السري معلوم لدى صاحب ولدى الجهاز فقط.

أما التشفير الغير متماثل فيعتمد على زوج من المفاتيح وغير المتماثل ومن خلاله يستطيع تشفير رسالة وبالتالي عدم قدرته على رفض ما جاء فيما، وتكمن ميزة هذا النظام في أن معرفة المفتاح العام لا يمكن منه معرفة أو تشكيل المفتاح الخاص وأن مفتاح يقوم بعكس عمل بمعنى أن ما يشفره الأول يقوم الأخر فقط بخله لكيفية استخدام التوقيع الرقمي من خلال عملية التشفير[1].

– بناءا على ما سبق ذكره يتبين لنا ان التوقيع الرقمي من خلال النظام المتبع في إيجاده و الجهات التي ترفقه يحقق عدة مزايا منها.

توثيق صاحب التوقيع أي تحديده بحيث نعين المفتاح الخاص بالمفتاح العام لتحديد هوية الشخص الموقع بنجاح، فلا يستطيع أحد أن يزور التوقيع أي استخدامه من قبل شخص أخر ويضمن الموقع التوقيع الرقمي سلامة الرسالة إذ أن أي تغيير في التوقيع الرقمي يؤدي إلى التلاشي أن الرسالة قد تم تزويرها فالتوقيع الرقمي قادر على كشف أي عملية عبث بالرسالة من خلال معالجة النتائج الناجمة عن تطبيق الدالة التي يعمل إحداها عند التوقيع وأخرى عند التوثيق وتطهر ما إن كانت الرسالة هي نفسها عند التوقيع أم لا[2].

2– التوقيع البيومتري :

يتم استخدام التوقيع البيومتري باستخدام الأجهزة البيومترية (أجهزة القياس الحيوي) ويعتمد هذا النظام على الصفات والخواص الفيزيائية والسلوكية للإنسان والتي من المفترض والطبيعي أن تختلف من شخص لأخر أي ينفرد بها كل شخص عن غيره كبصمات

[1] أنظر: عايض المري، مدى حجية التكنولوجيا الحديثة في إثبات العقود ال، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة ، كلية الحقوق، 1998، ص27

[2] أنظر : علاء محمد نصيرات، حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات، الطبعة الأولى، ار الثقافة للنشر و التوزيع ، 2005، ص40

الأصابع والشكل ومقاسات وتحليل نبرات الصوت والتركيب التشريحي لنظام الفك، أو بصمات قزحـ العيون وهو ما يعرف بمسح العيون أي لون عدسة العين و التي تختلف من إنسان لأخر هذا فضلا عن ديناميكية التوقيع المعتمدة على ديناميكية حركة أداة أي الزمن الذي تستغرقه الحركات أو الضربات اللازمة لإنهاء التوقيع كاملا ونبرة أو بصمة الصوت والشفاه، ودرجة ضغط الدم، وغير ذلك من الصفات الجسدية والسلوكية.

ويتم تخزين هذه الخواص على جهاز الحاسب الآلي وذلك عن طريق التشفير الذي يعمل على تحققي من صحة التوقيع وذلك لمطابقة صفات رسومات العميل المستخدم للتوقيع مع صفات التي لم تخزنها على جهاز الحاسب الآلي[1].

3-التوقيع بالقلم الإلكتروني:

تقوم هذه العلمية على استخدام قلم إلكتروني حساس يمكنه الكتابة على شاشة الكمبيوتر عن طريق برنامج يسيطر على هذه العملية حيث يلتق البرنامج التوقيع الذي يكتبه المستخدم بالاعتماد على أي لوحة وتسلم وكونه التوقيع يخزن ككائن يمكن استخدامه ضمن بيانات مختلفة ، م استخدام التوقيع المخزن كلما احتاج استخدام إليه عبر دمج البرنامج الممثل للتوقيع الرقمي ضمن الملف أو المستند معتمدا على تقنية المرجع التي تعتمد على إنشاء سلسلة من الرموز لأي ملف رقمي وتكشف أي محاولة تغيير[2].

وعليه فإن هذا النوع من التوقيع يحقق وظيفيتين هـا: خدمة التقاط التوقيع من خلال التوقيع بالقلم الإلكتروني أما الوظيفة الثانية فتقوم بخدمة التحقق من صحة التوقيع المنشأ كما تبين من خلال خواص بيولوجية معينة.

---

[1] أنظر محمد حسن الرفاعي العطار، البيع عبر شبكة الإنترنت، الطبعة الأولى ، دار الجامعة الجديدة 2007، ص 175-176

[2] راجع علاء محمد نصيرات، المرجع السابق، ص34

4-التوقيع عن طريق البطاقات الممغنطة المقترنة بالرقم السري:[1]

تم إصدار البطاقات الممغنطة للتسهيل على العملاء وتعليم حاملها كيفية القيام بالعمليات المصرفية بحسب الحد المتفق عليه بين البنك مصدر البطاقة و العميل، وتتم لية من خلال إدخال البطاقة في جهاز الصارف الآلي المتصل بشبكة الداخلية والخارجية، ليتم بعد ذلك قراءة البطاقة من قبل الجهاز لقوم العميل بعد ذلك بإدخال الرقم السري الخاص به و الذي أصل مخصوصا له ولا يكون له مثيل إلا مع العميل نفسه، ولا يعرفه أحد سواه، ويتم التأكد من صحة الرقم السري وصلاحيته البطاقة ليتم السماح للعميل الدخول إلى موقع البنك، ومن ثم يمنحه الحق للدخول إلى حسابات وإجراء العمليات صرفية التي يرغب بها سواء أكانت سحبا أو إيداعا أو سداد أو أي تصرف أخر.

في حالة عدم إتمام الإجراءات السابقة بشكل تام صحيح وسليم فإن العملية التي قام بها العميل يطلبها لن تتوافر لعدة أسباب منها: عدم إدخال البيانات بشكل صحيح، أو لعدم توافر رصيد أو لحدوث غلط في الرقم السري الذي أدخل فهذه الأمور من الممكن أن تحول جون إتمام العملية التي يرغب بها العميل في حال إتمام العملية التي يرغب العميل بها يتم استخراج مستند ورقي خاص في العملية التي تمت يتضمن الزمان والمكان والتاريخ[2]

ثالثا: شروط التوقيع الإلكتروني

بعد دراسة المقصود بالتوقيع الإلكتروني واعتباره شكلا جديدا من أشكال التوقيع، فإن هذا الأمر يتطلب منا دراسة الشروط التي يتوجب أفرادها التوقيع ليكون منها لكافة أثاره وفيما يلي الشروط التي توافرها في التوقيع الإلكتروني:

---

[1] راجع علاء محمد نصيرات، المرجع السابق، ص 35

[2] أنظر: فداء يحي أحمد الحمود، النظام القانوني لبطاقات الائتمان دار الثقافة للنشر والتوزيع، 1999، ص 18

1- وجوب توثيق التوقيع:

أوجبت كافة التشريعات الخاصة بالتوقيع الإلكترونية والتجارة الإلكترونية القيام بتوثيق لدى الجهة معتمدة يتم تحديدها من قبل الحكومة ولا يشترط أن يكون التوقيع لدى جهة واحدة لكافة الدول، تقوم هذه الجهة بالتحقيق من التوقيع الإلكتروني العائد للموقع أو القيام بتتبع التغييرات والأخطاء التي حديث بعد إنشاء التوقيع، سواء كانت خلال استخدام التحليل للتصرف على الرموز وفك الثغرات أو أي وسيلة يتم استخدامها في التحقق من صحة التوقيع ليتم بعد ذلك منح صاحب التوقيع شهادة التوثيق والتي تؤكد صحة التوقيع.

2- أن يكون التوقيع علامة مميزة للموقع:

لكي يصدر عن أي شخص توقيع لا بد من إن يتبلور شكل مادي وهذا الشكل هو التوقيع الذي يكون مميزا لشخص موقع عن غيره ومحددا لهوية بأن التوقيع يكون عائدا على الموقع نفسه ويسأل عن كافة التصرفات التي تبرم من خلال الإشارة عليه للتوقيع[1].

إن التوقيع مهما كان شكله الذي يتبلور به هو الذي تم الاعتراف به كعلامة مميزة لموقع دون غيره سواء تم ذكر الاسم أسفل التوقيع أو لم يذكر وبفضل إدراج الاسم أسفل التوقيع.

3- سيطرة الموقع وحدة دون غيره على الوسيط الإلكتروني

لوسيط الإلكتروني هو أداة من أدوات أو أنظمة إنشاء التوقيع الإلكتروني طبقا للمادة (1/د) من قانون التوقيع الإلكتروني المصري ومحقق سيطرة الموقع على الوسيط الإلكتروني عن طريق صيانته لأداة حفظ المفتاح الشفري الخاص متضمنة البطاقة البنكية المنة و الكود السري المقترن بها، أما إذا فقد الموقع سيطرة على الوسيط الإلكتروني

[1] أنظر: د/ محمد فواز المطالقة الوجيز في عقود التجارة الإلكترونية، ط1، دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان، 2006، ص 175

وأصبحت بيانات إنشاء التوقيع الإلكتروني غير سرية بحيث يعملها أشخاص آخرون غير وقع فإن التوقيع الإلكتروني لا يعتبر حجية في الإثبات لأن تمييز هوية الموقع و تحديد شخصيته بالرجوع إلى هذا التوقيع يكون مشكوكا فيه.

وهذا ما نصت عليه المادة(8 ،) من قانون التوقيع الإلكتروني المصري لتمتع التوقيع الإلكتروني بالحجية في الإثبات سيطرة الموقع وحده دون غيره على الوسيط الإلكتروني .

كما اشترطت المادة (4-316) من قانون التوقيع الفرنسي رقم (2000/230) هو : أن يتم التوقيع باستخدام وسيلة أمنية بتحديد هوية الموقع تضمن صلته بالتصرف الذي وقع عليه".

لقد أوضحت المادة(1/2) من قرار مجلس الدولة الفرنسي في مارس 2001 هو :" أن التوقيع يكون صحيحا إذا تم بوسيلة تكون تحت السيطرة المباشرة للموقع وحده دون غيره."[1]

4- سيطرة صاحب التوقيع على منظمة التوقيع

هذا الشرط يتطلب أن ،كون صاحب التوقيع الإلكتروني منفردا به بحيث لا يستطيع أي شخص معرفة رموز التوقيع الخاص به أو الدخول عملية سواء عند استعماله هذا التوقيع أو عند إنشاءه وقد عبر المشرع المغربي عن هذا الشرط صراحة حيث نص عليه في المادة السادسة من القانون رقم 05-53 المتعلق بالتبادل الإلكتروني للمعطيات[2].

رابعا: حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات

[1] أنظر: مدونة فراس فاضل الشطي، إبرام العقد الإلكتروني معهد الكويت للدراسات القضائية و القانونية، 14 نوفمبر 2010 منشور على الموقع الإلكتروني: http://www.quanouni.com2010/2011blog-post-

[2] أنظر: لورنس محمد عبيدات ، إثبات المحرر الإلكتروني الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، الأردن 2009، ص 131

وفقا لمشروع قانون التجارة الإلكترونية المصري فإن التوقيع الإلكترونية المصري ن التوقيع الإلكتروني له ذات قوة التوقيع التقليدي كذلك وفقا لنصوص القانون الإلكتروني المصري رقم 15 لسنة 2004 كذلك فقد نص القانون الفرنسي رم 230 لسنة 2000 في شأن التوقيع الإلكتروني وبعض قواعد الإثبات على هذه القاعدة سيما وأن التوقيع يدل على شخصية صاحبه ويضمن علاقته بالواقعة التي أجراها ويؤكد شخصيته صاحبة وصحة الواقعة المنسوبة إليه وذلك إلى أن يثبت العكس[1]

إن التوقيع الإلكتروني خلافا على قيامه بمجموعة من الوظائف كتمييز شخصية صاحبة وتحديد هويته فهو يختلف عن التوضيح التقليدي بالنظر إلى مصداقية شخصية صاحب التوقيع والذي يتم بشكل ويتعين في كل مرة يتم فيها استخدام الرقم السري أو لمفتاح وبالتالي إنه لا مجال للانتظار حتى ينتسب النزاع للبحث في مدى صحية التوقيع هو الشأن في معظم الأحوال بخصوص المحررات الموقعة بخط اليد، أضف إلى ذلك ما توفره التقنية الحديثة المستخدمة في تأمين التوقيع الإلكتروني عن طريق ما يسمى بنظام المعاملات الإلكترونية الآمنة ويوفر هذا النظام عنصر التحقق من شخصية صاحب التوقيع.

بالرغم من أن التوقيع الإلكتروني يمكنه القيام بذات وظيفة التوقيع التقليدي إلا أنه غير مستوفي الشكل، الذي يتطلبه القانون، فهو نتاج حركة يد الموقع، ولكنه لا يتم بشكل الحركة الذي حدده القانون المصري في الإمضاء والختم والذي لا يعتل بأي شكل أخر للتوقيع[2].

نص القانون الفدرالي الأمريكي الصادر في 2000/06/30 على انه لا يجب إنكار الأثر القانوني للتوقيع الإلكتروني ولا إنكار صلاحيته أو تنفيذه فقط لأنه في شكل توقيع

[1] راجع عبد الفتاح بيومي حجازي، التجارة الإلكترونية في القانون العربي النموذجي لمكافحة جرائم الكمبيوتر و الإنترنت، المرجع السابق، ص 251

[2] أنظر د/ محمد مرسي أبو زهرة مدى حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات في المسائل المدنية والتجارية، بحث مقدم إلى مؤتمر حول الكمبيوتر و القانون المنعقد من 29 يناير إلى أول فبراير 1994 القاهرة، ص73

الإلكتروني أما في فرنسا فقد حسم المشرع الفرنسي في القانون رقم 230/2000 الأمر بمنح التوقيع الإلكتروني الحجية اللازمة في الإثبات المطلوبة كالمحررات الإلكترونية كمحررات عادية معدة للإثبات كما يلاحظ أنه اعتراف للتوقيع الإلكتروني من خلال اعترافه بوظائف من حيث تحديد شخص الموقع وصحة إرادته.

كما اعترف التوجيه الأوروبي الصادر في 3 ديسمبر 1999 بالتوقيع الإلكتروني ت الدول الأعضاء في الإتحاد الأوروبي في منحه الحجية القانونية للتعاملات الإلكترونية وقد ميز هذا التوجيه بين نوعين من التوقيع الإلكتروني الأول التوقيع الإلكتروني المعزز(المقدم) و التوقيع الغير معزز[1].

ولقد جاء في المادة (6) من قانون الأونسترال النموذجي بشأن التواقيع الإلكترونية أنه حينما يشترط القانون وجود توقيع من شخص يعد ذلك الاشتراط مستوفيا البيانات المرسلة إذا استخدم توضيح إلكتروني موثوق به بالقدر المناسب للطرف الذي أنشأت أو أبلغت من أجله رسالة البيانات في ضوء كل الظرف بما في ذلك أي أتفاق ذي صلة[2]

، حجية التوقيع الإلكتروني نجد أن المشرع الإماراتي التي أشار في المادة (10) منه، فقرة (1 إذا أشترك القانون وجود توقيع على مستند ونص على ترتيب نتائج معينة وفي غياب ذلك فإن التوقيع الإلكتروني الذي يقول عليه في إطار المعنى الوارد في المادة (21)

من هذا القانون يستوفي الشرط اشترطت القوانين الوطنية بشأن التوقيع الإلكتروني ..... عدة شروط يمكن إجمالها في انه يجب أن يكون الفصل منه إثبات هوية الطرف الموقع، وأن يتم التوقيع بوسائل خاصة به، وتحت سيطرته وأن ينفرد به الشخص الذي

[1] راجع د/ خالد محمد إبراهيم التعاقد الإلكتروني ، المرجع السابق، ص 194

[2] راجع نضال إسماعيل برهم، المرجع السابق، ص 177

أصدره وأن يكون التوقيع مرتبطا بالرسالة الإلكترونية وأن يقوم الموقع بذل عناية معقولة، و الحيطة اللازمة لاستخدام توضيحه الإلكتروني استخداما غير مأذون"[1].

ومما سبق يتضح أن التوقيع الإلكتروني وإن كان لا ينظر التوقيع الخطي التقليدي من حيث الشكل إلا أنه يناظره من حيث الوظيفة والهدف والحجية ويبقى الاختلاف الجوهري بينهما في الوسيلة المستخدمة حيث يتم التوقيع الإلكتروني باستخدام وسائط إلكترونية.

موقف المشرع الجزائري:

أمام القصور التشريعي في تعريف هذا العقد وتنظيم أحكامه المشرع الجزائري سراحة بحجية التوقيع الإلكتروني من خلال نص المادة 327 من القانون المدني حيث قضت " تعبر العقد العرفي صادرا ممن كتبه أو وقعه أو وضع عليه بصمة أصبعه مالم ينظر صراحة ما هو منسوب إليه، أما ورثته أو خلفته فلا يتطلب منهم الإنكار ويكفي أن يحلفوا يمينا بأنهم لا يعلمون أن الخط أو الإملاء أو البصمة هو لمن تلقوا منه هذا الحق"

ويعتقد بالتوقيع الإلكتروني وفق الشروط المذكورة في المادة 323مكرر (1) وذلك وفقا للشروط المنصوص عليها في هذه المادة [2].

كما قننت الجزائر التوقيع الإلكتروني بالمرسوم التنفيذي (07-162) المؤرخ في 30ماي 2007، الصادر بالجريدة الرسمية عدد 73 ي نظم نشاط التصديق الإلكتروني من خلال إضافة للترخيص الوارد في المادة (39) من القانون 2000-03 المؤرخ في 05 أوت 2000 المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالبريد و المواصلات السلكية و اللاسلكية وقد نصت المادة (3) من المرسوم التنفيذي 07-162 على أنه عملية إعداد واستغلال خدمات

[1] راجع لزهر بن سعيد، المرجع السابق ، ص 169-170

[2] راجع د/ مولود ديدان، مرجع سابق، ص 55

التصديق الإلكتروني مرهونة يمنح ترخيص تسلمه سلطة ضبط البريد والاتصالات السلكية واللاسلكية [1]

المطلب الثاني

السجل والتوثيق الإلكترونيين

من نتائج التطور الهائل في التكنولوجيا التبادل الإلكتروني للبيانات ظهور الحاجة إلى البحث عن وسيلة لضغط و توثيق و تخزين هذه البيانات و المعلومات مما أدى إلى ظهور السجل الإلكتروني و الاستعانة بطرف محايد من أجل التوثيق لإثبات التصرفات التي تتم عبر الإنترنت.

لأهمية السجل الإلكتروني فإن الاتفاقيات الدولية والتشريعات الوطنية الخاصة بالتجارة الإلكترونية تشترط وجود سجل إلكتروني فقد نص التوجه الأوروبي في المادة (01/10) على ان الشخص الذي يعرض منتجات أو خدمات من خلال العقد، وبما ان السجل الإلكتروني إليها يلزم بأن يوفر وسائل لتخزين أو طباعة العقد

وبما أن السجل الإلكتروني يعد جزءا أساسيا في نظام التبادل الإلكتروني للبيانات، إلا أن التوثيق لا يقل شأنا عنه حيث يتم الاستعانة بطرف ثالث محايد قد يتمثل في أفراد، أو شركات أو جهات حكومية تسمى" مقدمي خدمات التصديق " وتقوم بمنح شهادات تصديق إلكترونية لإثبات التعريفات التي تتم عبر الإنترنت ونظرا لهذا الدور المهم فقد قامت العديد من الدول بسن تشريعات تناولت تنظيم هذه الجهات وبيان التزاماتها وهذا إما نسبتيه هذا المطلب حيث قسمناه إلى فرعين وتناولنا السجل الإلكتروني كفرع أول و التوثيق الإلكتروني كفرع ثان.

[1] راجع عربوش أمينة، المرجع السابق، ص 124

الفرع الأول

السجل الإلكتروني

السجل الإلكتروني من الأمور الهامة التي يتميز مراعاتها في مجال التبادل الإلكتروني للبيانات حتى إذا أثار نزاع بين أطراف التعامل أمكن حينئذ إقامة دعوى لإثبات الحق بناءا على ما سجل من بيانات متبادلة داخل الكمبيوتر، ذلك انه يعد وسيلة لحفظ المعلومات المتبادلة , أطراف التعامل وهو جزء أساسي من نظام التبادل الإلكتروني ات و نظرا لهذه الأهمية فإننا سنتطرق إلى تعريفه ومن ثم إلة مزاياه ومن ثم إلى حجيته.

أولا : تعريف السجل الإلكتروني

القانون الأمريكي الموحد للتجارة الإلكترونية في المادة 2/7 السجل الإلكتروني بأنه:" السجل الذي يتم إنشاؤه او تكوينه أو إرساله أو استلامه أو تخزينه بوسائل إلكترونية" أما القانون المعاملات الإلكترونية الموحد لولاية كونيكنيكت الأمريكية لسنة 2000 فقد توسع في مفهوم السجل الإلكتروني فلم يقصره على ما يتم حفظه أو إنشاؤه بواسطة الكمبيوتر وإنما مدت مدوله ليشمل كافة الوسائل الإلكترونية الأخرى مثل: الفاكس، التلكس والبريد الإلكتروني والرسائل التي تتم عبر الإنترنت[1].

عرف القانون الأردني للمعاملات الإلكترونية في المادة (2) مه السجل الإلكتروني بأنه " القيد أو العقد أو رسالة المعلومات التي تتم إنشاؤها، أو إرسالها أو تستلمها أو تخزينها بوسائل إلكترونية2.

وعلى الرغم من أن القانون التونسي للمبادلات التجارة الإلكترونية لم ينص صراحة على تعريف السجل الإلكتروني إلا أن نص المادة (14) اوجب على كل شخص كطبيعي أو معنوي مختص بخدمة المصادقة والتوثيق الإلكترونية الإمساك بسجل إلكتروني خاص

[1] راجع خالد محمد إبراهيم، التحكيم الإلكتروني في عقود التجارة الدولية المرجع السابق، ص 381-382

[2] راجع المادة(2) من قانون المعاملات الإلكترونية الأردني 85 لسنة 2001

بشهادات المصادقة على ذمة المستعملين مفتوح للإطلاع إلكترونيا بصفة مستمرة على المعلومات المدونة به، كما لزم القانون كل مزود بخدمات مصادقة إلكترونية بحماية هذا السجل الإلكتروني من كل تفسير أو تحريف غير مرخص به[1].

قد عرف القانون المعاملات الإلكترونية لإمارة دبي، السجل الإلكتروني في المادة (2) بأنه سجل او مستند إلكتروني يتم إنشاؤه أو تخزينه أو استخراجه أو نسخة أو رسالة أو إبلاغه أو استلامه بوسيلة إلكترونية على وسيط ملموس أو على وسيط إلكتروني أخر ويكون قابلا للاسترجاع بشكل يمكن فهمه[2].

أما القانون البحريني الخاص بالمعاملات الإلكترونية لسنة 2002 فقد عرف السجل الإلكتروني بأنه: السجل الذي يتم إنشاؤه أو رسالة أو تسليمه أو حفظه بوسيلة إلكترونية"3

ويتضح من التعريفات أن السجل الإلكتروني يشمل أي حامل أو وسيط أو دعامة معدة لإنشاء البيانات والمعلومات أو حفظها أو إرسالها أو تسليمها إلكترونيا ويتمثل الهدف من استخدام السجل الإلكتروني في توثيق المعلومات بطريقة تضمن سلامتها واسترجاعها عند اللزوم لأطراف التعاقد، آو الأشخاص المرخص لهم بذلك، وهو ما يقتضي تهيئة بيئية تحمي السجل الإلكتروني من كافة المؤثرات السلبية وتوفير الصيانة المستمرة والمنتظمة"4

ثانيا: مزايا السجل الإلكتروني

يمكن اعتبار السجل الإلكتروني دليلا في الإثبات يقدم إلى محاكم وبذلك في حالة وجود شك أو خلاف بين الأطراف الـ تعاقدة مع كفالة حق القاضي في تقدير و تقييم حجية تلك السجلات الإلكترونية في الإثبات كما يمكن للمحكمة الاستعانة بأهل الخبرة لاستجلاء الحقيقة، كما أن سجلات الكمبيوتر يصعب تفسيرها أو تزويرها وذلك بالسجلات الورقية إذ

[1] راجع أحكام المادة 14 من قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية التونسي رقم 83 لسنة2000

[2] أنظر المادة (2) من قانون إمارة دبي وهو ما يسمى بقانون رقم(2) لسنة 2002 بشأن المعاملات و التجارة الإلكترونية.

[3] انظر المادة (9) من قانون المعاملات الإلكترونية وهو مرسوم بقانون رقم 28 لسنة 2002 بشأن المعاملات الإلكترونية.

[4] راجع لزهر بن سعيد المرجع السابق، ص 135-136

أنه باستخدام التشفير[1] المناسب للبيانات يصعب على أي شخص غير مرخص له ان يصل يغير أو يزور مستندات محفوظة إلكترونيا[2].

ميزة أخرى كذلك تتمثل في أن السجلات الإلكترونية لا تحتاج إلى حيز مكاني مقارنة بالسجلات الورقية، ونظرا لزيادة الحاجة إلى حفظ السجلات أصبح من الضروري تقليص حجمها ونظرا لأن التبادل البيانات يتم بنظام إلكتروني فإنه يتم تجميع كميات ضخمة من المعلومات في قرص أو أسطوانة مضغوطة لا تأخذ مساحة كبيرة، كما ن باستخدام السجلات الإلكترونية يمكن التخلص من مشاكل وسائل الحفظ التقليدية (الورقية)[3]

ثالثا: حجية السجل الإلكتروني في الإثبات

اعترفت غالبية تشريعات التجارة الإلكترونية الحديثة للسجلات الإلكترونية بالإمكانية أداء نفس وظائف الدفاتر التجارية الورقية، حيث تكون مقروءة للجميع ويمكن الحصول على عدة نسخ منها، بيد كل طرف نسخة، مع الإمكانية الاحتفاظ بها فترة من الزمن بدون تلف وتوفر الأمان، ومن أهم هذه التشريعات :

1- قانون الإثبات في كندا

أجاز قانون الإثبات قبول السجلات الناتجة عن الكمبيوتر و الاعتراف بحاجياتها إذا توافرت الشروط المعنية، وفي هذا الصدد قضت محكمة الاستئناف أنتاديو الكندية في قضية مكملان بأنه يشترط لكي تكون سجلات الكمبيوتر مقبولة بوصفها نسخا حقيقية من السجلات الإلكترونية أن تكون مستكملة بوصف كامل للنظام حفظ السجلات بحيث يتضمن

---

[1] التشفير هو وسيلة ضمان إرسال الرسائل الإلكترونية ونقل المعلومات لتنفيذ الاتفاق بطريقة سرية، كما يعرف بأنه عبارة عن مجموعة فنية تسمح بحماية المعلومات بكود سري

[2] راجع لزهر بن سعيد، المرجع السابق ، ص 136

[3] نظر: سمير طه عبد الفتاح، الحجية القانونية لوسائل المعلومات المستحدثة للإثبات رسالة دكتوراه حقوق، القاهرة، ص60.

السجل وصفا للإجراءات والعمليات المختلفة بإدخال البيانات و تخزينها واسترجاعها، حتى يتبين أن المخرج الكمبيوتري موثقة به بدرجة كافية .[1]

2- قانون إمارة دبي للمعاملات و التجارة الإلكترونية :

يشترط في هذا القانون بأن يتم حفظ السجل بطريقة الكترونية وغير تقليدية، والمؤدى ذل دان السجل الإلكتروني يحوز الحجية القانونية إذا توافرت في عملية حفظ الشروط التالية:

أ- ، يتم حفظ البيانات سب الأصل الذي أنشأت أو أرسلت أو استقبلت به، أو بأي شكل أخر يثبت أن السجل الإلكتروني يحتوي على نفس المعلومات الأصلية عند دراسة، أو استلامها ، وذلك دون أي تعديل أو تغيير أو تحريف.[2]

ب- أن يتم حفظ السجل في شكل يمكن للأشخاص المحول لهم من الرجوع بسهولة إلى البيانات و المعلومات المحفوظة به .[3]

3 – القانون الأردني للمعلومات الإلكترونية:

أعطى المشرع الأردني للسجل الإلكتروني نفس الآثار القانونية المترتبة على الدفاتر التجارية التقليدية بموجب أحكام التشريعات النافذة من حيث إلزامها لأطرافها، أو صلاحيتها ي إثبات، وانه لا يجوز إنكار الأثر القانوني للسجلات الإلكترونية مجرد أنها أجريت بوسائل إلكترونية .[4]

كما نص على أن السجل الإلكتروني يكسب أثره القانوني ، ويكون هذا السجل صفة نسخة الأصلية إذا توفرت فيه عدة شروط تتمثل في أن تكون المعلومات الواردة في ذلك السجل قابلة للاحتفاظ بها و تخزينها ، بحيث يمكن في أي وزقت الرجوع إليها، وأن يتم

[1] راجع خالد محمد إبراهيم ، التحكيم الإلكتروني في العقود التجارة الدولية، المرجع السابق ، ص193

[2] المادة (1/8أ/) من قانون إمارة دبي للمعلومات التجارية الإلكترونية

[3] المادة (1/08/ب) من قانون دبي للمعلومات الإلكترونية

[4] المادة(7) من قانون المعلومات الإلكترونية الأردني

الاحتفاظ بالسجل الإلكتروني بالشكل الذي تم به إنشاؤه، أو إرساله، أو تسليمه، وأن تدل المعطيات على المنشأ و المستلم ، وتاريخ ووقت إرسالها واستلامها[1]

ويجوز بالطبع إثبات عدم حجية السجل الإلكتروني بكافة الطرق الإثبات، ويخضع ذلك لمبدأ حرية القاضي في لاقتناع، أما إذا لم يكن السجل الإلكتروني موثقا فليس له أي حجية [2]

ونخلص إلى أن حجية السجل الإلكتروني في إثبات ترتبط بحفظ بطريقة تكفل سلامته حتى يمكن التمسك به كدليل أما القضاء أي في حالة إذا ما قام نزاع بين الطرفين معاملة الإلكترونية كما تبرز ضرورة تعيين جهة محايدة تتولى مباشرة مراقبة ، ومتابعة السجلات الإلكترونية، فالاحتجاج بالسجل الإلكتروني للإثبات يقتضي أن تكون المعاملات الإلكترونية التي تمت بين الطرفين قد تم حفظها وتخطينها بدقة، وهو ما يقتضي من الناحية لية خضوعها للرقابة جهة الثالثة الموثوق بها وذ ، الطابع التقني المستقلة، وغير خاضعة للسيطرة أي من الطرفين(المنشأ أو المستلم إلى البيانات الإلكترونية)[3]

الفرع الثاني

التوثيق الإلكتروني

الثقة والأمان لدى أطراف العقد التجاري الإلكتروني هما من أول الأمور التي يتعين توفرها في هذا النوع من التعاقد، وذلك لما تتسم به طبيعة هذه العقود من عدم الالتقاء الفعلي بين أطراف العلاقة ، ولكي تتوافر الثقة والأمان فإنه يستلزم وجود طرق ثلاث تحايل سواء شخصا طبيعيا أو شخصا تجاريا، وذلك حتى يضمن سلامة المحرر الإلكتروني وهذا الفرق المحايد هو الذي يقوم بالوثيق، ولهذا سوف نتط ق إلى تعريفه، ومن ثم إلى دور جهات التوثيق، ومن ثم إلى شهادة التوثيق الإلكتروني .

[1] المادة (8) من قانون المعاملات الإلكترونية الأردني

[2] المادة(33/ب) من قانون المعلومات الإلكترونية الأردني

[3] راجع لزهر بن سعيد، المرجع السابق ، ص140

أولا: تعريف التوثيق

إن جهة التوثيق أو مقدم خدمات التصديق هي " هيئة عامة أو خاصة تعمل تحت إشراف السلطة التنفيذية، وتتكون غالبا من ثلاثة مستويات مختلفة من السلطة تأتي في المرتبة العليا" السلطة الرئيسية " وهي تختفي بالتصديق على تكنولوجيا وممارسات جميع المرخص لهم بإصدار أزواج مفاتيح التشفير أو شهادات تتعلق باستخدام تلك المفاتيح، وتليها" سلطة التصديق" وهي جهة خاصة، وفي مستوى أدنى تأتي" سلطة المحلية " ومهمتها تلغي الطلبات من الأشخاص الراغبين في الحصول على أزواج مفاتيح التشفير"[1]

وقد عرف قانون الكونسترال النموذجي للتوقيع الإلكتروني في المادة (E/2) مقدم خدمات التصديق بأنه : "شخصا" يصدر الشهادات ويجوز أن يقدم خدمات أخرى ذات صلة بالتوقيعات "ولذلك يقوم مقدمو الخدمات التصديق بدور هام وفعال في ضمان التوقيعات والاعتراف بها قانونا " [2]

كما أشار القانون التونسي إلى ذلك فنص على أنه: "يمكن لمن يرغب في إمضاء وثيقة إلكترونية إحداث إمضائه الإلكتروني بواسطة منظومة موثقة بهاو يتم ضبط مواصفاتها التقنية بقرار من الوزير المكلف بالاتصالات. [3]

وقد عرف القانون الإماراتي بأنها:" أي شخص أو جهة معتمدة أو معترف بها تقوم بإصدار شهادات تصديق إلكتروني، أو أية خدمات، أو مهمات متعلقة بها، أو بالتوقيع الإلكتروني"[4]

---

[1] راجع خالد ممدوح إبراهيم، لتحكيم الإلكتروني في عقود التجارة الدولية، المرجع السابق ص 414.

[2] قانون الأونسترال النموذجي بشأن القواعد الموجهة الخاصة بالتوقيع الإلكترونية الذي تم اعتماد في 2001، وهو متوفر على الموقع التالي (WWW.UNCITRAL.ORG)

[3] انظر المادة (5) من قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية التونسي منشور بالرائد الرسمي للجمهورية التونسية في (11/أب/2000).

[4] المادة (20/2) من قانون المعاملات و التجارة الإلكترونية الإماراتية رقم (2) لسنة 2002.

مشرع المصري فقد عرفها بأنها:" هي الشخص الطبيعي أو الاعتباري المرخص له من جهة الترخيص بإصدار شهادات التصديق الإلكتروني، أو تقديم أي خدمات متعلقة بالتوقيع الإلكتروني"، إلا أن القانون جاء خاليا من أي تعريفات لها في قانون التوقيع كتروني، إلا أن اللائحة التنفيذية للقانون عرفت في المادة 6/1 هات التصديق بأنها الجهات المرخص لها بإصدار شهادات التصديق الإلكتروني وتقديم خدمات تتعلق بالتوقيع الإلكتروني[1] .

أما المشرع الجزائري فقد تناول جهة التوثيق بصفة عرضية في المادة 2 من المرسوم رقم (07-162) بالنص :" مؤدى خدمات التصديق الإلكتروني: كل شخص في مفهوم المادة 8/8 من القانون (2000-03)، يسلم شهادات إلكترونية أو يقدم خدمات أخرى في مجال التوقيع الإلكتروني لذلك يقوم مقدما خدمات التصديق بدور هام وفعال في ضمان التوقيعات الإلكترونية وبالتالي السندات الإلكترونية و الاعتراف بها قانونا.

ثانيا : دور جهات التوثيق الإلكتروني

لجهات التوثيق الإلكتروني عدة أدوار يمكن إجمالها في الآتي:

1) التحقق من هوية الشخص الموقع، ويتمثل الالتزام الرئيس لهذه الجهات في القيام بالتحقيق من هوية الشخص الموقع، حيث تقوم بإصدار شهادة توثيق إلكترونية تفيد التصديق على التوقيع الإلكتروني في تعاقد معين، تشهد بموجبها لصحته، وبنسبة إلى من صدر عنه، إذا قام أحد الأطراف لوضع توقيعه الإلكتروني على رسالة البيانات الإلكترونية، فإن ذلك يؤكد صدور التوقيع عن صاحبه، ويستتبع التحقيق من هوية الموقع من خلال جهة التوثيق تحديد الأهلية القانونية للمتعاقد.

---

[1] المرسوم التنفيذي رقم (07-162) المؤرخ في 2007/30) ، يتعلق بنظام الاستغلال المطبق على كل نوع من أنواع الشبكات بما فيها اللاسلكية والكهربائية يعدل ويتمم المرسوم التنفيذي رقم (01-123) المؤرخ في 2001/05/09 ، ج ، ر ،ج العدد 27 صادر بتاريخ 2001/05/13.

[2] قانون رقم (2000-03) المؤرخ في 2000/08/05، يحدد القواعد العامة المتعلقة بالبريد و المواصلات السلكية و اللاسلكية

2) إثبات مضمون التبادل الإلكتروني، تتولى جهة التوثيق التحقيق من مضمون تبادل الإلكتروني بين الأطراف، وسلامته وبعدة عن الغش والاحتيال فقلا عن إثبات جوده، حيث أن جهات التوثيق تقوم بتعقب المواقع التجارية للتحري عن وجودها الفعلي .اقيتها، فإذا اتضح لها أن تلك المواقع غير حقيقة فإنها تقوم بتحذير المتعاملين، ويجوز اللجوء إلى هذه الجهاز قبل إبرام العقد بالتحقيق من أمر الشركة الذي سيتم التعاقد معها[1] .

3) تحديد لحظة إبرام العقد ، إن تحديد لحظة إبرام التصرف القانوني ليس شرطا حة هذا التصرف، مع ذلك فإن تحديد تلك اللحظة يكون ضروريا إذا أن وقت إبرام العقد يعد لحظة البداية لترتيب الآثار القانونية، ومثال ذلك تحديد جواز رجوع أمر تحويله مادام المبلغ لم يخرج من ذمته إلى ذمة المستفيد، أما عند تمام التحويل فإن ذلك يؤدي إلى عدم جواز التعرف في المبلغ المالي محل الأمر بالتحويل .

4) إصدار المفاتيح الإلكترونية، تتولى هذه الجهات إصدار المفاتيح الإلكترونية ، سواء المفاتيح الخاص الذي من خلاله يتم تشير المعاملة الإلكترونية، أو المفاتيح العام الذي يتم بو طة فلا هذا التشفير، وبالتالي تضمن هذه الجهات أن المفاتيح العام هو المناظر حيث تتحقق من مطابقته وصلاحيته [2].

ثالثا: شهادة التوثيق الإلكتروني

1) **تعريف شهادة التوثيق الإلكتروني:** عرفت المادة (2) من قواعد الإونسترال الشهادة أنها :" رسالة بيانات أ سجل آخر يؤكدان الارتباط بين الموقع و البيانات إنشاء التوقيع "[3].

[1] راجع د/ سمير حامد عبد العزيز الجمال، لمرجع السابق ص346.

[2] SEDALLIAN (V) PREUVE ET SIGNATURE ELECTRONIQUES WWW INTERNET-JURIDIQUE NET. N60.

[3] المادة (20) التعريف (ب) من القانون الأونسترال النموذجي بشأن التوقيع الإلكتروني 2001.

وقد عرفت المادة الثالثة من التوجيه الأوربي شهادة التوثيق الإلكتروني بأنها : " تلك التي ترتبط بين التوقيع وبين شخص معين ، ويؤكد الشخصية الموقع " [1]

كما عرفها المشرع المصري في المادة الأولى من قانون التوقيع الإلكتروني بأنها : " الشهادة التي تصدر من الجهة المرخص ها بالتصديق، وتثبت الارتباط بين الموقع وبين إنشاء الشهادة. [2]

وقد عرفها القانون التونسي رقم 83-2000 شأن المبادلات والتجارة الإلكترونية في الفصل الثاني بأنها: الوثيقة الإلكترونية المؤمنة بواسطة الإمضاء الإلكتروني للشخص الذي أصدرها و الذي يشهد ن خلالها أثر المعاينة على صحة البيانات التي تتضمنها " .

وقد عرفها المشرع الجزائري في المادة (3) من المرسوم التنفيذي (01-123) بأنها: "وثيقة يثبت من خلالها بأنه يقدم خدمات متطابقة نوعية خاصة دون تحديد هذه المتطلبات، ونصت المادة (4 منه على المساواة بين الشهادات التي يقدمها مقدمي ضمانات التصديق، وتلك التي يقدمها مقدمي خدمات التصديق يقيم بلد أجنبي، وهذا يساعد على تطور التجارة الإلكترونية المتصفة بالطابع الدولي[3] وعرفتها أيضا المادة (15 من الباب الثالث في الفصل الأول في القانون (15-04) السالف الذكر .

2) بيانات الشهادة للتوثيق الإلكتروني

لكي تكون للشهادة قانونية كاملة في الإثبات يجب أن تشمل على بيانات معينة تبحث الثقة في مضمونها، وتبحث على الاعتقاد بسلامة محتواها، وهذه البيانات هي4:

أ) تحديد شخصية مقدم خدمة التوثيق ، والدولة التي نشأ بها للممارسة اقتصادية

---

[1] المادة (3) من التوجه الأوروبي رقم (99/93) .

[2] راجع حمودي ناصر ، المرجع السابق ص (310)

[3] المادة (1) من قانون التوقيع الإلكتروني رقم (15) لسنة 2004

[4] الدليل التشريعي لقانون الأونسترال النموذجي بشأن التوقيعات الإلكترونية لعام 2001.

ب) اسم الموقع الفعلي، صاحب الشهادة، أو أسمه المستعار.

ج) ميزة خاصة للموقع، وذلك حسب الاستعمال الذي أعطيت من أجله

د) تحديد المفاتيح العام الذي يتم من خلالها التحقق من أن التوقيع الرقمي قد أنشاء باستخدام المفتاح الخاص المناظر له .

هـ) تاريخ بل صلاحية لشهادة و التاريخ وانتهائها .

و) الرقم التسلسلي الخاص بالشهادة .

ي) التوقيع الإلكتروني لمقدم خدمة التصديق القائم بتسليم الشهادة .

3) أنواع شهادات التوقيع الإلكتروني :

تتعدد الشهادات التوثيق في الوقت الحد حالي فإلى جانب شهادة توثيق التوقيع الرقمي ، هناك شهادات أخرى تتنوع بحسب الهدف منها ، ومن أمثله ذلك :

أ) الشهادة التي توثق تاريخ، ووقت إصدار التوقيع الرقمي حيث يقوم صاحب الرسالة بعد التوقيع عليها بإرسالها إلى جهة التوثيق التي تقوم بتسجيل التاريخ عليها وتوقيعها من جهتها ثم تقيدها إلى مراسلتها .

ب) شهادة الأذن التي تتولى تقديم بيانات عن صاحب التوقيع كمؤهلاته ومحل إقامته.

ج) شهادة البيان والتي تثبت صحة واقعة معينة، ووقت وقوعها [1]

[1] راجع لزهر بن سعيد المرجع السابق ص 184.

خاتمة

خاتمة:

إن استعمال الانترنت في مختلف المجالات في تزايد مستمر و خاصة في المجال الاقتصادي و التجاري كإبرام عقود التجارة الالكترونية على مختلف السلع و الخدمات لذا تطرقنا في هذه الدراسة إلى الإطار القانوني للعقد التجاري الالكتروني و وسائل الإثبات في إطار منازعات هذا العقد ذلك لأنه يعد من أهم الموضوعات الحديثة، و ذكرنا في دراستنا على توضيح مفهوم هذا العقد و بيان إطاره القانوني و كذا المنازعات المتعلقة به و إلى الطرق الودية و الطرق القضائية في حل منازعات هذا العقد و أخيرا مدى حجية هذا العقد و وسائل الإثبات في هذا العقد التجاري الالكتروني.

و في نهاية هذه الدراسة لا نريد أن نجعل من خاتمة البحث تلخيصا لما ورد في المتن ،

و إنما يتطلب منا التطرق إلى ما توصلنا إليه من نتائج نذكر أهمها فيما يلي:

1- إن التجارة الالكترونية التي تتم بين التجار و المستهلكين عن طريق استخدام الانترنت لتبادل المعلومات أو الرسائل أو سائر البيانات و إبرام العقود و دعم العمليات المالية و المصرفية المتعلقة بهذا المجال.

2- إن الانترنت شبكة اتصال عالمية لا تعترف بالحدود الجغرافية للدول، نتيح للمستخدم ما يحتاجه في كل المجالات (تجارية علمية ثقافية فنية) بسرعة فائتة فهي حاضرة لمجاراة أي تطور متصور.

3- العقد التجاري الالكتروني واقع يقرره القانون و تعترف به التشريعات لمختلفة

و ذلك باعترافها لرسائل البيانات كوسيلة من وسائل التعبير عن الإرادة و تطابقها عبر البريد الالكتروني أو حات الويب، و يتم التفاعل بين المتعاقدين في مجلس عقد افتراضي و يعد تقاعد بين حاضرين من حيث الزمان و غائبين من حيث المكان.

4- إن الوفاء بواسطة أموال الكترونية من خلال شبكة الانترنت لا يجوز الرجوع في الأمر بالدفع إلا في حالة فقدان البطاقة أو سرقتها (543) من القانون التجاري الجزائري، ويتم تأمين وسائل و طرق الدفع من خلال اللجوء إلى عملية التشفير والتوقيع من أجل بث الثقة لدى المستهلك و ذلك بتمكينه الحق في الرجوع عن العقد.

5- إن تنوع الآليات المستخدمة في التسوية الالكترونية للمنازعات تتم في جميع مراحلها عبر الانترنت تتخذ من أجل الوصول إلى تسوية نهائية للنزاع من خلال مراكز متخصصة تتسم بالسرعة في قسم النزاعات و الاقتصاد في النفقات و سهولة التنفيذ فهي بالتالي أفضل نهج يتبع في تسوية منازعات العقود التجارية الالكترونية مما شجع على اللجوء إليها و إقرارها ضمن اتفاقيات التجارة العالمية.

6- جز المعايير و الضوابط العامة للاختصاص القضائي في العقود التقليدية عن تغطية معاملات التجارة الالكترونية في حالة نشوب نزاع على الاختصاص القضائي في عقودها لاختلاف طبيعة الوسائط المطبق في كل منهما.

7- ، تحديد القانون الواجب التطبيق على المنازعات العقد التجاري الالكتروني يكون باتفاق الطرفين بإرادتهما الصريحة أو الضمنية و إذا تعذر ذلك يتم اللجوء إلى تركيز العقد مكانيا و هو المكان الذي يرتبط به العقد بالارتباط الأوثق،أما بالنسبة للمحكمة ختصة يتم تحديدها باتفاق الأطراف أما إذا لم يوجد اتفاق فينتقل الاختصاص لمحكمة المكان الذي يتم فيه تلقي المعلومات أو البيانات.

8- إن إثبات العقود التجارية الالكترونية يتم بمحر ، مكتوبة على دعامات الكترونية و موقفة، تدل على وجود التصرف القانوني و تحديد مضمونه يتم الرجوع إليها في حال النزاع بين المتعاقدين و هو ما يميز شخصية المتعاقد و إثبات رضاه بمضمون المحرر الموقع مما يجعل اه صحية و قوة قانونية في الإثبات و يجب قيام جهة خاصة أو ة في الدول بضمان فعالية التوقيع من خلال إصدار شهادة موثقة للموقع تدل على سلامة إجراء المعاملة و تأمينها عن طريق تقنية التشفير.

9- إن المشرع الجزائري و الفلسطيني لم يستجيبوا للتطورات المعاملات الالكترونية و لم يتطرقوا لتعريف العقد التجاري الالكتروني بصفة خاصة و لكن قاموا بتعديل بعض النصوص القانونية المتعلقة بالمعاملات الالكترونية و تعتبر خطوة جديرة بالاهتمام و دليلا على رغبتهما في التغيير استجابة لعصر تكنولوجيا المعلوماتية.

أما بالنسبة لمقترحات هذا الموضوع فتتمثل فيما يلي:

1- نرح إعادة النظر في قوانين المعاملات الالكترونية لكي نستجيب لتطورات الأخيرة و ذلك من خلال إصدار قوانين خاصة المعاملات و التجارة الالكترونية و تطويع قانون الإثبات مواكبة المستجدات في وسائل الإثبات ،مع وضع تشريع خاص للوفاء و الأعمال المصرفية الالكترونية و تبصير العملاء بكيفية استعمال وسائل الدفع و الحث على تنسيق و توحيد التعامل في مجال تسوية العمليات المصرفية الالكترونية ، مع التأكد على حماية المستندات و استخدام البطاقات المالية.

2- ضرورة قيام الدولة بتنمية الوعي لدمى أفراد المجتمع بالمعاملات الالكترونية و ميتها من خلال وسائل الإعلام المختلفة و عقد ورشات عمل و دورات تدريبية لجميع فئات المجتمع على اختلاف هوياتهم على استخدام الانترنت و الاستفادة من الخدمات التي تتيحها و نشر ثقافة التعاقد الالكتروني و التعامل مع التجارة الالكترونية مما يؤدي إلى محو الأمية المعلوماتية و يعمل على تكوين جيل الكتروني.

3- الاهتمام بالمسائل القانونية الأخرى المتعلقة بالتجارة الالكترونية ، بحيث ستجيب للتطورات الأخيرة و من الموضوعات التي يتعين الاهتمام بها فإننا نخص بالذكر الموضوعات التالية و هي: حقوق حماية الملكية الفكرية في شبكة الانترنت ، جرائم المعلوماتية ، تطوير قوانين الشركات للتلائم مع التطورات التكنولوجية، خدمات الحكومة الالكترونية و البنية التحتية لتكنولوجيا المعلومات و الاتصال.

4- نوصي بأن لا يتم إصدار قوانين للمبادلات الالكترونية و تنظيم التوقيعات لكترونية و نقترح أن يتم دمجها ، إصدار قانون واحد يعالج الموضوعين معا، أسوة بالتجارب الدولية و الفردية، فإصدار مشروعين في موضوع واحد يحدث التشتت.

5- يجب تكاثف الجهود بين رجال القانون و المتخصصين الفنيين و التقنيين من أجل تأمين المعاملات الالكترونية سيما الدفع من الاختراق و حفظ السندات من التغيير و التزوير لإضفاء المزيد من السرية و الأمان لزيادة الثقة و الإقبال على هذه المعاملات.

6- إنشاء وحدة خاصة ب جهاز الشرطة تسمى وحدة متابعة الجرائم المعلوماتية الخاصة بعقود التجارة الالكترونية و منها جرائم التوقيعات الالكترونية و تكون مة هذه الوحدة متابعة كل الشكاوى المتعلقة بالجرائم المعلوماتية عن طريق تعيين خاص محترفين في تكنولوجيا المعلومات و إنشاء و إ نشاء وحدة لها سلطة تفتيش الحواسيب إن وجدت الدلائل الكافية في الاشتباه باستغلال أي محل ارتكاب جريمة تخص هذا المجال.

7- التعاون بين الدول لوضع نظام محدد بين أحكام تطبيق و تنفيذ أحكام المحكمة الصادرة في المنازعات الالكترونية لأن الحكم لا قيمة له بدون تنفيذه، وكذا نقترح على كافة الدول الاعضاء في الاتحاد الأوربي أن تضع تنظيم جامع خاص بعقود جارة الالكترونية تغطي فيه معايير اللجوء لقضاء و تطبيق الأحكام الصادرة في منازعاته و تنفيذها في الدول و منها الدول العربية على وجه الخصوص.

قائمة المصادر و المراجع

المراجع باللغة العربية

الكتب

1.أحمد أبو الوفا، التحكيم الإختياري والإجباري، دون طبعة، منشأة دار المعارف، الإسكندرية، 1979.

2. خالد العجولي، التعاقد عن طريق الانترنت، دراسة مقارنة، دون طبعة، المكتبة الوطنية عمان، الأردن، 2002.

3. محمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص النوعي (الإلكتروني، السياحي، البيئي)، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002

4.أحمد عبد الكريم سلامة، قانون التحكيم التجاري الدولي والداخلي، تنظير وتطبيق مقارن، بدون ناشر، 2003.

5.أحمد محمود سعد، إرساء نظام قانوني لعقد الماورة المعلوماتي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1995.

6.أسامة أبو الحسن مجاهد، الوسيط في قانون المعاملات الإلكترونية، الكتاب الأول، دارر النهضة العربية، 2007.

7. امة أحمد بدر، حماية المستهلك في الـ قد الإلكتروني، دون طبعة، دار الكتب القانونية، 2008.

8.إلياس ناصيف، العقود الإلكترونية في القانون المقارن، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2009.

9.آمانج رحيم أحمد، التراضي في العقود الإلكترونية، الطبعة الأولى، دار وائل للنشر، 2006.

10. بشار محمود دودين، الإطار القانوني للعقد المبرم عبر شبكة الإنترنت دون طبعة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عما، 2006.

11. بلال عبد المطلب بدوي، التحكيم الإلكتروني كوسيلة منازعات التجارة الإلكترونية، دون طبعة، دار النهضة العربية، 2006.

12. بلحاج العربي، النظرية العامة للإلتزام في القانون المدني الجزائري، الطبعة الثالثة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ص 172.

13. الدين الأهواني، عقد البيع في القانون المدني الكويتي، منشورات جامعة الكويت، الكويت، 1989.

14. حليمة حمودي، نظرية الباعث في الشريعة الإسلامية، دبلوم الدراسات العليا، جامعة الجزائر، 1977.

15. حورية لشهب، النظام القانوني للعقود التجارية مجلة العلوم الإنسانية، العدد 12، جامعة محمد خيضر ، بسكرة ، 2007.

16. خالد ممدوح إبراهيم، التحكيم الإلكتروني في عقود التجارة الدولية، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2008.

17. خالد ممدوح إبراهيم، امن المستندات الإلكترونية، طبعة، الدار الجامعية، الإسكندرية، 2008.

18. خالد ممدوح إبراهيم، حماية المستهلك في المعاملات الإلكترونية، دون طبعة، الدار الجامعية، الإسكندرية، 2007

19. دربال عبد الرزاق، الوجيز في أحكام الإلتزام في القانون المدني الجزائري، دون طبعة، دار العلوم للنشر والتوزيع2004.

20. سامح عبد الباقي أبو صالح، التحكيم التجاري الإلكتروني، دون طبعة، دار النهضة العربية، 2004.

21. سنقوقة، قانون الإجراءات المدنية الطبعة الأولى ، دار الهدى الجزائر ، 2001، ص 23.

22. سمير حامد عبد العزيز الجمال، التعاقد عبر تقنيات الاتصال الحديثة، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006.

23. ناهر شوقي مؤمن، عقد البيع الإلكتروني، دون طبعة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2007

24. طوني ميشال، عيسى، التنظيم القانوني لشبكة الأنترنت، الدكوانة، الطبعة الأولى، 2001.

25. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مصادر الإلتزام، دون طبعة، المجمع العلمي العربي الإسلامي ومنشورات محمد الدابة، الكتب المصرية، بيروت، 1934

26. عبد الفتاح بيومي حجازي، النظام القانوني لحماية التجارة الالكترونية، دون طبعة، دار الفكر الجامعي، 2002.

27. عبد الفتاح بيومي حجازي، التجارة الإلكترونية في البقانون العربي النموذجي لمكافحة جرائم الكمبيوتر والإنترنت، دون طبعة، دار الكتب القانونية، 2007.

28. عبد الفتاح بيومي حجازي، النظام القانوني لحماية الحكومة الإلكترونية، دون طبعة، دار الفكر الجامعي، 2003.

29. عصام عبد الفتاح مطر، التجارة الإلكترونية في التشريعات العربية والتشريعات الأجنبية، دون طبعة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية.

30. سام عبد الفتاح مطر، التحكيم الإلكتروني، دون طبعة، دار الجامعة الجديدة الإسكندرية، 2009.

31. علاء محمد نصيرات، حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر و التوزيع ، 2005، ص40

32. علي علي سليمان النظرية العامة للإلتزام ، الطبعة الخامسة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2003.

33. علي فيلالي، الالتزامات النظرية العامة للعقد دون طبعة، دار هومة للنشر الجزائر، 2008.

34. عيسى غسان ربعبي، القواعد الخاصة بالتوقيع الإلكتروني الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر و التوزيع، 2009.

35. ق محمد أحمد الأباصري، عقد الإشتراك في قواعد المعلومات عبر شبكة الإنترنت، دراسة تطبيقية لعقود التجارة الإلكترونية الدولية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2002

36. فداء يحي أحمد الحمود، النظام القانوني لبطاقات الائتمان دار الثقافة للنشر والتوزيع، 1999.

37. مر بن سعيد، النظام القانوني لعقود التجارة الإلكترونية، دون طبعة، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2012.

38. لورنس محمد عبيدات، إثبات المحرر الإلكتروني، دون طبعة، دار الثقافة للنشر و التوزيع، الأردن، 2005.

39. محمد إبراهيم أبو الهيجاء، عقود التجارة الإلكترونية، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2005.

40. محمد السعيد رشدي، التعاقد بوسائل الإتصال الحديثة، دون طبعة، مطبوعات جامعة الكويت، الكويت، 1998، ص 135.

41. محمد أمـ ومي، التعاقد الإلكتروني عبر الإنترنيت، الطبعة الأولى، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2004

42. محمد أمين الرومي، النظام القانوني للتحكيم الإلكتروني الطبعة الأولى دار الفكر الجامعي، مصر 2006.

43. محمد حسن الرفاعي العطار، البيع عبر شبكة الإنترنت، الطبعة الأولى ، دار الجامعة الجديدة 2007.

44. محمد حسن قاسم، التعاقد عن بعد، قراءة تحليلية في التجربة الفرنسية مع إشارة القواعد القانون الأوروبي، الطبعة الأولى، دار الجامعة الجديدة للنشر، مر، 2005.

45. محمد حسين منصور، أحكام الإلتزام، دون طبعة، الدار الجامعية للطباعة والنشر، القاهرة، 2000.

46. محمد حسين منصور، أحكام البيع التقليدية والإلكترونية والدولية وحماية المستهلك، دون طبعة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2006.

47. محمد حسين منصور، المسؤولية الإلكترونية، دون طبعة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2003.

48. محمد شكري سرور، موجز الأحكام العامة للإلتزام، الطبعة الأولى، 1985، دار الفكر العربي، القاهرة.

49. محمد صبري الهدي، النظرية العامة الإلتزامات، دون طبعة، دار الكتاب الحديث.

50. محمد فواز المطالقة الوجيز في عقود التجارة الإلكترونية، ط1، دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان، 2006.

51.محمود عبد الرحيم الشريفات، التراضي في تكوين العقد عبر الإنترنت، الطبعة الأولى، دار الثقافة، الأردن، 2009.

52.مولود ديدان، مدونة التنظيم القانوني والقضائي والإجراءات المدنية والإدارية الطبعة الأولى دار بلقيس للنشر الجزائر ، 2008.

53.نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للإلتزام، ، الطبعة، دار الجامعة الجديدة، الأزريطة، 2004.

54.نجوى أبو هبة ، التوقيع الإلكترون، دون طبعة، دار النهضة العربية، القاهرة 2002.

55.نضال إسماعيل برهم، أحكام عقود التجارة الإلكترونية، دون طبعة، دار ال[1] أنظر ./ خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، الطبعة الأولى، دار الفكر *الجامعي، الإسكندرية، 2006*ثقافة للنشر والتوزيع، 2005.

56.نوري حمد خاطر، عقود المعلوماتية، الطبعة الأولى، منشورات الدار العلمية والدولية، ودار الثقافة، الردن، 2001.

57.هاني صلاح سري الدين ، المفاوضات في العقود التجارية الدولية، دون طبعة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1998.

58.هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على العقود التجارة الدولية، دون طبعة، منشأة المعارف، 1995.

المذكرات:

59.إياد أحمد البطانية، النظام القانوني لعقود برامج الحاسوب، أطروحة دكتوراه، جامعة بغداد، 2004.

60.بلاش ليندة، الثمن في العقد التجاري الدولي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، جامعة الجزائر، كلية الحقوق بن عكنون

61.حسن محمود محمد عبد الحفيظ، النظام القانوني لمشاريع البنية الأساسية ذات التمويل الخاص، رسالة دكتوراة، حقوق القاهرة، 2006.

62.حمودي ناصر ، النظام القانوني لعقد البيع الدولي الإلكتروني المبرم عبر الإنترنت، رسالة لنيل شهادة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2009.

63.عايض المري، مدى حجية التكنولوجيا الحديثة في إثبات العقود ال، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة ، كلية الحقوق، 1998.

64.لملوم كريم، الإثبات في معاملات التجارة الإلكترونية بين التشريعات الوطنية والدولية مذكرة لنيل درجة الماجستير في القانون كلية الحقوق ، جامعة مولود معمري تيزي وزو 2011.

65. د إبراهيم عرسان أبو الهيجاء، القانون الواجب التطبيق على العقود التجارة الإلكترونية، رسالة دكتوراه، جامعة الدول العربية القاهرة2004.

66.يحيى يوسف فلاح حسن، التنظيم القانوني لعقود الالكترونية، أطروحة لنيل درجة الماجستير في القانون الخاص، جامعة النجاح الوطنية، فلسطين، 2007.

المجلات و المقالات

67. يدار عبد القادر صالح، مقال بعنوان إبرام العقد الإداري الالكتروني وإثباته، مجلة الرفدين للحقوق، المجلد10، العدد37، جامعة الموصل، 2007

68. مجلة جامعة بخت الرضا العلمية، د/ عبد الحي القاسم عبد المؤمن، جامعة الإمام المهدي، كلية الشريعة والقانون، السودان، العدد الحادي عشر، يونيو 2014

69. المنصف قرطاس، منظومات تأمين الدفع بالشيك وإمكانية دفع الطابع الزجري عن الشيكات، مجلة إتحاد المصارف العربية، بيروت، العدد 240، مجلد 20/كانون الأول /2000.

70. المنصف قرطاس، التجارة الإلكترونية والإشكاليات التطبيقية المفروضة، مجلة القضاء والتشريع، العدد 07، جويلية 1999.

القوانين

71. المعاملات الالكترونية الأردني رقم85 لسنة2000 المؤرخ في 2001/12/11.

72. قانون المبادلات والتجارة الالكترونية التونسي رقم(200-83) المؤرخ في 9 أوت 2000، المنشور بالجريدة الرسمية للجمهورية التونسية سنة2000

73. التوجه رقم (48) لسنة 1998 الصادر عن المجلس الأوروبي الخاص بالتجارة الإلكترونية، وملتقى ذافوس لسنة 2002 مشار إليه في البحث المقدم للمؤتمر العلمي حول الجوانب القانونية والأمنية للعمليات الإلكترونية، دبي من (ح-26) أبريل 2003

74. القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم سنة 2005.

75. قانون 03/09 المؤرخ في 25 فبراير 2009 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، ج ر عدد 15 الصادرة بتاريخ 08 مارس 2009.

76. المرسوم التنفيذي رقم 39/90 المؤرخ في 1990/01/30 المتعلق بالجودة وقمع الغش في المستهلك

77. كندا قانون التجارة الإلكترونية الموحد عام 1999 وهو يتكون من (25) مادة مقسمة إلى أجزاء.

78. أمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 يتضمن التقنين المدني الجزائري المعدل و المتمم بموجب القانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 جوان 2005، الجريدة الرسمية العدد 44، 2005

79. قانون رقم 84 –131 المؤرخ في 16 جويلية 1984 يتضمن القانون المدني المصري معدل و متمم

80. قانون رقم 80–525 الصادر بتاريخ 1980/07/12 ذي يتضمن التقنين المدني الفرنسي

81. قانون رقم 25 لسنة 1968 بإصدار قانون الإثبات في المواد المدنية و التجارية معدلا ومتمما بالقانون 23 لسنة 1992 والقانون18 لسنة 1999

82. قانون رقم 15–04 المؤرخ في 11 ربيع الثاني عام 1436 الموافق أول فبراير سنة 2015 يحدد القواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصدير الإلكترونيين الصادر في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية ، العدد 06 في 10 فبراير سنة 2015.

83. قانون المعاملات الإلكترونية الأردني 85 لسنة 2001

84. المادة 14 من قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية التونسي رقم 83 لسنة2000

85. المادة (2) من قانون إمارة دبي وهو ما يسمى بقانون رقم(2) لسنة 2002 بشأن المعاملات و التجارة الإلكترونية.

المراجع باللغة الفرنسية

86. (ph) jestar. L'obigation et la sanction, innélanges (p) raunand, paris,1985,

87. TilmanVincent , Arbitrage et nouvelles technologies, Alternative cyber disputere solution , Aevue, 1999,

88. SEDALLIAN (V) PREUVE ET SIGNATURE ELECTRONIQUES WWW INTERNET-JURIDIQUE NET.

المواقع الالكترونية

89. **http://sciencesjuridique.Ahlamontada.net/t322-topic**

90. http//www.markt waih.com/digifag .html.

91. www.squaretrade.com/cut/jsp/med/mediators.
92. www.iefpedia.com /arabs/ uploade 2010
93. htpps://www.uncitral.org
94. http://www.quanouni.com2010/2011blog-post-

الفهرس

الشكر	
الإهداء	
مقدمة	أ
الفصل الأول: الإطار القانوني للعقد التجاري الإلكتروني والمنازعات المتعلقة به	08
المبحث الأول مفهوم العقد التجاري الإلكتروني	09
المطلب الأول تعريف وخصائص وتمييز العقد التجاري الإلكتروني عن العقود المماثلة له	09
الفرع الأول تعريف العقد التجاري الإلكتروني	10
الفرع الثاني خصائص العقد التجاري الإلكتروني	14
الفرع الثالث تمييز العقد التجاري الإلكتروني عن غيره من العقود المشابهة له	18
المطلب الثاني أركان العقد التجاري الإلكتروني	24
الفرع الأول ركن الرضا في العقد	24
الفرع الثاني المحل	31
الفرع الثالث السبب	35
الفرع الرابع الشكلية في بعض العقود	37
المطلب الثالث الآثار المترتبة على إبرام العقد التجاري الإلكتروني	40
الفرع الأول حقوق والتزامات البائع	41
الفرع الثاني حقوق والتزامات المشتري	45
المبحث الثاني المنازعات المتعلقة بالعقد التجاري الالكتروني	59
المطلب الأول المنازعات المتعلقة ببطلان وإبطال العقد التجاري الالكتروني	60
الفرع الأول المنازعات المتعلقة ببطلان العقد التجاري الالكتروني	60
الفرع الثاني المنازعات المتعلقة بإبطال العقد التجاري الإلكتروني	64
المطلب الثاني المنازعات المتعلقة بفسخ وتنفيذ العقد التجاري الالكتروني	67
الفرع الأول المنازعات المتعلقة بفسخ العقد التجاري الالكتروني	67
الفرع الثاني المنازعات المتعلقة بتنفيذ العقد التجاري الالكتروني	73

الفصل الثاني تسوية منازعات العقد التجاري الإلكتروني ووسائل الإثبات المتعلقة به	83
المبحث الأول طرق تسوية المنازعات المتعلقة بالعقد التجاري الإلكتروني	84
المطلب الأول الطرق الودية لتسوية منازعات العقد التجاري الإلكتروني	84
الفرع الأول المفاوضات الإلكترونية	85
الفرع الثاني الوساطة	89
الفرع الثالث التوفيق	92
المطلب الثاني الطرق القضائية للتسوية منازعات العقد التجاري الإلكتروني	93
الفرع الأول مشروع القضاء الإلكتروني	94
الفرع الثاني المحكمة المختصة في المنازعات	99
الفرع الثالث التحكيم الإلكتروني	102
المطلب الثالث الإختصاص القاضي لتسوية المنازعات المتعلقة بالعقد التجاري الإلكتروني	112
الفرع الأول الجهة القضائية المختصة كل منازعات العقد التجاري الإلكتروني الوطني	112
الفرع الثاني الجهة القضائية المختصة بحل منازعات العقد التجاري الإلكتروني الدولي.	115
المبحث الثاني وسائل الإثبات في العقد التجاري الإلكتروني	117
المطلب الأول الكتابة و التوقيع الإلكترونيين	118
الفرع الأول الكتابة الإلكترونية	118
الفرع الثاني التوقيع الإلكتروني	126
المطلب الثاني السجل والتوثيق الإلكترونيين	138
الفرع الأول السجل الإلكتروني	139
الفرع الثاني التوثيق الإلكتروني	143
الخاتمة	150

الملاحق	155
قائمة المراجع	165
الفهرس	176